

¿ESTAMOS ANTE UN CAMBIO DE PARADIGMA EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO? EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL*

Are we Facing a Change of Paradigm in Today's Legal Philosophy? Neo-constitutionalism and the Crisis of Social State

Luis M. Lloredo Alix**

RESUMEN: Uno de los temas clave de la filosofía jurídica contemporánea tiene que ver con el positivismo jurídico y su pretendida superación. Es común afirmar que, en el marco de los actuales Estados constitucionales, no tiene sentido seguir defendiendo el positivismo. Sin embargo, como se analizará aquí, el iuspositivismo ha sido una corriente contestada desde muy antiguo y conviene ser precavidos a la hora de afirmar que estamos ante un cambio de paradigma. Asimismo, se propondrá que determinadas orientaciones de la filosofía jurídico-política producida al hilo del llamado neoconstitucionalismo han surgido como consecuencia, muchas veces inconsciente, de la crisis del Estado social de derecho.

ABSTRACT: *One of the major issues of today's legal philosophy has to do with legal positivism and its pretended overcoming. Indeed, it is usual to claim that, in the frame of the constitutional state, it is meaningless to keep defending the legal positivism. Nonetheless, as it will be shown in this article, legal positivism has been criticized since its very origins and it is therefore advisable to be cautious, when we want to claim that we are facing a change of paradigm. It will also be argued that some trends of today's legal and political philosophy, mostly proposed as a reflection of the so called neo-constitutionalism, have grown as a consequence – frequently unconsciously– of the crisis of social state.*

PALABRAS CLAVE: Neoconstitucionalismo, Estado social, positivismo jurídico, filosofía del derecho, instrumentalismo.

KEY WORDS: *Neo-constitutionalism, Social State, legal positivism, philosophy of law, instrumentalism.*

Fecha de recepción: 1-11-2013

Fecha de aceptación: 22-12-2013

*A mi padre, Manolo Lloredo,
por sus pulgares, siempre levantados*

1. PUNTO DE PARTIDA: LA POLÉMICA ENTRE POSITIVISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO

Uno de los temas más recurrentes en la filosofía del Derecho de las últimas décadas es el de la muerte del iuspositivismo. Según muchos autores, la corriente que había dominado el pensamiento

* Este trabajo se ha realizado gracias al Proyecto Consolider-Ingenio 2010 "El tiempo de los derechos", CSD 2008-0000, y del Proyecto "Los Derechos Humanos en el S. XXI. Retos y desafíos del Estado de Derecho global" (DER 2011-25114).

** Luis M. Lloredo Alix es doctor en filosofía del derecho y profesor de la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: luislloredo@gmail.com

jurídico durante los dos últimos siglos –el positivismo– habría sido superada por otras tendencias de difícil encuadre y con poca homogeneidad interna, que algunos agrupan bajo la rúbrica de post-positivismo y que otros denominan neoconstitucionalismo¹. Si ya estos dos términos resultan enormemente polisémicos, no digamos de un apelativo tan vaporoso como el de no-positivismo, que ha sido utilizado a menudo por filósofos como Robert Alexy².

Ante semejante estado de cosas, la mayoría de los autores que se dedican a cultivar la filosofía jurídica se ha apresurado a posicionarse en la diatriba, pasando a atrincherarse en alguna de las dos facciones en liza. O bien del lado de los impenitentes defensores del positivismo jurídico, que oscilan entre la nostalgia y el hartazgo de verse siempre en el centro de la diana, o bien con los críticos del positivismo, que no terminan de decidirse respecto a qué actitud adoptar ante sus antagonistas: mientras que algunos tienden a tratar con altivez y condescendencia a los positivistas –a quienes seguramente conciben como autores trasnochados– otros parecen haberse instalado en la más sensata opción de la indiferencia, emulando a ese flemático gentleman que rehusaría empuñar un arma para inmiscuirse en rencillas infantiles.

Uno de los sectores que con más fuerza se ha alineado en la crítica contra el positivismo es el de las teorías neoconstitucionalistas, un filón de tendencias no siempre conciliables entre sí, que suelen enarbolar al menos alguna de las siguientes ideas:

1) El positivismo jurídico surgió al amparo del Estado de Derecho, como espejo intelectual de los cambios jurídico-políticos que éste trajo consigo, y necesariamente ha de morir con el advenimiento del Estado constitucional, donde la ley ha cedido su primacía normativa en favor de la Constitución y donde los derechos ocupan un lugar preponderante respecto al Derecho objetivo³.

2) El positivismo jurídico se obstinó en trazar una frontera infranqueable entre el Derecho y la moral, pero ésta se ha venido abajo gracias al empuje de los principios constitucionales y los

¹ La literatura en torno a esta polémica es verdaderamente inabarcable. A título de ejemplo pueden citarse las siguientes referencias: CALSAMIGLIA, Albert, "Postpositivismo", *Doxa*, 21, 1998, pp. 209-220; AGUILÓ REGLA, Josep, "Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras", *Doxa*, 30, 2007, pp. 665-675; POZZOLO, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001; SCHIAVELLO, Aldo, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart. Un'introduzione critica*, Giappichelli, Torino, 2004.

² Vid. ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, Karl Alber Verlag, Freiburg-München, 1994.

³ Vid. por ejemplo ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* [1992], trad. de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1995, pp. 21-45.

derechos fundamentales, que incorporan altas dosis de moralidad dentro del ordenamiento jurídico y que, por lo tanto, socavan la aparente pulcritud de la distinción entre ambas normativas⁴.

3) Mientras que el positivismo jurídico dio una visión del Derecho fuertemente asentada en la coacción estatal, hoy vemos que las normas tienen fuentes heterogéneas y que los conflictos jurídicos se dirimen a través de una argumentación entre diversos operadores jurídicos, más en forma de red que piramidal y más con base en las reglas del razonamiento moral que en mecanismos de subsunción lógica⁵.

4) La pretensión de asepsia científica del iuspositivismo, que con tanto esmero se empeñó en construir una teoría general y descriptiva del Derecho, ha de ser puesta en entredicho: es imposible ofrecer una noción científicamente pura del mismo, puesto que se encuentra transido por vectores ideológicos que nos impiden estudiarlo desde una plataforma externa y objetiva⁶.

Ya sea a través de una o de varias de estas consideraciones, buena parte de la doctrina parece haber encontrado el maná para sentenciar la muerte del positivismo. Del mismo modo, como fruto del ataque recibido, los positivistas se han enzarzado en una batalla interna por autodefinirse en una serie de tesis básicas, que quizás pretendían aprehender los fundamentos de esta corriente de pensamiento y así constituirse en un bastión unitario frente a las críticas del neoconstitucionalismo. Sin embargo, lo que ha ocurrido es más bien lo contrario, puesto que esa lucha por la autodefinición ha dado lugar a numerosas diferencias de criterio y ha terminado generando una logomaquia enormemente disgregadora. El resultado es que han aparecido distinciones y etiquetas por doquier y que se ha abierto una pugna interna por ver quién representa el punto de vista más ortodoxo dentro del positivismo⁷.

