LOS ÚLTIMOS ENSAYOS DE VITTORIO EMANUELE ORLANDO. HISTORICISMO E INSTITUCIONALISMO A MEDIADOS DEL SIGLO XX

THE LATE ESSAYS OF VITTORIO EMANUELE ORLANDO. HISTORICISM AND INSTITUTIONALISM AT THE THRESHOLD OF THE LATE TWENTIETH CENTURY

Michele Massa

Università Cattolica del Sacro Cuore, Milán

SUMARIO: I. UNA RELECTURA OPORTUNA.– II. APUNTES BIOGRÁFICOS.– III. DESTRUCCIÓN.– IV. EL ESTADO DEL SIGLO XIX Y SU CRISIS.– V. DERECHO Y ANTIDERECHO.– VI. NORMA Y HECHOS.– VII. ENTRE HISTORICISMO E INSTITUCIONALISMO.– VIII. HACIA EL SUPERESTADO.– IX. CONCLUSIONES.

Resumen: Además de ser una figura política de primer nivel en la historia de Italia, Vittorio Emanuele Orlando (1860-1952) es uno de los padres del estudio del derecho público en dicho país. Tras algunas observaciones biográficas y teóricas sobre él, este artículo recoge una selección de textos de sus últimos ensayos (1947-1950), articulados en torno a la creciente influencia de los hechos en el derecho como hilo conductor. Orlando examina la decadencia del Estado del siglo XIX, el nacimiento de la República italiana y el surgimiento de un nuevo orden internacional, poniendo de manifiesto una profunda transformación en la forma de Estado, determinada por la creciente preocupación por los derechos humanos y la garantía de la paz. Orlando adopta un historicismo no originalista y un enfoque institucional y no realista de la relevancia de los hechos sociales en el derecho. Esta perspectiva contrasta de forma clara con las críticas habituales que lo retratan como un autor meramente formalista y dogmático, conservando un enorme interés en el actual debate sobre la metodología en el derecho constitucional.

Abstract: Vittorio Emanuele Orlando (1860-1952) is generally considered the father of public law studies in Italy, as well as a leading political figure in Italian history. After some preliminary remarks on his background and theoretical profile, this article presents a collection of pages from his last essays (1947-1950), woven together in a unitary argument on the growing influence of fact on law. Orlando observes the demise of the nineteenth-century State, the rise of the Italian Republic, and the emergence of a

new international order. From this viewpoint, he highlights a profound transformation in the form of the State itself, driven by the unresolved and growing concerns for human rights and the preservation of peace. He adopts a non-originalist historicism and an institutional, non-realist approach to the relevance of societal facts in law. This perspective stands in stark contrast with the recurrent criticism of Orlando as a mere formalist and dogmatist, and bears an enduring relevance to the current debate on the methodology of constitutional legal science.

Palabras clave: forma de Estado, historicismo jurídico, institucionalismo, teoría constitucional, metodología del derecho constitucional

Keywords: form of the State, legal historicism, institutionalism, constitutional theory, methodology of constitutional law

I. UNA RELECTURA OPORTUNA

Cuando Vittorio Emanuele Orlando (Palermo, 1860 – Roma, 1952) fallece a los noventa y dos años, Italia era un país muy distinto de aquel que le vio dar sus primeros pasos como jurista y político¹. A lo largo de su

¹ Una primera versión de este artículo se publicó en *Lo Stato*, n. 22, 2024, pp. 389 ss. El autor agradece tanto al editor como al director de la mencionada revista poder aprovechar el contenido de aquel artículo para reproducirlo, con algunos cambios y adiciones, en *Historia constitucional*. Este texto ha sido traducido del italiano al español por Gaspar González Represa (Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional en la Universidad de Málaga), bajo la supervisión del autor.

La biografía más completa de Orlando es Fabio Grassi Orsini, “*Orlando, profilo dell’uomo politico e dello statista: la fortuna e la virtù*”, en Vittorio Emanuele Orlando, *Discorsi parlamentari*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 13-118. Véase también G. Cianferotti, “*Orlando, Vittorio Emanuele*”, en *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 79, Treccani, Roma, 2013, y M. Fotia, “*Vittorio Emanuele Orlando*”, en *Il Contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Treccani, Roma, 2012, ambos disponibles en www.treccani.it.

Con motivo del 50 aniversario de su muerte, el Senado italiano impulsó la publicación del citado volumen sobre discursos parlamentarios, una exposición documental (cuyo catálogo fue publicado como *Vittorio Emanuele Orlando. Una biografia*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2002), un seminario (cuyas actas se publicaron como *Vittorio Emanuele Orlando: lo scienziato, il politico e lo statista*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2003) y la reedición de Vittorio Emanuele Orlando, *Il parlare in Parlamento* (1951), Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2002 (reimpresión de la versión publicada en la revista *Il Ponte*, 1951, n. 6, pp. 567 ss., y n. 7, pp. 727 ss.). La Asociación Italiana de Constitucionalistas (AIC) celebró el 8 de julio de 2016 un seminario en Módena sobre *Il pensiero e l’opera di Vittorio Emanuele Orlando*, cuyas ponencias fueron publicadas en la *Rivista AIC* en 2016 y 2017. Entre los estudios jurídicos más recientes se puede citar Vittorio Teotonico, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Cacucci, Bari, 2018; Fulvio Cortese, Corrado Caruso y Stefano Rossi (edit.), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, FrancoAngeli, Milán, 2020; así como Otto Pfersmann, “*Vittorio Emanuele Orlando e le origini del sincretismo metodologico nella giuspubblicistica*”, y su réplica Michele Massa, “*Vittorio Emanuele Orlando e la ricerca di una prospettiva storicista sul diritto pubblico*”, ambos en *Diritto pubblico*, n. 1, 2021, pp. 259 ss. y 277 ss. respectivamente. Por decreto

dilatada y extraordinaria trayectoria existencial e intelectual queda patente no solo la transformación de un país, sino también la evolución del pensamiento jurídico moderno. Orlando había creado las herramientas teóricas para comprender el Estado liberal de finales del siglo XIX, había guiado a la nación italiana en el momento más oscuro de la Primera Guerra Mundial tras la batalla de Caporetto, había presenciado con creciente preocupación el ascenso del fascismo y el declive de aquel sistema liberal que había contribuido a teorizar y, por último, había asistido al nacimiento del Estado social y democrático. Figura fundamental en el inicio de los estudios de derecho público en Italia, su obra científica abarca más de sesenta años de historia, desde sus célebres escritos metodológicos de su juventud hasta sus últimos ensayos y artículos, en los que revisó con desencanto sus propias teorías a la luz de los profundos cambios de mediados del siglo XX.

Dentro de la extensa producción científica de Orlando², este artículo pretende centrarse en algunos de sus últimos escritos³, algunos menos conocidos que otros, pero importantes, en cualquier caso, para comprender la evolución del pensamiento jurídico italiano. Antes de adentrarnos

del Ministerio de Cultura del 5 de abril de 2022, se creó la Edición Nacional de las obras de Vittorio Emanuele Orlando (en la actualidad encargada de la reedición del *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, del que se hablará más adelante). Entre sus mayores críticos cabe citar Sabino Cassese, *Tre maestri del diritto pubblico*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2012, según el cual (p. 79) era necesario mandar a Orlando definitivamente «al desván», crítica retomada, aunque con un tono más moderado, por Aldo Sandulli (*La disapplicazione del metodo giuridico orlandiano da parte di Vittorio Emanuele Orlando*, en *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, *op. cit.*, pp. 299 ss.) y que recibió una réplica apasionada, aunque algo exagerada por Marco Mazzamuto (*Orlando uno e trino versus Orlando dimenticato o immaginario*, *ibidem*, pp. 309 ss.).

² Las obras más importantes de Vittorio Emanuele Orlando están publicadas en dos colecciones: *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milán, 1940; y, *Scritti giuridici varii (1941-1952)*, Giuffrè, Milán, 1955. Deben citarse también sus dos manuales, *Principii di diritto costituzionale*, ediciones I-V, Barbèra, Florencia, 1889-1928; *Principii di diritto amministrativo*, ediciones I-V, Barbèra, Florencia, 1891-1925 (una edición posterior fue publicada como Vittorio Emanuele Orlando, Silvio Lessona, *Principi di diritto amministrativo*, Barbèra, Florencia, 1952).

³ En concreto, se hará referencia a los siguientes artículos: *“La rivoluzione mondiale e il diritto”* (1947), en Vittorio Emanuele Orlando, *Scritti giuridici varii (1941-1952)*, *op. cit.*, pp. 373-435; *“La crisi del diritto internazionale”* (1948), *Nomos*, n. 1, 2014 (edición revisada y corregida respecto a las publicadas anteriormente); *“Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico”* (1948), en Vittorio Emanuele Orlando, *Scritti giuridici varii (1941-1952)*, *op. cit.*, pp. 479-504; *“Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale”* (1949), *ibidem*, pp. 87-153 (introducción a la edición italiana de G. Jellinek, *Dottrina generale del diritto e dello stato*, Giuffrè, Milán, 1949; recientemente reimpressa: Giappichelli, Turín, 2024); *“Intorno alla crisi mondiale del diritto. La norma e il fatto”* (1950), *ibidem*, pp. 301-371. Los lugares donde se publicaron anteriormente estos escritos se indican en la primera versión de este artículo, la cual se cita en la nota inicial. De aquí en adelante, todos los fragmentos literales de los escritos de Orlando se citarán entre comillas horizontales, con un renglón en blanco antes y después. Además, en algunas citas los pasajes clave irán en cursiva, por lo que esta no debe considerarse como parte del original, salvo que se indique lo contrario.

en el análisis, conviene realizar algunas observaciones sobre el contexto histórico y teórico del autor para comprender así adecuadamente la fase final de su trayectoria y pensamiento. En las obras de su periodo de madurez, el jurista palermitano se enfrenta a transformaciones radicales, esforzándose por interpretarlas a través de los instrumentos conceptuales del liberalismo, aunque consciente de que estos pudiesen resultar insuficientes. Son páginas densas, en ocasiones abrumadoras por su amplitud, en las que se entrecruzan reflexiones metodológicas, consideraciones sobre la crisis del Estado e intentos de crear nuevas categorías interpretativas. La lectura de estos escritos no tiene hoy solamente un valor histórico o histórico-jurídico – aunque este sea fundamental, dada la talla del personaje y su extraordinaria capacidad de interpretar las transformaciones del Estado italiano, desde la unificación hasta la llegada de la República. Cabe señalar que, no obstante, se pueden encontrar obras con una mayor profundidad teórica que las de Orlando en alumnos suyos como Santi Romano o Giuseppe Capograssi⁴. Sin embargo, Orlando sigue siendo un ejemplo único por su larga trayectoria y su habitual participación en la vida institucional italiana, culminada con su contribución en los trabajos de la Asamblea constituyente, la cual estuvo marcada por su incredulidad y desconcierto, consciente de la distancia que le separaba del nuevo rumbo del país, pero también por su espíritu constructivo y el respeto a la labor de refundación que se estaba llevando a cabo. Además, sus últimos escritos conservan un interés jurídico-constitucional, con aportaciones metodológicas y sustantivas que merecen ser hoy recordadas.

II. APUNTES BIOGRÁFICOS

Orlando nace en Palermo en el seno de una familia con tradición en el ámbito forense y vinculada a la burguesía de la ciudad, en pleno proceso de unificación de Italia, concretamente en las mismas fechas en las que la Expedición de los Mil, bajo el mando de Giuseppe Garibaldi, y las insurrecciones locales forzaron al ejército borbón a retirarse. Estudió en la universidad local, muy activa culturalmente, así como en Alemania, donde entró en contacto con la doctrina pandectística. Se dedicó a la abogacía y a la universidad, obteniendo su primera cátedra en Módena en 1885, pasando posteriormente a Mesina, a Palermo y, finalmente, a Roma. En 1891 fundó el *Archivio di diritto pubblico*, que más tarde se convertiría en la *Rivista di diritto pubblico*, y en 1897 inició la publicación del *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, que se prolongaría durante casi treinta años.

