

# ¿PUEDE SER *GENERAL* LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO?

## CAN BE *GENERAL* THE GENERAL THEORY OF LAW?

ROBERTO M. JIMÉNEZ CANO<sup>1</sup>

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PRETENSIÓN DE LA TEORÍA: EXPLICAR LO GENERAL DEL DERECHO. III. NECESIDAD Y CONTINGENCIA EN EL DERECHO. LOS PROBLEMAS DE UNA INVESTIGACIÓN SEMÁNTICA. IV. HACIA UNA PLAUSIBLE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO.

Summary: I. INTRODUCTION. II. THE AIM OF THE THEORY: TO EXPLAIN THE GENERAL OF LAW. III. NECESSITY AND CONTINGENCY IN LAW. THE PROBLEMS OF A SEMANTIC RESEARCH. IV. A PLAUSIBLE APPROACH TO THE GENERAL THEORY OF LAW.

### I. INTRODUCCIÓN

Aunque el término “general”, en la expresión “teoría general del Derecho”, ha sido utilizado, al menos, en dos sentidos diferentes, por un lado, como teoría que se extiende a lo largo del tiempo o del espacio (más propio de la *General Jurisprudence* angloamericana) y, por otro, como teoría abstracta o formal (la *Allgemeine Rechtslehre* o *théorie générale du Droit* de la Europa continental)<sup>2</sup>; lo cierto es que el modelo que parece tomar mayor relevancia en la actualidad es el primero, aunque no desprovisto de muchas de los atributos del segundo<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Profesor Doctor de Filosofía del Derecho, Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado, Internacional Público y Filosofía del Derecho - Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid. Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” CSD2008-00007 (Ministerio de Ciencia e Innovación de España).

<sup>2</sup> Para estos y otros sentidos véase W.L.TWINING, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 18-21 y, del mismo autor, “Teoría general del Derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2005, pp. 572-575. Mientras que la teoría angloamericana, combinando la epistemología empirista y un método analítico, busca describir las nociones comunes del ordenamiento jurídico a través de un procedimiento inductivo que parte generalmente del *Common Law*, la teoría continental, por su parte, es más idealista en cuanto que desciende a través de un procedimiento deductivo desde la idea de Derecho —lo más general— hasta los elementos comunes a todo lo que se presenta como Derecho —lo más particular—, pero no a todos los Derechos empíricos. Ambas, en todo caso, utilizan un método analítico que hace uso de los instrumentos empleados en la “parte general” de la pandectística alemana, destinada al tratamiento de los conceptos jurídicos fundamentales contenidos en el ordenamiento jurídico positivo en su conjunto con un afán clasificatorio y sistematizador. Vid. M.G. LOSANO, *Los grandes sistemas jurídicos*, trad. A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1982, pp. 315-318; P. CHIASSONI, *L’utopia della ragione analitica. Origini, oggetti e metodi della filosofia del diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 4-7 y 52-58.

<sup>3</sup> Prueba de ello es el *Special Workshop* “How General is General Jurisprudence” del XXIV Congreso Mundial de la IVR, celebrado en Pekín, en septiembre de 2009.

La teoría general del Derecho a la que se estaría haciendo referencia aquí no sería muy diferente de la denominada teoría general del ordenamiento jurídico, en la que se describen “los principios comunes a todos los ordenamientos independientemente de las diferencias, que pueden ser enormes, entre las ideologías que los rigen y, por tanto, entre las regulaciones concretas”<sup>4</sup>. Así, el carácter general o universal de la teoría del Derecho, como un estudio descriptivo de los órdenes jurídicos de todas las naciones en su conjunto o el estudio del Derecho de las sociedades avanzadas de un modo general y descriptivo, frente a un estudio acerca del orden jurídico de una nación en particular propia de la jurisprudencia local, particular o nacional, ya fue predicado por Jeremy Bentham y John Austin durante el siglo XIX<sup>5</sup>. En el siglo XX, Hans Kelsen calificaba a su teoría *pura* como una doctrina sobre el Derecho positivo en general y no como una teoría sobre un orden jurídico específico. Además, la teoría pura pretendía descubrir la naturaleza del Derecho, determinar su estructura y sus formas típicas, con independencia del cambiante contenido que éste puede exhibir en momentos y sociedades diferentes<sup>6</sup>. Herbert Hart, por su parte, elaboró una teoría general del Derecho en el sentido de no estar vinculada con ningún orden jurídico o cultura jurídica particulares e intentar ofrecer una descripción explicativa y esclarecedora del Derecho como institución social y política compleja<sup>7</sup>. La teoría general del Derecho se ha definido, ya en el siglo XXI, como una recopilación de información en todo tipo de ámbitos sociales, en todos los sistemas jurídicos estatales, así como en otros tipos de Derecho<sup>8</sup>; como el estudio teórico de dos o más tradiciones, culturas o sistemas jurídicos desde una visión micro-comparativa hasta una universal<sup>9</sup>; o como el aparato conceptual y el sistema de las relaciones sintácticas necesarias a cualquier discurso sobre cualquier experiencia jurídica<sup>10</sup>.

---

<sup>4</sup> N. BOBBIO, “Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho”, en *Contribución a la teoría del Derecho*, trad. Ruiz Miguel, A. Valencia: Fernando Torres, 1980, p. 80.

<sup>5</sup> J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, en J.H. Burns y H.L.A. Hart, (eds.), *The Collected Works of Jeremy Bentham*, Oxford University Press, New York, 1996, pp. 294 y 295; J. AUSTIN, *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*, trad. F. González Vicén. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981, pp. 23 y ss.

<sup>6</sup> Vid. H. KELSEN, “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, en *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941-1942, p. 44; y *Teoría pura del Derecho* [2ª ed., 1960], 12ª ed., trad. R.J. Vernengo. México: Porrúa, 2002, p. 15.

<sup>7</sup> H.L.A. HART, *Post Scriptum al Concepto del Derecho*, editado por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz, trad. R. Tamayo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 11 y 12.

<sup>8</sup> B. TAMANAHA, *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 33.

<sup>9</sup> W.L. TWINING, “Teoría general del Derecho”, cit., p. 574. Véase también, del mismo autor, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, cit., pp. 18-21.

<sup>10</sup> L. FERRAJOLI, “Doce cuestiones en torno a *Principia Iuris*”, trad. J.R. Ruiz Saldaña, *Eunomía. Revista de cultura de la legalidad*, nº 1 sept. 2011-feb. 2012, p. 6. Por ello, dirá Ferrajoli, la teoría es *formal* “porque no nos dice nada sobre la realidad de los ordenamientos concretos, sino se limita a identificar —en un lenguaje que por su artificialidad bien puede ser construido de la manera más rigurosa— las categorías elementales y las estructuras sintácticas —por así decir, las normas *a priori*— de los discursos no sólo jurídicos, sino también políticos y sociológicos en torno al derecho de cualquier ordenamiento” (ibid.). Puede verse también L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia* (2007), vol. I, Trotta, Madrid, 2011, pp. 15-19. Luigi Ferrajoli entiende las relaciones sintácticas de la teoría general del Derecho a la manera en que Morris considera la sintáctica, es decir,

A pesar del interés y de los esfuerzos que una teoría general del Derecho ha despertado en multitud de autores, se ha discutido, especialmente en los últimos años, la utilidad de una teoría de este tipo. Han sido pocos los académicos que se han enfrentado abiertamente contra dicha utilidad y, cuando así ha sido, lo cierto es que de una u otra manera también dichos académicos han mostrado, unas veces de forma velada y otras abiertamente, su intención o deseo de elaborar una teoría general. Tal vez sea ésta la razón por la cual, aun cuando en un principio parece ser más débil la defensa de un proyecto general para la teoría del Derecho, éste quede más reforzado. En todo caso, de ser ciertas las siguientes objeciones las mismas no conllevarían la imposibilidad de dicho tipo de teoría, sino solamente su escasa utilidad. El autor que con más claridad se ha enfrentado a los beneficios de una teoría general es Ronald Dworkin.

Más de veinte años atrás este autor era muy beligerante contra la idea de una teoría general y ello porque, a su juicio, la teoría del Derecho sólo puede basarse en una interpretación de sistemas jurídicos particulares. En este sentido, entender que la teoría del Derecho puede ser general es incorrecto, ya que no puede ser más que particular y tener como objeto una cultura jurídica concreta<sup>11</sup>. Sin embargo, tanto de las afirmaciones como de las omisiones de dicho autor también parece desprenderse una cierta pretensión de generalidad en su teoría.

De entre sus aseveraciones puede destacarse el ánimo de aplicar sus tesis bien a todos los sistemas jurídicos, bien a cualquiera de ellos. En este sentido, para comprender un sistema jurídico, sea éste el que sea, siempre es necesario recurrir a una suerte de interpretación constructiva, lo cual se consigue imponiendo un propósito o valor sobre una práctica a efectos de presentarla como el mejor ejemplo del género a la que pertenece<sup>12</sup>. Esta interpretación constructiva puede acometerse en todos los sistemas jurídicos.

Por otro lado, también son reveladoras sus omisiones. Los ejemplos y las discusiones prácticas que suele ofrecer Dworkin están siempre referidos a la cultura jurídica angloamericana. Nunca señala si alguna otra teoría es adecuada para comprender algún otro sistema jurídico diferente, lo cual es indicativo no de que no

---

desde la perspectiva de un lenguaje como conjunto cosas relacionadas entre sí a través de dos reglas: las reglas de formación, que determinan las combinaciones —oraciones— permisibles de los elementos del conjunto, y las reglas de transformación, que determinan las oraciones que pueden obtenerse a partir de otras oraciones (C. MORRIS, *Fundamentos de la teoría de los signos* (1938), trad. R. Grasa, Paidós, Barcelona, 1985, pp. 44-45).

