

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS

Universidad Carlos III de Madrid



PAPELES DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

**“EL POSITIVISMO JURÍDICO COMO PARADIGMA DE PENSAMIENTO
(A PROPÓSITO DE RUDOLF VON JHERING)”**

Luis Lloredo Alix

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: Positivismos jurídico, Ciencia del Derecho, Ihering, Hobbes.

Número: 1

Año: 2010

EL POSITIVISMO JURÍDICO COMO PARADIGMA DE PENSAMIENTO

(A PROPÓSITO DE RUDOLF VON JHERING)*

Luis Lloredo Alix
Universidad Carlos III de Madrid

La historia del concepto de paradigma es tan larga como el origen etimológico del vocablo. De acuerdo con el *Philosophisches Wörterbuch der Philosophie*, debemos retrotraernos hasta Platón para documentar la trayectoria filosófica de la expresión¹. En griego clásico y en el uso común del término, al menos en el castellano actual, un paradigma es una especie de modelo, patrón o arquetipo. Este significado primario de la palabra también es el que encontramos en Platón. Según su célebre teoría de las ideas, en efecto, los paradigmas vendrían a ser aquellas formas originarias que constituyen la esencia de lo real. Todas las cosas de este mundo, desde los objetos animados hasta los inanimados, desde lo más pequeño hasta lo más grande, no serían otra cosa que copias o remedos de esas formas puras y primigenias. En definitiva, meras derivaciones de los paradigmas, burdas apariencias de la realidad objetiva.

La historia ulterior de este concepto no puede reseñarse aquí, porque sería prolijo e innecesario para nuestro tema. No obstante, sí cabe señalar que la idea de paradigma terminaría recalando en el pensamiento del gran escritor y naturalista Georg Christoph Lichtenberg (1742-1799), que la utilizaría por primera vez en el marco de la filosofía de la ciencia. De esta fuente provendría el uso que más tarde se encontrará en la obra del segundo Wittgenstein, con quien asistimos a una de las etapas más señeras de este recorrido histórico². Es en su pensamiento donde este concepto comenzará a cobrar los rasgos más característicos a efectos de esta investigación. De acuerdo con el vienés, los paradigmas vienen a ser patrones epistemológicos que permiten a una comunidad la comprensión recíproca y una actividad compartida con pleno significado para los miembros del grupo. Se trataría de presupuestos, conjuntos de reglas y de prácticas que

* Este documento ha sido utilizado como material de trabajo para el *Seminario de Tesis* del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid (marzo de 2010). Es parte de un proyecto más amplio sobre el positivismo jurídico en Rudolf von Jhering. El autor forma parte del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”. CSD2008-00007 y del proyecto “Historia de los derechos humanos”, del Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ Vid. RENTSCH, Thomas, “Paradigma”, en AA. VV., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 7, cit., pp. 74-82.

² Vid. JANIK, Allan y TOULMIN, Stephen, *La Viena de Wittgenstein*, trad. de Ignacio Gómez de Liaño, Taurus, Madrid, 2001, p. 222.

se sitúan con carácter previo a toda experiencia: no son algo que se pueda representar, sino que ellos mismos son “el modo de representación”³.

Este es ya un sentido parecido al que encontramos en la teoría de los paradigmas científicos de Thomas S. Kuhn, una aportación que ha terminado por revolucionar la filosofía de la ciencia y que ha calado de forma extraordinaria en una gran cantidad de esferas de conocimiento. De acuerdo con el propio testimonio del filósofo e historiador estadounidense, su uso del concepto de paradigma no se derivaba de Lichtenberg o de Wittgenstein. Tan sólo más tarde supo del empleo que aquellos habían hecho del término. Del primero de ellos no sabía casi nada, pero le sorprendió no haber reparado él mismo en la versión de esta noción en Wittgenstein⁴. No obstante la independencia de su hallazgo, como tantas veces ocurre en la historia de la cultura y el pensamiento, no es descartable que Kuhn bebiera inconscientemente de un marco intelectual proclive a acuñar y desarrollar semejante idea filosófica. De hecho, las *Investigaciones filosóficas* de Wittgenstein sí aparecen citadas en *La estructura de las revoluciones científicas*, aunque no con motivo de la definición de paradigma⁵.

Fuera como fuera la gestación del concepto, el uso que venimos haciendo aquí tiene mucho que ver con el que difundió este filósofo de la ciencia. Por eso, el objetivo de este epígrafe es examinar la anterior argumentación sobre el positivismo desde un prisma algo más riguroso que el que se ha estado manejando hasta ahora. Trataremos de exponer el planteamiento de Kuhn, para poder analizar la temática de este capítulo a la luz del andamiaje que nos presta su teoría. Dividiremos el trabajo en tres etapas. En primer lugar, se describirá la teoría de Kuhn tal y como fue propuesta para la historia de las ciencias naturales (§1). En segundo lugar, se examinará la posibilidad de su aplicación a la historia de las ciencias sociales y del pensamiento filosófico (§2). En tercer y último lugar, se abordará la problemática del positivismo jurídico desde el punto de vista de los paradigmas en sentido kuhniano. Desde este enfoque, concluiremos el capítulo con una reflexión sobre el fundamental puesto de Jhering en el seno de este paradigma (§3).

³ WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Crítica, Barcelona, 2004, p. 71.

⁴ Vid. KUHN, Thomas S., “Una conversación con Thomas S. Kuhn”, entrevista realizada por Arístides Baltas, Kostas Gavroglu y Vassili Kindi, en ID., *El camino desde la estructura. Ensayos filosóficos 1970-1993 con una entrevista autobiográfica*, comp. por James Conant y John Haugeland, trad. de Antonio Beltrán y José Romo, Paidós, Barcelona, 2001, p. 347.

⁵ KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas* [1962], trad. de Agustín Contín, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2001, pp. 82-83.

1. Los paradigmas científicos según Thomas S. Kuhn

En 1962, Thomas S. Kuhn publicaba un libro con el título de *La estructura de las revoluciones científicas*. Se trataba de una contribución al estudio del devenir de la ciencia, que en lo sucesivo daría un vuelco a nuestra forma de concebir su desarrollo y el trabajo de los que se dedican a ella. La visión tradicional de ambas cosas, con matices y precisiones para cada época, sostenía que la evolución del conocimiento se asemejaba a la de un crecimiento *lineal, gradual y acumulativo*. Según esto, los científicos no hacían sino superponer nuevos descubrimientos e invenciones a los logros ya asentados por sus predecesores, de manera que se avanzaba constantemente en una línea de perpetua perfectibilidad, en un camino que cada vez nos iría aproximando más a la verdad. Frente a esta presentación de las cosas, Kuhn propuso que el conocimiento científico avanzaba más bien a saltos, a base de quiebras entre grandes modelos de conocimiento: los paradigmas.

De acuerdo con esta concepción del devenir histórico-científico, existirían dos principales modos de desarrollo del conocimiento: los periodos revolucionarios y los normales. En aquéllos, se produce una suerte de redefinición epistemológica de gran magnitud, se sustituyen los *presupuestos* y las *prácticas* típicas de la comunidad científica, para ser reemplazados por un nuevo armazón de nociones y fundamentos. En los periodos normales, en cambio, la investigación se desenvuelve de manera más o menos sosegada, ya que el mundo de presupuestos *paradigmáticos* se mantiene estable: una vez asentados estos principios compartidos tras la ruptura revolucionaria, el conocimiento puede avanzar como en un suave deslizamiento. O dicho de otra forma: a partir del mundo de nociones y de prácticas definidos por el paradigma, la investigación entra en su fase *normal*. Hasta la llegada de otra crisis y la consiguiente refundación de principios, los científicos podrían trabajar sin sobresaltos⁶.

La dinámica de este proceso se basa en el siguiente mecanismo. Durante la fase de desarrollo normal, los científicos trabajan al amparo de una serie de *prenociones* y de *prácticas* compartidas. Las *prenociones* atañen a la manera de concebir la ciencia y su sentido, el modo de entender qué es lo científico y qué lo fantástico, la forma de usar el lenguaje... Las *prácticas* compartidas aluden a los propios comportamientos de la comunidad de científicos: cómo se relacionan unos con otros, cómo entienden que debe

⁶ KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, cit., pp. 33 y ss.

desarrollarse una investigación y cómo ésta debe transmitirse, qué clase de vínculo mantienen con el poder establecido, etc. Una vez que este mundo de convicciones se asienta como hegemónico, las aportaciones se siguen con relativa armonía: se proponen teorías, modelos, experimentos, comprobaciones, sofisticaciones y perfeccionamientos del paradigma. Además, y sobre todo, se da pie a un proceso de especialización y a una intensa actividad manualística: el paradigma provoca la redefinición del mapa de disciplinas y la necesidad de afirmar públicamente la doctrina⁷.

Este estado de cosas, sin embargo, no suele durar de forma perpetua. A partir de un momento dado, comienzan a surgir descubrimientos y emergencias que no encuentran acomodo en el paradigma. Es el momento prerrevolucionario⁸, en el que se comienzan a acumular más y más excepciones al modelo teórico, porque tal es la única salida para soslayar la perplejidad que provocan las anomalías descubiertas. La misma idea de anomalía tiene mucho que ver con las fuertes consecuencias que acarrea la existencia de un paradigma: lo que dentro de un paradigma determinado resulta inesperado, puede ser absolutamente normal, asumible y previsible en el marco de otro distinto. Y a la inversa: lo que en éste resulta una anomalía, podría ser natural en otro⁹. Así las cosas, llega un momento en que el número de estas emergencias se hace insoportable: la teoría se complejiza hasta extremos que hacen tambalear las convicciones más firmes de los científicos. En un principio, se ajustan las categorías del paradigma hasta lograr encajar los nuevos fenómenos. En un determinado punto, sin embargo, los sucesivos reajustes terminan configurando un modelo abigarrado, de cuya plausibilidad se empieza a dudar con seriedad en la comunidad de referencia.

Es entonces cuando se dan las condiciones para el reemplazo del paradigma. Sin embargo, esto no sucede hasta que no se dispone de una alternativa solvente. Según Kuhn, en efecto, la existencia de un paradigma es un imperativo insoslayable: no existen interregnos a-paradigmáticos¹⁰. Mientras no exista una explicación convincente como sustitutivo, los científicos continuarán proporcionando ajustes *ad hoc* para hacer cuadrar las emergencias anómalas con el modelo en el que han sido formados. De hecho, es frecuente que la alternativa ya exista desde bastante tiempo atrás, pero que no

⁷ KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, cit., pp. 45 y ss. y 212 y ss.

⁸ La expresión de periodo prerrevolucionario o paradigma prerrevolucionario no es de Kuhn, sino de Manfred Brocker, quien ha aplicado la metodología kuhniana al análisis de la historia conceptual de la noción de propiedad privada. Vid. BROCKER, Manfred, *Arbeit und Eigentum. Der Paradigmenwechsel in der neuzeitlichen Eigentumstheorie*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1992, pp. 24-29.

⁹ KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, cit., pp. 92 y ss.

¹⁰ KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, cit., pp. 128 y ss.

haya sido aceptada por tradición o por inercia generacional. Sólo en el estadio en que la crisis es demasiado aguda y nuevas capas de científicos entran en juego, comienzan a surgir partidarios del modelo disponible con anterioridad. A partir de ese momento, tiene lugar un proceso de pugna entre el nuevo y el antiguo paradigma, una diatriba que generalmente no se dirime con criterios lógicos de verdad y falsación, sino a través de la persuasión y de argumentos de tipo pragmático¹¹.

Una vez en disposición del nuevo paradigma, se produce una vertiginosa carrera en búsqueda de respuestas a los nuevos problemas surgidos a su amparo. Es verdad que con la sustitución se solucionan muchas anomalías que había cosechado el anterior modelo, pero también es posible que queden inexplicados algunos fenómenos que sí tenían acogida en el marco precedente. De hecho, como el propio Kuhn ha llegado a señalar, la adopción de un nuevo paradigma siempre supone algunos riesgos¹². Así es como se vuelve a un periodo de ciencia normal, cuya esencia consiste en profundizar en todos los recovecos del nuevo referente. Verificaciones, matices, perfeccionamientos, ampliaciones, etc., son las típicas tareas que empiezan a acometer los científicos. Es justo al someterse a una actividad tan exhaustiva de ensanchamiento y comprobación, por lo que en un futuro volverán a producirse anomalías. En esta ocasión, sin embargo, serán otras que no habían podido percibirse con el anterior modelo: es sólo mediante el contraste con el fondo del paradigma como éstas cobran relieve¹³.