⁴ Para rememorar la figura de Orlando es interesante el artículo Giuseppe Capograssi, “Il problema di Vittorio Emanuele Orlando” (1952-1953), en *Opere di Giuseppe Capograssi*, V, Giuffrè, Milán, 1959, pp. 359 ss.

En algunas conferencias académicas inaugurales de estos años⁵, Orlando proclama con valentía el cambio metodológico que sigue hoy en día estrechamente vinculado a su figura⁶. En pocas palabras, Orlando propone adoptar también en el derecho público el método utilizado por los pandectistas en el derecho civil: partir de unos principios jurídicos con existencia propia, basados en la historia y en la cultura de un pueblo; el legislador se limitaría a exteriorizarlos y documentarlos, mientras que la doctrina se ocuparía de captarlos en su armonía natural, es decir, en sus respectivas conexiones sistemáticas. En la teoría constitucional, el punto de partida es el Estado, concebido como sujeto jurídico titular de soberanía. El estudio de los elementos esenciales y principios del Estado, en sus categorías históricas básicas, es el objeto de la ciencia que Orlando denomina derecho público general, distinto del derecho positivo, relativo al ordenamiento de los distintos Estados.

En muchos aspectos se puede apreciar en Orlando un planteamiento contrario a las vertientes radicales y jacobinas del constitucionalismo francés. El autor palermitano concibe el derecho constitucional esencialmente como el derecho del Estado, que no se basaría en las cartas o estatutos (o comoquiera que se denominen a estas figuras equiparables a las actuales constituciones, nacidas de procesos deliberativos formales), sino precisamente en la estructura política que organiza y es expresión de la soberanía, la cual recae en el Estado como sujeto y no en el pueblo o en órganos concretos. La separación de poderes no se considera una verdad teórica en sí misma, ni tampoco una cualidad implícita en la forma de Estado, sino solo el producto de normas positivas, aunque se haya convertido en un elemento típico del Estado moderno. Las elecciones no son vistas como el ejercicio por los ciudadanos de una libertad innata de elección política entre distintas direcciones, sino como un mecanismo de selección de las personas más idóneas para desempeñar las funciones representativas. Sin embargo, a diferencia de sus antecesores alemanes, Orlando siempre defendió un sistema político representativo que siguiese el modelo británico y prestó especial atención a la garantía de las libertades individuales, llegando a identificar la obra de Georg Jellinek como el intento más avanzado de conciliarlas con el estatualismo (véase más adelante, epígrafe IV).

⁵ En este sentido, “*I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*” (1889) y “*Nota dell’autore del 1925 all’autore del 1885*” (1925), ambos en Vittorio Emanuele Orlando, *Diritto pubblico generale, op. cit.*, pp. 3-22 y pp. 23-79. El primero de ellos corresponde a la conferencia impartida en Palermo en 1889 e incorpora los planteamientos de las conferencias anteriores de Módena (1885) y Mesina (1886).

⁶ En esta y en otras partes de este epígrafe, donde abordo el perfil cultural y científico de Orlando, resumo lo dicho de forma más completa, con referencias puntuales, en Michele Massa, “*La vita profonda del diritto. Orlando e il metodo del diritto costituzionale*”, en Fulvio Cortese, Corrado Caruso y Stefano Rossi (edit.), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded, op. cit.*, pp. 113-140.

Mientras Orlando maduraba este pensamiento, inició también en esta época su carrera política, siendo elegido diputado por primera vez en 1897 y ocupando, en 1903, el primero de los cargos ministeriales que desempeñó a lo largo de su vida, en la que dirigió los ministerios de Educación, Justicia e Interior. Tras la derrota en la batalla de Caporetto, probablemente la más dramática vivida nunca en suelo italiano, Orlando asumió la Presidencia del Consejo de Ministros y condujo al país a la victoria. Sin embargo, no consiguió que las negociaciones de la posterior Conferencia de Paz de París culminasen en un acuerdo satisfactorio para Italia, siendo considerada por muchos como una de las causas del malestar nacional que poco después acabaría desembocando en la aparición del fascismo.

Al igual que muchos liberales de su época, Orlando mantuvo inicialmente una actitud de cautelosa apertura hacia el fascismo, contribuyendo a la redacción de la ley electoral de 1923 y siendo elegido en la Lista Nacional de Benito Mussolini. No obstante, tras el asesinato de Giacomo Matteotti, Orlando pasó a la oposición, con un discurso el 22 de noviembre de 1924 en la Cámara que estuvo plagado de fuertes interrupciones de los fascistas, incluido del propio Mussolini. Poco después, en 1925, renunció a su acta de diputado y, en 1931, para no prestar el juramento de lealtad impuesto por el régimen, abandonó la enseñanza universitaria.

En los años en que sus compromisos institucionales habían crecido, se produjo una reducción paralela de su producción científica, aunque debe destacarse el enfrentamiento con la obra de su alumno más sobresaliente: Santi Romano (véase más adelante, epígrafe VII). Una vez superada por completo la etapa imitativa del derecho privado, Orlando se centra en algunas características que considera esenciales del derecho público, en cuya formulación se aprecia precisamente la influencia de Romano. La creación de normas jurídicas y su tendencia a implementarse en la realidad se considera parte de una dinámica en la que se combinan el determinismo mecánico de las necesidades materiales, que presionan a la sociedad desde el exterior, y el determinismo espiritual de los fines perseguidos por la propia voluntad humana. El ámbito propio del derecho está dominado por este factor teleológico: por la conexión entre la existencia de las organizaciones humanas, los fines que los hombres persiguen a través de ellas y las normas necesarias para que dichas organizaciones se adecuen a dichos fines. En este ámbito se articula un complicado proceso que parte de formas sociales simples y que progresa hacia formas cada vez más superiores hasta alcanzar la forma máxima en términos de autoridad y complejidad, el Estado, a la que el resto de formas sociales están subordinadas sin ser anuladas necesariamente por este. Realmente, el pensamiento del maestro nunca coincidirá por completo con el del alumno, pues el primero mantiene rasgos más acusados de monismo tanto en el plano teórico como en el ideológico, pero la afinidad entre ambos es evidente.

Durante el régimen fascista, Orlando abandona casi por completo la vida política, excepto en octubre de 1935, cuando ofreció «su trabajo como puro servicio» a Italia con motivo de la invasión de Etiopía: ofrecimiento motivado por un cierto sentimiento patriótico, que sería, no obstante, rechazado de plano por Mussolini.

Tras la caída del régimen, Orlando fue una de las personalidades consultadas por Pietro Badoglio y el Rey, de quien Orlando desaprobó su indecisión y cobardía. En sus conmovedores diarios personales de 1943 y 1944, hablaba de la guerra como «la historia más aterradora que la humanidad e Italia en particular haya vivido jamás»; de un país que había llegado «al límite de lo irreparable»; de una «gran y terrible historia que destruyó el Estado italiano»; de un «Estado muerto», del que la República social italiana no era más que una «macabra caricatura»⁷.

Sin embargo, Orlando reanudó al poco su actividad política, siendo designado en 1945 como miembro del Consejo Nacional por el Partido Liberal Italiano, y donde, el 9 de marzo de 1946, volvió a tomar la palabra en el parlamento de Italia tras 21 años de ausencia, con un discurso que, por resolución del Consejo, se publicaría en todos los municipios de Italia. Comenzó con un *de profundis* por la destrucción de la clase política y del sistema institucional italiano, incluida toda la elaboración del Estado de derecho, como la de la escuela jurídica nacional. «[D]esgraciadamente, cuando uno asistía al fin de toda esta construcción frente a la violencia de la tiranía totalitaria tenía la sensación de haber fracasado en todos aquellos esfuerzos», y del «formidable» e irresoluble problema de los límites al poder del Estado⁸ (véase más adelante, epígrafe IV).

Orlando fue elegido miembro de la Asamblea Constituyente italiana y presidió sus primeras sesiones en calidad de miembro de mayor edad, siendo homenajeado en el 50.º aniversario de su primera elección (21 de marzo de 1947). Sin embargo, no fue designado para formar parte de la Comisión para la Constitución (conocida también como la Comisión de los 75), a la que se delegó la redacción del proyecto de la nueva norma suprema italiana. Respecto al proyecto de Constitución, Orlando mantuvo una actitud crítica (véase en este sentido, epígrafe IV), aunque respetuosa con los trabajos de la Asamblea y sin el tono polémico y agrio de otros viejos exponentes del liberalismo, centrando su atención en temas de

⁷ Mientras que más al sur se encontraban «las indescriptibles miserias de los políticos», junto con los «miserables que habían ‘huido’», y un monarca que – Orlando lo intuyó de forma acertada – no volvería a la capital. En este sentido, Vittorio Emanuele Orlando, N. Buonasorte (Ed.), *Memorie dall'Italia ferita. Diario 1943-1944*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2011, pp. 17-18 (12 de julio de 1945), pp. 38-39 (11 y 12 de septiembre de 1943) y p. 84 (25 de noviembre de 1943).

⁸ Consejo Nacional de Italia, 9 de marzo de 1946 (en Vittorio Emanuele Orlando, *Discorsi parlamentari, op. cit.*, p. 675). Se trataba de una despiadada autocrítica de Orlando, en este sentido, Diego Quagliani, *Ordine giuridico e ordine politico in Vittorio Emanuele Orlando*, Le Carte e la Storia, 2007, n. 1, p. 29.

política y derecho internacional, como veremos más adelante en detalle (especialmente en el epígrafe VII).

Mientras tanto, Orlando había reanudado su labor docente. De hecho, uno de los artículos que se cita ampliamente en las próximas páginas (a partir del próximo epígrafe) se basa en la conferencia con la que se reincorporó como docente en la Universidad de Roma en abril de 1947⁹, y otro de los que se citará es el discurso que pronunció en la misma universidad en la inauguración del año académico el 4 de diciembre de 1948¹⁰.

Orlando murió el 1 de diciembre de 1952, pocos días después de haber defendido su último caso ante la Corte Suprema de Casación, y fue enterrado en Roma, en la *Basilica di Santa María degli Angeli e dei Martiri*, donde se celebran las ceremonias oficiales de la República italiana, cerca de la calle que ahora lleva su nombre.

III. DESTRUCCIÓN

En su vuelta a la universidad en 1947, en la conferencia citada anteriormente, y tras una introducción dedicada al «estado actual de destrucción apocalíptica», Orlando examinó las repercusiones de esta situación «en el Estado Moderno y en el derecho público de este»¹¹.

«No creo que ninguno de mis compañeros discuta mi triste preeminencia, la cual puede resumirse en esta simple, aunque paradójica, afirmación, y es la siguiente: este profesor de derecho constitucional, que inicia sus lecciones tras una larga ausencia, ya no encuentra la materia objeto de estudio. No la encuentra ni en el aspecto positivo – pues la antigua constitución ya no existe y la nueva aún no ha sido aprobada – ni tampoco en sus conceptos generales y fundamentales del denominado Estado moderno, los cuales han sido profundamente alterados y transformados, como veremos.

Y nos damos cuenta de inmediato cómo esta revolución mundial en la que estamos inmersos supone, en el ámbito del derecho, el paso de una era a otra y de cuán radical y profunda es la transformación de todos los ordenamientos que, tras una larga evolución, habían encontrado y consolidado su estructura en el siglo anterior. Esto permite, diría que casi automáticamente, pasar de esta afirmación general a una más específica: que estamos ante una revolución que no se refiere únicamente a una renovación, por radical que sea, del sistema de derecho público interno, como ocurrió en Francia en 1789, por citar solo la más famosa;

⁹ Vittorio Emanuele Orlando, *“La rivoluzione mondiale e il diritto”*, op. cit.

¹⁰ Vittorio Emanuele Orlando, *“La crisi del diritto internazionale”*, op. cit.

