

Roberto M. JIMÉNEZ CANO, *Una metateoría del positivismo jurídico*, prólogo de Gregorio Peces-Barba, Marcial Pons, Madrid, 2008, 309 pp.

LUIS LLOREDO ALIX

Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: positivismo jurídico incluyente, positivismo jurídico excluyente, metodología positivista, naturalismo, análisis filosófico.
Keywords: inclusive legal positivism, exclusive legal positivism, positivist methodology, naturalism, philosophical analysis.

La discusión sobre el positivismo jurídico es una de las más complejas y enconadas de la filosofía del Derecho contemporánea. Desde las primeras apariciones históricas de la expresión, hacia finales del siglo XIX, la etiqueta de positivismo jurídico se configuró como un apelativo despectivo para referirse a una serie de autores y movimientos. Así es como Otto von Gierke pudo hablar, por ejemplo, del positivismo “obtuso”¹, y así es como Hans Kelsen, en un escrito de 1954, se lamentaba de la “cruzada contra el positivismo”². Más adelante, a finales del siglo XX, Norbert Hoerster ha denunciado que en la filosofía del Derecho alemana se considere “hasta de buen tono” rechazar y condenar al positivismo jurídico³. A través de estos ejemplos puede comprobarse cómo, en realidad, la noción de iuspositivismo ha estado en el punto de mira desde sus inicios hasta la actualidad. O bien desde las filas del vetusto Derecho natural, o bien desde nuevas orientaciones que se han auto-atribuido el título de superadoras en repetidas ocasiones, parece que el positivismo haya estado en crisis desde su mismo nacimiento.

¹ O. von GIERKE, *Naturrecht und Deutsches Recht. Rede zum Antritt des Rektorats der Universität Breslau*, Literarische Anstalt Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1883, p. 11.

² H. KELSEN, *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin*, ed. por Eckhart Arnold, trad. de Isolda Rodríguez y Joaquín Etoarena, Katz, Buenos Aires, 2006, pp. 15 y ss.

³ N. HOERSTER, *En defensa del positivismo jurídico*, 2ª ed., trad. de Jorge Malem, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 9.



Desde este punto de vista, no es extraño que hayan menudeado las monografías y artículos destinados a preguntarse por la “esencia” o los “fundamentos” del positivismo jurídico. Especialmente desde los años sesenta del siglo XX, como consecuencia de un célebre congreso celebrado en la ciudad italiana de Bellagio, se ha abierto paso un filón de estudios sobre el tema. Primero acosado por el hipotético renacimiento del Derecho natural tras la segunda guerra mundial, y después por la aparición de las corrientes neoconstitucionalistas y principialistas –desde los años ochenta en adelante–, el positivismo jurídico ha constituido un tema de gran interés doctrinal, un campo de batalla sobre el que se han cernido apologetas y detractores de muy diverso signo. Desde acercamientos históricos como el de Felipe González Vicén, hasta aproximaciones ideológicas como la de Uberto Scarpelli –pasando por la tradicional remisión a cuestiones epistemológicas– se han sucedido aportaciones desde muy distintos frentes.

La obra del profesor Roberto Jiménez Cano se inserta en el epicentro de esta suerte de cuadrilátero teórico, puesto que afronta la problemática desde una de las perspectivas más difíciles y trascendentales que pueden adoptarse en una discusión como la que se ha descrito: la de la metateoría. La metateoría, como indica el prefijo que acompaña a esta palabra, es la teoría de la teoría. Y una metateoría del positivismo jurídico, por lo tanto, pretende ser una teoría del positivismo jurídico, es decir, una reflexión sistemática de los presupuestos y los métodos que maneja esta corriente de pensamiento a la hora de describir el Derecho. A tenor de lo dicho, el nivel de abstracción que se plasma en este trabajo es doble, algo que resulta tan ambicioso como prometedor. Por si fuera poco, el autor establece desde el principio que la pretensión de esta metateoría no es solamente descriptiva, sino también prescriptiva. En este sentido, la metateoría del iuspositivismo que nos ofrece el profesor Jiménez Cano no se desarrolla sólo como un compendio abarcador de las teorías del Derecho positivistas, ni con la mera intención de levantar acta de sus fundamentos metodológicos, sino con la idea de dictaminar cuáles son los criterios más adecuados para forjar una teoría iuspositivista. O dicho de otra manera: el objetivo final de este trabajo es proponer –prescribir, establecer, fijar– cuáles son las líneas rojas que todo autor debe respetar si lo que quiere es diseñar una teoría positivista rigurosa y, en última instancia, merecedora de tal apelativo.

