

CAPÍTULO PRIMERO¹

CULTURA JURÍDICA E INSTITUCIONES

Por “cultura jurídica” podemos entender la suma de diferentes conjuntos de saberes y enfoques: en primer lugar, el conjunto de teorías, filosofías y doctrinas jurídicas elaboradas por juristas y filósofos del derecho en una determinada fase histórica; en segundo lugar, el conjunto de ideologías, modelos de justicia y modos de pensar sobre el derecho propios de los operadores jurídicos profesionales, ya se trate de legisladores, de jueces o de administradores; en tercer lugar, el sentido común relativo al derecho y a cada institución jurídica difundido y operativo en una determinada sociedad. Entre el derecho positivo y la cultura jurídica existe, por otra parte, una relación de interacción recíproca. El derecho puede, efectivamente, concebirse como un complejo lingüístico, a un mismo tiempo objeto y producto de la cultura jurídica; es decir, como un conjunto de signos normativos y de significados asociados a ellos en la práctica jurídica de los juristas, operadores y usuarios, todos los cuales concurren, de diferentes formas y en diferentes niveles, a su producción además de a su interpretación.

Esta noción tan amplia de “cultura jurídica” debería bastar para desalentar por ilusorio cualquier intento de realizar su historia a lo largo de todo el siglo XX en el límite de espacio que impone una recopilación de ensayos sobre la cultura jurídica de nuestro siglo. Esta advertencia resulta particularmente relevante para un país como Italia que, en el curso de estos cien años, ha asistido a

¹ Este ensayo se corresponde con el texto, revisado y ampliado en cuanto a las notas, del capítulo “Ciencias Jurídicas” del volumen *La cultura italiana del Novecento*, editado por Corrado Stajano para Laterza, Roma-Bari, 1996, pp. 559-597; ahora en Ferrajoli, I., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

la sucesión de tres sistemas políticos y que, acaso, se dispone a asistir al nacimiento de un cuarto: el de la Italia liberal aún regida por el Estatuto Albertino, la del fascismo y sus transformaciones autoritarias y corporativas, la de la Primera República surgida de la Constitución de 1948, y la que se dibuja en el horizonte tras la crisis provocada, en los primeros años noventa, por el derrumbe del viejo sistema de partidos.

Es justamente la relación de recíproca interacción existente entre la cultura jurídica y el derecho positivo la que sugiere, sin embargo, una clave de lectura para su historia, cuya fecundidad ya ha sido señalada y puesta a prueba por la reciente historiografía del derecho italiano: el papel —igualmente decisivo que habitualmente ignorado— ejercido por la ciencia jurídica, a través de la elaboración de las “imágenes” y de los “paradigmas” de Estado y de derecho, sobre la formación de las clases dirigentes de nuestro país, y sobre la proyección, consolidación ideológica y funcionamiento práctico de nuestras instituciones.² Contribuye a tal fin, la relativa simplicidad de la periodización, marcada más que en otros sectores de la cultura por las rupturas institucionales ya señaladas. Si bien es cierto que su periodo más largo, el de la Italia republicana, exigiría una ulterior periodización: los años

² Véase, especialmente, el importante volumen editado por Schiavone, A., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1990, con artículos de Maurizio Fioravanti, Pietro Costa, Mario Sbriccoli, Cesare Salvi, Aldo Schiavone y Luisa Mangoni. Cfr., también, Mazzacane, A. (ed.), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Nápoles, Liguori, 1986, con artículos, entre otros, de Luisa Mangoni, Pascuale Beneduce, Floriana Colao, Giulio Cianferotti, Guido Melis y Giovanna Cavallari; Fioravanti, M., “Le dottrine dello Stato e della costituzione”, en Romanelli, R. (ed.), *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, Roma, Donzelli, 1995, pp. 407-457. Tomo la noción de “imágenes” (del Estado, y también del derecho y de la ciencia jurídica) y la de “paradigma disciplinar” de la obra de Pietro Costa, en la que han puesto de relieve su importancia epistemológica y su fecundidad explicativa: Costa, P., “La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare” en Schiavone, A. (ed.), *Stato e cultura giuridica*, cit., pp. 89-145, y Costa, P., *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milán, Giuffrè, 1986.

de la Resistencia y de la Constituyente; la posguerra y los años cincuenta; el descubrimiento de la Constitución y las reformas de los años sesenta y setenta, y la crisis constitucional de los años ochenta y noventa.