Así las cosas, los positivistas parecen estar atrapados en una espiral de rencillas domésticas y frecuentemente bizantinas, que no conducen sino a un debilitamiento de sus posiciones y al

⁴ Vid. por ejemplo DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* [1977], trad. de Marta Guastavino, pról. de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 2002, pp. 72-83, 209 y ss.

⁵ Vid. por ejemplo ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *El Derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional del Derecho*, 2ª ed., Civitas-Thomson/Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 51 y ss, 97 y ss.

⁶ Vid. por ejemplo HIERRO, Liborio, "¿Por qué ser positivista?", *Doxa*, 25, 2002, pp. 263-302. Debe apuntarse, no obstante, que Liborio Hierro sigue considerando valioso mantenerse en el iuspositivismo.

⁷ Vid. ESCUDERO, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 150-198.

oscurecimiento de problemas más generales y apremiantes a los que se debería dar respuesta. Por otra parte, como trataré de demostrar en estas páginas, los aspectos que se están discutiendo al hilo de la polémica entre neoconstitucionalistas y positivistas no son los problemas relevantes a los que deberíamos atender para analizar la crisis del paradigma. O dicho de otra forma: si es verdad que el positivismo jurídico está en crisis, no creo que sea por los argumentos que normalmente se escuchan desde las filas neoconstitucionalistas, sino por transformaciones ideológicas que intentaremos poner de manifiesto en la última parte de este artículo.

2. PRIMER FLASHBACK: LA LARGA DERIVA EXCLUYENTE DEL POSITIVISMO

Pese a lo aparentemente novedoso de los conflictos que acabamos de esbozar, la mirada del historiador nos recuerda que no es ésta la primera vez que se ha sentenciado la muerte del positivismo jurídico, ni tampoco la primera en que sus integrantes se han embarcado en luchas intestinas por ver quién representa la pureza doctrinal. La propia locución de iuspositivismo, como en su día señaló Olivecrona, fue creada como forma despectiva de referirse a una serie de autores a los que se acusaba de sostener una visión del Derecho cerril y obtusa⁸. En efecto, en opinión de los defensores del iusnaturalismo decimonónico o de ciertas modalidades de historicismo, **los "positivistas" habían dado lugar a una teoría jurídica roma y superficial**, puesto que desconsideraban la existencia de un Derecho por encima o más allá del Derecho positivo, reduciendo la experiencia jurídica a un cúmulo caótico de normas emanadas de la autoridad y desconectadas de la moral, la historia o la sociedad⁹.

Ahora bien, más allá de su origen terminológico, podría decirse que la historia del positivismo ha sido una historia de críticas y negaciones constantes, tanto por parte de aquellos que lo han atacado desde fuera (como los iusnaturalistas), como por parte de quienes lo han hecho desde el mismo interior del paradigma. Y es que, en efecto, el celo por definir el contenido esencial de la corriente ha llevado a muchos autores a censurar a sus predecesores por no haber sido suficientemente positivistas, por haberlo sido de forma superficial o por no haberlo sido en absoluto. Criticar el legado de los antecesores no es una novedad en la historia del pensamiento, sino

⁸ OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, 1ª ed., trad. de Luis López Guerra, Editorial Labor, 1980, p. 51.

⁹ Vid. por ejemplo GIERKE, Otto von, *Naturrecht und Deutsches Recht. Rede zum Antritt des Rektorats der Universität Breslau*, Literarische Anstalt Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1883, pp. 11 y ss; ID., *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, Buchdruckerei von Gustav Schade, Berlin, 1903, p. 34.

más bien su dinámica habitual. Lo que hace especial al caso del positivismo es el hecho de que tantos autores se hayan afanado en negar a los juristas precedentes la propia cualidad de positivistas. Samuel Pufendorf, por ejemplo, criticó en muchos aspectos el pensamiento de Grocio, pero nunca se le ocurrió decir que Grocio en realidad no era iusnaturalista. Hegel criticó las obras de Schelling y de Fichte, pero tampoco pensó que éstos fueran insuficientemente idealistas. Sin embargo, como enseguida veremos, esto es algo que sí ha ocurrido a menudo en la historia del positivismo jurídico.

El primer exabrupto contra el positivismo que he podido encontrar data de 1868, precisamente en un escrito de uno de los juristas que hoy tendemos a considerar como arquetipo del positivista decimonónico: Rudolf von Jhering. En una conferencia que el gran jurista alemán pronunció con motivo de su llegada a la Universidad de Viena, éste arremetió contra la manera de educar a los estudiantes de Derecho, a quienes sólo se instruía en el contenido literal de las leyes, olvidando así la dimensión humanística del Derecho, su vinculación con la historia o la filosofía y su imprescindible función crítica. En su opinión, esto estaba propiciando la conversión de los juristas en meros engranajes del sistema, sin conciencia y sin la flexibilidad necesaria para reaccionar activamente ante la norma, o bien para interpretarla de forma autónoma o bien para criticarla. Y todo ello, pensaba Jhering, era consecuencia del **iuspositivismo, al que llega a calificar como "enemigo mortal de la ciencia jurídica"**¹⁰.

En realidad, como se desprende del conjunto del texto y de los argumentos que esgrime para contrarrestar la perniciosa tendencia citada, Jhering se estaba refiriendo al legalismo, que no es en absoluto la única variante posible dentro del positivismo. De hecho, pese a que existe un cierto debate entre los estudiosos de su obra¹¹, hay buenas razones para considerar a Jhering como uno de los positivistas clásicos del siglo XIX: partidario de definir el Derecho a través de la coacción, entusiasta a la hora de aplicar el método de las

¹⁰ JHERING, Rudolf von, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?* [1868], hrsg. und mit einer Einf. von Okko Behrends, Wallstein Verlag, Göttingen, 1998, pp. 50-55.

