

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CONSTRUCCIÓN DEL PARADIGMA “CIENTÍFICO” DEL DERECHO Y DEL ESTADO EN LA ITALIA LIBERAL

Fue durante la etapa liberal y prefascista cuando se formaron y consolidaron estas imágenes del Estado, del derecho y de la ciencia jurídica. Los cincuenta años que van desde la unidad italiana hasta la llegada del fascismo son los años en que se desarrolla, en paralelo a la construcción del Estado unitario de modelo liberal y parlamentario, la gran cultura jurídica académica: la historiografía romanista e italiana, la dogmática civilista, las diferentes escuelas penales y la nueva ciencia del derecho público. Junto a esta gran cultura y a sus grandes tratados doctrinales, se desarrolla también una cultura de la práctica forense y administrativa, que se provee, entre el final del siglo XIX y el comienzo del XX, de un enorme instrumental, formado por millares de revistas académicas y profesionales, en el nivel nacional y en el nivel local: revistas de doctrina y jurisprudencia, pero también revistas de la abogacía, del notariado, de las asociaciones de penalistas, de las instituciones bancarias y de los entes públicos más dispares.¹⁰ Al mismo tiempo, se diseña la arquitectura de las facultades de derecho, que

¹⁰ Cfr. Cassese, S., “Giolittismo e burocrazia nella «cultura delle riviste»”, *Storia d’Italia. Annali, IV, Intellettuali e potere*, Turín, Einaudi, 1981, pp. 473 y ss; Grossa, P., (ed.), *La “cultura” delle riviste giuridiche italiane. Atti del primo incontro di studio. Firenze, 15-16 aprile 1983*, Milán, Giuffrè, 1984; Melis, G., “La burocrazia e le riviste: per una storia dell’amministrazione”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 16, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 47-104. Sobre la figura del jurista y del hombre de leyes tal como aparece en la etapa liberal, cfr. Beneduce, P., *La volontà civilistica. Giuristi e scienze sociali in Italia tra '800 e '900*, Nápoles, Newprint, 1990; Beneduce, P., *Il corpo eloquente. Identificazione del giurista nell’età liberale*, Bolonia, Il Mulino, 1996.

reflejan la idea de unidad del saber jurídico fundada en una suerte de jerarquía: la enseñanza del derecho romano como propedéutica a la del derecho civil, la del derecho civil como propedéutica al resto de las enseñanzas, y la del derecho público como doctrina general del Estado y culminación del conjunto.

La historia de la cultura jurídica de la Italia liberal puede caracterizarse como un proceso de progresiva autonomización de la ciencia del derecho y de homologación y unificación de sus diferentes ramas bajo la hegemonía teórica y metodológica de la doctrina civilista. El primer paso de este proceso, con el que arranca la despolitización del derecho y de la ciencia jurídica es la conversión de la iuscivilística italiana al método histórico y sistemático propio de la pandectística alemana.¹¹ De este método provienen, fundamentalmente, tres ideas, todas ellas relacionadas con la distinción antiiuspositivista entre derecho y ley. En primer lugar, la idea savigniana del “derecho romano actual”, es decir, de la continuidad entre derecho romano, derecho común y el propio derecho civil codificado, reforzada por el hecho de que

¹¹ Hay que recordar las célebres traducciones de las *Pandectas* de Arndts por parte de Filippo Serafini en 1874; del *Sistema del diritto romano attuale* de Savigny, por parte de Vittorio Scialoja, publicado en ocho volúmenes entre 1886 y 1898; del *Commentario* de Glück, bajo la dirección de Filippo Serafini y Pietro Cigliolo en 1888; del *Diritto delle Pandette* de Windscheid, con extensísimas notas de los traductores Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa, publicado entre 1902 y 1904. El programa de refundación de la ciencia civilista sobre el modelo pandectista fue enunciado por Vittorio Scialoja desde su lección inaugural de 1879 en la Universidad de Camerino, *Del diritto positivo e dell'equità*, Savini, Camerino, 1880. Antes de la recepción de la pandectística, el método predominante era el del paleoiuspositivismo de la escuela francesa de la exégesis, fundado en el código: *cfr.* Tarello, G. *La Scuola dell'Esegesi e la sua diffusione in Italia* (1969), ahora en Tarello, G., *Cultura giuridica*, cit., pp. 90 y ss.; Grossi, P., “Tradizioni e modelli nella sistematizzazione postunitaria della proprietà”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 5-6, 1976-77, pp. 210-238; Grossi, P., “Un altro modo di possedere”. *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Milán, Giuffrè, 1977; Grossi, P., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milán, Giuffrè, 1992; Rodotà, S., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata* (1981), 2a. ed., Bolonia, Il Mulino, 1990, II parte.

este último se hubiera modelado sobre el *corpus iuris* y porque, de todas las ramas del derecho, fuera la más autónoma respecto de la legislación. En segundo lugar, la idea de la centralidad del derecho civil, concebido como el derecho por antonomasia —la verdadera constitución material de la sociedad—, y de la doctrina civilista como la disciplina madre que ofrece las bases teóricas y las categorías conceptuales a todas las otras. En tercer lugar —y, consecuentemente—, la autorrepresentación de la pandectística como la última escuela de jurisconsultos, es decir, de constructores, sobre el modelo de los juristas premodernos del derecho romano y común, de conceptos y sistemas: recuérdense, entre las construcciones más conocidas de la pandectística, la del negocio jurídico y la del derecho subjetivo sobre la base del dogma liberal de la “soberanía de la voluntad”.¹²

Se explica así, mediante este nexo epistemológico entre derecho y derecho romano, el enorme desarrollo de los estudios y de la enseñanza romanistas, promovido desde los años setenta del siglo pasado como base para la edificación de una cultura jurídica ligada al nuevo Estado nacional. La romanística, repensada en clave pandectística, ofrecía el modelo de jurista y los elementos básicos de su ideología de clase: la actualización del derecho del pasado, que en Italia se identificaba con su más antigua y gloriosa tradición, y, en este sentido, como un factor de la identidad nacional; el papel constructivo del jurista, no de mero exégeta y comentador, sino como modelador del sistema jurídico a partir de las categorías civilistas heredadas del derecho romano; el consiguiente primado de la ciencia jurídica y, dentro de ella de la civilística-romanística, como intérprete del “espíritu del pueblo”, contra la idea ilustrada y jacobina de la omnipotencia del legislador; la función pedagógica de la enseñanza del derecho

