

CAPÍTULO TERCERO

LA CULTURA JURÍDICA DURANTE EL FASCISMO

Se explica de este modo la sustancial aceptación del fascismo, incluso dentro de una aparente y distante neutralidad, por parte de la cultura jurídica liberal. El principal —enorme— servicio prestado por ésta al régimen fue el de su legitimación constitucional, justamente en nombre de la continuidad del Estado, que constituía uno de sus postulados. Al contrario que en Alemania, donde el nazismo se propugnó como ruptura incluso formal con la Constitución de Weimar, avalada y teorizada por los juristas, en Italia, se realizó la operación contraria. Pese a la falsificación del Estatuto provocada por la supresión del sistema parlamentario y de las libertades fundamentales, los juristas se preocuparon principalmente de ocultar la ruptura sin, ni siquiera, tematizarla. Con ello, sin embargo, no contradecían, sino que sencillamente adaptaban a los nuevos tiempos sus ya consolidados paradigmas académicos, que, como se ha visto, ignoraban el constitucionalismo. No se produjo, en resumen, por su parte, revuelta u oposición alguna por deber de coherencia, dado que el estatuto no formaba parte esencial de aquellos paradigmas, al igual que no formaban parte de él ni la idea democrática de la soberanía popular, menos aun en las formas aborrecidas de los nuevos partidos de masas y de las organizaciones sindicales agredidas por el fascismo, y, ni siquiera, la idea liberal del carácter inderogable y supraestatal de los derechos fundamentales.

Naturalmente, hubo entre los juristas, a parte de las pocas figuras antifascistas como Silvio Trentin y Francesco Ruffini, diferentes grados y formas de comportamiento, compromiso y adhesión: el alejamiento de los viejos maestros, como Orlando y Scialoja, que se apartaron en espera del final de lo que, como Croce, consideraban un “paréntesis”; la adhesión al régimen de

cuantos, como Santi Romano, Oreste Ranelletti y Vincenzo Manzini, eligieron trabajar desde el interior por convergencia objetiva con el estatalismo fascista aunque también para salvar lo salvable del principio de legalidad y de los valores de neutralidad del Estado y de autonomía del derecho; la aquiescencia de la gran mayoría, por oportunismo, transformismo o simple conformismo; la actuación militante, por último, de los juristas más propiamente del régimen.⁴⁰ Pero, más allá de las adhesiones más o menos convencidas, los terrenos de encuentro fueron, de un lado, el viejo método técnico-jurídico que había creado una cultura antipolítica, burocrática y estatalista que bien podía convivir con el fascismo y, por otro, la gran capacidad del régimen para integrar a los “técnicos”: baste pensar en la designación de Santi Romano como presidente del Consejo de Estado, de Alfredo Rocco como ministro de justicia, y en la llamada a decenas de juristas del mundo académico —de Vittorio Scialoja a Filippo Vassalli, de Enrico Redenti a Francesco Carnelutti y a Piero Calamandrei, de Vincenzo Manzini a Arturo Rocco— para las comisiones de reforma de los códigos.

Norberto Bobbio seguramente tiene razón al excluir, con carácter general, la existencia de una “cultura fascista” capaz de producir “iniciativas o empresas duraderas e históricamente relevantes”.⁴¹ El derecho, sin embargo, es quizá el sector en el cual menos que en ningún otro puede considerarse el fascismo como un “paréntesis”. Pese a su decadencia filosófica y su carácter prevalentemente declamatorio, se desarrolló gracias a Giovanni Gentile, Alfredo Rocco, Arnaldo Volpicelli y Giuseppe Mag-

⁴⁰ Petro Costa distingue entre “juristas tradicionales” o “juristas-juristas” y “juristas militantes” (*La giuspublicistica, cit.*, pp. 125-128). Maurizio Fioravanti distingue, por su parte, entre quienes, como Orlando, adoptaron la “estrategia del alejamiento y la indiferencia”, quienes decidieron trabajar como técnicos dentro del régimen, los juristas del régimen como Carlo Costamagna y los innovadores como Sergio Panunzio y, después, Constantino Mortati y Vezio Crisafulli (*Costituzione, cit.*, pp. 39-68).

