

CAPÍTULO CUARTO

PRESUPUESTOS DEL CONCEPTO DE CONFLICTO NORMATIVO . . . .	121
I. La unidad del sistema jurídico . . . . .	122
1. Significado del concepto de unidad . . . . .	122
2. Las tesis de Kelsen y Hart . . . . .	126
II. Sobre las propiedades formales del sistema jurídico . .	130
III. Sistemas jurídicos dinámicos . . . . .	135
1. El proceso de creación normativa . . . . .	135
2. La derogación . . . . .	139
IV. La validez de las normas . . . . .	146
1. Validez como criterio de obligatoriedad . . . . .	146
2. Validez como pertenencia . . . . .	149
3. Validez definitiva y validez <i>prima facie</i> . . . . .	151
4. Contradicción entre enunciados de validez y contra- dicción normativa . . . . .	155

## CAPÍTULO CUARTO

### PRESUPUESTOS DEL CONCEPTO DE CONFLICTO NORMATIVO

Como se ha visto, la existencia de conflictos normativos intrasistemáticos no ha sido fácilmente aceptada por una parte de los doctrinarios que se han ocupado del tema, principalmente en virtud de la aparente “irracionalidad” de tal situación en un sistema normativo coherente. La posibilidad de que un conflicto normativo se presente, ha sido rechazada especialmente respecto de los sistemas ordenados jerárquicamente como una construcción escalonada de niveles sucesivos de normas en los cuales la creación de cada norma está determinada por la norma superior, lo cual debe servir para establecer cadenas de validez que permitan comprobar que las normas coinciden formal y materialmente con las superiores.

De tal forma que para saber si desde la perspectiva sistémica los conflictos normativos son posibles, es necesario revisar diversos conceptos que se configuran como presupuestos del funcionamiento del sistema jurídico y que enmarcan los conflictos normativos. Esto se debe a que la respuesta a la dificultad conceptual de la definición de los conflictos normativos es una condición necesaria, mas no suficiente para la determinación de los conflictos normativos, dado que los conflictos normalmente dependen de las circunstancias específicas.

El punto de partida es un sistema jurídico en el cual las normas se encuentran ordenadas de conformidad con el criterio jerárquico. Esto se debe a que es necesario elegir un criterio ordenador que pueda servir para alcanzar los objetivos planteados, y el criterio de jerarquía complementado por el de competencia son los más adecuados para aclarar los conflictos normativos por su vinculación con la validez de las normas, es decir, con los actos de creación y derogación. Por ello, a continuación

se analiza el marco conceptual normativo en que un conflicto normativo se produce, ya que de otra forma no es posible hablar de estos conflictos.

## I. LA UNIDAD DEL SISTEMA JURÍDICO

### 1. *Significado del concepto de unidad*

Como previamente ha sido mencionado, es un presupuesto necesario del análisis de los conflictos normativos concebir al derecho como un sistema, por lo que el sistema jurídico es entendido como un conjunto de elementos y las relaciones entre sí, determinable como unidad. Estos elementos son las normas jurídicas y sus contenidos, así como los procedimientos de creación que se encuentran previstos en las normas. Las relaciones que se dan entre las normas de un sistema jurídico dinámico se verifican a partir de las determinaciones para la creación normativa previstas en un sistema jerárquicamente organizado. De tal forma que para consolidar y preservar su normatividad deben establecerse no solamente los procesos de creación, sino también los que permitan la posterior eliminación de las normas deficientes, es decir, las que sean contrarias a los procesos y contenidos previstos, así como las que no respondan a la realidad que deben regular.

La noción de unidad del sistema además de ser importante para comprender la manifestación de los conflictos normativos, es una idea regulatoria del mismo que permite hacerlo coherente. Únicamente si se contempla al sistema jurídico como unidad, tiene sentido hablar de la necesidad de eliminar o resolver estos conflictos normativos. Esta unidad debe expresar coherencia y consistencia, ya que solamente así puede concebirse al derecho como un sistema racional y lógico. De otra manera no puede esperarse que las normas sean obedecidas, o que de alguna manera sean eficaces. Robert S. Summers<sup>1</sup> sostiene que un sistema jurídico puede ser concebido tanto como totalidad, como la suma de tipos fundamentales de fenómenos jurídicos. Como un todo, se pueden atribuir al sistema jurídico propiedades sistémicas específicas, y un sistema jurídico concebido como todo tiene igualmente carácter formal. Según Summers, son

<sup>1</sup> Summers, R. S., "Der formale Charakter des Rechts II", *ARSP*, Stuttgart, 80, 1994, pp. 67 y 68.

propiedades sistémicas la coherencia del marco institucional y las reglas materiales del sistema, así como la legalidad del modo de funcionamiento de un sistema jurídico. Estas propiedades no son en su opinión atributos meramente descriptivos, sino que plantean una pretensión (*Desiderata*). En la opinión de Summers,<sup>2</sup> la coherencia y la unidad son características definitorias y constitutivas del sistema, dado que permiten saber cuál de dos normas válidas tiene prelación en caso de un conflicto. Únicamente si las normas constituyen una unidad, pueden ser contempladas como un todo y componer un sistema, lo cual constituye un presupuesto del análisis de las relaciones entre las normas.

La consistencia y la coherencia son concebidas como propiedades del sistema jurídico que derivan de su unidad. Estos conceptos son frecuentemente confundidos o utilizados como sinónimos, sin embargo tienen, a pesar de su estrecha vinculación, significados diversos. En virtud de esta relación, distinguir entre estas dos propiedades resulta ser una tarea bastante compleja, ya que muchos juristas las consideran como una sola propiedad, o como dos aspectos de la misma. No obstante, y a pesar de que no existe en la teoría del derecho un criterio unificado para definir o distinguir la coherencia de la consistencia, la diferenciación no solamente es posible, sino necesaria.

De una manera genérica se podría decir que la coherencia se relaciona con la razonabilidad del sistema jurídico como un todo, mientras que la consistencia se predica de las normas y califica de acuerdo a criterios lógicos los modos en que éstas se relacionan entre sí. Pero estas dos características no pueden ser disociadas, ya que la coherencia del sistema debe proveer para la relación razonable y congruente de las normas; se carece de ella cuando en el sistema se encuentran soluciones diversas e incompatibles para un mismo caso. La consistencia, en cambio, se define como una cualidad negativa, es decir, como la ausencia de contradicciones. Pero si bien es cierto que la manifestación de conflictos normativos representa en cierta forma una “incoherencia” en el sistema (en el sentido común del término), se trata de dos características distintas y los problemas que se deriven de ellas deben enfrentarse de manera diferente. Se puede decir entonces, que la coherencia está relacionada más bien con la razonabilidad de las normas, su integración al sistema jurídico y con su funcionamiento integral, lo cual permite la aplicación de

2 *Ibidem*, p. 66.

las normas al evitar la incompatibilidad entre sus contenidos, en otras palabras, implica la congruencia material de las normas y refleja una racionalidad normativa específica por parte del legislador.

De tal forma que se podría considerar que la consistencia, entendida como ausencia de contradicciones, constituye una condición de la coherencia del sistema normativo, y que esta última significa la ‘relación sistemática’ de sus normas.<sup>3</sup> Para Alexy y para Peczenik, la coherencia no solamente es algo más que consistencia lógica, sino que consideran que esta última es una condición necesaria aunque no suficiente de la coherencia. Y como mediante la coherencia se produce una relación sistemática entre las normas de un sistema jurídico, proponen unos criterios de coherencia que deben utilizarse simultáneamente como principios. Sin embargo, como consideran que la coherencia es graduable, estos principios no siempre son utilizados en la misma medida, por lo que deben ser ponderados y balanceados. Finalmente, estos autores contemplan la coherencia como un criterio de racionalidad que permite justificar un sistema jurídico: “*if a normative system is more coherent than any competing system, then it is prima facie better justified and more rational than any competing system*”.<sup>4</sup> De modo que la idea de la coherencia significa que los enunciados de un sistema se sostienen unos a otros y que de las relaciones entre ellos se derivan consecuencias normativas.

Así que considerar a la coherencia como una propiedad del sistema jurídico significaría que el desarrollo de sus normas debe ser racional. Pero presuponer la coherencia no garantiza la absoluta exclusión de los conflictos normativos de un sistema con fundamento en su racionalidad. Además de que en mi opinión, la coherencia debe ser considerada más como una pretensión de concordancia de sus normas con el resto de las normas que lo integran, que como una propiedad del sistema jurídico. La inconsistencia produce desde la perspectiva lógica la inseguridad jurídica, ya que en caso de una contradicción de normas, cualquier norma

3 MacCormick no comparte este punto de vista, para él, la consistencia no es una condición necesaria de la coherencia, dado que un sistema coherente no debe ser necesariamente consistente. Además de que para él, el cumplimiento de las normas no significa la infracción de otras normas del mismo sistema; véase “Coherence in Legal Justification”, en Krawietz, W. et al. (eds.), *Theorie der Normen. Festgabe für O. Weinberger Zum 65. Geburtstag*, Berlín, Duncker und Humblot, 1984, pp. 37-53.