¹² “Derecho es un poder o soberanía de la voluntad conferido por el ordenamiento jurídico” (Windscheid, B., *Lehrbuch der Pandekten*, 1862-1870, traducción al italiano de C. Fadda y P. E. Bensa, *Diritti delle Pandecte*, Turín, Utet, 1902, I, § 37, p. 170; “Negocio jurídico es una declaración privada de voluntad, destinada a producir un efecto jurídico” (*ibidem*, § 69, p. 264).

romano en la formación del jurista y, más en general, del hombre de leyes.¹³

El segundo paso de esta operación es la conciliación, realizada por Vittorio Scialoja y Carlo Fadda, de la metodología sistemático-pandectista con el dogma iuspositivista de la autoridad de la ley, impuesto en Italia por la codificación napoleónica reproducida en los códigos de 1865. El propio código civil —y ya no sólo el derecho civil heredado de la tradición— queda identificado, por Scialoja, como “el estatuto fundamental de la vida social y económica de un país”,¹⁴ que sanciona en forma de ley la organización privada, propietaria y mercantil de la sociedad: es decir, como el lugar de la mediación entre el derecho romano y común premoderno y el derecho estatal positivo. Se produce, así, una doble legitimación: de la tradición por parte de la ley y de la ley por parte de la tradición; de la “natural” organización privatista y capitalista de la sociedad por parte del derecho positivo estatal y viceversa.¹⁵ A esta fusión entre vocación de actualización del derecho romano propia de la pandectística y fidelidad al derecho positivo contribuyó, por otro lado, el acercamiento histórico-filológico predominante en la historiografía romanista por obra de Contardo Ferrini y de Pietro Bonfante. En la construcción de los conceptos y de las instituciones civilistas, sostiene Bonfante, el estudio del derecho romano es necesariamente supletorio e integrador respecto al de la letra del código, en cuanto que el

¹³ Cfr. Schiavone, A., “Un'identità perduta”, *cit.*, pp. 278-281, que recuerda, como manifiesto programático de esta recuperación de los estudios romanistas, la lección inaugural de Filippo Serafini en la Universidad de Roma, el 25 de noviembre de 1871.

¹⁴ Scialoja, V., *La riforma dei codici di diritto privato in Italia* (1923), ahora en *Studi giuridici*, IV, Roma, Soc. edit. del Foro Italiano, 1933, p. 208. Sobre la recepción en la civilística italiana del paradigma pandectista y su adaptación al código por obra de Vittorio Scialoja, cfr. Schiavone, A. “Un'identità perduta”, *cit.*, pp. 283 y ss.; Salvi, C., “La giusprivatistica fra codice e scienza”, en Schiavone, A. (ed.), *Stato e cultura giuridica*, *cit.*, pp. 235 ss.

¹⁵ Cfr. Salvi, C., *La giusprivatistica fra codice e scienza*, *cit.*, pp. 236 y 237; Belfiore, A., *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milán, Giuffrè, 1979, pp. 187 y ss.

significado profundo y la finalidad de las instituciones se revelan y comprueban científicamente, y se confirman en su práctica jurídica y, consecuentemente, en su permanente realización histórica. La historia del derecho romano asume de esta forma un valor teórico-metodológico: se convierte en el terreno experimental del derecho en el que es posible someter a prueba el alcance normativo de las instituciones e indagar su naturaleza y esencia.¹⁶

De este modo, la doctrina civilista se confirma como la doctrina hegemónica en la cultura jurídica: por su método de investigación, por su tradición milenaria, por su adhesión tanto a la ley como a la historia y a las concretas relaciones sociales, por su rigor analítico y por su valor teórico-general reconocido a sus principios y a sus categorías. La alternativa entre iusnaturalismo y iuspositivismo, entre primado de la ciencia jurídica y primado de la ley se diluía en el derecho civil, que perfectamente podía presentarse como el derecho natural de la sociedad civil—expresión de una racionalidad intrínseca a la economía de mercado—e, igualmente, como el derecho común de la Europa capitalista, sancionado formalmente en los diferentes códigos estatales pero sustancialmente transnacional.

La tercera y última operación política realizada por la cultura jurídica italiana en los veinte años a caballo del siglo fue la importación de estos paradigmas, no sólo en la forma en la que la cultura alemana los había elaborado, sino también allí donde la alternativa entre derecho natural y derecho positivo resultaba, en cambio, incomponible por la absoluta preeminencia —sin duda, no eludible como en el derecho privado acudiendo a la tradición del derecho romano y común—, del momento constituyente y del momento legislativo: en primer lugar, en el derecho público, donde la operación aunque difícil, se veía favorecida por la ausencia de una tradición como disciplina, y sólo más tarde en el derecho penal, que, al contrario, podía enorgullecerse de un largo y prestigioso pasado que se remontaba a Cesare Beccaria.

¹⁶ Cfr. Schiavone, A. , “Un'identità perduta”, *cit.*, pp. 287-289.

En la iuspublicística el trasplante del modelo civilista se produce, gracias a Vittorio Emanuele Orlando y Santi Romano, mediante la distinción también en el derecho público entre ley positiva y su configuración como “un sistema de principios jurídicos antes que de preceptos legislativos”.¹⁷ “Y el medio es sencillísimo, al menos en su enunciación: a saber, que el derecho público se considere, del mismo modo que el derecho privado, como un complejo de principios jurídicos sistemáticamente coordinados”,¹⁸ ya que “el derecho precede a la ley: y las ciencias jurídicas son sistemas de principios de derecho, y no comentarios de legislación positiva”¹⁹ construidos por el jurista con “la mayor

¹⁷ Orlando, V. E., *Principii di diritto amministrativo* (1888), 5a. ed., Florencia, Barbera, 1915, p. X.

