

SOBRE LA OBSOLESCENCIA DEL POSITIVISMO JURÍDICO.

(Una aproximación desde la historia del pensamiento)

Luis M. Lloredo Alix
Universidad Carlos III
Madrid

Fecha de recepción 01/06/2011 | De aceptación: 07/06/2011 | De publicación: 25/06/2011

RESUMEN.

Una de las cuestiones más debatidas en la filosofía del Derecho de los últimos años es la de la obsolescencia del positivismo jurídico: ¿sigue siendo el iuspositivismo una corriente de pensamiento vigente? ¿Hemos trascendido sus fundamentos, entrando así en una nueva era? ¿O bien estamos asistiendo a un momento de quiebra de sus bases, es decir, a caballo entre dos etapas? El objetivo de esta comunicación es encarar esta pregunta desde una aproximación no muy transitada para afrontar este problema en la discusión contemporánea: la historia del pensamiento. Concretamente, veremos cómo la caracterización canónica del positivismo no sirve para dar cuenta de un largo elenco de teorías positivistas decimonónicas y cómo, desde este prisma, se puede iluminar la cuestión acerca de la pretendida obsolescencia que se le achaca en los últimos años.

PALABRAS CLAVE.

positivismo jurídico, neoconstitucionalismo, iusnaturalismo, paradigmas filosóficos, historia del pensamiento jurídico.

ABSTRACT.

One of the most debated questions in contemporary Law's Philosophy is the problem about the obsolescence of legal positivism: is still legal positivism a valid theory of law? Have we transcended its constitutive basis, stepping into a new era? Or are we rather just watching the moment in which those fundamentals sink, that is, at the middle of two different periods? The aim of this paper is to face this question from an unusual approach in the current discussion about legal positivism: the History of Legal Thought. Concretely, we will try to proof how the canonical definition of positivism does not provide an adequate frame to understand a significant number of positivist theories from 19th century. Furthermore we will see how the problem of its pretended obsolescence can be better faced from that point of view

KEY WORDS.

legal positivism, neoconstitutionalism, natural law, philosophical paradigms, history of legal thought.

SUMARIO. 1. El carácter constitutivamente controvertido del positivismo jurídico; 2. Una aproximación conceptual al positivismo jurídico; 3. Una aproximación paradigmática al positivismo jurídico; 4. Conclusión: ¿crisis del positivismo jurídico?

“Es en las clasificaciones donde la vida revela su arrollador centelleo, en los protocolos que intentan catalogarla y ponen así en evidencia el irreductible residuo del misterio y del encanto”.

(Claudio Magris)

1. El carácter constitutivamente controvertido del positivismo

Pese a lo que tendemos a pensar, lo cierto es que el iuspositivismo ha sido una corriente controvertida desde sus primeras manifestaciones históricas. Karl Olivecrona ha señalado que la propia denominación de positivismo jurídico

surgió como una forma despectiva de referirse a determinados autores a-filosóficos que abdicaban de la doctrina del Derecho natural¹. Esta es, por cierto, una acepción que sigue siendo manejada hoy en día desde muchos sectores del Derecho, que tienden a equiparar el positivismo con una actitud intelectual obtusa o con un planteamiento cerrilmente legalista. Pero esta forma de entender el positivismo, como decíamos antes, arranca desde muy antiguo. En un escrito de Otto von Gierke de 1883, éste hablaba del “positivismo obtuso” (*kahler Positivismus*)² mientras que, en un artículo de 1903, se refería al positivismo desnudo³, en ambos casos denunciado un tipo de actitud a-filosófica en la que incurrieran aquellos juristas que procuraban

¹ Olivecrona, K.; *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. de José Luis López Guerra, Barcelona, Labor, 1980, p. 51.

² Gierke, O. Von; *Naturrecht und Deutsches Recht. Rede zum Antritt des Rektorats der Universität Breslau*, Frankfurt am Main, Literarische Anstalt Rütten & Loening, 1883, p. 11.

³ Gierke, O. von, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, Berlin, Buckdruckerie von Gustav Schade, 1903, p. 34.

ceñirse a la consideración del Derecho positivo, descartando cualquier reenvío a instancias extrajurídicas. Pero incluso antes de estas declaraciones, podemos encontrar una alusión desdeñosa sobre el positivismo en un escrito de Rudolf von Jhering de 1868: “ninguna disciplina promueve tanto el propio pensamiento y la crítica como la ciencia jurídica, y sin embargo no hay ninguna otra en la que los jóvenes corran tanto peligro de abdicar del raciocinio. «Lex ita scripta est»: con esto ya está dado para ellos el hecho del Derecho; ¿qué les importa entonces su fuente y su por qué? *Este positivismo es el enemigo mortal de la ciencia jurídica*, puesto que la degrada a un trabajo manual y, por consiguiente, es preciso combatirla a vida o muerte [...]. Este mal constitutivo de la ciencia jurídica, contra el que siempre habrá de estar en guardia si no quiere sucumbir de inmediato, se llama positivismo: la huida del propio pensamiento, el autosometimiento a la ley como un

engranaje desprovisto de voluntad”⁴. Tanto Jhering como Gierke están adoptando un concepto muy restringido del positivismo, en tanto que lo equiparan al legalismo, pero dan buena muestra de las acusaciones que habitualmente reciben todos los autores positivistas, no sólo los legalistas: mediante una sinécdoque ideológicamente interesada, se toma la parte por el todo y se hace coincidir el positivismo con el más testarudo de los legalismos.

Este tipo de reproche es el que encontramos también en numerosos autores antiformalistas de la primera mitad del siglo XX. Es así como Hermann Kantorowicz interpretó el movimiento del Derecho libre en clave de regreso a algunos principios del iusnaturalismo⁵, una tónica que se ha ido repitiendo en todas las crisis experimentadas por el

⁴ Jhering, R. von; *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868*, hrsg. von Okko Behrends, Göttingen, Wallstein Verlag, 1998, pp. 50 y 55.