En todos los sentidos anteriores es en los que afirmábamos que esta obra se coloca en el epicentro de la discusión sobre el positivismo. En primer lugar,



porque se sitúa en una atalaya de muy difícil acceso, la de la metateoría. El riesgo de ascender a semejante puesto de vigía es tan grande, como valiosa y esclarecedora es la vista que desde allí se alcanza si se logra llegar sin magulladuras. Y en segundo lugar, porque no se conforma con rendir cuentas del panorama, ni con el simple trazado de un mapa topográfico, sino que además se aventura a decirnos cuáles son los escollos y las sendas verdaderamente practicables del terreno. En el primer sentido, la obra es interesante porque nos plantea un estado de la cuestión bien trabado y ciertamente provechoso para cualquiera que se anime a conocer en profundidad los recovecos de una teoría tan intrincada como la del positivismo. Y es que, lejos de las frívolas alusiones que a veces se escuchan sobre esta corriente⁴, se trata de una teoría llena de matices y muy compleja en cuanto a sus bases metodológicas. En el segundo sentido, la obra es aún más interesante, porque se atreve a decirnos cuáles deben ser los requisitos de una teoría positivista cabal. Así las cosas, y lanzándose sin miedo al redil de la discusión contemporánea, apuesta sin género de dudas por la versión excluyente del positivismo jurídico: frente al canon iusfilosófico dominante –que parece haber sentenciado la imposibilidad de sostener el positivismo en variantes clásicas como la de Hart– el profesor Jiménez Cano niega la pretendida necesidad de las rectificaciones “incluyentes” o “incorporacionistas”, y mantiene la reivindicación de un positivismo jurídico excluyente, es decir, firme en la tradicional separación del Derecho y la moral. El resultado de este osado proyecto, conviene afirmarlo desde este preciso instante, es de una brillantez envidiable: no sólo podremos ver cómo el autor asciende sin traspies hasta el altozano de la metateoría, sino que lo veremos bajar sin el más mínimo rasguño.

El trayecto que nos ofrece Jiménez Cano se divide en dos bloques bien diferenciados. En el primero, quizá el más atractivo desde el punto de vista de la construcción conceptual que ha diseñado el autor, se abordan varios de los principales problemas metodológicos que subyacen al positivismo jurídico. Desde los objetivos que caracterizan a toda teoría iuspositivista hasta las herramientas propias de esta corriente, se desgranán aquí algunas cuestiones tan centrales como la de la teoría general del Derecho, el estatus del análisis filosófico como herramienta metodológica o, en otro orden de cosas, el significado de la ideología en el positivismo jurídico. En el segundo bloque del trabajo se pasa re-

⁴ Vid. E. RIEZLER, “Der totgesagte Positivismus”, en AA. VV., *Naturrecht oder Positivismus?*, 2. Aufl., hrsg. von Werner Maihofer, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1972, pp. 239-256.

vista a uno de los debates más significativos para la polémica actual respecto a la validez o la obsolescencia del positivismo: la controversia Hart-Dworkin y la subsiguiente retahíla de teorías –incorporacionistas, incluyentes, excluyentes, etcétera– que se han propuesto al hilo de la discusión. En esta parte se analizan los argumentos de cada una de las posturas en liza, se someten a juicio sus debilidades y fortalezas y, en el último capítulo, se toma partido por la versión excluyente. La bipartición del libro en estos bloques, como advierte su autor desde el comienzo, no debe llevar al equívoco de que la primera es descriptiva y la segunda prescriptiva, ni a la conclusión de que la primera se ocupa de aspectos metodológicos y la segunda de cuestiones teóricas. En realidad, metodología y teoría, descripción y prescripción se combinan sin cesar a lo largo de todo el trabajo. Lo que justifica esta distinción en dos partes es la tensión entre abstracción y concreción: mientras que en la primera parte se tratan las cuestiones más abstractas de la metateoría, en la segunda se procura trasladar el aparato conceptual anterior hasta las particularidades del debate contemporáneo.