¹¹ Vittorio Emanuele Orlando, *“La rivoluzione mondiale e il diritto”*, op. cit., p. 373 y p. 376.

ni tampoco al nacimiento de nuevos Estados, como ocurrió con Italia en 1860 o con Alemania en 1866, o a la desaparición de Estados existentes, como el Imperio austrohúngaro en 1919. *Se trata más bien de una transformación que tiende a destruir no sólo sistemas jurídicos o Estados, sino incluso el modelo de Estado precedente, evolucionado hacia un nuevo tipo de Estado*¹².

Se puede comprobar que Orlando describe una transición que le parece incluso más radical que la que hoy en día diríamos que hubo del Estado absoluto al Estado liberal, reflejo de un enfoque teórico claro y riguroso. La teoría principal en *Principii di diritto costituzionale (Principios de Derecho Constitucional)*¹³, era la de la soberanía del Estado como sujeto, si bien fundada en el pueblo, pero entendiendo este como unidad orgánica y no como un conjunto de ciudadanos concretos ni mucho menos como legislador popular o democrático. De hecho, en la búsqueda del fundamento de la representación política, Orlando intenta encontrar alternativas a la teoría de la soberanía popular y a la del carácter inherente de la participación política a los derechos naturales del hombre. En un planteamiento de este tipo, la transición de un modelo monárquico a uno libre – es decir, abierto a la participación de los ciudadanos – era una mera cuestión de formas de gobierno. El de Orlando es, sin duda, un enfoque desfasado, pero al menos contribuyó a poner de relieve algunos aspectos cruciales; por un lado, el dogma de la soberanía del Estado como sujeto y su capacidad de integrar en una «poderosa unidad» la «variedad de relaciones sociales» y las «manifestaciones multiformes de las tendencias tanto de los individuos como de las clases sociales»¹⁴; y, por otro, las fisuras que, sin embargo, estaban socavando este bloque teórico y práctico. A continuación, se analizan con más detalle todos estos aspectos.

IV. EL ESTADO DEL SIGLO XIX Y SU CRISIS

En los planteamientos y razonamientos de sus últimos trabajos, Orlando frecuentemente hace referencia a escritos y estudios pasados de su larga trayectoria. Así lo hizo al inicio del discurso, en el que el primer párrafo llevaba por título «[l]as dos conferencias académicas inaugurales (1885-1947)» y lo vuelve a hacer de nuevo ahora.

¹² *Ivi*, pp. 376-377.

¹³ Vittorio Emanuele Orlando, *Principii di diritto costituzionale* (1917), 5ª edición, Barbèra, Florencia, 1925, p. 60, p. 87, pp. 90 ss. Este manual, tras un primer libro sobre el Estado, dedica otro a las cuatro «teorías fundamentales»: soberanía, forma de gobierno, representación y separación de poderes. Dicho manual después aborda la teoría de las libertades individuales (véase más adelante).

¹⁴ *Ivi*, p. 28.

«Empecemos por el principio. En 1885, hablaba en un momento en el que el modelo de Estado, denominado moderno, representativo, nacional o constitucional, había culminado el arduo proceso de su consolidación en Italia tras un cuarto de siglo, después de haberlo conseguido también en muchos puntos de Europa y del mundo: una difícil tarea realizada con admirable maestría a través de una legislación que, técnicamente, superaba todo lo que se hizo después. Es lógico que solo a partir de entonces pudo comenzar la construcción de una ciencia sobre ese nuevo derecho público italiano [...]»¹⁵.

«Un rasgo característico de este modelo de Estado era el principio de soberanía, entendida como absoluta, una e independiente, tanto en las relaciones internas como en las internacionales, y como inherente no a este o a aquel órgano soberano, a un príncipe, a una clase aristocrática privilegiada o a una asamblea popular, sino al Estado, síntesis y personificación unitaria de sus diversos elementos: pueblo, territorio y órganos soberanos»¹⁶.

En este punto, encontramos aspectos ya mencionados antes: el orgullo de Orlando por la construcción del Estado unitario y por haber contribuido a la configuración de su ordenamiento jurídico; así como el énfasis en la unidad de la soberanía y en su imputación al Estado, sintetizada mediante su personificación en este y no en ninguno de sus órganos ni en otro sujeto.

He aquí los dos puntos de crisis que la práctica y la teoría liberales no han conseguido resolver: uno en el ámbito interno y otro en el externo.

«No obstante, todo ese sistema representado por el Estado moderno giraba en torno a un principio que había acabado adquiriendo el valor de un dogma euclídeo, es decir, había que admitirlo sin cuestionarlo o, si no se admitía, rechazar al sistema en su conjunto y acabar desorientados y sin ningún tipo de guía. Este principio se refería al carácter absoluto de la soberanía, que correspondía al Estado según el derecho público, tanto nacional como internacional. Sin embargo¹⁷, aunque los publicistas habían aceptado este principio como una verdad y, por tanto, como un acto de fe, *cuando*

¹⁵ Vittorio Emanuele Orlando, “*La rivoluzione mondiale e il diritto*”, *op. cit.*, p. 384.

¹⁶ *Ivi*, p. 385. Este tema aparecía con frecuencia en el pensamiento de Orlando, quien ya había aludido a la soberanía del Estado en sus estudios sobre parlamentarismo de 1886 para reivindicar la igual dignidad y representatividad de todos los órganos constitucionales y sostener así una teoría de la forma de gobierno basada en el gabinete como punto intermedio entre las funciones del Parlamento y de la Corona (véase más recientemente Silvia Filippi, “*Alle radici della funzione di governo: gli «Studi giuridici sul governo parlamentare» di V.E. Orlando*”, *Rivista Gruppo di Pisa*, 2021, n. 3, pp. 128 ss.).

¹⁷ En la versión del artículo publicada en *Scritti giuridici varii*, *op. cit.*, p. 389, hay una pequeña incoherencia en una palabra, que no aparece en otras ediciones del mismo artículo de Orlando. La traducción en español ha optado por una ligera diferencia y no hacer una traducción literal de esta palabra.

después el principio entró en contacto con la realidad, surgieron dificultades que ahora podemos considerar como insuperables; y que, de hecho, no se superaron. En el derecho público interno, desde que se planteó el problema de definir esos límites, inseparables de la idea de norma jurídica, aceptando este principio como una verdad revelada y como un acto de fe, cuando el principio mismo entró en contacto con el Estado surgió una contradicción con la hipótesis de la soberanía estatal, que se presuponía absoluta y capaz de excluir todo límite: y este sería el *derecho del ciudadano*. Para superar esta paradoja, se recurrió a suponer que el origen del límite dependía de la propia voluntad del Estado, naciendo así la teoría de la autolimitación, con la que los publicistas del siglo XIX alcanzaron las más altas cimas de la sutileza jurídica. En el derecho internacional ocurrió algo parecido, donde la contradicción causada, en el plano puramente lógico, por la *existencia simultánea de la soberanía absoluta de cada Estado* (por no hablar de la contradicción flagrante producida con la realidad histórica) obligaba a los mismos juristas a utilizar un recurso similar, suponiendo que los Estados obedecían las normas obligatorias de derecho internacional como cualquier individuo libre respeta y cumple lo pactado: *pacta sunt servanda*¹⁸. Por tanto, aparecía aquí de nuevo la teoría de la autolimitación, contra la cual, en ambos casos, se oponía la crítica poco respetuosa según la cual este Estado soberano, tanto interna como externamente, se asemejaba a un hombre que, para no ahogarse, mantenía la cabeza fuera del agua y se agarraba a sí mismo del pelo con sus propias manos para salvarse»¹⁹.

Al igual que el discurso de marzo de 1946 ante el Consejo Nacional de Italia, en el que recurrió a la cita jocosa del barón de Münchhausen, la anterior también es una fiel representación del pensamiento jurídico liberal. Un pensamiento que se mira en el espejo, a la despiadada luz de la historia, y confiesa sus propias contradicciones y cómo ha fracasado a la hora de resolverlas.

En esta etapa de su vida, Orlando se interesó sobre todo por temas de política exterior: el Tratado de Paz de París, firmado el 10 de febrero de 1947 y que fue muy criticado²⁰; el Tratado del Atlántico Norte²¹; el nacimiento y

¹⁸ Cursiva original.

¹⁹ Vittorio Emanuele Orlando, “*La rivoluzione mondiale e il diritto*”, *op. cit.*, pp. 389-390.

²⁰ Su ratificación fue autorizada por la Asamblea Constituyente mediante la ley del 2 de agosto de 1947, n. 811. Orlando intervino en la Asamblea para denunciar las injustas condiciones del Tratado el 23 y, de forma más extensa, el 30 de julio de 1947 (en un famoso discurso en el que llegó a acusar a Alcide De Gasperi de tener «ansia de servilismo»; palabras por las que luego se disculpó el 29 de julio de 1949, véase la siguiente nota). Cfr. Fabio Grassi Orsini, “*Orlando, profilo dell’uomo politico e dello statista*”, *op. cit.*, p. 117.

²¹ Tema sobre el que Orlando realizó una intervención como senador en 1949. Cfr. Fabio Grassi Orsini, “*Orlando, profilo dell’uomo politico e dello statista*”, *op. cit.*, p. 116. Por ejemplo, el 27 de marzo se pronunció, con reservas, a favor del Tratado,

primeros pasos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)²², elementos todos ellos que se analizan con más detalle en los próximos párrafos.

Sin embargo, conviene detenernos de nuevo en el ámbito interno o nacional para analizar la cuestión de los derechos individuales y su garantía. Al fin y al cabo, este era un tema recurrente en Orlando, tanto en su etapa política y gubernamental²³, como en su producción científica. En esta última, el autor de *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*²⁴ había intentado introducir una doctrina de los derechos en la estructura del propio sistema de derecho público²⁵. Como ya se ha mencionado, su principal referente en este sentido era Georg Jellinek: su teoría fue vista como una especie de puente entre el pensamiento jurídico alemán, basado en la figura de la autoridad, y el latino, más centrado en los derechos; y fue bien valorada porque permitió configurar una verdadera relación jurídica entre el Estado y los súbditos y el establecimiento de una serie de derechos²⁶. Sin embargo, quedaban aún algunas preguntas por resolver: ¿la autolimitación del Estado, al atribuir derechos a los individuos, es completamente libre o tiene algún límite? En el primer caso, ¿puede considerarse jurídicamente relevante? En el segundo, ¿no debería existir alguna sanción capaz de imponerse a la voluntad soberana?

Inicialmente, Orlando se contentó con responder lo siguiente²⁷: el Estado está vinculado históricamente por la conciencia jurídica del pue-

entendido más como un acto de cumplimiento de una necesidad que como una muestra de protagonismo en política exterior, aunque optó por abstenerse para no expresar confianza en el gobierno. Sin embargo, el 29 de julio votó en contra del proyecto de ley de ratificación y ejecución del Tratado, lamentando la pérdida de prestigio internacional de Italia tras la pérdida de sus colonias, el destino incierto de la Zona B del Territorio Libre de Trieste y, sobre todo, la confirmación del tan odiado Tratado de Paz.

²² A la que Italia no pudo adherirse hasta 1955. Véase Antonio Varsori, *Dalla rinascita al declino. Storia internazionale dell'Italia repubblicana*, Il Mulino, Bolonia, 2022, pp. 184-185.

²³ Esto es muy evidente si tenemos en cuenta la labor política de Orlando durante la Primera Guerra Mundial. No es casualidad que el tema se repita con frecuencia en sus memorias, véase Rodolfo Mosca (Ed.). *Memorie (1915-1919)*, Rizzoli, 1960 (borradores y notas extensas de Orlando, aunque incompletas, publicadas póstumamente): pp. 56 ss., pp. 73-74, p. 114, p. 116. Destaca el conflicto con el general Cadorna, a cuya destitución como jefe del Estado Mayor condicionó Orlando su aceptación del cargo de primer ministro en octubre de 1917. El enfrentamiento se produjo en varios temas y uno de ellos fue la petición de Cadorna de medidas represivas en el frente interno contra los que se oponían a la guerra y, en particular, contra el partido socialista; petición a la que Orlando se opuso como Ministro del Interior (que ocupaba desde junio de 1916). En la doctrina, Marco Mazzamuto, “Vittorio Emanuele Orlando giuspubblicista alla prova della Grande guerra”, *Diritto e Società*, 2017, n. 3, pp. 379 ss.