4 Alexy y Peczenik, “The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality”, *Ratio Juris*, Oxford, vol. 3, núm. 1 bis, marzo de 1990, pp. 130 y 144.

podría resultar aplicable en virtud del principio *ex falso quodlibet*, por ello es deseable que no se produzcan contradicciones en el sistema. De tal forma que predicar la consistencia de un sistema significaría que entre sus normas no existen contradicciones en el sentido lógico. Pero las contradicciones son problemas reales y representan para el juez un alto grado de dificultad para su solución, ya que no solamente debe interpretar las normas aplicables al caso, sino que finalmente se deberá descartar la aplicación de al menos una de ellas. Este tipo de problemas es denominado por Bulygin<sup>5</sup> como dinámico, por derivarse de la naturaleza cambiante propia del derecho.

Por otra parte, la idea de unidad sirve también como medio para evitar los conflictos, ya que posibilita una interpretación sistemática que elimine el conflicto que sea de carácter aparente. En este mismo sentido se expresa Alf Ross<sup>6</sup> en *Directives and Norms* al señalar que un sistema es una suma de directivas que se postulan como una totalidad coherente de significado, ya que un sistema normativo se presume como constitutivo de una unidad. Según Dworkin,<sup>7</sup> la clave para una mejor interpretación constitutiva y especialmente para la resolución de casos difíciles es la integridad (*'integrity'*). Este concepto de integridad incluye el concepto de coherencia en el sentido en que hasta ahora ha sido enunciado, y por lo mismo excluye la irracionalidad. Un sistema coherente puede ser eficaz, precisamente porque pretende evitar que se produzcan situaciones contradictorias. Sin embargo, la integridad para Dworkin también es un ideal político que consiste en que el Estado actúe de conformidad con principios coherentes. En su opinión, el derecho entendido como integridad requiere que los jueces al aplicar las normas conciban al orden jurídico como un sistema coherente de principios relativos a la justicia, la equidad y el debido proceso legal.<sup>8</sup>

Weinberger<sup>9</sup> a su vez identifica la unidad con la consistencia, pues para él un orden solamente constituye una unidad cuando carece de con-

5 Bulygin, Eugenio, "Teoría y técnica de legislación", *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 409-426.

6 Ross, *Directives and Norms*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1968, p. 169.

7 Dworkin, *Law's Empire*, Londres, Fontana Press, 1986, pp. 225 y ss.

8 *Ibidem*, pp. 96 y 217.

9 Weinberger, *Rechtslogik*, Berlín, Duncker und Humblot, 1989, pp. 258 y 236; *id.*, *Norm und Institution*, Viena, Mansche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1988, p. 66.

tradiciones. Es por ello que afirma que la unidad del sistema normativo se expresa en el “postulado de consistencia”, el cual solamente es válido en relación con las normas de un mismo sistema. Para él, los sistemas normativos conforman una unidad mental, y en consecuencia, pueden ser entendidos como una unidad racional. El problema de la inconsistencia radica en que un sistema jurídico contradictorio es lógicamente deficiente, y en consecuencia no es satisfactorio, es decir, sus normas no pueden ser cumplidas. Sin embargo, las contradicciones no hacen al sistema formalmente inconsistente, ya que frecuentemente dependen de las circunstancias. Pero no debe confundirse la consistencia con la unidad misma del sistema jurídico, ya que mientras la consistencia puede ser concebida como un atributo del sistema, aun cuando en realidad no se trate de una característica, sino más bien de una pretensión o principio regulativo, la unidad es un presupuesto operativo.

Finalmente, es necesario recordar que el derecho se organiza como un sistema cuyas normas se encuentran en un modo especial de conexión. La noción de sistema refleja la unidad de las normas cuyas relaciones dependen de diversos criterios de ordenación, por lo que el fundamento de esta unidad debe ser identificado. A pesar de que se han realizado diversos ensayos para fundamentar esta unidad, a continuación se mencionan solamente dos de las teorías más conocidas, la de Kelsen y la de Hart.

## 2. Las tesis de Kelsen y Hart

En la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*, Kelsen sostiene que: “*Diese Grundnorm ist es, die die Einheit einer Vielheit von Normen konstituiert, indem sie den Grund für die Geltung aller zu dieser Ordnung gehörigen Normen darstellt*”.<sup>10</sup> De tal forma que la norma fundamental (*die Grundnorm*) es para Kelsen el principio organizador de la unidad del orden jurídico. Para él, esta unidad procede del hecho que las normas cuya validez puede ser derivada de una misma norma funda-

<sup>10</sup> Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., Viena, Franz Deuticke, 1960, p. 197. Más adelante señala que: “*Ihre Einheit (der Rechtsordnung) ist durch den Zusammenhang hergestellt, der sich daraus ergibt, daß die Geltung einer Norm die gemäß einer anderen Norm erzeugt wurde, auf dieser anderen Norm beruht, deren Erzeugung wieder durch andere bestimmt wird; ein Regreß, der letztlich in der —vorausgesetzten— Grundnorm mündet*” (p. 228).

mental forman un sistema normativo. Así, la validez es determinada por la norma superior y esta regresi3n hasta la norma fundamental establece la relaci3n que determina la unidad del orden jur3dico.

Para Kelsen, la norma fundamental es tambi3n el presupuesto que fundamenta la validez del sistema jur3dico. Es una condici3n l3gico-trascendental que debe ser asumida como v3lida para poder establecer la validez de otras normas.<sup>11</sup> Sin embargo, en su 3ltima obra, la *Teor3a general de las normas*,<sup>12</sup> considera a la norma fundamental como una ficci3n; como tal, solamente describe algo como si as3 fuese, por lo que tambi3n presupone un acto ficticio de creaci3n, dado que todas las normas deben ser el significado de un acto de voluntad. Por lo tanto, la norma fundamental tiene para Kelsen en la 3ltima fase de su obra, una validez ficticia, ya que no representa una realidad; no es una norma de derecho positivo. Esta 3ltima distinci3n que hace Kelsen, debe hacer notorio que la norma fundamental no representa la realidad.

La norma fundamental es, por lo tanto, una norma que fundamenta la validez de todas las normas menos la propia. Se trata pues de una norma presupuesta, independientemente de que se considere como un presupuesto l3gico-trascendental o como una ficci3n. Su funci3n es constituir la unidad del orden jur3dico, y como Kelsen identifica la validez de las normas con su existencia, la norma fundamental funciona simult3neamente como criterio de validez e identidad del derecho,<sup>13</sup> pero no sirve para inferir de ella el contenido del sistema jur3dico.<sup>14</sup>

De tal forma que la norma fundamental constituye la raz3n suprema de validez y sustenta simult3neamente la unidad del sistema. Como se dec3a, para Kelsen la norma fundamental es la raz3n de la unidad por-

11 *Ibidem*, pp. 197, 294 y ss.

12 Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Manz Verlag, 1979, p. 59. En la primer edici3n de la *Teor3a pura del derecho* concibe a la norma fundamental como un presupuesto metodol3gico. Es una norma presupuesta, dado que no es expedida por autoridad alguna, despu3s la consider3 como una hip3tesis y finalmente como una ficci3n, que presupone tambi3n un acto de voluntad ficticio en la creaci3n de esta norma para sostener su validez. *Reine Rechtslehre* (primera edici3n de 1934), Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1985, p. 66, y *Allgemeine Theorie...*, *cit.*, en esta nota, p. 206.

13 Sobre el tema cons3ltese Dreier, "Bemerkungen zur Theorie der Grundnorm", *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*, Viena, Manz Verlag, 1982, t. 7, pp. 38-46.

14 Kelsen sostiene en *Die Reine Rechtslehre* (*cit.*, nota 12, p. 224) que: "aus der Grundnorm kann nur die Geltung, nicht der Inhalt der Rechtsordnung abgeleitet werde".

que todas las normas pueden ser reconducidas mediante una regresión a ella. Sin embargo, la validez de una norma solamente puede reposar en la validez de otra, y la norma fundamental es finalmente un presupuesto metodológico o una ficción.

Así, un sistema solamente existe como tal cuando entre sus elementos se produce una relación en virtud de la cual constituyen una unidad. Pero la unidad del sistema jurídico no puede encontrarse en la norma fundamental de Kelsen, porque no es una norma de derecho positivo, sino una norma extrasistemática. No obstante, de esta manera quizá podría fundamentarse la legitimidad del sistema jurídico, aunque no se pueda justificar su validez.

Hart, por su parte, rechaza la teoría de la norma fundamental. Para él, la unidad del sistema jurídico procede de su “regla de reconocimiento” (*rule of recognition*),<sup>15</sup> la cual no solamente contiene el supremo criterio de validez sino que también determina la pertenencia de las normas.<sup>16</sup> Según Hart, la validez de la regla de reconocimiento es una mezcla de validez jurídica y social, dado que la existencia y el contenido de la regla de reconocimiento es más bien una cuestión de hecho.<sup>17</sup> Esta regla de reconocimiento se refiere a un sistema jurídico concreto, en un momento determinado en el tiempo de su existencia. No es una norma suprapositiva como la norma fundamental de Kelsen y tampoco es un criterio en sí misma, sino una regla que contiene criterios de validez y pertenencia, a pesar de que de ella no se pueda predicar validez jurídica.<sup>18</sup>

De modo que la regla de reconocimiento de Hart contiene los criterios de validez de un sistema jurídico concreto estructurado jerárquicamente, pero los presupuestos de la existencia de la regla de reconocimiento corresponden a los de una regla social, por lo que como tal debe considerarse como una prescripción sin carácter positivo. Para Hart, la validez tiene valor intrasistémico, pues se refiere a la adecuación de una

15 Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 92 y ss.