En función de todo ello, el libro tiene dos posibles lecturas. O mejor dicho, puede aprovecharse de dos diferentes maneras. En primer lugar, empezando por el final –pero esto no quiere decir que ambas partes puedan concebirse separadamente, puesto que están ligadas de forma inescindible–, su lectura puede reportar un atractivo indudable para sumergirse en la discusión contemporánea respecto al positivismo jurídico. En este sentido, podrá aprovecharse como una contribución muy rigurosa a la comprensión de los argumentos en juego y, por otra parte, como un poderoso aparato metodológico para enjuiciar las posturas del debate. En segundo lugar, empezando por el principio, el libro del profesor Jiménez Cano puede constituirse en una referencia privilegiada para entender el positivismo jurídico *lato sensu*. En este sentido, su propuesta metodológica no sólo nos serviría para aprehender la diatriba del incorporacionismo, sino que podríamos utilizarla para entender la teoría positivista en muchas de sus variantes. Así es como el autor, en el capítulo primero, hace referencia al positivismo decimonónico y lo evalúa en función de los criterios metodológicos que entiende propios del paradigma positivista. Desde este enfoque, el modelo metateórico que nos brinda Jiménez Cano es aplicable a cualquier propuesta que se autodenomine positivista.

La tesis central que informa todo el libro se apoya en la consideración de que toda teoría positivista, para ser tenida como tal, ha de estar presidida por el propósito de ofrecer una teoría *general y descriptiva* del Derecho. *Gene-*



ral, en tanto que debe ofrecer un concepto de Derecho con independencia de sus contenidos concretos y del tiempo o el lugar en el que se manifieste la experiencia jurídica. En este sentido es en el que se entienden, por ejemplo, las variantes del positivismo formalista decimonónico, desde la jurisprudencia analítica de impronta anglosajona –con John Austin como representante paradigmático– hasta la teoría general del Derecho de raíz germánica –he ahí el ejemplo de Adolf Merkel–. *Descriptiva*, en tanto que la teoría positivista deberá detenerse en la frontera que separa el ser del deber ser. Si quiere ser fiel a sus presupuestos y no incurrir en una actitud ideológica respecto al Derecho bueno, correcto o preferible, está obligada a ofrecer una teoría meramente explicativa. En este sentido es en el que se entiende, por ejemplo, la corriente del realismo jurídico, especialmente en su versión norteamericana: aunque el autor se refiere también a la escandinava, sería en la anterior donde se manifestó con más fuerza el carácter descriptivo.

Precisamente al realismo se dedica el capítulo séptimo de esta obra, que el profesor Jiménez Cano sitúa como colofón del primer bloque. A juicio del autor, en el realismo se concitaron los requisitos de generalidad y descripción con especial fortuna: 1) el de la generalidad, por cuanto los realistas quisieron llegar a descubrir patrones de validez universal respecto a la forma en que los jueces toman las decisiones y, por consiguiente, respecto al concepto general de Derecho; 2) el de la descripción, por cuanto aplicaron la exigencia de neutralidad axiológica con un rigor terminante, en el sentido de que sólo pretendían establecer enunciados verdaderos respecto al comportamiento de los jueces. Se trata de una tesis sobre el realismo interesante, por cuanto neutraliza un lugar común que se ha instalado en la doctrina de manera completamente acrítica, a saber: la idea de que el realismo constituye un modo de acercarse al Derecho contrario al iuspositivismo. Según Jiménez Cano, en cambio, es mucho más recomendable ver al realismo como una de las manifestaciones que ha adoptado el paradigma positivista. Y además, como ya se ha dicho, sería una de las versiones más coherentes con los imperativos de generalidad y descripción. Aunque esta inclusión del realismo en el positivismo no es nueva –autores como González Vicén ya lo concibieron así⁵– se trata de una tendencia historiográfica olvidada que conviene recuperar.