²⁴ UTE, Turin, 1888; más tarde en *Biblioteca di scienze politiche*, V, dirigida por Attilio Brunialti, seria I, UTE, Turin, 1890, pp. 917 ss.

²⁵ El libro séptimo de Vittorio Emanuele Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, op. cit., pp. 273 ss., estaba dedicado precisamente a la teoría de las libertades, aunque se prefirió expresar en términos de relaciones jurídicas entre el Estado y los individuos.

²⁶ Véase Vittorio Emanuele Orlando, “Sulla teoria dei “diritti pubblici subiettivi” di Jellinek” (1911), en *Diritto pubblico generale*, op. cit., pp. 275-285.

²⁷ *Ivi*, p. 282.

blo; es cierto que no existen sanciones efectivas de esta²⁸, pero dicha carencia no afecta a la validez teórica (o, mejor dicho, a la autonomía lógica) del vínculo sustantivo ni a su eficacia práctica. Aquí puede ya apreciarse una diferencia, al menos incipiente, respecto a los modelos más simples y ortodoxos de la doctrina de la autolimitación.

Sin duda, esta diferencia se acentuó tras la experiencia de la Segunda Guerra Mundial²⁹. En el discurso académico de 1947, la cuestión se plantea con claridad y adopta un distanciamiento significativo de la autosuficiencia del concepto de Estado de derecho:

«Y, de hecho, se podía creer que englobar todo el derecho público en la relación entre soberano y súbdito habría servido para resolver el problema de la unidad y habría tenido un inmediato efecto creador de la nueva ciencia si no se hubiera producido una laguna, la cual, a pesar de los esfuerzos ya mencionados del maestro y de toda una escuela, que se adhirió a ella a pesar de las dudas y el escepticismo de no pocos (y yo fui uno de ellos), impidió ese efecto creador, pues suponía la intervención de elementos trascendentales, algo más o menos reconocido. Esta autolimitación que el soberano se imponía a sí mismo, por el mero hecho de elevar al súbdito a la categoría de sujeto de derecho, situándolo en su mismo plano, determinaba la situación de un omnipotente que, por su propia voluntad, no hacía uso de su omnipotencia, lo cual no se puede decir que sea absolutamente reprobable desde el ámbito psicológico de una voluntad individual que se impone ese límite; pero, en ese sentido, el límite sigue siendo jurídicamente irrelevante. Para que se convirtiera en jurídico, es decir, para que se impusiera a esa voluntad psicológica y le prohibiera reasumir su libertad, destruyendo el presupuesto de una auto obligación que contara como objetiva, era necesario atribuir eficacia y autoridad a la ley, cuya naturaleza no podía sino ser trascendental ¿Derecho “justo”? ¿Derecho natural? ¿“Estado de derecho”? Esto no quiere decir que la doctrina fuera lógicamente errónea; pero su propia lógica consistía en impulsar más allá de sus límites a otros conceptos, incluso a los inmediatamente limítrofes, admitiendo una fuerza que, si bien apoya al derecho, permanece fuera de él»³⁰.

²⁸ Más allá de los fenómenos de resistencia colectiva, ya sean legales (como la suspensión de obediencia a una Corona que no respeta sus deberes constitucionales) o revolucionarios (cuando falta la correspondiente relación entre la conciencia popular y las instituciones vigentes; esto sería una cuestión de hecho que no se podría enmarcar en conceptos jurídicos ni desde el punto de vista del sujeto ni desde el de la sanción). Vittorio Emanuele Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, op. cit., pp. 315 ss.

²⁹ Cfr. sobre esta discrepancia Massimiliano Gregorio, “V.E. Orlando costituente”, *Nomos*, 2017, n. 3, p. 9; Maurizio Fioravanti, “Le dottrine della costituzione in senso materiale”, *Historia Constitucional*, 2011, n. 12, pp. 23-24.

³⁰ “Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale”, op. cit., pp. 122-123.

A la luz de estas afirmaciones, puede sorprender el escepticismo de Orlando hacia un proyecto de Constitución que daba por fin base jurídica a un amplio catálogo de derechos, a que se pudiesen invocar frente al legislativo y a su debida garantía judicial³¹. Podría parecer la respuesta definitiva al problema planteado por Orlando, o quizás su reconocimiento y concreción definitivos ¿No se dio cuenta Orlando de esto?

En realidad, el desconcierto de Orlando se debía a otro aspecto: la audacia con la que, para lograr los objetivos mencionados antes, los constituyentes decidieron acuñar o importar instituciones completamente nuevas en la historia de Italia, abandonando el principio de la supremacía parlamentaria. De este modo, los constituyentes habían sucumbido a la tentación de las «constituciones modernas de intervenir con mucha amplitud en la determinación de las nuevas categorías constitucionales de manera libremente normativista»; sin tener en cuenta que, históricamente, «toda constitución tiene una vida animada por su propio espíritu y su tradición y conforme con la evolución histórica que estableció su categoría constitucional»³². Por tanto, solo quedaba – así concluía el ensayo dedicado a la nueva forma republicana – esperar y confiar en el cumplimiento de la «formidable tarea» de asentar, complementar e integrar las disposiciones constitucionales³³, es decir, comprobar si las nuevas creaciones resistirían la prueba de la historia³⁴. Hoy en día podemos decir que después de todo la justicia constitucional lo ha conseguido, pero solo es posible dar esta respuesta ahora y en retrospectiva.

V. DERECHO Y ANTIDERECHO

Como se verá más adelante, Orlando atribuye al derecho y a la ciencia jurídica la capacidad de percibir y, en cierto sentido, de presagiar los primeros indicios de la aparición de nuevos modelos. Por ello, procede a dar su propia descripción del panorama teórico en vísperas de las grandes transformaciones que iba a presenciar.

³¹ Como se puede comprobar en sus intervenciones del 10 de marzo y del 23 de abril de 1947 durante los trabajos de la Asamblea Constituyente italiana (en Vittorio Emanuele Orlando, *Discorsi parlamentari*, op. cit., pp. 703-724, pp. 741-752).

³² Vittorio Emanuele Orlando, “*Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*” (1951), en *Scritti giuridici vari*, op. cit., pp. 3-45, p. 25, p. 45.

³³ *Ivi*, p. 45, donde, no obstante, el autor tacha de exagerada, aunque sea en un breve inciso, la impugnación del “carácter normativo” de muchas disposiciones constitucionales por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Casación a través de la conocida teoría de las normas (solo) programáticas.

³⁴ Véase también “*Intorno alla crisi mondiale del diritto. La norma e il fatto*”, op. cit., pp. 360-367, donde, reiterando las dudas sobre la creación de un sistema de justicia constitucional en Italia, se constata, no obstante, «un esfuerzo por crear las condiciones para su juridificación» (p. 362) de una parte esencial del derecho público.

«En cierto sentido, puede decirse que, según lo que se desprende de las nuevas posturas de las escuelas científicas entre finales del siglo XIX y principios del XX, lo que predomina en ellas es la espontaneidad, es decir, las nuevas teorías no se proponen declarada y conscientemente ser inducidas a hacerlo como preparación para la llegada de un grado superior de evolución como la creación de un nuevo tipo de Estado: sino que, por el contrario, siguen demostrando una referencia inmediata al tipo de Estado concreto en el que surgieron. Ahora bien, desde este punto de vista, pueden dividirse en dos órdenes claramente opuestos entre sí, si bien pueden encontrarse analogías más o menos evidentes entre los que pertenecen al mismo orden.

El primero de ellos se caracteriza, ante todo, por estar dirigido específicamente, primero, a la defensa y, en segundo lugar, a la exaltación de los regímenes, que de hecho se habían establecido como totalitarios, es decir, con el carácter común de ser antiderecho, al menos en el sentido en el que hemos entendido siempre el derecho. Conviene señalar aquí que cuando decimos “*Antiderecho*”³⁵, damos a la expresión un sentido puramente objetivo. Como el término “derecho” tiene un significado que remite a la conformidad de la pretensión o del acto con la idea de justicia, calificar una acción o un concepto como contrarios al derecho implicaría una condena desde el punto de vista ético o político. Sin embargo, como este es un estudio que prescinde de estos elementos, la expresión “derecho” debe entenderse en sentido estricto y referida de forma objetiva a la relación de las sociedades humanas con un ordenamiento, que logra la personificación de un determinado grupo y que asegura la paz de este mediante normas y competencias coercitivas y estables. Por lo tanto, cuando consideramos alguna tendencia como contraria al derecho nos referimos a que esta propone expresamente debilitar o incluso anular la existencia misma del ordenamiento jurídico, en cuanto *norma de conducta preestablecida y obligatoria, ya sea en el ámbito interno como en el internacional*. Si falta este elemento de obligatoriedad, si las reglas que rigen esa forma de coexistencia son declaradas o consideradas derogables por la conducta más o menos abierta del soberano, como precepto o como acto, por pura arbitrariedad, decimos que ese orden mismo niega la razón de su existencia, y que, por tanto, es antijurídico»³⁶.

Este fragmento es interesante por dos razones. En primer lugar, da una definición de derecho, o, mejor dicho, de su función: unificar una comunidad y asegurar la paz social mediante reglas preestablecidas y eficaces, es decir, con un cierto grado de coacción. Por ello, en las mis-

³⁵ Cursiva original.

³⁶ Vittorio Emanuele Orlando, “*La rivoluzione mondiale e il diritto*”, *op. cit.*, pp. 391-392.

mas páginas Orlando considera como antiderecho todo totalitarismo que pretenda erigir en autoridad única a una porción de la sociedad: ya sean figuras personales (místicas, sobrehumanas o nacionalistas), clases sociales o partidos.

Sin embargo – y esta es la segunda razón – Orlando rectificó poco después su posición respecto al Estado soviético: «mi definición de antiderecho, que podría justificarse a propósito de un período revolucionario rápidamente transitorio, de modo que se pueda considerar como un paréntesis anárquico, ya no es válida cuando este Estado, calificado como más allá del derecho o contra este, ha vivido la vida que – querámoslo o no admitirlo – ha vivido el Estado soviético»³⁷. Impulsado por una curiosidad que no se veía mermada por su avanzada edad, por la peculiaridad del tema ni por las barreras lingüísticas, y tras estudiar las fuentes disponibles³⁸, Orlando rectifica: el bolchevismo jurídico no sería antiderecho, sino más bien expresión de la tendencia general del derecho a reconocer el valor (jurídico) de los hechos.

Es precisamente esta tendencia el núcleo del punto metodológico sobre el que estas páginas quieren centrar la atención, al margen de las teorías soviéticas y de su interpretación por este autor, acertada o no³⁹.

VI. NORMA Y HECHOS

Vayamos al punto metodológico central. Es frecuente en la doctrina la crítica a Orlando por su abstracción, su formalismo y el distanciamiento de la realidad social y de las otras ciencias, distintas del derecho, encargadas de su estudio⁴⁰. Esta crítica puede ser aplicable a los auda-

³⁷ “Intorno alla crisi mondiale del diritto. La norma e il fatto”, *op. cit.*, p. 307.

³⁸ También a través de Boris Mirkin-Guetzévitch, *La theorie generale de l'etat sovietique*, Giard, París, 1928, y Georges Gurvitch, *L'experience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, París, 1935. Orlando había analizado al primer autor en “Metodo e tecnica giuridica della dottrina sovietica” (1928), en *Diritto pubblico generale*, *op. cit.*, pp. 81-97.