<sup>11</sup> En el caso de DWORKIN, la cultura jurídica anglo-americana (*Los derechos en serio*, 2ª ed., trad. M. Gustavino. Barcelona: Ariel, 1989, p. 129; *Law's Empire*. Oxford: Hart Publishing, 1998, p. 102). En este sentido, escribirá DWORKIN que “las teorías generales del Derecho, para nosotros, son interpretaciones generales de nuestra propia práctica judicial” (*Law's Empire*, p. 410). Entenderá de manera semejante una teoría general del Derecho como una visión general del concepto doctrinal de Derecho, es decir, de aquel que se establece el “Derecho” de cierto lugar o de cierta entidad sobre una cuestión particular y se fija, por ejemplo, en los derechos y deberes de los ciudadanos en un país concreto (*La justicia con toga*, trad. M. Iglesias e I. Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 12).

<sup>12</sup> Vid. *Law's Empire*, cit., pp. 49-53.

haya otras tradiciones jurídicas más o menos dispares que la citada, sino de que la vía correcta de acercarse a ellos no es otra que la propia teoría de Dworkin.

En otras ocasiones, los objetivos más directos de este autor parecen haber cambiado, dado que ya no tratan de dar respuesta a las cuestiones jurídicas de sistemas particulares, sino al Derecho en general. Esto se observa con claridad cuando afirma que la práctica jurídica se entiende mejor si se estudia no una manifestación particular del Derecho, como el Derecho de Escocia, de Afganistán, o de cualquier otro lugar, sino el propio concepto de Derecho<sup>13</sup>. Otras veces, sin embargo, no tiene respuesta para la pregunta de si la teoría del Derecho, entendida como interpretativa de la práctica jurídica, puede ser particular o universal. Es más, incluso parece afirmar que ésta sólo debe referirse a un concreto Derecho si se trata de una teoría muy detallada<sup>14</sup>. La conclusión final de este autor es distinta a todas las demás, pero no por ello deja de ser la consecuencia lógica de tanta mezcolanza: “la mejor respuesta a la cuestión de si mi teoría del derecho pretende ser universal o parroquial es: ambas cosas”<sup>15</sup>. Ello dependerá del nivel de detalle en la interpretación de las prácticas jurídicas: cuanto más minuciosa sea la teoría más local devendrá, mientras que resultará más general cuanto menos detallada (o más abstracta) sea. Esta última conclusión no hace sino afirmar las posibilidades de una teoría general del Derecho, aunque poco detallada. Parece que el problema de una teoría general poco detallada es su escaso interés, ya que a un nivel tan alto de generalidad lo que podría decirse de todos los sistemas jurídicos sería poco interesante<sup>16</sup>.

En definitiva, las opiniones de Dworkin a este respecto son bastante confusas. Unas veces niega el carácter de generalidad a la teoría del Derecho, aunque en ocasiones su teoría parece tener claras pretensiones de universalidad; otras veces habla de teorías generales referidas a sistemas jurídicos particulares; y, por último, piensa que la teoría del Derecho puede ser tanto general como particular, pero que en el primer caso tendría poco que decir. Después de todo, no parece que sea su propio trabajo el mejor apoyo para esta crítica<sup>17</sup>. Y es que toda crítica al proyecto generalista de la teoría jurídica suele chocar con un deseo irresistible por parte de todo iusfilósofo de lograr una

---

<sup>13</sup> Véase a este respecto *La justicia con toga*, cit., p. 181.

<sup>14</sup> Vid. R. DWORKIN, *La justicia con toga*, cit., pp. 251.

<sup>15</sup> Véase, de nuevo, R. DWORKIN, *La justicia con toga*, cit., p. 252.

<sup>16</sup> Puede verse, ahora, R. DWORKIN, *Law's Empire*, cit., pp. 90, 102 y 103. De similar opinión resulta ser Luigi Ferrajoli, para quien la teoría general del Derecho “que asuma como referencia empírica propia todos los derechos positivos existentes y pasados, o incluso aquellos posibles o pensables, de los ordenamientos jurídicos de las comunidades primitivas a aquellos evolucionados y complejos de los Estados modernos hasta el derecho internacional [...] sería una teoría del derecho no sólo extremadamente general sino también extraordinariamente genérica y elemental, dotada de la máxima extensión pero de una intensidad mínima, y por ello con escasa capacidad analítica y explicativa” (FERRAJOLI, L., *Epistemología jurídica y garantismo*, trad. J.J. Moreso *et al.*, Fontamara, México, 2004, pp. 18 y 19; *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia* (2007), vol. I, cit., pp. 3-8).

<sup>17</sup> De esta opinión se muestra B. BIX, “Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho”, trad. P. Navarro, *Doxa*, nº 26, 2003, pp. 620 y 621; y “Raz on Necessity”, *Law and Philosophy*, 22, 2003, p. 553.

teoría del Derecho con cierto alcance de generalidad. Al fin y al cabo, otra cosa no sería más que tirar piedras contra su propio tejado.

Con el interés que personalmente me sugiere el estudio de una viable teoría general del Derecho en un mundo cada vez más globalizado he estructurado el presente trabajo en dos partes principales. La primera parte se enfrenta a dos grandes cuestiones abiertas y de marcado carácter semántico acerca de la viabilidad de una teoría general del Derecho. Por un lado, se acometerá la cuestión de si la tarea general debe enfocarse sobre la naturaleza del Derecho o sobre su concepto. Esta cuestión, permitirá, por otro lado, abordar el problema de ofrecer una caracterización general permanente de algo tan cambiante como el Derecho y los obstáculos de una mera investigación semántica. La segunda parte, sin embargo, pretende dar un enfoque plausible de la teoría general del Derecho partiendo de la idea clave de que el atributo de generalidad es predicable de la teoría, no del concepto, y de que un concepto general del Derecho sólo es posible continuando la labor analítico-semántica con la investigación empírica.

## II. LA PRETENSIÓN DE LA TEORÍA: EXPLICAR LO GENERAL DEL DERECHO

La pretensión de la teoría del Derecho es aparentemente clara: explicar lo general (o universal) del Derecho. La teoría general del Derecho no tiene como objetivo prescribir comportamientos ni exponer cómo debería ser el Derecho, sino describir el ser del Derecho o aquello que lo hace ser Derecho. Ahora bien, dentro de las teorías descriptivas puede distinguirse entre aquellas puramente descriptivas o empíricas y las denominadas teorías analíticas o conceptuales. Las teorías empíricas se proponen únicamente exponer o explicar lo que es su objeto, ofreciendo una apreciación global de las observaciones sobre el mismo<sup>18</sup>. Las teorías analíticas o conceptuales, por su parte, también procuran ser descriptivas, es decir, intentan describir las cosas de la manera en que son, pero se ha aducido que tales teorías no son puramente descriptivas, puesto que los teóricos, al buscar lo general de un concepto o práctica, están haciendo algo más que simplemente informar sobre datos u observaciones. Los teóricos, así, tratan de “analizar” las cosas de las que se ocupan<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Existen multitud de teorías claramente descriptivas, pero que no son teorías del Derecho en un sentido estricto. Ejemplos de estas teorías descriptivas se observan, por un lado, en las teorías sociológicas, antropológicas y psicológicas que se ocupan de la manera en que se comportan las personas en sus roles jurídicos o en respuesta a las normas jurídicas y, por otro lado, en las teorías históricas que atienden a las causas que han llevado a los sistemas jurídicos particulares a desarrollarse de la manera en que lo hicieron. Sobre estas diversas teorías descriptivas como teorías sobre el Derecho y no como teorías del Derecho, puede verse N. BOBBIO, “Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje”, en *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. A. Ruiz Miguel. Madrid: Debate, 1990, pp. 173-175; E. DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, 2ª ed. Madrid: Taurus, 1981 pp. 62-65; y B. BIX, “Teoría del Derecho: tipos y propósitos”, trad. E. Frontini, en B. BIX, *Teoría del Derecho: ambición y límites*. Madrid: Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 18-20.

<sup>19</sup> Vid. B. BIX, “Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudential Debate”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12, 1999, p. 24; y en “Teoría del Derecho: tipos y propósitos”, cit., pp. 19 y 20. Sin embargo, otros autores, como SCHAUER, entienden que las teorías analíticas, aparte de descriptivas y generales, pueden ser prescriptivas y particulares (“The Social

Pues bien, como se apuntó más arriba, la teoría general del Derecho, en sus dos sentidos, ha sido tradicionalmente de corte analítico y las teorías analíticas suelen envolver la pretensión de describir la naturaleza del Derecho, lo que el Derecho es<sup>20</sup>. Describir la naturaleza de algo implica capturar lo esencial, lo importante, lo interesante o lo significativo de un concepto. En pocas palabras, se dice que explicar el Derecho no es más que exponer las características “necesarias y suficientes” o atributos “esenciales” de su concepto que garantizan la etiqueta en cuestión<sup>21</sup>. Si los atributos que todo fenómeno debe reunir en cualquier lugar y en cualquier momento para poder ser denominada “Derecho” conforman su naturaleza, entonces una teoría sobre la naturaleza del Derecho es, o pretende ser, una teoría universal o general de lo jurídico sin referirse a ningún área jurídica determinada en un sistema particular<sup>22</sup>.

Ahora bien, estas hipótesis son problemáticas. En primer lugar, está la cuestión de si *naturaleza* y *concepto* de algo son equivalentes, esto es, si expresan la misma idea. Los conceptos se han caracterizado de múltiples maneras, si bien es tradicional destacar tres<sup>23</sup>. Primera. Desde Platón se ha caracterizado a los conceptos como ideas situadas en un *reino* ajeno al mundo físico. Las ideas no se identifican con los objetos sensibles, aunque éstos participan de aquéllas. Las ideas o los conceptos representan la esencia de las cosas sensibles y son su modelo o arquetipo. Sólo si las ideas se sitúan en un mundo

---

Construction of the Concept of Law: A Reply to Julie Dickson”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, nº 3, 2005, p. 495 y p. 501). En un sentido similar véase R. DWORKIN, *La justicia con toga*, cit., p. 189.