¹¹ Vid. PLEISTER, Wolfgang, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, Rolf Gremer, Ebelsbach, 1982, pp. 1-12; DREIER, Ralf, "Jherings Rechtstheorie – eine Theorie evolutionärer Rechtsvernunft", en AA. VV., *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken*, hrsg. von Okko Behrends, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1993, pp. 111-129; BEHREND, Okko, "War Jhering ein Rechtspositivist? – Eine Antwort auf Ralf Dreiers Frage", en AA. VV., *Jherings Rechtsdenken. Theorie und Pragmatik im Dienste evolutionärer Rechtsethik*, hrsg. von Okko Behrends, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1996, pp. 235-254; SUMMERS, Robert S., "Ralf Dreier, Rudolf von Jhering and Non-Positivism", en AA. VV., *Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*, hrsg. von Robert Alexy, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, pp. 127-140.

ciencias naturales a la ciencia del Derecho, crítico con el iusnaturalismo, defensor del Estado como única fuente de normas jurídicas... **Todos estos son rasgos que le sitúan en el** seno del paradigma positivista: un positivista ilustrado, culto y lleno de sentido humanístico, pero positivista al fin y al cabo. Y es que, pese a la equiparación vulgar entre legalismo y positivismo, éste último es mucho más amplio y polifacético de lo que a veces se tiende a pensar.

Sea como sea, la mayoría de los autores no dudaría en calificar a Jhering como positivista. La mayoría, pero no todos. De hecho, el primer embate no tardaría mucho en aparecer, pues el mismo Kelsen, en su escrito de habilitación de 1911, elaboró una dura crítica contra Jhering, cuya teoría del derecho subjetivo estimaba en plena consonancia con las del Derecho natural racionalista. En su opinión, Jhering se había obnubilado por querer encontrar un fundamento material al derecho subjetivo, algo que fuera más allá de la mera protección formal brindada por una norma jurídica. Esa obsesión le había llevado a introducir el concepto de interés como núcleo del derecho subjetivo, de donde se derivaba su célebre idea de que los derechos son intereses jurídicamente protegidos. Sin embargo, pensaba Kelsen, con esa obcecación por encontrar una sustancia, esencia o materia de los derechos, su antecesor había vuelto a incurrir en el eterno error del iusnaturalismo: querer ver algo más allá de la norma jurídica, algo que trascendiera la visión exclusivamente formal del Derecho. Y así, sin querer, Jhering había contribuido a prolongar el pensamiento iusnaturalista. Una prolongación que, por cierto, afectaba a otros autores como Windscheid o Jellinek¹², a los que también solemos concebir como representantes del positivismo.

Aquí quizá podríamos **pararnos y decir: "de acuerdo, quizá** Kelsen estaba en lo cierto; después de todo él es el representante más arquetípico del positivismo jurídico, su cumbre más acabada. Así que, tal vez, lo que hubo antes no fueron sino torpes intentos por desembarazarse del iusnaturalismo, sucedáneos del Derecho natural **que sólo con el austriaco logran ser expurgados por completo".** Pero las cosas no son tan simples. Y es que, no muchos años más tarde, otro representante típico del positivismo, el danés Alf Ross, acusaría **a Kelsen de haber sido sólo un "cuasi-positivista"**¹³. En opinión de

¹² KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze)*, Neudr. der 2. Aufl. [1923], Scientia Verlag, Darmstadt, 1984, pp. 567-618.

¹³ ROSS, Alf, "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, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 361-382, en particular 375 y ss.

Ross, más influido que su colega por ideas de estirpe anglosajona, Kelsen había descuidado el atributo que verdaderamente caracteriza a toda apuesta positivista: el empirismo. En su afán por delinear una teoría pura del Derecho, Kelsen había terminado construyendo una concepción excesivamente formal del fenómeno jurídico, que sólo se apoyaba sobre sí misma y que no encontraba refrendo en la experiencia cotidiana de los operadores jurídicos. En opinión de Ross, sólo si se intentaba naturalizar la ciencia del Derecho, tomándolo como un hecho a investigar de forma empírica, podía forjarse una auténtica teoría iuspositivista.

Esta crítica de corte empirista es la misma que tuvo que sufrir otro representante característico del positivismo decimonónico, Carl Bergbohm, en quien se ha solido ver el ejemplo más recalcitrante de legalismo germano. Bergbohm, que en su día también llegó a denunciar las teorías de Jhering, Rümelin y otros como casos de iusnaturalismo encubierto¹⁴, tuvo que recibir un contraataque semejante al que hemos visto con Kelsen y Ross. Y es que muchos años más tarde, en el último cuarto del siglo XX, un estudioso del iuspositivismo, Dietrich Tripp, se atrevió a colocar a Bergbohm fuera del paradigma positivista. Lo hizo, además, incluyéndolo junto a Jhering entre aquellos autores que no habían prestado suficiente atención al enfoque empírico¹⁵. Ironías del destino aparte, he aquí un nuevo ejemplo de cómo el paradigma positivista se ha contraído y ensanchado en función de las ideas de cada autor, y de cómo muchos de sus representantes se han afanado en trazar líneas de demarcación cada vez más exclusivas, guardándose para sí mismos el apelativo de positivistas y denegando la carta de naturaleza a muchos de sus colegas, tanto pasados como presentes.

El último acto de esta suerte de cainismo, que parece lastrar de forma estructural al positivismo, lo tenemos con la aparición de las facciones incluyente y excluyente. No en vano, muchos de los autores que se ubican a sí mismos entre las filas del positivismo jurídico excluyente sostienen que sus colegas incluyentes no serían sino iusnaturalistas bajo nuevos ropajes: al obstinarse en diluir la férrea distinción entre Derecho y moral, incorporando a esta última como parte de los criterios de validez jurídica, no estarían sino claudicando ante los ataques que realizó Dworkin a Hart. Desde el punto de vista de los positivistas excluyentes, si se afirma que la moral se ha incorporado al Derecho como criterio de validez de las normas jurídicas, se está diciendo a la vez que existe una moral objetiva,

¹⁴ BERGBOHM, Carl, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Kritische Abhandlungen, 1 Bd., Leipzig, Duncker & Humblot, 1892, pp. 454-456.

¹⁵ TRIPP, Dietrich, *Der Einfluß des naturwissenschaftlichen, philosophischen und historischen Positivismus auf die deutsche Rechtslehre im 19. Jahrhundert*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983, pp. 257-286.

independiente de las creencias de cada operador jurídico concreto. Y esa conclusión, en opinión de juristas como Joseph Raz, desemboca directamente en ideas clásicas del Derecho natural¹⁶.

3. SEGUNDO FLASHBACK: MUERTES Y RESURRECCIONES DEL POSITIVISMO

Hasta aquí los ejemplos para ver cómo los positivistas han mantenido una difícil relación con sus predecesores históricos, al intentar demarcar su redil cada vez con más exclusividad. Sin embargo, las críticas se han producido también desde fuera, y no sólo con la finalidad de negar la pertenencia de tal autor o escuela al paradigma. También desde los primeros compases del positivismo ha sido común sentenciar la inminencia de su muerte y la correlativa superación de sus planteamientos. Este es el caso del escrito de Otto von Gierke ya citado, de 1883, en el que el autor alemán anunció la superación del iuspositivismo a manos del historicismo jurídico, una corriente que quiso ver como alternativa triunfante a la dualidad iusnaturalismo-positivismo¹⁷. Sin embargo, como ya sabemos hoy, nada más lejos de la realidad: no sólo sobrevivió al embate planteado por el historicismo, sino que terminó aglutinándolo en su seno. Y es que, de alguna manera, uno de los pilares constitutivos del positivismo jurídico fue el reconocimiento de la insoslayable historicidad del Derecho.

