

## ACERCA DE LAS NORMAS DERIVADAS

Pablo E. NAVARRO\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Coherencia y normas derivadas*. III. *La validez de las normas derivadas*. IV. *Sistemas normativos abiertos*. V. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

El convencionalismo es una de las tesis características del positivismo jurídico contemporáneo.<sup>1</sup> Esta tesis destaca la relación entre la existencia del derecho y sus fuentes sociales, señalando que la validez de las normas jurídicas depende de prácticas de reconocimiento específicas de cada comunidad.<sup>2</sup> Sin embargo, el énfasis en el aspecto convencional del derecho es, algunas veces, desafiado por las normas derivadas, es decir, por aquellas normas que son consecuencia de otras normas expresamente formuladas por las autoridades. En un trabajo reciente, Andrei Marmor formula el problema de la siguiente manera:<sup>3</sup>

\* Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Argentina.

<sup>1</sup> Coleman, Jules, *The Practice of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 65-148; y “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, en Coleman, Jules (ed.), *Hart’s Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 114-121; Marmor, Andrei, “Constitutive Conventions” y “Conventions and the Normativity of Law”, *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 1-48, Shapiro, Scott J., “The Difference that Rules Make”, en Bix, Brian (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 33-62.

<sup>2</sup> Por supuesto, diferentes teorías pueden discrepar acerca de cuáles son los hechos que explican la existencia del derecho. Al respecto, véase: Raz, Joseph, “Legal Positivism and the Sources of Law”, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 37-52.

<sup>3</sup> Marmor, Andrei, “Exclusive Legal Positivism”, *Positive Law and Objective Values*, *op. cit.*, nota 1, p. 69.

“La idea básica es más bien simple, y puede ser considerada de acuerdo con un fundamento convencional del derecho: supóngase que un sistema jurídico, digamos, Si contiene las normas Ni... n. Supóngase además que las normas Ni... n implican la verdad de otra norma, digamos, Nx. ¿No podríamos concluir que Nx es también jurídicamente válida en Si?”

Esta pregunta es respondida de manera diferente por los teóricos del positivismo jurídico. Por ejemplo, la incorporación de las normas derivadas ha sido identificada como un rasgo característico del positivismo jurídico incluyente.<sup>4</sup> Por el contrario, quienes defienden una versión excluyente del positivismo jurídico rechazan la validez de estas normas. Andrei Marmor es un ejemplo paradigmático de positivista excluyente, y sostiene que la incorporación de las normas derivadas conduce a una confusión entre el derecho que tenemos y el que deberíamos tener.<sup>5</sup>

El propósito central de este trabajo es defender la validez de las normas derivadas. Los juristas admiten diferentes tipos de normas implícitas en el ordenamiento jurídico,<sup>6</sup> pero en este trabajo el análisis se restringirá a la validez de las normas *lógicamente* derivadas, es decir, a normas que son consecuencia lógica de otras normas expresamente formuladas por las autoridades normativas.<sup>7</sup> Este trabajo intenta lograr dos objetivos específicos. En primer lugar, se sostiene que la solución de Marmor al problema de las normas derivadas es inadecuada y que la coherencia no desempeña ningún papel relevante en la incorporación de las normas derivadas. En segundo lugar, se analiza una estrategia típica del positivismo excluyente para dar cuenta de normas que, sin pertenecer al sistema jurídico, son jurídicamente vinculantes. Este argumento se basa en la naturaleza abierta de los sistemas jurídicos, y en la posibilidad de que normas que no forman parte de un sistema sean “adoptadas” por jueces y órganos de adjudicación para la justificación de sus decisiones institucionales.

<sup>4</sup> Véase, Raz, Joseph, “Authority, Law and Morality”, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 210 y ss.

<sup>5</sup> Marmor, Andrei, “Exclusive Legal Positivism”, *Positive Law and Objective Values*, *cit.*, nota 1, pp. 69 y 70.

<sup>6</sup> Guastini, Ricardo, *Distinguiendo*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 358.

<sup>7</sup> La literatura acerca de la lógica deontica, su naturaleza y posibilidades, es abrumadora. Para una discusión clásica de sus principales problemas, véase: Hilpinen, Risto (ed.), *Deontic Logic. Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht, Reidel, 1971; Hilpinen, Risto (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht, Reidel, 1981.

