

BRIAN BIX

# TEORÍA DEL DERECHO: AMBICIÓN Y LÍMITES

Presentación de  
Pablo E. Navarro

Palabras previas para la edición  
española de Brian Bix

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
MADRID 2006 BARCELONA

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	11
<b>PALABRAS PREVIAS</b> .....	13
<b>CAPÍTULO I. TEORÍA DEL DERECHO: TIPOS Y PROPÓSITOS</b> .....	17
1. PROBLEMA.....	17
2. INTRODUCCIÓN .....	17
2.1. Teorías puramente descriptivas.....	18
2.2. Teorías analíticas o conceptuales.....	19
2.3. Entre la descripción y la prescripción.....	21
3. ¿SON ESTAS CUESTIONES ESPECÍFICAS DE LA TEORÍA DEL DERECHO? .....	22
4. ONTOLOGÍA (ELEMENTOS BÁSICOS PARA CONSTRUIR).....	22
5. PROPÓSITOS.....	24
<b>CAPÍTULO II. INTERROGANTES CONCEPTUALES Y TEORÍA DEL DERECHO</b> .....	27
1. AFIRMACIONES CONCEPTUALES Y TEORÍAS CONCEPTUALES .....	28
2. ¿QUÉ HACE VERDADERA A UNA AFIRMACIÓN CONCEPTUAL?.....	33
3. “LA LEY INJUSTA NO ES DERECHO” .....	39
4. NATURALISMO Y ANÁLISIS CONCEPTUAL .....	41
5. CONCLUSIONES .....	43
<b>CAPÍTULO III. INTERROGANTES EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA</b> ...	45
1. INTRODUCCIÓN .....	45
2. HART Y WITTGENSTEIN .....	46
3. APLICACIONES - LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA.....	50
3.1. La intención legislativa .....	51
3.2. El análisis interpretativo de Ronald DWORKIN.....	56

	<u>Pág.</u>
3.3. Interrogantes desmitificadores .....	57
3.4. Cuestiones de clarificación .....	59
4. CONCLUSIÓN .....	64
<b>CAPÍTULO IV. LAS RESPUESTAS CORRECTAS EN EL DERECHO .....</b>	<b>67</b>
1. UNA SUGERENCIA EXTREMA .....	67
2. PROBLEMAS RELATIVOS A LA GENERALIDAD Y A MARCOS TEMPORALES .....	69
3. ¿UN POSITIVISMO EXTREMO? .....	71
4. RAZONES JURÍDICAS Y ERROR EN EL DERECHO .....	72
5. UN ENFOQUE ALTERNATIVO .....	74
6. CONCLUSIONES .....	75
<b>CAPÍTULO V. DESCRIPCIÓN Y RAZONAMIENTO JURÍDICO .....</b>	<b>77</b>
1. LAS RESTRICCIONES A LA DESCRIPCIÓN .....	77
2. EL ENFOQUE DE BOBBITT SOBRE EL RAZONAMIENTO CONSTITUCIONAL .....	81
3. EL ENFOQUE INTERPRETATIVO: RONALD DWORKIN VS. LA TEORÍA DESCRIPTIVA .....	94
4. TEORÍA CONCEPTUAL VERSUS DESCRIPCIÓN: AUSTIN, SCHAUER Y HART .....	97
4. CONCLUSIÓN .....	101
<b>CAPÍTULO VI. VOLUNTAD Y RAZÓN: LA VERDAD EN EL DERECHO NATURAL, EL DERECHO POSITIVO Y LA TEORÍA JURÍDICA .....</b>	<b>103</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	103
2. RAZÓN Y VOLUNTAD .....	105
3. DERECHO NATURAL .....	106
4. TEORÍA POLÍTICA MODERNA .....	109
5. VOLUNTAD Y RAZÓN EN EL DERECHO POSITIVO .....	110
6. LA VERDAD EN EL DERECHO POSITIVO .....	114
7. TEORÍAS ACERCA DEL FUNDAMENTO DE VERDAD DE LAS AFIRMACIONES EN DERECHO .....	114
8. REFLEXIONES ADICIONALES EN EL ANÁLISIS DE LA VERDAD EN EL DERECHO POSITIVO .....	118
9. CONCLUSIÓN .....	123
<b>CAPÍTULO VII. H. L. A. HART Y EL GIRO HERMENÉUTICO EN LA TEORÍA DEL DERECHO .....</b>	<b>127</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	127