⁵ Kantorowicz, H.; *Der Kampf um die Rechtswissenschaft (von Gnaeus Flavius)*, Heidelberg, Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, 1906, pp. 10-12.

iuspositivismo a lo largo del siglo XX. Y es que, como bien ha observado José Delgado Pinto, el positivismo jurídico no sólo atravesó la célebre crisis de mediados de siglo XX, tras los desastres de la segunda guerra mundial, sino que podrían contarse varios momentos más de revisión de sus planteamientos, todos ellos presididos por un pretendido retorno al Derecho natural⁶. Aunque es muy dudoso que teorías como las de François Gény, Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz y otros autores antiformalistas puedan encuadrarse bajo la órbita del iusnaturalismo, lo interesante a nuestros efectos es constatar la imagen negativa que seguía predicándose respecto del positivismo jurídico. Esta recurrencia de los embates contra el positivismo es la que ha motivado que, en 1954, Hans Kelsen hablara de una “cruzada contra el positivismo”⁷, a la vez

⁶ Delgado Pinto, J.; “De nuevo sobre el problema del Derecho natural”, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 243-244.

⁷ Kelsen, H.; *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin*, ed. Por Eckhart Arnold, trad. de Isolda

que Herbert Hart, en un escrito de 1958, se lamentaba del descrédito en el que había caído dicha corriente, acusada por todas partes de obsolescencia⁸. Lejos de ser dos manifestaciones de circunstancias, motivadas por el aparente retorno del iusnaturalismo tras la segunda guerra mundial, lo cierto es que ambos estaban haciéndose eco de una opinión constante hasta nuestros días. No en vano, Norbert Hoerster volvería a señalar, ya en 1986, que en la filosofía jurídica alemana se había llegado a considerar “hasta de buen tono” rechazar y condenar el iuspositivismo⁹.

En suma, a tenor de los testimonios aportados, parece bastante evidente que el positivismo ha estado en zozobra desde sus mismos inicios, siempre sujeto al reproche de simplismo, testarudez, servilismo o carencia de

Rodríguez y Joaquín Etorena, Buenos Aires, Katz, 2006, pp. 15 y ss.

⁸ Hart, H. L. A.; “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, vol. 71, nº 4, 1958, p. 594.

⁹ Hoerster, N.; *En defensa del positivismo jurídico*, 2ª ed., trad. de Jorge Malem, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 9.

profundidad filosófica. Lo llamativo es que esta controversia no sólo se ha desencadenado por los ataques que ha recibido desde fuera de sus filas, sino que incluso en su interior ha tenido lugar una fuerte discusión acerca del significado del positivismo. En este sentido, también desde antiguo se ha venido polemizando respecto a quiénes pueden ser considerados como positivistas y quiénes no, en una logomaquia obsesiva que se ha terminado constituyendo en uno de los caballos de batalla contemporáneos. Tendemos a dar por sentado que esto es algo que sólo ha empezado a producirse a partir de las críticas de Ronald Dworkin al modelo positivista de Hart. Como fruto de dichas críticas, algunos de los juristas hartianos más receptivos a los reproches de Dworkin –los llamados positivistas incluyentes– habrían llevado a cabo una revisión teórica del modelo inicial, propiciando así una polémica con los hartianos menos conformes con dichas

críticas¹⁰. Y al calor de este debate, muchos autores han tendido a auto-arrogarse el nombre de positivistas, negándose a otros que estarían incurriendo en alguna violación de sus principios¹¹.

Ahora bien, al igual que veíamos antes, tampoco aquí la situación es tan nueva como parece. Si echamos un vistazo hacia atrás, nos daremos cuenta de que esta diatriba interna forma parte de la tradición positivista desde sus más tiernos inicios. Es así como Carl Bergbohm, en su magna *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, criticó las teorías del sentimiento jurídico formuladas a finales del siglo XIX por algunos autores positivistas como Jhering o Gustav Rümelin¹². En su opinión, en efecto, estas

¹⁰ Vid. la reconstrucción del debate que presenta Escudero, R.; *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 150-198.

¹¹ Vid. Jiménez Cano, R.; *Una metateoría del positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 221-247. Jiménez Cano argumenta, desde los presupuestos metodológicos que entiende necesarios para toda teoría iuspositivista, que el positivismo incluyente no merecería dicho título con propiedad.

¹² Vid. Jhering, R. von; *Über die Entstehung des Rechtsgefühles. Mit einer Vorbemerkung und einem anschließenden Interpretations- und*

teorías no eran sino sucedáneos del iusnaturalismo, vaporosos intentos de seguir apelando a una noción de justicia hipotéticamente inherente al Derecho¹³. Muchos años más tarde, sin embargo, la filiación positivista del propio Bergbohm ha sido puesta en duda, dado que se habría atrincherado en un posicionamiento excesivamente legalista, descuidando así el enfoque empirista-naturalista que, según Dietrich Tripp, es el rasgo definitorio de toda propuesta auténticamente positivista¹⁴. Una paradoja similar es la que encontramos en Kelsen, que también cargó contra casi todas las teorías positivistas precedentes. A su modo de ver, obras como las de Windscheid, Jhering, Thon o

Einordnungsversuch von Okko Behrends [1868], Napoli, Jovene, 1986; y Rümelin, G.; “Über das Rechtsgefühl” [1871], en AA. VV., *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, hrsg. von Erik Wolf, Frankfurt am Main, Klostermann, 1948, pp. 360-377.

¹³ Bergbohm, C.; *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen*, 1. Bd., Leipzig, Duncker & Humblot, 1892, pp. 454-456.

¹⁴ Tripp, D.; *Der Einfluß des naturwissenschaftlichen, philosophischen und historischen Positivismus auf die deutsche Rechtslehre im 19. Jahrhundert*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, pp. 257-286.

Jellinek no estaban sino redundando en algunos errores del Derecho natural, concretamente en la falta de diferenciación clara entre lo moral y lo jurídico¹⁵. El reproche es paradójico, si tenemos en cuenta que años más tarde también él sería acusado de haber fundado sólo un mero “cuasipositivismo”. En esta ocasión, la crítica proviene de Alf Ross, puesto que éste veía imprescindible una remisión a los factores sociales para identificar el concepto de Derecho, algo que en Kelsen brillaba por su ausencia¹⁶.