## II. COHERENCIA Y NORMAS DERIVADAS

Para Marmor, aceptar la validez de las normas derivadas presupone que el derecho es coherente. Marmor distingue correctamente entre la coherencia como un valor en el proceso de interpretación del derecho y la coherencia de un sistema de normas. Esta distinción es importante ya que ambos problemas aparecen muchas veces confundidos por la ambigüedad de la expresión “interpretación del derecho”, esta expresión se refiere tanto a la identificación de las normas o su sistematización. Identificar una norma es paradigmáticamente la operación *semántica* de asignar significado a un texto o formulación normativa, mientras que la sistematización se refiere a la operación *conceptual* de derivar las consecuencias lógicas de un conjunto de normas, dado que no existen relaciones lógicas entre textos, sino entre sus significados, se sigue que la sistematización presupone que ya hemos interpretado lo que significan ciertos textos. Por consiguiente, el problema de la validez de las normas derivadas surge sólo una vez que se ha superado la etapa de interpretación de los textos normativos. Por ello, Marmor señala que aunque la coherencia es un valor importante en la interpretación del derecho, en el problema de las normas derivadas el presupuesto es mucho más fuerte y se refiere a la consistencia de las normas de un sistema jurídico. Luego añade:<sup>8</sup> “la única cuestión que debemos analizar ahora es si tiene sentido asumir que el derecho es necesariamente coherente, en sentido lógico o en algún otro sentido. Una respuesta negativa es difícilmente rechazable”.

Revisemos las premisas cruciales de este argumento. Por una parte, la validez de las normas derivadas requiere la coherencia de los sistemas jurídicos. Por otra parte, los sistemas jurídicos no son necesariamente coherentes. Aunque Marmor tendría que defender ambas premisas para mostrar que la incoherencia de un sistema normativo es una condición suficiente para negar la validez de las normas derivadas, su análisis no proporciona tal argumento, y por ello, sus afirmaciones quedan indeterminadas y sin fundamento. En particular, Marmor no parece advertir una dificultad central de su estrategia: las inconsistencias lógicas en un sistema normativo dependen de las relaciones de consecuencia lógica entre las normas. Por ello, no parece plausible admitir que los sistemas jurídi-

<sup>8</sup> Marmor, Andrei, “Exclusive Legal Positivism”, *Positive Law and Objective Values*, *op. cit.*, nota 1, p. 69.

cos pueden ser incoherentes, y, al mismo tiempo, negarse a admitir la validez de las consecuencias lógicas de las normas formuladas.

Marmor sostiene que la validez de las normas derivadas implica asumir que el derecho es necesariamente coherente. Sin embargo, Marmor no afirma que el derecho es necesariamente incoherente. A su vez, tampoco ofrece un análisis de lo que ocurre en aquellas situaciones en las que, por razones contingentes, el sistema jurídico regula coherentemente el comportamiento. No intentaremos remediar estos defectos de la argumentación de Marmor. Más bien, en esta discusión se dejará de lado la cuestión de si los sistemas jurídicos son necesariamente coherentes o incoherentes, y sólo analizaremos si es posible admitir normas derivadas en sistemas normativos incoherentes.<sup>9</sup>

Una inconsistencia normativa puede ser explícita o implícita. La inconsistencia es *explícita* cuando el conflicto normativo se produce entre dos o más normas expresamente formuladas por una autoridad normativa. Por ejemplo, cuando una norma expresamente obliga o permite una conducta que otra norma expresamente señala como prohibida. Para la solución de este tipo de conflictos, los juristas emplean criterios formales como la fecha de la promulgación de la norma (*e. g. lex posterior*), o el rango jerárquico de las normas incoherentes (*e. g. lex superior*). Estos criterios presuponen que el conflicto se produce entre normas formuladas ya que se refieren al momento de la promulgación de la norma o la competencia jerárquica de la autoridad que han formulado las normas en conflicto. Ahora bien, ¿por qué el reconocimiento de una incoherencia explícita en un sistema impide atribuir validez a las normas derivadas? Es importante advertir que un conflicto normativo puede estar “encapsulado” en un determinado caso, es decir, las normas en conflicto pueden regular otras situaciones de manera coherente. En esta situación, aunque