<sup>20</sup> En este sentido puede verse J. DICKSON, *Evaluación en la teoría del Derecho*, trad. J. Vega. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 21; J. COLEMAN, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, en J. Coleman (ed.), *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 106; B. BIX, “Un problema: el análisis conceptual”, trad. H. Bouvier, *Discusiones*, nº 5, 2005, p. 197; y “Teoría del Derecho: tipos y propósitos”, cit., p. 20; J. RAZ, “¿Puede haber una teoría del Derecho?”, trad. R. Sánchez Brigido, en J. Raz, R. Alexy y E. Bulygin, *Una discusión sobre la teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 57; y HIMMA, “Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy”, en J. J. Moreso (ed.), *Legal Theory / Teoría del Derecho*, Proceedings of the 22nd IVR World Congress, Granada, 2005, vol. I, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beihefte nº 106, 2007, p. 155. Sobre el análisis conceptual puede verse R. M. JIMÉNEZ CANO, *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons, pp. 43-62.

<sup>21</sup> Vid. B. BIX, *Jurisprudence: Theory and Context*. London: Sweet & Maxwell, 1996, pp. 23, 24 y 32; y, una vez más, en “Teoría del Derecho: tipos y propósitos”, cit., p. 20; J. COLEMAN, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, cit., p. 112 y *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 13; y HIMMA, “Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy”, cit., p. 156. Esta pretensión también se puede encontrar entre autores no positivistas. Vid., por ejemplo, R. ALEXY, “La naturaleza de la filosofía del derecho”, trad. C. Bernal, *DOXA*, 26, 2003, pp. 154 y 155.

<sup>22</sup> Decir que una teoría jurídica (analítica) se preocupa por la naturaleza del Derecho es entender que se ocupa del Derecho en general y no de cada sistema jurídico en particular. En este sentido puede verse J. DICKSON, *Evaluación en la teoría del Derecho*, cit., p. 22; y B. BIX, “Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho”, cit., p. 611; y “Teoría del Derecho: tipos y propósitos”, cit., p. 19. Sobre el sentido de las teorías generales en el Derecho puede verse J. MORESO y J. M<sup>a</sup> VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 15-16.

<sup>23</sup> Vid. H. BOUVIER, P. GAIDO y R. SÁNCHEZ BRIGIDO, “Teoría del Derecho y análisis conceptual”, prólogo a J. Raz, R. Alexy y E. Bulygin, *Una discusión sobre la teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 11-24.

inmutable se pueden hacer definiciones generales, pues éstas no pueden predicarse de entidades que mudan a cada momento, como son los objetos sensibles<sup>24</sup>. Segunda. Los conceptos —para la tradición empirista clásica— también son ideas, pero esta vez tales ideas son entidades psicológicas que residen en la mente de los hombres y que constituyen representaciones mentales de los objetos sensibles. De esta manera, las percepciones del mundo exterior van imprimiendo representaciones de éste en la mente; representaciones a las que posteriormente se puede acceder a través del intelecto<sup>25</sup>. Tercera. Por último, se ha considerado que un concepto no es más que el significado de una palabra o de un conjunto de éstas<sup>26</sup>. Sin embargo, que un concepto sea sólo su significado no es decir mucho teniendo en cuenta que existen varias teorías al respecto<sup>27</sup>. Así, bajo el manto de la filosofía analítica, el concepto puede referirse a las propiedades de un objeto que hay en el mundo o a las circunstancias lingüísticas en las que se usa dicho concepto en una comunidad de hablantes<sup>28</sup>.

La cuestión no queda clara, ya que incluso dentro de un mismo movimiento, como en el caso del positivismo jurídico excluyente, se ha considerado, por un lado, que el concepto de Derecho no es el Derecho mismo y que, además, la propia experiencia jurídica puede demostrar que la identificación entre conceptos y simples palabras no es acertada, puesto que aquéllos se encuentran entre las palabras y sus significados y la naturaleza de las cosas a las que se aplican<sup>29</sup>. Sin embargo, por otro lado, se ha entendido que conceptos y significados son dos elementos estrechamente relacionados

---

<sup>24</sup> ARISTÓTELES, *Metafísica*, 13ª ed., trad. P. de Azcárate. Madrid: Espasa-Calpe, 1990, pp. 53-54.

<sup>25</sup> Véase J. LOCKE, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, trad. E. O’Gorman. México: Fondo de Cultura Económica, 1956, p. 394; D. HUME, *Investigación sobre el conocimiento humano*, trad. J. de Salas. Madrid: Alianza, 2005, pp. 41-47.

<sup>26</sup> P. HORWICH, *Meaning*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 43. Algunos autores, por su parte, han defendido que los significados suelen fijarse a través de definiciones y que éstas dan como resultado los conceptos. En este sentido, RICKERT afirmará que “la definición en cuanto producto o en cuanto *definitum* es -como sabemos- el concepto” (*Teoría de la definición*, 3ª ed., 1929, trad. L. Villoro. México: Universidad Nacional autónoma de México, 1960, p. 58). Sobre los tipos de definiciones puede verse SCARPELLI, *¿Qué es el positivismo jurídico?*, trad. J. Hennequin. Puebla: Cajica, 2001, pp. 64-67; y M. ATIENZA, *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova, 1985, pp. 4-11; y *El sentido del Derecho*, 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2004, pp. 46-52. Ahora bien, como se verá más adelante, no todos los filósofos analíticos han considerado que “concepto” equivale a “significado de una palabra”.

<sup>27</sup> Las tres principales teorías del significado han considerado que éste ha de buscarse en las ideas de las mentes de las personas (teoría ideacional), en la relación entre el lenguaje y el mundo representado (teorías de la referencia) o en el uso de los hablantes (teoría del uso). Vid. A. GARCÍA SUÁREZ, *Modos de significar. Una introducción temática a la filosofía del lenguaje*. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 317-ss.

<sup>28</sup> Cuando los conceptos se refieren al mundo, éstos pueden ser clasificatorios (y quedar referidos a un grupo de objetos del mundo que poseen algo en común), comparativos (y permitir comparar el grado en que dos objetos poseen una determinada propiedad) o métricos (y asignar números reales o vectores a objetos de una misma categoría). A juicio de MORESO, los conceptos usados en la ciencia jurídica son conceptos clasificatorios, como cuando se dividen los bienes en muebles e inmuebles, los delitos contra la vida en asesinatos, homicidios, parricidios, infanticidios, etc. (J. J. MORESO, “La construcción de los conceptos en la ciencia jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XII, 1995, pp. 364-370).

<sup>29</sup> En este sentido se muestra RAZ “Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison”, en J. Coleman (ed.), *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 7 y 8; y “¿Puede haber una teoría del Derecho?”, cit., pp. 49-56.

de tal manera que no se puede hablar de naturaleza o de propiedades esenciales de las cosas con independencia de los conceptos. Entonces, ninguna propiedad es esencial de una cosa sino en relación con su concepto. No hay naturaleza del Derecho sin el concepto de Derecho. Por ende, no existen propiedades esenciales del Derecho independientes del concepto de Derecho que se esté utilizando, siendo éste el que fija las propiedades definatorias o esenciales de aquél. Pensar que es a la inversa, que algún tipo de esencia independiente del concepto es la que determina sus propiedades, es un modo de esencialismo<sup>30</sup>.

### III. NECESIDAD Y CONTINGENCIA EN EL DERECHO. LOS PROBLEMAS DE UNA INVESTIGACIÓN SEMÁNTICA

Si bien no existe acuerdo respecto de qué se hace referencia al hablar de propiedades necesarias del Derecho —si se está aludiendo bien a los rasgos definatorios o semánticos que recoge el concepto de Derecho bien a los caracteres de la esencia del Derecho que aprehende el concepto del mismo— en lo que sí parece haber un mayor consenso es en afirmar que cuando se hace referencia a una teoría de la naturaleza del Derecho se está preguntando por las propiedades (bien esenciales, bien lingüístico-semánticas) del concepto de Derecho y no de las propiedades naturales o empíricas del Derecho<sup>31</sup>.

Es en este punto donde surge un segundo problema, el de la coherencia al hablar de algo necesario en el contingente mundo del Derecho. Cuando se alude a propiedades necesarias es lógico pensar en algo que no cambia, inmutable, algo cuya estructura permanece en todo tiempo y lugar. ¿Cómo, entonces, se puede compatibilizar esta idea de inmutabilidad con algo tan dinámico como el Derecho? Esto presenta especiales

---

<sup>30</sup> Ésta es la posición de BULYGIN en “Raz y la teoría del Derecho. Comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del Derecho?” de Joseph Raz”, trad. H. Bouvier, en J. Raz, R. Alexy y E. Bulygin, *Una discusión sobre la teoría del Derecho*, cit., pp. 100-105. RAZ, por su parte, negará esta acusación de esencialista que le vierte BULYGIN (vid. “Teoría y conceptos. Réplica a Alexy y Bulygin”, trad. R. Sánchez Brígido, en J. Raz, R. Alexy y E. Bulygin, *Una discusión sobre la teoría del Derecho*, cit., p. 118). La posición de BULYGIN es más acorde con la de HART, SCARPELLI o HIMMA. El primero entiende la jurisprudencia analítica como una investigación sobre el significado de los términos (*El concepto de Derecho*, trad. G.R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, pp. XI y XII). El segundo considera que la definición de un concepto “apunta a determinar el significado común de una clase de expresiones sinónimas, y susceptible de ser sustituida por cualquiera de las otras expresiones de esta clase, sin que se modifique el significado” (*¿Qué es el positivismo jurídico?*, trad. J. Hennequin. Puebla: Cajica, 2001, p. 63). El tercero, por último, considera que el concepto de un término queda fijado por el significado léxico de la palabra en cuestión (“Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy”, cit., p. 151).

