

Exclusividad y exhaustividad del derecho. Algunas reflexiones sobre la naturaleza abierta de los sistemas jurídicos*

Exclusivity and comprehensiveness of Law. Some reflections on the open nature of legal systems

Pablo E. Navarro
 CONICET, Argentina
 Universidad de Girona
pabnav@hotmail.com

Cita recomendada:

Navarro, P.E. (2020). Exclusividad y exhaustividad del derecho. Algunas reflexiones sobre la naturaleza abierta de los sistemas jurídicos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 42-63.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5702>

Recibido / received: 14/04/2020
 Aceptado / accepted: 08/07/2020

Resumen

En este trabajo se analiza el posible significado y plausibilidad de dos conocidas tesis de la teoría jurídica: la exclusividad y la exhaustividad del derecho. Conforme a la primera, las normas positivas agotan el contenido del derecho, mientras que la segunda expresa que los ordenamientos jurídicos siempre suministran una respuesta apta para justificar una decisión judicial. El marco teórico escogido es el enfoque del positivismo jurídico contemporáneo y, se muestra que, en gran medida, el alcance de las tesis acerca de la exclusividad y la exhaustividad depende de una distinción entre el «sistema global», que es el conjunto de normas válidas en un

* Una versión preliminar de este trabajo fue discutida el martes 5 de Mayo en un seminario virtual organizado por Jordi Ferrer en la Cátedra de Cultura jurídica de Girona y el 18 de Mayo de 2020 en un seminario por internet, organizado por el Prof. José María Sauca, de la Universidad Carlos III. Agradezco a los comentarios de los participantes de estos eventos. También agradezco a Eugenio Bulygin, Jorge L. Rodríguez, José Juan Moreso, Ángeles Ródenas, Juan Ruiz Manero, Pablo Rapetti, José María Sauca, Jordi Ferrer y Renzo Cavani por sus valiosos comentarios. Finalmente, agradezco sus observaciones a dos evaluadores anónimos de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*.

cierto momento T (i.e., el momento de la decisión judicial que resuelve una controversia) y el sistema de normas aplicables. A su vez, esa distinción permite analizar la naturaleza abierta de los sistemas globales desde cuatro puntos de vista diferentes: regulativo, lógico, normativo e interpretativo. Finalmente, se exploran las consecuencias de estas distinciones para el problema de la discrecionalidad judicial.

Palabras clave

Lagunas del derecho, discreción judicial, sistema jurídico, validez normativa, aplicabilidad.

Abstract

This paper analyzes the possible meaning and plausibility of two well-known theses: exclusivity and comprehensiveness of law. According to the first, the positive norms exhaust the content of the law, while the second expresses that legal systems always provide an answer to justify a judicial decision. The theoretical framework chosen is the approach of contemporary legal positivism and, it is shown that, to a large extent, a positivistic interpretation of both above-mentioned theses depends on a distinction between the «global system», which is the set of norms valid at a certain moment T (i.e., the moment of the judicial decision that resolves a dispute) and the system of applicable norms. In turn, this distinction allows us to analyze the open nature of global systems from four different points of view: regulatory, logical, normative and interpretative. Finally, the consequences of these distinctions for the problem of judicial discretion are explored.

Keywords

Legal gaps, judicial discretion, legal system, normative validity, applicability.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La estructura del sistema jurídico. 3. La clausura regulativa del sistema global. 4. El sistema jurídico aplicable. 5. Relaciones entre sistemas abiertos y cerrados. 6. Sistemas interpretativamente abiertos. 7. La creación judicial de derecho. 7.1. Creación de derecho y fuerza concluyente de las calificaciones. 7.2. Razones subyacentes e identificación del derecho. 8. La exhaustividad del derecho. 9. Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción

Una parte importante de las contribuciones de la filosofía del derecho contemporánea suministra estrategias para dar cuenta de dos conocidas ideas: la exclusividad y la exhaustividad del derecho. Intuitivamente, ambas nociones pueden ser presentadas en las siguientes tesis:

- Tesis de la exclusividad»: todo derecho es solo derecho positivo.
- Tesis de la exhaustividad»: toda conducta está jurídicamente regulada

De acuerdo con la primera tesis, las normas jurídicas positivas agotan el contenido del derecho, mientras que la segunda implica que cualquier controversia puede decidirse justificadamente mediante la aplicación del derecho. En los sistemas jurídicos modernos, ambas tesis se manifiestan de diferente manera. Por ejemplo, en su artículo 22, el antiguo Código Civil Argentino señalaba que «lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil». En otras palabras, el derecho (civil argentino) se agotaría en

aquello que el Código Civil de Argentina prescribiese expresa o implícitamente. De igual modo, normalmente, los jueces están obligados –por normas positivas expresamente formuladas– a decidir todas las controversias en el ámbito de su competencia y a justificar sus decisiones en normas generales jurídicamente válidas. Estos requisitos asumen que el derecho regula exhaustivamente cualquier controversia y que los jueces deben usar exclusivamente el derecho como fundamento de sus decisiones (Alchourrón y Bulygin, 1974, pp. 236-237).

En última instancia, una explicación de la exclusividad y exhaustividad del derecho tiene que servir para comprender mejor los posibles fundamentos de esas intuiciones y responder a interrogantes como los siguientes: ¿Son compatibles las tesis de la exclusividad y de la exhaustividad del derecho, o bien, por el contrario, ellas introducen exigencias teóricas antinómicas? ¿Qué deben hacer los jueces en casos regulados por el derecho y qué margen de discrecionalidad tienen cuando las normas positivas establecen soluciones moralmente inaceptables? ¿De qué manera la explicación de la exclusividad y la exhaustividad influye sobre la reconstrucción sistemática del derecho? ¿En qué sentido el derecho puede ser un sistema normativo cerrado? ¿Qué conexión existe entre el binomio «exclusividad-exhaustividad» y el problema de las lagunas normativas, los casos irrelevantes, la discrecionalidad y la creación judicial de normas jurídicas?

Mi principal objeto de atención es el modo en que el positivismo jurídico da cuenta de la exclusividad y la exhaustividad del derecho. Tal vez, el intento más reconocido de reconciliar ambas tesis en el marco del enfoque positivista es la *Teoría Pura del Derecho*, de Hans Kelsen. A lo largo de su obra, Kelsen sostuvo que no hay otro derecho que el derecho positivo. También subrayó que el derecho regula la conducta humana de manera positiva o negativa. En su opinión, una conducta está positivamente regulada cuando es calificada deónticamente (como obligatoria, prohibida o permitida) por una norma jurídica, pero está sólo negativamente regulada cuando «esa conducta no está prohibida por el orden sin estar positivamente permitida por una norma...» (Kelsen, 1979, p. 29). Por esa razón, Kelsen niega que existan genuinas lagunas normativas y sostiene que los jueces siempre pueden aplicar el derecho positivo en la solución de cualquier controversia. De esa manera, él rechaza la discrecionalidad judicial como mecanismo para resolver casos que el derecho ha dejado sin regular y, por el contrario, reconoce esa discreción como capacidad para (i) determinar el contenido de una norma individual en la aplicación del derecho y (ii) cambiar el derecho, en aquellos casos que el ordenamiento jurídico les reconozca la facultad de adaptar el derecho a ciertas exigencias de justicia.

Sin duda, es fácil encontrar a lo largo de la obra de Kelsen diversos argumentos que él invoca para sostener la exclusividad del derecho positivo y rechazar al derecho natural. Esos argumentos hunden sus raíces tanto en su peculiar concepción de la moral como también en la profunda distinción entre naturaleza y sociedad y, finalmente, en su manera de entender las características básicas de una genuina ciencia del derecho (i.e., su «pureza»). Más complicado es encontrar en la *Teoría pura* una explicación para el hecho de que Kelsen haya sostenido durante casi medio siglo la tesis de la exhaustividad. Para Kelsen, la completitud de los sistemas jurídicos no es un mero ideal racional; algo a lo que cualquier orden normativo positivo debería aspirar. Más bien, su tesis es que, por su propia naturaleza, los sistemas jurídicos carecen de lagunas y, por tanto, los jueces siempre pueden resolver de manera justificada cualquier controversia. Pero, Kelsen no introduce la tesis de la completitud mediante un minucioso examen histórico o sociológico de la mayoría de los sistemas jurídicos o de una muestra significativa de ellos, sino que esa tesis es una consecuencia de cómo él entiende que (i) el derecho regula la conducta y que (ii) existan instituciones específicas encargadas de crear y aplicar el derecho. Este

análisis conceptual conduce a Kelsen a la tesis de la exhaustividad. En otras palabras, la tesis de la exhaustividad no es en el enfoque de Kelsen una generalización empírica ni una exigencia ideal. Más bien, parece un *Weltanschauung* similar al que podría utilizar un científico de la naturaleza para defender la exhaustividad de la causalidad como nexo entre los fenómenos empíricos.

En la actualidad, pocos teóricos del derecho defienden esa reconstrucción kelseniana de las tesis de la exclusividad y la exhaustividad, pero la mayoría de los autores positivista, en mayor o menor medida, se han inspirado en ella y sus ideas son constantemente reexaminadas en busca de mejores fundamentos. Por esa razón a lo largo de este trabajo, revisaré otras propuestas contemporáneas de indudable reconocimiento y prestigio (e.g., las teorías de Raz, Alchourrón y Bulygin, Bayón, etc.). Sin embargo, dado que no es posible analizar todas las alternativas relevantes en el abanico de doctrinas positivistas, la selección de los autores no pretende abrir juicio sobre los méritos o defectos de otros enfoques alternativos que no son considerados.