⁴¹ Bobbio, N., “La cultura e il fascismo”, en Quazza, G. (ed.), *Fascismo e società italiana*, Turín, Einaudi, 1973, p. 229.

giore, una doctrina fascista del Estado totalitario⁴² que, sin lograr penetrar en profundidad en la cultura jurídica, no se produjo ciertamente sin consecuencias en la ideología de las clases profesionales y burocráticas, a las que sirvió para cimentar la relación de fidelidad con el régimen. Además, inspirándose en las doctrinas de Alfredo Rocco, Giuseppe Bottai y Ugo Spirito, el fascismo produjo —con las leyes del 26 sobre estatalización de los sindicatos y de contratación colectiva y, después, con la ordenación de las corporaciones realizada con las leyes del 5 de febrero de 1934 y del 19 de enero de 1939— un específico modelo institucional: el del Estado corporativo, basado en la solidaridad orgánica de las clases, de los intereses y de las fuerzas productivas y su subordinación y unificación en el Estado, ya no separado como en el modelo liberal, de la sociedad.⁴³ Finalmente, el fascismo ha dejado rastros duraderos en nuestro sistema institucional. Si la doctrina fascista y las instituciones corporativas desaparecieron con la caída del régimen, no puede decirse lo mismo de gran parte

⁴² Hay que recordar de Volpicelli, A., “I fondamenti ideali dello stato corporativo”, *Archivio di studi corporativi*, I, 1930; de Rocco, Alfredo, “La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista”, *La Voce*, Anonima Roma, Editrice, 1927; de Maggiore, G., “Diritto penale totalitario nello Stato totalitario”, *Rivista italiana di diritto penal*, 1939 (véase el pasaje que se cita más abajo en la nota 51). Sobre Alfredo Rocco, *cfr.*: Ungari, P., *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, Morcelliana, 1963. Véase también Schmitt, C. *et. al.*, *Gli Stati europei a partito politico unico*, Milán, Panorama, 1936, que recoge las conferencias celebradas por los tres autores en el Círculo Jurídico de Milán entre diciembre de 1935 y junio de 1936: en especial, Ranelletti, O., “Il partito nazionale fascista nello Stato italiano”, pp. 17-23, que teoriza el carácter “totalitario” del partido fascista a causa de la “exclusión y prohibición de constituir cualquier otro partido” y, al tiempo, su naturaleza de “institución de derecho público”, y C. Schmitt, “I caratteri essenziali dello Stato nazionalsocialista”, pp. 37-52, que enuncia la “conexión orgánica entre derecho y Estado [...] efectuada en los órganos supremos y, en primer lugar, en el *Führer* del Partido”.

⁴³ *Cfr.* Aquarone, A., *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Turín, Einaudi, 1965; Tarello, G., *Corporativismo* (1970), ahora en Tarello, G., *Cultura giuridica*, *cit.*, pp. 378 y ss; Schwarzenberg, C., *Il sindacalismo fascista*, Milán, Mursia, 1972.

de la legislación básica: los cuatro códigos —el penal y el de procedimiento penal de 1930, el civil de 1942 y el de procedimiento civil de 1940— de los cuales sólo el segundo ha sido reformado en 1989, mientras que los otros tres siguen hoy en día vigentes; la ley de seguridad pública y el reglamento carcelario, en vigor hasta 1975; la regulación bancaria y las instituciones de gobierno de la economía; las participaciones estatales, el crecimiento de los entes públicos y las primeras estructuras de un Estado social burocrático.⁴⁴

Al fascismo no le faltó, en resumen, un ambicioso y sistemático proyecto jurídico, traducido en una profunda reforma del Estado en sentido autoritario. Ciertamente, se mantuvo relativamente ajeno a la gran cultura académica de los Chiovenda, Calamandrei, Manzini o Zanobini, los cuales lograron conservar un considerable grado de autonomía del derecho y, al revés de cuanto sucede con las experiencias totalitarias contemporáneas de Alemania y la Unión Soviética, conciliar, en la elaboración de los códigos, un planteamiento autoritario con la defensa del principio de legalidad. También es verdad que se conservó una cierta autonomía, gracias al peso de la tradición técnico-jurídica, por parte de la magistratura, tanto que en 1926, tras el proceso por el asesinato de Matteotti, el régimen se vio obligado a recurrir, para su justicia política, a los tribunales especiales. Se trataba, con todo, de una autonomía limitadísima, además de restringida a los jueces sentenciadores, dado que el ministerio público dependía ya antes, según el ordenamiento judicial de 1865, apenas retocado en las reformas de 1923 y 1941, del Poder Ejecutivo, y tenía además la potestad de promover la acción disciplinaria contra todos los magistrados.⁴⁵ Incluso en la administración pública, en la