	<u>Pág.</u>
2. FUNDAMENTOS.....	128
3. EL GIRO HERMENÉUTICO DE HART .....	131
3.1. El valor de añadir una perspectiva interna.....	133
3.2. La perspectiva interna como “hermenéutica” .....	137
3.3. Detalles acerca del enfoque de HART.....	138
3.4. Aspectos internos y neutralidad moral .....	139
3.5. Variaciones de lo “Externo”.....	140
3.6. La oposición.....	141
3.7. Contexto general: el proyecto de análisis conceptual.....	144
4. REFINAMIENTOS SUGERIDOS POR RAZ Y FINNIS.....	145
4.1. Joseph RAZ.....	145
4.2. John FINNIS.....	147
5. HILL Y PERRY ACERCA DEL ASPECTO INTERNO Y LA METODOLOGÍA TEÓRICA .....	149
5.1. Hamner HILL .....	149
5.2. Stephen PERRY .....	153
5.3. Reflexiones.....	156
5.4. Explicar la normatividad.....	157
6. ¿UN REGRESO A AUSTIN?.....	160
7. CONCLUSIÓN .....	164
<b>CAPÍTULO VIII. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE METODOLOGÍA EN TEORÍA DEL DERECHO .....</b>	<b>167</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	167
2. OBJETIVOS .....	169
3. TEORÍA GENERAL, ANÁLISIS CONCEPTUAL Y “NECESIDAD” .....	169
3.1. Análisis conceptual y teoría del derecho .....	171
3.2. Parecido de familia .....	173
3.3. La conexión con la práctica y el número de conceptos.....	174
3.4. Nominalismo y pluralismo.....	177
3.5. Dudas acerca de la teoría general del derecho .....	178
4. EL DESAFÍO DEL NATURALISMO .....	179
5. DESCRIPCIÓN Y SELECCIÓN.....	180
6. EL PUNTO DE VISTA INTERNO Y EL DESAFÍO DE LA IDEOLOGÍA .....	182
7. POSITIVISMO JURÍDICO VS. DERECHO NATURAL .....	184
8. KELSEN Y LA LÓGICA NORMATIVA .....	186
9. VERDAD Y LA NATURALEZA DEL DERECHO.....	187
10. CONCLUSIONES .....	188
<b>ÍNDICE ANALÍTICO .....</b>	<b>193</b>

## PRESENTACIÓN

El escenario conceptual de la teoría jurídica ha sido dominado por la filosofía analítica desde la mitad del siglo xx hasta nuestros días. El análisis conceptual fue una de las herramientas metodológicas paradigmáticas para el estudio de los desafíos filosóficos que representa el derecho y muchos importantes avances en la teoría jurídica se han logrado a partir del uso de las técnicas analíticas. A pesar de estos logros, una crisis de fundamento se ha hecho presente en la discusión contemporánea y en la actualidad existe un importante debate sobre la plausibilidad y relevancia del análisis conceptual. Sin embargo, la justificación del análisis conceptual no puede lograrse “desde fuera”. Es decir, al momento de evaluar los méritos y defectos del análisis conceptual no podemos desprendernos completamente de las reconstrucciones y esquemas conceptuales elaborados mediante ese enfoque filosófico. Por esa razón, en las controversias contemporáneas sobre el análisis conceptual, las discusiones metodológicas remiten a problemas sustantivos y las soluciones de estos problemas impactan nuevamente sobre nuestros enfoques filosóficos.