2. La estructura del sistema jurídico

En el marco del positivismo jurídico, las normas jurídicas agotan el derecho positivo. La separación entre esas normas y otras pautas socialmente relevantes (e.g., la moral) exige utilizar una herramienta conceptual idónea para trazar la distinción en el heterogéneo campo de fenómenos normativos. Esa es, precisamente, una de las principales funciones que desempeña la reconstrucción sistemática del derecho (Véase, por ejemplo, Kelsen, 2006, p. 3 y Hart, 1994, p. 95). Cuando esa reconstrucción se emprende en el marco de la justificación de una decisión institucional (e.g. una sentencia judicial), el conjunto normativo sistemáticamente estructurado siempre conlleva una referencia temporal, aunque muchas veces ella se omite de formularse expresamente. En otras palabras, el análisis positivista se refiere a los sistemas momentáneos, es decir, la totalidad de las normas positivas jurídicamente válidas de una comunidad política en un cierto momento T (Raz, 1970, pp. 34-35), e.g., el momento en el que un juez tiene que justificar una determinada decisión.

Dado que los sistemas momentáneos contienen a todas las normas válidas en un cierto momento T, denominaré a ese conjunto momentáneo como «sistema global». Este concepto sirve para comprender que, en general, el conocimiento jurídico, como aptitud para determinar qué es jurídicamente obligatorio o permitido se refiere a un fragmento de la historia normativa de la comunidad, y suministra un mecanismo para identificar a las normas jurídicas en el momento en el que surge la necesidad de separar al derecho de esa comunidad de otros ordenamientos sociales.

Un sistema global contiene «normas». Las normas son prescripciones que regulan la conducta, imponiendo obligaciones o autorizando comportamientos. Cualquier función social que el derecho desempeñe es posible sólo porque previamente cumple esa función normativa. Sin embargo, aunque las «fuentes» del sistema global generan numerosos elementos o «disposiciones», que no prescriben conductas (i.e., no son normas), ellas están internamente conectadas con otras disposiciones que guían el comportamiento. Esas conexiones determinan la estructura del sistema. En este sentido, una disposición D1 está internamente conectada a otra disposición D2 cuando D1 se refiere al significado, existencia o aplicación de D2 (Raz, 1970, p. 24). Por ejemplo, el art 1. del Código Civil Argentino señala que las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio argentino. El art. 1 no obliga ni permite acción alguna (i.e., no es una norma), pero sirve para delimitar el alcance de otras disposiciones del sistema momentáneo. Esta trama interna determina la estructura «operativa» de un sistema momentáneo, que sirve de

marco para las relaciones regulativas y punitivas que caracterizan al derecho (Raz, 1970, pp. 183-184). En adelante, y por motivos de simplicidad, el análisis se centrará en las «normas» de los sistemas jurídicos.

Es un lugar común señalar que las normas «generales» son uno de los elementos principales del derecho de cualquier comunidad (Hart, 1994, p. 124). Por su propia naturaleza, estas normas no se refieren expresamente a las situaciones particulares. Más bien, la solución de los casos individuales se produce por intermediación de las consecuencias lógicas que se derivan de esas normas generales, en conjunción con hechos que determinan ciertas consecuencias jurídicas. Así, en la justificación de su decisión, los jueces hacen explícito («descubren») el contenido implícito de las normas generales mediante el despliegue de sus consecuencias lógicas para el caso particular. En este sentido, los jueces no crean nuevo derecho cuando simplemente «aplican» las normas generales a los casos individuales.

Esta visión de la conexión entre normas generales, casos individuales y justificación de las decisiones judiciales hunde sus raíces en una idea más ambiciosa: el derecho –globalmente considerado (i.e., el sistema global)– contiene todas sus consecuencias lógicas. Ello significa caracterizar a los sistemas normativos como sistemas deductivos, i.e., como un conjunto normativo que comprende todas sus consecuencias lógicas. Siguiendo a Alchourrón y Bulygin puede señalarse que un ordenamiento jurídico es el conjunto formado por todos los enunciados válidos conforme a un criterio de identificación, que se aplica en un determinado momento T. Según Alchourrón y Bulygin, «cuando los filósofos del derecho hablan de sistemas jurídicos casi siempre utilizan esta expresión en el sentido de “ordenamiento”, es decir, se refieren a la totalidad de las normas válidas según un criterio de identificación» (1974, p. 121).

Este es un concepto similar al de sistema momentáneo global, pero –a diferencia de Raz, que caracteriza la estructura del sistema momentáneo a partir de una telaraña de relaciones operativas– este conjunto postulado por Alchourrón y Bulygin asume que el sistema tiene una estructura deductiva, es decir: es un conjunto clausurado o cerrado bajo la noción de consecuencia lógica. En otras palabras, en esta concepción se asume la validez de todas las normas lógicamente derivadas de otras normas válidas. Por el contrario, un sistema global que no admita una clausura deductiva es un sistema lógicamente abierto. En este caso, las relaciones internas entre normas no son relaciones de consecuencia lógica sino de otra naturaleza (e.g., genéticas, operativas, etc.).

Los sistemas normativos cerrados por la noción de consecuencia lógica son sistemas «normales» (Alchourrón y Bulygin, 1974, p. 143). La relevancia de este tipo de sistemas se aprecia fácilmente en el siguiente ejemplo: no hay dudas de que, en Argentina, el presidente de la república debe residir en la Ciudad de Buenos Aires, aunque ninguna norma imponga explícitamente esa obligación. Más bien, esa obligación surge de una norma derivada, que se obtiene como consecuencia lógica de otras dos disposiciones: por una parte, una norma constitucional que impone a los miembros del gobierno federal la obligación de residir en la Capital Federal y una ley del parlamento que establece que la Ciudad de Buenos Aires es la Capital Federal. Este es un ejemplo de una idea general ya que no pretende poner de manifiesto una particularidad del derecho constitucional argentino, sino que señala un rasgo central de nuestra práctica jurídica: aquello que se sigue lógicamente de las decisiones de la autoridad también cuentan como una solución y no pueden dejarse de lado sin un argumento jurídico de mayor peso.

Aunque los conceptos de sistema global y sistemas deductivos son instrumentos útiles para el conocimiento del derecho, ambos cumplen diferentes funciones analíticas y su compatibilidad no puede asumirse sin argumentos adicionales. El concepto de sistema global sirve para abordar la unidad del derecho, la conexión entre derecho y autoridades y, finalmente, la separación entre derecho y moral. Sin embargo, esos problemas son, en gran medida, irrelevantes en la reconstrucción de los sistemas deductivos. Más bien, la reconstrucción deductiva de los sistemas normativos pone de manifiesto el «alcance» del derecho. Mientras que el primer concepto (sistema global) es el utilizado normalmente en filosofía jurídica al analizar los diferentes aspectos de la «naturaleza» del derecho (e.g., la unidad del derecho), el segundo concepto es más usual en el ámbito de la dogmática jurídica, al exponer el «contenido» del derecho. En principio, esta diferencia de objetivos y áreas de análisis aseguraría un espacio propio para cada una de estas nociones de sistema en nuestras redes conceptuales.

Sin embargo, existe una cierta tensión entre la incorporación de normas derivadas y el papel de la autoridad. El sistema global sirve para comprender por qué la verdad de una proposición jurídica no puede desvincularse de las normas que ha formulado expresamente la autoridad jurídica (es decir, nos muestra en qué sentido el derecho es imposible sin autoridades). Pero, el sistema deductivo nos permite conocer en qué sentido una conducta es jurídicamente obligatoria o permitida, aunque ella no sea regulada por ninguna norma expresamente formulada (es decir, nos muestra en qué sentido el derecho va más allá de lo que expresamente dice o pretende la autoridad). Por esta razón, en la medida en que las intenciones y decisiones de las autoridades desempeñan un papel crucial en la identificación del sistema global, hay buenas razones para dudar de la compatibilidad de ambos sistemas

En líneas generales, esta conclusión escéptica acerca de la incorporación de las normas derivadas es la que surge de los trabajos de, por ejemplo, Joseph Raz y Hans Kelsen. Según Raz, esa incorporación sería incompatible con la tesis de las fuentes sociales y esa tesis es necesaria para explicar la autoridad y normatividad del derecho (1994, p. 229). A su vez, Kelsen, en su última etapa de la *Teoría pura* (al respecto, véase 1990), descarta la validez de las normas derivadas por diversas razones como, por ejemplo, el rechazo de una genuina lógica de las normas. Esta visión (moderada o radicalmente) escéptica del papel de las normas derivadas rechaza la idea de que los sistemas tengan una estructura deductiva y deja abierta la pregunta acerca de la relevancia de las normas derivadas como fundamento de las proposiciones descriptivas del contenido del derecho.

3. La clausura regulativa del sistema global

Una vez que se despejan estas distinciones básicas acerca de la naturaleza normativa del derecho y su estructura sistemática, es posible avanzar sobre las relaciones entre exhaustividad y exclusividad. La tesis de la exhaustividad implica que cualquier acción posible está regulada por una norma que se conecta a («surge» de, se «construye» a partir de) fuentes jurídicas reconocidas en ese sistema momentáneo. Pero, este ideal no puede fácilmente compatibilizarse con la exclusividad que reclama el derecho positivo. Después de todo, las normas formuladas por una determinada autoridad solo pueden regular expresamente (i.e., mencionando la acción específica) a un subconjunto de todas las acciones posibles y el inevitable residuo de aquello que no está capturado explícitamente por las normas formuladas formaría una suerte de esfera extranormativa.