¹⁸ Orlando, V. E., *I criteri tecnici*, cit., p. 20. “Si el estado actual de nuestras disciplinas revela imperfecciones tan notables, sobre todo en el sentido del método, la otra de las dos grandes divisiones de la ciencia jurídica, que abarca todo el derecho privado, ha alcanzado, en cambio, un grado tal de perfección particularmente técnica, que no cabe imaginarlo mayor. La causa de esta afirmación, que nadie se atrevería a contradecir, es igualmente simplicísima y se deriva del hecho de la secular elaboración que el derecho privado ha experimentado en el Derecho Romano [...] Ya podéis observar, señores, en estas nuestras observaciones, expresado el primer y más general criterio para aquella renovación científica que invocamos para la esfera del derecho público. Allí donde resulta deficiente el sentido y la intuición del derecho, preciso es que nuestra ciencia se refuerce mediante su confrontación con otro orden científico animado milagrosamente de este sentido jurídico. Si nos lamentamos de que los cultivadores del derecho público son en exceso filosóficos, en exceso políticos, en exceso historiadores, en exceso sociólogos y demasiado poco jurisconsultos, mientras que jurisconsultos debieran ser por encima de todo, ¿qué mejor modo, más seguro y más simple podría hallarse para conseguir esta transformación, que un estudio profundo de los métodos propios de aquella escuela que es un modelo de *iurisprudentia*??” (*ibidem*, p. 6).

¹⁹ Orlando, V. E., *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 4. “En otros términos, pues, la ley supone ya el sistema científico del derecho y no el sistema jurídico presupone la ley”. De aquí la oposición de Orlando “a aquella maldición de los estudios administrativos que es el abuso del método exegético. No siempre el conocimiento de la ley es el conocimiento del derecho: desde el punto de vista científico, la ley es al derecho lo que el mineral aurífero al precioso metal que contiene, pero que menester es extraer. La cultura jurídica es, esencialmente, cognición, íntima y profunda, de los *principios del derecho*

precisión y rigor conceptual posibles”.²⁰ La idea fundamental del sistema es, por otra parte, la noción jurídica de Estado, identificada por Orlando, siguiendo la senda de la iuspublicística alemana y en particular de Gerber y Laband, con la figura del “Estado-persona”: un paradigma que es fruto de la recepción de la categoría civilista de la personalidad jurídica y de la consiguiente transformación de la metáfora hobbesiana del Leviatán en un sujeto jurídico ordinario y metahistórico, fundante y no fundado, separado y superior a la política, titular de la soberanía en lugar tanto del rey como del pueblo. En Italia, como ha demostrado Maurizio Fioravanti, una construcción de este tipo contaba con la ventaja de la ambivalencia del Estatuto Albertino, caracterizado —según un modelo dualista y de compromiso entre la monarquía francesa de julio— por la convivencia de dos fundamentos—el monárquico y el popular— del poder político: si ninguno de estos dos

que se forman mediante un sistema histórico y lógico propio, que se completan y vivifican en un sistema grandioso en el que cada uno encuentra su lugar con estética simetría” (Prefacio a Orlando, V. E., (ed.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milán, Società Editrice Libraia, 1900, vol. I, p. XV).

²⁰ *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. X. La adhesión a la Escuela Histórica de Savigny aparece expresamente profesada por Orlando en sus *Principii di diritto costituzionale* (1889), 5a. ed., Florencia, Barbera, 1920, p. 35: “La escuela, a la que pertenecemos, es la así llamada *histórica*, la cual representa a nuestro juicio una aplicación particular del método inductivo a las ciencias jurídicas. Fundada por Savigny, pero con puntos de vista particulares, esta teoría no ha conocido ciertamente ni aquel desarrollo, que acaso le es necesario, ni aquellas aplicaciones de las que es capaz” y que Orlando trata de ofrecer como “criterio metódico para nuestra teoría del Estado”. Sobre la recepción por Orlando de la pandectística y su papel del mismo, como fundador de la iuspublicística italiana, véase, Cianferotti, G., *Il pensiero di V.E. Orlando e la iuspubblistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milán, Giuffrè, 1980; Cianferotti, G., “La prolusione di Orlando. Il paradigma pandettistico, i nuovi giuristi universitari e lo Stato liberale”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1989, 4, pp. 995-1023; Fioravanti, M., “Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato”, en Schiavone, A. (ed.), *Stato e cultura giuridica*, cit., pp. 13-21; Costa, P., *La giuspubblicistica*, cit., pp. 106-130; Costa, P., *Lo Stato immaginario*, cit.; Mangoni, L., “Giuristi e politica. Il diritto come supplenza”, en Schiavone, A. (ed.), *Stato e cultura giuridica*, cit., pp. 303-340.

fundamentos “políticos” es constituyente, argumenta Orlando en sus *Estudios jurídicos sobre el gobierno parlamentario* de 1886, entonces “soberano” no es ni el rey ni el pueblo, sino el propio Estado personificado.²¹

Se conseguían así, mediante esta supresión del momento constitucional,²² de carácter antiilustrado y anticontractual, dos