⁴⁴ Cfr. Cassese, S., *La formazione dello stato amministrativo*, cit., pp. 65 y ss.

⁴⁵ Cfr. Neppi Modona, G., “La magistratura e il fascismo”, en Quazza, G. (ed.), *Fascismo e società italiana*, cit., pp. 127-181; Aquarone, A., *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., p. 246. Véase también, sobre la magistratura y el estatuto judicial prefascista, D'Addio, M., *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milán, Giuffrè, 1966; Marovelli, P., *L'indipendenza e l'autonomia della ma-*

que la inscripción al Partido Fascista fue obligatoria desde 1932, el gran prestigio de la iuspublicística liberal, y en particular las enseñanzas de Santi Romano y de Oreste Ranalletti, consiguieron preservar, en nombre del formalismo y del tecnicismo asociado a los tradicionales paradigmas de la neutralidad del Estado y de la imparcialidad de la administración, al menos una apariencia de Estado administrativo de derecho separado de la política del régimen. Se trató, con todo, de una acción defensiva que, aunque preciosa, no impidió la fascistización del Estado, producida en 1925-26 con las “leyes fascistísimas” y coronada con las leyes raciales del 38, ni tampoco la de las conciencias, tanto de los juristas menores como de los funcionarios públicos, a los que se impuso un control disciplinario cada vez más minucioso.⁴⁶

Por otra parte, la propia autonomía asegurada a la alta cultura jurídica por su gran tradición no impidió modificaciones significativas de los paradigmas disciplinares, que se expresaron tanto en el plano doctrinal como en el de la codificación. La defensa de la tradición fue, obviamente, máxima en las disciplinas civilistas, de las que, sin embargo, se puso en cuestión el viejo modelo individualista: piénsese en la teoría del negocio jurídico de Emilio Betti, centrada no sobre el dogma liberal de la voluntad sino sobre la categoría de “causa” como “función socialmente relevante” que “justifica” su tutela jurídica,⁴⁷ y en la relectura, sugerida por Salvatore Pugliatti, del conjunto del ordenamiento

giustizia italiana dal 1848 al 1923, Milán, Giuffrè, 1967; Neppi Modona, G., *Sciopero, potere politico e magistratura. 1870/1922*, Bari, Laterza, 1969; Pignatelli, A., “I controlli politici sul giudice dallo stato liberale al regime fascista”, *Politica del diritto*, 1975, I, pp. 103-126.

⁴⁶ Sobre el papel de “tutores del Estado de derecho” asumido por Santi Romano, Oreste Ranalletti y otros juristas del Estado administrativo, *cf.*: Fioravanti, M., *Costituzione, cit.*, pp. 43-46. Sobre la penetración ideológica del fascismo en el sector de los empleados, *cf.*: Salvati, M., *Il Regime y gli impiegati. La nazionalizzazione piccolo-borghese nel ventennio fascista*, Roma-Bari, Laterza, 1992.

⁴⁷ Betti, E., *Teoria del negozio giuridico* (1943), 2a. ed., Turín, Utet, 1952, pp. 147 y 187.

civilista a la luz de los principios programáticos de la *Carta del lavoro*.⁴⁸ En cuanto al código civil, fue el resultado de un debate de veinte años que contempló el enfrentamiento de quienes como Vittorio Scialoja y Mariano D'Amelio propugnaban una reforma puramente técnica que no afectase al viejo edificio pandectístico y los que, por el contrario, como Sergio Panunzio y Carlo Costamagna, proponían la incorporación al código de los nuevos principios del corporativismo fascista y del dirigismo estatalista en las relaciones económicas. Prevalció, gracias a Emilio Betti y sobre todo a Filippo Vassalli, una solución de compromiso: la salvaguardia del tradicional planteamiento privatista acompañado, sin embargo, de una connotación en sentido publicista y corporativo del sistema de fuentes, entre las cuales se incluyeron las normas corporativas y los convenios colectivos, y de la disciplina de la empresa y de las relaciones de trabajo inspiradas en la *Carta del lavoro* de 1926, que el 30 de enero se transformó en ley sobre “los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”.⁴⁹