Una manera de asegurar la exhaustividad y la exclusividad del sistema global es mediante una regla de clausura general, por ejemplo, una norma que estableciese que todo lo que no está prohibido está permitido. Una regla de clausura, al igual que otras normas, asegura posiciones jurídicas, garantizando una mayor certeza y limitando la discrecionalidad. Sin embargo, a diferencia de otras normas, el funcionamiento de una regla de clausura está asociado a tres características importantes (Alchourrón y Bulygin, 1974, pp. 189-196). En primer lugar, una regla de clausura es una «norma positiva» y, por consiguiente, su existencia depende de acciones normativas específicas de las autoridades jurídicas. En segundo lugar, ellas tienen un alcance «residual» y la aplicación de sus soluciones presuponen que ya se ha identificado el derecho expresamente formulado. Finalmente, esa primacía conceptual del derecho formulado se manifiesta en la exigencia de que la aplicación de la regla de clausura no puede dar lugar a inconsistencias normativas. Dado que el único tipo de regla de clausura que puede formularse sin introducir inconsistencias normativas es una norma permisiva (i.e., todo lo que no está prohibido está permitido), en adelante asumiré que, si las autoridades introdujesen esa norma de clausura con un alcance general, entonces «cualquier» acción que no hubiera sido regulada previamente estaría positivamente permitida. En ese caso, el sistema global sería un sistema «regulativamente cerrado» (von Wright, 1968, p. 83; Alchourrón y Bulygin, 1974, p. 170).

En principio, la principal consecuencia que surge en un sistema regulativamente cerrado es que los jueces siempre tienen un material normativo válido para invocar como justificación de sus decisiones. A diferencia de lo que ocurre en situaciones que no han sido reguladas por el derecho, en un sistema regulativamente cerrado los jueces carecen de discrecionalidad, salvo en las circunstancias en que el derecho los autoriza para cambiar el contenido de las normas y adaptarlo a exigencias valorativas específicas (Kelsen, 1979, pp. 254-258).

4. El sistema jurídico aplicable

Nuestro interés en el contenido conceptual de las normas generales (i.e., sus consecuencias lógicas) se refiere principalmente a su impacto en solución de una determinada controversia. Cuando un juez resuelve un cierto caso, normalmente, encuentra la respuesta jurídica en el marco de las consecuencias lógicas de un número «limitado» de normas aplicables al problema en cuestión. Sin embargo, la expresión «La norma N es aplicable al caso C» es ambigua ya que puede referirse tanto al «alcance» como a la «fuerza» institucional de esa norma. En adelante, a los efectos de evitar ambigüedades, cada uno de esos aspectos serán denominados «aplicabilidad interna» y «aplicabilidad externa», respectivamente (Al respecto, véase, Navarro y Moreso, 1997, pp. 202-210; Navarro, Orunesu, Rodríguez y Sucar, 2004a). En virtud de que las normas se «aplican» a los casos que definen una cierta controversia, ellas suministran una respuesta normativa a esas situaciones (casos). Esta relación entre las normas y los casos es, principalmente, de naturaleza semántica: el significado convencionalmente atribuido a las palabras de clase empleadas en la formulación de normas generales «captura» una serie de eventos o estados de cosas –separando esa situación de otras posibles– y las correlaciona con una consecuencia normativa (Hart, 1994, pp. 125-127). En este sentido, la conexión entre normas y casos es una relación interna o conceptual. En otras palabras: conocer el «alcance» de una norma es saber cómo y qué casos resuelve (i.e. las circunstancias a las que ella califica deónticamente). Por esa razón, podemos señalar que una norma es «internamente» aplicable a los casos que regula.

Sin embargo, una norma es «externamente» aplicable cuando los jueces «deben» («o pueden») utilizarla para justificar una determinada solución en una

controversia particular¹. Esta relevancia no surge únicamente de su conexión interna con los casos que regula², sino que depende de otros factores institucionales heterogéneos como, por ejemplo, la competencia de un cierto tribunal (Waluchow, 1994, pp. 33-35; Schauer, 1991, pp. 112-134; Navarro, Orunesu, Rodríguez y Sucar, 2004b). Por ejemplo, a mediados del siglo XX, el adulterio en Argentina estaba contemplado tanto en el Código Civil como en el Código Penal, pero un juez civil no tenía competencia para aplicar la norma penal, que imponía una sanción prisión de un mes a un año. Aunque las normas del Código Civil y las del Código Penal eran internamente aplicables a los casos de adulterio, solo las normas del código civil eran las que el juez civil tenía la obligación de aplicar en un proceso civil.

A efectos de evitar confusiones con el sistema global, denominaré «sistema aplicable» al conjunto normativo, deductivamente clausurado, que es «externamente» aplicable en un determinado problema normativo. Es importante subrayar que la formación del sistema aplicable no se limita a identificar normas que resuelven un cierto «caso», sino más bien que el sistema aplicable se forma con las normas que son relevantes para un cierto «problema normativo». En gran medida, estos problemas surgen cuando es necesario determinar el estatus normativo de una acción en un cierto universo del discurso (Alchourrón y Bulygin, 1974, pp. 32-33). Por ejemplo, en Argentina, el sistema aplicable del viejo código civil argentino para el problema de la restitución de bienes inmuebles en los artículos contenía únicamente a las normas de los artículos 2777 y 2778, es decir las normas del 2777 y 2778 eran las únicas aplicables a ese problema. Cada una de esas normas resuelve diferentes casos y su efectiva contribución a la solución de la controversia dependerá, entre otras cosas, de la clasificación del evento individual que genera la controversia en el universo de casos relevantes para ese problema.

La aplicabilidad externa de una norma dependerá de factores externos o extrínsecos, que se recogen en «criterios de aplicabilidad» específicos de cada sistema global. Un criterio de aplicabilidad es una norma N1 que obliga o permite usar otra norma N2 como justificación de una decisión. Sin embargo, también es frecuente encontrar en los sistemas jurídicos normas que prohíben utilizar otras normas del sistema. Por ejemplo, el código civil argentino establece en su artículo 2 que las leyes serán obligatorias ocho días después de su promulgación. La consecuencia de esta disposición es que los jueces no pueden usar esa norma en su período de vacancia. En este trabajo asumiré, sin mayores argumentos, que los jueces están obligados a aplicar las normas válidas del sistema global que son internamente aplicables a los casos que tienen que resolver (Schauer, 1991, p. 200), salvo que ellas sean excluidas por criterios de (in)aplicabilidad del sistema global. Esto significa que el sistema global tiene una importancia decisiva en la configuración del sistema aplicable ya que, salvo que entren en juego criterios de inaplicabilidad, las normas válidas internamente aplicables del sistema global también forman parte del sistema aplicable. Por otra parte, los criterios para seleccionar la familia de normas externamente aplicables (i.e., criterios de aplicabilidad e inaplicabilidad) tienen que emanar de las normas válidas del sistema global (Bulygin, 1991b, pp. 200-204)³. En otras palabras: todas las normas del sistema global son, en principio, externamente aplicables a los casos que regulan y la selección de otras normas adicionales que forman el sistema aplicable es una

¹ Esta idea fue introducida por Bulygin en un trabajo de la década de 1960, aunque bajo el nombre de «obligatoriedad» y posteriormente, en un análisis de las relaciones entre tiempo y validez de las normas fue reemplazada por «aplicabilidad». Véase, Bulygin (1991a, p. 364) y Bulygin (1991b, p. 196).

² ¿Pueden las normas ser aplicadas a casos que ellas no regulan? La respuesta no es obvia y no discutiré aquí esas complicaciones. Al respecto, véase Caracciolo, 2013, pp. 13-34 y Navarro, 2014, pp. 147-159.

³ Esta reconstrucción conduce al problema de la aplicabilidad de las normas que suministran los últimos criterios de aplicabilidad. No abordaré aquí esta cuestión. Al respecto, véase Navarro, Orunesu, Rodríguez y Sucar (2004a).

función de criterios de aplicabilidad que son válidos en el sistema global al momento de la solución de la controversia.

El sistema global puede ser normativamente abierto o cerrado. En adelante, diré que un sistema global es «normativamente abierto» si es que el sistema aplicable contiene normas ajenas al sistema global y, en última instancia, ello significa que las normas de un sistema global (Sg) exigen o permiten justificar una decisión en normas que no son válidas en (Sg). Por el contrario, un sistema es «normativamente cerrado» cuando las normas «ajenas» han de ser previamente incorporadas al derecho (sistema global) del momento de la solución del conflicto. Esta última reconstrucción es la que mantuvo Kelsen en diferentes etapas de su *Teoría Pura del Derecho*. Por ejemplo, al analizar la incorporación de normas extranjeras en casos de Derecho Internacional Privado, en su *General Theory of Law and State*, señala (Kelsen, 2006, p. 244):

El punto esencial del problema parece ser la aplicación del derecho de un Estado por los órganos de otro Estado. Pero, si el órgano de un Estado, vinculado por las normas de ese Estado, aplica la norma de un derecho extranjero a un cierto caso, la norma aplicada se convierte en una norma del Estado del orden jurídico al que pertenece el órgano que la aplica.

También añade (2006, p. 244):

La norma que obliga a los tribunales de un Estado a aplicar normas de derecho extranjero a ciertos casos tiene el efecto de incorporar las normas extranjeras a las normas del propio Estado. Tal norma tiene el mismo carácter que las de una nueva constitución, establecida por una revolución, que establece que algunas leyes válidas conforme a la anterior constitución, ya abolida, deben continuar vigentes conforme a la nueva constitución. El contenido de esas leyes permanece idéntico, pero se cambia la razón de su validez.