16 Michael Pawlik hace una amplia comparación de las teorías de Kelsen y Hart en *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H. L. A. Harts. Ein kritischer Vergleich*, Berlín, Duncker und Humblot, 1993, pp. 154 y ss.

17 Hart, *The Concept of Law*, cit., nota 15, p. 107.

18 Hart señala que: “...the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria, its existence is a matter of fact”. Para él, es una “...ultimate rule of recognition which provides a system of rules with its criteria of validity”; *ibidem*, p. 107.

regla, es decir, una norma, a los criterios de la regla de reconocimiento, y también a su pertenencia al sistema jurídico. Por otra parte, la regla de reconocimiento sirve a su vez para ordenar las fuentes del derecho y para determinar la forma en que éstas se relacionan.

Así, mientras que la norma fundamental de Kelsen es un postulado de la dogmática jurídica, la regla de reconocimiento no es una norma pensada, sino un hecho social complejo. Sin embargo, ambas posturas no son tan diversas, ya que ambos autores para fundamentar la unidad del sistema jurídico recurren a una norma (la norma fundamental y la regla de reconocimiento) cuya validez jurídica no pueden establecer. Estas normas, a pesar de tener características distintas, definen el sistema jurídico en la medida que identifican sus normas y al mismo tiempo las ordenan, estableciendo la forma en que éstas se relacionan. Finalmente, la unidad del sistema jurídico se fundamenta en su propia dinámica, sus procesos de creación son el hilo que vincula a las normas y determinan de esta manera las relaciones recíprocas de las normas.

Por ello es importante considerar que el fundamento de la unidad del sistema jurídico se encuentra en la Constitución, primera norma positiva del sistema que establece los órganos y procedimientos de creación normativa. Desde esta perspectiva dinámica resulta relevante para la consolidación de la unidad del sistema jurídico la previsión de “normas derogatorias”, ya que sirven para mantener su unidad porque lo hacen consistente al posibilitar liberarlo de las contradicciones. Ésta es una función primordial, principalmente porque las contradicciones vulneran la unidad del sistema, además, de esta forma pueden ser superados algunos tipos de conflictos normativos. Las normas derogatorias a que se hace referencia, son criterios expresos de solución de conflictos que se encuentran previstos en un sistema jurídico, en virtud de su carácter de derecho positivo es que son denominadas normas y no principios.

En cuanto a su funcionamiento, la Constitución misma debe ser concebida como unidad, en consecuencia, debe ser interpretada sistemáticamente y todas las normas jurídicas que de ella emanan de conformidad con ella. La Constitución solamente regula a grandes rasgos los principios básicos del sistema y deja su concretización a las demás normas del sistema jurídico.<sup>19</sup> Pero esto no se traduce en la necesidad de que todos

19 Así también lo considera Konrad Hesse, aun cuando para él la Constitución no constituye una unidad sistemática cerrada; “Concepto y cualidad de la Constitución”, en

los procesos de creación estén previstos en la Constitución. Al constituir el nivel superior del sistema jerárquico, los procesos de creación que establece proveen a la producción de todas las normas del sistema jurídico a través de la determinación de las fuentes primarias<sup>20</sup> del derecho. Esto significa que al menos en cierta medida, cada ley desarrolla la Constitución, y que el proceso legislativo se encuentra determinado por las prescripciones constitucionales. De ahí deriva el deber de coincidencia entre la legislación secundaria y la Constitución. En otras palabras, este principio constitucional de legislación conforme significa que el derecho ordinario no debe contravenir a la Constitución si se pretende preservar la unidad del sistema. De tal modo que las relaciones entre la Constitución y la ley están determinadas por las propias prescripciones del sistema jurídico, de ellas depende la forma en que estas normas son aplicadas y, hasta cierto punto también, la posibilidad de que se presente o no un conflicto normativo.

## II. SOBRE LAS PROPIEDADES FORMALES DEL SISTEMA JURÍDICO

Retomando lo previamente dicho, el sistema jurídico debe configurarse conforme a los postulados de unidad y coherencia, puesto que de otra manera no se puede hablar de conflictos entre normas. La coherencia, entendida como criterio de racionalidad, implica la justificación del sistema en su totalidad. Pero esta racionalidad no debe considerarse como certeza, ya que solamente significa el cumplimiento de una serie de condiciones, criterios y reglas, se podría decir que como mínimo constituye una expectativa de consistencia. Es una propiedad positiva del sistema que describe una relación congruente entre las normas. La consistencia en cambio, como propiedad negativa, indica la ausencia de contradicciones en un sistema. De tal modo que la consistencia podría ser considerada como una condición necesaria de la coherencia, como hacen Alexy y Peczenik, o bien como una forma de incoherencia. Pero la coherencia

*Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 18.

<sup>20</sup> Sobre el concepto de fuentes primarias y su función véase *infra* capítulo quinto, apartado IV, 3.

no se agota en la consistencia, pues al referirse a la incompatibilidad entre las normas abarca un objeto más amplio que la contradicción. La coherencia es una pretensión de los sistemas normativos razonables considerados como unidad, por ello es que un sistema jurídico coherente que pretende la eficacia de sus normas no debería contener contradicciones.

Alchourrón y Bulygin describen la consistencia de manera positiva como la satisfabilidad o posibilidad de cumplimiento de las normas que pertenecen a un sistema. Pero la satisfacción de las normas es posible solamente si no se contradicen. En su opinión, un sistema es *consistente* (*coherente*)<sup>21</sup> cuando cada caso está vinculado con una única solución. Es *inconsistente* si un caso está relacionado con dos o más soluciones y éstas además constituyen una ‘contradicción normativa’.<sup>22</sup> Para ellos la *consistencia* (*coherencia*) es un ideal racional, y por lo mismo un sistema *inconsistente* (*incoherente*) puede ser calificado como ‘irracional’.<sup>23</sup> Sin embargo, la coherencia entendida como una característica formal del sistema jurídico, nada dice sobre el contenido de las normas. El hecho de que se presenten conflictos normativos no significa que el sistema jurídico sea inconsistente, ya que en ocasiones las inconsistencias (contradicciones) dependen de las circunstancias. Por lo que a pesar de que en un sistema jurídico coexistan normas jurídicas inconsistentes, no debe por ello calificarse al sistema como incoherente.

Desde la perspectiva de MacCormick, la coherencia es característica de un conjunto de enunciados que afirman que el sistema jurídico en su totalidad tiene sentido, es decir, es razonable. Opina que un conjunto de

21 En *Normative Systems* estos autores utilizan el término *consistency*, pero en la versión en español, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, fue traducido como coherencia por razones de orden semántico, ya que consideraron que la inversión de los términos producía en nuestro idioma la equivalencia de los conceptos. Por ello, no siempre es claro si se refiere a coherencia o consistencia, o si de hecho realizan una distinción. En consecuencia, en los casos en que difiere en cuanto al uso del término, he transcrito primero el término utilizado por estos autores, seguido de la interpretación que hago sobre su significado en el presente contexto.

22 Para Alchourrón y Bulygin “... a normative system  $\infty$  is inconsistent, if  $\infty$  correlates (a case) with two or more solutions in such a way that the conjunction of those solutions is a deontic contradiction”; *Normative Systems*, Viena-Nueva York, Springer Verlag, 1971, pp. 62 y 63; *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975, pp. 41 y 101. Desde esta perspectiva resultan ser condiciones de la inconsistencia normativa que dos o más normas se refieran al mismo caso, y que éstas imputen soluciones lógicamente incompatibles.

23 Alchourrón y Bulygin, *Normative Systems*, cit., nota anterior, p. 102.

normas es coherente si todas las normas cumplen con un mismo principio general o derivan de él. Este principio solamente puede ayudar a resolver los conflictos normativos en la medida que facilite la interpretación de las normas en conflicto. Cuando un orden jurídico puede ser calificado como racional, esto se debe a su consistencia, ya que la consistencia (*normative consistency*) se refiere a un conjunto de normas que no se encuentran en conflicto. Para él, la coherencia de las normas es una cuestión de tener sentido, de ser congruentes, por estar relacionadas racionalmente como un conjunto, ya sea en función de la realización de valores comunes o para la satisfacción de uno o varios principios comunes.<sup>24</sup> En síntesis, para MacCormick la coherencia es una cuestión de racionalidad que expresa una propiedad ideal de un sistema jurídico.