<sup>31</sup> Véase a este respecto B. BIX, “Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho”, cit., p. 614; y “Raz on Necessity”, cit., pp. 542 y 543; J. COLEMAN, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, en J. Coleman (ed.), *Hart’s Postscript*, cit., 108 y 112; A. MARMOR, “The Nature of Law”, en E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2001 Edition)*, <<http://plato.stanford.edu>>; J. RAZ, “Two Views of the Nature of the Theory of Law A Partial Comparison”, en J. Coleman. (ed.), *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 3 y 27, y T. SPAAK, “Legal Positivism, Law’s Normativity, and the Normative Force of Legal Justification”, *Ratio Juris*, vol 16, n° 4, 2003, p. 472.

problemas a los autores iuspositivistas, para quienes, si hay algún acuerdo unánime, éste no es otro que el basado en la afirmación de que si el Derecho tiene alguna naturaleza ésta es cambiante y que, por ende, en realidad no tiene ninguna naturaleza esencial<sup>32</sup>. Por tanto, cuando se habla de propiedades necesarias del Derecho dicha afirmación no deja de resultar bastante chocante cuando, por un lado, se pone en boca de una escuela que tiene sus orígenes en un rechazo de la metafísica y, por otro, tales rasgos se predicen de algo tan cambiante como el Derecho<sup>33</sup>. En efecto, una de las tesis caracterizadoras del movimiento iuspositivista es la denominada tesis social, según la cual el Derecho es un producto humano que tiene su origen en hechos sociales<sup>34</sup>. El Derecho como hecho humano y social está sometido al cambio, cosa que al menos aparentemente es contradictoria con la pretensión de que el Derecho tiene unas propiedades necesarias e inmutables. Precisamente de esta manera opinan algunos importantes autores que, calificados como iuspositivistas analíticos, consideran que afirmar que el concepto de Derecho tiene propiedades que no cambian a lo largo del tiempo es falso, ya que evoluciona históricamente bajo la influencia de la práctica jurídica, de otras influencias culturales y, en particular, de la teoría del Derecho<sup>35</sup>.

Es decir, si el Derecho es una institución social, su naturaleza no puede entenderse descontextualizada de cada sociedad presente, de su cultura y de su propio concepto de Derecho. Sólo de esta manera, comprendiendo que el concepto de Derecho muta con el tiempo y que cada distinta cultura tiene un diferente concepto del mismo, se puede comprender su naturaleza y asumir y mejorar su concepto: “Hablar *del* concepto de derecho en realidad quiere decir *nuestro* concepto de derecho”<sup>36</sup>. Sólo dentro de cada cultura particular se puede elucidar un concepto de Derecho, puesto que éste se “nutre” de creencias, actitudes, prácticas e incluso de las valoraciones de las personas y de los

---

<sup>32</sup> Tal vez por esta razón la teoría pura de Kelsen busca *descubrir la naturaleza del Derecho*, determinar su estructura y sus formas típicas, *independientemente del contenido cambiante* que exhibe en momentos y sociedades diferentes (“The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, cit., p. 44).

<sup>33</sup> Véase, ahora, B. BIX, “Interrogantes conceptuales y teoría del Derecho”, trad. L. Manrique, en B. BIX, *Teoría del Derecho: ambición y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 30.

<sup>34</sup> En cierta medida LOSANO entiende así el positivismo jurídico, puesto que a pesar de las múltiples formas de definirlo todas ellas tienen una cosa en común y que sirve para diferenciarlo del iusnaturalismo: el Derecho es un producto humano (M. ATIENZA, “Entrevista a Mario Losano”, trad. M. Atienza, *Doxa*, n° 28, 2005, pp. 391-392). Sobre la tesis social puede verse R. M. JIMÉNEZ CANO, *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., pp. 189-206.

<sup>35</sup> Pese a ello, RAZ afirma que existe una naturaleza del Derecho, si bien el entender común sobre la naturaleza del mismo varía con el tiempo, por los cambios en las prácticas sociales y políticas, por las transformaciones en la cultura y en la filosofía o, en general, por la manera de entender nuestras sociedades (“Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison”, cit., pp. 8, 35 y 36; y “¿Puede haber una teoría del Derecho?”, cit., pp. 57-59).

<sup>36</sup> J. RAZ, “¿Puede haber una teoría del Derecho?”, cit., p. 66. La misma idea de este autor puede verse en “On the Nature of Law”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n° 82, 1996, pp. 1-7; y en “Autoridad, derecho y moral”, en *La ética en el ámbito público*, trad. M.L. Melón. Barcelona: Gedisa, 2001, p. 256. En idéntico sentido, COLEMAN, en “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, cit., p. 112; y *The Practice of Principle*, cit., p. 13. A este respecto puede verse también U. SCARPELLI, ¿Qué es el positivismo jurídico?, cit., p. 89; y B. BIX, *Jurisprudence: Theory and Context*, cit., pp. 23, 24 y 32.

grupos sociales. De entre todo este espectro, el teórico tiene que seleccionar los datos importantes y significativos<sup>37</sup>.

Ahora bien, afirmar que el concepto de Derecho posee rasgos *necesarios* y, a su vez, que el concepto de Derecho realmente significa *nuestro* concepto particular o *contingente* de Derecho, no deja de ser aparentemente contradictorio. No obstante, tal aparente contradicción puede salvarse si se entiende que se está aludiendo no a una necesidad de tipo platónico conectada con las ideas y las esencias o predicable de los conceptos de género natural (como “agua” o “tigre”), sino con una necesidad analítica o tautológica derivada de la estructura lógica de las proposiciones o de su propio significado<sup>38</sup>. Sin embargo, si el uso del lenguaje, como la propia sociedad, es algo convencional y cambiante, el carácter de necesidad se suaviza aún más y sólo puede ser predicable de los rasgos definitorios o semánticos de un concepto en una determinada sociedad<sup>39</sup>. El concepto de necesidad, pues, aparece en el análisis del concepto de Derecho de una forma suave, referido a un determinado estilo de vida y a una determinada sociedad<sup>40</sup>.

Son precisamente estas razones las que motivan el descarte de las teorías referenciales directas -aunque no de las descriptivas- del significado como apropiadas para el estudio del concepto de Derecho<sup>41</sup>. En efecto, parece difícil admitir que el concepto de Derecho fuera fijado por ostensión de una vez para siempre o que la cadena

---

<sup>37</sup> HART, aunque considera que su teoría se ocupa de la forma y estructura que comparten los sistemas jurídicos pese a sus variaciones en diversas culturas y tiempos, afirma que “el punto de partida de esta tarea esclarecedora es el amplio conocimiento común de las características distintivas de un orden jurídico *nacional*, el cual atribuyo a cualquier hombre culto” (*Post Scriptum*, cit., pp. 11 y 12, la cursiva es mía).

<sup>38</sup> Como ha señalado BULYGIN, sólo puede haber referencias a propiedades necesarias de la naturaleza del Derecho si éstas son analíticas (“Raz y la teoría del Derecho. Comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del Derecho?” de Joseph Raz”, cit., p. 103).

<sup>39</sup> Ésta es la única manera de poder hablar de verdades necesarias que cambian con el tiempo. Véase, a este respecto, J. COLEMAN, “Methodology”, en J. Coleman y S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 350 y 351; B. BIX, “Raz on Necessity”, *Law and Philosophy*, 22, 2003, p. 545; y K. E. HIMMA, “Do Philosophy and Sociology Mix? A Non-Essentialist Socio-Legal Positivist Analysis of the Concept of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n° 4, 2004, pp. 735-736.

<sup>40</sup> De esta guisa lo califica BIX en “Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho”, cit., p. 619; y “Raz on Necessity”, cit., pp. 538, 549, 555 y 556. Desde las filas analíticas se ha dejado muy clara esta relación entre lo necesario y lo contingente en el concepto de Derecho al afirmar que “el proyecto descriptivo de la teoría del derecho es identificar los rasgos esenciales o necesarios de *nuestro* concepto de derecho. Ningún iusfilósofo [...] serio cree que el concepto prevaleciente de derecho es en algún sentido necesario: que ningún otro concepto es lógicamente, o en otro sentido, posible. Ni tampoco creemos que nuestro concepto de derecho nunca pueda estar sujeto a revisión [...] Aún así, hay una diferencia entre la pretensión de que un concepto particular es necesario y la pretensión de que hay rasgos necesarios de un concepto admitido como contingente” (J. COLEMAN, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, cit., p. 112).

<sup>41</sup> En este sentido, B. BIX, “Raz on Necessity”, cit., p. 541; “Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy?”, *Ratio Juris*, vol. 16, n° 3, September 2003, pp. 292-293; “Joseph Raz and Conceptual Analysis”, cit., p. 2; y E. BULYGIN, “Raz y la teoría del Derecho. Comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del Derecho?” de Joseph Raz”, cit., p. 102.

causal de referencia no se haya roto jamás. Tampoco puede aplicarse al Derecho la teoría, al amparo de la referencia directa, según la cual el significado de muchos términos —tales como los conceptos de género natural— dependen, al menos en parte, de la naturaleza de las cosas en el mundo en el cual se usan esas palabras. Los conceptos de tipo natural —como “oro”, “agua”, “tigre”, etc.— se presentan por “la manera en que el mundo es” y se caracterizan por poseer una naturaleza con una estructura física, química o biológica. Por tanto, la selección de las propiedades esenciales procede a través de la observación física, química o biológica. En este sentido, su naturaleza es independiente, por ejemplo, de las creencias o del juego de propiedades que los hablantes asocian al término<sup>42</sup>.

Sólo dentro de cada cultura particular se puede elucidar un concepto de Derecho, puesto que éste se deriva de creencias, actitudes, prácticas, usos e incluso de las valoraciones de las personas y de los grupos sociales<sup>43</sup>. Por esta razón, algunos autores consideran que el concepto de Derecho, descartado que sea de género natural, lo es de tipo hermenéutico<sup>44</sup>. Todo concepto es hermenéutico si satisface dos condiciones<sup>45</sup>. En primer lugar, si juega un papel hermenéutico, es decir, si figura en cómo las personas se comprenden a sí mismas y a sus propias prácticas<sup>46</sup>. Y, en segundo lugar, si su extensión queda fijada por este papel hermenéutico, esto es, quede determinada de manera intersubjetiva por las personas que comparten el concepto en cuestión<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> Véase a este respecto H. PUTNAM, “El significado de “significado””, en L.M. Valdés Villanueva (ed.), *La búsqueda del significado. Lecturas de filosofía del lenguaje*. Madrid: Tecnos, 1995, pp. 131-193.

<sup>43</sup> Si el Derecho como producto histórico cambia, entonces existen diversos conceptos de Derecho (E. BULYGIN, “Raz y la teoría del Derecho. Comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del Derecho?” de Joseph Raz”, cit., p. 107).