Esta solución de Kelsen admite diversas respuestas y no abordaré aquí los problemas de esta estrategia de «transformación» de normas ajenas en parte del propio derecho de los órganos aplicadores de normas (Para una crítica a Kelsen, véase Hart, 1983, pp. 334-339; Navarro, 2018, pp. 9-38). Más bien, asumiré sin mayor discusión, que el conjunto de normas externamente aplicable no es necesariamente un subconjunto de las normas válidas del sistema global (Bulygin, 1991b, pp. 200-201). En este sentido, por ejemplo, podría suceder que una norma que ya ha sido derogada y que, por esa razón, ya no es válida en el sistema global correspondiente a T, mantenga sus efectos jurídicos (e.g., en virtud del criterio de aplicabilidad *tempus regit actum*).

Tanto el sistema global como el sistema aplicable son relativos a un determinado momento T, pero sus criterios de pertenencia y la posición jerárquica de sus normas son diferentes. Mientras que las normas del sistema global son válidas con relación a las tradicionales «fuentes» del derecho admitidas en una comunidad, las normas aplicables incorporan elementos adicionales (e.g., normas morales, normas de ordenamientos extranjeros, normas inválidas), que complican notablemente su reconstrucción conceptual.

Si los sistemas globales son sistemas «normativamente» abiertos, entonces poco importa –a los efectos de evaluar la discrecionalidad judicial– que el derecho – en el sentido de sistema global– tenga o carezca de una regla de clausura en casos en que la situación relevante estuviese regulada por otras normas del sistema aplicable. Aún si el sistema fuese regulativamente abierto (porque no tiene una regla de clausura), ello no garantiza que exista discrecionalidad. Por ejemplo, aunque el

sistema global nada diga acerca del precio que debe abonar un comprador de un inmueble, esas circunstancias pueden estar tan normativamente determinada por los términos de un contrato (y, por consiguiente, sustraída de la discrecionalidad judicial) como otros casos regulados por las normas del sistema global. De igual manera, si el sistema global fuese regulativamente cerrado, la permisiones residuales generadas por la regla de clausura pueden ser desplazadas por otras normas del sistema aplicable. En este sentido, las calificaciones residuales de la regla de clausura no solo son desplazadas por nuevas decisiones que toma el legislador (por ejemplo, al prohibir aquello que no había sido regulado) sino también por las normas que los individuos adoptan cuando determinan sus posiciones jurídicas en acuerdos privados.

¿Cómo deben interpretarse las tesis de la exhaustividad y exclusividad en el análisis de los sistemas aplicables? Dado que los sistemas globales son abiertos (i.e., que pueden adoptar normas ajenas al derecho), entonces la tesis de la exclusividad tiene que limitarse a señalar que los «criterios de selección» de las normas externamente aplicables son exclusivamente normas del propio sistema global. Respecto de la tesis de la exhaustividad es conveniente recordar que, en el contexto de los sistemas globales, el problema es explicar en qué sentido el derecho regula cualquier conducta posible, incluso aquellas tan irrelevantes desde el punto de vista social (e.g., mover el dedo meñique) que prácticamente carece de sentido tratar de encontrar una calificación jurídica expresa para esos comportamientos. Por el contrario, en los sistemas aplicables, la tesis de la exhaustividad no se refiere a la calificación de acciones irrelevantes que el «derecho no regula ni pretende regular». Más bien, la pregunta es acerca de si el «derecho regula “todo” lo que pretende regular». En este caso, la cuestión es si un determinado conjunto normativo ofrece una respuesta a un determinado problema o si, por el contrario, ese conjunto tiene una «laguna normativa». Si se admite que el sistema tiene una laguna, entonces, es usual en el contexto del positivismo jurídico admitir que los jueces tienen discrecionalidad para resolver la controversia. Sin embargo, como veremos más adelante, la misma conexión entre casos sin regular (i.e., casos que están más allá de los límites del derecho) y discrecionalidad podría ser cuestionada.

5. Relaciones entre sistemas abiertos y cerrados

En las secciones previas, el análisis ha girado en torno a la distinción entre sistema global y sistema aplicable y sus conexiones con diferentes estrategias de apertura o clausura. En este sentido, he distinguido entre:

a) Sistemas «regulativamente» cerrados: contienen una regla de clausura. Por el contrario, son sistemas regulativamente abiertos aquellos que no contienen una regla de clausura.

b) Sistemas «lógicamente» cerrados: son estructurados conforme a una regla de consecuencia lógica clásica. Por el contrario, un sistema es lógicamente abierto cuando las relaciones entre sus elementos no dependen de las consecuencias lógicas de las normas formuladas.

c) Sistemas «normativamente» cerrados: no permiten integrar en el sistema aplicable elementos ajenos al sistema global. Por el contrario, son sistemas normativamente abiertos aquellos que adoptan, en el sistema aplicable, a normas ajenas al sistema global.

Una mejor comprensión de la naturaleza sistemática del derecho tiene que mostrar con mayor detalle las relaciones entre estos diferentes conceptos de sistemas

abiertos o cerrados. Al respecto, cabe mencionar las siguientes conclusiones provisionarias:

1. Supongamos que un sistema es tanto regulativamente como lógicamente cerrado. En este sistema «normal», una regla de clausura permite todo lo que otras normas no prohíben. Como muestran Alchourrón y Bulygin (Alchourrón y Bulygin, 1974, p. 155), sin embargo, un sistema aplicable coherente no puede ser utilizado para resolver todos los casos de los universos menos finos (o, incomparables) que el Universo de Casos Relevantes. Así, «porque» un sistema aplicable es deductivamente cerrado no puede regular exhaustivamente todos los casos posibles, aunque posea una regla de clausura (es decir, aun cuando fuese un sistema «regulativamente» cerrado).

2. Los sistemas globales son sistemas «normativamente» abiertos (Raz, 1979b, pp. 119-120 y 1979c, pp. 169-171). Con independencia de si el sistema global es regulativamente abierto o está cerrado por una regla de clausura que califica a todas las acciones posibles, en muchas ocasiones el fundamento de una decisión judicial dependerá de las normas ajenas que «adopta» el sistema aplicable. Por ello, el alcance de la discrecionalidad judicial dependerá, en gran medida, no tanto de la naturaleza regulativamente abierta o cerrada de un sistema global sino de la completitud del sistema aplicable.

3. El sistema aplicable es un conjunto construido con el propósito de resolver un problema específico y nada impide que contenga una regla de clausura que califique como permitido todo lo que no se ha prohibido. A su vez, las normas generales proyectan sus consecuencias lógicas a casos individuales, a partir de la intermediación de ciertos hechos. En este sentido, un sistema aplicable puede ser regulativamente y deductivamente cerrado. Pero, no tiene sentido preguntarse, por ejemplo, si este sistema aplicable es «normativamente» abierto ya que ello significa que sus normas contienen criterios de aplicabilidad que permiten construir otro sistema aplicable diferente (algo así como una suerte de sistema aplicable alternativo).

4. La distinción entre sistema global y sistemas aplicables permite analizar a qué nos compromete la remisión a la moral que se encuentra en ciertas normas expresamente formuladas. Algunas veces se señala que el derecho «adopta» esas normas. Pero ¿por qué el «hecho» de formar parte de un conjunto (sistema global) aportaría algo al «valor» justificatorio de las normas morales? (Al respecto, véase Raz, 2009, pp. 182-202). La necesidad de incorporarlas al sistema global sería relevante en la medida en que ese sistema sea el único fundamento plausible para una decisión judicial. Pero, si los jueces pueden utilizar normas morales en la construcción del sistema aplicable, entonces no es necesario «incorporar» la moral al sistema global para que ella pueda ser invocada por los jueces en la decisión de una controversia.

5. Una condición necesaria para sostener que los jueces «crean normas discrecionalmente» es que el sistema aplicable sea novedoso respecto de las normas del sistema global, pero no es verdadero que todo sistema aplicable novedoso deje margen para decisiones discrecionales. Así, las normas «ajenas» (e.g., normas del derecho extranjero), que son adoptadas en el sistema aplicable por un sistema global normativamente abierto, son diferentes a las normas del propio sistema global, pero esa incorporación puede resultar impuesta por los criterios de aplicabilidad del sistema global.

6. Sistemas interpretativamente abiertos

En un par de excelentes trabajos publicados a lo largo de la última década, Juan Carlos Bayón ataca algunas cuestiones centrales del modelo positivista desarrollado por Alchourrón y Bulygin (Bayón, 2009 y Bayón, 2010). Para los profesores argentinos, el sistema jurídico global capturaría la tesis de la exclusividad del derecho (aunque esa no es una terminología que se encuentre presente en su obra), pero rechazan expresamente que, por su propia naturaleza, el derecho regule exhaustivamente la conducta humana. Más bien, puede ocurrir que, por circunstancias contingentes, un sistema aplicable no sea completo y, en esos casos de lagunas normativas, los jueces tienen que crear normas generales que permitan resolver de manera justificada el caso individual. Bayón, por el contrario, cuestiona expresamente dos tesis: (i) los jueces tienen discreción para resolver lagunas normativas y (ii) los jueces necesariamente crean derecho cuando resuelven un caso de lagunas (Alchourrón y Bulygin, 1974, pp. 217-223)⁴.