²¹ Fioravanti, M., *Costituzione*, cit., pp. 10-21; Fioravanti, M., *Le dottrine dello stato*, cit., pp. 408-412. Los *Studi giuridici su l governo parlamentare* de 1886, se encuentran ahora en Orlando, V. E., *Diritto pubblico general*, cit., pp. 345 y ss. Véase, *infra*, en la nota 52, los resultados totalitarios de esta doctrina en el pensamiento de Alfredo Rocco. Según la interpretación de Fioravanti (*Costituzione*, cit., pp. 7-15), el alcance principal de la construcción orlandiana fue la elaboración de una “doctrina de los orígenes y formación del Estado unitario” susceptible de asegurar el principio de su continuidad, excluyendo toda fundamentación voluntarista y contractual, afirmando así el carácter “originario” de la entidad meta-política, no afectada por el cambio de los regímenes constitucionales ni de los diseños institucionales. Véase la enunciación de esta doctrina en Orlando, V. E., *Principii di diritto costituzionale*, cit., pp. 52-53: “El actual Estado italiano, aunque *de facto* salido de un proceso revolucionario, sin embargo, formalmente, se ha constituido mediante el ensanchamiento sucesivo de un pequeño Estado, que, sin duda, contaba con una vida secular [...]: el antiguo Reino de Cerdeña” que “se ha extendido poco a poco a toda Italia, proclamándose Reino Italiano en 1861. Y fue entonces que con gran sentido político, esta continuidad del Estado, si quiera sea formal, ya que no podía lograrse de otro modo, fue celosamente conservada, no modificando en el nombre del Rey el número relativo a la serie de su predecesores, uniendo la serie de las legislaturas parlamentarias, a la del Parlamento subalpino” y manteniendo como “fundamento constitucional del nuevo Estado el mismo Estatuto que el 4 de marzo de 1848 otorgara a sus pueblos el Rey Carlos Alberto”.

²² La propia idea de un momento o de una voluntad o de una decisión o de un poder “constituyente” (así como la de “Constitución”) le parece a Romano, S., “Costituente”, *Digesto Italiano*, VIII, Turín, Utet, 1899-1903, pp. 352 y 353, “inasible y falta de efectiva consistencia”: con la “segura consecuencia de que un poder, o mejor, una función constituyente [...] no encuentra su lugar en la categoría de conceptos fundamentales del derecho público”. Véanse también, de Romano, S., *L'istaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (1901), en *id.*, *Scritti minori*, Milán, Giuffrè, 1950, vol. I, pp. 107 y ss., donde se suprime junto al momento constituyente, todos los temas relativos a los fundamentos: “[El presente estudio] no pretende examinar ni discutir aquellos viejos problemas con los que se complacían los constitucionalistas del periodo doctrinario y que, en su mayor parte, o han perdido

resultados: en primer lugar, la afirmación de la continuidad del Estado como entidad natural y su autonomización de la política, que como se ha visto permitía conferir un carácter “científico-objetivo” a las disciplinas iuspublicistas y, a través de ellas, por una suerte de legitimación de regreso, carácter “jurídico-objetivo” al propio Estado y a sus instituciones contingentes,²³ en

su importancia, o deben plantearse sobre bases completamente diferentes. La teoría, por ejemplo —concebida al modo tradicional— si llamado Estado o Gobierno legítimo; la controversia sobre si el pueblo tiene o no derecho a darse el ordenamiento que estima más adecuado; la admisibilidad del así llamado derecho de resistencia colectiva o a la revolución; el problema del origen y de la justificación de la soberanía y, en esta misma línea, el examen de las doctrinas que fundan el Estado sobre la fuerza, sobre elementos contractuales, etc.” (*ibidem*, p. 108).

²³ Esta conexión entre Estado y ciencia y esta separación entre Estado y política son ambas explícitamente enunciadas por Orlando, V. E., *Principii di diritto costituzionale*, cit., p. 23: “No creemos posible comenzar nuestro estudio con la definición de la ciencia. Efectivamente, ésta se encuentra tan estrechamente unida a la *noción de Estado* que no puede obtenerse una comprensión plena y científica de una, sin haber determinado antes la otra”; *ibidem*, pp. 41-43; “El estudio científico de la vida de este gran organismo que es el Estado, da lugar a una observación que, a primera vista, parece encerrar una contradicción insuperable [...] De un lado, las leyes que regulan la vida de este organismo aparecen como naturales y necesarias, producto último de una inevitable evolución histórica. En este sentido, también las diferentes relaciones en que participa el Estado, parecen marcadas por este mismo carácter de necesidad, por lo que con lógica, objetiva y absoluta certeza, dado un pueblo determinado en un determinado ambiente, contará con un conjunto de instituciones políticas, cuyo alcance, cuyos términos y contenidos debe necesariamente ser tales. Pero incluso una observación superficial revela en la vida de los pueblos una actividad autoconsciente por la cual aquéllos, lejos de resignarse inertes a esta acción de las leyes naturales, reaccionan poderosamente contra ellas; tienen conciencia de su libertad, libertad de elección entre las diferentes instituciones, libertad sobre todo en el modo de adaptarlas, modificándolas según sus necesidades. De ahí ese trabajo incesante, esa actividad febril, mayor donde mayor es el desarrollo civil e intelectual de un pueblo [...] La orientación positivista a la que pertenecemos no pretende reducir a armonía estas antinomias: para ella basta la observación y la constatación de estas dos verdades, sólo que a cada una de ellas le corresponde un orden científico diferente. Sobre estas bases fundaremos la distinción entre orden jurídico y orden político: uno supone el estudio de las relaciones naturales y necesarias, otro la variabilidad de las mismas

segundo lugar, el otorgamiento a la imagen del Estado así redefinida, y por tanto a la nueva doctrina del derecho público, de una función de refuerzo de la frágil identidad y de la reciente unidad nacional. Con dos consecuencias de carácter antiliberal: la configuración de los derechos fundamentales ya no como límites externos y condiciones de legitimidad política del artificio estatal, sino como “autolimitaciones” de la soberanía del Estado y, por ello, como concesiones disponibles²⁴ y por otra parte, la extraña doctrina organicista, todavía en boga en muchos manuales de derecho público, que hacen de la soberanía del pueblo y del territorio, otros tantos “elementos” constitutivos del Estado. “La soberanía” escribe Orlando, “corresponde, en relación con el organismo del Estado, al cartesiano *cogito ergo sum*”; al igual que el Estado, “no precisa justificación, es expresión de un hecho natural y necesario, es decir, que dado un organismo político, éste afirma su personalidad jurídica. Y, conforme a nuestros criterios metódicos, todo lo que se refiere al orden natural de las cosas, no precisa de justificación”.²⁵ En cuanto al pueblo, añade Santi Romano, “no tiene existencia jurídica sino en el Estado”.²⁶

dependiendo de la actividad consciente de búsqueda subjetiva. Así, el Derecho constitucional se distingue de la Política, y también (modificando naturalmente los términos, por la variación de su contenido) el Derecho administrativo de la Ciencia de la administración”.