Bastantes años después, superada la primera oleada del positivismo –me refiero con esto a la generación de Bentham, Austin, Jhering, Windscheid y a los autores de la escuela de la exégesis francesa– las corrientes antiformalistas de principios del siglo XX volvieron a anunciar la muerte del positivismo. Es así como Hermann Kantorowicz, por ejemplo, arremetió contra el dogmatismo de los positivistas decimonónicos y pretendió resucitar la idea del Derecho natural. En su opinión, la nueva ciencia del Derecho debía ser realista, sociológica y libre del condicionamiento absoluto a la ley –al **“fanatismo de la literalidad”**, como lo llamó Jhering en una ocasión–¹⁸. Y eso, pensaba Kantorowicz, era una nueva forma de reivindicar el iusnaturalismo¹⁹. Lo mismo puede decirse de otro de los antiformalistas históricos, François Gény. Su propuesta de la *libre*

¹⁶ Vid. por ejemplo JIMÉNEZ CANO, Roberto, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 221-247.

¹⁷ GIERKE, Otto von, *Naturrecht und Deutsches Recht*, cit., pp. 11-15.

¹⁸ JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe” [1857], en *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I, Scientia Verlag, Aalen, 1981, p. 26.

¹⁹ KANTOROWICZ, Hermann (Gnaeus Flavius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Carl Winter’s Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1906.

investigación científica también iba en la línea de criticar el dogmatismo decimonónico, puesto que, a su modo de ver, la interpretación jurídica era un proceso mucho más creativo de lo que pretendía la teoría mecanicista del positivismo formalista, una actividad que iba mucho más allá de la fría y acartonada letra de la ley. De manera que, a su juicio, era necesario regresar a ciertas ideas del Derecho natural²⁰.

Con la perspectiva actual, resulta difícil creer que las apuestas de Kantorowicz, Géný, Ehrlich, Pound o Heck –entre muchos otros críticos del formalismo– fueran iusnaturalistas. Desde luego, inauguraron una nueva manera de entender el Derecho, llamando la atención sobre su dimensión **social** y rebajando la importancia de sus rasgos **formales**, poniendo énfasis en su **función** y diluyendo la relevancia de su **estructura**. En definitiva, apostaron por una visión del Derecho más realista y apegada a la praxis cotidiana de los operadores jurídicos: el *law in action* de Pound, el **Derecho vivo** de Ehrlich o la **jurisprudencia de intereses** de Heck son diversas manifestaciones de una misma inquietud por sociologizar el pensamiento jurídico. Pero esto, lejos de dinamitar el iuspositivismo, lo que hizo fue abrirle nuevas sendas²¹. No en vano, tanto el realismo jurídico americano, como Alf Ross o Herbert Hart, caminaron hacia una comprensión más socializante del Derecho: aunque cada uno desde su propio prisma y en grados muy diversos, todos concordaban en reinventar el positivismo en una clave más social que la del formalismo decimonónico.

Así pues, tampoco este nuevo embate pudo laminar la vigencia del positivismo jurídico. De hecho, contribuyó a señalarle nuevas fuentes y perspectivas para renovarse, en un contexto en que el mismo Derecho positivo estaba abandonando los moldes del siglo XIX. De un Derecho fuertemente asentado en los dogmas del individualismo, en nociones como la autonomía de la voluntad, la propiedad individual y el abstencionismo generalizado de los poderes públicos, la primera mitad del XX asistió a un lento proceso de socialización del Derecho. Fue así como aparecieron la teoría social de la propiedad, las primeras legislaciones laborales o la doctrina de los derechos público-subjetivos. En estas circunstancias es donde surgen las filosofías jurídicas antiformalistas, que de algún modo acompañaron a este proceso en el ámbito de las ideas: lo que fue la socialización del Derecho en el nivel político-legislativo, lo fueron las

²⁰ GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* [1899], 2^{ème} édition revue et mise au courant précédé d'un préface de Raymond Saleilles, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1954, pp. 8 y ss.

²¹ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, "La teoría del derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke, en *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de la Laguna, Tenerife, 1979, pp. 259-260.

teorías sociológicas en el plano intelectual²². Poco a poco, por lo tanto, se fue allanando el camino a lo que después sería el Estado social, una evolución jurídico-política que se abre paso después de la segunda guerra mundial, pero que se venía larvando desde finales del XIX y principios del XX. No en vano, desde el utilitarismo anglosajón hasta el eudemonismo germano, pasando por el clásico estatalismo francés, los juristas europeos venían proponiendo una reformulación del Estado en términos sociales²³.

El positivismo jurídico que surge a resultas de estas mutaciones, aun de manera inconsciente –la ideología siempre es sigilosa– es un positivismo reinventado a tenor de la nueva coyuntura política. Se trata de un positivismo sensible a lo social, que concibe el Derecho en términos pragmáticos y no sólo científicos, que gira decididamente hacia el instrumentalismo y abandona las regiones de la teoría general del Derecho. Se trata de una tensión estructural al positivismo del siglo XX, pero ya presente en una figura paradigmática del XIX: Rudolf von Jhering. El Jhering de la primera etapa es un autor positivista-formalista que trata de diseñar una teoría general del Derecho, es decir, un armazón de conceptos fundamentales que describan las características que todo Derecho debería poseer para ser considerado como tal²⁴. El segundo Jhering, en cambio, es un positivista-sociologista desengañado respecto a las posibilidades de la teoría general del Derecho, entusiasmado por nuevas disciplinas como la sociología y consciente de la necesaria imbricación de ésta con la ciencia jurídica. Lo esencial ya no es encontrar un elenco de conceptos jurídicos universales, sino estudiar el Derecho en su contacto con la praxis, en sus fines, sus funciones y sus fricciones con la sociedad. De acuerdo con el segundo Jhering, ésta es la única forma de acercarnos a comprender algo del fenómeno jurídico: el Derecho es, lisa y llanamente, un instrumento contingente, variable según el tiempo, el espacio y la cultura, que sirve para alcanzar metas políticas y para satisfacer necesidades sociales²⁵.

Este positivismo instrumentalista, que encontramos en teóricos del Estado social como Hermann Heller, triunfará a lo largo de la

²² Vid. WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, pp. pp. 430 y ss.; 564 y ss.