Bayón enmarca su propuesta dentro de un cierto convencionalismo, que, en principio, sería compatible con los enfoques positivistas. Sin embargo, su posición refleja una articulación de la exhaustividad y exclusividad del derecho que se aparta de la que tradicionalmente se encuentra en el marco del positivismo jurídico. Mientras que es usual señalar que el positivismo atribuye a las normas válidas una fuerza definitiva (Dworkin, 1977, p. 24), el núcleo del argumento de Bayón es la distinción entre calificaciones jurídicas provisionales y concluyentes⁵. Para el profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, la identificación del derecho es un proceso complejo que incluye la revisión del alcance de las normas formuladas a la luz de sus razones subyacentes. De ese modo, las normas expresamente formuladas solo identifican de manera provisional los casos y soluciones relevantes ya que las prácticas interpretativas –que surgen de convenciones interpretativas específicas– permiten revisar esos casos y soluciones para encontrar las calificaciones jurídicas concluyentes.

Una de las principales funciones de estas prácticas interpretativas es revisar el alcance de las normas formuladas, eliminando casos recalitrantes que surgen de la divergencia entre las normas y sus razones subyacentes. Así, en opinión de Bayón (2009, p. 51),

Lo esencial, cuando imperan prácticas interpretativas semejantes ... es, entonces, que la calificación expresa o prima facie de una conducta –la que derivaría simplemente del sentido literal de las prescripciones explícitas– puede no coincidir con su calificación normativa definitiva. Para ser más exactos, allí donde el derecho esté abierto a la revisión del alcance de sus prescripciones expresadas a la luz de principios o razones subyacentes tanto en la dirección de ampliar como en el de restringir las prohibiciones contenidas en aquellas, será obvio que no se puede decir que «todo lo no (expresamente) prohibido, está (definitivamente) permitido» porque una conducta no expresamente prohibida podría estar a pesar de todo definitivamente prohibida.

Por ejemplo, el texto de artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina protege a las mujeres trabajadoras en situación de maternidad. Así, esa ley presume que el despido es arbitrario (y ello genera una indemnización especial) si se

⁴ Los problemas de la discrecionalidad judicial y la creación del derecho no sólo surgen en los contextos de lagunas normativas sino también se manifiestan en (i) la aplicación de normas generales a casos individuales y (ii) el cambio judicial de normas generales para resolver situaciones valorativamente imprevistas. Así, aunque Kelsen niega que existan lagunas normativas, admite la discrecionalidad judicial en las dos circunstancias antes mencionadas. Por simplicidad, no abordaré en este trabajo estas cuestiones y me concentraré en el problema de las lagunas normativas.

⁵ En este punto, Bayón sigue expresamente ideas de Ruiz Manero (2005)

produce, entre otras cosas, «hasta siete meses y medio después del parto». En un conocido caso de la década de los 80⁶, la actora exigió a la patronal esa indemnización específica ya que había sido despedida a los dos meses de adoptar una niña. El empleador sostuvo, entre otras cosas, que la adopción no es un parto y que, por tanto, la situación de la actora no estaba protegida por el artículo 178. Sin embargo, el voto principal de la Cámara Nacional del Trabajo señaló que un juez no puede atenerse exclusivamente al formalismo de las leyes, sino que también debe indagarse

... el sentido de la norma, los valores que explícita o implícitamente privilegia. Considero que la ley no ampara sólo meros procesos biológicos, como son el embarazo y el parto. Tienen en cuenta su significación espiritual y su trascendencia social, la recepción de una vida nueva que ha de integrarse en un núcleo familiar ... Aclaro que no se trata de llenar una supuesta laguna del derecho, concepto en torno al cual ha corrido suficiente tinta ... En mi opinión, sólo se trata de desentrañar el sentido pleno de la norma aplicable, tal como espero haberlo hecho en los párrafos precedentes.

En resumen, la Ley de Contrato de Trabajo solo deja provisoriamente sin regular el cese laboral de una mujer trabajadora que adopta un niño, pero su posición jurídica está protegida frente al despido arbitrario por el Derecho laboral (una vez que se revisa el alcance del artículo 178).

Puede ocurrir, sin embargo, que el sistema contenga una regla de clausura interpretativa que impida apartarse del tenor literal de las prescripciones formuladas (Bayón, 2009, p. 52). Así, podemos decir que un sistema «interpretativamente cerrado» es aquel que tiene una regla de clausura (convención interpretativa) que impide modificar el alcance de una norma a la luz de sus razones subyacentes. De ese modo, todas las situaciones provisoriamente reguladas por ciertas normas formuladas son también concluyentemente solucionadas por ese conjunto normativo. Por el contrario, un sistema «interpretativamente abierto» es aquel que no tiene una regla de clausura que impida la expansión o restricción de las circunstancias expresamente mencionadas por la autoridad en la formulación de sus prescripciones. También podría suceder que ciertas áreas del derecho estuviesen interpretativamente cerradas como parcialmente ocurre en el ámbito del derecho penal en el que usualmente se asume que las revisiones interpretativas no pueden prohibir conductas que no han sido expresamente prohibidas por la ley penal. En este caso, el sistema es «parcialmente» cerrado desde el punto de vista interpretativo.

Las consecuencias de admitir que el sistema global puede ser interpretativamente abierto o cerrado son importantes. Aquí solo mencionaré a tres de ellas:

1. En un sistema «interpretativamente» cerrado, las normas del sistema global, internamente aplicables a un determinado problema, son también necesariamente elementos de los sistemas aplicables, salvo que sean excluidas por un criterio de aplicabilidad del mismo sistema global (por ejemplo, porque están en período de *vacatio legis*). En un sistema interpretativamente abierto, las «normas interpretadas» del sistema aplicable no coinciden necesariamente con las normas formuladas por la autoridad. En otras palabras, en un sistema interpretativamente abierto no es

⁶ Cámara Nacional del Trabajo, sal V, septiembre 30-1999. Casusaa, Margarita, E. contra Alexander Fleming S.A.- Despido en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, noviembre de 1999, N° 11, pp. 1164-1167. Editorial el Derecho, Buenos Aires.

necesario que exista un criterio de «inaplicabilidad» para excluir la pertenencia de una norma formulada en el sistema aplicable.

2. ¿Puede ocurrir que un sistema global S sea normativamente cerrado y, a la vez, interpretativamente abierto? Los jueces no pueden tener poderes normativos para cambiar «libremente» las soluciones impuestas por normas jurídicas formuladas. Esto significa que, en principio, el sistema aplicable tiene que reproducir las normas relevantes del sistema global. Pero, si el sistema es interpretativamente abierto, entonces podría ocurrir que las normas del sistema aplicable «nunca» coincidiesen con las del sistema global. En este sentido, un sistema interpretativamente abierto no puede ser normativamente cerrado, salvo que se asumiese que la revisión interpretativa afecta directamente al sistema global y, por ello, también repercute luego en la construcción del sistema aplicable.

3. Un sistema global «interpretativamente» abierto, pero «lógicamente» cerrado genera, en virtud del impacto de sus convenciones interpretativas, un sistema aplicable en el que las normas formuladas –que pertenecen al primero- no coinciden con las «normas interpretadas» –que forman parte del segundo. La misma solución puede lograrse debilitando la incorporación de consecuencias lógicas. De este modo, un sistema global «interpretativamente cerrado», pero lógicamente abierto, podría ofrecer soluciones equivalentes frente a un mismo problema normativo que otro sistema interpretativamente abierto y lógicamente cerrado (Alchourrón y Bulygin, 1974, pp. 140-144).

7. La creación judicial de derecho

Hemos visto que el sistema global puede ser regulativamente cerrado por una regla de clausura expresamente formulada por un legislador y que esa regla puede ser incorporada al sistema aplicable. Sin embargo, dado que esas normas formuladas por el legislador solo establecen calificaciones provisionales, puede ocurrir que la «interpretación» de la regla de clausura modifique su alcance y transforme un sistema cerrado en parcialmente cerrado o viceversa. Si el sistema aplicable es «regulativamente» abierto (carece de una clásica regla de clausura), pero el sistema global es «interpretativamente» cerrado, entonces, es posible que un cierto caso carezca de solución ya que no hay interpretación admisible para adaptar el alcance de las normas relevantes al caso no resuelto y tampoco habría una norma de clausura que permitiese expresamente todo lo que no se ha prohibido. En esas situaciones, es usual señalar que los jueces no pueden dejar de decidir y, por consiguiente, ellos tienen que elaborar una norma general que permita justificar la decisión del caso particular (Alchourrón y Bulygin). En la medida en que esa norma general no reproduzca el contenido expreso o implícito de otras normas del sistema global, los jueces «crean» derecho. Esta afirmación, sin embargo, es extraordinariamente modesta ya que esa norma general judicialmente creada no ingresa necesariamente al sistema global y carece de valor vinculante para otros jueces (salvo cuando sientan jurisprudencia en sistemas que reconozcan obligatoriedad a los precedentes). Es decir, su papel se limita a justificar una decisión particular y, eventualmente, si adquiere vigencia (i.e., cuando sienta un precedente), es posible predecir que será empleada para resolver casos futuros.

¿Qué ocurre cuando el sistema global es interpretativamente abierto y las normas expresamente formuladas no regulan todos los casos relevantes? Según Bayón, con frecuencia, los jueces revisan el insuficiente material que proporcionan las normas formuladas (las leyes) a la luz de las razones subyacentes a las normas y obtienen mediante esa alquimia interpretativa soluciones que ya están contenidas en

una dimensión normativa más sofisticada (el derecho). En este sentido, afirma (Bayón, 2009, p. 55):

... de la mera existencia de una laguna (de la ley) no se sigue necesariamente que el juez se encuentre en posición de decidir discrecionalmente sobre el caso: porque éste puede estar solucionado en el nivel de las calificaciones normativas concluyentes o definitivas ... En suma, el juez no «crea» necesariamente la solución cada vez que no hay una regla expresa que resuelva el caso (del mismo modo que tampoco hace una aplicación indebida del derecho cada vez que se aparta del tenor literal de una regla expresa).