Este principio o valor común parece ser el criterio que determina la coherencia del sistema jurídico. Para MacCormick, la coherencia significa racionalidad, o en otras palabras, la razonabilidad del sistema jurídico. Según él, la coherencia y la consistencia pueden ser dos cosas distintas, pero un orden jurídico en el que se manifiestan conflictos normativos no es razonable, ya que no puede ser eficaz, y esto no sería racional. En opinión de MacCormick, esto no significa que la inconsistencia del sistema excluya su coherencia como racionalidad, ya que un sistema en el cual se producen conflictos normativos puede ser coherente. La síntesis de su postura se manifiesta en su tesis de validez que sostiene que el derecho contiene reglas válidas que deben ser consistentes, lo cual para él significa como mínimo la regulación de los medios para resolver los conflictos y la coherencia del sistema, es decir, que esté organizado conforme a valores inteligibles y mutuamente compatibles.<sup>25</sup>

Por otra parte, según von Wright,<sup>26</sup> un conjunto de normas obligatorias (O) es consistente cuando la conjunción de sus contenidos es realizable, de otra manera es inconsistente. Esto es así porque las contradicciones normativas se producen entre contenidos normativos, es decir, conductas reguladas, y de ser el caso, las normas no pueden ser satisfechas. En *Norm and Action*, von Wright identifica la consistencia con la racionalidad.

24 MacCormick, *op. cit.*, nota 3, pp. 41, 42 y 53.

25 *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 107.

26 Von Wright sostiene que: "...eine Menge von O -Normen ist konsistent, wenn die Konjunktion ihrer Inhalte machbar ist, anderenfalls ist es inkonsistent"; "Sein und Sollen", *Normen, Werte und Handlungen*, Frankfurt, Suhrkamp, 1994, p. 66.

dad,<sup>27</sup> de tal forma que solamente si el legislador se conduce racionalmente pueden evitarse las contradicciones. En *Normas, verdad y lógica* von Wright señala que la consistencia de un sistema jurídico se define en términos de satisfabilidad, por lo que considera que la satisfacción de las normas es un criterio de racionalidad de todo *corpus normativo* (conjunto finito de normas).<sup>28</sup> En consecuencia, los conflictos normativos son indicativos de que las normas del orden jurídico no han sido expedidas o interpretadas de una manera completamente racional.

Suponer que el sistema jurídico forma una unidad implica la necesidad de su interpretación sistemática, la cual no se traduce en la ausencia de lagunas ni en la completitud del sistema, significa solamente una pretensión de coherencia. Esto debe conducir a una reducción de la posibilidad de que se produzcan las contradicciones entre normas, ya que la unidad supone la ausencia de contradicciones.<sup>29</sup> Por lo tanto, para que un orden jurídico pueda ser contemplado como unidad debe ser coherente, debe existir una relación sistemática entre sus normas, y para poder ser considerado coherente debería además ser consistente, es decir, libre de contradicciones, lo que debe entenderse como si fuese un requisito de la coherencia. Formar un todo coherente significa algo más que la ausencia de contradicciones, es además compartir los mismos conceptos e instituciones jurídicos y fundamentar una relación de inferencia entre ellos con relación a un conjunto de enunciados normativos.

En resumen se puede decir que la coherencia y la consistencia constituyen características importantes, pero distintas del sistema jurídico. La coherencia debe ser concebida como un atributo relativo a la racionalidad del sistema jurídico que se encuentra implícito en el concepto mismo de unidad, pero no constituye una condición de su validez, sino de la eficacia de sus normas. Por otra parte, un sistema jurídico racional

27 Para von Wright, la contradicción entre prescripciones refleja una inconsistencia, irracionalidad en su concepción, en la voluntad de la autoridad normativa, porque una misma voluntad (autoridad) no puede desear racionalmente “objetos incompatibles”; *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1979, p. 162.

28 Von Wright utiliza en esta obra el término coherencia, pero se puede inferir que se refiere a la consistencia del sistema jurídico, ya que la equipara a la no contradicción de las normas; *Normas, verdad y lógica*, México, Distribuciones Fontamara, 1997, pp. 38 y 107.

29 Para Engisch, un aspecto del principio de unidad es el mandato de eliminar las contradicciones del orden jurídico; *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1967, p. 197.

que pretende ser genéricamente eficaz debe ser, además de coherente, consistente, en virtud de lo cual debe prever mecanismos de solución de los conflictos normativos. La consistencia entendida como no contradicción entre las normas de un sistema jurídico implica la posibilidad de su satisfacción, lo cual denota su eficacia normativa.

Además de la coherencia y de la consistencia, la doctrina menciona otras propiedades formales del sistema, tales como la independencia y la completitud; esta última constituye más bien un ideal racional<sup>30</sup> y un presupuesto de interpretación que una propiedad real del sistema. Como tal, es la pretensión de que para cada caso exista una solución. Esta noción implica la existencia de algún tipo de regla de clausura, como por ejemplo, “lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido”. Pero en la realidad las lagunas se presentan a pesar de la previsión de diversos tipos de reglas de clausura específicas, y aunque representan un problema grave para el juez que debe dar una respuesta a un caso concreto, no constituyen un conflicto normativo.

Mientras que la falta de completitud, coherencia o consistencia producen problemas serios de funcionamiento del sistema, la independencia, en cambio, no impide la aplicación de las normas. La ausencia de la independencia de las normas produce la redundancia, entendida ésta como la repetición de los mismos supuestos de hecho con las mismas consecuencias jurídicas. Esta deficiencia, aunque evidencia sobreabundancia, no representa un problema grave, ya que al dar cumplimiento a una de las normas se satisface la otra también. Es un defecto que no impide la operatividad del sistema, puesto que no afecta su eficacia ni produce un conflicto normativo.

En principio, la redundancia implica la existencia de dos o más normas idénticas, pero el problema también puede ubicarse solamente en una de las partes de la norma, ya sea en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica. Por ello es que puede hablarse de una redundancia total o parcial: la primera indica la repetición de la misma norma; la segunda, en cambio, la posibilidad de satisfacer la misma norma de maneras distintas. En el caso de los supuestos de hecho, cabe la posibilidad de que la misma situación se regule con alguna variante en los elementos que configuran el supuesto, en cuyo caso el órgano aplicador deberá

<sup>30</sup> Véase Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología...*, *cit.*, nota 22, pp. 145 y ss.

determinar si se trata de un supuesto de aplicación estricta o no, para saber si se refiere exactamente a la misma conducta, o bien, si se encuentran previstas una o más normas en el mismo enunciado normativo. Existe un conflicto sólo en el caso de que uno de los supuestos pueda ser interpretado como constitutivo de una norma diferente. La otra posibilidad consiste en que existan dos supuestos idénticos cuyas consecuencias jurídicas sean compatibles; el problema radica en que estas últimas sean diferentes en cuanto al grado o intensidad de afectación que produce en los derechos u obligaciones, lo cual dificulta su determinación. Esto podría causar un problema de justicia al posibilitar que la consecuencia jurídica pudiera ser individualizada de manera distinta a casos iguales, pero no se trata de un conflicto normativo.

Finalmente, vale la pena señalar que si bien estas denominadas “propiedades formales” le corresponden al derecho en virtud de su carácter de sistema, operan en la realidad como presupuestos de interpretación y de aplicación de las normas jurídicas, más que como atributos del orden jurídico. Es por ello que deben ser consideradas más bien como pretensiones o principios regulativos del sistema jurídico que tienen por objeto hacerlo eficaz, que como características necesarias para poder calificar a un sistema normativo como jurídico. Una de las principales funciones de estos principios es posibilitar la reconstrucción lógica del sistema y de las normas para su aplicación.

### III. SISTEMAS JURÍDICOS DINÁMICOS

#### 1. *El proceso de creación normativa*

La estructura del sistema jurídico puede ser concebida estática o dinámicamente.<sup>31</sup> Los órdenes jurídicos entendidos como sistemas estáticos se componen de una clase de normas de las cuales mediante operaciones lógicas o metodológicas se puede obtener la solución de cualquier caso. Se trata, sobre todo, de una forma de desarrollo material del sistema. Un

<sup>31</sup> Kelsen distingue los sistemas jurídicos estáticos de los dinámicos: un sistema estático se caracteriza por el hecho de que el contenido de todas sus normas se deduce del contenido de la primera norma, los dinámicos en cambio se desarrollan conforme a lo previsto en las normas de un nivel superior; *Reine Rechtslehre*, cit., nota 10, pp. 198 y 199.

sistema jurídico conceptualizado como dinámico regula sus formas de cambio. La dinámica significa la automoción del sistema jurídico, la creación, modificación y derogación de sus normas. Es por ello que la teoría de la estructura escalonada del sistema jurídico representa un modelo de sistema dinámico avanzado. Son fundamentos de esta teoría, la unidad del sistema jurídico, el cual debe ser interpretado como coherente y consistente, y los procesos de creación regulados mediante prescripciones relativas al procedimiento y competencia correspondientes. La dinámica implica también que el sistema jurídico se puede encontrar en constante modificación sin alterar su naturaleza, ya que prevé procedimientos jurídicos para crear nuevas normas, para eliminarlas o modificarlas. De tal forma que la dinámica es condición de un sistema jurídico eficaz y duradero, ya que permite que sus normas reflejen la realidad que regulan, aun cuando también puede producir incertidumbre en cuanto al conjunto de normas vigentes.