Brian Bix<sup>1</sup> es uno de los autores que mejor ha comprendido esta íntima relación entre problemas metodológicos y sustantivos y su conexión

---

<sup>1</sup> Brian Bix ocupa actualmente la cátedra Frederik W. Thomas de teoría del derecho y filosofía en la Universidad de Minnesota. Con anterioridad ha desarrollado una destacada trayectoria de docencia e investigación en Estados Unidos y en Inglaterra. Esta labor se ha plasmado en una intensa producción en filosofía del derecho, contratos y derecho de familia. Sus artículos han sido publicados en revistas de prestigio internacional tales como *Law and Philosophy*, *Legal Theory*, *Ratio Juris*, *Michigan Law Review*, *Rutgers Law Journal*, *Notre Dame Law Review*, etc. Algunas de sus contribuciones más destacadas, como autor y editor, son:

— *Philosophy of Law: Critical Concepts in Philosophy*, 4 vols. (Routledge, 2006). Editor.

— *Law and Morality* (Ashgate, 2005). Co-editor con Kenneth Einar HIMMA.

— *A Dictionary of Legal Theory* (Oxford University Press, 2004).

— *Jurisprudence: Theory and Context*, 4.<sup>a</sup> ed. [Sweet & Maxwell (UK), Carolina Academic Press (US), 2006] (1.<sup>a</sup> ed., 1996; 2.<sup>a</sup> ed., 1999; 3.<sup>a</sup> ed., 2003).

con la naturaleza del análisis conceptual<sup>2</sup>. En esta compilación de trabajos, escritos a lo largo de más de una década, BIX aborda no sólo desafíos metodológicos sino que también enfrenta problemas tradicionales de la filosofía jurídica tales como la verdad en el derecho, la existencia de respuestas correctas, la interpretación del derecho, la polémica entre positivismo y antipositivismo, etc. Sus investigaciones muestran con claridad y originalidad el modo en que la filosofía analítica del derecho se conecta con una amplia gama de cuestiones filosóficas tradicionales como el objetivismo moral, el seguimiento de reglas, o el naturalismo en epistemología. Por esta razón, los artículos de este libro nos permiten comprender mejor la vitalidad de las discusiones filosóficas contemporáneas en el ámbito de la teoría del derecho y nos desafía con nuevas soluciones a problemas centrales de la filosofía contemporánea.

Las traducciones de estos trabajos han sido hechas por un grupo de investigadores y profesores de distintas instituciones argentinas (con excepción de Roberto PARRA, de la Universidad Nacional Autónoma de México). La coordinación y supervisión de sus trabajos ha sido una tarea gratificante y provechosa. Por ello, quisiera expresar mi especial agradecimiento a:

- Erica FRONTINI (Universidad Nacional del Sur, Argentina)
- Laura MANRIQUE (CONICET, Argentina)
- Hernán BOUVIER (CONICET, Argentina)
- Paula GAIDO (CONICET, Argentina)
- Rodrigo SÁNCHEZ BRIGIDO (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)
- Guillermo LARIGUET (CONICET, Argentina)
- Hugo SELEME (CONICET, Argentina)

Pablo E. NAVARRO

Consejo de Investigaciones Científicas  
y Técnicas de Argentina (CONICET)

---

— *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory* (Oxford University Press, 1998). Editor.

— *Law, Language, and Legal Determinacy* (Oxford University Press, 1993).

<sup>2</sup> En «Positivism Through Thick and Thin», SCHAUER afirma que BIX ofrece el mejor ejemplo de lo que significa emprender un análisis conceptual en derecho. SCHAUER, Frederick, 1998: «Positivism Through Thick and Thin», en *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, p. 70, nota 23.

## PALABRAS PREVIAS

Mirando retrospectivamente algunos de los más importantes trabajos en la teoría analítica del derecho, desde John AUSTIN hasta H. L. A. HART, es sorprendente ver qué poca atención le ha sido prestada a cuestiones básicas en el área, por ejemplo, las concernientes a la naturaleza de sus proposiciones y los fundamentos metodológicos para escoger un enfoque antes que otro. ¿Qué quiere decir “una teoría del derecho”? ¿Qué es lo que hace que esas teorías sean verdaderas o falsas (o mejores o peores)? Quizás este silencio en los problemas metodológicos puede ser explicado por el hecho de que, por un largo tiempo, muchos de los más prominentes escritores en esta tradición fueron abogados que reflexionaban sobre su actividad sin el entrenamiento filosófico que los hubiese inclinado a abordar cuestiones relacionadas con problemas de fundamentos. Esto ha cambiado en los últimos años, y los artículos reunidos en este libro se insertan en un creciente diálogo acerca de lo que la teoría del derecho se propone y puede hacer: las ambiciones de la teoría del derecho y sus límites.