Por esa razón, del simple hecho de que existan lagunas en «la ley» no se sigue que en la construcción del sistema aplicable también encontraremos lagunas en el nivel de las calificaciones concluyentes. A su vez, frente a una laguna en el derecho, que se producen cuando las razones subyacentes no indican claramente qué se debe hacer en una determinada situación, los jueces no introducen nuevas soluciones, sino que determinan (especifican) el contenido del derecho. En su opinión, (Bayón, 2009, p. 59):

Todo lo cual, por cierto, acabaría a mi juicio dando la razón a quienes de un modo u otro han sostenido que la genuina laguna (del derecho) se produciría no tanto por la falta de solución para el caso dentro del sistema, sino más bien por la falta de un criterio claro para decidir entre distintas soluciones posibles («posibles» en el sentido de que cada una de ellas encontraría respaldo en algún principio o razón subyacente del sistema sin que se pudiese considerar una cuestión «determinada» por el derecho cuál de ellos habría de prevalecer en las circunstancias del caso)

En resumen, aunque el derecho resulte indeterminado, las razones subyacentes mantendrían una indudable relevancia. Incluso si en el nivel de las calificaciones concluyentes, el derecho no ofrece una respuesta unívoca, el juez no puede apartarse libremente de la pluralidad de razones subyacentes. Por ello, su decisión no se expresa en la formulación de nuevas normas sino únicamente en la especificación de contenidos ya incorporados al derecho por las razones sustantivas.

La plausibilidad de esta explicación de Bayón dependerá, en gran medida, de una mejor y más cuidadosa reconstrucción de esas prácticas interpretativas convencionales, que permiten revisar el alcance de las normas y determinar el peso abstracto y específico de cada principio en cada controversia. Por ejemplo, podría señalarse que la revisión interpretativa del alcance de las normas carece de impacto en la coherencia y completitud del sistema global ya que, en principio, esas «normas interpretadas» no forman necesariamente parte del sistema global. Los sistemas interpretativamente abiertos permiten a los jueces adaptar la aplicabilidad interna de las normas del sistema global, pero esas interpretaciones no son vinculantes para otros jueces, salvo cuando una norma del sistema global imponga esa obligación. No desarrollaré aquí las consecuencias de esa respuesta. Más bien creo que es importante destacar que, al igual que Bayón, no tengo dudas de que en nuestras comunidades existen esas prácticas interpretativas, pero no creo que ellas tengan tal articulación jerárquica y especificidad de contenido que permitan resolver de manera indudable una cantidad significativa de casos. Más bien, me parece que junto a esas genuinas prácticas interpretativas se acumulan otros recursos creativos de manera tal que, al insistir solo en el fenómeno interpretativo, es fácil olvidar la función creadora de derecho que recurrentemente ejecutan los jueces. En otras palabras, al amparo de máximas y principios interpretativos de dudosa compatibilidad –i.e., que permiten sistemáticamente justificar decisiones incompatibles– los jueces encuentran recursos suficientes no sólo para identificar las exigencias implícitas del derecho sino también para cambiar lisa y llanamente su contenido.

En cierta medida, este desacuerdo podría verse como una cuestión de énfasis sobre la indeterminación del derecho. A diferencia de Bayón –que señala que las prácticas interpretativas presionan por un desarrollo exhaustivo del derecho y también reconoce límites a la discrecionalidad que no surgen solo de las normas formuladas– en mi opinión, esa apelación a las prácticas interpretativas son solo otra manera en que se ejerce la discreción judicial. Este pesimismo acerca de las limitaciones a las decisiones discrecionales requiere un fundamento mucho más sofisticado que el que puedo ofrecer en los límites de este trabajo. Por ello, con independencia de actitudes optimistas o pesimistas, me limitaré a señalar tan solo dos dificultades inmediatas que tiene que superar un enfoque como el propuesto por Bayón.

7.1. Creación de derecho y fuerza concluyente de las calificaciones

El reconocimiento del impacto de las convenciones interpretativas en la revisión del alcance de las normas no tiene que ocultar dos preguntas acerca de la fuerza del material jurídico. Por una parte, (i) ¿poseen las convenciones interpretativas fuerza concluyente? Y (ii) ¿puede imponer una calificación concluyente una convención interpretativa que solo posee fuerza provisoria? Las respuestas a estas preguntas son importantes porque de ellas dependerá la normatividad que le reconozcamos a las convenciones interpretativas y si el balance de razones subyacentes está objetivamente determinado o si, por el contrario, depende de las preferencias de los jueces.

No hay en los trabajos de Bayón una respuesta explícita a estas cuestiones. En mi opinión, una vez que se introduce en un enfoque positivista la distinción entre calificaciones *prima facie* y concluyentes, debería aceptarse que «todo» el material emanado de las fuentes ordinarias del derecho (legislación, jurisprudencia, convenciones interpretativas, etc.) tiene fuerza provisoria y la calificación concluyente de una acción se produce recién después de la realización del balance de razones subyacentes⁷.

Sin embargo, no es claro que Bayón asuma esa tesis, al menos por la siguiente razón. En su opinión, nuestras convenciones interpretativas pueden establecer no solo la necesidad de tomar en cuenta las razones subyacentes a las normas formuladas sino también las relaciones de prevalencia entre esas razones para «clases» de situaciones (Bayón, 2009, p. 49). En ese caso, podría continuar su argumento, la revisión está limitada de antemano. Si, en virtud de esas convenciones interpretativas, un principio P1 prevalece sobre P2 en una clase de situaciones C, entonces la fuerza relativa de ambos principios ya está establecida de antemano, i.e., de manera previa al balance requerido en el caso individual. Así, en esa clase de situaciones C, P2 no es superada en el balance, sino simplemente excluida por la fuerza de la convención interpretativa. En otras palabras: las convenciones interpretativas podría ser –por sí misma– una razón excluyente o, simplemente, una regla con fuerza concluyente.

Sin embargo, en mi opinión, esas «convenciones de prevalencia» entre relaciones subyacentes también serán de naturaleza tan provisoria como el resto del material genéricamente establecido. Las convenciones no son solo hábitos o simples regularidades, sino que son razones excluyentes (Raz, 1990, pp. 73 y ss.). Al igual que otras normas, esas prácticas convencionales se justifican en razones

⁷ Una conocida tesis de Dworkin es que los principios no son, por sí mismos, concluyentes. Su fuerza obligatoria se muestra en el modo en que interactúa con otros principios en un caso concreto. Pero, añade Dworkin (1977, p. 33), si los principios no fuesen obligatorios, entonces tampoco las normas podrían tener fuerza concluyente.

subyacentes que justifican su presión normativa. Pero, si la fuerza de una convención interpretativa admite razones subyacentes que la justifiquen, entonces será necesario examinar las razones subyacentes a las convenciones de prevalencia para determinar su fuerza frente a otras razones sustantivas en cada instancia de eventos perteneciente a la clase de situaciones previamente ordenada.

Tal vez, la ilusión de que las convenciones pueden tener fuerza concluyente antes de la ponderación de su fuerza en los casos concretos surge del hecho de que algunos sistemas pueden ser parcialmente cerrados. Por ejemplo, es usual admitir que en el derecho penal no se pueden adaptar interpretativamente las normas formuladas cuando eso afecta negativamente al imputado. Es tentador señalar que ese cierre interpretativo depende de prácticas convencionales, pero esa respuesta sería, por decirlo de alguna manera, incompleta ya que, precisamente en el ámbito del derecho penal, todas esas garantías están expresamente consagradas en normas explícitamente formuladas. En otras palabras, si un juez extiende analógicamente el alcance de una norma en perjuicio de un imputado, nuestro reproche se basaría en una norma expresa de la constitución o el código penal, siendo irrelevante la existencia o inexistencia de una convención interpretativa.

Ahora bien, supongamos que las razones subyacentes forman parte del sistema global (i.e., son parte del derecho) y que ese material –la suma de normas formuladas y los principios que las justifican– tienen fuerza concluyente con independencia del balance que los jueces efectúan en el caso en concreto (i.e., los jueces podrían equivocarse acerca de la solución concluyente que el derecho establece de antemano para un cierto caso). Esas razones justificarán concluyentemente una cierta solución, e.g., OR en un conjunto de casos p , pero también podrían justificar una solución incompatible en otras clases de situaciones lógicamente independientes, e.g., q . Si se esas soluciones se proyectan a las consecuencias lógicas de p y q , entonces surgirán calificaciones concluyentes incompatibles en casos caracterizados por esas propiedades independientes. Esa conclusión es inaceptable a la luz de la noción misma de calificación concluyente (Raz, 1979d, p. 64). Por ello, es necesario rechazar también las premisas que imponen esa conclusión.

Creo que un desarrollo más detallado del argumento precedente concluiría en que la fuerza concluyente no está convencionalmente determinada, sino que resulta de la decisión judicial. En este caso, la fuerza que los jueces atribuyen al material expresamente formulado sería algo «adicional» a aquello que el derecho ya tenía antes de la decisión judicial. Como he señalado anteriormente, un ingrediente necesario para reconocer la creación judicial de derecho es la novedad del contenido de la norma que se invoca como fundamento de la decisión (Bulygin, 1991a, p. 360). Parece claro que una vez que se distingue entre ambos niveles de calificaciones jurídicas (provisorias y concluyentes), la atribución por parte de los jueces de una calificación concluyente a ciertas disposiciones que tan solo tenían fuerza provisoria es un *elemento novedoso* extraordinariamente relevante, aunque será, sin dudas, una simple disputa lingüística conceder (o rechazar) que se trate de una «genuina» creación judicial de derecho.