²⁴ Esta doctrina —anticipada por Carl Friedrich von Gerber con su concepción de los derechos públicos como “efectos reflejos” del derecho soberano con los que el Estado regula su actividad (*Lineamenti di diritto pubblico*, 1865, traducción al italiano de P. L. Lucchini, *Diritto pubblico*, Milán, Giuffrè, 1971, pp. 130-133) — fue, como es sabido, elaborada por G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* (1892), traducción al italiano de G. Vitagliano, Milán, Società Editrice Libraria, 1912, pp. 215 y ss., que habla de “auto-obligación del Estado”. En Italia sería retomada por Romano, S., “La teoria dei diritti pubblici soggettivi”, en Orlando, V. E. (ed.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, cit., vol. I, p. 163, que habla, en su lugar, de “auto-limitación del Estado”.

²⁵ Orlando, V. E., *Principii di diritto costituzionale*, cit., pp. 58 y 60.

²⁶ Romano, S., “Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato” (1898), en Romano, S., *Scritti minori*, cit., vol. I, p. 2. En la misma página, Romano enumera los principales resultados obtenidos en la tarea de entificación

Es obvio que, de este modo, se invierte el paradigma liberal y contractualista del Estado de derecho como instrumento artificial con la finalidad, exterior a él, de la tutela de las personas de carne y hueso que lo han construido.²⁷ El paradigma propuesto resulta, por el contrario, el ambivalente del Estado como abstracción jurídica y como organismo antropomórfico,²⁸ capaz de sugerir una

y despolitización del Estado, mediante el “desarrollo que, lentamente pero en la actualidad triunfalmente, se ha dado a la dogmática del derecho público”: en primer lugar, la concepción del “diputado” como “funcionario público” que actualiza “los intereses y los derechos del Estado”, más que como “representante de sus electores cuya voluntad actualiza, cuyos intereses colectivos protege, defendiendo no se sabe qué derechos”, ya que éstos, “colectivamente considerados”, “necesariamente coinciden” con los estatales, y “también, considerar al elector como un verdadero organismo del Estado y al cuerpo electoral como un cuerpo que ejerce por deber una función pública, de la misma forma que cualquier otro colegio constitucional o administrativo; suprimir, al delinear su noción jurídica, la invocación, exclusivamente política, de gobierno democrático; prescindir de la teoría de la soberanía popular o nacional”.

²⁷ Se trata de la conocida imagen hobbesiana del “Estado, el cual no es otra cosa que un hombre artificial, aunque de mayor estatura y fuerza que el natural, para la protección y defensa del cual fue concebido” (Hobbes, T., *Liviatano*, 1651, traducción al italiano de M. Vinciguerra, Bari, Laterza, 1911, Introduzione, p. 3). Contra la doctrina contractualista del Estado como entidad artificial, la polémica de Orlando y de su escuela fue permanente: “la teoría contractual es *individualista*” dado que con base en ella “la génesis del Estado descansa sobre la *voluntad* de los asociados [...] A tal postulado, nuestra teoría contrapone este otro: el individuo, independientemente de la Sociedad, es *una idea no sólo históricamente poco probable, sino que ni siguiera es abstractamente concebible*: el Estado forma un complemento necesario y una natural derivación de la vida individual” (*Principii di diritto costituzionale*, cit., pp. 30-31). “Así, esta simple consideración *histórica* nos demuestra que el Estado surge como efecto natural y espontáneo de una evolución histórica [...] y, así, una vez afirmado, lo vemos desarrollarse, crecer y morir como cualquier otro organismo [...]. Natural, por tanto, en su origen, manifestaciones y desarrollo: con ello nos basta para dar una fundamentación científica a la teoría del Estado. Así, en antítesis a todas las escuelas individualistas, no subordinamos la existencia del Estado a la manifestación de voluntad individual, sino que la extraemos de una razón de ser autónoma, que hace de aquél un organismo con sus propias leyes y su propio modo de desarrollo (*ibidem*, pp. 37 y 38).

²⁸ “El Estado”, afirma nuevamente Orlando, “es, por tanto, una institución jurídica y un sujeto capaz de Derecho; en cuyos términos está ya incluida la no-

serie de imágenes complementarias —como necesidad natural, como valor ético, como voluntad omnipotente y similares— las cuales se valen de remisiones tanto biológicas o históricas como espiritualistas, mezclando historicismo pandectístico, evolucionismo sociológico positivista, estatalismo ético hegeliano y nacionalismo patriótico.²⁹ El resultado es una metafísica estatalista que ignora, junto al momento constituyente, tanto la soberanía popular como el valor constitucional del estatuto como sistema de límites y garantías, y que mientras que sacraliza al Estado, lo iguala *de facto* con el “Estado administrativo”, concebido como lugar de la autoridad y de la imparcialidad en oposición a la política y a la sociedad, vistas por su parte como sede de los intereses particulares, de los conflictos y los egoísmos individuales, de grupo o de clase.³⁰

ción de personalidad jurídica del Estado” (*ibidem*, p. 28). Pero se trata también de “un organismo que vive una vida propia, cuyo desarrollo viene determinado por sus propias leyes, cuya formas son dependientes de la necesidad del desarrollo histórico” (*ibidem*, p. 31). No faltan en esta representación evolucionista, acentos racistas: “Así, mientras que ciertos pueblos bárbaros parecen haberse detenido en ciertas organizaciones primitivas de las que puede dudarse que constituyan o no Estados, esta forma ha adquirido, por el contrario, sus formas más complejas y más avanzadas en aquella raza, que ciertamente supera a todas las otras, es decir, la raza aria” (*ibidem.*, pp. 35-36).