En relación con esto último, merece la pena destacar un elemento adicional de la teoría de Kuhn. La concepción tradicional de la ciencia había tendido a percibir la realidad como un banco de datos inamovible, donde se encontraba todo el material empírico ya dado. En función de este material, los científicos modelaban sus teorías, que venían a ser formulaciones capaces de acoger y explicar la porción de datos extraída de ese universo empírico objetivo, estable y determinado. La propuesta de Kuhn, sin embargo, desechó esta visión de la realidad. Desde su punto de vista, una de las consecuencias del paradigma es la misma redefinición del banco de datos: no son los sucesos y los elementos de la experiencia los que mueven a los científicos a formular

¹¹ Vid. KUHN, Thomas S., "Consideraciones en torno a mis críticos", en ID., *El camino desde la estructura*, cit., pp. 187 y ss. Kuhn ha insistido en que la opción por una nueva teoría no tiene que ver con criterios irracionales, pero tampoco se trata de un proceso de ponderación con base en consideraciones de tipo empírico. Mucho más importantes son, a su juicio, los factores relacionados con la edad media de la comunidad científica, con el contexto político y social o con la potencialidad persuasiva del nuevo paradigma propuesto (quizá, incluso, por sus cualidades estéticas). La teoría de Paul Feyerabend, más radical, ha insistido mucho en este aspecto.

¹² KUHN, Thomas S., "Consideraciones en torno a mis críticos", cit., pp. 190-192.

¹³ KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, cit., p. 111.

sus propuestas teóricas en uno u otro sentido, sino que son los propios paradigmas los que diseñan su universo experimental. Lo que en un paradigma es considerado como dato empírico, podría resultar absolutamente irrelevante en otro¹⁴.

Las consecuencias de la teoría kuhniana de los paradigmas científicos y las mutaciones revolucionarias fueron enormes. Al igual que sucedía con los paradigmas descritos en su modelo, se produjo una cascada bibliográfica que intentó poner a prueba la validez de sus tesis filosóficas, o que trató de profundizar en los aspectos oscuros que dejaba su planteamiento. Por lo que respecta a esto último, de hecho, fue necesario reformularse muchas cuestiones problemáticas que suscitaba su forma de concebir la evolución de la ciencia. Una de las más peliagudas fue la del progreso. Si el saber no avanzaba por mor de un proceso de aproximación gradual a la verdad, ¿dónde quedaba entonces la idea del progreso científico? Si el tránsito entre paradigmas no se producía mediante perfeccionamiento o acumulación, sino mediante un cambio en bloque de las estructuras conceptuales, ¿entonces qué es lo que pasaba con el trabajo secular de generaciones de científicos? ¿Había sido todo en balde¹⁵?

Junto al problema del progreso se apiñaron muchos más aspectos que parecían reclamar explicaciones o matizaciones significativas. En una serie de artículos compilados en 1970, Kuhn intentó dar respuesta a algunas de estas cuestiones. Entre los problemas que él mismo identificó como más importantes se encontraban el de su metodología histórica y sociológica como cauce válido para entender el desarrollo de las ideas científicas; el de la supuesta irracionalidad que se derivaba de su forma de explicar la aparición de las nuevas teorías; el del hipotético relativismo que se decantaba de sus ideas respecto a los logros de la ciencia y a la noción de verdad absoluta; y, con especial relieve para nosotros, el problema relativo a la noción de inconmensurabilidad, un polémico concepto que había venido aplicando con frecuencia¹⁶.

La inconmensurabilidad fue una idea que Kuhn utilizó para describir las relaciones entre paradigmas, el modo en que puede producirse la comunicación desde uno a otro. En síntesis, se trataba de un concepto acuñado para explicar la sensación de incompreensión que se produce al contemplar un paradigma antiguo desde la perspectiva

¹⁴ KUHN, Thomas S., "El problema con la filosofía de la ciencia histórica", en ID., *El camino desde la estructura*, cit., pp. 133 y ss.

¹⁵ El problema del progreso fue percibido por el propio Kuhn, que dedicó el último capítulo de su libro a desarrollar este aspecto. No obstante su punto de vista, favorable a mantener la existencia de un progreso a través de las sucesivas revoluciones, la cuestión siguió desatando una intensa polémica. En una posdata a su obra de 1969, puede verse la contrarréplica a muchos críticos. Vid. KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, cit., pp. 247 y ss y 268-319.

¹⁶ KUHN, Thomas S., "Consideraciones en torno a mis críticos", cit., pp. 151-209.

científica en la que se ha sido educado¹⁷. El ejemplo ofrecido por él mismo resulta muy ilustrativo para entenderlo. Dado el universo de presupuestos epistemológicos, de prácticas y de nociones paradigmáticas en las que él había sido socializado –según su propia confesión– experimentó un sentimiento de estupefacción al enfrentarse con la física de Aristóteles: “mientras leía sus escritos, Aristóteles me parecía no sólo un ignorante en mecánica, sino además un físico terriblemente malo. En particular, sus escritos sobre el movimiento me parecían llenos de errores egregios, tanto de lógica como de observación. Estas conclusiones eran inverosímiles. Después de todo Aristóteles había sido el muy admirado codificador de la lógica antigua”¹⁸.

Tras esta primera impresión, sigue relatando Kuhn, comenzó a sentir la sospecha de que quizá el problema se hallaba en una incompreensión lingüística, en una posible divergencia de contextos espacio-temporales que impedía el entendimiento recíproco. Y así, tras una mayor profundización en el lenguaje y los recovecos argumentativos del gran filósofo, logró hallar la clave que ponía orden en el conglomerado de apreciaciones de Aristóteles. Ampliando el concepto de movimiento actual, y extendiéndolo a procesos como la transición de la salud a la enfermedad o la transformación de la semilla en árbol, todo cobraba un orden repentino. Lo que antes no parecían sino dislates e ideas peregrinas, ahora encajaba en un magnífico modelo que guardaba una profunda lógica interna. Al haber sido formado en una física newtoniana, nos dice Kuhn, algunos de los conceptos manejados por Aristóteles no habían podido percibirse de la forma en que éste los entendía. Y esto, que se encuentra dentro del mundo de presupuestos y nociones más íntimos del paradigma, había impedido la comprensión recíproca. Esto es lo que Kuhn denominaba inconmensurabilidad¹⁹.

2. Los paradigmas en la historia del pensamiento filosófico

Con las anteriores pinceladas, se ha intentado bosquejar el planteamiento de Kuhn en torno al concepto de paradigma y su importancia para explicar la evolución de las ciencias naturales. Es verdad que la exposición podría ser más amplia y que quedan muchos aspectos por abordar. En los párrafos anteriores, por ejemplo, se han indicado

¹⁷ KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, cit., pp. 229 y ss.

¹⁸ KUHN, Thomas S., “¿Qué son las revoluciones científicas?”, en ID., *El camino desde la estructura*, cit., p. 26.

¹⁹ KUHN, Thomas S., “¿Qué son las revoluciones científicas?”, cit., pp. 26 y ss. Para más precisiones y notas críticas sobre la noción de inconmensurabilidad, vid. KUHN, Thomas S., “Conmensurabilidad, comparabilidad y comunicabilidad”, en ID., *El camino desde la estructura*, cit., pp. 47-75.

varios de los aspectos que más discusión suscitaron tras la publicación de su obra, sobre los que sería posible explayarse en profundidad. Asimismo, hay muchos extremos de su planteamiento que quizá merecerían algo más de desarrollo. No obstante, en esta investigación no resultaría pertinente entrar más a fondo. La pregunta que ha de hacerse a continuación, una vez trazado el esqueleto del enfoque kuhniano, es si este modelo también es aplicable a las ciencias sociales. En particular, intentará analizarse si resulta pertinente para la historia del pensamiento filosófico.

Ante todo, conviene advertir sobre la posición de Kuhn al respecto. Como él mismo señaló en varias ocasiones, su teoría fue ideada como explicación del desarrollo de las ciencias naturales, principalmente de la física y la química. Sin embargo, el éxito de *La estructura de las revoluciones científicas* dio lugar a la propagación del modelo en un gran número de áreas de conocimiento. En general, puede decirse que Kuhn no creía en la existencia de una neta diferencia entre las ciencias naturales y las humanas. En ese sentido, estaba muy lejos de desear una restricción exclusiva de su teoría al ámbito de las naturales. No obstante, también pensaba que las ciencias humanas se hallaban en un estadio de desarrollo distinto al de aquéllas. En particular, aunque siempre manifestó muchas dudas al respecto, tendía a pensar que se encontraban todavía en un periodo pre-paradigmático. Mientras las ciencias naturales se movían a base de paradigmas hegemónicos, sus homólogas aún no habían conseguido funcionar con estos grandes sistemas de estructurar la investigación²⁰.

Aunque el punto de vista de Kuhn siempre fue matizado y respetuoso con la idiosincrasia de las ciencias humanas, este planteamiento cuadraba muy bien con un espíritu bastante generalizado entre muchos científicos naturales: la creencia de que sus colegas sociales no habían penetrado aún en la etapa de madurez²¹. A modo de réplica frente a esta irritante conclusión, surgió un debate epistemológico en el seno de estas ciencias, que trató de buscar la aplicabilidad del modelo kuhniano a la historia de disciplinas como la sociología, la economía o la psicología. Los resultados fueron muy dispares, pero se apuntó con fuerza la idea de que no sólo era posible la utilización de este modelo, sino que además era adecuada para explicar muchos aspectos históricos y gnoseológicos de esas materias. Lo único que debía lograrse era una adaptación a las

²⁰ KUHN, Thomas S., "Las ciencias naturales y las humanas", en ID., *El camino desde la estructura*, cit., pp. 257-265.

²¹ Para un intenso debate sobre este punto, en el que se pone de manifiesto esta actitud tan generalizada hacia las ciencias humanas, vid. BRICMONT, Alain y DÉBRAYS, Régis, *A la sombra de la Ilustración: debate entre un filósofo y un científico*, trad. de Pablo Hermida Lazcano, Paidós, Barcelona, 2004.

particularidades que entrañaban. Así es como surgió el concepto de ciencias multi-paradigmáticas: frente a los paradigmas hegemónicos típicos de las ciencias naturales, en las humanas solían convivir varias tradiciones en pugna²².

Además de esta importante precisión, se introdujeron otros elementos para poder ajustar el modelo kuhniano a las ciencias sociales. De entre todos los aspectos que se pusieron sobre el tapete durante el debate, quizá deberían destacarse cinco de ellos. En primer lugar, se planteó el problema de la *ambigüedad* que podía desatarse al extender el concepto de paradigma a campos tan plurales. En segundo lugar, se puso de manifiesto la dificultad que implicaba utilizar la idea de *inconmensurabilidad* para el mundo de las ciencias humanas. En tercer lugar, se puso en duda la oportunidad del concepto de *anomalía* para explicar la evolución de estas ciencias. En cuarto lugar, se trajo a colación la idea de la *transversalidad* de paradigmas como posible singularidad de las disciplinas humanas y sociales. En quinto y último lugar, se sugirió la posible existencia de *solapamientos* y de *sub-paradigmas* como rasgo propio de todas estas materias. A continuación, intentarán explicitarse estos cinco puntos, señalando la forma en que pueden soslayarse las dificultades que plantean.

En primer lugar, la cuestión de la ambigüedad es constitutiva de la propuesta de Kuhn desde sus orígenes, no sólo en lo que atañe a las ciencias humanas. En un célebre artículo de 1970, Margaret Masterman pudo distinguir 21 usos diferentes de la noción de paradigma en la propia obra de aquél, que aceptó la crítica con gran naturalidad²³. La subsiguiente discusión y el empleo indiscriminado del concepto provocaron que él mismo tendiera a evitar cada vez más su uso, en el entendido de que su sistema se mantenía sin necesidad de emplearlo de manera compulsiva²⁴. Pese a todo, la mayoría de los científicos sociales y los filósofos siguen considerando útil la noción, una vez que se le añaden algunas matizaciones. En líneas generales, se suelen distinguir tres formas de entender lo que es un paradigma: un gran sistema de creencias (nivel metafísico), una matriz disciplinar (nivel sociológico) o una especie de patrón que sirve a los científicos

²² GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo, "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 verdaderamente. Vid. SALCIDIO CAÑEDO, Patricia y ZENZES EISENBACH, Carlota, "Hemerografía: Kuhn y las ciencias sociales", *Revista Acta Sociológica (versión electrónica)*, nº 19, enero-abril 1997.