7.2. Razones subyacentes e identificación del derecho

A diferencia de Alchourrón y Bulygin, que únicamente asumen la exclusividad del derecho positivo, Bayón sugiere que nuestras prácticas jurídicas nos comprometen con la exhaustividad (Bayón, 2009, p. 38, nota 11). Esta expansión del dominio de la exhaustividad es correlativa con el debilitamiento de la exclusividad del derecho positivo ya que no solo cuenta como derecho las normas «(im)puestas» sino también

todas las razones que la autoridad tenía para ordenar aquello que ha ordenado. En este sentido, es necesario explicitar un criterio para señalar que las razones subyacentes son parte del derecho y no solo elementos que se *adoptan* en el sistema aplicable. En otras palabras, es preciso mostrar que las razones subyacentes que integran el sistema aplicable son parte del derecho porque los jueces están «obligados» a tenerlos en cuenta en el fundamento de sus decisiones «en virtud de que son derecho propio» y no un recurso externo que las normas válidas permiten (o, bien, obligan a) invocar en la solución de ciertas controversias (Raz, 1979a, p. 102)⁸. En este caso, la búsqueda de un criterio que nos permita mostrar que las razones subyacentes a las normas formuladas también son parte del sistema global tiene que servir para trazar una demarcación entre esas razones subyacentes y otras razones de segundo (tercero, cuarto, etc.) orden, progresivamente más abstractas, que, a su vez, justifican a las razones subyacentes (Schauer, 1991, pp. 26 y 188-191). En otras palabras: la atribución de naturaleza jurídica vinculante a las razones subyacentes tiene que ser compatible con el intento de encontrar los límites del derecho de una cierta comunidad (i.e. mostrar que algunas razones –aunque fuesen sustantivamente adecuadas– no son parte de las razones «jurídicas» para decidir en una cierta controversia).

El argumento de Bayón, por decirlo de alguna manera, es sucinto ya que se limita a señalar que nuestras convenciones interpretativas acerca de la justificación jurídica final de decisiones «hacen del recurso a los principios o razones subyacentes a esas prescripciones expresas un factor fundamental para la identificación de lo que finalmente –y no con un mero carácter *prima facie*– cabe considerar como contenido del derecho» (Bayón, 2009, p. 49). Una presentación similar sería la siguiente (al respecto, véase Ruiz Manero, 2005, pp. 109-112 y Ruiz Manero, 2010, pp. 298-300): las razones subyacentes serían parte del derecho «porque» los juristas los invocan como parte del derecho en la búsqueda de una respuesta jurídica en casos indeterminados. Dado que el derecho es una construcción social, la identificación de lo que cuenta como derecho depende de lo que los mismos juristas reconocen como derecho. Las controversias entre juristas, continuaría el argumento, son discusiones acerca de lo que el derecho exige y no un debate acerca de lo que debería exigir. Por consiguiente, siempre que los juristas acepten que están discutiendo acerca de aquello que el derecho respalda por medio de razones subyacentes, será también verdadero que el derecho incluye esas razones subyacentes.

En este tipo de argumentos, hay, al menos, dos problemas. Por una parte, la cuestión es si la remisión a esas prácticas lingüísticas (o interpretativas) convierte en una discusión sobre el contenido del derecho a «cualquier» controversia entre juristas competentes acerca de la justificación final de una decisión. No abordaré aquí esta cuestión, aunque un análisis cuidadoso podría mostrar que, con frecuencia, esas discusiones se refieren no tanto al derecho que es sino al que *debería ser* y que, por cuestiones de conveniencia retórica, ellas se presentan como una manera oblicua de presionar sobre la reforma del derecho.

Por otra parte, ¿qué tipo de evidencia confieren nuestras prácticas interpretativas o los acuerdos de los juristas acerca de la naturaleza jurídica (pertenencia al sistema global) de las razones subyacentes? Creo que no es

⁸ Con frecuencia, frente a las indeterminaciones de la ley, el propio derecho «autoriza» a los jueces a tomar como fundamento de su decisión a la opinión de un experto (Hart, 1994, p. 294), o tener en cuenta criterios ajenos al propio sistema para la solución de una controversia (Gardner, 1988, p. 458). Estas son «fuentes» permisivas de un sistema aplicable. El hecho de que los juristas (o nuestras prácticas interpretativas) reconozcan que esas fuentes permiten invocar ciertas pautas ajenas no parece todavía un fundamento suficiente para admitir que, por ejemplo, la opinión de un jurista extranjero es parte del propio derecho

conveniente decidir esta cuestión teniendo en cuenta exclusivamente el modo en que los juristas perciben su propia práctica ya que esa percepción es tanto la fuente como el producto de las convenciones que apoyan el argumento principal. Por ejemplo, podría ocurrir que una comunidad jurídica (como la latinoamericana en el siglo XX), fuertemente influida por las lecturas de Kelsen, creyese que el derecho regula positiva o negativamente cualquier conducta humana. Sería precipitado, por decir lo menos, extraer de ese dato una razón para señalar que el derecho regula exhaustivamente la conducta humana. De igual modo, sería precipitado saltar desde los acuerdos entre juristas a una respuesta categórica al problema de la incorporación al derecho (sistema global) de las razones subyacentes. Más bien, podría responderse, uno de los papeles centrales del análisis conceptual es poner de manifiesto aquellos ingredientes que ocultan nuestras prácticas (especialmente, las prácticas lingüísticas) (von Wright, 1993a, pp. 31-32). Por ejemplo, muchos juristas (e.g., Kelsen) consideran que los enunciados normativos que describen posiciones jurídicas, e.g. «Todos los compradores están obligados a pagar el precio de la cosa» son proposiciones categóricas generales, que describen una característica normativa (no natural) que posee una cierta acción. Sin embargo, una reconstrucción alternativa, como la propuesta por Alchourrón y Bulygin, señala que esos enunciados son solo una forma traspuesta de hablar (1971, p. 122). En otras palabras, esos enunciados normativos son equivalentes en significado a proposiciones existenciales, que no se refieren directamente a las cualidades de una acción, sino implícitamente a la pertenencia de una norma de obligación en un cierto sistema normativo. No pretendo afirmar que la reducción de enunciados normativos a proposiciones normativas sea una opción teórica (in)aceptable (al respecto, véase Navarro, 2016), pero no creo que los usos lingüísticos vigentes entre los juristas tengan que ser el criterio decisivo de la corrección de una reconstrucción.

Si tenemos en cuenta esa advertencia previa podemos subrayar que uno de los datos básicos de la percepción de los juristas es que los jueces tienen que invocar como justificación jurídica a normas que ya son parte del derecho. Por ello, es natural también asumir una retórica en la que las respectivas pretensiones se presenten como normas implícitas en el contenido del sistema jurídico. En otras palabras, menos exactas, pero más simples, los juristas pocas veces distinguen entre el sistema global y el sistema aplicable y trasladan la indudable naturaleza jurídica del primero al segundo. Sin embargo, la discusión acerca de la justificación final de una decisión judicial es acerca del contenido y orden jerárquico del sistema aplicable. Si el sistema global es «normativamente» abierto, entonces incorpora pautas ajenas al sistema global y la discusión jurídica sobre las calificaciones concluyentes ya no se convierten automáticamente en una controversia sobre lo que «es “el” derecho» sino acerca de que pautas el derecho (sistema global) «apoya» como mejor solución de una cierta controversia.

8. La exhaustividad del derecho

Intuitivamente, la exhaustividad del derecho es una función del modo en que las normas jurídicas regulan la conducta. Si el derecho tiene límites, entonces, parecería inevitable conceder que la tesis de la exhaustividad tiene que ser falsa. Más allá de los límites del derecho inevitablemente encontraríamos casos que no han sido jurídicamente regulado y los jueces, al decidir discrecionalmente esas situaciones, crearían derecho de manera intersticial. Por supuesto, las premisas de este argumento son discutibles y su conclusión está lejos de ser inevitable, pero es suficiente para capturar la idea central: en casos fáciles, los jueces pueden aplicar las normas jurídicas y, en casos difíciles, la decisión no está predeterminada por el sistema jurídico. Por ello, la decisión judicial será discrecional en el sentido de que el derecho no ofrece un criterio para evaluar la corrección de esa decisión. Por tanto,

continuaría el argumento, si el positivismo está comprometido con la idea de que el derecho tiene límites, entonces tendría que rechazar la tesis de la exhaustividad. Como he señalado previamente, una manera de enfrentar este problema es limitar la tesis de la exhaustividad al ámbito de los sistemas aplicables que se construyen para resolver un problema normativo. En este sentido, la exhaustividad no se refiere a la posibilidad de regular infinitas acciones sino a la solución de todos los casos de un determinado universo de casos. En otras palabras, conforme a esta reformulación de la tesis de la exhaustividad, se negaría únicamente la existencia de genuinas lagunas en el derecho, más allá de lo que pudiese ocurrir con otras situaciones que «el derecho no regula ni pretende regular» (o que no regula «porque» pretende «no» regular).