Aunque la teoría analítica del derecho se centra en el interrogante “¿qué es el derecho?”, ésta es una pregunta notoriamente problemática. Si el derecho es un producto humano, ¿por qué deberíamos asumir que tiene una “naturaleza” o “esencia”? Si lo que nosotros entendemos como derecho varía de un país a otro, y ha cambiado significativamente a través de los siglos, ¿esto no niega la posibilidad de una teoría general?

Los trabajos incluidos en esta colección muestran que mi propio pensamiento acerca de las teorías generales ha cambiado a lo largo del tiempo y permanece indeterminado, abierto. En «Interrogantes conceptuales en teoría jurídica», discuto el modo en que diferentes conceptos o teorías del derecho deben ser juzgadas en relación a sus (potencialmente bastante diferentes) propósitos. En «Interrogantes en la interpretación del

derecho» nuestro que es importante, tanto en la construcción o la evaluación de teorías del derecho, enfocarse en las prácticas jurídicas y tener presente los intereses y preocupaciones que motivan la indagación teórica, a la vez que es preciso intentar eludir la tentación de preguntar (y responder) acerca de cuestiones metafísicas innecesarias. En la época en la que escribí «Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho»<sup>1</sup>, casi una década después, seguía la propuesta de Joseph RAZ de considerar la posibilidad de que pueda existir una única respuesta correcta acerca de lo que es “nuestro concepto de derecho”. Enfocándose en “nuestro concepto”, la teoría del derecho estaría fundada en una forma metafísicamente menos ambiciosa que la que un enfoque platónico requeriría, pero en una forma que tiene más sustancia y está menos teñida por el relativismo que algunos de los enfoques que he discutido en mis trabajos anteriores.

En «Voluntad versus razón: verdad en derecho natural, derecho positivo y teoría del derecho» y de nuevo en «Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho», considero si las divisiones profundas entre las escuelas de pensamiento sobre el derecho, *e.g.* positivismo jurídico y la tradición de derecho natural, pueden ser explicadas por una pequeña, pero significativa, diferencia en el enfoque: si vemos “el derecho” básicamente como un tipo de razonamiento práctico, *i.e.* razonamiento acerca de cómo actuar, o básicamente como un tipo de institución social.

Aun si uno se enfoca primariamente en el aspecto de práctica social/institución social del derecho, existen complicaciones para cualquier intento de teoría. «En torno a la descripción y el razonamiento jurídico» explora los problemas creados por una teoría puramente descriptiva de una práctica social cambiante como el derecho; y «H. L. A. Hart y el giro hermenéutico en teoría del derecho» discute la necesidad de incorporar la perspectiva y los propósitos de los participantes en la teoría, pero también hace notar que cualquiera de tales incorporaciones puede crear dificultades para mantener la postura de neutralidad moral que defienden los positivistas jurídicos (y muchos teóricos sociales en otras disciplinas).

Otro tema en los escritos recolectados para este libro es la naturaleza de la verdad en el interior del derecho. Cuando se afirma cierta proposición acerca de lo que el derecho en un cierto país requiere, permite o prohíbe, ¿tiene esa proposición siempre un valor de verdad, *i.e.*, es siempre o bien verdadera o bien falsa?; ¿qué le da a esa proposición su valor de verdad? Estas preguntas son una manera indirecta, pero útil, de enfocar cuestiones más fundamentales (y quizás más metafísicas) acer-

---

<sup>1</sup> Véase también mi «Raz on Necessity», *Law and Philosophy*, vol. 22 (2003), pp. 537-559.