²³ MASTERMAN, Margaret, "La naturaleza de los paradigmas", en AA. VV., *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, ed. por Imre Lakatos y Alan Musgrave, trad. de Francisco Hernán, Grijalbo, Barcelona, 1975, pp. 159-201; KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, cit., pp. 269 y ss.

²⁴ KUHN, Thomas S., "Las ciencias naturales y las humanas", cit., p. 263.

para resolver problemas concretos²⁵. Por lo que respecta a las ciencias humanas, tanto el primero como el segundo sentido podrían ser perfectamente válidos.

En segundo lugar, también el problema de la inconmensurabilidad ha sido foco de una dura discusión en el mundo de las ciencias naturales. Desde la publicación de la obra de Kuhn, los científicos y los filósofos de la ciencia se mostraron reacios a aceptar las consecuencias radicales de semejante concepto. La idea de que los paradigmas no tenían forma de comunicarse entre sí, que se producían rupturas en bloque entre una y otra cosmovisión, era algo que resultaba difícil de aceptar y que no se ajustaba siempre a la realidad histórica. Aunque Kuhn nunca pretendió proponer una visión extrema del concepto, ni tampoco quiso plantear una incomunicabilidad absoluta entre paradigmas, lo cierto es que fue retrocediendo en su manera de presentarlo, hasta reducir su alcance a un problema de inconmensurabilidad lingüística –y no de métodos u otros elementos más profundos–²⁶. En lo que respecta a las ciencias humanas, puede decirse otro tanto: resulta inverosímil admitir una inconmensurabilidad total, pues es evidente que existen puentes y cauces de comunicación entre modelos diversos. Asimismo, por lo que respecta a la historia de la filosofía, es obvio que se suelen producir relaciones entre paradigmas muy alejados en el tiempo y el espacio. Con todo, también es cierto que en ocasiones existe un notable grado de incomunicación, que puede explicarse mediante esa interpretación flexible de la inconmensurabilidad.

En tercer lugar, se planteó el problema de explicar las ciencias humanas mediante el recurso a las anomalías. En estas disciplinas, en efecto, los procesos revolucionarios se suelen deber al enfrentamiento entre dos paradigmas alternativos que sugieren formas diversas de encarar cuestiones fundamentales, no tanto a la aparición de emergencias inexplicadas²⁷. Si se quisiera usar la noción también en estas ciencias, entonces sería necesaria una cierta extensión y relajación del concepto. El problema está en que Kuhn trazó un esquema del devenir histórico-científico un tanto inmanente: la sucesión de paradigmas se producía mediante el reconocimiento de anomalías internas que no encajaban con el modelo dominante. La posible influencia de elementos externos en el desencadenamiento de las crisis apenas desempeñaba un papel en su teoría²⁸. Si bien ya

²⁵ Vid. GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo, “T. S. Kuhn y las ciencias sociales”, cit., pp. 142 y ss.

²⁶ Vid. KUHN, Thomas S., “Comensurabilidad, comparabilidad y comunicabilidad”, cit., pp. 51 y ss.

²⁷ GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo, “T. S. Kuhn y las ciencias sociales”, cit., pp. 149 y 153.

²⁸ En el prefacio a *La estructura de las revoluciones científicas* reconoció esta laguna de su exposición, pero no consideró que alterase su planteamiento con respecto al problema concreto de las anomalías: “no he dicho nada, excepto en breves comentarios colaterales, sobre el papel desempeñado por el progreso tecnológico o por las condiciones externas, sociales, económicas e intelectuales, en el desarrollo de las

es dudoso que este enfoque sea válido para las ciencias naturales, resulta decididamente inadecuado para las humanas: los factores políticos, sociales o económicos son centrales en la gestación de nuevos paradigmas para estas disciplinas.

En cuarto lugar, se sugirió la posibilidad de que las ciencias humanas disponían de paradigmas transversales. Frente al modelo de Kuhn, que no contemplaba la posibilidad de que éstos recorrieran una pluralidad de disciplinas, en las ciencias humanas sí se suelen dar estos fenómenos. Es así como puede hablarse del modelo funcionalista, del estructuralista o del marxista en un gran acervo de ámbitos, desde la sociología hasta la lingüística o la filosofía²⁹. Desde una perspectiva un tanto roma, podría pensarse que esto es propio de falta de madurez epistemológica o de contaminaciones ideológicas. Sin embargo, es más probable que sea algo inevitable en estas materias, en tanto que se ven obligadas a tratar con hechos humanos, siempre entreverados de política y sujetos a una gran maleabilidad social. Además, que esta transversalidad no exista también en las ciencias naturales es discutible. El concepto de *episteme* acuñado por Foucault, que guarda indudables semejanzas con el paradigma de Kuhn, extendía el alcance de estas cosmovisiones epistemológicas –*epistemes*– a un amplio abanico de disciplinas, desde las naturales a las humanas³⁰. De acuerdo con él, existen estructuras de creencias que arrojan de forma inconsciente a todas las producciones intelectuales de una época. En ese sentido, por lo tanto, se trataría de estructuras transversales.

En quinto y último lugar, se ha señalado la posibilidad de que existan paradigmas intermedios dentro de un mismo macro-paradigma. No sólo es que se dé la coexistencia de diversos paradigmas en las ciencias sociales (la idea de los multi-paradigmas), sino

ciencias. Sin embargo, no hay que pasar de Copérnico y del calendario para descubrir que las condiciones externas pueden contribuir a transformar una simple anomalía en origen de una crisis aguda” (KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, cit., p. 16). Desde el punto de vista que aquí se está manejando, por lo que respecta a las ciencias humanas, este aspecto debería reconsiderarse. Con respecto a las ciencias naturales, además, también es bastante dudoso que pueda prescindirse de ese punto de vista político y social. Vid. BERNAL, John D., *La ciencia en la historia*, 4ª ed., trad. de Eli de Gortari, UNAM-Editorial Nueva Imagen, México, 1979, pp. 35-82.

²⁹ GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo, “T. S. Kuhn y las ciencias sociales”, cit., pp. 147 y ss.

³⁰ WEINERT, Friedel, “Die Arbeit der Geschichte: Ein Vergleich der Analysemodelle von Kuhn und Foucault“, *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie*, vol. XIII, nº 2, 1982, pp. 337-358. Los paralelismos entre Kuhn y Foucault son sorprendentes hasta en las fechas: en 1961 el francés publicó la *Historia de la locura en la época clásica*, mientras que *La estructura de las revoluciones científicas* veía la luz en 1962; en 1969 Foucault dio a la imprenta la *Arqueología del saber*, mientras que Kuhn publicaba en 1970 la famosa *Posdata* a la obra anterior. La analogía conceptual más poderosa entre los dos tiene que ver con el hecho de que ambos partían de la idea de que existen discontinuidades en el devenir del conocimiento: frente a la explicación lineal y acumulativa de dicha historia, consideraban que se dan grandes quiebras entre modelos opuestos. Donde Kuhn hablaba de *ciencia normal*, Foucault de *episteme*; donde aquél hablaba de *revolución*, éste de *ruptura*. Ambos, a su vez, son deudores del concepto de *ruptura epistemológica* apadrinado por Gaston Bachelard y también utilizado por Louis Althusser.

que en muchos casos también podría trazarse una especie de arquitectura arborescente compleja dentro de cada uno de ellos. Es así como el teólogo Hans Küng, por ejemplo, ha teorizado la presencia de macro-paradigmas, meso-paradigmas y micro-paradigmas. De acuerdo con esta concepción, el tránsito entre dos micro-paradigmas diversos no tendría por qué acarrear la modificación del gran nicho ideológico y epistemológico en el que se integran (ya sea meso o macro)³¹. Se trata de una apreciación de mucha importancia para nuestra tesis. Así, por ejemplo, la división entre el iuspositivismo del XIX y el del XX podría interpretarse como una mera transición entre micro- o meso-paradigmas, y no como la gestación de un mundo de ideas y prenociones radicalmente novedoso. Del mismo modo, este planteamiento permite explicar la existencia de solapamientos entre paradigmas: dependiendo del punto de vista que se maneje, del fenómeno intelectual que se desee explicar, podría señalarse la divisoria histórica en uno u otro lugar. Las divergencias de enfoque que así surgieran, desde la perspectiva de los sub-paradigmas, no serían necesariamente incompatibles.

Estos son los principales elementos que convendría destacar para poder promover una adaptación de las tesis kuhnianas a las ciencias humanas. Como se ha pretendido mostrar, pese a la existencia de algunos aspectos problemáticos a la hora de tratar con estas disciplinas, no se trata de cuestiones nucleares: con los pertinentes ajustes y matizaciones, la teoría de Kuhn gozaría de plena validez en las llamadas ciencias del espíritu. De hecho, como hemos querido poner de manifiesto, algunos de los rasgos que solemos creer propios de estas materias también deberían poder extenderse a las ciencias naturales. La incardinación de los paradigmas de la física o la química en su contexto político y social, la mitigación del concepto de inconmensurabilidad, la posible existencia de paradigmas intermedios también en el seno de estas disciplinas, o la transversalidad de grandes modelos entre ramas científicas distintas, serían algunos puntos sobre los que cabría plantearse esa reflexión.

En todo caso, aquí nos interesa centrarnos en las ciencias humanas. Los primeros intentos de instrumentación del modelo kuhniano se dieron en sociología, psicología y economía, tres disciplinas cuyo método se asemejaba al de las llamadas ciencias puras. De hecho, el mismo Kuhn pensaba que la psicología y la economía habían entrado ya en una fase de madurez, en un sentido parecido al que podía predicarse de la física o la química³². No obstante esta primera traslación, sus ideas se extendieron pronto a otras

³¹ KÜNG, Hans, *Das Christentum: Wesen und Geschichte*, Piper Verlag, München, 2007, p. 125.

³² KUHN, Thomas S., "Las ciencias naturales y las humanas", cit., p. 264.

ramas. Un campo especialmente prolífico ha sido el de la historia de las instituciones. Manfred Brocker, por ejemplo, ha usado su metodología para explicar la deriva histórica de la noción de propiedad: el tránsito entre la *teoría de la ocupación* y la *teoría del trabajo*, como fundamentos teóricos de la propiedad privada, se habría cumplido mediante una modificación del paradigma³³. Eusebio Fernández, en otro orden de cosas, ha empleado el mismo enfoque para estudiar la génesis de los derechos humanos: frente a la historiografía que tendía a presentar su nacimiento como el fruto de un desarrollo aproximativo sostenido, lo cierto es que su emergencia tuvo que ver con un profundo cambio de paradigma cultural e intelectual³⁴.

Si el método kuhniano ha sido empleado con éxito en la historia de las ideas científicas, en la historia de ciencias sociales como la economía o la psicología, o en la historia de las instituciones, ¿por qué no habría de ser útil también en la historia del pensamiento? Por todo lo argumentado, no sólo se trata de una posibilidad aceptable, sino de algo bastante conveniente. Hans Küng lo ha utilizado ya para explicar la historia del pensamiento teológico, introduciendo además las categorías de macro-, micro- y meso- paradigma. En la historia de la filosofía jurídica, por su parte, también se ha hecho algún intento de similar jaez³⁵. Por lo que a nosotros respecta, se trata de un pilar de esta investigación y de las reflexiones que se han planteado en este capítulo. Sólo si pensamos el nacimiento del positivismo jurídico como una emergencia paradigmática radical, podremos entender en profundidad el cambio que se produjo en la manera de concebir el Derecho. A continuación intentará justificarse esta afirmación.

3. El iuspositivismo como paradigma de pensamiento jurídico

Una vez expuesto el anterior soporte epistemológico, puede entenderse mejor el significado de considerar al positivismo como paradigma de pensamiento jurídico. Si

³³ BROCKER, Manfred, *Arbeit und Eigentum*, cit., pp. 12-29: “al hilo de la renovación y reformulación sistemática de la teoría de la propiedad en el siglo XVII, sobre todo a través de Grocio, surgieron por primera vez “anomalías” en la teoría de la ocupación (es decir, disfuncionalidades y falta de concordancia con la realidad jurídica), que suscitaron la creciente atención de la comunidad científica (...). John Locke, que superó la crisis de la teoría de la ocupación tradicional con la teoría del trabajo, a comienzos de los años ochenta del siglo XVII, e introdujo un nuevo paradigma en la teoría de la propiedad iusnaturalista, no era ni jurista, ni teólogo, ni filósofo moral, ni un teórico del derecho natural” (pp. 20 y 21).

³⁴ FERNÁNDEZ, Eusebio, “Los derechos humanos y la historia”, en AA. VV., *Constitución y derechos fundamentales*, coord. por Jerónimo Betegón, Francisco Laporta, Luis Prieto y Juan Ramón de Páramo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 215-234.