²⁹ Costa, P., *La giuspubblicistica, cit.; Lo stato immaginario, cit.*

³⁰ No carece de importancia el que la obra más importante producida por la escuela iuspublicista italiana, publicada en diez volúmenes bajo la dirección de Orlando entre 1897 y 1925, se titule *Primo trattato completo di diritto amministrativo*. En él colaboraron los más eminentes iuspublicistas del momento, desde Santi Romano hasta Federico Cammeo, Oreste Ranelletti, Ugo Forti, Cino Vitta, Umberto Borsi y Luigi Raggi. Sobre la construcción del estado administrativo en la Italia liberal, véanse: Cassese, S., *La formazione dello stato amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1974, pp. 11-61; Rebuffa, G., *La formazione del diritto amministrativo in Italia. Profili di amministrativisti preorlandiani*, Bolonia, Il Mulino, 1981; Fioravanti, M., *Costituzione, cit.*, pp. 24 y ss.; Fioravanti, M., “Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giurídica di Santi Romano”, en Mazzacane, A., (ed.), *I giuristi*, pp. 309-346; Sordi, B., *Giustizia amministrativa nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milán, Giuffrè, 1985; Allegretti, U., *Profilo di storia costituzionale*

En el derecho penal esta misma operación se produce más tarde, en torno a los años diez, con la afirmación de la orientación técnico-jurídica de Vicenzo Manzini y Arturo Rocco.³¹ La doctrina penal constituía, indudablemente, entre las demás disciplinas jurídicas, la que durante mayor tiempo había mantenido, en detrimento de la autonomía de lo jurídico, una dimensión filosófica. Todavía al inicio del siglo se dividía en dos grandes escuelas: la “escuela clásica” de Francesco Carrara y Enrico Pessina, heredera de la gran tradición liberal e ilustrada de Beccaria, Filangieri y Romagnosi, y la “escuela positiva” de Cesare Lambroso, Enrico Ferri y Raffaele Garofalo, una de las expresiones más directas y relevantes del positivismo filosófico. El conflicto entre las dos escuelas, más que doctrinal y filosófico se producía entre opciones ético-políticas sobre la concepción misma del ámbito y límites del derecho penal. De un lado, la defensa de la libertad contra la arbitrariedad punitiva, que había arrastrado a la escuela clásica a grandes batallas en defensa de las garantías de legalidad y de certeza, por la abolición de la pena de muerte, por la reducción de los tipos delictivos y las penas, por la reforma en sentido acusatorio del proceso penal y por la mejora de las condiciones de vida de los detenidos. De otro, la primacía de la seguridad y de la defensa social propugnada por la escuela positiva y el consiguiente debi-

italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale, Bolonia, Il Mulino, 1989, pp. 455-484.

³¹ El acta de nacimiento de esta orientación técnico-jurídica es la lección inaugural del 15 de enero de 1910 de Arturo Rocco en Sassari, “Il problema e il metodo della scienza del diritto penale”, extraído de *Rivista di diritto e procedura penale*, año I, fasc. X, 1910, Milán, Vallardi, 1910, p. 25: “Ésta es principalmente, si no exclusivamente, la misión y la función de la ciencia del derecho: la elaboración técnico-jurídica del derecho penal positivo vigente, el conocimiento científico y no simplemente empírico del sistema de derecho penal tal como se encuentra vigente en las leyes que nos gobiernan”. Las lecciones inaugurales constituyan, evidentemente, por su solemnidad, las ocasiones propicias para la exposición de programas y la inauguración de enfoques. Recuérdense las lecciones inaugurales análogas de Orlando de 1889, de Scialoja de 1879, de Serafini de 1871 (citadas en las notas 5, 17, 10 y 12). Sobre la lección inaugural de Rocco, *cfr.* Sbirccoli, M., *La penalistica civile*, cit., pp. 217 y ss.

litamiento de todos los postulados garantistas de la tradición ilustrada: la centralidad del hecho legalmente previsto como delito a la que oponía la delincuente, concebido como un ser antropológicamente diferente e inferior con base en una concepción ya no convencional sino natural del delito como síntoma patológico de anormalidad; el principio de certeza y proporcionalidad de las penas, sustituido por la idea de defensa social como terapia correccional indeterminada en el tiempo y los contenidos o, alternativamente, como amputación del sujeto infectado e irrecuperable del organismo social; el valor, por último, de la igualdad y de los principios de imputación y responsabilidad a los que la nueva criminalística positiva contraponía una antropología de la desigualdad natural y una metafísica determinista de resultados genuinamente antiliberales y antigarantistas.

En los primeros años del siglo, el enfrentamiento entre las dos escuelas se había agotado por la extenuación de ambas. La escuela clásica había prevalecido al comienzo, influyendo ampliamente, gracias al prestigio de Francesco Carrara, en la elaboración del Código Penal Zanardelli de 1889, de estirpe liberal. Si bien la escuela positiva había terminado por minar sus fundamentos teóricos, favorecida por múltiples factores: la presunta “científicidad” de su enfoque antropológico y médico y la fascinación de una ciencia penal “integrada” en las nuevas ciencias criminológicas, como la antropología, la sociología criminal, la medicina legal y la psicología forense; las múltiples emergencias —al principio, el bandolerismo, después la subversión anarquista y la indisciplina de las nuevas “clases peligrosas”— afrontadas, desde el comienzo de nuestra historia unitaria, con una imponente legislación policial y de excepción; el giro, finalmente, en sentido estatalista y autoritario de la cultura liberal, animada ya no por la preocupación ilustrada de la garantía del ciudadano contra el poder punitivo, sino por la opuesta de defensa social y de conservación del orden existente.