En síntesis, dinámica significa cambio, creación y eliminación, acatamiento e infracción, modificación de las normas; de ahí la especial relevancia de la existencia de dos tipos de normas: las que regulan procedimientos y las que atribuyen competencias. En un sistema dinámico la unidad se sustenta en la estructura jerárquica de las normas facultativas o competenciales, en virtud de las relaciones entre las normas que las cadenas de creación normativa proveen. La dinámica es una forma de desarrollo procedimental del sistema basada principalmente en las reglas previstas en la primera norma positiva. De modo que si regular su propia creación es una cualidad del derecho, entonces se puede partir del supuesto que la Constitución (como la primera norma de un sistema jurídico determinado) es la norma suprema que establece y regula los procesos de creación normativa. De una definición tal de Constitución se deriva que el sistema jurídico se estructura de manera escalonada, por lo cual las normas pueden ser ordenadas jerárquicamente.

Los modos de ordenación se conforman principalmente de determinaciones en relación con las competencias de los órganos creadores, de los procedimientos de elaboración y las materias reguladas. Las relaciones entre las normas de un orden jurídico determinado dependen de su posición en el sistema escalonado,<sup>32</sup> así como de las reglas competenciales.

<sup>32</sup> La fuerza y eficacia derogatoria depende del rango de la norma en un sistema estructurado jerárquicamente, así como de prescripciones expresas de la Constitución. En

De tal forma que los procesos de creación normativa determinan la estructura del sistema jurídico y la ordenación de sus normas conforme al principio de jerarquía, siguiendo a Kelsen, y complementado por el criterio de distribución de materias, como bien señala De Otto.<sup>33</sup> De estos criterios se derivan algunas reglas sobre la validez de las normas que rigen el procedimiento de creación, de las cuales también depende la derogación de las normas del sistema jurídico. Desde la perspectiva formal se establece que la validez de la norma depende del seguimiento de los procesos de creación normativa previstos en la norma superior y de la competencia del órgano que la emite. La perspectiva material establece como requisito la adecuación del contenido de la norma inferior al de la norma superior a la que se encuentra jerárquicamente subordinada y así sucesivamente, pero ante todo deben ser conformes a la norma suprema.

En el capítulo primero se mencionó que en la Constitución se encuentran criterios formales para la identificación de las normas que sirven para determinar la pertenencia de una norma al sistema jurídico. El reconocimiento puede ser expreso, en la medida en que una norma las identifique y ordene jerárquicamente. O bien, si la Constitución regula los órganos y las competencias correspondientes a los procesos de creación normativa, se sigue que todas las normas producidas de esta manera deben ser consideradas como partes de ese sistema jurídico. Por lo que una norma será válida y aplicable en tanto no recaiga una decisión del órgano competente que declare lo contrario. Después de dicha declaración la norma ya no podrá ser aplicada, y cuando los efectos sean generales, la norma además deja de formar parte del orden jurídico vigente, por lo que es sustituido por otro como consecuencia de dicha declaración. Pero si la norma es declarada válida entonces es obligatoria y debe ser aplicada. Su validez ya no puede ser de nuevo cuestionada, de modo que podría considerarse como una validez definitiva,<sup>34</sup> puesto que obliga a su aplicación.

ese sentido véase Merkl, Adolf, "Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues", *Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Schriften von H. Kelsen, A. Merkl, A. Verdross*, Viena, Europa Verlag, 1968, pp. 1340 y ss.; De Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 89.

<sup>33</sup> Véase De Otto, *op. cit.*, nota anterior, pp. 88-91.

<sup>34</sup> Sobre la validez definitiva véase *infra* apartado IV, 3.

En el caso de los conflictos normativos, la jerarquía en su aspecto formal no solamente permite asignar rangos distintos a las normas según la forma que la norma adopte independientemente de su contenido, sino que también posibilita que se produzca un efecto “derogatorio” de la norma inferior en caso de contradicción con la superior.<sup>35</sup> Se denomina fuerza activa a la eficacia derogatoria de la norma con capacidad de subsistir en un caso de enfrentamiento a la otra norma y por ello, ser declarada como aplicable. La fuerza pasiva reside en la resistencia de una norma frente a otra en caso de conflicto que le posibilita mantener su plena aplicabilidad.<sup>36</sup> Las normas de mismo rango, dependiendo de si se trata de principios o reglas, tienen normalmente la misma fuerza activa, pero su fuerza pasiva es relativa, de modo que en caso de conflicto pueden ser derogadas. La ordenación jerárquica del sistema hace posible la derogación tácita como consecuencia de la contradicción entre los contenidos de la norma superior y la norma inferior, así como entre los contenidos de normas del mismo rango cuando existen reservas competenciales.

De tal forma que aun tomando en cuenta que un orden jurídico positivo representa un sistema de normas estructurado jerárquicamente, entre las cuales se establecen relaciones de validez, resulta imprescindible considerar a las normas de competencia. Éstas establecen los modos relacionales de las normas, dado que la validez de las normas inferiores no se infiere lógicamente de las superiores, sino formalmente, conforme a las reglas del derecho positivo. En todo caso, la validez de la norma individualizada depende siempre de la norma general. La validez es un atributo de las normas jurídicas que se encuentra estrechamente vinculado a la dinámica del sistema jurídico, en virtud del cual se determina su obligatoriedad y aplicabilidad. Pero a pesar de la existencia de las reglas de validez mencionadas, es necesario recordar que estos criterios de validez se configuran más bien como un presupuesto de interpretación que permite la solución de los conflictos normativos y establece la aplicabi-

35 El término derogación es utilizado en sentido figurado, puesto que solamente indica una relación de prevalencia. La derogación, entendida como eliminación o privación de la validez de una norma, debe realizarse de manera expresa mediante una norma individualizada, no es una consecuencia lógica ni normativa que derive de manera automática de un conflicto entre normas.

36 De Otto, *op. cit.*, nota 32, pp. 88-91.

lidad de las normas, que como reglas que operen de manera mecánica e independiente del criterio del órgano aplicador.

La distribución de materias es un criterio de distribución competencial, que en el caso de los conflictos normativos sirve para equilibrar la solución, ya que complementa y corrige el criterio de jerarquía formal. La principal diferencia radica en que el primero prevé la relación entre las normas conforme a su contenido, lo que debe ayudar a resolver conflictos entre normas de igual rango, pero que tienen materias reservadas. El criterio jerárquico distingue las normas procedimentalmente, pero sólo indica su prevalencia según su rango, es por ello que en cierto tipo de conflictos se requiere más de un criterio para su solución, sobre todo porque no en todos los casos de conflicto la prevalencia es reconocida a la norma superior.

En el proceso de solución de conflictos normativos surge también otro tipo de problemas cuando la Constitución no contiene normas derogatorias específicas ni reglas de prelación que fijen el rango y ordenación de las fuentes. En estos casos, el órgano competente debe comenzar por revisar las normas que regulan la creación normativa para determinar cuál de las normas es válida y cuál no. Sin embargo, esto solamente proporcionaría una respuesta en cuanto a la validez de las normas, pero no necesariamente resolvería el problema de la aplicabilidad de las normas en un caso de conflicto. La respuesta definitiva en cuanto a la prevalencia de las normas la tendría que proporcionar el juez, quien en ciertos casos podría incluso recurrir a la doctrina.

## *2. La derogación*

Tradicionalmente se ha considerado que la forma en que un conflicto normativo es resuelto, es mediante la eliminación de una de las normas en situación de enfrentamiento, privándola de su validez. Pero como es sabido, es presupuesto de un conflicto normativo que ambas normas sean válidas, puesto que de otra forma no existiría conflicto alguno. Por otra parte, ninguna de las normas en conflicto puede privar de validez a la otra, la pérdida de la validez solamente ocurre en virtud de una norma derogatoria expresa. Solamente las normas con efectos derogatorios, como las decisiones judiciales por ejemplo, pueden limitar o suspender la validez de una norma, y esto es así tanto en el caso de la derogación formal como material.

La validez tampoco puede ser afectada por la falta de eficacia de la norma (*desuetudo*), sino solamente por la derogación, la cual debe ser determinada por los órganos competentes. Una norma derogatoria tiene por objeto terminar con la validez de otra norma; en dicho acto pierde la norma derogada tanto su fuerza normativa como su vigencia, aun cuando en principio no deja de pertenecer al sistema jurídico. La *desuetudo* solamente tiene fuerza derogatoria cuando así lo prevé el orden jurídico, ya que de otra forma se pondría en peligro la seguridad jurídica. Esto se debe a que la validez de las normas no se encuentra delimitada temporalmente, y la derogación es la forma jurídica de privar a una norma de su validez.