Mucho mayor sería el peso de la ideología fascista en la elaboración del código penal. Ciertamente, el método técnico-jurídico recientemente adoptado permitía a la penalística una conversión sin traumas. Con el fascismo el derecho penal acentúa incluso sus caracteres autoritarios, convirtiéndose en una técnica de defensa no sólo *social*, es decir de la sociedad, sino también del derecho y del Estado mismos. Reflejo y mecanismo de esta evolución es la transfiguración producida desde 1913 por Arturo Rocco, del concepto de “bien jurídico” merecedor de tutela penal, que la tradición liberal clásica había identificado con los derechos de la persona, en el autorreferencial “derecho del Estado a

⁴⁸ Véanse las obras de Pugliatti, S., “L'ordinamento corporativo e il codice civile”, *Rivista del diritto commerciale*, 1942, I, pp. 358 y ss.; *Interesse pubblico e interesse privato nel libro delle obbligazioni* (1942), y *Diritto civile*, cit., pp. 167 y ss.

⁴⁹ Cfr. Salvi, C., *La giusprivatistica*, cit., pp. 241-258. Cfr. también Rodotà, S. (ed.), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, Il Mulino, 1971, Introducción, pp. 26 y ss.

las acciones u omisiones impuestas bajo amenaza de la pena”.⁵⁰ De ahí se deriva la jerarquía de los bienes, todos ellos abstractos y estatalizados —la personalidad del Estado, la administración pública, la religión del Estado, el orden público, la economía pública, la integridad y la salud de la estirpe, la moralidad pública y, sólo en último lugar, las personas de carne y hueso— en la que se organizan los delitos del código penal de Alfredo Rocco, a cuya elaboración colaboró su hermano Arturo.⁵¹ Al margen de

⁵⁰ Rocco, Arturo, *L'oggetto del reato*, cit., p. 554.

⁵¹ Vincenzo Manzini en la parte especial de la edición de 1933 de su *Trattato*, llega a identificar al “objeto de la tutela penal, en relación con los delitos de homicidio” con “el interés del Estado relativo a la seguridad de la persona física, en cuanto se refiere particularmente al bien jurídico de la *vida humana*, considerado como relaciones entre hombres”. Y aclara: “La vida humana, en el Estado fascista (como, por otra parte, en cualquier Estado moderno) es un bien de interés eminentemente público, ya que la esencia, la fuerza y la actividad del Estado mismo residen necesariamente en la población, es decir, en la unión de todos los ciudadanos. El homicidio priva injustamente de una unidad a esta colectividad, y, por ello, produce un daño público, el cual si bien puede resultar mínimo, no por eso deja de existir” (*Trattato del diritto penale italiano secondo il codice de 1930*, Turín, Utet, 1933, vol. VIII, § 2877, p. 7, citando, en nota, la *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, II, p. 365, donde el ministro Rocco asigna en todo el capítulo de los delitos contra la vida humana la “finalidad de asegurar, además de una más robusta protección de los bienes individuales, también, y más específicamente, la *tutela del supremo interés del Estado en el desarrollo progresivo de la raza*”). Análogamente, prosigue Manzini, “objeto específico de la tutela penal, en relación con el delito de lesiones es el interés del Estado relativo a la seguridad de la persona física, en cuanto se refiere propiamente a la integridad física y fisico-psíquica de la propia persona” (*ibidem*, § 2934, p. 146); “objeto de la tutela penal, en relación con los delitos contra la libertad individual clasificados en el código como «contra la persona», es el interés del Estado de proteger en los individuos aquella libertad e independencia que les reconoce el ordenamiento jurídico [...]. Los intereses jurídicos de libertad individual, aunque en sí mismos tengan naturaleza privada, son siempre *intereses públicos*. Aparecen reconocidos, de hecho, por la conveniencia para el Estado defender la libertad de todos [...]. El Fascismo tutela la libertad individual porque ésta, convenientemente disciplinada y garantizada, es condición necesaria para que los individuos puedan ser útiles al Estado y a ellos mismos” (*ibidem*, § 3032, pp. 523-524, 527 y 528), y así sucesivamente hasta el delito de hurto, cuyo “objeto específico de tutela penal [...] es el interés

