

**Francesco RICCOBONO,**  
*Antikelsenismo italiano,*  
**G. Giappichelli Editore, Torino, 2017, 106 pp.**

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG  
*Universidad Carlos III de Madrid*

**Palabras clave:** Teoría Pura del Derecho, imperativismo, objetivismo, universalismo, formalismo  
**Keywords:** Pure Theory of Law, imperativism, objectivism, universalism, formalism

El profesor Francesco Riccobono es una de los mejores conocedores del pensamiento de Kelsen en Italia. Al análisis del pensamiento del autor austriaco ha dedicado importantes trabajos. Entre los más relevantes cabe señalar su monografía *Interpretazioni kelseniane* (1989). Antes, en 1979, había traducido la *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialischer Geschichtsauffassung* (1931) que se publicó con el título “*La teoria generale del Diritto e il materialismo storico*”. En 1983, publicó el trabajo “Kelsen in Italia. Una ricerca bibliografica” que se incluyó en el libro editado por Carlo Roehrsen, *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*. En los últimos años, ha publicado el artículo “Kelsen e la religione” (*Rivista di Filosofia del Diritto*, 2013) y el capítulo “La dottrina pura del diritto di Hans Kelsen” (en el libro colectivo *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*”, 2010). El conocimiento que Riccobono tiene de los trabajos italianos sobre Kelsen ha sido puesto de relieve por alguien con tanta autoridad en este campo como el Prof. Mario Losano en el monográfico que la revista *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, dedicó en 1979 al tema: “La fortuna de Kelsen in Italia”.

En “*Antikelsenismo italiano*”, incluye diversos trabajos -la mayoría de ellos ya publicados- en los que se analizan elementos de la crítica -que no es sino una forma de recepción- de la teoría kelseniana en la Italia del siglo XX. El análisis de los capítulos del libro se puede completar con el trabajo “*Può*

*essere imputata a Kelsen una concezione imperativistica del diritto?*"<sup>1</sup>, que recientemente Francesco Riccobono ha dedicado a la crítica que Luigi Ferrajoli ha dirigido a Kelsen en uno de sus últimos libros, "*La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*" (2016).

Todos estos trabajos son una muestra de lo que Riccobono denomina "antikelsenismo italiano", expresión de una posición crítica y, posiblemente, también hostil en alguna de sus manifestaciones, que ha caracterizado ciertas corrientes de la Filosofía del Derecho italiana durante el siglo pasado<sup>2</sup>. Como Francesco Riccobono señala, dicha hostilidad fue detectada en su momento por conocedores tan exquisitos de la obra de Kelsen como Norberto Bobbio y Vittorio Frosini. En efecto, Kelsen es un autor al que se ha responsabilizado de muchos de los males, que en muchas ocasiones trascienden a lo estrictamente jurídico, que han caracterizado los sistemas jurídico-políticos del siglo XX, en la línea de la confusión entre los errores y los horrores del positivismo a la que aludiera en su momento Norberto Bobbio. Algo que, nos lo recuerda Riccobono, no deja de ser injusto si se conoce la peripecia vital del autor austriaco. En muchas ocasiones la crítica ha sido una estrategia para afirmar posiciones propias con la excusa de un análisis superficial de la obra de Kelsen. En todo caso, las referencias a Kelsen, para asumir posiciones a favor o en contra, han formado parte necesaria del desarrollo de la teoría jurídica en el último siglo. O con Kelsen o contra Kelsen, podría ser el lema que resumiera esta situación.

Pero, ciertamente, los autores que Francesco Riccobono toma como referencia en su libro no deben ser identificados con ese tipo de crítica. Emilio Betti, Costantino Mortati, Bruno Leoni y Alessandro Giuliani -a los que se podría añadir, como he señalado al principio, a Luigi Ferrajoli, si bien desde coordenadas intelectuales diferentes- son manifestación de un modo de analizar algunas dimensiones de la obra de Kelsen que expresa, más allá de las posiciones críticas, claves de comprensión de la Teoría Pura del Derecho. Podríamos decir que son autores que -frente al ruido antikelseniano- se han tomado en serio a Kelsen. El hecho de que estemos frente a autores que, respectivamente, han defendido la validez de la aproximación hermenéutica,

---

<sup>1</sup> El trabajo aparecerá en el volumen colectivo *Dieci obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, de próxima publicación.