³⁵ ISMERT, Mariana, “La estructura de las revoluciones científicas en el derecho. Una aproximación”, *Revista telemática de filosofía y derecho*, nº 9, 2005/2006, pp. 13-41.

retomamos lo señalado con respecto a la génesis evolutiva de esta corriente y le aplicamos las categorías kuhnianas, las reflexiones anteriores cobran un significado más preciso. El positivismo jurídico sería así una emergencia histórica de gran calado en el mundo del Derecho, que revolucionó la manera de entenderlo y de acercarse a su estudio. A partir de entonces, en efecto, se dio pie a una fase de ciencia normal, cuyo fin era profundizar en las nuevas posibilidades que se habían abierto. No es casual, por ejemplo, que nacieran entonces la sociología, la psicología o la lógica jurídica, la criminología, el análisis lingüístico del Derecho y tantas otras disciplinas particulares. Tampoco es casual que surgiera una ciencia del Derecho público hasta entonces inexistente³⁶, ni es azarosa la aparición del proceloso debate en torno al Derecho internacional como objeto de atención científica³⁷. Todas estas novedades, y otras que no cabe detallar ahora, formarían parte de la redefinición del mapa epistemológico que suele tener lugar tras la incoación de un nuevo paradigma.

También se puede entender así la transición entre el mundo del Derecho natural y el del positivismo. Es verdad que se dieron muchas continuidades en relación con el método: la forma de manejar las fuentes y de comentarlas, las técnicas de sistematización de lagunas y antinomias... Pero esto es algo que también podría preverse desde una interpretación laxa de la inconmensurabilidad: pese a existir una amplia cesura entre las dos culturas, se dieron algunos fenómenos de interrelación. Así y todo, la inconmensurabilidad sigue ahí. Del mismo modo que Kuhn describía su perplejidad al enfrentarse con la física aristotélica, podríamos caracterizar nuestro estupor al sumergirnos en la polémica medieval sobre el Derecho natural. La mención de un “Derecho positivo divino”, por ejemplo, es algo que suscita sorpresa e incluso mueve a hilaridad desde el marco de ideas contemporáneo. El debate sobre si tal o cual episodio bíblico fundamenta uno u otro precepto legal, resulta hoy la antípoda de lo científico³⁸: es posible que el método de tratamiento de las fuentes se haya trasvasado al positivismo, pero las propias fuentes han cambiado por completo³⁹.

³⁶ WILHELM, Walter, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 129 y ss.

³⁷ WALZ, Gustav Adolf, *Wesen des Völkerrechts und Kritik der Völkerrechtsleugner*, Kohlhammer, Stuttgart, 1930.

³⁸ Es llamativo el propósito de Christian Thomasio –uno de los autores del XVIII que avanzan muchos aspectos del positivismo del XIX– de no aludir a las Sagradas Escrituras. Frente a precedentes como Pufendorf o Grocio, y en abierta polémica con éstos, Thomasio decidió no recurrir ni una vez a la Biblia (THOMASIUS, Christian, *Fundamentos de derecho natural y de gentes*, estudio de J. J. Gil Cremades, trad. de Salvador Rus Rufino y M^a Asunción Sánchez Manzano, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 4-28).

³⁹ Por otra parte, como bien ha señalado Karl Larenz, el método positivista de la escuela pandectística germana –una de las direcciones doctrinales que sentaron las líneas maestras de la metodología jurídica contemporánea– no sólo bebió del racionalismo iusnaturalista de los siglos precedentes. El enfoque

Otro de los elementos que se han destacado antes, el de la transversalidad, es lo que se encuentra detrás de la profunda sacudida epistemológica que se dio en numerosos campos de conocimiento hacia mediados del siglo XIX. Todas las observaciones sobre el método sociológico de Durkheim, la novela naturalista de Zola, el advenimiento del impresionismo como técnica pictórica o el método histórico-natural del primer Jhering, deben entenderse desde este punto de vista. En el mismo sentido ha de comprenderse el proceso de conversión historicista que sufrieron numerosas disciplinas a lo largo de la centuria: también se trataría de un caso de transversalidad paradigmática. Por lo que respecta a Jhering, bebió de ambos movimientos. Por un lado, su pensamiento atravesó el zaguán del historicismo, tal como puede comprobarse en el primer tomo del *Espíritu del Derecho romano*⁴⁰; por otro lado, como también puede constatarse en esa misma obra, sus ideas se vieron impregnadas por la oleada naturalista⁴¹.

La consideración del iuspositivismo como paradigma, además, arroja conclusiones de gran importancia para comprender la actual disputa en torno a su hipotético final. Frente a las posiciones de aquellos que sostienen la superación de este modelo, lo que estaría sucediendo, como mucho, no es más que una transición interna entre dos micro-paradigmas: desde un iuspositivismo fraguado al amparo del Estado de Derecho, hasta un iuspositivismo del Estado constitucional⁴². En este sentido, la interpretación del positivismo desde este prisma llevaría también a concluir que no caben alternativas a semejante marco filosófico. Ser positivista dejaría de ser una opción teórica entre varias a escoger, porque no se trata de una mera *dirección doctrinal contingente*, sino de un *paradigma cultural necesario* en el que se desarrollan todas las posiciones iusfilosóficas desde hace casi dos siglos. Es verdad que todavía existen corrientes iusnaturalistas, pero también es cierto que han quedado fuera del canon. En este sentido, al igual que la química reclusó a la alquimia en el rincón de la fantasía, el iuspositivismo desterró la creencia en el Derecho natural como posibilidad científica.

Esta última es una de las conclusiones más controvertidas del empleo de la noción de paradigma. ¿Cómo explicar entonces el repunte del Derecho natural en las teorías neokantianas del primer tercio del siglo XX? ¿Cómo entender el señalado renacimiento

sistemático, por ejemplo, le debía mucho a la filosofía del idealismo alemán, sobre todo a la tríada de Fichte, Schelling y Hegel. Vid. LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., pp. 19 y ss.

⁴⁰ JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, §§1-2, cit., pp. 1-25.

⁴¹ JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, §§3-4, cit., pp. 25-58. Especialmente llamativo a este respecto es la consideración del “organismo jurídico” bajo su aspecto “anatómico” (§3) y bajo su aspecto “fisiológico” (§4). Una vez más, se trata del espíritu naturalista que ya hemos apuntado.

⁴² Vid. ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 73-105.

del Derecho natural tras la segunda guerra mundial⁴³? Felipe González Vicén, hace ya bastantes años, arrojó un preclaro haz de luz sobre esta pregunta. Pese a no emplear la metodología kuhniiana, su planteamiento se movía en coordenadas que encajan con el enfoque aquí suscrito. En su opinión, el positivismo jurídico venía a ser una especie de manto intelectual con raíces culturales recias y profundas, que se había impuesto como necesidad histórica insoslayable a partir de mediado el siglo XIX. En ese sentido, hasta la propia teoría de Rudolf Stammler –un buque insignia del neokantismo aparentemente iusnaturalista– debería entenderse en el marco positivista. Se trataba de una tentativa por refutar ese marco de forma inmanente, desde los mismos presupuestos ontológicos y epistemológicos que éste implicaba. Así pues, aunque quizá a su pesar, Stammler no fue sino una manifestación más del iuspositivismo⁴⁴.

Dado el alcance y la naturaleza controvertida de esta posición, conviene transcribir algunas frases por extenso: “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...”⁴⁵.

⁴³ Vid, ROMMEN, Heinrich, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, cit., pp. 140 y ss. Vid. también CHARMONT, Joseph, *La renaissance du droit naturel*, 2^{ème} éd., préface de Gaston Morin, Librairie de Jurisprudence ancienne et moderne Edouard Duchemin, Paris, 1927, pp. 131-140.

⁴⁴ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, cit., pp. 134-140.

⁴⁵ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, cit., pp. 134-140. Contrario a esta tesis, vid. CHARMONT, Joseph, *La renaissance du droit naturel*, cit., pp.171 y ss. En opinión de éste, tanto el neokantismo como la teoría del Derecho objetivo de Duguit, las teorías del Derecho libre o el pragmatismo, deben ser consideradas como formas de “neoiusnaturalismo”. Asimismo, pensaba que el utilitarismo, la escuela sociológica y la escuela histórica estaban preñadas de idealismo. En ese sentido, en su opinión, también constituyeron una renovación del Derecho natural. Evidentemente, Charmont estaba partiendo de un concepto de positivismo idéntico al de legalismo.

Heinrich Rommen, que ya ha sido citado en varias ocasiones, sostuvo una postura totalmente contraria a esta última visión de las cosas. A su modo de ver, el celeberrimo “renacimiento del Derecho natural” comenzó con la filosofía de Stammler. No obstante, también en su opinión, dicho repunte sólo se produjo “de forma tímida”⁴⁶. Desde el punto de vista aquí manejado, se trataría de algo más que timidez. O mejor dicho, esa timidez identificada por Rommen no sería sino una expresión de la impotencia por escapar del paradigma iuspositivista. El impulso que movió a Stammler a construir su teoría fue refutar las posiciones que negaban el valor científico de la filosofía del Derecho. Frente a una afirmación tan tajante, él creyó poder construir una verdadera ciencia jurídica mediante el método trascendental fraguado por Kant⁴⁷. Pues bien, tanto el propósito de construir una *ciencia jurídica*, como el hecho de hacerlo mediante el *aparato formalista* kantiano, son ya manifestaciones características de la fase científica *normal* inaugurada por el iuspositivismo algunas décadas atrás.

Fiel a la senda trascendental kantiana, su teoría se basaba en deslindar las “formas puras” de la conciencia jurídica, de aquello que era “simple materia”, meros contenidos jurídicos cambiantes en el tiempo y el espacio⁴⁸. Las formas puras de la conciencia jurídica vendrían a ser el paralelo de las formas *a priori* en el sistema kantiano, una serie de variables cognitivas que condicionan la posibilidad de todo conocimiento, una especie de armazón indeleble instalado en la conciencia y constitutivo a la razón humana, sin el cual no puede establecerse ningún juicio respecto al objeto que se desea conocer. En Kant estas variables eran el *tiempo*, el *espacio* y la *causalidad*, mientras que Stammler se afanó por desarrollar una tabla de conceptos *a priori* específicos para el mundo del Derecho: sujeto y objeto de Derecho, causa y relación jurídica, supremacía y subordinación jurídica, licitud e ilicitud jurídica⁴⁹. Todo este empeño, sin embargo, desembocaba en una doctrina muy similar a las teorías de los conceptos jurídicos fundamentales, que no habían sido sino desarrollos de la temática positivista. En todas ellas, como en Stammler, se partía de la insoslayable positividad del Derecho; después, pese a constatarse la necesaria variabilidad de éste, se intentaba hallar un catálogo de

⁴⁶ ROMMEN, Heinrich, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, cit., p. 140.

⁴⁷ STAMMLER, Rudolf, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1922, p. 12: „el trabajo iusfilosófico hace posible una ciencia del derecho“.

⁴⁸ Vid. LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., pp. 85-86.

⁴⁹ Vid. FALZEA, Angelo, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., pp. 66-69.

nociones universales que fuera capaz de sobreponerse a la perpetua e inevitable pluralidad de los Derechos materiales concretos⁵⁰.

Con semejante apuesta teórica, en el fondo, lo que se pretendía era salvar un mínimo de objetividad tras el naufragio del Derecho natural. Si en Austin esto se lograba mediante un cuidadoso análisis lingüístico y en otros autores a través de un ejercicio de comparación e inducción progresiva, en Stammler se llevaba a cabo sobre la base del método trascendental. En cualquiera de estos casos, pese a sus significativas diferencias, ya estaba injerto el modo de pensar positivista: todos querían construir una *ciencia jurídica* firme, partían de la indiscutible *variabilidad* del *Derecho positivo* y consideraban que la filosofía del Derecho debía afanarse en la *definición formal* de éste⁵¹. El mismo propósito de construir una ciencia jurídica formal es un rasgo típico del espíritu positivista. De hecho, interpretándolo a la luz de las categorías kuhnianas, no sería sino un ejemplo de las posibilidades de investigación *normal* que quedaron abiertas tras la aparición del paradigma. La utilización del método kantiano, que ya Fikentscher había identificado como una piedra de toque para la epistemología jurídica positivista⁵², no hace sino abundar en esta misma línea.