En definitiva, resulta que tanto desde fuera como desde dentro del positivismo se ha producido un cuestionamiento de su validez y sus

¹⁵ Vid. Kelsen, H.; *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze)*, Neudr. der 2. Aufl. [1923], Darmstadt, Scientia Verlag, 1984, pp. 567-618. Los ejemplos podrían alargarse *ad infinitum*, pero baste con recordar las críticas del austriaco a las doctrinas de Windscheid, Jhering y Jellinek sobre el derecho subjetivo. La insistencia del primero en la *voluntad*, del segundo en el *interés* y del tercero en la *combinación* de ambos, revelaban para Kelsen un poso iusnaturalista: todos trataban de encontrar una base “sustancial”, subyacente al carácter meramente formal del derecho.

¹⁶ Ross, A.; “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en AA. VV., *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, ed. por Pompeu Casanovas y José Juan Moreso, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 361-382, en particular 375 y ss.

fundamentos constitutivos. Lejos de haber sido una corriente incontestada o monolítica durante los dos últimos siglos, se trata de un gran nicho de ideas en el que han convivido movimientos, escuelas y autores enormemente diversos (en algunos casos opuestos). Asimismo, la pretendida caducidad que se le quiere achacar desde las críticas de Dworkin y la llegada de las corrientes neo-constitucionalistas es algo que se ha venido escuchando desde su mismo nacimiento. Si bien en cada momento la acusación de obsolescencia se ha instrumentado con base en criterios distintos, lo cierto es que no resulta en absoluto novedosa. Pese a todo, y este es el punto principal al que quería llegar, ninguno de los ataques, las dudas y las crisis experimentadas parecen haber acabado con el paradigma positivista. En algunos casos lo han reorientado, pero siempre sin promover su desaparición. En este sentido, aunque el argumento histórico no puede ser definitivo –como la mayoría de los argumentos en el mundo

de la filosofía y las ciencias sociales–, sí suele contribuir a relativizar algunas tentaciones. A nuestros efectos, en función de lo que se acaba de ver, debería movernos a no sentenciar la obsolescencia del positivismo con la ligereza con la que a veces se plantea entre los filósofos del Derecho.

2. Una aproximación conceptual al positivismo jurídico

Uno de los elementos que más lastran el debate respecto a la obsolescencia del positivismo jurídico es el método con que éste se suele definir en la discusión actual. Me refiero al sistema de identificar una serie de tesis que toda teoría positivista debería incluir para ser considerada como tal. Se trata de una aproximación conceptual que, con matices diversos, encontramos en las propuestas de Norbert Hoerster¹⁷ o

¹⁷ Hoerster, N; *En defensa del positivismo jurídico*, cit., pp. 11-27; Hoerster, N.; *Was ist Recht? Grundfragen der Rechtsphilosophie*, München, C. H. Beck, pp. 69-78.

Herbert Hart¹⁸, y que se ha constituido en la forma habitual de encarar la discusión acerca del sentido del iuspositivismo. No en vano, el responsable de abrir la espita de la polémica, Ronald Dworkin, usó como blanco las tres tesis que Hart había identificado como definitorias de dicha corriente¹⁹. De hecho, cabría preguntarse si el éxito de dichas tesis se debe más al mérito del propio Hart o al de sus críticos. Sea como fuere, se trata de tres aspectos que han trascendido su origen doctrinal y son percibidos de manera generalizada como espina vertebral del positivismo: la tesis de las fuentes sociales, la de la separación entre Derecho y moral y la de la discrecionalidad judicial.

La primera tesis atañe a la determinación de la validez del Derecho, es decir, a los mecanismos que tenemos

para decidir cuándo estamos ante una norma del sistema jurídico y cuándo no. Según la idea de las fuentes sociales, la regla para identificar la existencia del Derecho se encuentra en una práctica social, no en hipotéticas instancias supramundanas o en determinadas concepciones morales. Desde este punto de vista, una teoría positivista debería afirmar que la fuente del Derecho se encuentra en algún tipo de “hecho social”, una categoría algo escurridiza bajo la que cabe englobar factores de muy diversa índole: el poder político, como vendrían a sostener Austin, Bentham o Jhering²⁰, el reconocimiento socialmente establecido, como afirmaría Bierling²¹, o la decisión del juez, como pensarían algunos realistas²².

¹⁸ Hart, H. L. A.; “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, trad. de Francisco Laporta, Liborio Hierro y Juan Ramón de Páramo, *Sistema*, nº 36, 1990, pp. 3-19. Vid. especialmente pp. 4-6.

¹⁹ Dworkin, R.; *Los derechos en serio* [1977], trad. de Marta Guastavino, pról. de Albert Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 72 y ss.

²⁰ Jhering, R. von; *Der Zweck im Recht*, I [1871], hrsg. mit einem Vorwort und mit zwei bisher unveröffentlichten Ergänzungen aus dem Nachlaß Jherings versehen von Christian Helfer, Hildesheim-New York, Georg Olms Verlag, 1970, pp. 249 y ss.

²¹ Bierling, E. R.; *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Aalen, Scientia Verlag, 1965, especialmente pp. 2-12.

²² Hierro, L.; *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1981, pp. 285 y ss.

La segunda tesis tiene que ver con uno de los principales interrogantes que ha ocupado a la filosofía jurídica desde antaño, no sólo desde la aparición del positivismo: las relaciones entre Derecho y moral. El propio Jhering, con una metáfora bien gráfica, decía que la distinción entre ambas esferas era el “cabo de hornos” de la filosofía jurídica²³. De acuerdo con la tesis positivista de la separación, tal y como la enunció Hart, no existiría una conexión necesaria entre las dos instancias. Esto no quiere decir que no puedan darse relaciones de carácter contingente entre ambas, porque de hecho se dan y en vano buscaríamos a algún autor positivista que las haya negado. Lo que se dice con esta idea es que las dos normativas siguen su camino de forma independiente: no hace falta que el Derecho sea acorde con determinados preceptos morales para ser tal, ni tampoco es necesario acudir a la

moral para identificar las normas jurídicas de un determinado ordenamiento.