<sup>2</sup> De otros críticos, no italianos, se ha ocupado en otras ocasiones. Por ejemplo puede consultarse su trabajo "Norma Fundamental, Constitución, Revolución. Ross, crítico de Kelsen" *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 25 vol. II, 1984.

el concepto de Constitución material, el liberalismo en el ámbito jurídico, el historicismo y el constitucionalismo garantista demuestra la pluralidad de perspectivas desde las que se han formulado críticas al pensamiento kelseniano.

El interés del análisis de las críticas a las que Francesco Riccobono se refiere en su libro -y que el autor no se limita a mostrar, sino que también, a su vez, examina críticamente- trasciende el conocimiento de una determinada corriente de la filosofía jurídica italiana, con la que por otra parte la cultura jurídica española, y la Filosofía del Derecho en particular, tienen tantos elementos compartidos e influencias reconocidas. El interés, como digo, radica en mi opinión en el hecho de que a través de la lectura de los diversos capítulos van apareciendo las grandes cuestiones que caracterizan la aportación kelseniana, muchas de las cuales han constituido temas nucleares de la discusión filosófico-jurídica de los últimos cien años, al menos en nuestro contexto cultural. A continuación señalaré algunos de ellos.

Francesco Riccobono se refiere a la “enfermedad kelseniana” para aludir a las críticas que Emilio Betti desarrolla. Así, hay dos dimensiones que merecen ser subrayadas. Por una parte, lo referido a la relación entre norma y sanción. Según Betti, el hecho de que Kelsen establezca una identificación del comportamiento debido como la condición negativa de la actuación jurídica demuestra que el autor austriaco está vinculado a una visión primitiva del Derecho, que contrasta con una reivindicación de la condicionalidad del imperativo por las circunstancias fácticas. Por otra parte, las discrepancias entre Betti y Kelsen en relación con el papel del juez -y su posición en el esquema de producción normativa- son evidentes. Para Betti, el lugar que Kelsen atribuye a la interpretación de la norma que el juez lleva a cabo supone no reconocer la necesaria subordinación del intérprete a la norma, convirtiendo al juez en un auténtico legislador del que se puede predicar una discrecionalidad absoluta. Kelsen, así, no reconocería la relevancia de la relación de complementariedad entre jurisprudencia y legislación que existe en el marco de un Derecho “vivo y vigente”. Para Francesco Riccobono estamos frente a dos concepciones de la interpretación jurídica entre las que existe una distancia “verdaderamente incolmable”; distancia que, en realidad, es la que existe entre dos diferentes visiones del Derecho: la que entiende que la realidad jurídica está compuesta por una pluralidad de ordenamientos concurrentes y la que sólo reconoce la dignidad del Derecho al Ordenamiento jurídico del Estado. En el fondo subyace una crítica al formalismo kelseniano

y a su pretensión de pureza que, en opinión de Betti, desconoce la relevancia que el “buen sentido” del jurista -producto de la sensibilidad moral y de la apertura a la evolución histórica del Derecho- tiene en la comprensión de lo jurídico.

En la reconstrucción que Francesco Riccobono hace de la crítica que Costantino Mortati dirige a Kelsen se adivina la sombra de Schmitt. También aquí podemos identificar al formalismo kelseniano como objeto de análisis y descalificación. Mortati reivindica la relevancia de la dimensión psicológica como una perspectiva más adecuada frente a la propuesta kelseniana a la hora de explicar el concepto de voluntad. Antiformalista es también la crítica a la *Grundnorm*, considerada por Mortati como una auténtica tautología que surge del desconocimiento de la realidad social y del lugar que ocupan las relaciones de fuerza que se encuentran en la explicación de la base de la juridicidad. La propuesta de Mortati es la de una comprensión de la *Grundnorm* atenta a sus contenidos y a su dimensión material.