Además de cuanto acaba de decirse sobre el neokantismo, la tesis del positivismo como paradigma implica desconsiderar la existencia de esta corriente en periodos anteriores al siglo XIX o finales del XVIII. Como mucho, atendiendo a la gestación paulatina de los paradigmas –tanto en el propio modelo de Kuhn como en su aplicación a las ciencias sociales y la filosofía–, podrían señalarse algunos hitos previos y parciales en la genealogía de su asentamiento como concepción dominante. Por eso, como ya se argumentó en el epígrafe anterior, no cabe entender a Thomas Hobbes como positivista. Ahora bien, como también se advirtió antes, el de Hobbes de uno de los casos más controvertidos⁵³. En ese sentido, a modo de prueba o confirmación de cuanto se acaba de sostener, a continuación intentarán rebatirse las tesis que han querido situar la cesura

⁵⁰ En los primeros compases del *Tratado de filosofía del Derecho* de Stammler ya se puede comprobar la renuncia a formular especulaciones más allá de un severo formalismo: “frente al Derecho históricamente en movimiento, que se revela insuficiente y cambiante, ya se ha intentado desarrollar un código completo con validez para todos los pueblos y las épocas. Esto es imposible. El contenido de semejante Derecho ideal debería abarcar la reglamentación de los deseos humanos. Pero la materia de estos deseos se refiere a necesidades limitadas y a la manera de satisfacerlas. Así pues, están inevitablemente condicionados y definitivamente sujetos al cambio perpetuo (...). Una validez general sólo puede referirse a las directrices formales del comprender y del juzgar jurídicos (...). Por eso, el concepto de Derecho de validez universal, según su esencia, sólo puede establecerse mediante una reflexión crítica respecto a la posible unificación de nuestro universo de ideas. STAMMLER, Rudolf, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 7-8 y 51.

⁵¹ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea”, cit., p. 137.

⁵² FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts*, cit., pp. 21-29.

⁵³ Vid. MURPHY, Mark C., “Was Hobbes a Legal Positivist?”, cit., p. 847.

paradigmática en el pensamiento del filósofo inglés (§a). Una vez dilucidado este asunto a través de las categorías kuhnianas, se señalará la importancia de Jhering como epicentro de este paradigma de pensamiento jurídico (§b).

a) *Thomas Hobbes: en el extrarradio del paradigma*

Dado que ya se han avanzado varios argumentos contra la filiación iuspositivista de Hobbes, aquí nos limitaremos a dar cuenta de la tesis manejada por Ernst-Wolfgang Böckenförde. Su ensayo sobre Hobbes es especialmente interesante a efectos de nuestro razonamiento, porque utiliza la noción de paradigma para describir el cambio que se produjo entre el mundo del Derecho natural y el del positivismo jurídico. De hecho, ya el mismo título resulta significativo: *Seguridad y autopreservación frente a justicia. El cambio de paradigma y el tránsito desde una fundamentación iusnaturalista del sistema jurídico a una fundamentación positivista en Thomas Hobbes*⁵⁴. Es verdad que el autor no se remite a Kuhn como fuente de su noción de paradigma, pero la idea que maneja con respecto a la brecha entre estas dos cosmovisiones sobre el Derecho – iusnaturalismo y positivismo– se asemeja mucho al enfoque de las mutaciones paradigmáticas que está utilizándose aquí.

El argumento de Böckenförde queda muy bien resumido en el título que acaba de citarse. En su opinión, el periodo del iusnaturalismo tocó a su fin desde el momento en que Hobbes reubicó las prioridades en lo que se refiere al fin perseguido por el Derecho. Mientras que el iusnaturalismo había puesto el énfasis en el valor de la justicia, el inglés sustituyó ésta por los valores de seguridad y autopreservación. En este sentido, se habría resquebrajado en sus cimientos la base más profunda del iusnaturalismo, su aspiración a un concepto absoluto de Derecho, su confusión entre lo justo y lo jurídico, su tendencial idealismo respecto a la posibilidad de legitimar la comunidad política bajo el manto de la justicia: “la fundamentación filosófica del orden político y el Derecho ya no se produce remitiendo el actual ordenamiento y el Derecho vivido tangible a la causa de su existencia y a la razón en ella subyacente. Antes bien, el Estado y el Derecho se deducen y fundamentan de forma analítico-constructiva, con el fin de instaurar la paz y

⁵⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Sicherheit und Selbsterhaltung vor Gerechtigkeit. Der Paradigmenwechsel und Übergang von einer naturrechtlichen zur positivrechtlichen Grundlegung des Rechtssystems bei Thomas Hobbes*, Schwabe Verlag, Basel, 2004.

la seguridad para los individuos, sobre la base de una sociedad internamente homogénea y determinada por discusiones y altercados constantes”⁵⁵.

Pese a semejante juicio, sigue siendo muy dudoso considerar a Hobbes como parte del positivismo jurídico. Es verdad que existen diferencias sustanciales entre su teoría y la fundamentación tradicional del poder político y el Derecho. Pero también fue muy novedoso el planteamiento desarrollado a posteriori por John Locke, que a su vez se contraponía en muchos aspectos al ofrecido por aquél. Por su parte, y también algo más tarde, Jean-Jacques Rousseau sugirió una nueva manera de legitimar el orden jurídico-político que guardaba diferencias de principio con los dos modelos anteriores. Hobbes había entendido que el fin esencial del Derecho era instaurar la paz y la seguridad, mientras que Locke consideraba primordial la salvaguarda de los derechos naturales concretados en su noción de *property* (vida, libertad y propiedad privada). Rousseau, en cambio, no estableció ningún fin *a priori* para la comunidad política, porque entendía que tal cosa debía ser decidida *hic et nunc* por la voluntad general. Así las cosas, ¿no cabría ver una quiebra de paradigmas más notable en el pensamiento del ginebrino? ¿O deberíamos señalar una ruptura en cada uno?

Al final, todo depende del enfoque que se maneje para trazar la frontera entre uno y otro paradigma. Desde el punto de vista de la historia de la noción de propiedad, por ejemplo, dicha cesura debería establecerse en Locke, como ya ha sido argumentado por Manfred Brocker⁵⁶. Al contrario, si lo que buscamos es delinear la genealogía del pensamiento democrático-republicano, la línea de ruptura quizá debería señalarse en Rousseau, como también se ha sostenido en no pocas ocasiones⁵⁷. Por último, si el objetivo es explicar la génesis y los problemas del liberalismo individualista, el punto clave podría situarse en Hobbes, como ya hizo en su día Macpherson⁵⁸. La cuestión esencial es desentrañar cuál ha de ser la clave que permite deslindar dos épocas en la historia de las concepciones sobre el Derecho. Böckenförde, como se deriva de todo lo anterior, quiso ver en la *seguridad jurídica* el principal factor para marcar esta divisoria. Desde nuestro punto de vista, en cambio, tal apreciación es criticable por dos razones primordiales.

⁵⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Sicherheit und Selbsterhaltung vor Gerechtigkeit*, cit., p. 12.

⁵⁶ BROCKER, Manfred, *Arbeit und Eigentum*, cit., pp. 20-21.

⁵⁷ Vid. RUBIO CARRACEDO, José, “Rousseau y la democracia republicana”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 108, 2000, pp. 245-270, especialmente 260-270.

⁵⁸ MACPHERSON, Crawford Brough., *Die politische Theorie des Besitzindividualismus. Von Hobbes bis Locke*, trad. de Arno Wittekind, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1967, pp. 13-30 y 61-84.

En primer lugar, es verdad que la cuestión de la seguridad reviste una relevancia enorme en el pensamiento de Hobbes, como también es cierta la importancia de sus circunstancias políticas y sociales en tanto que acicates para que desarrollara su pensamiento en esa dirección⁵⁹. Sin embargo, la reducción de la justicia a la seguridad no es algo tan novedoso en la historia de las ideas jurídicas. En su clásico libro sobre los principios del Derecho romano, Fritz Schulz encabezaba uno de sus capítulos –el de la confianza– con la siguiente frase de Cicerón: “el fundamento de la justicia es la fidelidad; esto es, la firmeza y veracidad en las palabras y contratos”⁶⁰. Como puede constatar, se trata de una de las formulaciones más preclaras y a la vez más antiguas del concepto de seguridad jurídica, que ya se hallaba conceptualizado mucho antes de la obra del inglés. Es verdad que Schulz distinguía entre la *confianza* y la *seguridad*, dos principios a los que destinaba sendos capítulos⁶¹. No obstante, en realidad se trataría de las dimensiones *subjetiva* y *objetiva* de un idéntico concepto. Sea como fuere, y por lo que atañe a la presente argumentación, puede comprobarse que ya desde el Derecho romano existía una fuerte conciencia con respecto a la ligazón entre justicia y seguridad. Si a Hobbes corresponde el honor de haber acentuado este elemento, no puede decirse que se tratara de una creación *ex novo*.

En segundo lugar, el problema de la tesis de Böckenförde es que pone un énfasis excesivo en el factor ético-político. Desde su punto de vista, la clave para el tránsito de paradigmas –desde el iusnaturalismo al positivismo– fue la aparición del concepto de seguridad como gran referente para legitimar el Derecho y el Estado. Dada la tesis que aquí se está defendiendo, y que ya se ha expuesto en sus lineamientos básicos, esta consideración es fundamental para entender el significado profundo del paradigma iuspositivista. Sin embargo, no es la única. Además de la dimensión ideológica, como se ha repetido hasta la saciedad en epígrafes anteriores, en el positivismo también incidió una honda transformación epistemológica. Y este cambio de paradigma científico, que tuvo lugar mediante la traslación de los principios filosóficos del positivismo a una gran cantidad de dominios del saber, no ha calado aún en el pensamiento de Hobbes. Según Böckenförde, el hecho de que el inglés empleara todavía el utillaje metodológico del

⁵⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Sicherheit und Selbsterhaltung vor Gerechtigkeit*, cit., pp. 9-10.

⁶⁰ CICERÓN, *Los oficios*, I, 7, §23, en ID., *Obras completas de Marco Tulio Cicerón*, tomo IV, trad. de Manuel Valbuena, Librería y Casa Editorial Hernando, Madrid, 1924, p. 10; SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts. Vorlesungen gehalten an der Universität Berlin*, Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1934, p. 151. El original latino reza como sigue: “fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas”.

⁶¹ SCHULZ, Fritz, *Prinzipien des römischen Rechts*, cit., pp. 151-171. Vid. También JHERING, Rudolf, *Geist des römischen Rechts*, II-1, §28, cit., pp. 67 y ss.

Derecho natural se debe a razones de cercanía y no a motivos sustantivos: pese a usar dichas herramientas, había cambiado el significado que se les atribuía en la tradición anterior⁶². Sin embargo, desde el enfoque que aquí suscribimos, el principal viraje epistemológico no llegó a tener lugar en su obra.

Para empezar, su método seguía siendo *contractualista*, un tipo de planteamiento epistemológico que será radicalmente expurgado tras la llegada del positivismo. A partir de entonces, en efecto, sólo las apreciaciones con base en algún tipo de constatación empírica tendrían validez como fuente de conocimiento, mientras que el método del contractualismo adoptaba un acentuado estilo deductivo. Mediante la *postulación* de un orden natural primigenio y la *hipotética* superación del mismo a partir de un pacto entre individuos libres, pretendía *legitimar* –no explicar o describir– el establecimiento del poder político⁶³. En el mismo orden de cosas, Hobbes tampoco había asumido la línea *historicista*. En estrecha concomitancia con el enfoque pactista, su concepción de la filosofía político-jurídica era estática y no tomaba en consideración el enfoque histórico-sociológico que después se hallará en las escuelas positivistas. De hecho, su propósito era delinear los fundamentos de una sociedad política tendencialmente estable a través de un razonamiento cuasi matemático. En este sentido, por lo tanto, tampoco adoptó otro de los estandartes epistemológicos del positivismo⁶⁴.

Por consiguiente, lo máximo que se podría decir es que Hobbes presagió alguno de los elementos que más tarde configurarían el retablo filosófico iuspositivista. En particular, como bien señala Böckenförde, la entronización del concepto de seguridad y la paralela renuncia a construir sistemas de justicia absolutos. Por otra parte, el hincapié en la idea de soberanía y el elemento de la fuerza como matrices del Derecho son dos aspectos que también formarán parte de dicho paradigma. En estos dos rasgos, si bien con sus peculiaridades propias, Hobbes encajaba en una deriva intelectual que también puede constatar en autores como Juan Bodino o Blaise Pascal⁶⁵. Sin embargo, tanto a

⁶² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Sicherheit und Selbsterhaltung vor Gerechtigkeit*, cit., p. 8.

⁶³ ABELLÁN, Joaquín, “El vínculo entre tradición y mundo moderno. Las teorías políticas de derecho natural: 1600-1750”, en AA. VV., *Historia de la teoría política*, vol. 2, cit., pp. 13-68.