La tercera tesis, en fin, se refiere a otro de los asuntos tradicionales de la teoría jurídica: el de la aplicación del Derecho. Es conocido que el problema de la aplicación de las normas ha sido una de las principales preocupaciones de los juristas en todos los tiempos. También con la aparición del positivismo, como era inevitable, siguió siendo un tema preferente. En su discurso preliminar al primer proyecto de código civil, el francés Jean-Étienne Marie Portalis ya reconocía la insoslayable insuficiencia de las leyes y la correlativa discrecionalidad que quedaba en poder del juez: “cuando la ley es clara, es menester seguirla; cuando es oscura, es menester profundizar en sus disposiciones. A falta de ley, es menester consultar el uso o la equidad [...] La ciencia del magistrado es la de poner en marcha estos principios, ramificarlos, extenderlos, mediante una aplicación sabia y razonada, a las

²³ Jhering, R. von; *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1. Aufl. Bd. II-1, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1854, p. 48.

hipótesis privadas...”²⁴. Con estas palabras, pese a ser de formación y credo iusnaturalista, Portalis expresaba uno de los dogmas del positivismo en la versión de Hart: la tesis de que siempre existirá un margen donde la ley resulte ambigua o insuficiente y donde, por ende, deberá otorgarse al juez la facultad de integrar los aspectos oscuros.

La virtud de estas tesis, como la de toda aproximación conceptual al problema que nos ocupa, es que configuran un baremo suficientemente claro para discriminar la filiación teórica de cualquier autor o escuela, y determinan un marco bien definido entre cuyos márgenes se desplegarían las diferentes teorías positivistas. El defecto del que adolecen, sin embargo, es que han terminado marcando un patrón normativo que sirve para deslindar teorías auténticas de teorías espurias, propiciando un espíritu restrictivo que, a la larga, ha terminado desencadenando la

²⁴ Portalis, J.-É. M.; *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, préface de Michel Massenet, Bordeaux, Éditions Confluences, 1999, pp. 22 y 24.

logomaquia ya citada. Además, como casi todas las definiciones normativas, tiende a descuidar la historia y termina dejando fuera un largo elenco de doctrinas que habitualmente sí consideramos positivistas. El ejemplo más claro lo tenemos con la tesis de la discrecionalidad, puesto que dos de las orientaciones más señeras del positivismo decimonónico, la *Escuela de la exégesis* y la *Jurisprudencia de conceptos*, descartaban por completo que existieran márgenes de indefinición al interpretar el Derecho.

Para los autores de la exégesis, como Charles Demolombe, la interpretación de la ley era una tarea prácticamente científica y declarativa, en la que no hay lugar para la innovación: “mi divisa y también mi profesión de fe es: ¡los textos ante todo! [...]. Interpretar es descubrir, es *dilucidar* el sentido exacto y verdadero de la ley; no es cambiar, modificar, innovar; es declarar, es reconocer...”²⁵. Para la *Jurisprudencia*

²⁵ Demolombe, Ch.; *Cours de Code Civil*, I, Paris, Auguste Durand Libraire, 1845 pp. viii y 125.

de conceptos, por su parte, tampoco sería posible una actividad judicial transformadora y discrecional: una vez definido un corpus de conceptos lo suficientemente depurado y comprensivo, no habrá nada que se escape fuera de éstos, de manera que el juez sólo tendrá que aplicarlos correctamente al caso que se le presente. Es así como se explica la fe del primer Jhering en la plenitud del ordenamiento: “una ciencia jurídica madura nunca tiene que temer un déficit absoluto de proposiciones jurídicas. Porque por muy insólitas y desviadas que sean las formas en que se presente la sociedad del futuro, la preocupación de que pueda traernos algo absolutamente nuevo, es decir, algo que no encaje en alguno de nuestros conceptos actuales, es una preocupación tan injustificada, como la de creer que todavía hoy se pueden descubrir nuevos animales que no encuentren cobijo en el sistema

zoológico de la ciencia contemporánea”²⁶.

En definitiva, resulta que dos de las tres direcciones principales del positivismo del siglo XIX –la tercera sería la jurisprudencia analítica inglesa– quedan fuera de las tesis positivistas definidas por Hart. Una posible solución podría ser expulsar el dogma de la discrecionalidad de su modelo para dar cabida a estas dos corrientes. El problema es que ni siquiera así estaríamos ofreciendo un cuadro adecuado de numerosas teorías decimonónicas. Es verdad que las tesis de la separación y las fuentes sociales son aptas para abarcar a la mayoría de orientaciones del siglo XIX, pero no dan cuenta de muchos de sus rasgos característicos. En unos casos por exceso de abstracción, y en otros por no considerar aspectos que serían relevantes:

1) En primer lugar, por exceso de abstracción, en la medida en que está

²⁶ Jhering, R. von; “Unsere Aufgabe”, en *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. 1, Aalen, Scientia Verlag, Aalen, 1981, p. 14.

ausente de la definición el rasgo del estatismo, uno de los aspectos centrales del positivismo decimonónico. Y aunque es cierto que el Estado sería encuadrable bajo la denominación genérica de “hecho social”, también es evidente que la definición de Hart pecaría así por ser demasiado formalista. En resumen, se trataría de una tesis conceptualmente correcta –inatacable desde ese punto de vista–, pero demasiado abstracta para poder ofrecer un cuadro vivo de la realidad que intenta describir.

2) En segundo lugar, por descuidar aspectos relevantes, en la medida en que el positivismo decimonónico se vio muy influido por el positivismo filosófico y científico: aunque un nutrido sector de la doctrina ha querido ver el positivismo jurídico como una corriente independiente del positivismo filosófico y científico²⁷, la mayoría de autores del XIX

²⁷ Bobbio, N.; *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, raccolte dal Dott. Nello Morra, Torino, Giappichelli, 1996, p. 3; Olivecrona, K.; *El Derecho como hecho*, cit., pp. 50-59; Waline, M.; “Positivisme philosophique, juridique et sociologique”, en *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp. 571 y ss. En contra, subrayando la continuidad entre el positivismo

trataron de aplicar el modelo cientificista al mundo del Derecho. La tesis de Hart, que explica el positivismo con base en apreciaciones exclusivamente intrajurídicas, tampoco puede dar cuenta de este tipo de factores.