ca de la naturaleza y fuentes del derecho. Me he centrado en el problema de las proposiciones verdaderas en derecho y teoría del derecho en «El concepto de respuestas correctas en derecho» y he revisado el problema en «Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho» y en «Voluntad versus razón». ¿Es el derecho (como algunos escritores realistas americanos sostienen) simplemente una predicción de lo que los tribunales decidirán en un caso que se les presenta? Mientras que este punto de vista escéptico ofrece un correctivo útil a algunas concepciones del derecho extremadamente abstractas y extremadamente idealistas, también posee algunos problemas obvios. Por ejemplo, no explica el papel del derecho para la corte suprema. Los fallos de estos jueces no serán revisados por una apelación y difícilmente pueden ser pensados como decisiones basadas en predicciones acerca de lo que ellos mismos van a decidir. De todos modos, si hay algún espacio conceptual entre “lo que el derecho requiere” (o, dicho de otro modo, “cuál es la respuesta correcta a una cuestión jurídica”) y lo que los jueces deciden o cómo otros funcionarios actúan (como parece ser el caso), entonces aparecen otras complicaciones. Uno debe pensar qué hacer con los “errores jurídicos”, es decir: decisiones que parecen objetivamente equivocadas, dadas las normas a aplicar (las intenciones de los legisladores, el significado claro de una ley, o la aplicación coherente de una serie de decisiones previas vinculantes), pero que son seguidas por los funcionarios relevantes (y no rectificadas por un Tribunal de revisión o una decisión posterior). Paradójicamente, en derecho, lo que es en el corto plazo un error, puede tornarse correcto en el largo plazo.

Construir una teoría acerca de la naturaleza del derecho es difícil porque el derecho parece ser una combinación de lo inmutable y de lo contingente, de institución social y razonamiento práctico, de voluntad política y elaboración razonada. Quizás esto significa que nuestras teorías sobre la naturaleza del derecho sólo están destinadas a ser parciales, a capturar sólo una porción de una verdad compleja, que sólo puede ser completamente asida a través de la combinación de teorías. De todos modos, es muy prematura tal conclusión para nuestra exploración de los fundamentos y naturaleza de la teoría del derecho. Mientras que nos quede claro qué es lo que esa teoría intenta hacer (y puede razonablemente proponerse hacer), creo que quedará lugar para una teoría única del derecho que prevalezca sobre todas las otras alternativas. Pero queda mucho trabajo por hacer aún.

Brian BIX

Frederick W. THOMAS Professor  
for the Interdisciplinary Study of Law and Language  
Facultad de Derecho, Universidad de Minnesota

# CAPÍTULO I

## TEORÍA DEL DERECHO: TIPOS Y PROPÓSITOS\*

### 1. PROBLEMA

Una barrera para la existencia de un mayor diálogo y entendimiento dentro de la teoría jurídica es la falta de reconocimiento de la variedad de formas y propósitos de las diferentes teorías de (o sobre) la naturaleza del derecho. Los teóricos del derecho son en cierto modo culpables por la falta de una discusión más clara acerca de cuestiones metodológicas, en la medida en que, con frecuencia, no son tan claros como podrían serlo si prestasen atención a la naturaleza de las afirmaciones que hacen (*e.g.* descriptivas versus prescriptivas, conceptuales versus empíricas), o al proyecto general del cual sus teorías son parte. Este trabajo intenta ofrecer un somero repaso de los tipos y propósitos de la teoría del derecho, enfocado principalmente en teorías sobre la naturaleza del derecho. Otro tipo de teorías —*e.g.* en lo concerniente a los derechos o a la mejor aproximación al razonamiento jurídico o judicial— requerirán otra descripción.

### 2. INTRODUCCIÓN

Una advertencia preliminar: la lista de tipos de teoría del derecho que uno proponga depende obviamente en gran proporción de cómo y cuán ampliamente se defina “teoría del derecho”. La noción de teoría del de-

---

\* Traducción de Erica FRONTINI. Título original: «Legal Theory: Types and Purposes», en *IVR Encyclopedia of Legal Theory*, disponible en formato electrónico en (<http://www.ivr-enc.info/en/>)

recho implícita en esta discusión reflejará los contornos usuales de los cursos y libros de texto de teoría jurídica en Estados Unidos y el Reino Unido. Uno puede imaginar fácilmente una noción de “teoría del derecho” que sea significativamente más amplia o más estrecha.