⁶⁴ Sobre el historicismo como rasgo esencial y constitutivo del positivismo jurídico, vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Del Derecho natural al positivismo jurídico”, en ID., *De Kant a Marx*, cit., pp. 216-221. Vid. también WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 303-305 y 353-358: “a través del despertar de la reflexión sobre la historicidad de la propia existencia, se introdujo un proceso en la ciencia jurídica que hasta hoy sigue sin decrecer. Significa, nada más y nada menos, que la relación del deber ser con el ser histórico, de la norma jurídica con la realidad social, penetró por primera vez en la conciencia de la ciencia jurídica – cosa que habían impedido la antigua autoridad del *Corpus Iuris* y del racionalismo bidimensional del Derecho natural...” (p. 358).

⁶⁵ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “Del Derecho natural al positivismo jurídico”, cit., pp. 208-216.

estos como al inglés les faltaba la introducción del enfoque historicista y del método empírico como referente indispensable de lo científico. Así pues, pese a haber logrado avanzar elementos esenciales del futuro paradigma, sigue sin ser suficiente para afirmar que el inglés fue positivista *avant la lettre*.

Incluso en el hipotético caso de que hubiera reunido los elementos necesarios para tal calificación, nos surgiría al paso otro problema. En *La estructura de las revoluciones científicas*, Kuhn se refirió al caso de Aristarco de Samos, quien ya en el siglo III a. C. había postulado que la tierra giraba alrededor del sol. Si así son las cosas, se preguntaba el estadounidense, ¿deberíamos retrotraer el heliocentrismo a aquella época? En su opinión no, puesto que la sugerencia de Aristarco se produjo de manera aislada y resultaba mucho menos operativa que la teoría geocéntrica dominante en el contexto histórico del griego: a falta de una crisis científica profunda, no era necesario ni oportuno el cambio de paradigma⁶⁶. Pues bien, algo así es lo que sucede con Hobbes: su modelo quedó aislado ante un marco iusfilosófico que no había entrado en crisis por completo. Sólo años más tarde empezaría a laminarse la idea del Derecho natural y a proponerse alternativas explicativas. En ese sentido, Hobbes no habría sido sino un excéntrico respecto al paradigma iusnaturalista dominante.

b) Rudolf von Jhering: en el epicentro del paradigma

El objetivo de este capítulo era mostrar la gran complejidad que subyace tras el concepto de positivismo jurídico. Por hacer un esfuerzo de síntesis, podría decirse que en el iuspositivismo confluyeron tres vectores históricos *sucesivos y complementarios*, íntimamente relacionados entre sí y determinados por un doble rango de mutaciones paradigmáticas: 1) por los *cambios epistemológicos* que empezaron a transformar la conciencia intelectual europea a partir del siglo XVIII; y 2) por la paulatina *transición ideológica* que invadió el continente desde mediados del siglo XIX. En líneas generales, cabe afirmar que estas tres líneas fueron el *historicismo*, el *naturalismo* y el *realismo o pragmatismo*⁶⁷. Es verdad que cada una de estas tendencias merecería una historia

⁶⁶ KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, cit., pp. 125-126.

⁶⁷ El realismo no es siempre equivalente al pragmatismo. No obstante, sí podría decirse que todo pragmatismo encierra un posicionamiento realista. Aquí utilizaremos ambas etiquetas de forma indistinta, porque el realismo de Jhering fue más bien de corte pragmático: no se trataba de una mera tendencia metafísica o gnoseológica, sino de una concepción pragmática respecto al papel de la ciencia y la filosofía jurídicas. Vid. por ejemplo HEBEISEN, Michael Walter, *Pragmatismus, Pluralismus, Realismus*, Bd. 1, Schweizerischer Wissenschafts- und Universitätsverlag, Biel/Bienne, 2005, pp. 339-343. En lo que se

intelectual independiente, pero las tres se hallan imbricadas y alojadas por el gran paradigma positivista al que dieron y dan forma. Lo que articula el complejo retablo que se ha intentado bosquejar hasta ahora es la confluencia de esas tres oleadas, tanto en su vertiente filosófica como en su dimensión jurídica.

Tomemos como ejemplo la filosofía de Comte. Su sistema de pensamiento resulta incomprendible sin una integración de los tres aspectos señalados. Para empezar, toda su teoría se basó en una consideración evolutiva de la historia, hasta el punto de que a veces se asemejaba a una fantástica teodicea. Dividía la historia de la humanidad, en efecto, en tres grandes periodos que se sucedían a través de un desenvolvimiento cuasi espiritual: el teológico, el metafísico y el científico. Si en el primero dominaba la creencia irracional en seres sobrenaturales, en el segundo éstos se sustituían por un mundo de esencias de carácter más terrenal y corpóreo. En el estadio científico, por último, se abandonaba la aspiración a cualesquiera absolutos no cotejables mediante la experiencia, tanto si eran naturales como sobrenaturales⁶⁸. En este bosquejo dialéctico y un tanto espiritual de la historia, José Martín Valverde ha querido ver, con expresión afortunada, un “hegelismo de vía estrecha”⁶⁹.

Ahora bien, además del historicismo, también se dio la impronta naturalista en su filosofía. En opinión de Comte, era necesario desterrar el pensamiento especulativo en todos los órdenes del saber, para reemplazarlo por un método basado en la observación y la inducción de leyes generales. Sin embargo, lejos de restringir sus conclusiones a las ciencias naturales, pensaba que también debían aplicarse a la ética y la sociedad. Al igual que en la física, la química o la biología, el método empírico tenía que utilizarse para la investigación de los hechos morales y sociales. No sólo con el afán de construir un sistema de ciencias completo, sino porque éstas eran, a su juicio, las disciplinas de mayor importancia para el ser humano⁷⁰. Asimismo, fiel a su concepción escatológica de la historia, sostenía que tal era el destino del estadio de desarrollo científico, la fase final de una larga carrera en pos del conocimiento⁷¹.

refiere a la noción de pragmatismo, que en principio suele identificarse con una corriente de pensamiento norteamericano bien concreta, su uso aquí será bastante más laxo. De hecho, el primer empleo filosófico de este concepto tuvo lugar durante la discusión sobre el método en Alemania, a principios del siglo XIX, y no en la obra de filósofos como Charles Pierce o John Dewey. Vid. ELLING, Elmar, “Pragmatismus, Pragmatizismus”, en AA. VV., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 7, cit., pp. 1244-1249.

⁶⁸ COMTE, Auguste, *Discurso sobre el espíritu positivo*, trad. de José Manuel Revuelta y Consuelo Bergés, Folio, Barcelona, 2002, pp. 105-117.

⁶⁹ MARTÍN VALVERDE, José, *Vida y muerte de las ideas*, cit., p. 248.

⁷⁰ Vid. GEYMONAT, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, cit., pp. 553-555.

⁷¹ COMTE, Auguste, *Discurso sobre el espíritu positivo*, cit., pp. 112-117.

Por último, y como colofón del sistema, Comte consideró que la renovación intelectual debía ponerse al servicio del progreso. Lejos de las tendencias meramente especulativas, la ciencia no sólo debía ser un camino hacia la verdad abstracta, sino un auténtico instrumento para la acción. En sus propias palabras, la renovación del método debía enderezarse hacia “la satisfacción continua de nuestras propias necesidades, lo mismo las concernientes a la vida contemplativa que a la vida activa (...). En efecto, el estudio positivo de la naturaleza humana comienza hoy a ser universalmente considerado, en especial, como base racional de la acción de la Humanidad sobre el mundo exterior”⁷². He aquí también el elemento pragmatista. Comte tiene en mente un macro-proyecto científico, de cuya efectividad y unidad depende el porvenir de la humanidad. Sólo fomentando un verdadero vuelco científico hacia el realismo, en su opinión, podía constituirse una organización social racional, eficaz, dominadora de la naturaleza y encaminada al bienestar⁷³.

Pues bien, al igual que en el campo de la filosofía pura, también en la filosofía jurídica positivista se dio la confluencia de estos tres vectores. De forma paulatina y desigual entre unos y otros autores, pero con una homogeneidad destacable, cada una de estas oleadas fue contribuyendo a asentar los cimientos del paradigma. Mientras que en algunas corrientes el elemento historicista aparece más sobredimensionado –como en la escuela histórica– en otras es el pragmatismo quien asume el papel preponderante –así en el realismo jurídico–. No obstante, en mayor o menor medida, de forma más o menos solapada, estos tres son los ingredientes de cualquier apuesta iuspositivista. Podría argüirse, por ejemplo, que las corrientes sociológicas de principios del XX renegaron de la forma en que la escuela histórica llegó a mixtificar la historia⁷⁴. Y sin embargo, en su mismo propósito de sociologizar el pensamiento jurídico se encontraba ya injerto el licor destilado del historicismo: antes que concepto, norma o regla abstracta, el Derecho es reflejo de condiciones o situaciones históricas concretas⁷⁵.

Por todo ello, Jhering tiene una importancia central en el paradigma positivista. Podría decirse que, a lo largo de su compleja evolución intelectual, fue atravesando cada una de estas diversas ráfagas, como si su pensamiento se impregnara del conjunto de factores que se estaban concitando en aquel alambique de ideas. Algunas veces se ha

⁷² COMTE, Auguste, *Discurso sobre el espíritu positivo*, cit., p. 119 y 125.

⁷³ COMTE, Auguste, *Discurso sobre el espíritu positivo*, cit., pp. 147-151.

⁷⁴ Vid. KANTOROWICZ, Hermann, “Was ist uns Savigny?” [1911], en ID., *Rechtshistorische Schriften*, hrsg. von Helmut Coing und Gerhard Immel, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1970, pp. 397-417.

⁷⁵ Vid. TREVES, Renato, *La sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, trad. de Manuel Atienza, Ariel, Barcelona, 1988.

señalado la dificultad de clasificarle en la historia de la filosofía jurídica⁷⁶. Fue historicista y a la vez crítico de sus excesos, formalista y a la vez enemigo de un uso descomedido de la lógica, amigo del naturalismo pero fustigador del reduccionismo causa-efecto. En realidad, esta variedad no hacía sino reflejar la apasionante evolución interna del positivismo, su consustancial pluralidad metódica y su enorme atractivo como nuevo paradigma filosófico y científico. En ese sentido decimos que Jhering se hallaba en su epicentro: de algún modo, en él se aglutinaron todos los motivos que han terminado configurando el iuspositivismo contemporáneo.

Hace un momento se afirmaba que el historicismo, el naturalismo y el realismo aparecieron de forma *sucesiva y complementaria*. De forma sucesiva, porque cada una de esas oleadas se constituyó en presupuesto necesario para la siguiente. De forma complementaria, porque se terminaron engarzando de un modo orgánico entre sí, como las caras de una misma moneda. Jhering es un magnífico ejemplo de esta especie de transición interna. La polémica en torno a sus distintas etapas, a sus virajes y contradicciones, a su eclecticismo y su hipotético diletantismo, se explicaría así mediante esta consideración evolutiva del asentamiento del paradigma. Como en un corte estratigráfico, en sus obras se fueron depositando cada una de estas variantes, combinándose y confundiéndose entre sí de un modo inextricable. En esta amalgama de motivos positivistas, que en él se dieron cita en una espléndida mixtura, residen también las deficiencias y las grandezas de su pensamiento.

En los primeros compases de su trayectoria intelectual, encontramos la dimensión historicista elevada hasta cotas comparables con las de sus maestros. En el primer tomo del *Espíritu del Derecho romano*, aunque se mostraba ya crítico con las ideas nacionalistas de Savigny, la valoración por el enfoque histórico era notable. En lugar de instrumentarlo desde el punto de vista nacional, el Derecho romano era para él una vía hacia la universalidad⁷⁷; en lugar de detenerse en una contemplación filológica de las fuentes, le interesaba entender los principios fundamentales que guiaban el desarrollo del Derecho romano y del Derecho en general⁷⁸. A pesar de la gran disparidad de planteamientos que marcaba así con respecto a sus antecesores, también ésta era una posible versión del historicismo. Y es que, en su opinión, ya no cabía una ciencia o una filosofía jurídica sin dicho enfoque: “hoy en día es ya indiscutible que el Derecho no es,

⁷⁶ CHARMONT, Joseph, *La renaissance du droit naturel*, cit., pp. 84 y ss.

⁷⁷ JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, §1, cit., pp. 1-16.