<sup>9</sup> Una reconstrucción precisa de las inconsistencias en los sistemas jurídicos requiere introducir herramientas lógicas desarrolladas por la lógica deóntica, pero a efectos de evitar tecnicismos, no se proporcionará una definición explícita. Más bien, el aparato analítico que se emplea es intuitivo y sólo es necesario enfatizar que, cualquiera sea la reconstrucción que se utilice, una contradicción normativa genera un problema práctico ya que introduce exigencias incompatibles de conducta. Por razones de simplicidad, las expresiones “contradicción normativa”, “incoherencia normativa”, “inconsistencia normativa”, etcétera, serán empleadas como sinónimos. Acerca de la noción de inconsistencia normativa, véase: Wright, Georg von, *Norm and Action*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963, p. 203; Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Normative Systems*, pp. 62-64, 186 y 187.

el sistema es incoherente porque hay al menos un caso regulado de manera inconsistente, es posible identificar casos que las normas regulan de manera coherente. Para estas situaciones, el rechazo de las normas derivadas no puede basarse en el hecho de que el sistema normativo es incoherente. Por supuesto, de un conjunto de normas explícitamente incoherente se siguen normas derivadas incoherentes, pero del simple hecho de que un sistema sea explícitamente inconsistente no se sigue, sin premisas adicionales, que no pueda reconocerse la validez de sus normas derivadas.

Tal vez quien niega la validez de las normas derivadas ha cambiado implícitamente de significado atribuido a “validez”. Uno de los significados usuales de la expresión “norma válida” se refiere al hecho de que una norma pertenece a un cierto sistema jurídico. En este sentido, la afirmación de que las normas derivadas son válidas en un sistema incoherente sólo significa que las consecuencias lógicas de un conjunto incoherente de normas también son parte de ese conjunto. Esta noción de validez, sin embargo, tiene que distinguirse cuidadosamente de otra que señala que las normas válidas son *obligatorias*, e. g. las normas válidas imponen soluciones concluyentes a un problema normativo. En este sentido de “validez”, las normas derivadas de un conjunto incoherente no pueden ser válidas ya que impondrían soluciones concluyentes incompatibles y esta posibilidad se encuentra excluida por la noción misma de “solución concluyente”. Pero, este argumento no prueba que las normas derivadas no pueden ser válidas sino más bien muestra únicamente que no se puede regular válidamente el comportamiento mediante exigencias incompatibles.

Quienes niegan la validez de las normas derivadas parecen pasar por alto el importante papel que ellas cumplen en sistemas normativos que son implícitamente incoherentes. Una inconsistencia es *implícita* cuando las consecuencias lógicas de un conjunto de normas correlacionan a un mismo caso con soluciones normativas incompatibles. A diferencia de las incoherencias explícitas, en el caso de este tipo de conflictos, la única manera de advertir que un sistema normativo es inconsistente es identificando las consecuencias lógicas que se derivan de las normas expresamente formuladas. Considérese, por ejemplo, las siguientes normas.

- 1) Es obligatorio encender la calefacción y cerrar la ventana (*i. e.*  $O p \& q$ )
- 2) Si la ventana no está cerrada, la calefacción debe apagarse (*i. e.*  $\neg q \rightarrow O \neg p$ )

Al respecto, Ota Weinberger señala:<sup>10</sup>

Es bastante usual que dos normas de este tipo sean válidas, al mismo tiempo, en el sistema y nadie las considera inconsistentes. Sin embargo, conforme a los sistemas estándar hay al menos una contradicción latente entre ellas, y surge una contradicción efectiva tan pronto  $\neg q$  se produce. De (1) se sigue ‘Op’ y de (2) y ‘ $\neg q$ ’ se sigue ‘ $O\neg p$ ’, y esas conclusiones son incompatibles.

Una conclusión importante puede extraerse de este ejemplo. Las normas derivadas no solo son compatibles con un sistema normativo incoherente sino que ellas sirven para mostrar si estos sistemas son inconsistentes. Si las normas derivadas no formasen parte del sistema, entonces no habría razón para sostener que el sistema es incoherente ya que el conflicto surge únicamente al desplegarse las consecuencias lógicas de las normas expresamente formuladas. En otras palabras: la coherencia no parece suministrar un argumento para rechazar la validez de las normas derivadas sino más bien parece que sólo cuando se incorporan las normas derivadas es posible determinar la coherencia de un sistema normativo.