<sup>44</sup> Sobre la relación entre los conceptos de género natural y el Derecho puede verse D. M. PATTERSON, “Dworkin on the Semantics of Legal and Political Concepts”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n° 3, 2006, pp. 545-557; B. BIX, “Raz on Necessity”, cit., pp. 540 y 541; B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp.172-174; y R. DWORKIN, *La justicia con toga*, cit., pp. 20, 170-172. Desde enfoques iusnaturalistas Michael MOORE niega que todos los sistemas jurídicos participen de la misma naturaleza en el sentido de que comparten la misma estructura, procedimientos o instituciones. En cambio, sí afirma que el concepto de Derecho puede ser catalogado como uno de género, clase o tipo *funcional*, ya que existen sistemas sociales dentro de las diversas comunidades geográficas e históricas que, aun siendo estructuralmente diferentes, sirven para una misma función y comparten la misma naturaleza. Así, por ejemplo, lo que tendrían en común en todo tiempo y lugar esos sistemas (a los que se podría llamar “Derecho”) sería la función de resolver conflictos o la función de establecer normas de conducta (vid. “Law as a Functional Kind”, en R. George (ed.), *Natural Law Theories*. Oxford: Oxford University Press, 1992, pp. 188-242).

<sup>45</sup> Se siguen aquí las condiciones y la explicación que plantea LEITER en *Naturalizing Jurisprudence*, cit., pp. 173-175.

<sup>46</sup> En este sentido, RAZ aclara que el concepto de Derecho no es como el de “masa” o “electrón”, pues a diferencia de éstos sirve para que las personas puedan comprenderse a sí mismas. Es parte de nuestra propia auto-comprensión, de la auto-consciencia, del modo en que se concibe y se comprende la propia sociedad (“Autoridad, derecho y moral”, cit., p. 256; y “¿Puede haber una teoría del Derecho?”, cit., p. 65).

<sup>47</sup> Estas dos condiciones de los conceptos hermenéuticos parece situarse en la misma esfera de las dos proposiciones que TAMANAHA atribuye al interpretativismo: el que la mayoría de las acciones sociales estén basadas en las ideas y creencias de las personas, por un lado, y que el contenido o significado de esas ideas y creencias sea intersubjetivo, por otro, de tal forma que esté basado en y compartido por los

En definitiva, la extensión de un concepto hermenéutico como el de Derecho queda fijada por las propias personas que usan el concepto de acuerdo con sus deseos, creencias o actitudes y, por ende, su naturaleza o sus propiedades necesarias sólo lo son respecto de un grupo social y de sus creencias<sup>48</sup>. Siendo así las cosas, no parece que pueda hablarse de un concepto universal de Derecho, válido para todo tiempo y lugar<sup>49</sup>. Pero tampoco resulta claro que una investigación semántica sea suficiente para aclarar dicho concepto.

Precisamente las investigaciones semánticas acerca del Derecho han sido objeto de crítica por Ronald Dworkin con el argumento conocido como el “aguijón semántico”<sup>50</sup>. El argumento del aguijón semántico, desarrollado esencialmente por Ronald Dworkin, se dirige contra las teorías semánticas, es decir, contra toda pretensión teórica relativa a la estructura y naturaleza del lenguaje, al carácter de los conceptos y a los problemas de la filosofía de la mente<sup>51</sup>. En concreto, lo que Dworkin critica es la aplicación a la teoría jurídica de lo que denomina semántica de criterios (*criteria semantics*), según la cual los operadores jurídicos siguen criterios compartidos al usar una palabra; reglas que especificarían las condiciones de aplicación de la palabra<sup>52</sup>.

---

miembros del grupo social (“The Internal/External Distinction and the Notion of a “Practice” in Legal Theory and Sociological Studies”, *Law and Society Review*, vol. 30, nº 1, 1996, p. 168). También puede verse a este respecto la especial posición de DWORKIN en *La justicia con toga*, cit., pp. 23, 165-181 y 249-251.

<sup>48</sup> A juicio de BIX, el enfoque teórico de HART es hermenéutico en el sentido de que, con su insistencia con el punto de vista de interno -esto es, el de los participantes en la práctica-, trata de comprender cómo la práctica es percibida por sus participantes (B. BIX, “H.L.A. Hart y el giro hermenéutico en la teoría del Derecho”, en íd., *Teoría del Derecho: ambición y límites*, cit., p. 137).

<sup>49</sup> Pese a ello, RAZ trata nuestro concepto de Derecho como algo único que no se puede reinventar según propósitos particulares, aunque las teorías -correctas o incorrectas, puesto que se puede acertar o errar en la descripción del concepto- influyan en un futuro concepto de Derecho (“On the Nature of Law”, cit., pp. 1-7). Ahora bien, aunque el núcleo del concepto, lo esencial, pueda cambiar o esté sujeto a revisión, tal cosa no significa que siempre esté revisándose y, mucho menos, que tal núcleo esté vacío (J. COLEMAN, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, cit., p. 108). Pero también sería un error entender que el concepto siempre debe ser como es ahora, ya que éste continuamente está construyéndose y reconstruyéndose. Sin embargo, esto no impide tomar una instantánea del concepto en el momento presente (F. SCHAUER, “The Social Construction of the Concept of Law: A Reply to Julie Dickson”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 25, Nº 3, 2005, p. 498).

<sup>50</sup> Sobre esta denominación dada por el propio DWORKIN puede verse *Law’s Empire*, cit., p. 45.

<sup>51</sup> Vid. N. STAVROPOULOS, “Hart’s Semantics”, en J. Coleman (ed.), *Hart’s Postscript*, cit., p. 60.

<sup>52</sup> Vid. R. DWORKIN, *Law’s Empire*, cit., p. 31. Este mismo autor recientemente ha redefinido el aguijón como “una práctica que determina la extensión del concepto o bien a través de criterios compartidos de aplicación o bien uniendo el concepto a una clase natural diferenciada” y la infección del aguijón semántico consiste en la asunción de que todos los conceptos de Derecho “dependen de una práctica convergente en una de esas dos formas” (*La justicia con toga*, cit., p. 246). En este sentido, ESCUDERO ha afirmado que lo que sea Derecho válido dependerá de una convención de los operadores jurídicos sobre cuáles sean las fuentes del Derecho. Dicha convención -y, aquí parece confirmar la hipótesis de DWORKIN- implica un “acuerdo sobre el significado de los enunciados lingüísticos emitidos por estas fuentes del Derecho. Acuerdo que se manifiesta en una práctica común por parte de los operadores jurídicos sobre el contenido de las disposiciones de los textos jurídicos” (“Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho”, cit., p. 400).

La misión de la teoría del Derecho, como vía para explicar la naturaleza del mismo, no sería otra que identificar tales reglas o criterios compartidos —lo que se entiende como “fundamentos del Derecho”— por los hablantes a la hora de usar o aplicar a algo la etiqueta “Derecho”. De acuerdo con Dworkin, las teorías semánticas del Derecho suponen que los juristas utilizan los mismos criterios, a pesar de que éstos a veces estén ocultos, a la hora de decidir cuándo una proposición jurídica, como la de “la velocidad máxima en España es de 120 kilómetros por hora”, es verdadera o falsa. Por ello, estas teorías consideran que los operadores jurídicos están de acuerdo en los fundamentos del Derecho y que, entonces, quien rechazara o desafiara tales criterios estaría cometiendo una contradicción sin sentido. Si el significado del concepto de Derecho, y por ello el propio Derecho, viene determinado por los criterios *compartidos* de uso del mismo (casos —hechos— de aplicación), entonces un análisis del concepto de Derecho debe fijarse únicamente en lo que acuerden los juristas. Por tanto, si las teorías semánticas están en lo cierto, sólo sería posible un desacuerdo empírico entre operadores jurídicos, esto es, un desacuerdo sobre si ciertos hechos —aquellos que son indicados como criterios o casos de aplicación de lo que es o significa el Derecho— se han producido o no, pero nunca sería posible un desacuerdo teórico o genuino, esto es, un desacuerdo sobre los propios criterios o fundamentos del Derecho. Si existiera tal desacuerdo, entonces este dato revelaría que no hay criterios compartidos de uso o de aplicación del concepto. Aún así, objeta Dworkin, esos desacuerdos teóricos existen realmente. Por ello, las pretensiones de las teorías semánticas de extraer las reglas compartidas de uso es un fracaso<sup>53</sup>.

A juicio de este autor, el concepto de Derecho es un concepto “esencialmente controvertido”, en el sentido de que usuarios competentes del lenguaje tienen genuinos desacuerdos, es decir, que algunos de sus desacuerdos no son empíricos<sup>54</sup>. Los desacuerdos empíricos entre hablantes se originan sobre la base de la ignorancia acerca de los criterios que se asocian al concepto de Derecho o del error en la aplicación de los mismos. Éstos no son posibles —para Dworkin— porque los términos, vocablos o expresiones con los que se formulan las posiciones enfrentadas son conocidos y significan lo mismo para cada uno de los contendientes. Los desacuerdos tienen su origen, por ende, en discrepancias sobre los criterios mismos asociados al concepto o los propios fundamentos del Derecho<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Véase, ahora, R. DWORKIN, *Law's Empire*, cit., pp. 37, 46 y 43.

<sup>54</sup> Acepta de estos conceptos puede verse W. B. GALLIE, “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 56, 1956, pp. 167 y ss.; y M. IGLESIAS, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, nº 23, 2000, pp. 79 y ss.

