

**Seminario "La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen"  
Università di Napoli Federico II, 26-27 enero 2017**

Con ocasión de la reciente publicación del volumen de Luigi Ferrajoli, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen* (Laterza, 2016), el Dipartimento di Giurisprudenza de la Università di Napoli Federico II, conjuntamente con el Doctorado en Filosofía del Derecho, ha organizado un seminario bajo el título "10 obiezioni a Kelsen - Discutendo con Luigi Ferrajoli".

El libro de Ferrajoli, que sistematiza alguna de las contradicciones, -definidas por el autor como "aporías" - anteriormente puestas de manifiesto en trabajos anteriores (desde *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*), presentes en el pensamiento de Hans Kelsen, ha suscitado una amplia y articulada discusión entre los estudiosos presentes.

En la primera sesión, presidida por Angelo Abignente, han intervenido Francisco Javier Ansuátegui Roig, Francesco Riccobono y Francesco Romeo.

La primera ponencia, *Ferrajoli su Kelsen: aporie o confronto di paradigmi?*, de Francisco Javier Ansuátegui Roig, ha inaugurado las actividades proponiendo releer las aporías identificadas por Ferrajoli en el pensamiento de Kelsen como contradicciones entre dos diferentes sistemas de pensamiento. Las objeciones de Ferrajoli a Kelsen -la acusación de paleo-iuspositivismo, el haber propuesto una teoría simplificada de la validez, con la consiguiente incapacidad de teorizar la figura del derecho ilegítimo- parecen, para Ansuátegui, más que contradicciones internas al pensamiento de Kelsen, críticas de un formalista a otro formalista. El constitucionalismo garantista diseñado por Ferrajoli, en realidad, presenta una coherencia y sistematicidad interna, no menos que la teoría pura kelseniana, y, precisamente como la kelseniana, propone una concepción formalista del derecho: mientras que censura el desconocimiento de los derechos fundamentales por parte de Kelsen, para Ferrajoli tales derechos pueden tener cualquier contenido. Esto representa para Ansuátegui, sin embargo, uno de los puntos críticos de la teoría de Ferrajoli. Si el constitucionalismo, para Ferrajoli, vale como técnica garantista de limitación del poder, cualquiera que sea el objeto de regulación jurídica, parece difícil superar aquella misma incapacidad de reconocer un contenido sustancial del derecho, que Ferrajoli imputa a Kelsen. Tan es así que el cortocircuito entre forma y sustancia encuentra un punto de parcial resolución en la parte última del volumen de Ferrajoli, que dejaría entender,

en una superación del formalismo, que el garantismo no tiene un valor en sí, sino sobre todo en relación con el objeto de la garantía.

Francesco Riccobono, en la ponencia con el título *Norma e sanzione*, ha examinado la segunda aporía que Ferrajoli atribuye al pensamiento de Kelsen, aquella según la cual en ausencia de sanción no sería posible hablar de acto ilícito. De tal aporía, para Ferrajoli indicativa de una “concepción imperativista del derecho” (p. 28), derivaría la paradójica consecuencia, “anti-positivista”, de considerar aquellas normas, aunque válidamente creadas por órganos autorizados aunque desprovistos de sanción, meros *flatus vocis*, y por tanto inexistentes. Contra la acusación de imperativismo dirigida a Kelsen, Riccobono ha demostrado como desde los *Hauptprobleme* de 1911 Kelsen habría evidenciado una orientación anti-imperativista, que culmina con la disolución de la idea sustancialista del derecho y del Estado hecha explícita en la *Reine Rechtslehre* de 1934.

La tercera ponencia de la jornada, *Senso e significato in Kelsen e nei suoi interpreti*, presentada por Francesco Romeo, ha intentado reflexionar sobre la noción kelseniana de *Sollen* que, asumida como categoría fundamental del derecho, constituye la premisa de la tesis de la no aplicabilidad de la lógica al derecho en Kelsen. Para Romeo, las antinomias identificadas por Ferrajoli –que constituyen, como reconoce el autor, «cuestión central» del libro (p. 144)– serían atribuidas, en realidad, a la distancia entre las ideas de normatividad y deber, tal y como son entendidas por Ferrajoli, y la auténtica noción kelseniana de *Sollen* (*deber ser*), de la que deriva el concepto de normatividad kelseniano. Estos tienen hunden sus raíces en la filosofía de Kant y se desarrollan sobretodo en el intenso debate neokantiano que atraviesa la cultura alemana a caballo de los dos últimos siglos, incluyendo también a Gottlob Frege y la negación de toda posibilidad de formalización lógica del lenguaje natural.

La segunda sesión, presidida por Fabio Ciaramelli, ha acogido las ponencias de Otto Pfersmann, Vinecnzo Omaggio y Carlo Nitsch.

Otto Pfersman, en la ponencia titulada *Kelsen, Ferrajoli, l'ombra di Merkl e la questione della struttura gerarchica del diritto: antinomia o antivisione?*, ha criticado la tesis según la cual de la concepción dinámica del ordenamiento derivaría una teoría de la interpretación entendida como actividad creadora y puramente volitiva. Invitando a reconocer el papel de la teoría de Merkl en a construcción gradual del ordenamiento en la Teoría pura, como también la incidencia del ordenamiento constitucional vigente en el momento de la

elaboración del sistema teórico kelseniano, Pfersmann ha criticado la lectura ius-realista del Kelsen, defendiendo la actualidad de la teoría de la interpretación kelseniana, en base a la cual la producción de una norma individual válida por arte de los jueces resultaría siempre vinculada por una norma atributiva del poder jurisdiccional.

La ponencia de Vincenzo Omaggio, *Interpretazione e principi fondamentali in Kelsen (e in Ferrajoli)*, se ha detenido en la transformación del papel de la actividad interpretativa a la luz del nuevo Estado constitucional. La aporía analizada por Omaggio es la que deriva de la tesis kelseniana de la inexistencia de derechos en ausencia de garantías, ausencia que impondría, para Ferrajoli, el deber del legislador de colmar la laguna, previendo específicos mecanismos de tutela. La incorporación de los derechos fundamentales en el interior de las Constituciones post-bélicas, de hecho, ha imprimido un significativo cambio de paradigma para la teoría del derecho, obligando a reconocer el papel de los principios en el interior de la actividad interpretativa de los jueces.

En la última ponencia, *Guerra e diritto: natura e limiti di un'aporía kelseniana*, Carlo Nitsch se ha centrado en las consecuencias de la "paradójica tesis anti-positivista" del Kelsen que, para Ferrajoli, a partir de la inexistencia del ilícito en ausencia de una sanción, impediría considerar ilícita la guerra de agresión. Si, no obstante, hasta 1945 era dudosa la existencia misma de una norma de derecho internacional que dispusiera una genérica prohibición del uso de las armas, lo cual supone reconocer el esfuerzo del jurista de Praga en la reformulación de la teoría del *bellum iustum* (la guerra como sanción legítima frente a una agresión armada), es curioso que Kelsen mantenga casi inalterada su tesis, también tras la formulación de la prohibición del uso de las armas contenida en la Carta de las Naciones Unidas. Los *Principles of International Law* y la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* confirmarían entonces las perplejidades avanzadas por Ferrajoli sobre la teoría de la guerra justa (que considera una "inútil incongruencia").

Ambas sesiones concluyeron con las réplicas de Luigi Ferrajoli, seguidas por numerosas intervenciones por parte de los académicos presentes, que han reconocido –aún en la diversidad de las posiciones teóricas representadas– la contribución extremadamente significativa de la teoría de Ferrajoli al debate filosófico-jurídico contemporáneo.

ALESSIA FARANO