La derogación es una función de las normas que está relacionada en primera instancia con la limitación de la aplicación de otras normas, de tal forma que como consecuencia de la supresión de la validez de la norma, su primer efecto es privarla de su vigencia y, por ende, de su aplicabilidad. Si derogar significa suprimir la validez de una norma por determinación de otra norma, entonces parecería que estas normas no prescriben conductas, sino que podrían ser consideradas como normas que regulan otras normas, por eso han sido clasificadas como '*second-order-rules*'.<sup>37</sup> Para algunos juristas, éstas no son normas en sentido estricto, ya que no prescriben ningún comportamiento ni establecen una sanción. Su función consiste en privar de validez a otra norma. En opinión de Kelsen<sup>38</sup> no son normas jurídicas independientes, pues además de que no prevén una sanción (en sentido coactivo), solamente existen en relación con la norma cuya validez es extinguida. Las normas derogatorias establecen un mandato de no aplicación de una disposición jurídica, en virtud de la supresión de su validez, y su objeto es poner fin a la vigencia de otras normas e impedir su aplicación.

Las normas derogatorias constituyen una clase especial de normas cuya función específica es la derogación, no obstante, su carácter es prescriptivo, en virtud de lo cual son obligatorias para la autoridad. Desde esta perspectiva se pueden considerar como normas secundarias de conformidad con la terminología de Hart. Su contenido regula las con-

<sup>37</sup> Según von Wright son normas de segundo orden aquellas cuyo contenido es un acto normativo que consiste en emitir o cancelar una norma de primer orden, es decir, las que no prescriben actos normativos, sino solamente regulan conductas; *Norm and Action*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1963, p. 191.

<sup>38</sup> Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., nota 10, pp. 55, 244 y 262.

ductas de los órganos que deben aplicar o dejar de aplicar una norma específica. Por ello, aun cuando estas normas se refieren a la validez de otras normas,<sup>39</sup> también pueden ser consideradas como reglas de conducta en sentido estricto, puesto que establecen una acción u omisión en relación con una norma determinada como debida, prohibida o permitida a la autoridad competente que debe aplicar la que es derogada.<sup>40</sup>

Kelsen<sup>41</sup> considera que la derogación deriva siempre de un acto expreso, ya que no constituye un principio lógico, sino la función de una norma positiva que afecta la validez de otra norma, de tal forma que para él, las normas derogatorias son normas de derecho positivo.<sup>42</sup> Así, en caso de un conflicto entre dos normas, la derogación resulta de una tercera norma que puede ser individual o general, y que establece cuál de las normas debe perder su validez. En su opinión, la invalidez de una norma no es una consecuencia necesaria que opere *ipso iure* como resultado de un conflicto. Por otra parte, Kelsen también señala que la norma derogada a causa del conflicto no es necesariamente eliminada del sistema jurídico, sino que es consecuencia de la resolución de no aplicación de una de las normas.

El contenido de las normas derogatorias, la conducta regulada, se refiere a la aplicación de las normas, a cuáles deben considerarse como obligatorias y cuáles no en un caso de conflicto. Kelsen<sup>43</sup> no es de la misma opinión, pues considera a la derogación como una función específica de la norma, por lo que para él, a diferencia de otras normas, la derogación no se refiere a una cierta conducta, sino a la validez de otra norma, por ello no constituye un deber ser, sino un no-deber ser (*non-ought*). Con “no-deber ser” Kelsen a lo que se refiere es más bien a que la norma derogada pierde su obligatoriedad, no a que existan formas de

39 En relación con el tema de las normas que regulan normas, o sobre la consideración de este tipo de normas como “normas sobre la producción jurídica”, véase Díez-Picazo, *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 119 y ss.; Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, Bologna, Zanichelli, 1977, pp. 7 y ss.; o sobre las normas secundarias de Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, pp. 99 y ss.

40 De manera más extensa se aborda el tema en “Artículos transitorios y derogación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 102, 2001, pp. 811-840.

41 Kelsen, “Derogation”, *Die Wiener Rechtsstheoretische Schule*, Viena, Europa Verlag, 1968, pp. 1429-1443.

42 Kelsen, *Allgemeine Theorie...*, *cit.*, nota 12, p. 103.

43 Kelsen, Hans, “Derogation”, *cit.*, nota 41, p. 1429.

“no-deber ser”. Aquí se difiere de su opinión, ya que considero que la norma derogatoria prevé un deber ser, que es la prohibición de la aplicación de la norma derogada, o en otras palabras, la obligación de no aplicarla. Solamente en este último sentido se puede considerar como una forma de no-deber ser el caso en que una norma no debe ser aplicada. Al respecto, Alchourrón y Bulygin señalan que al derogar una norma del sistema jurídico, “la autoridad manifiesta su voluntad de que la norma *no sea*, es decir, que no esté exigido lo que la norma exige, o no esté permitido lo que la norma permite”,<sup>44</sup> de lo que se trata es de que pierda su obligatoriedad. Finalmente, la función derogatoria se encuentra en el contenido de la norma, y a pesar de caracterizarse como una función, es algo que acontece según el enunciado que la prevé, y en consecuencia se tipifica más como un contenido que como el carácter de la norma. La derogación no es en sí una forma de deber ser, y tampoco se puede decir que el carácter de las normas derogatorias sea autónomo o especial, pues no se trata de una forma de deber ser simple como es la obligación, la prohibición o la permisión, sino compleja, integrada por diversos operadores.

En cuanto a sus efectos, la derogación puede traducirse en la privación total o parcial de la validez de una norma jurídica; en el caso de la parcial, ésta se referiría más bien a su aplicabilidad al caso específico. Normalmente es admitido que existen dos procesos de derogación, el formal y el material. En el primero la norma es expresamente eliminada del orden jurídico mediante una norma positiva creada para ello. Este tipo de derogación puede ocurrir como efecto del conflicto entre dos normas o, bien, simplemente para eliminar del orden jurídico las normas que han dejado de cumplir con su fin. La derogación material es una forma de limitación o pérdida de la validez de las normas que se produce en virtud de su contradicción con el contenido de otra norma, como por ejemplo si se trata de una nueva norma, en virtud de la aplicación de la regla temporal *lex posterior derogat legi priori*. En estos casos la función de la derogación material es eliminar la eficacia de las normas expedidas con anterioridad en caso de conflicto con una norma más reciente. Así, la nueva norma deroga la anterior, pero no la destruye, sola-

<sup>44</sup> Alchourrón y Bulygin, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, México, Distribuciones Fontamara, 1997, p. 80.

mente la hace inaplicable para el caso en virtud de la incompatibilidad de sus contenidos.

La derogación material o tácita resulta normalmente de la incompatibilidad de los contenidos de dos normas. Esta forma de derogación es consecuencia de la identidad por materia de las normas, de manera que se produce una relación directa entre ambas disposiciones por la sustitución de la norma derogada por otra norma. La norma que suprime a la otra es considerada derogatoria, pero el análisis minucioso de sus contenidos es necesario para determinar si la derogación es total o parcial. La derogación material se puede producir cuando existe una incompatibilidad entre la norma nueva y otras preexistentes. Se trata de una situación en que dos o más normas válidas regulan la misma materia de manera distinta de tal forma que ambas no pueden ser satisfechas.<sup>45</sup>

Los llamados principios derogatorios como el de especialidad, *lex specialis derogat legi generali*; el de jerarquía, *lex superior derogat legi inferiori*, etcétera, pueden ser considerados como criterios de solución de conflictos. Pero no son principios lógicos, sino normas jurídicas positivas, las cuales son utilizadas para decidir sobre la aplicación de una norma. Si se encuentran positivados, generalmente en la jurisprudencia, son derecho y podrían ser denominados normas derogatorias. En dicho caso también deben preverse en el sistema jurídico reglas sobre su aplicación que determinen la prelación entre ellas. Cuando no están previstos expresamente en el orden jurídico tienen carácter de principios generales del derecho y su aplicación depende de la fuerza que el sistema jurídico les atribuya como fuentes del derecho.

Así, una norma pierde su validez en virtud de la función de la norma derogatoria que emite un órgano competente. Pero la derogación solamente es posible si la norma derogatoria es válida a su vez. Este tipo de normas cumple una función adicional que es servir para resolver los conflictos normativos.<sup>46</sup> Cuando en un sistema jurídico no se prevén ex-

45 La incompatibilidad de los contenidos de dos normas jurídicas respecto a un mismo supuesto de hecho es denominada contradicción, o bien, antinomia. Aun cuando la literatura es amplia, sobre las antinomias y la incoherencia véase, por ejemplo, Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología...*, cit., nota 22, pp. 101 y 102; Bobbio, N., *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1998, pp. 199-219; Weinberger, *Rechtslogik*, cit., nota 9, pp. 65 y ss. Véase el capítulo segundo de la presente obra.

46 El artículo 31-GG es una regla derogatoria expresa prevista en la Constitución Federal alemana, que prevé la prelación del derecho federal frente al local en caso de conflicto. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es posible encontrar

presamente normas derogatorias, se podría pensar que los conflictos normativos permanecen sin solución, porque la validez de una norma (entendida como aplicación) no podría ser cuestionada. Sin embargo, como se afirmaba anteriormente, existen diferentes tipos de conflictos normativos y no todos son resueltos con la derogación de una de las normas. Algunos conflictos pueden también ser resueltos a través de la interpretación produciendo una conciliación de los contenidos, o en el caso de colisión de principios mediante su ponderación, de tal forma que la subsistencia de ambas normas en un orden jurídico es posible.