La ruptura con la tradición liberal-garantista producida en la escuela positivista también influirá, por otro lado, sobre la orientación

tación técnico-jurídica y antifilosófica de Vincenzo Manzini y de Arturo Rocco. El éxito de la nueva orientación —que también gracias a los dos monumentales tratados de derecho penal (1908-1919) y de procedimiento penal (1914) de Manzini, actualizados todavía en nuestros días,³² se convertirá en la orientación dominante del siglo— fue provocado, además de por el agotamiento de ambas escuelas, por la hegemonía entonces sin rival de la cultura civilista y del modelo epistemológico que ésta proponía. Con ello, si por un lado se afirmaba la “autonomía de lo jurídico” clamorosamente negada por la escuela positiva, se renunciaba, por otro, a toda fundación o justificación externa del derecho penal y, con ello, de sus límites y sus garantías.³³ “Método técnico-jurídico” quiere decir, de hecho, obscurecimiento del punto de vista axiológico externo y fundación autopoyética del derecho penal: en contradicción con la integración de las disciplinas penales con las ciencias antropológicas que perseguía la escuela positivista, y

³² La producción más conspicua de esta orientación fueron indudablemente estos dos gigantescos tratados de Vincenzo Manzini: el *Trattato di diritto penale*, en 9 volúmenes, publicado entre 1908 y 1919, y el *Trattato di diritto processuale penale*, en 4 volúmenes, de 1914, todavía reeditados y actualizados. La obra más significativa desde el punto de vista metodológico es, sin embargo, de Rocco, Arturo, “L’oggetto del reato e della tutela giuridica penal” (1913), en Rocco, Arturo, *Opere giuridiche*, Roma, Società Editrice del Foro Italiano, 1932.

³³ Debe recordarse la declaración antifilosófica contenida en las primeras páginas del célebre *Trattato di diritto penale italiano*, Turín, Fratelli Brocca, 1908, vol. I, pp. 3 y 4, de Vincenzo Manzini: “Por nuestros estudios se nos muestra como totalmente superflua aquella parte estrictamente filosófica que los antiguos escritores solían colocar al comienzo de sus tratados. La investigación de los así llamados fundamentos supremos [...] ya no le está permitido hoy a una disciplina eminentemente práctica, positiva y de sentido común, como es la nuestra [...]. Ciertamente mayor fue el daño que no el beneficio que se derivó para el derecho penal de la infección filosófica que lo invadió especialmente a partir del siglo XVII”. Véase también, de Manzini, V., *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, Turín, Utet, 1931, con introducción de Alfredo Rocco, ministro de justicia, I, p. 63: “Los filósofos, con sus artificiosos sistemas, no crearon nada [...]. La filosofía nunca ha tenido ni tendrá influencia alguna sobre las relaciones sociales, si no respeta la conciencia y la opinión de la colectividad dominante”.

más aún con el espíritu de utilitarismo ilustrado que, desde Beccaria a Carrara, había plantado siempre la reflexión penal desde la crítica al derecho existente y desde la necesidad de su justificación externa como sistema de garantías que tutelan la seguridad y la libertad individuales.³⁴ Se conseguía así la homologación de la anomalía penalista, cuyas escuelas clásica y positiva habían per-

³⁴ El ataque de Arturo Rocco se dirigía, sobre todo, a la Escuela Clásica que, “ignorante al principio, y olvidada después, de las enseñanzas de la escuela histórica del derecho había pretendido vanamente forjar un derecho penal diferente del consagrado en las leyes positivas del Estado”; de aquí que, “un abandono a la desenfrenada voluntad de la crítica legislativa y de la reforma de las leyes penales vigentes, a una crítica que, en sus desmesuradas tendencias reformadoras, con frecuencia, no encuentra límites” (*Il problema e il metodo della scienza del diritto penal*, cit., pp. 4 y 3). El remedio propuesto es exactamente el propugnado por Orlando para la iuspublicística: “Hace veinte años, en el campo de las disciplinas de derecho público, se elevó una voz autorizada, la del ilustre profesor Orlando que predicaba el divorcio o, por mejor decir, la separación de estas ciencias de la sociología, de la política y de la filosofía, advirtiendo que era ésta la única condición para el progreso de estas importanzísimas ramas de nuestro derecho. La voz no permaneció sin auditorio. Podría hoy repetirse del derecho penal, advertencia que sería tanto más útil y oportuna [...]. Así las cosas, o mucho nos equivocamos, o no hay más remedio que éste: remedio sencillísimo, al menos en su enunciación: mantenerse firmes, religiosa y escrupulosamente apegados al estudio del derecho [...]: del derecho positivo vigente, el único que la experiencia nos muestra y el único que puede constituir el *objeto* de una ciencia jurídica, como es la ciencia penal, y como, desmentidos hoy los oráculos de una cómoda pero insensata antropología, debe ser y permanecer. Al tiempo, debemos acentuar cada vez más la distinción, no digo ya la separación, entre la ciencia jurídica penal y la antropología, la psicología, la sociología y también de la filosofía del derecho y de la política criminal, de arte o ciencias cualesquiera, reduciendo aquélla principalmente, si no exclusivamente, como ya sucede en el derecho privado desde hace tiempo, a un sistema de «principios de derecho», a una teoría jurídica, a un conocimiento científico de la disciplina jurídica de los derechos y las penas, a un estudio, en resumen, general y especial, del delito y de la pena desde su aspecto jurídico, como hechos o fenómenos regulados por el ordenamiento jurídico positivo. Sólo este enfoque denominado *técnico-jurídico*, resulta admisible en una ciencia justamente jurídica, y más aun de carácter *especial*, como es la que lleva por nombre *ciencia del derecho penal*, y el único del que cabe esperar una reconstrucción orgánica de la debilitada estructura del derecho penal” (*ibidem*, pp. 9 y 10).

manecido inmunes durante largo tiempo, aunque por diferentes razones —la primera por el peso y el prestigio de la tradición de la ilustración penal italiana, la segunda por su explícito anclaje en las ciencias antropológicas— a la neutralización política inducida por la pandectística.³⁵

El positivismo de la “escuela positiva” no podía, en resumen, resistirse a los ataques concurrentes de la cultura jurídica dominante y, por otro lado, del idealismo entonces triunfante: el cual, aunque se encontraba indefenso frente al tecnicismo impermeable de las disciplinas civilistas y publicistas, perfectamente podía dirigir sus golpes contra sus explícitas premisas filosóficas. Ello no quita para que el positivismo sociológico, organicista y evolucionista haya permanecido, todavía durante los primeros veinte años del siglo como la cultura filosófica de fondo de toda la cultura jurídica, conjugándose cómodamente tanto con el ius-positivismo legalista como con el organicismo historicista y con las vocaciones sistematizantes de la tradición pandectística. De ello son expresión dos grandes empresas: la *Enciclopedia giuridica italiana* y el *Digesto italiano. Enciclopedia di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, publicadas ambas en 50 tomos, la primera entre 1881 y 1937 y la segunda entre 1884 y 1921, que constituyeron enormes sumas de saber jurídico y, en conjunto, de historia y de análisis social.³⁶ El positivismo sociológico sigue siendo, en particular, el trasfondo filosófico de la iuspublicística a la que sugiere las imágenes de la sociedad como lugar del conflicto, de intereses particulares y de jerarquías naturales, en