²³ Vid. GUTMANN, Thomas, "Paternalismus – eine Tradition deutschen Rechtsdenkens?", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung)*, n° 122, 2005, pp. 150-194.

²⁴ JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Bd. II-2, Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1854, pp. 334-352.

²⁵ JHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht I* [1877], hrsg. von Christian Helfer, Georg Olms Verlag, Breitkopf & Härtel, Wiesbaden, 1970, pp. 340-348.

primera mitad del XX y en las décadas posteriores a la segunda guerra mundial. Se trata de una asimilación de las críticas del antiformalismo que instaura una tensión fundamental en el seno del propio positivismo: la que divide a los partidarios del formalismo y los defensores del sociologismo. Podría decirse, en efecto, que todas las teorías iuspositivistas del siglo XX se han colocado en algún lugar intermedio entre estos dos polos, más cerca o más lejos de cualquiera de ambos, pero siempre inscritas en ese diagrama fundamental. Además, se trata de una tensión que en cierto modo socava una de las ideas básicas que contribuyeron al nacimiento del positivismo jurídico: la sacralidad de la ley, cristalizada en instituciones tan nucleares para el Estado de Derecho como el imperio de la ley y la separación de poderes²⁶. El instrumentalismo, en efecto, implicaba un posicionamiento favorable a la utilización de la ley como cauce maleable de transformación social. Esto no era sino una consecuencia de la secularización del pensamiento jurídico, que dejaba de ver en la ley algo sagrado, infalible y permanente como las leyes de la física (tal y como había sido teorizada por los ilustrados y los codificadores del XIX)²⁷. Obviamente, se trataba de una consecuencia positiva para el desarrollo de una cultura jurídica laica, democrática y abierta, pero también acarreaba algunos riesgos. Y es que la concepción instrumental del Derecho propició una relajación de la rigidez del imperio de la ley, una relajación que sentó las bases del activismo legislativo indispensable para la génesis del Estado social, pero que también dio pie a esa legislación motorizada de la que nos hablaba un jurista nazi como Carl Schmitt. De hecho, no es casual la espléndida relación que éste mantuvo con un teórico del Estado social como Ernst Forsthoff²⁸.

En la misma clave ha de verse la paulatina relativización de la separación de poderes: no por casualidad, Elías Díaz ha preferido reformularla como distribución de poderes, un concepto que sigue valorando la importancia de fragmentar las tareas del Estado entre diversas instancias, pero que es consciente de su necesaria imbricación en el contexto de un Estado socialmente proactivo²⁹. O dicho de otra manera, en un Estado donde la ley ya no es la versión positivizada del Derecho natural, sino una llave de la acción política, es decir, un instrumento que puede ser modificado en función de las necesidades sociales. Por expresarlo con una especie de esquema,

²⁶ Vid. BULYGIN, Eugenio, *El positivismo jurídico*, Fontamara, 2006, pp. 62-71.

²⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución francesa y Administración contemporánea (Y la formación del sistema municipal francés contemporáneo)*, Taurus, Madrid, 1981, pp. 13-26.

²⁸ Vid. SOSA WAGNER, Ernesto, *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff. Coincidencias y confidencias*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

²⁹ DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 2ª ed., 1969, pp. 32-33.

podría decirse que el positivismo jurídico ha experimentado diferentes fases desde su origen, en el siglo XIX, cada una de ellas caracterizada por distintas maneras de percibir aquello con lo que se relaciona preferentemente el Derecho. Si el positivismo formalista establecía un vínculo directo entre el Derecho y el poder, sustituyendo la tradicional relación entre Derecho y moral del iusnaturalismo³⁰, el positivismo sociologista del XX se empeñó en reemplazar ambas dicotomías por la de Derecho y sociedad.

Más allá de la crisis que sufrió el positivismo tras las críticas antiformalistas, es posible registrar algún intento más de decretar su muerte en el siglo XX. Me refiero a las críticas de algunos autores o escuelas pretendidamente iusnaturalistas que, poniendo el acento en la noción de justicia, han reclamado el regreso al vínculo perdido entre el Derecho y la moral. En esta línea se encontrarían las reivindicaciones de un autor como Rudolf Stammler, que se empeñó en repensar la dimensión axiológica de la experiencia jurídica. A su juicio, la pregunta por la justicia había quedado oscurecida por el énfasis exacerbado en la historicidad y la socialidad del Derecho, una deriva que tenía que ser corregida en aras de la moralidad³¹. En una línea parecida se encontraría la reacción del Radbruch de posguerra, que también quiso restablecer la importancia de la moral en la reflexión iusfilosófica. En su opinión, el arrinconamiento del vínculo entre Derecho y moral estaba en la raíz de la crisis sufrida por Europa después de las aberraciones del nazismo³². Estos y otros casos, que ya desde mediados de los años 20 movieron a pensar en los **"renacimientos" y los "retornos" del Derecho natural**³³, pusieron de nuevo en la picota a las ideas positivistas.

No obstante, pese a las manifestaciones atractivas y los propósitos elogiados de todos estos autores, es difícil hablar de ellos como iusnaturalistas. El caso de Stammler, que es paradigmático al respecto, no puede ser más revelador. Es cierto que en su obra hay un ferviente interés por restaurar los lazos de la filosofía jurídica con la moral y que puso todas sus fuerzas en pensar sobre la universalidad que hay más allá de las normas positivas de cada país. Sin embargo, en ningún momento volvió a apelar a un Derecho por

³⁰ Vid. PECES-BARBA, Gregorio, *Diez lecciones sobre ética, poder y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 20 y ss.

³¹ STAMMLER, Rudolf, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1922, pp. 15 y ss.

³² RADBRUCH, Gustav, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en ID., *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl., hrsg. von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, K. F. Koehler, Stuttgart, 1973, pp. 339-350.

³³ Vid. ROMMEN, Heinrich, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 2. Aufl., Hegner Bücherei, München, 1947; vid. también CHARMONT, Philip, *La renaissance du droit naturel*, 2^{ème} éd., préface de Gaston Morin, Librairie de Jurisprudence ancienne et moderne Edouard Duchemin, Paris, 1927.

encima del Derecho positivo, de corte natural o divino, sino que trató de hallar ese momento de universalidad mediante el método trascendental kantiano: aislando aquellos rasgos invariables que hacen que el Derecho sea Derecho, y que se encuentran como un a priori en nuestra conciencia jurídica³⁴. Pero este propósito de hallar la universalidad es el mismo que tenía la teoría general del Derecho positivista, y que se explica como reacción ante el fin del Derecho natural: una vez que se dejó de creer en la existencia de un conjunto de normas absolutas y atemporales, los juristas intentaron reformular la generalidad y la universalidad del Derecho a través de otras vías. Algunos trataron de hacerlo a través de la antropología y la sociología, cotejando las diversas experiencias jurídicas conocidas y aislando aquellas características que parecían repetirse sin excepciones en todos los ordenamientos, mientras que otros, como Stammler, se sirvieron del método de análisis kantiano³⁵.