³⁹ Cfr. Umberto Cerroni (Ed.) *Teorie sovietiche del diritto. Stučka, Pašukanis, Vyšinskij, Strogovič*, Giuffrè, Milán, 1964. Orlando se refiere sobre todo al famoso Andrej Januarevič Vyšinskij (y a la edición inglesa de un volumen suyo: *The law of the Soviet State*, Macmillan, Nueva York, 1948) y en mayor medida al polaco Leon Petrażycki (huido de Rusia tras la Revolución de 1917, rechazado por Vyšinskij y ensalzado, en cambio, por Gurvitch, que sigue considerando relevantes sus contribuciones en Georges Gurvitch, *Sociology of Law*, Philosophical Library, Nueva York, 1942, p. 7 y 57).

⁴⁰ Véase, por ejemplo, Mario Galizia, “*Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*”, *Archivio giuridico*, 1963, n. 1/2, pp. 87 ss.: Se dice que Orlando eligió como eje de su investigación unos principios (los del derecho público general) independientes de los datos sociológicos, de los hechos políticos y de las propias normas y, por tanto, igual de arbitrarios que el anterior derecho natural abstracto; que adoptó un progermanismo acrítico ajeno a las diferencias entre la experiencia jurídica italiana y alemana; y que tomó de esta última una impronta “autoritaria y al mismo tiempo antihistórica”. No obstante, Galizia concluye que la contribución de Orlando fue notoria y que sus defectos se debieron también al entusiasmo con el que se lanzó

ces programas metodológicos del primer Orlando, pero no a todos sus escritos, y ciertamente no a las páginas que aquí reseñamos. Para comprenderlo basta el subtítulo del principal de estos ensayos: «La norma e il fatto» (la norma y los hechos). He aquí un fragmento significativo:

«[S]i, como es cierto, el campo del complicado estudio del Derecho ha llegado a ser mucho más amplio en comparación con lo que era cuando comencé como académico, la amplitud actual y la mayor profundidad significan un progreso efectivo. Y esto no dependería de la intervención de un líder de una escuela con un talento especial que hubiera producido una transformación científicamente renovadora, salvo la llegada más o menos rápida de otro líder no menos talentoso que hubiera demostrado los errores del sistema anterior y lo hubiera derrocado. Más bien, se trataría de un progreso logrado en virtud de grados reales de una evolución que ha ocurrido objetivamente en la historia de la humanidad, que correspondía a una transformación simétrica en el estudio del derecho. He podido seguir las etapas de esta evolución año tras año, a lo largo de setenta años, en medio de acontecimientos terribles. Éstos son los inconvenientes de una vida muy larga. La última crisis científica, como hemos visto, se ha liberado de esos límites inexorables de nuestro conocimiento, como el espacio y el tiempo: se ha manifestado a través de una multiplicación de estudios y teorías de autores o escuelas de pueblos distantes entre sí y que tienen su propia autonomía científica. En cuanto al tiempo, la intuición de las nuevas tendencias precedió relativamente en mucho tiempo a esa misma crisis de la historia, que no podía dejar de corresponder a la crisis simétrica del derecho.

Una multiplicidad de teorías, decíamos, y aparentemente diferentes, por no decir contrastantes, entre sí. Pero una consideración atenta revela entre ellas lo que yo llamaría un denominador común, por el cual todas las diversas opiniones y teorías se reducen a una unidad más o menos íntima o latente que acaba siempre por reunirse en torno a la hipótesis de

al debate metodológico (p. 89). De forma más reciente, Sabino Cassese, *Tre maestri del diritto pubblico*, op. cit., sostiene que las graves dificultades vividas en Italia a finales del siglo XIX se habrían entendido y abordado mejor no desde la doctrina jurídica del pandectismo, sino con «la lógica ingenieril del capitalismo naciente o la lógica militar del ejército, los únicos recursos técnico-administrativos disponibles en la época» (ivi, p. 26). Otras críticas en parte diferentes se centran principalmente en los presupuestos ideológicos liberales del pensamiento jurídico del autor: por ejemplo, las de Gaetano Azzariti («*Il liberalismo autoritario e la costruzione dello Stato unitario italiano*. Vittorio Emanuele Orlando, un liberale al servizio dello Stato», *Democrazia e diritto*, 2011, nn. 1/2, pp. 117 ss.; «*La "prima" scuola italiana di Diritto pubblico tra continuità e rotture*», *Politica del diritto*, 1997, n. 4, pp. 553 ss.; «*La prolusione orlandiana e la scienza del diritto amministrativo anteriore al 1989*», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1989, n. 4, pp. 968 ss.), Luigi Ferrajoli (*La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 7-8 y 22 ss.) y Claudio De Fiores («*Ascesa e declino del metodo orlandiano*», *Rivista AIC*, 2017, n. 4).

una influencia de los hechos que va contra la regla o norma expresamente impuesta por el poder que tiene la soberanía sobre el grupo, como un mandato a observar; esta influencia tiende entonces a moderar la eficacia del contenido de la norma y, en algunos casos, a negarla»⁴¹.

No puede decirse que esto fuera una novedad absoluta para el pensamiento jurídico del siglo XIX, pensemos en la literatura alemana sobre el cambio constitucional⁴². Sin embargo, tampoco era algo nuevo para el propio Orlando, quien en *Principii di diritto costituzionale* había incluido entre las fuentes del derecho constitucional la costumbre e incluso el desuso⁴³. En el mismo manual, Orlando también profundizó en la relación entre derecho y política: el estudio del primero como si fuese una materia sobre las relaciones y las leyes naturales, necesarias y objetivas de la organización social; la segunda marcada por la variabilidad de las relaciones «dependientes de la actividad consciente de la investigación subjetiva», es decir, del continuo ejercicio de la libertad y de la voluntad de los pueblos⁴⁴. En definitiva, la política, entendida como ejercicio de la autoridad, inspira el cambio cotidiano del derecho, pero ello no agota su dinámica y fundamentos.

La cuestión es siempre la misma: quien ejerce el poder sobre la comunidad puede emitir un mandato, pero no puede excluir que, en un momento dado, este mandato cambie o pierda eficacia como consecuencia de acontecimientos que no se reducen simplemente a la promulgación de nuevos mandatos por las autoridades oficiales. Este es el mismo tema que afloró en las críticas a la Asamblea Constituyente: el riesgo de sobreestimar las capacidades constructivas y voluntaristas de la autoridad, cuando el derecho y su eficacia se basan también – quizás principalmente – en dinámicas más profundas, duraderas y no tan fácilmente disponibles.

Por tanto, el problema consiste en cómo dotar de un marco teórico a todo esto sin caer, por un lado, en el empirismo, ni, por otro, en alguna

⁴¹ *Intorno alla crisi mondiale del diritto. La norma e il fatto*, op. cit., pp. 317-318.

⁴² Véase para el análisis y las referencias Alessandro Mangia, “*Mutamento costituzionale e dogmatica giuridica*”, *Lo Stato*, 2022, n. 2, pp. 61 ss.

⁴³ Vittorio Emanuele Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, op. cit., pp. 55-56: la costumbre conserva una «gran importancia práctica» en el Derecho público, tanto por las lagunas de este (incluidas aquellas que derivan del trasplante de elementos «diferentes a las verdaderas tendencias del espíritu nacional»), como por su necesidad de elasticidad, incompatible con el establecimiento de reglas rígidas. «A modo de ejemplo», añade el autor (*ivi*, de nuevo p. 56), «basta recordar que el principio mismo en que se basa el gobierno parlamentario, es decir, el acuerdo entre el Parlamento y el Consejo de Ministros, no se encuentra escrito en ninguna parte» del Estatuto. Además de innovadora, la costumbre puede ser también «derogatoria (por desuso)»: siguen varios ejemplos (*loc. ult. cit.*, pero también pp. 160, 291, nota 296), entre los que destaca la abolición del carácter confesional del Estado, tras la ley de garantías (13 de mayo de 1871, n. 214), que, sin embargo, dejó formalmente intacto el artículo 1 del Estatuto («La Religión Católica, Apostólica y Romana es la única Religión del Estado [...]).

⁴⁴ Vittorio Emanuele Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, op. cit., p. 42.

variante del derecho natural – ese «Prólogo en el cielo» que, según Orlando, se encontraba más o menos explícitamente detrás (o por encima) incluso de las teorías jurídicas más avanzadas del Estado de derecho⁴⁵. Una vez más, se trata de un problema de método⁴⁶. En un mundo lleno de agitación, destrucción y escenarios sombríos e inciertos, Orlando sigue creyendo que el derecho tiene una dignidad intelectual propia y autónoma, la cual es racionalmente comprensible, y que esto es así en formas que no son completamente resolubles en las otras ciencias, incluidas las sociales⁴⁷.

VII. ENTRE HISTORICISMO E INSTITUCIONALISMO

En 1917, el historicismo, el cual Orlando contraponía tanto a las doctrinas voluntaristas como a las sociológicas sobre el origen del Estado, estaba todavía inacabado: de hecho, el propio autor reconocía que aún esta teoría no se había desarrollado en toda su profundidad⁴⁸. Al año siguiente, Santi Romano publicó la primera edición de *L'ordinamento giuridico* (El ordenamiento jurídico): una obra que Orlando consideró fundamental⁴⁹. Los últimos escritos de Orlando, que se analizan en este artículo se analizan, evidencian una adhesión al institucionalismo de su discípulo, aunque con algunos matices ya mencionados anteriormente.

Esta doctrina tiene el mérito de haber logrado extraer un núcleo fundamental y común de la variedad de normas que regulan un vasto y heterogéneo conjunto de relaciones sociales teniendo en cuenta sus testimonios históricos⁵⁰:

⁴⁵ «Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale», *op. cit.*, p. 123. *Prólogo en el cielo* es un fragmento de *Fausto*, parte I, de Johann Wolfgang von Goethe, una obra que Orlando parece conocer también a través de Gustav Radbruch, «*Il diritto nella visione goethiana del mondo*», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1940, n. 4/5, pp. 193 ss. (citado en «*Intorno alla crisi mondiale del diritto. La norma e il fatto*», *op. cit.*, p. 325).

⁴⁶ Véase también Vittorio Emanuele Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, *op. cit.*, p. 44, sobre la importancia de mantener el método jurídico incluso cuando se estudia una institución de derecho público general a través de sus aplicaciones positivas.

⁴⁷ Este es un problema que le angustia considerablemente, aunque se enuncia en gran parte a través de la disputa sobre la autonomía del derecho con respecto a la filosofía, de clara impronta crociana. Véase, por ejemplo, Vittorio Emanuele Orlando «*Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico*», *op. cit.*, pp. 499 ss.

⁴⁸ Vittorio Emanuele Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁹ Vittorio Emanuele Orlando, «*Stato e diritto (Ordinamento giuridico – Regola di Diritto – Istituzione)*» (1926), en *Diritto pubblico generale*, *op. cit.*, pp. 223-273, p. 243.

⁵⁰ Este era el procedimiento típico del «derecho público general» (cfr. Vittorio Emanuele Orlando, «*Diritto pubblico generale e diritto positivo*» (1921), en *Diritto pubblico generale*, *op. cit.*, pp. 101-120): su objeto era el mismo que el del derecho positivo, pero abordado con un método distinto. Observando las mismas formas concretas estudiadas por el derecho positivo, intentó descubrir la esencia de las instituciones políticas, construyéndola en doctrinas dotadas tanto de un valor cognitivo propio como de una función práctica de apoyo al derecho positivo, especialmente cuando su reconstrucción abre cuestiones de particular importancia teórica.

«Este rasgo, el cual atribuye inicial y originariamente el carácter jurídico, es aquel del que se deriva la eficacia coactiva, coercitiva, facultativa, permisiva o represiva de toda esa variedad de normas; esta eficacia reside en el hecho mismo de la organización de grupos sociales naturalmente (¿o incluso voluntariamente?) existentes para atender a los fines de la vida colectiva, siendo el Estado, hasta ahora, el mayor de esos grupos»⁵¹.