En general, uno puede dividir de un modo somero las teorías acerca de las prácticas sociales en tres amplias categorías: 1) teorías descriptivas: aquellas que pretenden determinar cuál es el caso, ofreciendo un relevamiento de las prácticas o concepciones; 2) teorías analíticas o conceptuales: teorías que hacen proposiciones acerca de la naturaleza necesaria o intrínseca de alguna práctica o institución; y 3) teorías prescriptivas, normativas o críticas: teorías que argumentan acerca de cómo las prácticas u opiniones deben ser reformadas. Cada tipo de teoría será discutida a su turno en las próximas secciones.

## 2.1. Teorías puramente descriptivas

Frecuentemente, los teóricos se refieren a sus teorías como “descriptivas”, pero “descriptivo” implica muchas variantes, algunas de las cuales, como las teorías analíticas y conceptuales, son tan distintas que serán discutidas separadamente en la próxima sección, 1.2. Existen también tipos interesantes de teorías que no parecen ser descriptivas ni prescriptivas pero están, en ciertos casos, a mitad de camino entre ambas. Esos tipos de teorías serán discutidas en la sección 1.3.

En términos generales, una teoría es “descriptiva” si se propone describir cuál es el caso, antes que hacer juicios sobre el valor (moral o de otra índole) de la situación actual, u ofrecer argumentos acerca de cómo las cosas deberían ser hechas. Muchos tipos de teorías sobre el derecho, pero que no son “teorías jurídicas” estrictamente hablando, son claramente descriptivas: *e.g.* teorías sociológicas, antropológicas y psicológicas sobre el modo en que la gente se comporta en sus situaciones jurídicas o en respuesta a la regulación jurídica; y reseñas históricas acerca de porqué sistemas jurídicos particulares se desarrollaron en la manera en que lo hicieron.

Cuando uno propone una teoría intentando cubrir un gran número de instancias de alguna institución o práctica (a lo largo de las jurisdicciones o el tiempo) siempre existe el problema de cómo combinar los datos. Por ejemplo, ¿cómo se hace para tener una “teoría del derecho” cuando los sistemas jurídicos (comoquiera que se los entienda) claramente difieren de país a país y a lo largo del tiempo? Intentar ofrecer una teoría puramente descriptiva de una práctica social tan vasta como el derecho parece correr el riesgo de devenir poco «más que una conjunción de lexicografía e historia local». (FINNIS, 1980: 4). Se necesitan algunos me-

dios para organizar los datos que son objeto de nuestra teoría descriptiva, y existen muchos debates acerca de cómo semejante selección puede o debe ser hecha. Por ejemplo, John FINNIS acusa a Hans KELSEN de haberse equivocado en su construcción de una teoría del derecho al intentar encontrar el “mínimo denominador común” —que fuese común a todos los sistemas jurídicos— en vez de hacer como FINNIS sostiene que hay que hacer en esos casos: encontrar qué es característico del derecho en su instanciación más madura o completa, aún cuando algunos, o quizás muchos, sistemas jurídicos no tuviesen todas esas características (FINNIS 1980: 9-11).

Además, aunque una teoría pueda no ser prescriptiva en el sentido de que sugiera reformas de las prácticas actuales, para señalar algo acerca de la naturaleza o propósito, la teoría puede enfatizar algunos aspectos de la práctica y/o desechar otros. A este respecto, muchos escritores (*e.g.* WALUCHOW 1994: 15-29; RAZ 1994: 219-221) distinguen entre formas no morales de evaluación que son necesarias para construir teorías descriptivas, conceptuales o analíticas y cualquier tipo de prescripción moral.