Sin embargo, es usual encontrar, incluso entre autores positivistas (e.g. Kelsen y Raz) una versión «debilitada» de la tesis de la exhaustividad que no pone el acento en si existen lagunas normativas (i.e., casos sin solución en un determinado problema normativo) sino en qué debe hacer un juez frente a una laguna normativa o un caso sin solución. Esta estrategia es la que han seguido influyentes autores positivistas (e.g., Kelsen y Raz). También Bayón desarrolla esta misma idea y su posición puede resumirse de la siguiente manera: si un caso está regulado concluyentemente, los jueces tienen que imponer la solución determinada por el derecho, pero si el caso no está regulado concluyentemente, los jueces tienen que rechazar la pretensión infundada (Bayón, 2010, p. 312). Cuando una demanda no se apoya en un fundamento jurídico concluyente, i.e., cuando el actor pretende algo que el derecho no respalda concluyentemente, entonces –añadiría Bayón (Bayón, 2009, p. 72)– «no veo cómo cabría negar que un juez estaría obligado a desestimar su pretensión» (y, en el mismo sentido, Ruiz Manero, 2010, p. 304).

Sin embargo, Bayón admite que los jueces tienen discrecionalidad en casos de genuinas lagunas en el derecho (y no solamente en la ley). En estas situaciones, «no cabrá hablar de identificación de derecho preexistente, sino de decisión no vinculada por este, es decir discrecional» (Bayón, 2009, p. 60). Estas lagunas surgen cuando (i) las normas formuladas y sus consecuencias lógicas no resuelven un cierto caso, (ii) el balance de razones subyacentes exige una regla que imponga obligaciones o prohibiciones, (iii) el balance no deja en claro cuál sería la regla que hay que imponer. Ello equivale a decir que el juez enfrenta a una disyunción de soluciones posibles que especifican principios subyacentes potencialmente incompatibles sin que se pueda «considerar una cuestión “determinada” por el derecho cuál de ellos habría de prevalecer en las circunstancias del caso» (Bayón, 2009, p. 61). Supongamos que en un cierto caso de indeterminación similar a los que parece tener Bayón *in mente*, i.e., un actor A reclama al juez que «obligue» al demandado B a entregar un determinado bien. Diré, entonces, por simplicidad, que A pretende que el juez imponga una obligación O_1 , que forma parte de un abanico disyuntivo $\{O_1, O_2... O_n\}$. Por hipótesis, en esos casos, el balance de razones concluyentes no impone la solución O_1 ya que de la alternativa de obligaciones ($O_1 \vee O_2... \vee O_n$) no se sigue, por ejemplo, O_1 . En otras palabras, el sistema jurídico no establece concluyentemente que el demandado B está obligado a entregar ese bien al demandante A. Ahora bien, A pretende precisamente que se reconozca esa obligación O_1 , pero el derecho (y no solo la ley) no impone concluyentemente esa carga al demandado B porque el balance de principios subyacentes no consagra definitivamente esa respuesta. Por consiguiente, si los jueces están obligados a rechazar todas las demandas que carecen de un fundamento concluyente previo a la decisión, entonces, contra lo que sostiene Bayón, tampoco tendrían discreción en casos de lagunas en el derecho (acerca de otras consecuencias contraintuitivas del enfoque de Bayón, véase Bulygin, 2010, p. 295).

9. Conclusiones

En este trabajo he mostrado que, a pesar de sus atractivos, las tesis de la exclusividad y la exhaustividad necesitan refinamiento ya que su plausibilidad se incrementa o disminuye cuando introducimos en el análisis ciertas distinciones ajenas a los modelos positivistas clásicos (e.g., la *Teoría Pura del Derecho*). En especial, he subrayado la importancia de analizar cuidadosamente lo que implica atribuir una naturaleza abierta al derecho en función de la distinción entre los sentidos (i) regulativo, (ii) lógico, (iii) normativo e (iv) interpretativo en los que un sistema puede ser considerado abierto o cerrado. Estas distinciones se conectan con las diferencias entre (i) sistemas globales y sistemas aplicables, (ii) aplicabilidad interna y externa y (iii) calificaciones jurídicas provisorias y calificaciones concluyentes. En gran medida, he destacado el modo en que este grupo de distinciones impacta en nuestra reconstrucción de la exclusividad y la exhaustividad del derecho. Por ejemplo, la distinción entre sistemas globales y aplicables permite defender una versión debilitada de la tesis de la exclusividad ya que solo exige que los criterios de aplicabilidad sean parte del sistema global, dejando de lado la composición específica del sistema aplicable. A su vez, la diferencia entre calificaciones provisorias y concluyentes sirve para defender una versión debilitada de la tesis de la exhaustividad que señala que, en el nivel de las calificaciones concluyentes, los jueces siempre tienen una respuesta predeterminada. Finalmente, en mi opinión, no importa tanto revisar la verdad o falsedad de las versiones fuertes o debilitadas, sino destacar la importancia de comprender adecuadamente el significado posible de las tesis de la exhaustividad y exclusividad del derecho.

Bibliografía

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*. Wein, Estados Unidos: Springer.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Argentina: Astrea
- Bulygin, E. (1991a). Sentencia judicial y creación de derecho. En C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho* (pp. 355-370). Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bulygin, E. (1991b). Tiempo y validez. En C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho* (pp. 195-214). Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bulygin, E. (2010). Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición. *Doxa*, 33, pp. 283-296.
- Bayón, J.C. (2009). Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas. En E. Bulygin et al., *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho* (pp. 27-74). Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Bayón, J.C. (2010). Permisos, lagunas y discreción judicial: respuesta a Bulygin. *Doxa*, 33, pp. 307-317.
- Caracciolo, R. (2013). El problema de los hechos en la justificación de sentencias. *Isonomía*, 38, pp. 13-34.
- Celano, B. (1999). *La teoría del diritto di Hans Kelsen*. Bologna, Italia: Il Mulino.
- Duarte, L., Gardner, J. y Green, L. (Eds). (2013). *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*. Oxford, Inglaterra: Hart Publishing.
- Dworkin, R. (1977). The Model of Rules I. En Id., *Taking Rights Seriously* (pp. 14-45). Cambridge, EE.UU: Harvard University.
- Gianformaggio, L. y Paulson, S.L. (Eds). (1995). *Cognition and Interpretation of Law*. Turín, Italia: Giapichelli.

- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del derecho*. Ciudad de México, México: UNAM.
- Kelsen, H. (1990). *General Theory of Norms*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Kelsen, H. (2006). *General Theory of Law and State*. New Jersey, EE.UU: Transaction Publishers.
- Harris, J.W. (1979). *Law and Legal Science*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1983). Kelsen's Doctrine of the Unity of Law. En Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (pp. 309-342). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1994). *The Concept of Law* (2ª ed.). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Munzer, S. (1972). *Legal Validity*. Dordrecht, Holanda: Kluwer.
- Navarro, P.E. (2014). Hechos y normas aplicables. *Isonomía*, 40, pp. 147-159.
- Navarro, P.E. (2016). Enunciados jurídicos, proposiciones normativas y necesidad práctica. *Analisi e Diritto*, 2016, pp. 101-126
- Navarro, P.E. (2018). The Uncertain Limits of Law. *Analisi e Diritto*, 2018, pp. 9-38.
- Navarro, P.E. y Moreso, J.J. (1997). Applicability and Effectiveness of Legal Norms. *Law and Philosophy*, 16, pp. 201-219.
- Navarro, P.E., Orunesu, C., Rodríguez, J.L. y Sucar, G. (2004a). Applicability of Legal Norms. *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 17, pp. 337-359.
- Navarro, P.E., Orunesu, C., Rodríguez, J.L. y Sucar, G. (2004b). La fuerza institucional del derecho. *Revista de la Facultad de Derecho de México (UNAM)*, LIV, pp. 187-209.
- Navarro, P.E. y Rodríguez, J.L. (2014). *Deontic Logic and Legal Systems*. New York, EE.UU: Cambridge University Press.
- Paulson, S.L. y Litschewski Paulson, B. (eds). (1998). *Norms and Normativity*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Raz, J. (1970). *The Concept of a Legal System*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Raz, J. (1979a). The Identity of Legal Systems. En Id., *The Authority of Law* (pp. 81-105). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Raz, J. (1979b). The Institutional Nature of Law. En Id., *The Authority of Law* (pp. 106-123). Oxford, Inglaterra: Oxford University Press.
- Raz, J. (1979c). The Function of Law. En Id., *The Authority of Law* (pp. 162-177). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Raz, J. (1979d). Legal Reasons, Sources and Gaps. En Id., *The Authority of Law* (pp. 56-80). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Raz, J. (1990). *Practical Reason and Norms* (2ª ed.). Princeton, EE.UU: Princeton University Press.
- Raz, J. (1994). Authority, Law and Morality. En Id., *Ethics in the Public Domain* (pp. 210-237). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Raz, J. (2009). Incorporation by Law. En *Between Authority and Interpretation* (pp. 182-202). Oxford, UK: Oxford University Press.
- Ruiz Manero, J. (2005). Algunas concepciones del derecho y sus lagunas. En F. Atria et al., *Las lagunas del derecho* (pp. 103-126). Madrid, España: Marcial Pons.
- Ruiz Manero, J. (2010). Seguimos discutiendo sobre permisos y concepciones del derecho. *Doxa*, 33, pp. 297-305.
- Schauer, F. (1991). *Playing by the Rules*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Von Wright, G.H. (1968). *An Essay on Deontic Logic and the General Theory of Action*. Dordrecht, Holanda: Reidel.
- Von Wright, G.H. (1993). Analytic Philosophy: A Historico-Critical Survey. En Id., *The Tree of Knowledge* (pp. 25-52). New York, EE.UU: Brill.
- Waluchow, W.J. (1994). *Inclusive Legal Positivism*. Oxford, UK: Oxford University Press.