«Partiendo de estas premisas, el fenómeno que constituyó el punto de partida de la experiencia jurídica fue precisamente el grupo social considerado como el origen de este poder coercitivo; ese fenómeno que, como tal, constituye sin duda un dato de la experiencia empírica ¿Será este dato suficiente para fundamentar la condición que permita al derecho la posibilidad de un proceso ulterior y necesario para dotar a la experiencia inmediata de un carácter conceptualmente eficiente? Renunciando a la absurda pretensión de asimilar nuestro orden de fenómenos a aquellos dominados por el determinismo mecánico de la necesidad, ¿no podemos reconocer, en el campo de nuestras ciencias, *un determinismo espiritual de la finalidad*, tal como sería *inherente a esa fuerza que sostiene la existencia de todo grupo social, en la medida en que la observancia de esa ley de obediencia constituye el presupuesto de la vida grupal?* ¿Acaso este término no actúa como intermediario entre la positividad empírica y la trascendencia filosófica o mística, que se encuentra en el otro polo?»⁵².

Todas ellas son preguntas retóricas cuya respuesta ya ha sido anticipada: la ley intrínseca del derecho, a diferencia del simple voluntarismo de la autoridad, se basa en el fin específico de cada grupo social, cuya consecución no puede tener lugar sin la obediencia a ciertas reglas que el propio grupo ha creado para alcanzar dicho fin. Este es el rasgo «verdaderamente común a todas las normas jurídicas, y que lógicamente las precede, sin separarse de ellas»⁵³.

Habiendo aceptado esta perspectiva casi como el elemento clave que le faltaba para completar su interpretación del historicismo, Orlando acoge con agrado la descripción que de su planteamiento hace un reputado filósofo del derecho⁵⁴, quien anteriormente también había sido alumno suyo: «[l]as normas son para él el reflejo de un orden inherente a la sociedad, la cual está compuesta de estructuras bien definidas, sociedades menores, instituciones y organismos, entre otros. Por tanto, existe un orden jurídico mucho más complejo que el de las normas, verdaderamente constitutivo y sustancial, al que las propias normas se vinculan,

⁵¹ Vittorio Emanuele Orlando, *“Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico”*, *op. cit.*, p. 502.

⁵² *Ivi*, pp. 502-503.

⁵³ *Ivi*, pp. 501-502

⁵⁴ “Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale”, *op. cit.*, p. 141.

del que se nutren y al que los juristas deben recurrir y comprender si quieren entender la realidad jurídica, la cual puede conocerse en la vida social y que esta desarrolla. De lo que se trata es de estudiar el fenómeno jurídico, que, en sus elementos más simples y elementales, se revela no tanto como norma o conjunto de normas (en ese sentido, según Orlando, es una manifestación, e incluso una consecuencia), sino más bien como una institución, por usar una palabra que se ha incorporado al dominio común con otro gran jurista: Romano»⁵⁵.

De este modo, el historicismo se inclina hacia el institucionalismo, en el que la función de organización social es crucial para asegurar la convivencia pacífica dentro de una comunidad: «el señor es quien nos da la paz», como diría Goethe⁵⁶.

«[La] posibilidad de una vida en común entre grupos humanos, regulada jurídicamente, supone en su forma mínima e inicial la existencia, dentro del propio grupo, de una fuerza generada por él con la finalidad y la capacidad de asegurar su paz interna y externa. La manifestación de esta forma mínima e inicial, necesaria pero suficiente para un grupo primitivo, consiste en prohibir a los individuos resolver sus conflictos por sus propios medios, es decir, mediante el uso de la fuerza, y que, en su lugar, se prevea un orden específico de la magistratura más primitiva y elemental a la que los ciudadanos deban acudir para dirimir sus controversias y determinar, conforme a los medios previstos para ello por el propio grupo, quién tiene la razón y quién no. El concepto de paz del grupo se extiende al problema de las relaciones con grupos más o menos homogéneos pero distintos y a las resultantes amenazas o deseos de guerras, invasiones, esclavitud y destrucción»⁵⁷.

Esta exigencia elemental forma parte de la esencia misma de la institución. A veces, se cumplirá por la ley entendida en su sentido más básico, como conjunto de mandatos positivos preestablecidos. Otras veces, se requerirán medios diferentes, como las costumbres o los precedentes, que – como bien lo sabe Orlando del derecho romano – pueden incluso prescindir de leyes escritas específicas y constituir, a través del mandato del juez fundado en los hechos, «una fuente, aunque minúscula, de

⁵⁵ Felice Battaglia, “*Il Diritto pubblico generale nel pensiero di Orlando*”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1940, n. 6, pp. 333-334. Este artículo analiza *Diritto pubblico generale*, *op. cit.*, y su autor aborda el fenómeno jurídico desde una perspectiva idealista sin duda más consciente, meditada y filosóficamente elaborada que la de Orlando (véase al respecto Michele Massa, “*Vittorio Emanuele Orlando e la ricerca di una prospettiva storicista sul diritto pubblico*”, *op. cit.*, p. 280, pp. 293-294).

⁵⁶ De *Fausto*, parte II, acto IV (Alta montaña, Mefistófeles: «Herr is der uns Ruhe schafft»). La cita se encuentra en “*Intorno alla crisi mondiale del diritto. La norma e il fatto*”, *op. cit.*, p. 325.

⁵⁷ *Ivi*, p. 324.

una futura regulación normativa»⁵⁸. En casos particulares, esta ley puede imponerse bajo la apariencia de una necesidad que obliga a derogar, de manera más o menos explícita, las normas vigentes⁵⁹.

Este último aspecto coincide en gran medida con algunas partes de la obra de Romano⁶⁰, quien, partiendo de la instauración *de facto* de un ordenamiento jurídico, aborda el problema de los decretos de urgencia antes de llegar a la formulación más completa: «[l]o cierto es que la necesidad es la fuente primaria y originaria de todo el derecho, de modo que las demás deben considerarse en cierto modo derivadas de ella. En el sistema de Estados actual, que ha evolucionado durante tanto tiempo y ha alcanzado un grado de exhaustividad tan notable, la producción normal del derecho suele estar establecida por una norma escrita. Así, cuando se investiga el fundamento obligatorio de una ley, este se encuentra en una ley anterior que establece los órganos competentes para promulgarla y sus atribuciones. Pero es claro que en esta búsqueda debemos en algún momento detenernos al llegar a una primera ley, que habrá derivado su fuerza sólo de la necesidad que la determinó. Y en la necesidad hay que encontrar el origen y la legitimación de la institución jurídica por excelencia, es decir, del Estado, y en general de su ordenamiento constitucional, cuando se establece por un procedimiento *de facto*, por ejemplo, por una revolución. Y lo que ocurre en el momento inicial de un determinado régimen también puede repetirse, aunque de forma excepcional y con características más atenuadas, incluso cuando ha regulado ya sus instituciones fundamentales. Es decir, puede producirse un determinado estado de cosas que constituya una manifestación explícita, urgente y categórica de necesidades y fuerzas sociales, en el sentido de que de él emane inmediata y directamente una norma obligatoria, sin incertidumbre y sin posibilidad de eludirla: es un hecho que, por su naturaleza, se presenta con las características del derecho, es la necesidad, fuente primera de éste»⁶¹.

Asumida esta perspectiva, la ciencia jurídica debe centrarse en dos dimensiones: por un lado, la actividad voluntaria y consciente de los hombres a través de las autoridades que han constituido para satisfacer las necesidades que dieron origen a la institución, empezando por la de

⁵⁸ *Ivi*, p. 325.

⁵⁹ *Ivi*, pp. 332-334. Orlando cita dos ejemplos: la suspensión de las normas habituales en materia de contratos de arrendamiento durante la Segunda Guerra Mundial; y el cambio de opinión de la Corte Suprema respecto a la obligación de restituir lo prestado en virtud de un contrato ilícito, admitida en un principio pero que posteriormente fue denegada cuando debería haberse aplicado a los contratos celebrados con los bancos por quienes habían especulado sobre la evolución del marco alemán tras la Primera Guerra Mundial.

⁶⁰ Bien conocida por Orlando. Véase Vittorio Emanuele Orlando, “*Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico*”, *op. cit.*, pp. 493-495.

⁶¹ Santi Romano, “*Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*” (1909), en *Idem, Scritti minori*, Giuffrè, Milán, 1950, pp. 287 ss., 298.

supervivencia y protección frente a la violencia; y las presiones que esas mismas necesidades presentes en el hecho – «que en derecho público puede llamarse sin duda “historia”»⁶² – ejercen sobre las reglas que los hombres se han dado. La importancia de observar este segundo aspecto es quizás el legado más significativo del historicismo de Orlando: la conciencia de que el ordenamiento jurídico, «junto a una vida inmediata y más externa, ligada a la voluntad más o menos episódica del poder», vive «también y sobre todo otra vida, más profunda y menos contingente», que es precisamente tarea de la ciencia jurídica percibir y tutelar⁶³. En palabras de Capograssi, se trata de la conciencia de la «continua paradoja de la fuerza que la ley, poniéndola al servicio de las exigencias profundas de la vida, vuelve lúcida y humana»⁶⁴. A continuación, se cita uno de los pasajes en los que Orlando reivindica este papel de la ciencia jurídica:

«El desarrollo ulterior de las instituciones y de los sistemas jurídicos presupone siempre un curso de acontecimientos históricos en los que actúan tanto la voluntad de los hombres como la influencia de leyes inevitables y necesarias en una medida indeterminable, factores ambos bastante impredecibles. Precisamente por esta razón, *las doctrinas jurídicas tienen una sensibilidad menos inmediata y más limitada frente a nuevas formaciones que afectan a la estructura de los Estados, aunque compensan esa lentitud con una mayor seguridad*. No disponen de amplios campos en los que desarrollar su actividad, pero permanecen conectadas a la realidad y son capaces de captar las actitudes y consecuencias reales en el ámbito de las transformaciones institucionales, que suelen ser lentas pero coordinadas. En este sentido, el estudio de los sistemas y de las teorías jurídicas puede incluso llegar a reconstruir las leyes del progreso del derecho, aunque sólo sea como tendencia»⁶⁵.

También es interesante a este respecto la clasificación de las diversas ramas del derecho según su estado material, o más de allá de metáforas físicas, según su grado de consolidación⁶⁶. La consolidación

⁶² «*Intorno alla crisi mondiale del diritto. La norma e il fatto*», *op. cit.*, p. 362.

⁶³ Maurizio Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione fra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milán, 2001, p. VII.

⁶⁴ Giuseppe Capograssi, «*Il problema di Vittorio Emanuele Orlando*», *op. cit.*, p. 371.

⁶⁵ Vittorio Emanuele Orlando, «*La rivoluzione mondiale e il diritto*», *op. cit.*, pp. 383-384. Véase también «*Intorno alla crisi mondiale del diritto. La norma e il fatto*», *op. cit.*, p. 303: «quizá ningún otro campo de estudio en el ámbito de las ciencias morales, sociales, políticas, [tenga], una sensibilidad tan rápida y aguda a las transformaciones históricas de la estructura social como el derecho». Comparando este fragmento con el que aparece en el cuerpo central del texto, cabría preguntarse si para Orlando la sensibilidad de las ciencias jurídicas es o no tan rápida; aunque desde luego sí es la más pronunciada y segura.

⁶⁶ *Ivi*, pp. 347 ss. Las observaciones se extienden también a otras ramas del derecho (pp. 354-355): el derecho procesal, cuyo desarrollo sería paralelo al derecho sustancial

es mayor en el derecho más desarrollado, el derecho privado, en el que la relevancia de los hechos es nula, limitada o indirecta; sería intermedia en el derecho público: las áreas administrativas pueden considerarse consolidadas, pero estas están conectadas, o incluso subordinadas, a las constitucionales (conflictos entre órganos constitucionales, garantía de los derechos individuales frente al legislador), donde falta el binomio entre norma vinculante y jurisdicción eficaz. El grado de consolidación es mínimo – podríamos decir que su estado es aún gaseoso – en el derecho internacional, que ha carecido históricamente de autoridades capaces de garantizar el cumplimiento de sus normas, mucho más de lo que el propio Romano creía. Sin embargo, Orlando identifica en este ámbito novedades importantes.