En resumen, podría decirse que esta forma de aproximación conceptual (“por tesis”) al iuspositivismo termina desdibujando los perfiles reales de numerosos autores y corrientes, especialmente del siglo XIX. La suerte que correríamos con el modelo de Norbert Hoerster es similar, puesto que éste identificó dos tesis aún más abstractas que las de Hart y, por añadidura, no extensibles a todos los autores y corrientes que solemos encuadrar en el paradigma: 1) la tesis de

filosófico-científico y el jurídico, pueden citarse otros tantos autores; Viehweg, T.; “Positivismus und Jurisprudenz”, en AA. VV., *Positivismus im 19. Jahrhundert*, hrsg. von Jürgen Blühdorn und Joachim Ritter, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1971, pp. 105-111; Hespanha, A. M.; *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, ed. al cuidado de Antonio Serrano, trad. de Isabel Soler y Concepción Valera, Madrid, Tecnos, 2002, p. 194; Ott, W.; *Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, 2. Aufl., Berlin, Duncker & Humblot, 1992, p. 19; Schmill, U., “El positivismo jurídico”, en AA. VV., *El Derecho y la justicia*, ed. de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, Madrid, Trotta, 2000, p. 68.

la neutralidad, según la cual el Derecho se ha de definir sin recurrir a consideraciones morales; y 2) la tesis del subjetivismo, según la cual no existe ningún baremo objetivo del Derecho justo o justificado²⁸. No resulta un modelo predicable de todo el paradigma, porque la última tesis no sería compartida por muchos juristas decimonónicos. De hecho, la idea de que los valores sólo pueden ser de naturaleza subjetiva y no pueden ser conocidos mediante procedimientos racionales es característica de una fase del positivismo del siglo XX, que no tiene por qué darse en todos los autores. Tanto Hans Kelsen como Alf Ross, siguiendo la estela del positivismo filosófico del Círculo de Viena, se moverían en este ámbito, pero es discutible que Hart estuviera ahí²⁹. Además, como ya se ha argumentado

²⁸ Hoerster, N.; *Was ist Recht. Grundfragen der Rechtsphilosophie?*, cit., pp. 71 y 75-77.

²⁹ Calsamiglia, A.; "Estudio preliminar" a *¿Qué es Justicia?* de Hans Kelsen, ed. española a cargo de Albert Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1992, pp. 7-34.

antes, casi ningún autor del XIX creería en semejante posibilidad.

3. Una aproximación paradigmática al positivismo jurídico

La única forma de sortear los obstáculos señalados en el anterior epígrafe es optar por otro tipo de aproximación al positivismo jurídico; una aproximación holística y paradigmática, que pase a comprenderlo como un gran nicho de escuelas, tendencias y teorías diversas, en lugar de como un corpus cerrado de tesis bien delimitadas. En este sentido, no deberíamos hablar de *teoría* positivista, sino de *paradigma* positivista³⁰, de tal manera que, dentro

³⁰ Utilizando el término paradigma en el sentido que le dio el filósofo de la ciencia Thomas S. Kuhn, es decir, como un conjunto de creencias y prácticas compartidas por la comunidad científica de referencia, que configuran de forma constitutiva el mundo de los datos empíricamente relevantes, las técnicas de estudio pertinentes, las posibles vías de experimentación o investigación, etc., y que marca una cesura con la cosmovisión anterior, generando incluso (con más o menos fuerza) fenómenos de incompreensión e incomunicabilidad entre paradigmas. En nuestro caso, esto es lo que sucedería con el iusnaturalismo. Vid. Kuhn, T. S.; *La estructura de las revoluciones científicas* [1962], trad. de Agustín Contín, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 33 ss. y 45 ss.

del paradigma positivista, cabrían teorías positivistas *formalistas*, *sociológicas*, *institucionalistas*, *incluyentes*, *excluyentes*, etcétera. Aunque sin utilizar la terminología kuhniana, quizá podrían identificarse dos autores que ya desarrollaron una aproximación similar dentro del mundo de la filosofía del Derecho: Felipe González Vicén en España³¹ y Uberto Scarpelli en Italia³². Las ideas de estos dos autores difieren notablemente entre sí, pero coinciden en percibir al positivismo como un paradigma de muy largo alcance, en el que se concitaron propuestas filosóficas diversas. La diferencia reside en el enfoque que adoptaron para determinar los límites de dicho paradigma. El acercamiento de González Vicén se basaba en consideraciones de orden epistemológico, en tanto que identificaba los factores que, de la Escuela histórica

en adelante, movieron a los juristas a prescindir de la remisión al Derecho natural. La de Scarpelli, entendiendo que semejante empresa era imposible, prefirió centrarse en el fundamento ideológico que dio nacimiento al paradigma, acompañándolo como una nota latente a lo largo de toda su trayectoria: la génesis del Estado moderno y su decantación en el Estado de Derecho. Pese a estas diferencias, ambos coincidieron en ver al positivismo como un gran nicho de corrientes determinado por una transformación histórica radical, que a su vez marcó una cesura con el mundo de ideas precedente.

Vistas las cosas desde este prisma, y retrotrayéndonos a lo dicho antes, no habría necesidad de sentenciar la muerte del positivismo a cada nuevo viraje que éste parece experimentar. De hecho, resultaría más recomendable verlo como un continuo en el que, obviamente, se han ido produciendo transformaciones. Del mismo modo que el vasto periodo del iusnaturalismo no fue un bloque homogéneo y monolítico, tampoco puede

³¹ González Vicén, F.; "El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea", en *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de la Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979, pp. 61-83.

³² Scarpelli, U.; *Cos'è il positivismo giuridico*, introduzione e cura di Alfonso Catania e Mario Jori, Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 1997.

decirse lo mismo del positivismo. Posiblemente, sería conveniente coaligar los enfoques de González Vicén y Scarpelli para poder ofrecer una visión auténticamente holística y paradigmática. En este sentido, el positivismo jurídico sería una suerte de cosmovisión que surge a finales del XVIII y se prolonga hasta la actualidad, determinada por factores filosóficos e ideológicos a un mismo tiempo. En este caso no se trataría tanto de plantear una serie de tesis que nos sirvan para agrupar a las teorías consideradas como positivistas – ya sea con carácter normativo o descriptivo– sino de intentar escarbar en sus fundamentos constitutivos, analizando cuáles son sus raíces filosóficas e ideológicas profundas. De esta forma, se podría llegar a una conciliación entre las virtudes de las definiciones descriptivas y las explicativas, procurando abarcar el mayor número de autores y teorías bajo una etiqueta omnicomprendensiva, pero con el afán de explicar y no sólo de describir, es

decir, con la pretensión de entender el lugar dónde nos hallamos y las orientaciones que cabe prever en el futuro³³. En este sentido, podrían identificarse algunas de las notas sobresalientes del paradigma. Entre los factores filosóficos –todos derivados del positivismo *lato sensu*– podrían destacarse tres oleadas: el *historicismo*, el *naturalismo* y el *pragmatismo*.