En el caso de Mortati, además, Francesco Riccobono subraya también el reconocimiento de lo que, parafraseando a Hart en su caracterización del Contenido Mínimo de Derecho Natural, sería un “núcleo de buen sentido” en la propuesta kelseniana, referida en esta ocasión a la explicación en términos jurídicos -en el marco de una visión gradualista- de la Constitución. Reconocimiento que se presenta como compatible con una propuesta de transformación sustancialista de la norma fundante en donde a la experiencia y a la realidad social se les ha de atribuir una “intrínseca juridicidad”. Estamos, en mi opinión, frente a un planteamiento en el que se puede reconocer un cierto aire de familia con determinadas interpretaciones de la rematerialización del Derecho que caracteriza al Derecho del constitucionalismo.

Bruno Leoni es el tercer autor del que se ocupa Francesco Riccobono. En este caso la crítica antiformalista se centra en la denuncia de que la Teoría Pura del Derecho se presenta como expresión de un falso objetivismo y universalismo. Así, la conclusión sería que al final la abstracción kelseniana termina por favorecer la posición de aquellos que ocupan el poder. En una visión del Derecho en la que -de acuerdo con Leoni- sólo se piensa en el Derecho estatal, se desatiende la relevancia que tienen los hechos sociales a la hora de entender la realidad jurídica. Dicha realidad no sólo tiene que ver con lo que Kelsen identifica con el Derecho. Tiene también que ver con las “convicciones de los individuos” que desempeñarían un papel relevante en la conformación de la juridicidad. Para Leoni, la responsabilidad del po-

sitivismo kelseniano es la de haber expulsado esas convicciones del ámbito de lo jurídico, suprimiéndolas como objeto de interés por parte de la ciencia jurídica. Para Francesco Riccobono estamos ante dos posiciones, la de Kelsen y la de Leoni, irreconciliables en este punto.

En el caso de Giuliani, el universalismo y el objetivismo kelseniano son criticados desde otra perspectiva: la de la reivindicación de la historia y del individualismo metodológico. Giuliani defiende la relevancia de las aportaciones individuales, de la cooperación y de la colaboración en la conformación del Derecho. Lo cual conduce a negar que, en definitiva, el Derecho sea una cuestión de lógica en la que las ficciones y las abstracciones -aquí Giuliani se alinea con su maestro Bruno Leoni- tengan capacidad explicativa y operativa.

Como he señalado al principio de este comentario, las críticas antikelsenianas de los cuatro autores tratados en el libro pueden ser complementadas con las de Luigi Ferrajoli, a las que se ha referido Francesco Riccobono en uno de sus últimos escritos publicados, "*Può essere imputata a Kelsen una concezione imperativistica del diritto?*". Soy consciente de que estamos refiriéndonos a un autor, Luigi Ferrajoli, que pertenece a un ambiente cultural muy diferente. Si considero útil hacer esta referencia al escrito de Francesco Riccobono es para evidenciar que, posiblemente, el antikelsenismo italiano puede ser considerado un planteamiento más horizontal de lo que en un primer momento pudiera aparecer. No todas las críticas que ha recibido la Teoría Pura del Derecho han sido elaboradas desde posiciones antiformalistas y antipositivistas.

El escrito de Francesco Riccobono se centra en lo problemático de considerar a Kelsen como un auténtico imperativista. Para Ferrajoli, el imperativismo kelseniano tiene como consecuencia, entre otras, la dificultad de explicar aquellas dimensiones del Derecho caracterizadas por la ausencia de un respaldo sancionador -piénsese en los principios que pueblan el Derecho del constitucionalismo-. Pero en este punto nos encontraríamos con una confusión -esta es la tesis de Francesco Riccobono- entre el carácter imperativo de la norma y su carácter sancionador. El hecho de que la norma jurídica tenga una naturaleza sancionadora no debe implicar necesariamente la afirmación de su carácter imperativo. No reconocerlo supone una "distorsión" del valor histórico y teórico de la propuesta kelseniana que, recuérdese, parte de una crítica a los planteamientos imperativistas y no sancionadores que habían caracterizado la ciencia jurídica. Kelsen propone una "inversión" de