La utilización de los criterios derogatorios (temporal, jerárquico y de especialidad) depende de un juicio sobre su utilidad u oportunidad para lograr un fin determinado, como puede ser resolver un conflicto normativo, depurar el orden jurídico o adecuar la regulación vigente a nuevas circunstancias. Pero la derogación o la no aplicación de las normas son solamente dos de las respuestas posibles a un conflicto normativo. También cabe la posibilidad de la anulación de las normas, la cual depende de un procedimiento jurídico en el que se evalúa la validez de la norma,<sup>47</sup> y la nulidad<sup>48</sup> es la consecuencia de la comprobación de la falta de ésta.

en el artículo 133 una regla de conflicto que confiere la prelación a la Constitución federal frente a las disposiciones locales en caso de que éstas la contradigan. García Máynez era de la opinión que éste era el sentido del segundo párrafo del artículo 133; *Introducción a la lógica jurídica*, México, Editorial Colofón, 1997, p. 72. Sin embargo, en virtud de la jurisprudencia, los jueces locales han sido privados de la facultad para resolver conflictos entre derecho local y la Constitución; los principales argumentos son la existencia del juicio de amparo y el hecho que la Suprema Corte es el único órgano facultado para realizar la interpretación directa de la Constitución. A pesar de ello, existen tesis que defienden esta disposición como regla de prevalencia que opera en favor de la Constitución, véase, por ejemplo, “Procedimiento penal. Su reposición. Caso de aplicación del principio de supremacía constitucional”, *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, tribunales colegiados de circuito, enero de 1991, t. VI, p. 363.

<sup>47</sup> El artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé un mecanismo de control abstracto de la constitucionalidad de las normas denominado acción de inconstitucionalidad. Ésta es una forma de control previo, ya que no requiere que la norma haya entrado en vigor, pues se verifica a partir de la promulgación de la norma y permite declarar la invalidez con efectos generales cuando la resolución es adoptada por una mayoría de ocho votos.

<sup>48</sup> Conforme a derecho alemán una ley inconstitucional es nula *ipso iure*, en consecuencia se considera que desde el momento en que la ley contraviene la Constitución es nula y por lo tanto, inválida, véase Christoph Moench, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1978, pp. 11 y ss. Sin

La aplicación de los criterios derogatorios mencionados supone un sistema organizado jerárquicamente. Entre las normas de un orden jurídico escalonado son posibles distintos tipos de relaciones en virtud de su ordenación jerárquica de conformidad con su forma o contenido, ya sea de manera vertical u horizontal respectivamente. En la ordenación vertical se da una relación de ‘participación’ entre las normas, por lo que la norma inferior se debe adecuar a la superior, ya que ésta prevé su proceso de creación. La ordenación horizontal, en cambio, establece una relación material de separación al determinar materias específicamente atribuidas a distintos tipos de fuentes (distribución de materias). De tal forma que la jerarquía de una norma está determinada por diversos criterios del orden jurídico, de su posición depende su rango y fuerza derogatorias, es decir, tanto su fuerza activa como la pasiva, en el sentido de aplicabilidad y capacidad de resistencia en un conflicto. Dado que la fuerza y eficacia derogatorias de una norma dependen de su posición en un sistema estructurado jerárquicamente, resulta necesario poder determinar dicha posición,<sup>49</sup> especialmente en el caso de los conflictos normativos.

Así, el sistema normativo es concebido como vinculación creadora, de tal forma que en el sistema jerárquico se encuentra en el nivel superior la Constitución, y en el último las normas individualizadas. La norma superior establece las condiciones conforme a las cuales la norma inferior debe ser elaborada. En consecuencia, la Constitución es la norma que determina qué normas pertenecen al sistema jurídico y cómo se adicionan o eliminan de él. El rango puede establecerse de conformidad con el grado de generalidad de la norma (Kelsen y Merkl), según su

embargo, señala Jörn Ipsen que en ocasiones el Tribunal Constitucional alemán realiza una ponderación sobre la declaración de nulidad, por lo que en los casos en que el daño o riesgo de anular la norma es mayor que mantener temporalmente su vigencia, se declara solamente la inconstitucionalidad con efectos relativos. De hecho es cada vez más común que la resolución del Tribunal Constitucional prevea la declaración de inconstitucionalidad en lugar de la de nulidad; *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1980, p. 116. En el sistema español, por ejemplo, la declaración de inconstitucionalidad produce la nulidad de la norma, pero con efectos *ex nunc*; cfr. Díez-Picazo, Luis María, *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 260-268.

49 Sobre la ordenación vertical y horizontal de las normas, véase Merkl, “Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues”, *cit.*, nota 32, pp. 1335 y ss., *passim*, y De Otto, *op. cit.*, nota 32, pp. 88-93.

fuerza derogatoria<sup>50</sup> (Hart), o dependiendo de su operatividad y prelación en un sistema de principios (Alexy).

#### IV. LA VALIDEZ DE LAS NORMAS

##### 1. *Validez como criterio de obligatoriedad*

Como se mencionaba en el capítulo primero, el concepto de validez es vago y ambiguo, por ello no solamente debe ser precisado, sino que también es necesario distinguir entre diversos conceptos de validez. Primeramente es posible afirmar, siguiendo a Alexy,<sup>51</sup> que existen tres conceptos de validez relacionados con el derecho, por una parte está el concepto sociológico de validez que considera el cumplimiento de la norma o, en caso contrario, la sanción de la conducta. Este tipo de validez es por lo mismo graduable, puesto que depende de la obediencia de la norma, así como de la ejecución de la sanción. El concepto ético de validez en cambio, enuncia la vigencia moral de un precepto en virtud de su justificación moral. Finalmente, el concepto jurídico en su concepción positivista sostiene la validez jurídica de una norma cuando es emitida por el órgano competente de conformidad con el procedimiento establecido y no contraviene una norma de rango superior, es decir, cuando es creada conforme al sistema jurídico. Esta forma de validez no es graduable, una norma es o no es válida jurídicamente, y que una regla sea válida y aplicable implica, según Alexy, que su consecuencia jurídica también es válida.<sup>52</sup> Rupert Schreiber contempla a su vez tres tipos genéricos de validez jurídica: la validez fáctica que implica un cierto grado de eficacia, la validez ideal que es considerada por la autoridad como la solución general a un conflicto de intereses, y la validez que deriva de la conformidad de un precepto a las prescripciones constitucionales.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> Hart, *The Concept of Law*, cit., nota 15, p. 103.

<sup>51</sup> Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 87 y ss.

<sup>52</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 88.

<sup>53</sup> *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlín-Heidelberg-Nueva York, Springer Verlag, 1966, pp. 59-66.

A continuación se distinguen los conceptos normativos de validez de las normas de los no-normativos, en virtud de que como bien señala Sieckmann,<sup>54</sup> el problema de los conceptos no-normativos es que los criterios de validez empleados ni son lógicamente válidos ni se sustentan en premisas no-normativas. Además de que siempre queda la duda sobre la obligatoriedad y fuerza vinculante de la norma respecto de la cual se determina la validez en función de esos criterios. La validez de una norma en sentido normativo se caracteriza porque su aceptación, aplicación y acatamiento son obligatorios. De tal forma que la normatividad del derecho significa, para él, que cuando una norma es válida, los jueces se encuentran obligados a aplicarla.

Para el análisis de los conflictos normativos se requiere de un concepto normativo de validez, de manera que en el presente estudio el término será utilizado en el sentido de validez jurídica. Así, la validez de las normas jurídicas se revisa desde la perspectiva positiva en función de un sistema jurídico y su relación con la Constitución. Este tipo de validez debe desvincularse de la legitimidad de una norma fundada en su validez social o moral, ya que estos aspectos de la validez de una norma solamente pueden ser tomados en cuenta por el juez de manera excepcional en el proceso de justificación de su decisión. Los conceptos de validez entendidos como pertenencia de una norma al sistema jurídico, y de la validez como existencia de la norma, es decir, su aplicabilidad, son frecuentemente confundidos. En el caso de Kelsen<sup>55</sup> por ejemplo, esto se debe en parte a que considera a la norma fundamental como criterio de validez y de reconocimiento de las normas a la vez.<sup>56</sup> Pero se puede considerar también como resultado de concebir la legalidad de la norma como procedente de un determinado órgano y procedimiento que opera simultáneamente como fundamento de su validez y legitimidad.

54 Sieckmann, "Zur Analyse von Normkonflikten und Normabwägungen", en Meggle, G. (ed.), *Analyomen 2, Proceedings of the 2nd. Conference "Perspectives in Analytical Philosophy"*, Berlín-Nueva York, 1997, vol. III, p. 353.

55 Para Kelsen, la norma fundamental es el criterio de reconocimiento de las normas del derecho positivo y dado que para él existe una coincidencia entre existencia y validez, la norma fundamental no solamente contiene el criterio de reconocimiento, sino también el de validez; *Reine Rechtslehre, cit.*, nota 10, pp. 9 y ss., 200 y ss.