⁵ F. GONZÁLEZ VICÉN, “Sobre el positivismo jurídico”, en ID., *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de la Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979, pp. 190-195.

Ahora bien, antes de llegar a esta conclusión sobre el realismo, Jiménez Cano desgrana una serie de problemas metodológicos en conexión con el positivismo. El primer paso de su argumentación lo constituye el análisis conceptual, que en opinión del autor es el principal cauce de investigación empleado por el positivismo. Los sentidos del análisis conceptual son numerosos y están cargados de significaciones filosóficas, por lo que en esta parte del libro se nos invita a un recorrido de gran aplomo teórico por las diferentes formas de comprender el método analítico: desde el empirismo británico al positivismo lógico, para llegar hasta el modo en que la filosofía del Derecho contemporánea se sirve de esta aproximación. En grandes líneas, concluye, el método analítico contemporáneo se manifiesta en el análisis conceptual, un enfoque que ha servido como instrumento principal para el desarrollo de teorías generales y descriptivas: “bajo el prisma iuspositivista los problemas de la teoría jurídica sólo pueden resolverse a través del análisis conceptual, aunque sea en su versión descomposicional. La teoría iuspositivista tiene, entonces, como misión describir la naturaleza del derecho, acudiendo –de una forma no muy clara– para tal fin al análisis lingüístico de conceptos, definiciones, significados, usos y, en su caso, intuiciones” (p. 62).

El siguiente paso de la argumentación lo constituye la espinosa discusión sobre el positivismo y la ideología, uno de los terrenos donde se dirimen las principales batallas del debate contemporáneo. Desde que Uberto ScarPELLI propusiera, en los años sesenta, que el único modo de aprehender el positivismo jurídico era mediante una consideración ideológica del mismo, se han propuesto muchas teorías que van en esta dirección. Según el italiano, no es posible abrazar todas las teorías iuspositivistas mediante una definición de tipo epistemológico, pues la diversidad de escuelas, corrientes y movimientos hacen imposible atrapar la esencia del positivismo con una clave “científica”. Lo que subyace al positivismo, más bien, son una serie de condicionamientos ideológicos que coinciden básicamente con los del Estado de Derecho. De acuerdo con esto, el positivismo sería la manifestación filosófica de una realidad histórico-política subyacente⁶. A partir de aquí, aunque muchas veces sin conocimiento de la propuesta de ScarPELLI, se han desarrollado varias teorías que inciden en esta caracterización “ideológica” del positivismo: desde el positivismo ético hasta el neo-constitucionalismo, varios autores han propuesto que la esencia del positivismo no sería elabo-

⁶ Vid. U. SCARPELLI, *Che cos'è il positivismo giuridico?* [1965], introd. e cura di Alfonso Catania e Mario Jori, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, pp. 99-102.



rar teorías descriptivas del Derecho, sino más bien prescribir un determinado tipo de Derecho. Contra esta tesis, obviamente, se revuelve el profesor Jiménez Cano, quien considera que sigue existiendo la posibilidad de ofrecer teorías generales y descriptivas sobre el Derecho: seguramente es inevitable cierto nivel de contaminación axiológica, pero precisamente contra eso se ha alzado el gran núcleo de las teorías iuspositivistas. Al menos como pretensión metodológica, como objetivo a alcanzar, los ideales de la generalidad y la descripción seguirían siendo definitorios del modo positivista de hacer teoría del Derecho.