1) El historicismo, en tanto que sirvió para empezar a concebir la realidad como un precipitado contingente de la historia, sólo cognoscible mediante el trazado de su genealogía y, por consiguiente, independiente de instancias ideales o supraterráneas³⁴. En este

³³ Scarpelli distinguía entre definiciones *lexicales*, *estipulativas* y *explicativas*. Las *lexicales*, que aquí hemos llamado descriptivas, tratan de hallar una clave de bóveda lo suficientemente abarcadora para agrupar todos los usos del concepto que se dan en el lenguaje común. Las *estipulativas*, en cambio, tratan de proponer un patrón preciso y restrictivo, sin la pretensión de aprehender todos los usos del concepto a definir, sino con la idea de configurar un baremo normativo de pertenencia. Las explicativas, en fin, están a medio camino entre ambas: pese a dar importancia a la base empírica –pues intentan cubrir el mayor número posible de usos–, tratan de buscar un núcleo común, a fin de resultar operativas para la crítica conceptual (Scarpelli, U.; *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., pp. 52-54).

³⁴ Meinecke, F.; *Die Entstehung des Historismus*, 2. Aufl., München, Leibniz Verlag, 1946, pp. 118- 182.

sentido, el historicismo jurídico hizo las veces de ariete para desmontar el axioma fundamental del iusnaturalismo: no existe un Derecho natural independiente de los avatares de cada época y lugar, sino que las normas jurídicas evolucionan al retortero de las necesidades de cada comunidad política, social o cultural³⁵.

2) El naturalismo, a continuación, en tanto que sirvió para trasladar los métodos y prácticas de las ciencias naturales a las disciplinas sociales. Una vez fijado el dogma de la historicidad, era necesario agarrarse a algún criterio para introducir orden y rigor en el aparente caos de la realidad humana y social. Así es como los juristas comenzaron a interesarse por los conceptos de la química o la biología, y trataron de aplicarlos a su campo, promoviendo la naturalización de su objeto de estudio³⁶. La filosofía jurídica sociologista es, en

³⁵ González Vicén, F.; “Del Derecho natural al positivismo jurídico”, en *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)*, Valencia, Fernando Torres, 1984, pp. 216-221. Bobbio, N.; *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 36 y ss.

³⁶ Vid. Tripp, D.; *Der Einfluß des naturwissenschaftlichen...*, cit., pp. 25 y ss.

buena medida, resultado de este proceso.

3) El pragmatismo, por último, en tanto que la filosofía –y el conocimiento en general– dejó de concebirse como un camino para conquistar la verdad, y poco a poco pasó a considerarse como una herramienta contingente para intervenir en la sociedad. Esto es lo que explica la vocación político-social que tenía todo el sistema filosófico de Auguste Comte y, en el mundo del Derecho, la sustitución del criterio de la verdad por el de la corrección: según Jhering, el conocimiento jurídico tendría que abandonar la verdad para centrarse en la corrección, entendiendo ésta como adecuación de las normas al fin social (*Zweckmässigkeit*)³⁷.

En relación con los factores ideológicos que habrían contribuido a dar forma al paradigma, también es posible

³⁷ Jhering, R. von; *Der Zweck im Recht*, I, cit., pp. 340-348. La distinción entre corrección y verdad fue utilizada mucho más tarde por el realista escandinavo Karl Olivecrona, aunque sin apoyarse en Jhering y refiriéndose a un aspecto más parcial del macrofenómeno que estaba abarcando el alemán: el de los enunciados normativos. Vid. Olivecrona, K.; *El derecho como hecho*, cit., pp. 246-253.

señalar algunas características sobresalientes. Del mismo modo que antes, no se trataría tanto de tesis, cuanto de grandes procesos históricos que sacudieron las mentalidades en numerosos órdenes del saber, la política y la sociedad, y que se constituyeron en basamento ideológico del positivismo. Con carácter general, podrían identificarse dos grandes fenómenos: 1) la aparición del Estado moderno y su decantación en Estado de Derecho y 2) el surgimiento de la sociedad industrial y de la problemática social que llevó aparejada.

1) La aparición del Estado moderno, en tanto que desencadenó el largo proceso de monopolización de la fuerza legítima que llevaría a teorizar la relación del Derecho con la fuerza y que, en líneas generales, es característica del positivismo. Este proceso, además, conduciría al paulatino abandono del Derecho común europeo y a la necesidad de privilegiar la legislación como fuente de Derecho preponderante. La ulterior

deriva hacia el Estado de Derecho no haría sino fortalecer este protagonismo del Derecho en la política y la sociedad y, en lo que ahora nos afecta, determinaría la necesidad de una teoría legitimadora: el positivismo jurídico³⁸.

2) La sociedad industrial y el advenimiento de la llamada “cuestión social”³⁹, en tanto que obligó al Derecho a adaptarse a las necesidades de una sociedad en evolución constante y, en ese sentido, a concebirse con un carácter fuertemente instrumental. La sociología jurídica y todas las teorías sociológicas que surgen al amparo del positivismo, desde finales del XIX hasta el primer tercio del XX, tienen que ver con esta necesidad de adecuar el pensamiento a la problemática social de la época⁴⁰. Ahora

³⁸ Scarpelli, U.; *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., pp. 99-102.

³⁹ Schmoller, G.; *Die soziale Frage. Klassenbildung, Arbeiterfrage, Klassenkampf*, München & Leipzig, Duncker & Humblot, 1918.

⁴⁰ Wieacker, F.; *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. Aufl., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, pp. 543 y ss. Wieacker apuntó, con una expresión afortunada, que a partir de finales del XIX los juristas encuentran en la retórica de lo social “un subrogado de la justicia”: “la encontraron fundamentalmente en el interés o el goce, tanto del

bien, lejos de constituirse como corrientes antipositivistas, estas teorías no eran sino derivaciones del presupuesto pragmatista del paradigma.

4. ¿Crisis del positivismo jurídico?