La hipótesis de trabajo que aquí se maneja es que el secreto del papel político ejercido por la cultura jurídica sobre la construcción del Estado italiano y sobre la formación del espíritu nacional reside, con aparente paradoja, en una doble operación de despolitización ejecutada por los juristas desde la segunda mitad del siglo pasado: tanto de su objeto de investigación, es decir, del derecho y del Estado, de los cuales teorizarán su neutralidad y apoliticidad, como —y antes incluso— de su propio trabajo, es decir, de la doctrina jurídica, que configurarán como “ciencia” avalorativa. Estas dos asunciones, que permanecerán como postulados epistemológicos de la cultura jurídica más allá de cambios políticos e institucionales, al menos hasta los años sesenta de nuestro siglo, se insertan en el giro antiilustrado del liberalismo del siglo XIX. Mientras que el pensamiento ilustrado se planteó el problema de la justificación del derecho y del Estado como “artificios” que había que construir, asumiendo frente a las instituciones del antiguo régimen, un papel crítico, de oposición y transformación, el liberalismo del siglo XIX se plantea el problema contrario: el de la defensa y conservación del Estado liberal, entonces ya construido y no necesitado de justificación, frente a las amenazas subversivas de las nuevas “clases peligrosas”.

La primera de estas asunciones —la de la apoliticidad del derecho y la de la naturalidad del Estado, incluso en las transformaciones de los regímenes políticos— invierte el postulado principal de la ilustración —la artificialidad del derecho y las instituciones—, al que se opone la idea de su evolución histórica espontánea y natural, más allá de los avatares contingentes de la política. Esta operación fue importada de Alemania donde, desde el final de la primera mitad del siglo XIX, la Escuela Histórica del derecho de Friedrich Carl von Savigny se opuso a la codificación y a la identificación iuspositivista del derecho y la ley

que, en Francia e Italia, habían rebajado el papel del jurista al de mero exégeta de la voluntad del legislador. El derecho, según esta escuela que se denominará “pandectística” por estar basada en el “*usus modernus*” de las Pandectas de Justiniano, se identifica no ya con los códigos y con las leyes, sino con el sistema de instituciones y principios que, pudiendo remontarse en el tiempo hasta el derecho romano y que habiendo sido convalidados por la experiencia secular de la cual los códigos no son más que un producto, resultan permanentemente reelaborados por la ciencia jurídica.³

En esta transfiguración de su propio objeto, la cultura jurídica italiana se aprovechó, además de su gran tradición romanista, de una pluralidad de aportes culturales heterogéneos, provenientes de diferentes disciplinas —historiografía, sociología, antropología— caracterizadas por tradiciones filosóficas deferentes —iusnaturalismo, romanticismo, positivismo evolucionista e historicismo idealista—, aunque todas ellas metabolizadas como

³ *Usus modernus Pandectarum* es el título de una importante obra de Samuel Stryk publicada en Alemania entre 1690 y 1710, que se convertiría luego en el nombre del método pandectístico, consistente, justamente, en la actualización del derecho romano para adecuarlo a las exigencias modernas (Cfr: Wieacker, F., *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, 1952, traducción al italiano de la 2a. ed. de 1967 de U. Santarelli, Milán, Giuffrè, 1980, vol. I, pp. 325 y 330). Sobre la pandectística, Cfr: Solari, G., *Storicismo e diritto privato* (1916), Turín, Giappichelli, 1940; Koschaker, P., *L'Europa e il diritto romano* (1947), traducción al italiano de la edición alemana de 1958 de A. Biscardi, Florencia, Sansoni, 1962, pp. 422-490; Orestano, R., *Introduzione allo studio storico del diritto romano* (1953), Turín, Giappichelli, 1963, pp. 28-272; Wilhelm, W., *Metodologia giuridica del secolo XIX* (1958), traducción al italiano de P. L. Lucchini, Milán, Giuffrè, 1974; Losano, M., *Sistema e struttura nel diritto. I, Dalle origini alla scuola storica*, Turín, Giappichelli, 1968; Wieacker, F., *Storia del diritto privato*, cit., vol. II, traducción al italiano de S. A. Fusco, Milán, Giuffrè, 1980; Fioravanti, M., *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milán, Giuffrè, 1979; Mazzacane, A., “Pandettistica”, *Enciclopedia del diritto*, XXXXI, Milán, Giuffrè, 1981, pp. 592-608; Cappellini, P., *Systema iuris*, Milán, Giuffrè, 1984, 2 vols.; Tarello, G., “Sulla scuola storica del diritto”, en Tarello, G., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 1988, pp. 103-122.

complementarias e igualmente adaptadas al proyecto de autonomización del derecho de la legislación y la política. Lo que pretendo afirmar es que el diferente origen de estos aportes resulta relativamente secundario frente al efecto de naturalización del derecho y del Estado al que todos concurren: el historicismo pandectístico y la idea del nexo entre derecho y conciencia popular; el positivismo antropológico con la concepción naturalista de la desviación; el positivismo sociológico con la de la sociedad como lugar de conflictos salvajes e irracionales; el formalismo y el tecnicismo jurídico con su acercamiento a las fuentes legislativas; el idealismo y la sublimación ética y metahistórica del Estado.⁴