⁷⁸ JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, §2, cit., pp. 16-25.

como se concebía antes, un agregado externo de determinaciones arbitrarias que debe su origen a la reflexión del legislador, sino un producto de la historia internamente completo, al igual que la lengua de un pueblo”⁷⁹.

Con todo, ya en esta fase de su pensamiento han calado otros elementos del paradigma. En particular, el naturalismo. En la misma sede en la que polemizaba con el enfoque filológico exacerbado y con el nacionalismo de sus predecesores –Savigny y Stahl–, se mostraba partícipe de una naturalización de la ciencia del Derecho⁸⁰. Sólo así era posible, en su opinión, obtener verdaderos frutos de la romanística: “en lugar de la lupa, si la comparación es lícita, necesitamos el telescopio; en lugar de una crítica que tenga por objeto las formas de tradición del Derecho romano, los manuscritos, las variantes, etc., necesitamos una crítica del Derecho en absoluto, una teoría natural y general del mismo. Quien quiere medir, necesita un baremo, y el baremo para enjuiciar un Derecho particular tan sólo nos lo puede ofrecer una teoría general de la naturaleza y las formas de manifestación del Derecho en absoluto (...). A medida que la teoría natural y general del Derecho se perfeccione sobre la senda iusfilosófica y empírico-comparativa, enriqueciéndose con nuevos conceptos y perspectivas, también se elevará la comprensión de la verdadera esencia del Derecho romano”⁸¹.

Con semejante planteamiento, pese a los interminables reproches que recibió por parte de los romanistas e historiadores demasiado apegados al comentario riguroso de las fuentes, en realidad dio un enorme vuelco al historicismo. A partir de entonces, éste dejaría de ser un fin en sí mismo y se transformaría en un trampolín para el desarrollo del pensamiento jurídico, en una especie de basamento irrenunciable, pero insuficiente por sí solo⁸². En este sentido es en el que cabe interpretar las siguientes palabras de Kantorowicz: “el historicismo tampoco es idéntico al gusto por la investigación histórica; al contrario, como aquí se mostrará, es enemigo de esta investigación. Por eso,

⁷⁹ JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, §3, cit., pp. 25-26. Vid. también MARINI, Giuliano, “La storicità del diritto e della scienza giuridica nel pensiero di Jhering”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, cit., pp. 155-164: “en una difícil sucesión de posiciones teóricas diversas, una tensión unitaria empuja al autor hacia la profundización de la naturaleza histórica del Derecho y de la ciencia jurídica...”.

⁸⁰ Vid. LOOS, Fritz und SCHREIBER, Ludwig, „Recht, Gerechtigkeit“, en AA. VV., *Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, hrsg. von Otto Brunner, Werner Conze und Reinhart Koselleck, Bd. 5, Klett-Cotta, Stuttgart, 1984, pp. 289-293.

⁸¹ JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, §2, cit., p. 23-24.

⁸² MARINI, Giuliano, „La storicità del diritto e della scienza giuridica nel pensiero di Jhering“, cit., pp. 155 y ss.: “Vista en la peculiar continuidad de su relación con la escuela histórica, la obra de Jhering representa la *disolución crítica* de ésta: por el rechazo de instrumentos teóricos como el de la fe en una originaria espontaneidad creativa del pueblo y de posicionamientos prácticos como el de la crítica frente a la legislación; pero representa también su *conclusión positiva*, por la fidelidad mantenida, aunque con nuevos instrumentos, a la tesis de la historicidad del Derecho y de la ciencia jurídica” (pp. 155-156).

entre los opositores de la escuela histórica siempre se encontraron (y todavía hoy se encuentran) entusiastas y relevantes historiadores del Derecho como Gans, Bruns o Jhering. Antes bien, el historicismo es aquella unilateralidad del pensamiento que en el objeto de una ciencia tan sólo ve (o ve preferiblemente) un objeto que ha de manejarse desde el punto de vista histórico”⁸³.

Siguiendo esta senda metodológica, que pasaba por la superación del historicismo *stricto sensu*, encontramos el escrito que Jhering redactó para el primer volumen de la revista fundada con Gerber en 1857: *Unsere Aufgabe - Nuestra misión*⁸⁴. En este texto programático, Jhering se manifestaba favorable a una renovación de la ciencia jurídica más allá de las ideas de Savigny. En 1815, éste había redactado un prólogo para la revista fundada y dirigida con Karl Friedrich Eichhorn (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft - Revista para la ciencia histórica del Derecho*), en el que trazaba una neta divisoria entre dos visiones de la ciencia jurídica: la *histórica* y la *no histórica*. Desde su punto de vista, tal era la gran cesura de su tiempo y su tarea era lograr una conversión historicista general⁸⁵. Casi medio siglo más tarde, Jhering pensaba que era necesaria otra vuelta de tuerca. Si en la época de Savigny la frontera estaba entre la ciencia jurídica histórica y la que no lo era, ahora la linde se encontraba entre la ciencia jurídica *receptiva* y la *productiva*⁸⁶. En su opinión, el historicismo debía abandonar la actitud pasiva en la que estaba postrado, para empezar a trabajar y construir el material histórico con un espíritu activo.

En este propósito se encuentran las raíces del positivismo formalista que empezó a dominar la escena hacia mediados del siglo XIX. Antes que recibir la historia en bruto, se trataba de manejarla como en un laboratorio, diseccionando el material y sintetizando nuevas instituciones, identificando la “*anatomía* del organismo jurídico” y desvelando las leyes de su “*fisiología*”⁸⁷. En suma, despreciando el contenido histórico concreto y descubriendo el esqueleto que daba forma abstracta, absoluta, a todas las instituciones jurídicas posibles, tanto en el tiempo como en el espacio. En semejante apuesta metódica, Jhering creía ver una aplicación del naturalismo a la ciencia del Derecho. De ahí todas las analogías terminológicas extraídas de las ciencias naturales, por las que

⁸³ KANTOROWICZ, Hermann, “Was ist uns Savigny?”, cit., pp. 401-402.

⁸⁴ JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe”, en ID., *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I, Scientia Verlag, Aalen, 1981, pp. 1-46.

⁸⁵ SAVIGNY, Friedrich Carl von, „Über den Zweck dieser Zeitschrift“ [1815], en AA. VV., *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, 2. Aufl., hrsg. von Hans Hattenhauer, Verlag Franz Vahlen, München, 2002, pp. 201-205. Hay trad. esp. en AA. VV., *El ámbito de lo jurídico*, cit., pp. 22-31.

⁸⁶ JHERING, Rudolf von, “Unsere Aufgabe”, cit., pp. 3-7.

⁸⁷ JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, I, §§3-4, pp. 25-58. Las cursivas son nuestras.

después sería criticado con inquina⁸⁸. No en vano, él mismo caracterizó dicha vía como un método histórico-natural, queriendo así indicar la necesidad de complementar el historicismo con una aproximación a las ciencias naturales⁸⁹.

Visto desde la perspectiva actual, más bien se trataba de una quintaesencia del formalismo que también se dio en tendencias como las de Austin, Bierling, Merkel o Somló. Además, como bien ha señalado Losano, la recurrencia a metáforas naturalistas solía aparecer cuando Jhering encontraba dificultades conceptuales⁹⁰. Sea como sea, el hecho es que estaba intentando ir un paso más allá de las aporías historicistas y reconstruir una ciencia del Derecho rigurosa tras el derrumbe del iusnaturalismo. En el fondo se trataba de algo previsible: desplomado el armazón del Derecho natural por el ariete historicista, era necesario buscar una senda alternativa para rehabilitar el pensamiento sistemático. Y el historicismo sin más, pese a ser un requisito *sine qua non* de esta nueva etapa, no ofrecía posibilidades en ese sentido. Jhering se afanó en buscar este camino a través de un arsenal de conceptos importado de la biología. Pese a la notable falta de rigor y claridad que consiguió con ello, es muy significativo de la época que se vivía y, sobre todo, ilustra a la perfección la contaminación naturalista que estaba produciéndose en el mundo intelectual⁹¹.

La puntilla para cerrar el círculo del paradigma iuspositivista, su acercamiento a una filosofía realista, vendrá sólo algún tiempo más tarde. A partir de los años sesenta del siglo XIX, Jhering empezó a sentir la necesidad de transitar hacia una ciencia menos especulativa⁹². El historicismo, con su exaltación de las fuerzas históricas subyacentes y de espíritus inmanentes a la nación, se le antojaba preñado de sofismas metafísicos e inasequibles al conocimiento racional. Frente a semejantes entelequias, en su opinión, el Derecho era más bien lucha, trabajo, crisol de necesidades e intereses materializados en reglas, conquistadas sólo tras un esfuerzo mensurable en vidas, presiones políticas y

⁸⁸ Vid. JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, II-2, „Vorrede“, cit., p. XII y ss.

⁸⁹ Vid. LUIG, Klaus, “Recht zwischen Natur und Geschichte. Das Beispiel Rudolf von Jhering”, en AA. VV., *Recht zwischen Natur und Geschichte. Le droit entre nature e histoire*, hrsg. von Jean-François Kervégan und Heinz Mohnhaupt, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1997, pp. 281-303.

⁹⁰ LOSANO, Mario G., *Sistema e struttura nel diritto*, vol. I, cit., p. 287.

⁹¹ LOSANO, Mario G., “Dichtung und Wahrheit in Jherings Konstruktionslehre”, en AA. VV., *Jherings Erbe*, cit., pp. 142-154: “de hecho, su época estaba dominada por las ciencias naturales, y a ellas se remite Jhering cuando tropieza con dificultades conceptuales en su intento por otorgar un carácter científico a sus reflexiones. Sin embargo, se limita a tomar expresiones e imágenes de la ciencia natural” (p.146).

⁹² WIEACKER, Franz, *Rudolph von Jhering*, 2ª ed., K. F. Koehler Verlag, Stuttgart, 1968, pp. 32 y ss. Fue al intentar resolver un caso práctico concreto mediante la aplicación rigurosa del método lógico y conceptual (que todavía defendía por aquel entonces), cuando empezó a apercibirse del error que ello entrañaba: si se seguían los pasos de la lógica y de un razonamiento desvinculado de las circunstancias concretas del caso, la solución a la que se llegaba resultaba manifiestamente injusta.

conflictos sociales: “la teoría dominante de Savigny y Puchta sobre el nacimiento del Derecho no nos ilustra en absoluto. Según ésta, la formación del Derecho discurre de forma tan indolora como la lengua o el arte: no requiere pugna, ni lucha, ni tan siquiera búsqueda, sino que es la fuerza de la verdad operando silenciosa, abriéndose camino despacio y sin violencia, pero con firmeza”⁹³.

Frente a esta visión de las cosas, pensaba Jhering, el Derecho avanzaba a fuerza de tensiones, conflictos y luchas permanentes: “la paz sin lucha y el gozo sin trabajo pertenecen a la época del paraíso; la historia sólo conoce ambas cosas como resultado de un trabajo constante y fatigoso (...). Todos los grandes logros que se han registrado en la historia del Derecho, la abolición de la esclavitud y la servidumbre, el derecho de propiedad y de comercio, la libertad de pensamiento, etc., han tenido que ser conquistados a lo largo de arduas y a menudo seculares luchas. No pocas veces, son ríos de sangre y derechos pisoteados por doquier los que dibujan el camino que el Derecho ha ido dejando atrás. Pues el Derecho es como Saturno devorando a sus hijos; sólo puede renovarse cuando arrambla con su propio pasado”⁹⁴.

Por un lado, vemos aquí el aliento historicista heredado de sus maestros. Por otro lado, sin embargo, éste se ha tornado conflictualista⁹⁵. Mientras que Savigny atacaba al iusnaturalismo contractualista mediante una entronización romántica de la historia y el espíritu del pueblo, Jhering lo hacía desde una visión realista de la historia, entendida como devenir dialéctico y agonístico. Mientras que el primero percibía el cambio como una consecuencia inevitable del desarrollo inmanente de la nación, el segundo concebía las transformaciones jurídicas como un fruto de la acción humana, como un resultado de fuerzas e intereses que entraban en conflicto y desencadenaban la gestación de nuevas normas e instituciones. En este sentido, pueden verse aquí dos grandes rupturas epistemológicas entre Jhering y el ya citado Hobbes: historicismo y conflictualismo frente a racionalismo y contractualismo.

Además de este cambio epistemológico de doble rasero –contra el contractualismo y contra las falacias de un historicismo exacerbado–, Jhering también realizó una crítica ideológica a la teoría de Savigny. En su opinión, no sólo se trataba de una actitud científica equivocada, sino de un artificio pensado para sustraer al pueblo la posibilidad

⁹³ JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., p. 12

⁹⁴ JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., pp. 11 y 15-16.