Este análisis muestra que Marmor no tiene razón en su rechazo de la validez de las normas derivadas. Por consiguiente, en contra de su sugerencia de que “la única cuestión que debemos resolver es si tiene algún sentido asumir que el derecho es necesariamente coherente”, la pregunta relevante es completamente diferente. El problema crucial es si los órganos de adjudicación, *e. g.* los jueces, pueden desconocer las consecuencias lógicas de las normas válidas en la justificación de sus decisiones jurídicas. Si se admite que estos órganos no pueden ignorar la solución que establecen las normas lógicamente derivadas, entonces se ha introducido una premisa decisiva para aceptar la validez de las normas derivadas. La razón es clara: los jueces están obligados a aplicar normas válidas, y luego de aceptar que las normas derivadas son vinculantes, la carga de la prueba recae sobre quienes niegan que ellas sean normas válidas.

En resumen: Marmor proporciona una respuesta errónea porque introduce una pregunta equivocada. El problema no es si los sistemas jurídi-

<sup>10</sup> Weinberger, Ota, “The Significance of Logic for Modern Legal Theory”, *Law, Institution and Legal Politics*, Dordrecht, Kluwer, 1991, p. 84.

cos son coherentes o no lo son o qué relación existe entre normas derivadas y coherencia de los sistemas normativos. Más bien el problema es si las normas derivadas son obligatorias para los jueces. En la próxima sección se analizará la naturaleza vinculante de las normas derivadas y se considerará si una convención jurídica contingente puede explicar su validez jurídica.

### III. LA VALIDEZ DE LAS NORMAS DERIVADAS

Una intuición básica acerca de la validez de las normas es que esta característica está intrínsecamente conectada tanto con la justificación de las decisiones institucionales como con una reconstrucción sistemática del derecho.<sup>11</sup> Una norma es jurídicamente válida sólo si posee una cierta propiedad P, que es decisiva para determinar si esa norma pertenece al sistema jurídico. Una reconstrucción filosófica de la validez de las normas, a menudo, intenta ofrecer criterios que pueden encontrarse en todos los sistemas jurídicos (*e. g.* relaciones genéricas entre normas), dejando de lado las diferencias particulares. Por el contrario, un estudio muy detallado de los criterios de validez que están vigentes en una cierta comunidad necesariamente individualiza normas específicas, doctrinas y costumbres particulares. Por ejemplo, en Argentina, una descripción verdadera de las fuentes del derecho no puede ignorar la estructura federal del Estado Argentino, el control difuso de constitucionalidad de las normas, etcétera. En este nivel de análisis es muy fácil encontrar diferencias entre dos sistemas jurídicos ya que la identidad de un sistema jurídico se *define* por esos criterios específicos.

El análisis detallado de las prácticas específicas y convenciones de validez puede arrojar luz sobre un argumento simple en favor de la validez de las normas derivadas. Este argumento es similar al invocado por los partidarios del positivismo incluyente cuando insisten en la incorporación de normas morales al ordenamiento jurídico. La validez de las normas derivadas puede ser un hecho contingente; es decir puede ser el resultado de una práctica social que expresa el punto de vista de los órganos de adjudicación de justificar sus decisiones en normas derivadas. Dado que la validez jurídica depende de convenciones, puede existir

<sup>11</sup> Raz, Joseph, "Legal Validity", *The Authority of Law, cit.*, nota 2, pp. 146-153.

en una comunidad una práctica social que establezca que las normas derivadas son jurídicamente vinculantes. Por ejemplo, el Código de Comercio argentino no establecía expresamente que el transportador debe indemnizar a los herederos de un individuo fallecido durante la ejecución del contrato de transporte. Pero, los jueces señalaron que

el artículo 184 del Código de Comercio prevé el “caso de muerte” del viajero “acaecida durante el transporte en ferrocarril”. Y como producida esa circunstancia sólo sus herederos pueden reclamar por el mal cumplimiento del contrato de transporte, es lógico concluir que el transportador se encuentra obligado hacia ellos como lo estaba con respecto al causante “al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios” sufridos (CNCiv., Sala A, Julio 7 1964). ED, 9-32.