esta arquitectura, sin embargo, el propio enfoque técnico-jurídico, conscientemente defendido por Vincenzo Manzini, logró salvaguardar en el código, contra las tesis totalitarias de Giuseppe Maggiore,⁵² el principio de estricta legalidad y materialidad del delito, y de este modo, impedir la derivación subjetivista que, en Alemania, llevará a la penalización, además de figuras objetivas de acción, de “tipos subjetivos de autor” diagnosticados sobre la base de la disposición interna (*Gesinnung*) de fidelidad al régimen. Preservada de esta forma la estructura formal del delito, la cultura penalista permitió que la ideología fascista se expresase en elementos más extrínsecos, como la reintroducción de la pena de muerte, la previsión de una serie interminable de delitos de opinión, las penas severísimas para los delitos contra la perso-

público relativo a la inviolabilidad de los bienes patrimoniales” (*ibidem*, vol. X, § 3225, p. 6).

⁵² “En caso de incertidumbre en el derecho”, escribe G. Maggiore, “Diritto penale totalitario nello Stato totalitario” en *Rivista italiana di Diritto penale*, 1939, p. 159, el juez se atenderá “al principio *in dubio pro republica*, que sustituye, en el estado totalitario, al antiguo *in dubio pro reo*. En la incertidumbre, para la legislación alemana, se convierte en fuente de derecho «el sano sentimiento del pueblo». Para nosotros, podría tener valor como fuente la voluntad del Duce, tal como se puede deducir de sus palabras, de sus enseñanzas o de su doctrina. Cuando la ley resulte oscura o calle totalmente, será fuente del derecho penal «la voluntad del Jefe» que es la ley de toda ley: el jefe, bien entendido, de un gobierno totalitario, que no habla a través del parlamento y de sus leyes, sino que se expresa dirigiéndose directamente al pueblo, de cuyo sentimiento y de cuyos ideales es el único intérprete”. También Francesco Carnelutti se expresa contra el principio de legalidad penal: “No existe razón verdadera alguna por la que un acto socialmente dañoso no expresamente previsto por la ley penal no pueda ser castigado. Que los primeros en rechazar este prejuicio hayan sido los rusos es una verdad que es preciso reconocer y de la cual no conviene extraer motivos de ensoberbecida desconfianza. Desde el punto de vista jurídico, la revolución rusa representa la punta de lanza de ese movimiento de reacción contra el monopolio legislativo que caracteriza a nuestro siglo [...]. La idea, decisiva y simple, consiste en que quien se fia del juez para la formación del mandato penal en lo relativo a la sanción, no tiene motivos para no fiarse de él en lo relativo a la formación del precepto” (Carnelutti, F., “L'equità nel diritto penale”, *Rivista di diritto processuale civile*, 1935, I, pp. 105 y ss., y 116).

nalidad del Estado. El edificio represivo de Rocco fue, por otra parte, completado con la simultánea aprobación del código de procedimiento, de sello inquisitorial, y del reglamento carcelario, y del nuevo texto único de las leyes de seguridad pública.

No menos relevantes fueron las innovaciones introducidas en la iuspublicística. También en el derecho público, como se ha visto, el prestigio de la tradición personificada por Orlado y Romano consiguió poner freno al empuje de los que, como Carlo Costamagna y Sergio Panunzio, proponían la ruptura de la continuidad y la refundación del Estado sobre la base de una explícita constitucionalización de los principios del fascismo y del corporativismo. Por otra parte, una verdadera ruptura, no era, en el plano teórico, ni siquiera necesaria, estando la continuidad asegurada por la idea de soberanía del Estado que la iuspublicística liberal había elaborado y que, como no dejó de señalar Alfredo Rocco, contenía en sí el germen del totalitarismo.⁵³