El último paso de la argumentación, antes de llegar al capítulo sobre el realismo, se centra en las insuficiencias del método analítico. Si antes se había descrito a éste como el principal cauce de investigación de las teorías iuspositivistas, ahora se critica que sea la única vara de medir de una buena teoría positivista. En opinión de Jiménez Cano, en efecto, es necesario completar el análisis conceptual con una cierta naturalización de la teoría. Sólo así, en efecto, se podría ofrecer un grado adecuado de contenido descriptivo y una proscripción de la deriva evaluativa en la que a veces incurre el análisis conceptual. Una distinción interesante que el autor no maneja explícitamente, pero sí de forma implícita, es la que sugirió Falzea entre el momento de la generalidad y el de la universalidad. De acuerdo con esta precisión, habría algunas teorías que buscan encontrar una serie de conceptos jurídicos comunes a todo Derecho, tanto en el tiempo como en el espacio; estas teorías tenderían hacia la universalidad. En cambio, existe otro grupo de corrientes que sólo aspiran a identificar un elenco de conceptos básicos dentro del mismo sistema jurídico del que se parte; estas orientaciones tenderían hacia la generalidad⁷. Teorías como la de Austin entrarían en el primer grupo, mientras que la pandectística alemana –en las versiones de Merkel, Puchta o el primer Jhering– deberían situarse en el segundo. Pues bien, estas últimas, pese a que aplicaban el análisis conceptual como herramienta de trabajo, caían irremisiblemente en teorías prescriptivas del Derecho. Por eso, como sostiene Jiménez Cano –aun sin aludir a estos ejemplos– es necesaria una cierta naturalización del positivismo. La conclusión de este capítulo apunta hacia la sociología descriptiva, propuesta en su día por Hart, como la senda por donde poder enderezar las eventuales tortuosidades del análisis conceptual.

⁷ Vid. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche (I). Il concetto del diritto*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 62 y ss., especialmente 66-78.

Sobre este armazón metodológico es como se justifica la adecuación del realismo a las premisas de generalidad y descripción que se estudian en los capítulos precedentes. Y también es sobre este armazón como se afronta la segunda parte del libro, donde se analizan las distintas vertientes del debate contemporáneo: las tres tesis del positivismo jurídico según Hart, las críticas de Dworkin al modelo de las reglas elaborado por aquél, la respuesta del propio Hart, las reacciones de sus discípulos y, en fin, la emergencia de los sectores incluyente y excluyente. Después de un recorrido más bien descriptivo por todas estas ramificaciones del debate, el profesor Jiménez nos conduce, en los capítulos undécimo y duodécimo, hasta una evaluación de las propuestas del incorporacionismo. Pertrechado con las premisas establecidas en la primera parte del libro, se enjuicia así la manera en que estas teorías satisfacen los requisitos de generalidad y descripción. Como ya se adelantaba páginas atrás, la conclusión es decididamente negativa: pese a las obvias diferencias entre autores y corrientes, las teorías incorporacionistas no parecen cumplir adecuadamente con las dos características mencionadas. Así las cosas, en fin, el autor nos reenvía a un último capítulo donde se apuesta por un positivismo jurídico excluyente: la defensa de la tesis social – las fuentes del Derecho son de naturaleza social – sigue siendo la mejor garantía para mantenerse en las coordenadas de una teoría suficientemente general y descriptiva del Derecho.

En resumidas cuentas, el profesor Jiménez Cano nos brinda una reflexión iusfilosófica con mayúsculas, en la que se alían a la perfección el rigor descriptivo, la pulcritud en el análisis y el conocimiento sobrado de la bibliografía, con un afán por posicionarse sin medias tintas en el debate, proponiendo y afirmando sin temor a las potenciales críticas. Por todas estas razones, creo que puede afirmarse que estamos ante un acontecimiento editorial de no pequeña magnitud. Seguramente hay varios aspectos que están sujetos a la polémica, pero en ningún caso podrá negarse la competencia y la seriedad de este estudio. Sólo con la primera parte del trabajo estaría justificado el empeño del autor, pues se trata de un mapa verdaderamente fino y exhaustivo del estatus metodológico del iuspositivismo. Además, el hecho de atreverse con cuestiones tan espinosas como la del análisis filosófico, la ideología del iuspositivismo o el realismo jurídico, dan fe de un conocimiento amplio y profundo de materias centrales para la filosofía del Derecho. Si a esto le añadimos la segunda parte, con la indudable aportación que ofrece a un debate que sigue siendo de actualidad,



tendremos un libro ciertamente redondo. Por todas estas razones, como acabamos de afirmar, deberíamos saludar a esta obra como un importante evento para la filosofía del Derecho.

LUIS LLOREDO ALIX
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: lloredo@inst.uc3m.es