VIII. HACIA EL SUPERESTADO

En una de sus obras posteriores, escrita en un estilo más brillante y coloquial, Orlando expuso una síntesis extrema de las dos leyes fundamentales que, según él, guiarían los «ordenamientos jurídicos de la vida colectiva»: *i*) la «ley de evolución» de dichos ordenamientos, una evolución hacia una creciente y mayor amplitud («de la familia política al pueblo, a la tribu, al municipio, al Estado en sentido estricto», destinado luego a evolucionar hacia el «moderno definido como “de Derecho”, “democrático” o “parlamentario”»); *ii*) una especie de ley de conservación, en virtud de la cual se mantiene en cualquier caso «el vínculo de apego del individuo a las formas anteriores» durante el proceso de evolución del ordenamiento⁶⁷.

Estas leyes se utilizan como criterios para estudiar el presente y los acontecimientos que, ese momento, tenían lugar en el panorama internacional para tratar de garantizar un futuro de paz sin nuevos conflictos mundiales.

Orlando consideraba esto como una aplicación más de la ley de evolución, motivada, como siempre, por necesidades sociales, en este caso internacionales, y que tendía a establecerse en un nuevo ordenamiento. Este debía coordinarse con otros ya existentes que eran expresión de otras comunidades, otros vínculos y otras necesidades humanas, pudiendo hablarse en este sentido de «progreso». En cualquier caso, no puede olvidarse la fase anterior de debilitamiento y barbarie que atravesó el derecho internacional durante las dos guerras; ni tampoco la dureza y los sacrificios que la transición en curso podía implicar, como las condicio-

al que se refiera; el derecho penal, también consolidado pero marcado tanto por una mayor discrecionalidad del juez como por los espacios de participación popular en la jurisdicción; el derecho mercantil y el laboral, en los que la evolución es continua y, por ello, la relevancia de los hechos es relativamente mayor.

⁶⁷ Vittorio Emanuele Orlando, *Il parlare in Parlamento*, op. cit., p. 744.

nes de paz punitivas impuestas unilateralmente⁶⁸, o la división en clases y la jerarquía de los Estados en la ONU y en sus procedimientos de toma de decisiones⁶⁹. A ello se sumaban las innumerables incógnitas de esta nueva transición, especialmente aquella de si se lograría a través de una integración pacífica por asociación o una imperialista ejercida por un único Estado sobre todos los demás⁷⁰.

«[C]uando se habla en nuestra disciplina de “progreso” hay que abstraerse de la tradición lingüística que vincula este término con una mayor felicidad o bienestar de la humanidad como resultado beneficioso de una nueva institución. De acuerdo con la influencia hedonista de la que la palabra aún no logra desprenderse, progreso, civilización y bienestar en la convivencia entre seres humanos parecen expresiones conectadas entre sí, pero desgraciadamente no lo están. *Para nosotros, los juristas, el concepto de progreso se refiere a una evolución y desarrollo continuo de las instituciones con el fin de que sean más aptas para la consecución de sus propios objetivos.* En el caso concreto de los ordenamientos que garantizan el orden interno y la paz externa de los grupos, la creación sucesiva de formas de convivencia cada vez más grandes y completas constituye para nosotros un progreso como un grado de desarrollo alcanzado por la humanidad que no implica necesariamente una mayor felicidad, más bien al contrario, debiendo admitirse que la consecución de dicho desarrollo cuesta a la humanidad dolor, sufrimiento, catástrofes [...].

Dicha esta premisa que establece el carácter general de nuestro pensamiento y volviendo al concepto de la comparación que hemos propuesto, todos verán cómo, según el análisis que hemos hecho del estado del derecho internacional durante el siglo XIX, ese derecho podría ser calificado con razón de bárbaro, pero no por sí mismo (¡ya hemos visto lo que significa la barbarie en el mundo internacional!), sino por la deficiencia de esas condiciones precisas que se presentan como la garantía de un derecho maduro, adulto o, al menos, en el período de su formación técnicamente calificable como el de un derecho. Si, aun a costa de sacrificar normas eficaces no tanto por su propia virtud, sino por la concurrencia de circunstancias históricas contingentes, fuera posible proceder a la reconstrucción de un sistema de normas más primitivo en cuanto a la humanidad de su contenido, pero que pudiera calificarse de progreso en sentido estrictamente jurídico

⁶⁸ Vittorio Emanuele Orlando, “*La rivoluzione mondiale e il diritto*”, *op. cit.*, pp. 425 ss. Ya en la Conferencia de Paz de París Orlando había percibido un cambio sustancial en la gestión de las relaciones internacionales. Estas dejaron de ser, al menos formalmente, negociaciones paritarias mediadas por diplomáticos de carrera, para convertirse en enfrentamientos directos entre políticos y en los que prevalecían claramente los dirigentes de los países más fuertes (véase también “*La crisi del diritto internazionale*”, *op. cit.*, pp. 13 ss.; *Memorie (1915-1919)*, *op. cit.*, pp. 413 ss., 417 ss.).

⁶⁹ Vittorio Emanuele Orlando, “*La rivoluzione mondiale e il diritto*”, *op. cit.*, pp. 421 ss.

⁷⁰ *Ivi*, pp. 409 ss.

por su eficacia coercitiva efectiva, ¿no habría que reconocer, como hemos dicho, y siempre en ese sentido relativo, una ventaja real, aunque para alcanzar ese objetivo hubiera que producir un empeoramiento en cuanto a la mayor dureza y severidad inherentes a las nuevas formas? *¿No sería una conquista efectiva ganar en eficacia y solidez lo que se puede perder como apariencia más humana de las reglas anteriores?»*⁷¹.

Orlando presencia la creación de la ONU y la exclusión de Italia de ella. Consciente de sus diferencias con Wilson sobre la organización de la Sociedad de Naciones⁷², el veterano jurista observa con interés el nuevo sistema centrado en el Consejo de Seguridad y en el poder de veto de las potencias vencedoras en la guerra. Para apoyar este sistema, que sustituiría a los anteriores basados en la paridad entre Estados y del necesario consenso entre todos, esboza una comparación con las dinámicas de toma de decisiones propias de los ordenamientos jurídicos nacionales⁷³. Orlando augura una futura sujeción de los Estados, «aunque sea parcialmente», a un «auténtico ordenamiento jurídico superior», «capaz de generar una fuente de derecho real y representativa de una voluntad superior a la de los Estados»⁷⁴. Los conceptos clave siguen siendo los dichos anteriormente, pero las prerrogativas y responsabilidades derivadas de esta unificación, aunque limitadas solo a algunos aspectos, se sitúan por encima del nivel estatal, a donde se traslada ese proceso de organización institucional que Orlando llama (en un léxico más tradicional) personificación y (en términos más propios del siglo XX) constitución de un nuevo ordenamiento jurídico.

Ante esta situación la pregunta es: ¿están los Estados preexistentes destinados a ser superados, ya sea de forma pacífica o conflictiva? Orlando considera que no, pues la ley de evolución todavía no ha completado su ciclo: los acontecimientos internacionales aún están en curso y limitados sólo a algunos aspectos, aunque los esenciales. Además, junto a esta ley se sigue aplicando la ley de conservación: de este modo, Orlando asume la carga del pluralismo, al menos teórico, que era típica del institucionalismo de Romano y lo distinguía del monismo kelseniano, aunque ambos coincidan en la identificación del Estado y el ordenamiento.

«El punto de partida es también el ordenamiento jurídico, aunque considerado, sin embargo, como una multiplicidad indefinida, es decir, como cualquier órgano o entidad o grupo social que ha alcanzado una organización propia y es, por ello mismo, un ordenamiento jurídico. *Para*

⁷¹ «*La crisi del diritto internazionale*», *op. cit.*, p. 17.

⁷² *Ivi*, p. 22.

⁷³ *Ivi*, p. 27.

⁷⁴ *Ivi*, p. 29-30.

*ambas escuelas, se establece una equivalencia entre las dos nociones de institución y ordenamiento jurídico; pero mientras que una, es decir, la escuela kelseniana, dominada por el principio del monismo jurídico, considera la institución investigándola o evaluándola en su forma suprema, es decir, como Estado o superestado (según se atribuya la primacía al derecho interno o al derecho internacional), la otra considera la institución en su forma espontánea de multiplicación indefinida de grupos sociales organizados, ya sean originarios o derivados, particulares o generales, simples o complejos, independientes o subordinados, protegidos por el orden estatal, tolerados o incluso perseguidos [...]*⁷⁵.

«[P]artiendo del fenómeno verdaderamente fundamental de la sociabilidad humana, esa teoría reconoce en la institución la célula inicial de la vida del derecho. Dada la hipótesis de que ningún fin propio de la humanidad es alcanzable sino a través de una pluralidad de hombres, asociados de manera a veces natural y necesaria, a veces voluntaria y libre, esta pluralidad tiende a constituirse en unidad a través de su propio ordenamiento. Este ordenamiento, como hemos dicho, implica la personificación del grupo. Este es el punto de intersección con la teoría kelseniana, en la que se da al concepto de personificación el sentido puramente jurídico por el que, por un lado, ese grupo es capaz de expresar una voluntad que pueda considerarse la del propio grupo y, por otro, se determina un conjunto de normas obligatorias y necesarias para el fin que se pretende alcanzar. En este primer sentido, totalmente general, vuelve a cobrar vida la vieja máxima “*ubi societas ibi ius*”; pero, en lugar de considerar este orden y, simétricamente, este derecho en su punto de culminación y síntesis unitaria, es decir, tal como lo expresa un pueblo entero contenido en un Estado entero, para alcanzar y asegurar una primacía que no admita competencia alguna, nos remontamos más bien a los orígenes del derecho, primero como determinación de competencia, luego como normas, tal como se expresan por todos los grupos, indefinidamente múltiples y variados, en que se descompone esa unidad del pueblo. Se trata pues de un inmenso laboratorio productor de Derecho tal como se nos presenta en los grandes sistemas jurídicos [...]»⁷⁶.

Es precisamente el pluralismo teórico lo que permite al institucionalismo no sólo ver, en el panorama de la destrucción, el germen de una nueva fase; sino también armonizar esa nueva fase con la persistencia de las instituciones anteriores. Esta última consideración lleva a Orlando a concluir con un tono que podría sonar retórico, pero que debe interpretarse considerando cuán vinculada estuvo su vida con la del Estado italiano.

⁷⁵ Vittorio Emanuele Orlando, “*La rivoluzione mondiale e il diritto*”, *op cit.*, p. 401.

⁷⁶ *Ivi*, p. 405.

«En resumen, todo este apocalipsis sería en sí mismo indicativo de una revolución, que ha cambiado radicalmente los elementos estructurales y típicos de lo que se llamó el Estado moderno, con todos los derechos que lo definían; y todas estas espantosas catástrofes entre las que vivimos serían los signos del ocaso de una era y del tormentoso comienzo de otra nueva, marcada por la sucesión de un tipo de Estado a otro, nuevo y diferente [...].

Ahora bien, sobre esta ley de tendencia a la que parece obedecer la nueva forma, podemos concluir que, en relación con la situación histórica actual, indica el paso hacia un super-Estado, que puede tener su origen sea de una supremacía alcanzada por una potencia superior, sea de un acuerdo constituido por una asociación de Estados. Estamos aún muy lejos – ¡ay! – de predecir cuál de estas dos soluciones nos tiene reservada el destino; pero en ambos casos corresponderá a este super-Estado un sistema jurídico específico, al que deberá corresponder también una personificación, cuyo signo más característico ya hemos visto implementado, aunque con imperfecciones, en la medida en que se ha determinado un modo de expresar la voluntad colectiva, que llega como una “ley” que se les impone a los Estados reunidos. Así pues, *a través del momento de la formación y expresión de una voluntad colectiva, reconocemos el objetivo final de esta revolución que está sacudiendo al mundo; y este objetivo consiste en la creación y formación de una nueva entidad que vivirá su propia vida en el mundo de las abstracciones jurídicas [...]*»⁷⁷.