Las consecuencias de este enfoque pueden resultar algo contraintuitivas, en la medida en que configuran una noción enormemente amplia del positivismo jurídico. De acuerdo con este concepto, en efecto, positivistas serían todas las teorías y movimientos que han surgido en el mundo occidental desde principios del XIX hasta la actualidad: tanto la variante legalista de la Escuela de la exégesis – positivismo súper-estricto, según la denominación de Walter Ott⁴¹– como la teoría estatista de Jhering, los formalismos de Austin en el XIX o de

individuo como de la sociedad o la comunidad, o en otros fines extrajurídicos” (p. 24).

⁴¹ Ott, W.; *Der Rechtspositivismus*, cit., pp. 39 y ss.

Kelsen en el XX, los sociologismos de Ehrlich, Kantorowicz o Saleilles, el realismo jurídico en todas sus variantes, el institucionalismo y las doctrinas de la segunda mitad del XX, serían manifestaciones del paradigma positivista. Incluso las propuestas de filósofos aparentemente iusnaturalistas como Stammler⁴², o de autores como Dworkin, Alexy y otros que hoy se reclaman no-positivistas, caerían a su pesar bajo el citado paradigma.

Este es uno de los corolarios que se derivan de considerar al positivismo como un paradigma en el sentido

⁴² Vid. González Vicén, F.; “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, cit., pp. 134-140: “la filosofía jurídica positivista no es tan sólo una escuela o una dirección más dentro de la filosofía del Derecho contemporánea, sino su modo constitutivo, aquella determinación histórica de su tema y de su objeto que condiciona todo su desarrollo posterior [...]. El neokantismo, la fenomenología, el neohegelianismo no representan concepciones diversas del objeto y el tema de la filosofía jurídica, sino modos distintos de instrumentación de la idea de filosofía del Derecho formulada por el positivismo. Es una línea de pensamiento dentro de la cual se mantienen incluso aquellas doctrinas que, como la de R. Stammler o como la filosofía de los valores, centran expresamente el interés en el problema del ideal jurídico: en todas estas doctrinas, en efecto, el problema del ideal jurídico no significa, como a veces suele decirse erróneamente, un retorno al planteamiento tradicional de la especulación filosófico-jurídica, sino un medio para el entendimiento del Derecho positivo, un instrumento con el que llegar a su comprensión formal...”.

kuhniano del término: no se trata de una mera teoría, sino de una suerte de cosmovisión de la que no es posible escapar. Incluso en aquellos casos en los que intentáramos huir del paradigma, no estaríamos sino horadando en una de sus posibilidades. Desde el momento en que el Derecho natural ha sido descartado como opción científicamente sostenible, no puede pensarse en una teoría jurídica que no parta del Derecho positivo. Las diferencias –en algunos casos enormes– que se constatan en la pléyade de corrientes citada más arriba se deriva del hecho de que la propia noción de Derecho positivo no es tan clara como se quiso pensar en un inicio. No obstante, con arreglo al canon científico e ideológico en el que vivimos, sería impensable una teoría iusnaturalista en la actualidad: una “planta exótica”, como

dijo González Vicén⁴³, o una “fruta fuera de temporada”, como sentenció Bobbio⁴⁴.

El problema de esta forma de acercarnos al positivismo es la excesiva amplitud del concepto y la correlativa pérdida de referente que implica. Sin embargo, esto es algo que también sucede con el iusnaturalismo sin que parezca perturbarnos lo más mínimo. En este sentido, creo que una de las consecuencias de esta forma de acercamiento sería llamarnos la atención sobre la necesidad de poner apellidos a la noción de positivismo cada vez que la usemos en nuestro discurso: no sería correcto hablar de positivismo a secas, sino más bien de positivismo formalista, sociológico, ético, institucionalista, etc. O bien, directamente, quizá deberíamos prescindir de ella como etiqueta adecuada para catalogar autores y escuelas. En definitiva: si bien el fin de

⁴³ González Vicén, F.; “Entrevista con Felipe González Vicén”, preparada por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Doxa*, nº 3, 1986, p. 324.

⁴⁴ Bobbio, N.; “Hegel y el iusnaturalismo”, en AA. VV., *Estudios sobre la Filosofía del Derecho de Hegel*, ed. por Gabriel Amengual Coll, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 377-406.

esta visión paradigmática del positivismo tiende a privilegiar el enfoque sintético frente al analítico, buscando así una comprensión diacrónica y holística de la cuestión, esto no implica una pérdida absoluta de la precisión, sino más bien una llamada a la necesidad de distinguir con cuidado. Por otra parte, como acabamos de sugerir, una conclusión importante de este enfoque iría en la línea de relativizar los ardores de la discusión en torno al positivismo, constatando el carácter históricamente endémico de esta batalla, y animándonos a desembarazarnos del empleo indiscriminado de dicha rúbrica para todo.

En esta misma línea, es evidente que habría que introducir distinciones dentro del vasto arco del paradigma. En este sentido, conviene señalar que el modelo de Kuhn ha sido convenientemente reelaborado al intentar adaptarlo a las ciencias humanas (pues originalmente fue propuesto para las

ciencias como la química o la física)⁴⁵, y muy en especial para introducir la posibilidad de teorizar paradigmas dentro del paradigma. Esta es una contribución del teólogo Hans Küng, que propuso hablar de micro-paradigmas, meso-paradigmas y macro-paradigmas para explicar la historia de la teología⁴⁶. Usando este punto de vista en nuestro ámbito de manera algo más laxa, y hablando así de sub-paradigmas, también podrían proponerse distinciones internas dentro del paradigma positivista. Con carácter tentativo, podría diferenciarse una primera fase formalista, en la que se encontrarían –entre otros– las ideas del primer Jhering, Austin, Bentham o el legalismo (sub-paradigma formalista); una segunda fase sociologista, en la que podrían colocarse las ideas del segundo Jhering, el realismo jurídico y todos los

⁴⁵ Gómez Rodríguez, A., “T. S. Kuhn y las ciencias sociales”, *Éndoxa: Series Filosóficas*, nº 9, 1997, pp. 139-166. La bibliografía sobre la aplicación del modelo kuhniano a las ciencias sociales es inabarcable. Vid. Salcido Cañedo, P. y Zenses Eisenbach, C.; “Hemerografía: Kuhn y las ciencias sociales”, *Revista Acta Sociológica (versión electrónica)*, nº 19, enero-abril, 1997.