En general, podría decirse lo mismo respecto de la mayoría de las tentativas por rehabilitar el Derecho natural a lo largo del siglo XX. A excepción del iusnaturalismo tomista de la Iglesia católica, que se sigue amparando en reivindicaciones acientíficas y atávicas de un Derecho sancionado por la autoridad divina, ningún autor serio reclama la existencia de un Derecho natural que determine al Derecho positivo. Lo máximo que podrá encontrarse son intentos por reflexionar en clave ética y moral sobre el Derecho justo, sobre el deber ser del Derecho o sobre lo universal en el Derecho. Pero la mayoría de estas tendencias, cuando no todas, se hacen partiendo de la constatación de que el Derecho es inevitablemente histórico y contingente, determinado por factores sociales y culturales, variable en el tiempo y el espacio, e incomprensible en clave trascendental. Así es como se explica el aparente iusnaturalismo de Lon L. Fuller, **cuya "moral interna del derecho" no era** sino un conjunto de valores derivados de ciertas características formales y procedimentales del Derecho, que provocan que éste otorgue seguridad e incorpore ciertas dosis de justicia: entre otros, el hecho de que las normas estén escritas, sean claras y estén publicadas³⁶. Incluso el pensamiento de John Finnis, que suele citarse como ejemplo de neiusnaturalismo, parte de la ineludible positividad del Derecho: por mucho que podamos identificar una serie de preceptos naturales que

³⁴ Vid. FALZEA, Angelo, *Introduzione alle scienze giuridiche. Parte prima. Il concetto di diritto*, 4ª ed. riveduta, Giuffrè, Milano, 1992, cit., pp. 66-69.

³⁵ STAMMLER, Rudolf, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 7-8 y 51. Vid. también GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, "El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea", en ID., *Estudios de filosofía del Derecho*, cit., p. 137.

³⁶ Vid. FULLER, Lon L., "Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, 71, 1958, pp. 630-672.

deberían guiar a nuestros ordenamientos jurídicos, el Derecho seguirá siendo Derecho si ha sido válidamente promulgado³⁷.

4. REGRESO AL PUNTO DE PARTIDA: ¿HA MUERTO POR FIN EL POSITIVISMO?

Así las cosas, estamos ya en condiciones de regresar a nuestro punto de partida, a saber, la polémica que hoy divide a positivistas y neconstitucionalistas. A tenor de lo que se ha visto en los dos flashbacks anteriores, parece que se trataría una vez más de lo mismo: otra pretendida muerte del positivismo jurídico, en esta ocasión a manos del neoconstitucionalismo, y un nuevo filón de guerras intestinas, que ahora enfrentan a los positivistas excluyentes con los incluyentes. La crítica neoconstitucionalista tiene que ver con tres fenómenos correlativos: 1) la aparición de constituciones cada vez más rígidas, en las que se establecen mecanismos de reforma agravados y excepcionales, con sistemas de control de la constitucionalidad rigurosos; 2) la paralela penetración de la moral en el ordenamiento jurídico, ya que estas constituciones incorporan multitud de cláusulas con contenido moral (desde derechos fundamentales a principios como el de la dignidad), pero con validez jurídica vinculante; y 3) la concomitante conversión del científico del Derecho en un personaje comprometido, que no se puede limitar a la mera descripción del Derecho, sino que está obligado a moldearlo y transformarlo conforme a esa cultura de la moral incorporada al Derecho³⁸.

En este contexto, la pregunta sería la siguiente: ¿el positivismo jurídico ha sido superado por fin con estas tesis? En mi opinión, no creo que pueda decretarse la muerte del positivismo por las tres razones enunciadas. En primer lugar, porque lo visto en los anteriores epígrafes me hace ser precavido respecto a este tipo de proclamas. De algún modo, me ocurre lo que a los habitantes de la villa en la fábula del pastor, el lobo y las ovejas: después de haberse anunciado la muerte del positivismo en tantas ocasiones sin que ésta haya tenido lugar, resulta difícil creer que esta vez sea verdad. Más bien tiendo a pensar que el neoconstitucionalismo es una continuación del iuspositivismo en nuevos términos, una de las vías de desarrollo que potencialmente latían en sus venas. Después de todo, como nos indica su prefijo, el neoconstitucionalismo es una revitalización de

³⁷ Vid. ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 304-305.

³⁸ Vid. el amistoso e interesante debate entre Pierluigi Chiassoni y Manuel Atienza: ATIENZA, Manuel y CHIASSONI, Pierluigi, "Debate sobre el positivismo jurídico. Un intercambio epistolar. Con un comentario de Álvaro Núñez Vaquero", *Analisi e Diritto*, 2010, pp. 289-318.

algunas de las ideas que ya alimentaron la génesis de las primeras constituciones –en el sentido moderno del término– y, por lo tanto, de las ideas que también contribuyeron a la aparición del iuspositivismo.

El constitucionalismo, en efecto, no es sino una reformulación del imperio de la ley, una forma de volver a sacralizar la ley en el contexto de una cultura dominada por el instrumentalismo. En este sentido, no sería más que una reorientación del positivismo hacia el otro polo de la tensión enunciada en el anterior epígrafe: desde un positivismo instrumentalista, que establecía una dualidad fundamental entre Derecho y sociedad y que concebía la ley como herramienta maleable para la acción social, a un positivismo principialista, que trata de regresar a la original rigidez del imperio de la ley y que intenta restablecer la dualidad entre Derecho y moral. Ahora bien, lejos de hacerlo con la perspectiva tradicional del iusnaturalismo, esta relación con la moral se plantea desde el mismo Derecho positivo, como un fenómeno que surge de las mismas entrañas del ordenamiento jurídico. Nótese que la aportación teórica de Ronald Dworkin, a quien se debe el primer embate serio contra el positivismo instrumentalista, se hace a través de la distinción entre dos clases de normas: las normas-regla, que a su juicio eran las únicas tenidas en cuenta por el positivismo, y las normas-principio, que en su opinión habían sido totalmente desconsideradas³⁹. Lo que me interesa recalcar aquí es que en ambos casos se trataba de normas jurídicas, establecidas en textos legales y vinculantes para los operadores jurídicos. Es decir, que la crítica contra el positivismo se realizaba desde la consciencia de la inevitable positividad del Derecho.