<sup>55</sup> Véase, de nuevo, R. DWORKIN., *Law's Empire*, cit., pp. 41, 42 y 31. Véase, a este respecto, G. R. CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, pp. 95-105; y P. R. BONORINO, “El agujón derrotable”, *Analisi e diritto*, 1999, pp. 19 y 20. Los desacuerdos empíricos se catalogarían como meras disputas verbales. Las disputas verbales se producirían, entonces, cuando alguno de los hablantes no es lingüísticamente competente. A este respecto, se considera que un hablante es competente cuando conoce los criterios factuales que se asocian al concepto de Derecho y aplica correctamente tales criterios. A la inversa, un hablante es incompetente cuando no conoce los criterios que se asocian al término Derecho o, aun conociéndolos, los aplica incorrectamente. Por ende, la incompetencia lingüística puede provenir de ignorancia o error. Una u otra conducirían a la mera disputa

Insiste Dworkin en sostener que en la práctica jurídica se dan estos casos de verdaderos desacuerdos y que una teoría semántica del Derecho no puede dar cuenta de los mismos. Para las teorías semánticas sólo hay concepto de Derecho si éste tiene significado y éste sólo tiene significado si existe un conjunto de criterios compartidos de uso por un grupo de hablantes competentes a ese concepto. Los desacuerdos genuinos revelarían, precisamente, que no existe tal acuerdo o convención. Esto supondría un grave problema para una teoría del Derecho, pues si verdaderamente se discrepara sobre cuándo hay Derecho tal cosa simplemente querría decir que no hay Derecho alguno. Si el Derecho se asocia al significado del término “Derecho” y éste a un conjunto de criterios compartidos, la inexistencia de tales criterios compartidos provocaría, a su vez, la inexistencia del concepto y del Derecho mismo. La solución para evitar esta situación no es otra que hacer pensar que los operadores jurídicos no pueden tener desacuerdos genuinos, sino sólo sobre cuestiones empíricas (tales como qué palabras fueron usadas en una ley, cómo deben ser resueltos los casos de penumbra o cómo ha de ser modificado el Derecho)<sup>56</sup>.

Una teoría jurídica así entendida es una teoría “infectada” por un aguijón semántico, pues la realidad es que existen desacuerdos sobre los propios criterios de aplicación del concepto de Derecho. Esto significa que el concepto no puede ser fijado a través de criterios compartidos o convencionales de aplicación, con lo que el proyecto de la teoría del derecho no puede consistir en identificar cuáles son esos criterios compartidos.

Ante la crítica del aguijón semántico podría enfrentarse que el análisis de la teoría jurídica sobre el concepto de Derecho no es un mero análisis lingüístico, sino filosófico. Es decir, no se trata simplemente de conocer el significado del concepto, sino de elucidarlo, de aclararlo y, en definitiva, de estipularlo<sup>57</sup>. Pero, además, parece que Dworkin comete un error en su argumento del aguijón semántico. Este error consiste en tratar dos nociones diferentes como si fuesen una única. Por un lado, habla de los criterios o propiedades que los hablantes asocian al concepto (o la naturaleza del Derecho) y, por otro, se refiere a los criterios a la hora de decidir cuándo una proposición jurídica es verdadera o falsa en una comunidad particular (sobre si la velocidad máxima en España es de 120 kilómetros por hora). Todo ello para concluir que si dos personas tienen diferentes criterios acerca de la verdad o falsedad de una proposición jurídica, entonces eso quiere decir que esas personas asocian diferentes

---

verbal, es decir, a un desacuerdo ocasionado porque los hablantes estarían usando las mismas palabras con distinto significado. Sencillamente los sujetos involucrados estarían hablando de cosas diferentes.

<sup>56</sup> Vid. R. DWORKIN, *Law's Empire*, cit., pp. 31 y 32.

<sup>57</sup> Sobre las definiciones analíticas como estipulaciones puede verse R. M. JIMÉNEZ CANO, *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., pp. 75-76 y 138-139, entre otras. Riccardo GUASTINI y Luifi FERRAJOLI entienden que los conceptos se construyen mediante definiciones estipulativas. Véase M. ATIENZA, “Entrevista a Riccardo Guastini”, trad. M. Atienza, *Doxa*, nº 27, 2004, p. 460; y L. FERRAJOLI, “Constitucionalismo y teoría del Derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso”, trad. I. de la Iglesia; G. Pisarello y R. García Manrique, en L. Ferrajoli, J. J. Moreso y M. Atienza, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, pp. 177-180.

propiedades al concepto de Derecho y que, por ende, poseen diferentes conceptos de Derecho. Ahora bien, mantener esta posición en todos los casos lleva a confundir la noción *de Derecho* con la noción *del Derecho* en una comunidad particular<sup>58</sup>.

En efecto, dos juristas pueden estar de acuerdo en concretas calificaciones sobre la verdad de diferentes proposiciones jurídicas particulares, pero poseer diferentes conceptos de Derecho (en general). Se explicará mejor con un ejemplo. Imagínese que dos Magistrados del Tribunal Constitucional español estén de acuerdo en que el uso, amparado por una ley orgánica de las Cortes Generales, de una técnica de interrogatorio basada en la aplicación de descargas eléctricas al interrogado para que éste confiese dónde se encuentran los niños que ha raptado es un trato inhumano y degradante prohibido por el artículo 15 de la Constitución Española. Sin embargo, ambos Magistrados pueden discrepar sobre el propio concepto de Derecho, al entender uno de ellos que la fórmula del citado artículo 15 no es más que la respuesta del Derecho a una exigencia concreta de la moral objetiva que queda incorporada al Derecho y al entender el otro que el Derecho al emplear esa fórmula deja a la discrecionalidad del juez su concreción, quien acudirá a la moral social o a la moral subjetiva, no incorporándose así incorpora moral objetiva en ningún caso. Esto, que muestra claramente un acuerdo en el caso concreto, no parece que pueda calificarse como una mera disputa verbal al nivel del concepto de Derecho.

Queda claro, pues, que la tesis de que existen criterios compartidos de validez jurídica no implica que existan criterios compartidos en la aplicación del Derecho (particular) y viceversa<sup>59</sup>. Pero tal cosa no quiere decir que no haya concepto y que, por tanto, tampoco haya Derecho. El propio Hart señaló los límites de la semántica en la teoría del Derecho y, precisamente, su intención de encontrar el fundamento del Derecho en la regla de reconocimiento así lo demuestra. La regla de reconocimiento no es una regla lingüística, sino una regla social<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Vid. H.L.A. HART, *Post Scriptum al concepto de Derecho*, cit., 20-21; J. COLEMAN, *The Practice of Principle*, cit., pp. 180 y 181; y “Methodology”, cit., p. 317; K. E. HIMMA, “Ambiguously Stung: Dworkin’s Semantic Sting Reconfigured”, *Legal Theory*, vol. 8, 2002, pp. 160-163.

<sup>59</sup> Vid. K. E. HIMMA, “Ambiguously Stung: Dworkin’s Semantic Sting Reconfigured”, cit., p. 165.

<sup>60</sup> A este respecto, HART ha negado expresamente la acusación de DWORKIN según la cual la teoría de aquél sufre de la picadura del aguijón semántico. Véase H. L. A. HART, *Post Scriptum*, cit., p. 20. En este sentido, HART había dejado claro que su propósito “no es dar una definición de derecho, en el sentido de una regla según la cual se puede poner a prueba la corrección del uso de la palabra; su propósito es hacer avanzar la teoría jurídica proporcionando un análisis más elaborado de la estructura distintiva de un sistema jurídico nacional” (*El concepto de Derecho*, cit., pp. 20 y 21). También RAZ ha rechazado la aproximación lingüística o semántica a la naturaleza del Derecho o que la teoría del Derecho positivista se identifique con la búsqueda del significado del concepto de Derecho (vid. “El problema de la naturaleza del derecho”, trad. R. Tamayo, *Isonomía*, nº 3, octubre de 1995, pp. 132-136; y “Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison”, cit., pp. 7 y ss.). Sin embargo, STAVROPOULOS considera que el análisis conceptual tiene necesariamente implicaciones acerca del uso correcto de los términos (“Hart’s Semantics”, cit., p. 79). Como se señaló con anterioridad, el análisis conceptual envuelve, sin duda, alguna teoría del significado o del uso.

Lo que sí revela la crítica de Dworkin es que no es posible afirmar la existencia de criterios compartidos sin una investigación empírica. La única forma de conocer las reglas o criterios de uso de una comunidad particular de hablantes y que proporcionan el significado del concepto es a través de la investigación y verificación empírica<sup>61</sup>. Es éste un elemento importante que se retomará más adelante.

#### IV. HACIA UNA PLAUSIBLE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

En líneas atrás se llegó a la conclusión de que el concepto de Derecho es de tipo hermenéutico, que sólo puede quedar referido a una cultura determinada, a *nuestra* cultura, y que, por ende, el propio concepto de Derecho es particular. En este orden de cosas, parece incongruente seguir manteniendo la tesis según la cual una teoría general del Derecho es posible. Ahora bien, a este respecto resulta necesario hacer varias aclaraciones.

En primer lugar, la nota de generalidad a la que se está haciendo referencia a lo largo de estas páginas se predica de la teoría y no del concepto del Derecho. Una cosa es hablar de un concepto general de Derecho que pueda revelar las propiedades definitorias del mismo y otra distinta, aunque muy relacionada, es preguntarse por el sentido de una teoría general que predica generalidad de sí misma, aun cuando no pudiera hacerlo del concepto que analiza.

En segundo término, la finalidad de la teoría no es otra que la de investigar las reglas, los hechos, las prácticas, los hábitos o las actitudes del tipo designadas por el concepto de Derecho, con independencia de que éstos y, por ende, el concepto sean necesarios. En este sentido, la teoría se desvincula del concepto, pues a pesar de que pudiera servirse de un concepto particular éste no determinaría la investigación por completo, dado que la investigación puede superar los límites de cualquier concepto particular. Además, si el concepto de Derecho es hermenéutico, entonces una investigación teórica del Derecho no puede detenerse en los elementos semánticos *strictu sensu* del concepto y abordar los hechos, prácticas y creencias sociales que determinan el uso y extensión del mismo.

En tercer lugar, dichos hechos o prácticas no sólo se encuentran necesariamente en *nuestra* sociedad o cultura, sino también pueden estar en otras. En este sentido, parece todavía viable una teoría general del Derecho, es decir, una teoría con la actitud de extenderse en el marco geográfico y cronológico. Para ello, la teoría tiene que extrapolar los conceptos particulares de Derecho a otras sociedades o culturas con otro concepto o, incluso, sin concepto de Derecho y explorar su «naturaleza» dondequiera que pueda ser encontrada.