H. L. A. HART arguyó a favor de la organización de una teoría del derecho que conciba la práctica, por lo menos en parte, desde la perspectiva de un participante que “acepta” el sistema jurídico como proveedor de razones para la acción (HART, 1994: 79-91). Aun Ronald DWORKIN y John FINNIS, quienes critican el positivismo jurídico hartiano y el proyecto de una teoría del derecho descriptiva, aceptan la idea de construir una teoría en torno a la perspectiva del participante, aunque sus ideas acerca de cómo construir una perspectiva del participante difieran de modo significativo con la visión de HART (DWORKIN, 1986; FINNIS, 1980: 3-18; véase BIX, 1999).

## 2.2. Teorías analíticas o conceptuales

Muchas teorías jurídicas pretenden ofrecer aserciones verdaderas sobre el derecho en general. Esas teorías hacen aserciones analíticas o conceptuales sobre el “derecho”, en oposición a aquellas que hacen aserciones que se aplican únicamente a un sistema jurídico particular (en un momento particular del tiempo). Como se discutirá más abajo, algunos teóricos del derecho dudan de la capacidad de ofrecer teorías de este tipo o de este nivel de generalidad.

Las teorías del derecho son frecuentemente catalogadas como “analíticas” o “conceptuales” —tales teorías generalmente pretenden ser “descriptivas”, en el sentido de que pretenden describir el modo en que las cosas son antes que criticar o prescribir—. De todos modos, tales teo-

rías no son generalmente “meramente descriptivas”, en el sentido en que, en esos casos, los teóricos están haciendo algo más que el mero reporte de datos u observaciones. Además, hay algunos teóricos para los cuales no está claro si sus teorías son mejor comprendidas como conceptuales o como “meramente” descriptivas [*e.g.* éste parece ser el problema del persistente debate concerniente a la mejor caracterización del trabajo de John AUSTIN (COTTERRELL, 2003: 81-83)].

El análisis conceptual usualmente involucra la aserción filosóficamente ambiciosa de que la teoría ha capturado aquello que es “esencial” a cierto concepto o práctica, características “necesarias” para que una práctica o institución justifique la etiqueta en cuestión. Mientras que tales afirmaciones sobre “naturaleza” o “esencia” fueron tradicionalmente asociadas a la metafísica platónica, existen versiones modernas metafísicamente menos ambiciosas de tales afirmaciones. (*e.g.* BIX, 2003b). Por ejemplo (RAZ, 1996) defiende una comprensión de la teoría del derecho como análisis conceptual, y al hacerlo argumenta que tales teorías intentan explicar «*nuestro* concepto de derecho», no algún concepto universal o intemporal (platonista) del derecho.

Han existido numerosos cuestionamientos acerca del valor o la sustentabilidad de teorías puramente descriptivas o descriptivo-conceptuales en teoría jurídica. Algunos de los cuestionamientos han venido desde la teoría del derecho natural [*e.g.* FINNIS (2000)], que sostiene que los objetivos morales y los ideales morales son inherentes a la naturaleza del derecho., y por lo tanto centrales para su comprensión.

John FINNIS (2003) ha postulado además otro cuestionamiento: si la teoría descriptiva/conceptual del positivismo jurídico es entendida como determinante de la naturaleza del “derecho”, en donde el derecho es entendido como separado de la cuestión normativa de cómo los jueces deben decidir los casos (véase, *e.g.* RAZ, 1998: 4-6) o de cómo los ciudadanos deben actuar ante los decretos del gobierno, entonces es una investigación de poco valor y poco interesante. FINNIS ha dicho (1980: 4) que una teoría del derecho sin elementos normativos no sería otra cosa que «una conjunción de lexicografía con historia local».

Una crítica de otra índole ha venido por parte de aquellos que dudan del análisis conceptual o bien en general o bien por lo menos en áreas en donde los conceptos poseen notas normativas. El cuestionamiento general viene del naturalismo (no confundir con la teoría del derecho natural; el naturalismo brega por un acercamiento más empírico o científico a los temas, previamente encarados de una manera conceptual o *a priori*), y ha sido sostenido en filosofía del derecho principalmente por Brian LEITER (2003). LEITER, apoyándose en el conocido trabajo filosófico de W. V. O. QUINE (1951) sostiene que no existen verdades conceptuales a descubrir, y que los