la concepción de la norma jurídica, que ha de ser entendida en términos sancionadores y no imperativistas. A partir de ahí, se propone una “descorporización” del Derecho y una juridificación del Poder político. El Derecho ya no debe ser entendido con referencia última a un sujeto, el soberano, con las consecuencias que de ello se derivan en relación con la superación del marco estatal como estricto marco jurídico.

Uno de los hechos que Francesco Riccobono pone de relieve es que el pensamiento kelseniano es un pensamiento en evolución interna. En efecto, el autor austriaco matiza y reformula aspectos esenciales de su pensamiento a lo largo de su obra. Este hecho condiciona la validez de alguna de las aproximaciones analizadas en el libro, también la de Ferrajoli. En este sentido, hay muchos Kelsen, tal y como han puesto de relieve las periodizaciones de su pensamiento propuestas por Carsten Heidemann y Stanley Paulson, entre otros. El hecho de que en ocasiones se presente como general lo que en realidad es una crítica respecto a un momento particular del pensamiento kelseniano es un factor que relativiza la validez de la crítica, tal y como Francesco Riccobono pone de relieve. Lo cual, al mismo tiempo, es un elemento que contribuye a subrayar la importancia del análisis diacrónico en el estudio del pensamiento jurídico.

Por otra parte, de la lectura del libro se puede extraer otra conclusión referida en esta ocasión a la centralidad de la propuesta kelseniana en el desarrollo de la Filosofía del Derecho del último siglo. En efecto, y más allá del acuerdo o desacuerdo con las tesis kelsenianas, su centralidad radica en el hecho de que desde que Kelsen propone su teoría no se puede hacer Filosofía del Derecho de espaldas a la misma, suspendiendo el juicio en relación con alguno de los aspectos básicos de la misma. Aspectos que, por otra parte, están interrelacionados, ofreciendo un caso de propuesta unitaria. Pensemos, por ejemplo, en el valor de su propuesta universalista y objetivista, que implica no sólo una presentación en relación con un determinado concepto de Derecho, sino también un planteamiento sobre la función y el modo más adecuado de hacer Filosofía del Derecho. Por otra parte, el ideal de pureza de la *Reine Rechtslehre* implica una invitación a pensar sobre el lugar de la ciencia jurídica en el conjunto de los saberes y su relación con la ética, la política, y la sociología, entre otros. Esto, además de constituir una propuesta en relación con el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, abre la posibilidad de analizar un modelo de conocimiento jurídico en un contexto, el de hoy, en el que la liquidez de la que nos habló Zygmunt Bauman como requisito de

nuestro tiempo tiene también consecuencias en relación con la parcelación interna del saber. Exige posicionarse respecto a la relación forma-sustancia en el Derecho y respecto a la relevancia teórica y funcional de la dimensión material del Derecho como requisito de identificación y de análisis de lo jurídico. La relación con la rematerialización del Derecho del constitucionalismo y con la cuestión de la importancia de la referencia a la moral a la hora de identificar el Derecho parece evidente. Todo lo anterior, no supone olvidar la importancia que tiene una teoría de la norma que supuso en su momento una contestación al imperativismo reinante y que ofrece posibilidades de contraste con las propuestas contemporáneas que subrayan lo que podríamos denominar “el imperio de los principios”.

Así, el libro de Francesco Riccobono, es mucho más que una recopilación de críticas antikelsenianas. Además de ofrecer un análisis crítico de las críticas a Kelsen en un determinado contexto (en un ejercicio que podría ser considerado un ejemplo de “metacrítica”, una crítica de las críticas), contiene a su vez claves para identificar los grandes temas de la teoría kelseniana que han condicionado el desarrollo posterior de la Filosofía del Derecho.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
*e-mail:javofil@der-pu.uc3m.es*