Por supuesto, no siempre que los jueces mencionan la relevancia de la lógica se están refiriendo a las normas derivadas. Además, los jueces no siempre identifican correctamente a las normas que se derivan de un conjunto de normas expresamente formuladas por la autoridad. Sin embargo, ninguno de estos hechos alcanza para negar que es posible encontrar una comunidad en la que los jueces reconocen a las normas derivadas como partes del sistema jurídico. Lo que importa remarcar es que la incorporación de las normas derivadas puede producirse en virtud de una práctica de adjudicación que reconozca la validez de esas normas. En este caso, las normas lógicamente derivadas puede fundarse en reglas convencionales establecidas por las prácticas judiciales, *i. e.* en una fuente social.

Sin embargo, aunque exista una práctica judicial que reconoce el carácter vinculante de las normas derivadas podría sostenerse que, en esos casos, los jueces no están aplicando normas existentes sino que ellos están modificando el derecho. En otras palabras: ¿es posible sostener que los jueces, al aplicar normas derivadas como justificación de sus decisiones, están en realidad creando derecho? Así, ¿no podría defenderse que, al igual que ocurre con la aplicación de pautas morales, los jueces tienen discreción para desarrollar el derecho mediante la identificación y aplicación de normas derivadas? Al respecto es importante recordar la siguiente afirmación de Raz:<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, 2a. ed., Oxford Oxford University Press, 1980, p. 40.



Si los jueces aplican una norma supuestamente jurídica (1) que fue creada con la intención de crear derecho o que es *generalmente considerada como derecho*; y (2) la razón para la aplicación es que la norma satisface la condición (1), entonces los jueces están aplicando una norma jurídica que ya existía, y no una norma creada por ellos mismos. (itálicas añadidas).

Es posible que, en un sistema jurídico particular, los jueces consideren a las normas derivadas como jurídicamente vinculantes y acepten que deben aplicarlas, excepto en aquellos casos en que existan otras razones jurídicas más importantes. Así, cuando encontramos una convención judicial que reconoce la relevancia jurídica de las normas derivadas tenemos buenas razones para sostener que (a) los jueces no crean derecho sino que aplican normas que existen desde antes de sus decisiones, y (b) esas normas forman parte del sistema jurídico.

Esta respuesta se basa en dos tesis: Por una parte, es posible que existan convenciones sociales que atribuyen validez a las normas derivadas y, por otra parte, las normas derivadas han sido incorporadas al sistema en virtud de las prácticas judiciales de reconocimiento de su relevancia jurídica. Ambas tesis pueden ser cuestionadas. En primer lugar, puede sostenerse que una convención social que reconociese la validez de las normas derivadas sería una práctica que se auto-refuta. Esta objeción ha sido usualmente desarrollada para mostrar que un sistema jurídico no puede incorporar convencionalmente a normas morales.<sup>13</sup> Así, una convención que estableciese que debemos decidir conforme a lo que establece la moral no determina normativamente el comportamiento. Al respecto, Marmor señala:<sup>14</sup> “El punto esencial es, sin embargo, este: las convenciones no pueden constituir una práctica que consista en expectativas de la gente involucrada en la práctica de hacer lo que ellos tienen razón para hacer con independencia de la práctica”.

Sin embargo, esta estrategia no parece adecuada para decidir acerca de la validez de las normas derivadas. Las consecuencias lógicas no dependen de un cierto balance de razones o acuerdos sociales, sino únicamente de las reglas de inferencia de un sistema. Así, si una convención

<sup>13</sup> Véase, Bayón, Juan Carlos, “Derecho, Convencionalismo y controversia”, en Navarro, P. y Redondo, M. C. (eds.), *La relevancia del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 57-92.

<sup>14</sup> Marmor, Andrei, “Exclusive Legal Positivism”, *Positive Law and Objective Values*, *cit.*, nota 2, p. 53.

estipula que todos los automovilistas deben conducir por la derecha, extraer una conclusión lógica acerca de mis obligaciones específicas sobre el tráfico no es destruir la fuerza práctica de nuestras convenciones sino más bien reconocer sus efectos. Por consiguiente, aunque la incorporación de normas morales no pueda justificarse en prácticas convencionales, la validez de las normas lógicamente derivadas no parece incompatible con el fundamento convencional del derecho.