En la escuela de Panunzio se formó, sin embargo, una nueva generación de juristas cuyos principales exponentes, Costantino Mortati y Vezio Crisafulli, se convirtieron en defensores de un nuevo modelo de Estado, que minaba la idea tradicional de su neutralidad y apoliticidad: ya no se trataba del Estado-persona

⁵³ Rocco, Alfredo, *La trasformazione dello Stato*, cit., pp. 18 y 19: “El Estado fascista es el Estado verdaderamente soberano, es decir, el que domina todas las fuerzas existentes en el país y las somete a su disciplina [...]. Esta teoría del Estado soberano no es, en realidad, nueva, ya que toda la escuela jurídica del derecho público la profesa. Esta escuela siempre ha enseñado que la soberanía no reside en el pueblo, sino en el Estado, principio afirmado en todos los escritos de los maestros del derecho público extranjeros e italianos, y también por muchos de nuestros juristas que, en el campo político, se declaran liberales o democráticos, sin darse cuenta de la evidente contradicción en que se encuentran. En realidad, decir que el Estado es soberano es negar el liberalismo y la democracia, para los cuales no existe una superioridad de los fines del Estado a los del individuo, al igual que no existe la superioridad del Estado. Tales contradicciones, en estas mismas personas, entre concepción jurídica y concepción política del Estado, resultan tanto más admirables en cuanto que es evidente que de la teoría de la soberanía del Estado desciende lógicamente la teoría del Estado fascista”.

separado y abstraído de la sociedad, y ni siquiera del imparcial Estado administrativo, sino del Estado como gobierno de la sociedad, como consecuencia de su función de dirección política —es decir, de dirección de la economía, de mediación de los intereses corporativos y de su intervención en la esfera de las necesidades sociales— identificada como una cuarta función que añadir a los tres poderes tradicionales.

Esta nueva orientación, sin duda, se ponía a la altura de los problemas del Estado social y de las relaciones entre esfera pública y esfera privada que caracterizaron el derecho de la segunda mitad del siglo XX. Costantino Mortati, en particular, recoge del fascismo, más allá de la repugnancia por sus aspectos totalitarios, la novedad que representa la implicación de las masas en la vida del Estado, el papel político del partido y del sindicato, así como las nuevas funciones económicas y sociales asumidas por la esfera pública: en una palabra, una respuesta a todas aquellas transformaciones que el viejo Estado liberal había sido incapaz de afrontar y que habían provocado su crisis. De aquí el papel normativo y programático asignado por él a los principios generales del derecho. De aquí, sobre todo, la doctrina de la “Constitución material”, elaborada por él en 1940, que prefigura —más allá del fascismo, pero en alternativa a la vieja separación liberal entre Estado y sociedad y entre derecho y política— “el espacio de la doctrina de la Constitución” como núcleo de valores políticos y de normas fundamentales supraordenadas a todo el ordenamiento.⁵⁴ Se trata, sin duda, de una doctrina marcada por una fuerte ambigüedad, no sólo por sus orígenes poco claros sino

⁵⁴ Fioravanti, M., *Costituzione*, cit., p. 60. Sobre el pensamiento y el papel de Costantino Mortati, parangonable tan sólo en la historia de la iuspublicística, al de Orlando y Romano, y sobre la ruptura introducida por él en el viejo sistema de apolitividad del Estado (sobre todo con su célebre ensayo *La costituzione materiale*, Milán, Giuffrè, 1940), cfr: Galicia, M. y Grossa, P. (eds.), *Il pensiero giuridico de Costantino Mortati*, Milán, Giuffrè, 1990 y, en particular, el largo ensayo de Fioravanti, M., “Dottrina dello Stato-persona e dottrina della Costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspublicistica italiana”, *ibidem*, pp. 45-185.

también por el equívoco al que dará lugar, al margen de la intención de su autor, mediante la obscura e insidiosa contraposición entre “Constitución formal” y “Constitución material”. Aunque sea en ella en la que se rastrean, para bien y para mal, los primeros gérmenes de nuestro constitucionalismo y los primeros, aunque confusos, elementos de una doctrina democrática del derecho público.