---

<sup>61</sup> De acuerdo con DWORKIN, si falla una descripción semántica, y una vez descartado que el Derecho sea un concepto de clase natural, la única forma en que una teoría puede ser descriptiva es a través de una generalización empírica de algún tipo, pero insiste en que ni HART ni sus seguidores poseen estudios empíricos que avalen sus afirmaciones (*La justicia con toga*, cit., p. 185). Si bien esto es cierto, no lo es menos que DWORKIN tampoco los tiene para afirmar lo contrario.

Una vez precisado que el concepto de Derecho depende de las creencias y actitudes de las personas de un grupo social cabe preguntarse ahora si la investigación conceptual debe restringirse a cuestiones lingüísticas sobre las propiedades que los hablantes asocian al concepto o a los usos o casos de aplicación del concepto de Derecho. En efecto, los usos lingüísticos de una comunidad forman parte de los hechos, creencias y actitudes de dicho grupo, pero tal vez el enfoque lingüístico propio de las teorías analíticas no sea recomendable como único método de investigación acerca del concepto de Derecho. De ello pareció darse cuenta Hart cuando, haciendo referencia a su libro *El concepto de Derecho*, lo calificó no sólo como un ensayo de teoría jurídica analítica, sino como uno de *sociología descriptiva* consciente de las limitaciones que suponía una investigación sobre los significados de los términos jurídicos<sup>62</sup>. Ahora bien, si esto es acertado conforme al carácter hermenéutico del concepto de Derecho no es menos cierto que la investigación a realizar cobra una nueva dimensión.

La teoría general del Derecho no puede ser, entonces, exclusivamente una teoría analítica del Derecho centrada en el significado de su concepto y del resto de términos y conceptos jurídicos fundamentales, sino que implica también una descripción en términos empíricos de hechos sociales basada en la observación e interpretación de conductas y actitudes sociales humanas<sup>63</sup>. Por esta razón, si no es apropiado para una teoría filosófica del Derecho cimentarse únicamente sobre bases empíricas o sociológicas sin un concepto que aclare u oriente en cierta medida la investigación, tampoco lo sería construir una teoría únicamente desde el análisis conceptual, sin referencia a la experiencia social, psicológica e, incluso, histórica de los individuos del grupo<sup>64</sup>. Desde este punto de vista, la tarea de la teoría general del Derecho ni se limitaría al tratamiento lógico-semántico de las normas y de los conceptos normativos ni se detendría en la construcción o propuesta de estipulaciones<sup>65</sup>.

Lo que se está proponiendo, pues, no es otra cosa que naturalizar la teoría del Derecho<sup>66</sup>. La propuesta naturalizadora reacciona principalmente contra las últimas direcciones del análisis conceptual basado en intuiciones y sienta las bases para un control racional basado en hechos verificables<sup>67</sup>. En efecto, si ya existen problemas

---

<sup>62</sup> H. L. A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., pp. XI y XII.

<sup>63</sup> Véase A. ROSS, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en *El concepto de validez y otros ensayos*, 2ª ed., trad. G.R. Carrió y O. Paschero. México: Fontamara, 1993, pp. 11-12.

<sup>64</sup> Véase, en este sentido, B. BIX., “Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho”, cit., p. 615.

<sup>65</sup> Sobre la posibilidad empírica o conceptual de las teorías generales del Derecho puede verse G. LARIGUET, “Acerca de las llamadas ‘Teorías’ ‘Generales’ del Derecho”, *Analisi e Diritto*, 2002-2003, pp. 151-153.

<sup>66</sup> Sobre la naturalización de la teoría del Derecho puede verse B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2007; y R. M. JIMÉNEZ CANO, Una metateoría del positivismo jurídico, cit., pp. 125-145.

<sup>67</sup> Sobre el análisis conceptual intuicionista, que conecta los conceptos con las intuiciones autoevidentes de un grupo, puede verse F. JACKSON, *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual*. Oxford: Oxford University Press, 1998, pp. 31-38; y K. E. HIMMA, “Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn,

serios sobre el valor epistemológico de las verdades analíticas<sup>68</sup>, el valor de las intuiciones como método filosófico de conocimiento o de construcción conceptual, entendidas éstas como simples «pareceres» de las personas sobre las cosas o los conceptos, queda al nivel de la mera opinión, además de que la inseguridad cognoscitiva alcanza un muy alto grado<sup>69</sup>. Como ha señalado Jerry Fodor, “algún argumento es necesario acerca de qué hace a tales intuiciones verdaderas (o falsas) y, hasta donde yo puedo alcanzar, los únicos candidatos son hechos sobre conceptos”<sup>70</sup>.

Desde el prisma naturalista se trata de evitar que la teoría del Derecho sea únicamente una disciplina conceptual o *a priori* permitiendo un acercamiento más empírico o científico, de manera que se consiga una continuidad o una estrecha conexión entre la filosofía y las ciencias naturales o sociales<sup>71</sup>. En concreto, se exige que las teorías filosóficas bien se apoyen o justifiquen en resultados científicos exitosos (continuidad con los resultados), bien emulen los métodos y las explicaciones de las investigaciones científicas (continuidad con los métodos)<sup>72</sup>.

Ahora bien, aunque es cierto que existen versiones del naturalismo que pretenden reemplazar el análisis conceptual entero por aproximaciones únicamente empíricas, la propuesta más plausible es la de un naturalismo cooperativo, moderado o modesto. Este tipo de naturalismo únicamente niega que ciertos aspectos importantes de la teoría del Derecho puedan ser fructíferamente estudiados por un análisis *a priori* y, además, sin rechazar completamente un previo trabajo de corte analítico, ofrece a la teoría jurídica una mayor colaboración con los resultados o los métodos de la ciencia. Desde este prisma, el naturalismo cooperativo puede ser visto como una manera de control racional de la teoría jurídica o, en su caso, de los análisis conceptuales sobre el Derecho, coadyuvando, en primer lugar, a una mejor explicación de la realidad jurídica y, en segundo término, justificando los análisis conceptuales, permitiendo elegir de entre ellos el mejor. Esto no quiere decir que por “el mejor” se entienda el más correcto desde un punto de vista moral o político, sino el más acorde con una descripción de la realidad jurídica. En efecto, los resultados y los métodos empíricos pueden permitir a

---

and Legal Philosophy”, en J. J. Moreso. (ed.): *Legal Theory / Teoría del Derecho*, Proceedings of the 22nd IVR World Congress, Granada, 2005, vol. I, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 106, 2007, pp. 153-154.

<sup>68</sup> Véase a este respecto W.V.O. QUINE, “Two Dogmas of Empiricism”, *The Philosophical Review*, 60, 1951, pp. 20-43; y G. HARMAN, *Reasoning, Meaning, and Mind*. Oxford: Clarendon, 1999, p. 140.

<sup>69</sup> G. BEALER, “A Theory of Concepts and Concept Possession”, *Philosophical Issues*, 9, 1998, p. 271; CUMMINS, R., “Reflection on Reflective Equilibrium”, en M. Depaul y W. Ramsey (eds.): *Rethinking Intuition*. Oxford: Rowman & Little-field, 1998, p. 125; J. HINTIKKA, “The Emperor’s New Intuitions”, *Journal of Philosophy*, 96, 1999, 143.

<sup>70</sup> J. FODOR., “Water’s water everywhere”, *London Review of Books*, 26, 20, 2004, p. 19.

<sup>71</sup> H. KORNBLITH., “In Defense of a Naturalized Epistemology”, en J. Greco y E. Sosa. (eds.): *The Blackwell Guide to Epistemology*. Oxford: Blackwell, 1999, p. 164; R. J. ALLEN y B. LEITER, “Naturalized Epistemology and the Law of Evidence”, *Virginia Law Review*, 87 (8), 2001, pp. 1494-1497; y R. FELDMAN, “Naturalized Epistemology”, en E.N. Zalta (ed.): *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2006 Edition), <http://plato.stanford.edu>.

<sup>72</sup> W.V.O. QUINE, “Naturalización de la epistemología”, trad. M. Garrido y J.L. Blasco, en *La relatividad ontológica y otros ensayos*. Madrid: Tecnos, 1974, p. 93; y B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, cit., pp. 33-39.

los teóricos del Derecho abandonar o modificar sus análisis, conduciendo así al progreso de la teoría jurídica. Además, esta continuidad con la ciencia favorece la utilidad y la claridad de la teoría permitiendo, de esta manera, una base más propicia para la interpretación y la crítica del Derecho<sup>73</sup>.

El naturalismo cooperativo, por consiguiente, sería compatible con un análisis conceptual moderado, modesto o no-ambicioso dispuesto a recabar el auxilio de elementos e investigaciones empíricas. Así, el proyecto naturalizador de la teoría del Derecho puede ser posible una vez que cierto trabajo conceptual preparatorio ha sido realizado<sup>74</sup>. Con un auxilio de las ciencias empíricas no sólo parece posible un mayor progreso en la teoría del Derecho, sino un mayor control racional, pues lo determinante para preferir un concreto análisis conceptual descriptivo sobre otro se debe a que gana su lugar a través de una confirmación *a posteriori*<sup>75</sup>.

En este sentido, hace tiempo que se viene defendiendo una teoría socio-jurídica que, combinando elementos analíticos y empíricos, se aleje de la teoría del Derecho puramente conceptual a la vez que se aproxime en cierta medida a la sociología descriptiva de la que hablara Hart como forma más cercana a una teoría general y descriptiva del Derecho<sup>76</sup>. Dicha teoría socio-jurídica no rechaza de plano el análisis conceptual, sino un determinado tipo de análisis conceptual, esto es, aquel que únicamente toma como objeto al Derecho estatal y que deja multitud de instituciones sociales fuera de dicho análisis. Propone esta teoría, por tanto, una forma alternativa de conceptualizar al Derecho, reconociendo que existen varios tipos de “Derechos” (el Derecho estatal, el Derecho internacional, el Derecho consuetudinario...) y que cada uno de ellos posee sus propios rasgos característicos. En lugar de afirmar que sólo hay un concepto de Derecho o un concepto central del mismo por el que se juzgan otros fenómenos jurídicos, el positivismo socio-jurídico sostiene que no está claro que haya dicho caso central. Propone, en cambio, tomar en cuenta un análisis de los diferentes tipos de fenómenos jurídicos.