En segundo lugar, otra objeción importante a la validez de las normas derivadas se basa en que el carácter vinculante de las normas derivadas puede ser explicada de manera más satisfactoria por otra reconstrucción conceptual. Así, aunque encontremos prácticas sociales que atribuyen relevancia jurídica a las normas derivadas, ello todavía no muestra que esas normas forman parte de un sistema jurídico. Es frecuente, señalan los partidarios del positivismo excluyente, que los jueces tengan que justificar sus decisiones en normas que no forman parte del sistema, *e. g.* normas de derecho extranjero. ¿Acaso no puede suceder lo mismo con las normas derivadas? En la próxima sección analizaremos esta pregunta.

#### IV. SISTEMAS NORMATIVOS ABIERTOS

El problema de las normas derivadas se origina cuando se afirma que los jueces reconocen su relevancia jurídica, pero, al mismo tiempo se sostiene que los criterios de validez no las incorporan a los sistemas jurídicos. ¿Qué explicación puede encontrarse para esta situación? Siguiendo a Joseph Raz, podría responderse que el derecho es un sistema normativo *abierto*, *i. e.* una de sus principales funciones es conferir fuerza vinculante a normas y principios que no pertenecen al sistema jurídico.<sup>15</sup> Conforme a este enfoque, las normas derivadas serían similares a normas extranjeras que los jueces deben aplicar para justificar sus decisiones. Las normas extranjeras pueden ser jurídicamente vinculantes, pero ellas no se consideran parte de los sistemas jurídicos. De igual manera, aun si los jueces basan sus argumentos en normas lógicamente derivadas, este hecho no puede ser considerado como una prueba de la validez de las

<sup>15</sup> Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, 2a. ed., Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1990, pp. 152-154. También, “The Institutional Nature of Law”, *The Authority of Law*, *cit.*, nota 2, pp. 119 y 120; y “Legal Validity”, *The Authority of Law*, nota 2, p. 149.

normas derivadas. En otras palabras, la naturaleza abierta de un sistema jurídico puede explicar la fuerza vinculante de las normas derivadas sin asumir que ellas son parte de un sistema jurídico. Las normas derivadas son “adoptadas”, al igual que otras normas que los jueces invocan para justificar decisiones.

Hay diferentes tipos de normas adoptadas y no es sensato asumir que existe un criterio formal que nos permita separar adecuadamente las normas válidas de otras que son vinculantes sin pertenecer al sistema jurídico. Al respecto, Raz sostiene que la distinción debe estar basada en las diferentes razones que justifican la aplicación de ambos tipos de normas<sup>16</sup>. Sin embargo, Raz parece sugerir un criterio formal cuando propone un *test* para determinar si una norma es adoptada. Así, afirma que las normas son “adoptadas” por un sistema jurídico *si y sólo si* (i) ellas son normas extranjeras válidas y vigentes, y la razón por la que se las adopta es que se reconoce la importancia de regular ciertos casos mediante esas normas extranjeras (ii) ellas son normas que fueron creadas por (o con el consentimiento de) los sujetos normativos,<sup>17</sup> utilizando poderes normativos que un sistema jurídico otorga a los individuos con el propósito de que ellos puedan arreglar sus propios asuntos de la manera que crean más conveniente. Luego añade la primera mitad del *test* se aplica a normas que se identifican mediante la aplicación de reglas de Derecho Internacional Privado, y la segunda parte se refiere a contratos y normas que regulan a compañías comerciales, etcétera.

La distinción entre normas válidas y normas adoptadas explica dos papeles diferentes que el derecho juega en las sociedades contemporáneas. Por una parte, el derecho opera como un sistema perentorio mediante las normas creadas por las autoridades jurídicas. Estas normas son promulgadas con el propósito de motivar conductas, es decir, guiar acciones que las autoridades consideran socialmente relevantes. Por otra parte, el derecho juega un “papel de apoyo, reconociendo y reforzando otras normas,

<sup>16</sup> Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, cit., nota 15, p. 153; *id.*, “The Institutional Nature of Law”, *The Authority of Law*, cit., nota 2, p. 120.