³⁵ Mario Sbriccoli habla, a este respecto, de un traspaso desde la “penalística civil” de la escuela clásica y de la escuela positiva, —caracterizadas justamente, aunque por razones opuestas, por un enfoque civil del jurista—, a la “civilística penal” (*La penalistica civile*, cit., p. 224). Véase también el reciente ensayo de Sbriccoli, M., “Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)”, en Violante, L. (ed.), *Storia d’Italia. Annali*, 14, *Legge, Diritto, Giustizia*, Turín, Einaudi, 1998, pp. 485-551.

³⁶ Cfr. Mazzacane, A. y Schiera, P. (eds.), *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell’Enciclopedia giuridica italiana*, Bolonia, Il Mulino, 1990.

oposición al Estado, configurado organicistamente como el momento unificador del interés general y el punto de llegada de la evolución histórica.³⁷ E informa, por último, a toda la historiografía del derecho italiano, que, al contrario que la romanista de tipo pandectístico y actualizante, nace desde un comienzo como historiografía histórico-positivista, docta, anticuaria y filológica: si no por otra razón, porque debía enfrentarse, en cuanto que prevalentemente medievalista, con fuentes diferentes del *corpus iuris* justiniano, como el Edicto de Rotario o las costumbres alto medievales o los estatutos de las ciudades, sin duda, no actualizables en el presente.

Sobre estas bases se forma un saber jurídico unitario, por su método, aparato conceptual y estilo argumentativo, tan consciente de su papel constituyente en lo relativo al derecho y al Estado como celoso de su autonomía, confiada al proclamado rigor “científico” de sus estatutos disciplinares. El paradigma civilista continuará siendo dominante al menos hasta los años sesenta de nuestro siglo, y proporcionará los postulados de la deontología del jurista y de su ideología de clase: la neutralidad y la apoliticidad del derecho; la plenitud y la coherencia del ordenamiento; el carácter técnico-avalorativo de las interpretaciones, tanto doctrinales como judiciales. Lo mismo cabe decir del paradigma estatocéntrico del derecho público y del formalista del derecho penal, que comparten su ausencia de fundación constitucional y

³⁷ Véanse los pasajes de Orlando mencionados en las notas 22, 24, 26 y 27. Sobre el positivismo como trasfondo de la cultura iuspublicista y de sus imágenes organicistas y anti individualistas, *cfr.* Costa, P., *La iuspublicistica, cit.*, pp. 101-111; Costa, P., *Lo Stato immaginario, cit.* Muy escasa resulta, sin embargo, la influencia de la filosofía idealista —la de Gentile y menos aun la de Croce— salvo en algunos ecos hegelianos en las connotaciones éticas del paradigma estatocéntrico, fruto más bien del organicismo positivista. Por lo demás, la cultura jurídica, a causa de su autosuficiencia, no delata más que débilmente la influencia de aquella filosofía y menos aun de la filosofía del derecho que, sin embargo, había alcanzado un notable desarrollo académico en las facultades de derecho.

su concepción autopoyética tanto del Estado como de su potestad punitiva.

Por estas vías, el estatalismo ético, aunque sin explícitas conversiones idealistas, penetra en la cultura jurídica italiana, tributaria desde entonces de una ininterrumpida dependencia de la cultura alemana.³⁸ En el plano político, aparte de la específica corriente del “socialismo jurídico”,³⁹ la opción prevalente entre los juristas era, ciertamente, la liberal. Ahora bien, el liberalismo de la cultura jurídica prefascistas es, por su intrínseca estructura teórica, un liberalismo conservador y autoritario, estatalista y patriótico, que no tendrá dificultades para encontrarse con el fascismo sin ni siquiera volverse fascista, sino sencillamente permaneciendo fiel a sí mismo. Y, sin embargo, esta cultura —aunque promueve sin dificultad el fascismo, justamente en nombre del propio tecnicismo y de la propia científicidad y apoliticidad—, podrá desplegarse en defensa de la autonomía del derecho y de la legalidad, desarrollando en el ventenio fascista un papel liberal de garantía opuesto al ejercido anteriormente.

³⁸ Sobre la “asimilación” en Italia de la cultura alemana, véase Rocco, Alfredo, “La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, IX, 1991, parte I, pp. 285-304; Donati, B., “Dall'esegesi delle leggi alla scienza del diritto”, 1925, IV, pp. 583-603; Ferrara, F., “Un secolo di vita del diritto civile (1839-1939)”, en Ferrara, F., *Scritti giuridici*, Milán, Giuffrè, 1954, vol. III, pp. 273-333. Ahora bien, la subalternidad cultural a la doctrina alemana, mediante la recepción generalizada del paradigma civilista y pandectista, afectó a todas las disciplinas jurídicas, tanto a la iuspublicista, como a la penalista o a la procesal. Y se prolongará durante todo el siglo, gracias también a la leva de los estudios en Alemania, impuesta desde entonces a varias generaciones de juristas por las férreas normas de la academia.

³⁹ Sobre el socialismo jurídico, *cfr.* Ungari, P., “In memoria del socialismo giuridico”, *Politica del diritto*, 1970, pp. 241 y ss; *cfr.* también los dos volúmenes dedicados a “Il socialismo giuridico. Ipotesi e letture”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, 1974-75, Milán, Giuffrè, 1975, y, en particular, Sbriccoli, M., “Il diritto penale sociale. 1883-1912”, y Sbriccoli, M., “Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano”.