«Hay algo verdaderamente profundo y, yo diría, místico en esto: el hombre siente, con una intensidad incomparable (hasta el punto de sacrificar su vida), una solidaridad profunda con el grupo al que pertenece, sentimiento de devoción y amor cuya esencia no se altera con la ampliación del centro inicial de ese grupo [...] No podemos admitir (pero tampoco excluir) estas extensiones y estas identificaciones, cuya naturaleza contendría elementos místicos; pero – repetimos – *es la experiencia histórico-jurídica la que atestigua cómo la formación de convivencias superiores no ha debilitado en absoluto el vínculo con los grupos anteriores, empezando por la familia misma [...]*.

No sé si en el futuro seremos parte de sistemas superiores y más grandes y tal vez llamarnos, en un sentido no geográfico sino jurídico, europeos o americanos o asiáticos o, en todo caso, miembros de una organización de vida colectiva que represente una civilización diferente, o finalmente incluso convertirnos en ciudadanos del mundo. Sin embargo, por esto nunca dejaremos – ni un anciano como yo, ni un joven como vosotros – de ser y sentirnos ante todo, orgullosa y apasionadamente, ciudadanos e hijos de Italia»⁷⁸.

⁷⁷ *Ivi*, pp. 429-430.

⁷⁸ *Ivi*, pp. 434-435.

IX. CONCLUSIONES

El propio Orlando era consciente de que pertenecía al pasado cuando escribió las páginas que hemos recopilado aquí. De hecho, él mismo lo afirma continuamente en ellas, así como en otros lugares: por ejemplo, cuando se define a sí mismo como «el último vestigio del siglo XIX»⁷⁹, o cuando al recibir las felicitaciones de la Asamblea Constituyente por su 50.º aniversario de actividad parlamentaria afirmó que la ocasión servía como puente entre las asambleas del pasado y las futuras, puente que él inauguraba «pero para quedarse en aquel lado» (en el pasado)⁸⁰. Esta falta de adaptación a los nuevos tiempos también se pone de manifiesto diversas posturas, que a posteriori han resultado estar desfasadas: como cuando lamentó la excesiva rigidez de las normas constitucionales sobre la formación del Gobierno⁸¹, o como cuando abogó por un Presidente de la República sin poderes efectivos⁸².

Ahora bien, es imposible permanecer indiferente ante el encomiable esfuerzo del veterano profesor por comprender y describir todo lo que ocurría ante sus ojos, incluso con las cuestiones que le resultaban más difíciles de digerir: como el papel de los partidos políticos, históricamente excluidos del ámbito del derecho público⁸³, pero que finalmente fueron objeto de una reflexión por parte de Orlando, aunque inconclusa, tras la experiencia posterior a la Segunda Guerra Mundial y a la Asamblea Constituyente italiana y la lectura de la obra de Maurice Duverger⁸⁴.

Sin embargo, no se trata solo de eso. Las interpretaciones actuales sostienen que Orlando fue apartado de los trabajos constituyentes precisamente porque se le incluyó únicamente en la Comisión de Tratados Internacionales (y no en la Comisión para la Constitución). Las páginas reseñadas en el presente artículo deberían demostrar que fue precisamente su interés por cuestiones de política exterior lo que llevó a Orlando a comprender un aspecto determinante de las transformaciones que se estaban produciendo en el modelo de Estado. Orlando supo prever correctamente que precisamente allí, en virtud de la necesidad de prevenir futuras destrucciones, actuaba uno de los grandes motores – junto a la afirmación de la garantía de los derechos individuales – que

⁷⁹ Senado de la República italiana, 27 de marzo de 1949 (en Vittorio Emanuele Orlando, *Discorsi parlamentari*, op. cit., p. 851).

⁸⁰ Asamblea Constituyente de Italia, 21 de marzo de 1947 (en Vittorio Emanuele Orlando, *Discorsi parlamentari*, op. cit., p. 737).

⁸¹ “*Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*”, op. cit., pp. 29 ss.

⁸² Asamblea Constituyente de Italia, 10 de marzo de 1947, op. cit.

⁸³ Vittorio Emanuele Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, op. cit., p. 241, p. 257, pp. 300-301 (pero también en p. 128, donde se acusa a la representación proporcional de «otorgar un poder excesivo al partido»).

⁸⁴ Maurice Duverger, *Les partis politiques*, Colin, Paris, 1951. Cfr. Vittorio Emanuele Orlando, “*Sui partiti politici. Saggio di una sistemazione scientifica e metodica*” (1953, póstumo), en *Scritti giuridici vari*, op. cit., pp. 599 ss.

caracterizaría los principios e influiría en el funcionamiento de la República italiana, y no sólo de esta. Entre las innumerables referencias que podrían hacerse, basta considerar la reflexión de Peter Häberle sobre las evoluciones históricas del Estado constitucional y, en particular, sobre la creciente importancia de su dimensión cooperativa⁸⁵. Con limitaciones y dificultades, y con distintos grados de éxito según los diversos ámbitos territoriales y políticos, cláusulas de apertura como el artículo 11 de la Constitución italiana han atribuido a esta dimensión un papel muy distinto de la tradicional mera delimitación de los distintos espacios de soberanía. Esto da lugar a una apertura cosmopolita o, más bien, a una asunción de responsabilidad que, según la famosa formulación de Hans Jonas⁸⁶, trasciende las fronteras nacionales individuales.

Son especialmente interesantes las bases teóricas – o el método – con las que el jurista italiano logra explicar estos acontecimientos trascendentales. Su enfoque constituye una combinación entre institucionalismo e historicismo, con poca o nula rigidez formalista ni dogmatismos preestablecidos. El historicismo de Orlando tiene sus propias raíces en la adhesión al método de la escuela histórica alemana⁸⁷, pero más tarde toma un rumbo algo distinto. Se ha planteado que el suyo es un ejemplo de un estilo típicamente italiano de estudiar y enseñar el derecho (público) basado en la selección de fenómenos jurídicamente relevantes dentro de un contexto histórico y social determinado; en su reconstrucción sintética y sistemática mediante grandes representaciones teóricas; y en el carácter político consecuente de la elaboración, destinada a justificar y anticipar determinados desarrollos⁸⁸. Por tanto, una filosofía la de Orlando cierta-

⁸⁵ Peter Häberle, “*Stato costituzionale. II) Sviluppo storico*”, en *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, 2000, pp. 7-9.

⁸⁶ *Ivi*, p. 10, donde se cita a Hans Jonas, *Il principio responsabilità: un’etica per la civiltà tecnologica* (1979), trad. por Pier Paolo Portinaro, Einaudi, Turín, 1990: «actúa de tal modo que las consecuencias de tus actos sean compatibles con el próximo ser humano, es decir, con la pretensión de la humanidad de sobrevivir por un tiempo indeterminado». Estos planteamientos están ahora más vigentes que nunca ante los retos que plantean no sólo las tensiones bélicas que perduran, sino también las inminentes repercusiones sociales derivadas del cambio climático. Algunas referencias más recientes en este sentido tanto a Häberle como a Jonas en Antonio D’Aloia, “*Il diritto di fronte all’incertezza del futuro*”, y Silvia Zorzetto, “*Resilienza tra metafora e politica del diritto. Le sfide della certezza e regolazione nelle «società del rischio e delle emergenze»*”, ambos en Giovanni Bombelli, Paolo Heritier y Michele Massa (edit.), *Dialoghi sulla morfologia delle fonti*, Forum di Quad. cost., 2023, n. 3, p. 186 y p. 191 respectivamente.

⁸⁷ Michele Massa, “*La vita profonda del diritto. Orlando e il metodo del diritto costituzionale*”, *op. cit.*, pp.121-122.

⁸⁸ Marco Benvenuti, “*Qual è la funzione del diritto pubblico? Vittorio Emanuele Orlando e la ricerca di un mos italicus iura docendi della nostra cultura giuspubblicistica nazionale*”, en Fulvio Cortese, Corrado Caruso y Stefano Rossi (edit.), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, pp. 91 ss.; Corrado Caruso, Fulvio Cortese, *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico: una introduzione*, *Ibid.*, pp. 20-22. También Michele Massa, “*Vittorio Emanuele Orlando e la ricerca di una prospettiva storicista*”, *op. cit.*, pp. 291 ss.

mente histórica, pero alejada de cualquier originalismo o planteamiento similar, y un realismo igualmente alejado de las corrientes anglosajonas o escandinavas. Su conexión con la realidad se produce con el institucionalismo: ciertamente, existe una dimensión del derecho como norma querida por la autoridad; pero la autoridad es parte del sistema que, a su vez, es la otra cara de una organización social estructurada en torno a ciertas necesidades vitales. Por ello, la norma debe ser considerada siempre junto con esas necesidades profundas que se manifiestan en la historia de la comunidad, y que, en ocasiones, exigen confrortarla o incluso contradecirla. Algunas afirmaciones de Orlando pueden parecer desacertadas o fuera de lugar, como aquellas que intentan identificar leyes precisas de desarrollo de los organismos sociales y reconstruir la vida profunda de los sistemas como una especie de progresión que une, con una gradualidad lineal general, todas las instituciones humanas – desde las tribus ancestrales y las antiguas monarquías orientales hasta el derecho romano, la modernidad y, por último, la posguerra de la Segunda Guerra Mundial. En cualquier caso, tanto el pensamiento jurídico institucional⁸⁹, como este tipo de aproximación a la historia conservan actualmente una notable vigencia. De hecho, uno de los críticos contemporáneos de Orlando ha destacado la perspectiva histórica, política, cultural e institucional como el punto fuerte de los planteamientos del profesor palermitano; e incluso lo citó como ejemplo a seguir por la doctrina actual para recuperar el contacto con estas dimensiones⁹⁰.

De este modo, el testimonio de Orlando no solo es el de un siglo XIX que reflexiona sobre su propia desaparición, sino que también constituye una lección que se proyecta a mediados del siglo XX sobre el presente: sobre los acontecimientos que siguen teniendo lugar hoy en día, incluso cada vez con mayor intensidad; sobre el intento de comprenderlos de forma sistemática – es decir, en términos más simples, de encontrarles nombres, definiciones, síntesis y esquemas lógicos dotados de un cierto grado de inteligibilidad y claridad. Algunos aspectos pueden parecer desfasados, superados ya por desarrollos más modernos o incluso directamente erróneos, pues es innegable que existen lagunas filosóficas y teórico-generales en sus razonamientos⁹¹. No obstante, Orlando repre-

⁸⁹ Véase más recientemente Mariano Croce, *L'anima doppia dell'istituzionalismo giuridico. Carl Schmitt vs. Santi Romano*, y Andrea Morrone, *Ordine giuridico ed eccezione. Esercizi mediante le forme del pensiero giuridico*, ambos en Giovanni Bombelli, Paolo Heritier y Michele Massa (edit.), *Dialoghi sulla morfologia delle fonti*, op. cit., pp. 255 ss., 264 ss. (de Andrea Morrone cfr. también el marco teórico en *La Corte costituzionale come giudice dell'esperienza giuridica*, Quaderni costituzionali, 2021, n. 1, pp. 115 ss.).

⁹⁰ Gaetano Azzariti, “La “prima” scuola italiana di Diritto pubblico tra continuità e rotture”, op. cit., p. 566; *Idem*, *I costituzionalisti al tempo di Babele*, Diritto pubblico, 2010, n. 3, p. 759.

⁹¹ A este respecto, tiene una gran parte de razón Otto Pfersmann, “Vittorio Emanuele Orlando e le origini del sincretismo metodologico nella giuspubblicistica”, op. cit.

senta el inicio de una fase del pensamiento jurídico que sigue hoy en día plenamente vigente, además de tener un enorme interés histórico e histórico-jurídico.

Enviado el (Submission Date): 3/4/2025
Aceptado el (Acceptance Date): 4/5/2025