<sup>17</sup> Raz, Joseph, “The Institutional Nature of Law”, *The Authority of Law*, cit., nota 2, p. 120. Las mismas ideas son reproducidas *verbatim* en Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, cit., *supra*. Para una crítica, véase: Moreso, José Juan and Navarro, Pablo, “The Reception of Norms, and Open Legal Systems”, en Paulson, Stanley L. y Litschewski Paulson, Bonnie (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, p. 287.

prácticas e instituciones”.<sup>18</sup> En este caso, las autoridades no están interesadas en la motivación de acciones específicas, sino que dejan abierto a los individuos la decisión acerca de qué conductas son más útiles para conseguir ciertos propósitos privados.

Sin embargo, el test que ofrece Raz agrupa a normas de tipos muy diferentes, ocultando el hecho de que algunas de ellas son *necesariamente* miembros de cualquier sistema jurídico mientras que otras sólo tienen una *contingente* fuerza vinculante. Debe destacarse que la función que el derecho cumple al reconocer fuerza vinculante a las normas extranjeras o cuando adopta un test moral de validez es una cuestión contingente, mientras que el reconocimiento de la fuerza vinculante de contratos y otros acuerdos privados es, en cierta medida, necesaria. En otras palabras, aun cuando parezca posible y viable un sistema jurídico que no reconozca ningún valor al derecho extranjero, no parece posible que exista un sistema que no reconozca a los individuos poderes normativos. Las reglas de cambio no surgen sólo para conferir poderes públicos sino también para hacer posible que los individuos se vinculen mediante acuerdos privados, *e. g.* contratos, testamentos, etcétera. Por consiguiente, aun si tanto las normas extranjeras como los acuerdos privados son normas adoptadas, las razones que justifican su relevancia jurídica son de naturaleza completamente diferente. Aunque tanto las normas extranjeras como los acuerdos privados son considerados vinculantes porque es una función del derecho reconocer y apoyar otro tipo de regulaciones, la recepción de normas extranjeras es un fenómeno contingente, pero la adopción de contratos y otros acuerdos privados parece una rasgo necesario de nuestros sistemas jurídicos.

Podemos ahora reconsiderar si las normas derivadas son normas adoptadas y, si la respuesta fuese afirmativa, si ellas son necesariamente adoptadas o contingentemente adoptadas por prácticas específicas de nuestros sistemas jurídicos. Parece claro que las normas lógicamente derivadas no pueden ser incluidas en ninguna de las categorías señaladas por Raz. A su vez, dado que su test está formulado mediante un bicondicional, parece inevitable concluir que las normas derivadas no puedan ser consideradas como “normas adoptadas”. Por ello, si las normas derivadas no pueden ser calificadas como normas adoptadas, pero a la vez se reconoce su relevancia jurídica, la solución más simple del enigma es

<sup>18</sup> Raz, Joseph, “Promises in Morality and Law”, *Harvard Law Review*, 95, 1982, p. 933.

reconocer que su relevancia jurídica surge de su pertenencia o validez en un sistema jurídico.

Sin embargo, podría señalarse que el criterio para reconocer las normas adoptadas que propone Raz es defectuoso. En este caso, hay que preservar la idea de la adopción de las normas derivadas y modificar la propuesta de Raz para incluir a las normas derivadas. Ahora bien, ¿qué razón justifica esta solución? En el caso del derecho extranjero o de las normas contractuales, se encuentra en juego el papel de apoyo que el derecho ofrece a los individuos en sus intentos de regular sus conductas en áreas que el derecho deja sin determinar normativamente. Pero no parece que esas razones puedan invocarse en el caso de las normas derivadas. Admitir la relevancia de las consecuencias lógicas de las normas formuladas no es apoyar a los individuos en la regulación de ciertas relaciones sociales. Más bien, identificar y aplicar las normas derivadas parece una tarea conceptualmente ligada al reconocimiento de la validez de las normas expresamente formuladas por la autoridad. Como bien señala Raz, la distinción entre normas explícitas y normas implícitas está presupuesta en por un modelo “comunicativo” de derecho. Según este modelo, el derecho es paradigmáticamente producido por acciones deliberadas, que se manifiestan en la formulación de normas.<sup>19</sup>

Al referirse al derecho implícito uno tiene en mente... el hecho familiar de que el derecho dice más de lo que explícitamente establece, que hay más en su contenido que aquello expresamente establecido en fuentes tales como la legislación y los precedentes judiciales.