Esto, a mi modo de ver, difícilmente puede calificarse de antipositivismo o de no positivismo. Desde el momento en que la consciencia de la historicidad y la positividad del Derecho se han instalado como presupuesto irrenunciable de la reflexión jurídica, no hay más remedio que reconocer que estamos inmersos en una cosmovisión positivista. Por lo que respecta al énfasis de estas corrientes en la moral, en la convicción de que los textos jurídicos contemporáneos están preñados de moralidad, no creo que pueda ser esgrimido para desbancar las tesis positivistas. La moral, en efecto, ha estado presente en el Derecho desde el inicio de los tiempos, y por cierto en cantidad no desdeñable. Cualquier Derecho incluye un punto de vista sobre la moral y cualquier norma jurídica lleva aparejadas dimensiones morales, a veces explícitas y a veces implícitas. Incluso en épocas anteriores al constitucionalismo moderno, los textos

³⁹ Vid. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., pp. 72 y ss.

legales estaban repletos de cláusulas morales⁴⁰. Todo esto no es nuevo. Lo que es nuevo es la percepción que los juristas tienen al respecto. Si en el marco del positivismo formalista y del positivismo sociologista esto estaba oscurecido por atender otros aspectos –el poder y la sociedad– ahora el foco se pone en la moral. Pero fundamentalmente es el observador quien ha cambiado, no el objeto a observar.

La reacción contra el instrumentalismo y el correlativo cambio de percepción se produjeron en un contexto ideológico concreto, que explica la transformación producida y el sustrato ideológico en el que nos hallamos. Lejos de comenzar con la aparición de los Estados constitucionales tras la segunda guerra mundial –que incorporan catálogos de derechos fundamentales– se trata de un proceso que arranca en los años 70 del siglo XX, justo en el marco de la crisis del Estado social. La primera edición de *Los derechos en serio* de Dworkin data de 1977, en un clima presidido por dificultades económicas internacionales y por el repliegue del pacto keynesiano entre trabajo y capital, un pacto que había fundamentado el Estado del bienestar de posguerra. Es muy significativo que casi coincida en fechas con otro trabajo esencial para la filosofía política del último tercio del XX, la *Teoría de la justicia* de John Rawls (1971). Se trata de dos obras que, desde posiciones políticas de izquierda, partían de la crítica al utilitarismo, una corriente que había dominado en el mundo anglosajón hasta esos años⁴¹. Y resulta especialmente interesante si lo cotejamos con otra obra del mismo periodo, esta vez desde la derecha, que también ponía la diana en las corrientes utilitaristas: *Derecho, legislación y libertad* de Friedrich Hayek (1973)⁴².

Así pues, tanto desde la filosofía política como desde la filosofía del Derecho y desde la teoría económica, los principios del utilitarismo parecían estar en el centro de todas las críticas. Por lo que afecta al objeto de este artículo, es muy revelador constatar que este ataque se cernía sobre la noción instrumentalista del fenómeno jurídico, que en buena medida había sido teorizada por el utilitarismo. Dworkin seleccionó a Bentham como blanco de sus críticas, Rawls lo haría con Sidgwick, mientras que Hayek puso en Jhering el objeto de su ataque. Para todos ellos era necesaria una restauración del Estado

⁴⁰ Vid. JIMÉNEZ CANO, Roberto, "La interpretación de las cláusulas morales del derecho", en AA. VV., *Interpretación jurídica. Modelos históricos y realidades*, coord. por José Ramón Narvárez y Javier Espinoza de los Monteros, UNAM, México, 2011, pp. 215-239.

⁴¹ Vid. RAWLS, John, *A Theory of Justice* [1971], Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts) and London (England), 2005, pp. VII-VIII y 22-27.

⁴² Vid. HAYEK, Friedrich, *Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy* (vol. 1 – Rules and Order) [1973], Routledge, London, 1993, pp. 112-115.

de Derecho tradicional, donde la ley se concebía como norma general, abstracta y poco amiga del traqueteo característico del Estado social, con un cierto espíritu de sacralidad y como barrera frente a la política: en lugar de ser una herramienta en manos del poder, debía volver a conceptualizarse como su frontera; no como un medio, sino como un fin en sí misma⁴³. Esta reorientación de la teoría servía a fines distintos en estos autores, puesto que cada uno de ellos estaba motivado por intereses políticos diversos: mientras que Hayek realizó su crítica como defensa del liberalismo y crítica del totalitarismo, Dworkin lo hizo pensando en diseñar una teoría fuerte de los derechos fundamentales. Sin embargo, los tres compartían un sustrato ideológico profundo, que hundía sus raíces en la crisis del Estado del bienestar, pero que no pudo ser percibido como tal por los propios contemporáneos. Y es que la ideología, como casi siempre ocurre, se coló sin avisar y sin pedir permiso.

Las consecuencias para la filosofía del Derecho ya las conocemos. A partir de la crítica de Dworkin se produjo una cascada bibliográfica que empezó a laminar las ideas del positivismo sociologista e instrumentalista, reubicando el punto de atención en las relaciones del Derecho con la moral. Y todo ello, como acabo de sugerir, en paralelo a la derrota del Estado social. Desde luego, no hay una relación de causa-efecto entre los dos fenómenos, pero sí una correlación indirecta. Como todos los procesos ideológicos, ha sucedido sin que apenas podamos percibirlo, de forma sutil e inadvertida, filtrándose en comportamientos, lenguaje, modas y detalles que, tomados por sí solos, no significan nada. Pero tomados en su conjunto, con la perspectiva que otorgan los años, el mapa de la transición paradigmática puede trazarse con cierta solvencia: en un contexto en el que el Estado ha ido perdiendo su capacidad para ejercer como agente de transformación y de progreso social, en el que los entes de poder se han ido multiplicando por arriba y por abajo⁴⁴, parece inevitable el refugio en la moral. Tampoco es casual, en este sentido, que haya sido a partir de dicha crisis cuando han reverdecido las defensas republicanas de la virtud y la ética ciudadana: al igual que en el mundo helénico, el recurso a la moral no es sino una reacción ante la crisis de las instituciones, una forma de empoderamiento personal ante la inanidad del sistema.

⁴³ Esta idea ha sido recuperada por Brian Tamanaha, que ha criticado los peligros del instrumentalismo para el Estado de Derecho, remitiéndose expresamente a Jhering como ejemplo de dicha tendencia. Vid. TAMANAHA, Brian Z., *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 215 y ss.

⁴⁴ Vid. ECO, Umberto (et. al.), *La nueva edad media* [1972], trad. de Carlos Manzano de Frutos, Alianza, Madrid, 2004.