Tanto la idea de la naturalidad del Estado como la de la autonomía del derecho extraen, por otra parte, su principal sustento de la segunda asunción antes indicada: la de la doctrina jurídica como “ciencia” y la de la actividad del juez y del resto de operadores como “técnica”, postulada por la propia ciencia jurídica desde la segunda mitad del siglo pasado. Este paradigma de la cientificidad resulta, efectivamente, también un paradigma de la figura del jurista, del que, por otra parte, ya disponía la cultura jurídica dentro de su propia tradición: el viejo modelo sapiencial del jurisconsulto, transmitido por el derecho romano y, después, por el derecho común, que la propia pandectística alemana había revitalizado. No se trataba, sin embargo, de una mera reproducción de una inocua ideología profesional, sino de una operación metapolítica que pretendía acreditar como “científicas” las operaciones políticas realizadas por los juristas en la construcción de las imágenes ya mencionadas del derecho y del Estado. Y ello, con un efecto de legitimación recíproca: del derecho y del Estado, acreditados como racionales y neutrales en razón de su consideración como entidades naturales por parte de la ciencia jurídica; de la dogmática jurídica, acreditada como ciencia en razón de su representación y sistematización de un universo naturalizado.

⁴ Véanse, sobre estos múltiples aportes a la construcción decimonónica de la imagen del Estado, las obras de Pietro Costa reseñadas en la nota 1.

También esta imagen de la ciencia jurídica posee evidentemente trazas antiilustradas, en las antípodas de aquella “ciencia de la legislación” —del derecho no como es, sino como debería ser— propugnada un siglo antes por Gaetano Filangieri.⁵ Igualmente —y no menos que la imagen del Estado y del derecho— se alimenta de varios filones culturales: además de la tradición romanista del derecho civil, del positivismo determinista y paracientífico presente principalmente en las disciplinas penales, de la mezcla de idealismo y formalismo propio de las ciencias iuspublicísticas, y del mito de la avaloratividad y de la objetividad, tanto más obsesivo cuanto más ilusorio, que venía afirmándose en las nacientes ciencias sociales. Lo que cuenta, nuevamente, es la legitimación “científica” que obtiene la cultura jurídica mediante su autonomía de la política y que le permite desarrollar un papel de defensa del Estado en cualquiera de sus manifestaciones, y, acaso, avalar las transformaciones políticas e institucionales, sin alterar jamás sus propios paradigmas disciplinares.

Ésta es, en todo caso, la ambición abiertamente propugnada —aunque ello resulte contradictorio con la también proclamada apoliticidad— por parte del jurista más representativo de la Italia liberal, Vittorio Emanuele Orlando, que desde su lección inaugural palermitana de 1889 confiere a la naciente doctrina del derecho público una función de soporte en relación con el reciente Estado unitario y con nuestra identidad nacional:

La sangre de los mártires y las decisiones de los estadistas nos dieron al Estado italiano, la escuela jurídica debe ahora dar la ciencia del derecho público italiano [...]: esta unidad del Estado, tan largamente deseada, no basta con que haya recibido un reconocimiento político, sino que resulta preciso que extraiga su

⁵ “La legislación”, es decir, el derecho que hay que hacer y no el ya hecho, “es hoy el objeto común de aquellos que piensan”, Filangieri, G., “La scienza della legislazione” (introducción), 1783, en Filangieri, G., *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, Bruselas, Tipografia della Società Belgica, 1841, p. 57.

vitalidad de la vida del derecho, de un derecho nuestro, de un derecho nacional.⁶

Se trataba, hay que añadir, de un papel ambivalente. La así llamada “autonomía de lo jurídico” —de la sociedad, de un lado, y de la política, de otro— siempre ha desempeñado una función no sólo de legitimación del Estado como entidad natural, sino también de defensa de la cultura y de la práctica jurídica frente a las invasiones de la política y, cuando se presentó el fascismo, frente a las vocaciones totalitarias del régimen.

Este papel político de la ciencia jurídica se vio favorecido, además, por una característica peculiar: el hecho de que se trata de una ciencia de escasa visibilidad,⁷ inaccesible a los no expertos en derecho, por su carácter especializado y, por ello, inmune a la política no sólo por su estatuto epistemológico, que excluye como extrajurídico y (lo que es lo mismo) anticientífico cualquier intromisión sociológica o politológica, sino también por su separación, como disciplina técnica, de la cultura general. La literatura jurídica —pese a su abrumador volumen, formado por

⁶ Orlando, V. E., *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (1889), ahora en Orlando, V. E., *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Milán, Giuffrè, 1954, p. 21: “Ardua es la empresa, mas ¡cuán noble y justa la recompensa! A nosotros, a quienes la magnífica historia del Risorgimento nos confirió la existencia de un Estado nacional y libre, si no nos correspondió en suerte poder cooperar a aquella empresa, si se nos ha asignado otra misión delicadísima y solemne que exige todo el fervor de nuestra actividad y la inspiración de motivaciones aún más ideales que las puramente científicas [...] Es menester que el aliento del derecho anime aquellas instituciones para cuya obtención tuvo que luchar y sufrir una tan larga serie de generaciones: se trata de un deber sagrado contraído por la ciencia y ¡ay! si se negara a satisfacerlo”.