Por ejemplo, el Derecho internacional no suele encajar con los elementos que se predicen del Derecho estatal; aún así, lleva funcionando como una forma de Derecho

---

<sup>73</sup> R. FELDMAN, “Methodological Naturalism in Epistemology”, en J. Greco y E. Sosa (eds.): *The Blackwell Guide to Epistemology*. Oxford: Blackwell, 1999, pp. 174-180.

<sup>74</sup> J. COLEMAN, *The Practice of Principle*, cit., p. 213; y , “Methodology”, cit., p. 347; V. RODRÍGUEZ-BLANCO, “A Defence of Hart’s Semantics as Nonambitious Conceptual Analysis”, *Legal Theory*, 9:, 2003, pp. 99-101; K.E. HIMMA, “Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy”, cit., pp. 155-158; W.L. TWINING, *General jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, cit., p. XIX.

<sup>75</sup> B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, cit., p. 136.

<sup>76</sup> Así queda configurada la teoría de Brian TAMANAHA en “Conceptual Analysis, Continental Social Theory, and CLS: A Response to Bix, Rubin and Livingston”, *Rutgers Law Journal*, 32, 2000, p. 287. Para un panorama de las relaciones entre los estudios sociológicos y la teoría del Derecho puede verse M. FREEMAN, “Law and Sociology”, en M. FREEMAN (ed.), *Law and Sociology*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2006, pp. 1-15.

importante al menos durante los dos últimos siglos<sup>77</sup>. Una teoría del Derecho limitada a un análisis y explicación del Derecho estatal en sí mismo se considera desde este punto de vista estéril, vacía e impropcedente, en cuanto que existen prácticas sociales que se relacionan con otros fenómenos jurídicos<sup>78</sup>. Sin embargo, ello no significa que la teoría del Derecho deba ser absorbida por la teoría social o la sociología empírica, puesto que cada una tiene sus propias preocupaciones. En definitiva, lo que se quiere decir es que si la teoría jurídica quiere ofrecer una visión clara de lo que es el Derecho no puede prescindir de los fenómenos sociales y, especialmente, no debe rechazar a la sociología<sup>79</sup>.

Desde esta perspectiva naturalista cabe, entonces, retomar el problema de si una teoría sobre un concepto particular de Derecho (“nuestro concepto de Derecho”) puede, no obstante, calificarse de general. A este respecto, una teoría del Derecho que se concentra en la naturaleza del Derecho sólo puede ser general en un sentido *formal*, es decir, en el sentido de que su método de investigación y, en su caso, sus conclusiones pueden aplicarse a todos los sistemas jurídicos que han existido o podrían existir, incluyendo las sociedades que pese a no tener concepto de Derecho tienen Derecho<sup>80</sup>. Aún más, en el caso de sociedades presentes o futuras las investigaciones de la teoría del Derecho pueden influir para la elaboración de sus conceptos de Derecho<sup>81</sup>. Sin

---

<sup>77</sup> Véase a este respecto los trabajos de TAMANAHA, “Conceptual Analysis, Continental Social Theory, and CLS: A Response to Bix, Rubin and Livingston”, cit., pp. 283–285; “Socio-Legal Positivism and a General Jurisprudence”, cit., p. 7; y “An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, nº 4, 1995, p. 501. Este autor señala el pluralismo jurídico que puede rodear a un ciudadano europeo sujeto a su Derecho nacional, al Derecho de la Unión Europea, al efecto directo de normas de derechos humanos, a varios tribunales internacionales, al GATT, a la *lex mercatoria*, etc. (“Conceptual Analysis, Continental Social Theory, and CLS: A Response to Bix, Rubin and Livingston”, cit., p. 285 y “Socio-Legal Positivism and a General Jurisprudence”, cit., p. 7).

<sup>78</sup> Ahora bien, una teoría del Derecho que no parte de las experiencias jurídicas y que no investiga directamente los fenómenos más allá de un determinado ámbito geográfico o de un tiempo o de la forma estatal que revista, como señala LOSANO, ¿puede decirse verdaderamente general? (M.G. LOSANO, *Los grandes sistemas jurídicos*, cit., pp. 19 y 20).

<sup>79</sup> Vid. TAMANAHA, “Conceptual Analysis, Continental Social Theory, and CLS: A Response to Bix, Rubin and Livingston”, cit., p. 288; y “An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law”, cit., p. 502.

<sup>80</sup> Vid. J. RAZ, “¿Puede haber una teoría del Derecho?”, cit., pp. 67, 68, 79 y 84-86. En un sentido parecido véase, de este mismo autor, “On the Nature of Law”, cit., p. 7; y “Two Views of the Nature of the Theory of Law”, cit., pp. 4 y 5. En efecto, esta defensa del carácter universal o general de la teoría del Derecho puede ser pírrica y de esta guisa la tacha el propio RAZ: podría afirmarse que aplicar “nuestro” concepto de Derecho a sociedades con nuestro (similar) concepto de Derecho no tiene mucha utilidad, salvo enriquecer el propio concepto. O bien, se podría contestar que aplicar nuestro concepto a sociedades con algún otro concepto de Derecho entrañaría el riesgo de que nuestro concepto no reconociera como Derecho muchos sistemas jurídicos, precisamente sobre la base de que no tienen nuestro concepto de Derecho. Sin embargo, también existe la posibilidad de aplicar nuestro concepto a sociedades que no poseen concepto alguno de Derecho, pero sí disfrutan del fenómeno jurídico. En este caso, el riesgo antes descrito desaparece. Esta última afirmación presupone que puede existir Derecho sin concepto de Derecho.

<sup>81</sup> Por esta razón los diversos conceptos de Derecho son producto de las diferentes teorías del Derecho (E. BULYGIN, “Raz y la teoría del Derecho. Comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del Derecho?” de Joseph Raz”, cit., p. 107). En contra se muestra RAZ, para quien el concepto de Derecho no es producto

embargo, en ningún caso la teoría del Derecho puede ser general en un sentido material, como queriendo ofrecer los rasgos esenciales o necesarios del Derecho en todo tiempo o lugar.

Con las precisiones realizadas se puede seguir defendiendo la plausibilidad de una teoría general del Derecho. No parece que pueda ponerse en duda que el trabajo de los teóricos del Derecho moldea el concepto de Derecho, no sólo el de sus respectivas sociedades sino también de otras —en distinto espacio y lugar—, ni que las conclusiones de la teoría del Derecho pueden extenderse a cualquier sociedad; no en el sentido de que sus resultados valgan siempre para todo fenómeno jurídico de cualquier sociedad, sino en el de que la investigación sobre la naturaleza del Derecho junto con la comparación de los conceptos o la extrapolación del *nuestro* puede realizarse en cualquier tiempo y sociedad. Asimismo, no hay que olvidar que, por un lado, el conocimiento de la historia y de la cultura de otras sociedades ha aumentado y que, por otro, la interacción de unas culturas con otras o el fenómeno del multiculturalismo han permitido que *nuestro* concepto de Derecho sea cada vez más inclusivo y, por ello, más general<sup>82</sup>.

Se hace necesario, para finalizar, una referencia al método de la teoría general del Derecho. Se ha señalado que sólo es posible una teoría general del Derecho en un sentido formal y que una manera de orientar dicha generalidad no es otra que la de aportar un método de investigación. Este método debe tener en cuenta que los elementos o datos del investigador no son ni mucho menos semánticos o que no pueden en exclusiva ser tenidos en cuenta problemas lingüísticos, sino también elementos fácticos o empíricos. En este sentido, el método de la teoría del Derecho no puede ser muy diferente de los métodos seguidos por las ciencias empíricas y adaptarse a ellos<sup>83</sup>.

## ¿PUEDE SER GENERAL LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO?

**Resumen:** Durante los dos últimos siglos se ha caracterizado a la Teoría del Derecho como una disciplina “general” acerca de la naturaleza o del concepto de Derecho. Tras una breve caracterización del significado de una teoría general, este trabajo acometerá la principal crítica que se ha dirigido hacia tal tipo de teorías en el Derecho: su utilidad. A partir de ahí, el presente trabajo se estructurará en dos partes. Por un lado, se enfrentará a dos grandes cuestiones abiertas y de marcado carácter semántico acerca de la viabilidad de una teoría general del Derecho, como la cuestión de si la tarea general debe enfocarse sobre la naturaleza del Derecho o sobre su concepto y el problema de caracterizar algo tan cambiante como el Derecho. Por otro lado, se pretenderá dar un enfoque plausible de la teoría general del Derecho partiendo de la idea clave de que el

---

de la teoría del Derecho (“Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison”, cit., p. 36).

<sup>82</sup> Véase J. RAZ, “¿Puede haber una teoría del Derecho?”, cit., p. 68.

<sup>83</sup> Si el Derecho no es un concepto eterno o una idea metafísica debe enfrentarse con la ciencia y su evolución, con los cambios científicos y adaptarse a ellos. (M.G. LOSANO, *Los grandes sistemas jurídicos*, cit., pp. 40-43).

atributo de generalidad es predicable sólo de la teoría (y, en concreto, de una teoría *naturalizada*), pero no del concepto de Derecho.

**Palabras clave:** Teoría general del Derecho. Metodología. Semántica. Análisis Conceptual. Naturalismo.

## **CAN BE GENERAL THE GENERAL THEORY OF LAW?**

**Abstract:** During the last two centuries the Theory of Law has been characterized as a "general" discipline concerning the nature or the concept of law. After a brief characterization of the meaning of a general theory, this paper will undertake the main criticism which has been directed toward such a sort of theories in law: its utility. Thereafter, this paper will be structured in two parts. On the one hand, it will face two major open strongly semantic questions on the feasibility of a general theory of law, such as the issue of whether the overall task should focus on the nature of the law or on its concept and the problem of characterizing something as changeable as the law. Furthermore, we will try to give a plausible approach to the general theory of law based on the key idea that the attribute of generality is predicable only about the theory (and in particular, about a *naturalized* theory), but not about the concept of law.

**Keywords:** General Theory of Law. Methodology. Semantics. Conceptual Analysis. Naturalism

*Artículo recibido:* 30.6.2012  
*Artículo aceptado:* 30.9.2012