Obviamente, esto ha sucedido con manifestaciones aparentemente heterogéneas –en principio, poco tienen que ver las apelaciones republicanas a la ética con la teoría neoconstitucionalista sobre el vínculo entre Derecho y moral– y de manera inconsciente, pero así es como suelen propagarse los paradigmas. Desde el punto de vista de la teoría del Derecho, el cambio no justifica que se hable de una quiebra del positivismo jurídico por las razones que esgrime el neoconstitucionalismo, pero creo que sí nos obligaría a proponer la aparición de un subparadigma ético o neoconstitucionalista en el seno del positivismo⁴⁵. Un subparadigma determinado por transformaciones ideológicas que, por lo menos, conviene poner de manifiesto: sólo así podremos aquilatar la pertinencia y la relevancia de las propuestas teóricas que se hacen al hilo de esta polémica en el debate filosófico contemporáneo. ¿Quiere esto decir, entonces, que el positivismo sigue vivo? En principio sí, pero sólo de momento. Sólo de momento porque, en efecto, los sucesos de la globalización ponen en jaque nuestras convicciones a cada segundo. En concreto, creo que podrían destacarse dos fenómenos que, si prosperan y si continúan en la deriva que han tomado por ahora, sí podrían socavar el fundamento del positivismo jurídico desde la base.

El primero de ellos tiene que ver con el paulatino desmantelamiento del Estado y la aparición del pluralismo jurídico, un proceso que tiene mucho que ver con la crisis del Estado social que acabamos de enunciar⁴⁶. Si el positivismo surgió como proyección de los cambios políticos y sociales que trajo aparejados el Estado de Derecho –según la tesis de Uberto Scarpelli⁴⁷– parece razonable pensar que decaiga en un contexto en el que el propio Estado naufraga⁴⁸. Esto es algo que ya sucedió en los primeros años del siglo XX, cuando el antiformalismo puso en tela de juicio el monopolio del Estado en la producción de normas. Sin embargo, todavía se trataba de un fenómeno suficientemente restringido como para encauzarlo con una rectificación de la teoría: incluyendo lo social como objeto de atención preferente, el positivismo pudo salir airoso del embate. En

⁴⁵ La noción de paradigma, que fue acuñada originalmente por el filósofo de la ciencia Thomas S. Kuhn, ha terminado trascendiendo a muchas disciplinas. Como fue ideado para explicar el desarrollo de ciencias como la física o la química, ha sido necesario adaptarlo al proyectarse sobre las ciencias sociales. Una de éstas se la debemos al teólogo Hans Küng, que ha propuesto diferenciar entre micro-, meso- y macro-paradigmas. Para no complejizar la discusión en exceso, aquí optamos por hablar de subparadigmas. Vid. KÜNG, Hans, *Das Christentum: Wesen und Geschichte*, Piper Verlag, München, 2007, p. 125.

⁴⁶ Vid. SOTELO, Ignacio, *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 267 y ss.

⁴⁷ Vid. SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, introduzione e cura di Alfonso Catania e Mario Jori, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997.

⁴⁸ Vid. JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de, *La transición paradigmática de la teoría jurídica. El derecho ante la globalización*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 15-44.

un contexto internacional como el actual, en el que los nuevos sucesos se entrecruzan a una velocidad vertiginosa, y en el que los operadores jurídicos han aumentado de manera exponencial, parece difícil pensar en fórmulas de compromiso. No sólo por el auge de las empresas transnacionales, sino por el surgimiento de poderes dentro de cada Estado –activismo político en la judicatura constitucional, corrupción de la vida democrática en partitocracia, incremento de poder de las entidades regionales, etc.– podría intuirse que estamos ante el regreso de un cierto corporativismo. Y en este clima, donde el Estado se encuentra ausente y desarmado, no parece fácil enarbolar el estandarte del positivismo con todas las de la ley.

El segundo fenómeno que puede desencadenar la crisis del paradigma tiene que ver con la irrupción de culturas jurídicas no occidentales. Una de las razones por las que surgió el positivismo fue precisamente ésta. En el contexto del siglo XIX, abolida la fe en un Derecho natural válido para cualquier tiempo y lugar, los juristas reorientaron su querencia por lo absoluto hacia la búsqueda de una serie de características que pudieran generalizarse a todo Derecho posible. Así es como nació la teoría general del Derecho. Más allá del derrumbe del Derecho natural, esta emergencia se explica por la aparición de culturas jurídicas no occidentales, que abrieron un gran arco de posibles experiencias jurídicas y que motivaron la búsqueda de rasgos invariables, universalizables a todo Derecho. Ya mediante el análisis lingüístico, la sociología o la antropología jurídicas, este fue el propósito de la teoría general del positivismo. Gracias a esta reorientación de los esfuerzos teóricos, y al hecho de que el choque con otras culturas no caló del todo en el imaginario colectivo, el positivismo pudo mantenerse a flote. Sin embargo, no está claro que las cosas puedan ser así de nuevo. En el mundo globalizado en que vivimos, el contacto con otras culturas planteará retos constantes a nuestro afán por aprehender el Derecho en clave positivista: el Derecho alternativo de América Latina o el cruce entre Derecho y moral de las culturas jurídicas asiáticas –por poner sólo dos ejemplos– ya no es algo exótico o lejano, sino absolutamente próximo, que todos vivimos día a día y que no admite fáciles postergaciones⁴⁹.

Se trata de interrogantes sin respuesta, que sólo podrán contestarse después de un tiempo prudencial, cuando contemos con la suficiente perspectiva para ver algo más allá de los frágiles adoquines por donde pisamos. De momento no nos queda más que la posibilidad de lanzar dardos aventurados hacia el futuro, tratando de

⁴⁹ Vid. SANTOS, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, nota introductoria y revisión de la trad. de Carlos Lema Añón, Trotta, Madrid, 2009.

horadar los puntos oscuros que parecen entreverse desde nuestro presente. Porque el Derecho, pese al rigor del que parece revestirse, es tan fluctuante y quebradizo como el resto de las creaciones humanas. Y nuestras ideas sobre el Derecho, con mayor razón aún, se podrían asemejar al "movimiento entre brechas" que tan bellamente nos describió Musil: "nuestro pensar no tiene una base regularmente fija, sino que se mueve entre brechas. Cierra uno los ojos, deja uno por un momento de ser y, no obstante, se encuentra luego con seguridad al otro lado del abismo. A decir verdad, hace ya mucho que deberíamos estar desesperados, pues nuestro saber en todos los aspectos presenta semejantes abismos y no viene a ser otra cosa que una serie de fragmentos de puente que se extienden por un océano insondable"⁵⁰.

⁵⁰ MUSIL. Robert, *Las tribulaciones del estudiante Törless*, Ediciones El País, Madrid, 2003, p. 192.