⁷ De esta “menor visibilidad” de la producción de los juristas, en cuanto no se “dirige al público, sino que va destinada a otros juristas” habla Sbriccoli, M., “La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita”, en Schiavone, A. (ed.), *Stato e cultura giuridica*, cit., p. 152; Sbriccoli, M., “Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca”, en Grossi, P., (ed.), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti di indagine e ipotesi di lavoro*, Milán, Giuffrè, 1986, pp. 128 y ss.

millares de revistas, centenares de colecciones, docenas de repertorios y enciclopedias y por una cantidad incalculable de tratados, manuales y monografías— es, en realidad, una literatura destinada exclusivamente a la categoría de los juristas, de los jueces, abogados, administradores y burócratas. Pero ello no quita para que sea expresión de una cultura hegemónica y, en ocasiones, exclusiva en la clase política, jurídica o administrativa. Muy al contrario, justamente porque los juristas sólo leen libros de derecho y porque los libros de derecho sólo los leen los juristas, se produce al mismo tiempo una autosuficiencia cultural y una inmunización política dentro de la clase estatal. Es esta doble impermeabilidad —la impermeabilidad de la cultura humanística a la cultura jurídica y, sobre todo, al revés— la que caracteriza a la figura profesional del jurista y, en general, al hombre de leyes, dotado de una cultura jurídica pero, por lo general, privado de cualquier otro tipo de cultura, y la que explica la extraordinaria capacidad de resistencia de la ciencia del derecho frente a las transformaciones políticas y culturales.⁸

Hay un episodio que revela de forma iluminadora el peso político de la cultura jurídica pese a —y a causa de— su aislamiento cultural: el durísimo ataque dirigido por Benedetto Croce contra Pietro Bonfante que, en una lección inaugural en la Universidad de Roma en 1917, había reivindicado el papel de unificación nacional ejercido por el derecho romano y por su enseñanza.⁹ Como

⁸ “Con avances y retrocesos” podía escribir Salvatore Pugliatti en 1948, “la ciencia jurídica, entre los embates de las críticas y de las polémicas, es justamente la que menos ha padecido las revoluciones que se han producido en los otros campos del saber. De hecho, ha actuado casi en un terreno precintado, preservándose de cualquier influencia externa: ha mantenido un carácter dogmático, pero ha conquistado una considerable capacidad de resistencia” (“Crisis della scienza giuridica”, 1948, ahora en Pugliatti, S., *Diritto civile. Metodo-Teori -Pratica. Saggi*, Milán, Giuffrè, 1951, p. 693).

⁹ A. Schiavone recuerda esta polémica en “Un'identità perduta. La parabola del diritto romano in Italia”, en Schiavone, A., (ed.), *Stato e cultura giuridica*, cit., pp. 288-293; Cfr., también, Bretone, M., “Il «naturalismo» del Bonfante e la critica idealistica”, *Labeos*, 5, 1959, pp. 275 y ss.

ha señalado Aldo Schiavone, la acritud del ataque, y la de la réplica que le siguió y, después, la larga disputa con intercambio de insultos y amenazas desde las páginas de *La Critica* y de la *Rivista Italiana di Sociologia*, no resulta explicable simplemente desde la batalla que Croce sostenía contra el positivismo sociológico y cientifista, entonces dominante en la cultura jurídica italiana y, en particular, en la historiografía del derecho romano. Más allá de la diferencia de ideas, esta disputa señalaba un conflicto por la hegemonía cultural entre los estudios jurídicos y los filosóficos para la formación de las elites dirigentes. Croce se había dado cuenta de que la cultura jurídica representaba la única cultura en competencia con la histórica de sello humanista y filosófico que él representaba. Y tenía razón, la cultura jurídica no era sólo una cultura en competencia y alternativa a la filosófica, sino que constituía, indiscutiblemente, la cultura dominante en la clase política y burocrática. Y lo era tanto por su pretendido carácter “técnico-científico” como por su separación, como cultura profesional, del resto de la cultura. Resulta, acaso, probable que la falta de comprensión de esta hegemonía de la cultura jurídica en los aparatos estatales por parte de la historiografía y de la cultura politológica represente, por su parte, un indicio y un producto de la incomunicabilidad entre las dos culturas, que, justamente, la minusvaloración de Croce de los estudios jurídicos y del propio derecho contribuyó a acentuar.