⁴⁶ Küng, H.; *Das Christentum: Wesen und Geschichte*, München, Piper Verlag, 2007, p. 125.

antiformalismos de primera mitad del siglo XX (sub-paradigma sociologista); y una tercera fase ética, en la que podrían ubicarse las teorías contemporáneas que tienden a subrayar la relevancia de los contenidos morales en la identificación del Derecho, sobre todo en el contexto del constitucionalismo (sub-paradigma constitucionalista).

Obviamente, esta división es meramente heurística y no debe tomarse como algo cerrado. Si así lo hiciéramos, nos veríamos constantemente abocados a situar cada autor y cada escuela en un compartimento estanco de manera artificial. Por otra parte, habría muchos autores que no encuentran una sencilla ubicación en ninguno de esos cajones predeterminados. El interés de la distinción reside sólo en ahondar en la importancia de la visión paradigmática del positivismo, sin que eso implique una pérdida absoluta de las distinciones analíticas entre teorías y corrientes diversas. Sea como sea, y a tenor de los testimonios presentados en la primera

parte de este artículo, parece osado presentar la crisis actual como una superación sin precedentes del mundo de ideas positivista. Dentro de la concepción holística que he sugerido, sería más oportuno percibirlo como una evolución interna dentro del paradigma, es decir, como una más de las tantas decantaciones que ha ido experimentando desde finales del siglo XVIII hasta mediados del siglo XX.

Y es que, a mi modo de ver, haría falta una crisis de mucho mayor calado para poder anunciar que los fundamentos del positivismo –tal como han sido presentados en la segunda y la tercera parte de este escrito– han sido subvertidos por completo. Desde luego, haría falta algo mucho más extraordinario que la aparición del constitucionalismo contemporáneo para ello: y es que, como ha argumentado Javier Ansuátegui, el Estado constitucional no es sino la profundización de principios ya inherentes al Estado de Derecho⁴⁷. Quizá

⁴⁷ Ansuátegui Roig, F. J.; *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los*

sí podrían identificarse otros fenómenos históricos de mucha mayor trascendencia para poder certificar la obsolescencia del positivismo, que enuncio aquí con un carácter meramente tentativo. 1) En primer lugar, la irrupción de cosmovisiones jurídicas no occidentales – para las que el iuspositivismo no ofrece un marco de ideas adecuado como teoría explicativa o legitimadora– en nuestro horizonte de pensamiento próximo⁴⁸. 2) En segundo lugar, la ruptura del pacto

derechos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 73-105.

⁴⁸ Vid. Losano, M. G.; “Entrevista a Mario Losano”, trad. de Manuel Atienza, *Doxa*, n° 28, 2005, pp. 369-403: “cuando me ocupo de problemas de las sociedades occidentales contemporáneas, practico un positivismo jurídico bastante estricto: para mí, es Derecho sólo el Derecho puesto *-positum-* del Estado, pero no otro sistema normativo aplicado en ciertos subsistemas de la sociedad. Las reglas de conducta social seguidas por los gitanos, por los socios del Rotary Club, por los Testigos de Jehová o por los que frecuentan la Biblioteca Nacional son para mí normas, pero no normas jurídicas: las estudio, por lo tanto, según un método también realista (antropológico o sociológico) y no según un método únicamente normativista. Mi positivismo se diluye aún más cuando, permaneciendo en el ámbito de los Derechos codificados, salgo de Europa y me ocupo de las sentencias alternativas que se refieren a los “Sin Tierra” del Brasil o a las sentencias del Tribunal Constitucional colombiano que reconocen el Derecho indígena como sistema normativo paralelo al Derecho estatal. Mi positivismo se disuelve casi del todo cuando me enfrento con el pluralismo judicial del Togo o el ordenamiento sociojurídico de los cheyennes” (p. 391).

entre Estado, Derecho y Sociedad, que permitió la aclimatación del positivismo a la problemática social surgida al amparo de la revolución industrial y prolongada durante la primera mitad del siglo XX. 3) En tercer lugar, y en estrecha conexión con esto último, la paulatina disolución del Estado como unidad política fundamental.

Ahora bien, antes que volver a caer en una logomaquia enloquecida, el objetivo de las páginas precedentes sería movernos al sosiego en relación con la discusión sobre el positivismo jurídico. La distinción de un gran paradigma positivista, y de paradigmas subalternos que se englobarían bajo un paraguas omnicompreensivo, puede tener cierto valor para la historia del pensamiento, pero no debe presentarse como una propuesta más de etiquetación en el seno de la discusión actual. De hecho, a mi modo de ver, las rúbricas y catalogaciones tienen un significado meramente instrumental: sirven para vislumbrar los perfiles de la realidad, en un juego dialéctico de espejos en el que

se generan facciones y contra-facciones en pugna recíproca, pero inmediatamente después anquilosan el intelecto y nos vuelven a ocultar la realidad profunda de las cosas. Ese es el sentido de la cita de Claudio Magris que encabezaba este artículo: “Es en las clasificaciones donde la vida revela su arrollador centelleo, en los protocolos que intentan catalogarla y ponen así en evidencia el irreductible residuo del misterio y del encanto”⁴⁹. Por eso, la presente investigación sobre el positivismo debería comprenderse de una forma más o menos similar al propósito manifestado por Ludwig Wittgenstein en su *Tractatus logico-philosophicus*: como una escalera de mano que, una vez utilizada para llegar hasta la cima desde donde otear el panorama con suficiente perspectiva, puede sin más arrojarse al vacío⁵⁰. Quizá sea ya hora, por tanto, de dedicar nuestros afanes a pensar

constructivamente en las cuestiones sobre las que nos interpela día a día la realidad, y abandonar discusiones que, afrontadas con estrechez de miras, no llevan sino a sumergir el pensamiento en un marasmo narcotizador.

⁴⁹ Magris, C.; *El Danubio*, trad. de Joaquín Jordá, Barcelona, Anagrama, 2001, p. 15.

⁵⁰ Wittgenstein, L.; *Tractatus Logico-Philosophicus*, proposición 6.54., trad. e introd. de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, ed. bilingüe alemán-español, Madrid, Alianza, 2000.