Esta idea debe ser evidente por sí misma para cualquiera que conciba al derecho como una creación de acciones humanas, y particularmente, como emergiendo de actos comunicativos tales como la promulgación de leyes o sentencias judiciales. Es un rasgo universal de la comunicación humana que aquello que se dice es más que lo que se estableció expresamente e incluye a lo que está implicado.

Hemos visto que la razón para aplicar normas extranjeras no es que ellas son parte del sistema, sino que otras normas válidas imponen esa obligación. Por el contrario, parece posible que los jueces justifiquen sus decisiones en normas derivadas porque ellos consideran a estas normas

<sup>19</sup> Raz, Joseph, “Dworkin: A New Link in the Chain”, *California Law Review*, LXXIV 1986, pp. 1106 y 1107.

como vinculantes, o como una manera de reconocer la autoridad de las normas formuladas. ¿Por qué sería imposible una comunidad en la que los jueces apliquen las normas derivadas sólo porque ellas son consecuencia lógica de otras normas expresamente formuladas por las autoridades? Si esta comunidad es lógicamente posibles, entonces la validez de las normas derivadas sería un fenómeno posibles, y por esa misma razón sería inadmisibles presuponer que ellas son relevantes sólo en virtud de haber sido necesariamente adoptadas en el sistema jurídico.

## V. CONCLUSIONES

Un enfoque positivista del derecho no necesita negar que las normas lógicamente derivadas formen parte del sistema jurídico. La relevancia jurídica de las normas derivadas puede surgir de normas expresamente formuladas, convenciones y otras fuentes sociales. Por ello, aun el convencionalismo, entendido como una concepción específica del positivismo jurídico, es compatible con la validez de las normas derivadas.

El rechazo de las normas derivadas es considerado, algunas veces, el precio a pagar por ser un positivista excluyente, pero esta conclusión parece exagerada. Por una parte, el problema de las normas lógicamente derivadas casi nunca es analizado de manera explícita. Por ello, Marmor señala que no está seguro de que esta versión del positivismo sea, en realidad, defendida por algún positivista incluyente.<sup>20</sup> Así, parece extraño asegurar que la aceptación (o rechazo) de las normas derivadas es una característica del positivismo incluyente o excluyente.

Por otra parte, lo que típicamente caracteriza el desacuerdo entre ambos tipos de positivismo son sus diferentes puntos de vista acerca de las relaciones entre derecho y moral. Por ejemplo, Marmor dice que una marca distintiva de esta discrepancia es la siguiente:<sup>21</sup> “El positivismo excluyente niega, mientras que el positivismo incluyente acepta, que puede haber instancias en las que determinar que establece el derecho depende de consideraciones morales acerca de lo que debe resolver”.

En este sentido, Jules Coleman resalta la relación entre moral y validez jurídica en su caracterización de ambos tipos de positivismo cuando

<sup>20</sup> Marmor, Andrei, “Exclusive Legal Positivism”, *Positive Law and Objective Values*, cit., nota 1, p. 69.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 49.

señala:<sup>22</sup> “El positivista excluyente sostiene que todos los criterios de legalidad deben establecer fuentes sociales. El positivista incluyente niega eso, y permite que algunas veces la moralidad de una norma pueda ser una condición de su legalidad”.

Estos son sólo unos pocos ejemplos del punto de vista tradicional acerca de la disputa entre ambos tipos de positivismo, y ello explica por qué la validez de las normas derivadas no ocupa un lugar destacado en esta discusión.<sup>23</sup> En realidad, sería tentador *modelar* nuestras concepciones de ambos tipos de positivismo únicamente con relación al desacuerdo sobre el papel de las normas morales. Más allá de la plausibilidad de esta reconstrucción, es importante señalar que el problema de las normas derivadas es lógicamente independiente del problema del papel que la moral juega en la identificación del derecho. Por ello, en tanto que las relaciones de consecuencia lógica no dependen de nuestros puntos de vista morales, la aceptación de la validez de las normas derivadas no debería ser considerada decisiva para tomar partido en la disputa entre positivismo incluyente y excluyente.

<sup>22</sup> Coleman, Jules, “Inclusive Legal Positivism”, *The Practice of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 2001 p. 107.

<sup>23</sup> Véase también, Gardner, John, “Legal Positivism: 5 ½ Myths”, *The American Journal of Jurisprudence*, 46, 2001, p. 201; Kramer, Matthew, *In Defense of Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 197-199.