⁹⁵ Sobre el conflictualismo como tendencia anticontractualista en Jhering, vid. MUGUERZA, Javier, “La lucha por los derechos (Un ensayo de relectura libertaria de un viejo texto liberal)”, en *Revista internacional de filosofía política*, nº 15, julio 2000, pp. 43-59. También sobre el conflictualismo, aunque no con referencia explícita a Jhering, vid. TREVES, Renato, *La sociología del derecho*, cit.

de modificar su Derecho de forma consciente y proactiva⁹⁶: “como posición teórica es falsa, pero inofensiva; como máxima política, contiene una de las doctrinas más erróneas y perniciosas que puedan pensarse, porque en un campo en el que el ser humano debería actuar con una clara e íntegra conciencia de sus fines, con una movilización de todas sus fuerzas, se le llama a la paciencia, se le dice que las cosas se hacen por sí solas, que lo mejor que puede hacer es poner mano sobre mano y esperar confiadamente a que la convicción jurídica nacional emerja poco a poco de la fuente primigenia del Derecho. De ahí se deriva el rechazo de Savigny y todos sus discípulos a la interferencia de la legislación”⁹⁷.

Junto a la crítica contra la evanescencia conceptual del historicismo y sus derivadas políticas, Jhering evolucionó hacia un progresivo rechazo de la idea tradicional de sistema jurídico. Como ha señalado Losano, ya en el segundo tomo del *Espíritu del Derecho romano* (1858) aparecen dudas respecto al modelo sistemático y las analogías naturalistas⁹⁸. Así es como se pronunciaba el alemán: “por mi parte, me he acogido a la máxima de evitar la expresión ‘orgánico’ siempre que pueda”⁹⁹. Esta afirmación, que contrasta con la retórica naturalista del primer tomo, se irá convirtiendo en escepticismo frente a la pertinencia del pensamiento sistemático. Poco a poco crecerán las alusiones a la idea de fin y de interés, y se desechará la posibilidad de hallar una clave unitaria para sistematizar el Derecho en su conjunto. Lejos de existir un *orden lógico aplicable* a éste, o un *principio unitario oculto* entre sus mimbres, Jhering concluirá que lo único que hay son fines sociales contingentes: son éstos los que explican el nacimiento y la evolución del Derecho¹⁰⁰. Y así, frente a la técnica jurídica tradicional y al formalismo – que se empeñaban en buscar una *estructura racional*–, la sociología se convertía en la vía científica por antonomasia. Parangonando un célebre título de Bobbio, se cumplía así un viraje metodológico central: de la *estructura* a la *función*¹⁰¹.

⁹⁶ Vid. ALAS “CLARÍN”, Leopoldo, “Prólogo” a JHERING, Rudolf von, *La lucha por el Derecho*, Doncel, Madrid, 1976; POSADA, Adolfo, “Prólogo” a SAVIGNY, Friedrich Carl von, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*, La España Moderna, Madrid, s. f., pp. 5-15.

⁹⁷ JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., p. 17. Sobre el mismo aspecto, vid. también JHERING, Rudolf von, “Friedrich Karl von Savigny”, en ID., *Gesammelte Aufsätze*, II, cit., pp. 1-22. Hay trad. esp. en AA. VV., *El ámbito de lo jurídico*, cit., pp. 32-48.

⁹⁸ LOSANO, Mario G., “Dichtung und Wahrheit in Jherings Konstruktionslehre”, cit., pp. 150 y ss.

⁹⁹ JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts*, II-2, 39, cit., p. 352.

¹⁰⁰ LOSANO, Mario G., “Dichtung und Wahrheit in Jherings Konstruktionslehre”, cit., p. 154; ID., *Sistema e struttura nel diritto*, cit., pp. 298 y ss.

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, prefazione di Mario G. Losano, Laterza, Roma-Bari, 2007.

Desde una visión chata de lo que significa positivismo, podría pensarse que esto supuso el abandono del paradigma o una mitigación de sus consecuencias. Sin embargo, tal y como aquí se ha argumentado, el positivismo es un modelo de pensamiento de largo recorrido, cargado de derivadas y posibilidades diversas. Con este tránsito a una ciencia jurídica realista y pragmatista, en realidad se estaba cumpliendo un paso fundamental para el asentamiento del paradigma, una especie de profundización en las opciones que éste había abierto. Y es que, de algún modo, esta vuelta de tuerca incluía ya a las anteriores. Al *historicismo*, por cuanto el realismo exigía concebir el Derecho dentro de marcos espacio-temporales, incardinado en las circunstancias de la vida concreta. Y al *naturalismo*, por cuanto el realismo también requería el método empírico como baremo fundamental de lo científico: la oleada sociológico-jurídica, en el fondo, no era sino la adaptación de esos principios metodológicos al estudio del Derecho. En cierto modo, lo que sucedió se parece a lo que Hegel denominaba *Aufhebung* –abolición o abrogación en el lenguaje común– cada nueva fase dialéctica supera a la anterior, pero sin expulsarla, destruirla o arrinconarla, sino enriqueciéndose con ella y aglutinándola en su seno¹⁰².

En este sentido, podría decirse que Jhering fue el artífice principal de una mutación micro-paradigmática o meso-paradigmática dentro del lecho general del positivismo. No en vano, buena parte de las tendencias antiformalistas y sociologistas examinadas en el primer capítulo son deudoras de sus enseñanzas: Pound en el ámbito anglosajón, Kantorowicz o Heck en el germano, Gény o Saleilles en el francés, Posada en España, Murontsev o Korkunov en Rusia... Toda una generación de juristas, embarcados en la creación de una nueva tendencia sociologista para la filosofía del Derecho, se basó en las sugerencias de Jhering para gestar esta reorientación general del paradigma positivista. Aunque el cambio no fue realizado por él mismo, sus críticas al historicismo y al formalismo extremo contribuyeron a este “viraje hacia la criptosociología”¹⁰³. Es así como el llamado segundo Jhering, lejos de ser anti-positivista, facilitó la aparición de un sub-paradigma sociológico en su seno, una línea filosófica de enorme fecundidad e interés para entender el pensamiento jurídico del siglo XX.

¹⁰² Vid. FULDA, Hans Friedrich, „Aufheben“, en AA. VV., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, cit., pp. 618-619.

¹⁰³ FUCHS, Ernst, “Jhering und die Freirechtsbewegung”, ID., *Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre*, hrsg. Von Albert Foulkes und Arthur Kaufmann, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1965, p. 185.

Esta especie de transición interna, en suma, no consistió sino en el paulatino asentamiento de las líneas maestras del paradigma, en una sedimentación acompasada de sus potencialidades. Al igual que había sucedido con el positivismo filosófico, también el positivismo jurídico estuvo marcado en sus inicios por la herencia del romanticismo¹⁰⁴. Si los excesos historicistas de Comte le habían acercado peligrosamente a una visión metafísica e idealista del progreso, también en Savigny y sus discípulos se manifestó este espíritu romántico¹⁰⁵. El propio Jhering maduro, en *La lucha por el Derecho*, fue capaz de detectar y censurar sin ambages esta huella: “la escuela histórica también podría llamarse romántica. Es una idea verdaderamente romántica, esto es, basada en una falaz idealización de los estados pretéritos, creer que el Derecho se construye sin dolor, sin fatigas, sin acción, al igual que la planta en el campo...”¹⁰⁶. Pese a todo, frente a estos primeros pasos, las sucesivas oleadas del naturalismo y el pragmatismo facilitaron el desprendimiento de este fondo y el tránsito hacia el realismo. Sea como sea, cada una de estas fases es necesaria para identificar la sustancia del iuspositivismo en su total complejidad.

Como ha tratado de mostrarse aquí, Jhering es una pieza clave de este trasiego y resulta una figura especialmente atractiva para comprender la dinámica del paradigma. Al revés de lo que sucedía con Hobbes, con él asistimos al pleno desenvolvimiento del positivismo jurídico, con casi todas sus variantes ya apuntadas y engrasadas. En este sentido, Jhering constituye el epicentro del paradigma, un foco en el que se condensaron los motivos de numerosas orientaciones posteriores. Tanto la semilla del formalismo kelseniano, como la del realismo jurídico y de las tendencias sociológicas, se encuentran alojadas –a veces de forma algo abigarrada– en las sucesivas capas de su pensamiento: “aunque el positivismo pueda seguirse más fácilmente en autores posteriores, y aunque en otros se presente más diáfano desde el punto de vista constructivo, aquí se manifiesta más bien como el producto de un trabajo artesanal (...). Simplificando, podría definirse toda la obra de Jhering como una batalla por lograr una cosmovisión jurídica, y es bien

¹⁰⁴ GEYMONAT, Ludovico, *Historia de la filosofía y de la ciencia*, cit., pp. 548-549: “fijándose en ciertas manifestaciones tardías del movimiento positivista (...), algunos viejos historiadores de la filosofía quisieron ver en él una reacción contra el idealismo romántico. Esta opinión resulta insostenible en nuestros días, después de que los más recientes estudios hayan evidenciado las analogías que existen entre los movimientos romántico y positivista, y las profundas influencias del primero sobre el segundo (en especial sobre Saint-Simon y Comte).

¹⁰⁵ KANTOROWICZ, Hermann, „Was ist uns Savigny?“, cit., pp. 49-51.

¹⁰⁶ JHERING, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht*, cit., p. 18.

característico el que esta obra, en cada una de las fases de su desarrollo, siempre se quedara apuntada como un mero boceto”¹⁰⁷.

Paradójicamente, el propio Jhering se refirió al positivismo con bastante desprecio en una ocasión, entendiendo por tal a las corrientes legalistas exacerbadas y a una actitud pasiva frente a la norma¹⁰⁸. Con semejante presunción, al igual que tantos otros contemporáneos y que algún sector de la doctrina actual¹⁰⁹, estaba haciendo gala de una comprensión sesgada del significado del positivismo para la conciencia jurídica occidental. Sin embargo, desde el punto de vista que aquí se ha expuesto, pretender catalogar a Jhering como pre-positivista o anti-positivista sería desconocer la profunda magnitud del cambio paradigmático producido. Incluso aquellos que creyeron no pertenecer a este mundo de ideas, como Gierke o como él mismo, se encontraban en su pleno apogeo. Lo único que ocurre es que, frente a las aporías del legalismo y del historicismo exacerbado, frente a la insuficiencia del enfoque formalista y de un naturalismo extremo, Jhering constituyó un hito entre dos sub-paradigmas internos. Creyendo dinamitar con ello el positivismo, en realidad no logró sino ahondar en una de sus posibilidades más fecundas. Con el tránsito al realismo y a las teorías sociológicas, en efecto, se estaban abriendo las puertas al positivismo del siglo XX¹¹⁰.

¹⁰⁷ HIPPEL, Ernst von, „Rudolf von Jhering als Begründer des Rechtspositivismus“, en *Neues Abendland*, 1951, pp. 322-326. La cita está extraída de la p. 322.

¹⁰⁸ JHERING, Rudolf von, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*, cit., pp. 50-55.

¹⁰⁹ RIEZLER, Erwin, „Der totgesagte Positivismus“, cit., pp. 239-241.

¹¹⁰ En opinión de Felipe González Vicén, fueron Jhering y Gierke quienes sellaron el hiato entre estos dos periodos: “en el umbral del pensamiento jurídico contemporáneo en su sentido más estricto, con un pie ya en su temática y apuntando a sus problemas, se hallan dos figuras de carácter universal: Rudolf von Jhering y Otto von Gierke (...). La época que cierran es el siglo XIX, una época que vive de la herencia de la Escuela histórica, aunque también de su liquidación, la época de la ‘dogmática’ y del ‘método jurídico’, para la que el Derecho es sólo un hecho normativo, una forma abstracta de posibles relaciones humanas, sin relación con el ser de las comunidades históricas. La época que abren es nuestra época misma; una etapa del pensamiento jurídico que entiende el Derecho esencialmente como fenómeno social sólo comprensible desde la realidad concreta de los grupos humanos. Este modo de entender el Derecho es impensable sin la obra de Jhering y de Gierke. Lo mismo la sociología jurídica que el ‘objetivismo’, la escuela del Derecho libre, la hermenéutica de los intereses, el pluralismo jurídico y político, todas las direcciones, en suma, que, más o menos decisivamente, constituyen el horizonte jurídico de nuestra situación histórica tienen, de una u otra manera, su origen último en Jhering y Gierke”. Vid. GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La teoría del derecho y el problema del método jurídico en Otto von Gierke, en ID., *Estudios de filosofía del Derecho*, cit., pp. 259-260.