56 Dreier (*op. cit.*, nota 13, pp. 40 y ss) señala que Kelsen supera el problema de la colisión entre la validez jurídica y la social al considerar la eficacia social como un requisito de la validez jurídica.

Así, el concepto de validez de las normas jurídicas está relacionado con el principio de legalidad, con desarrollo conforme, por lo que no puede ser entendido simplemente como pertenencia, sino como obligatoriedad de la norma mientras ésta no sea derogada o declarada inválida. Esto se debe a que si bien todas las normas válidas en el sentido jurídico positivo pertenecen al sistema, no todas las normas que pertenecen al sistema jurídico son válidas. De modo que el concepto de validez como obligatoriedad de las normas no puede ser asimilado al sentido de validez como pertenencia de la norma al sistema jurídico. La pertenencia constituye una clase más amplia que incluye tanto a las normas válidas como a las inválidas, ya que existe una presunción de validez en favor de las normas en tanto ésta no es suprimida. Este concepto incluye además a las normas derogadas que gozan de ultraactividad, por lo que como se ve, es más amplio que el de validez. Por otra parte, el concepto de existencia es aún más amplio que el de pertenencia, pues se refiere a las normas o actos normativos respecto de los cuales se pueden realizar actos jurídicos. La existencia implica como mínimo la verificación de un procedimiento de creación regulado, aun cuando no se haya verificado sin errores o completado totalmente, pero también son indicios de la existencia de las normas, su vigencia, un mínimo de eficacia, así como la apariencia de validez de las normas.

De tal forma que retomando los diversos significados del término validez, se puede decir que tanto el proceso de creación como la eficacia (como obligatoriedad) de la norma son condiciones de su validez, pero no la validez misma. Sin embargo, la eficacia solamente implica que la norma es efectivamente obedecida o aplicada, pero no significa que una norma eficaz sea válida. Como Ross<sup>57</sup> señala, la validez indica que un acto jurídico puede producir las consecuencias jurídicas que prevé. La validez es una propiedad jurídico-positiva que depende de criterios jurídicos, no de su eficacia, y que hace obligatoria a la norma. No obstante, las normas que carecen de validez pueden ser obligatorias, aunque solamente sea una validez *prima facie* o condicionada, que depende de que no sean derogadas.

Finalmente, se puede decir que una norma es válida en tanto es obligatoria su aplicación; afirmar esto supone aceptar que las normas derogadas que actúan ultraactivamente son, por disposición legal, válidas

57 Ross, Alf, *Directives and Norms*, cit., nota 6, p. 104.

para ciertos casos. Mientras la validez de una norma no sea cuestionada y se establezca formalmente lo contrario, la norma sigue siendo obligatoria. La validez es determinada por el sistema jurídico, por lo que no puede ser inferida lógicamente, de manera que la invalidez de una norma tampoco se sigue lógicamente de la validez de otra norma en el caso de una contradicción normativa. La validez de una norma solamente puede depender de otra norma, de las reglas de creación y competencia previstas, el fundamento de su validez es la validez de la otra norma. De tal forma que la validez de las normas no tiene un fundamento objetivo como la verdad, sino que es sistémicamente dependiente.

En conclusión, la validez es un criterio de la conformidad jurídica de la norma que se encuentra determinado por el sistema jurídico, en el cual también se prevé algún tipo de regla que establece cuáles normas pertenecen al sistema. Esta “norma de identificación o reconocimiento” —una norma compleja que se integra por la determinación de los procedimientos de creación normativa y de control de la validez de las normas— es la que contiene los criterios de pertenencia, así como los de validez de las normas. La validez se refiere a la aplicabilidad de la norma, establece qué normas son obligatorias, lo cual no puede ser equiparado a la existencia de las normas, ya que como se ha dicho pueden existir normas que no sean válidas e incluso que no hayan entrado en vigor. La existencia en sentido normativo significa únicamente que se pueden realizar actos jurídicos respecto de una norma.

## 2. Validez como pertenencia

En este apartado es necesario considerar la diferencia entre los conceptos de validez y pertenencia. Conforme al criterio jurídico de corte positivista, una norma es válida y aplicable cuando es creada conforme a ciertos parámetros de validez de un orden jurídico determinado, de tal manera que al cumplirlos forma parte del sistema, y en consecuencia, la norma es aplicable. Pero la pertenencia de la norma no depende de su validez o su eficacia, sino simplemente de la satisfacción de ciertas condiciones mínimas de creación, como se señalaba en el capítulo primero. Por lo tanto, las normas imperfectas y las que no son válidas pueden pertenecer al orden jurídico siempre y cuando se puedan realizar actos normativos en relación con ellas o sean *prima facie* aplicables, si su procedimiento de creación se ha completado, son vigentes y no han sido

invalidadas por decisión de los órganos competentes. Así, las normas que se integran a un determinado orden jurídico deben ser contempladas como obligatoriamente aplicables, dado que la norma en cuestión es válida o, al menos, aparentemente válida, y pertenece al orden jurídico mientras no sea declarada inválida. Cada norma asume desde la fecha en que entra en vigor una pretensión de validez.

Si la validez sirviera simultáneamente como criterio de pertenencia y de existencia de los elementos de un sistema jurídico, entonces las normas viciadas no formarían parte de él ni podrían producir consecuencias jurídicas. Pero la existencia no depende de la validez de la norma, ésta existe cuando es reconocida como elemento del sistema, pero es válida cuando satisface los criterios necesarios establecidos por el sistema jurídico. La existencia se puede asimilar más fácilmente a la pertenencia, ya que ni la existencia ni la pertenencia de una norma dependen de su validez, son aspectos diferentes, y solamente la validez de una norma implica su aplicabilidad definitiva.

Si el procedimiento prescrito como obligatorio en la norma creadora es la condición formal de la validez, entonces en caso de que una norma sea emitida de una forma alternativa, el producto no debe ser reconocido como norma, por lo que debería ser considerado inexistente, y en consecuencia, debería ser eliminado ese acto que tiene apariencia de norma. Sin embargo, la falta de competencia o el incumplimiento del proceso de creación normativa previsto no implica la nulidad automática de la norma. Las normas de un orden jurídico determinado se reputan válidas, y a pesar de los posibles vicios o defectos en su creación, las normas nacen con una “pretensión de validez”. Por lo tanto, al ser existentes solamente pueden ser invalidadas o incluso anuladas cuando en un procedimiento judicial se comprueba y declara su invalidez como consecuencia de su inconstitucionalidad (o ilegalidad). Kelsen<sup>58</sup> mismo señala que, en última instancia, las leyes inconstitucionales no son nulas de antemano, sino que solamente pueden ser anuladas.

Pero se debe hacer otra aclaración en relación con el sistema jurídico, ya que aun cuando se puede decir que las normas inconstitucionales son válidas, puede ser que sean inconsistentes respecto de otras normas su-

58 Según Kelsen: *“Im letzteren Falle sind verfassungswidrige Gesetze nicht von vornherein nichtig, sondern können nur vernichtet werden”*; *Allgemeine Staatslehre*, Bad Homburg v. d. Höhe, Berlín, Zürich, Verlag Dr. Max Gehlen, 1925 (1966), p. 255.

periores. La pertenencia de la norma no garantiza su validez, sino solamente su aplicabilidad, que podría ser designada como *prima facie*, ya que depende de un acto negativo: no ser anulada, de modo que la norma será válida en tanto un juez no decida lo contrario. Así, la pertenencia no equivale a la validez, pero la validez de una norma sí presupone su pertenencia a un determinado sistema jurídico.

Finalmente, como se ha dicho, la Constitución es la norma que regula los procesos de creación normativa, determina la competencia de los órganos y los procedimientos debidos estableciendo así los criterios de validez del sistema jurídico. En sentido material, la Constitución como norma suprema del sistema jurídico fija en mayor o menor medida el contenido de las normas inferiores, ya que no se reduce a prever los procedimientos de creación de las normas. A su vez, la Constitución como norma de derecho positivo sirve para determinar la pertenencia de las normas al sistema jurídico. De tal forma que en ella se pueden encontrar tanto los criterios de pertenencia como los de validez de las normas de un sistema jurídico. Pero una norma que pertenece al sistema jurídico solamente es *prima facie* válida, puesto que su obligatoriedad puede ser cuestionada.

### 3. *Validez definitiva y validez prima facie*

De lo anteriormente expuesto parece necesario distinguir entre las posibles formas de validez, y esto se debe no solamente a que en el ámbito jurídico se utilizan diversos significados del término validez, sino a que efectivamente como propiedad de la norma jurídica tiene distintos alcances, además de que como se ha mencionado, admitir la existencia de una norma no demuestra su validez. Por otra parte, es importante distinguir entre los dos sentidos más importantes del término, el de legalidad y el de aplicabilidad, pues no es lo mismo cuestionar la validez como legalidad de la norma que su aplicación y obligatoriedad en un caso concreto. Por lo que se refiere a un conflicto normativo, las normas que se encuentran en estado de enfrentamiento deben ser válidas en el primer sentido de validez como legalidad, pues de otra manera su aplicación no podría ser cuestionada. La relevancia de la decisión sobre su conformidad jurídica radicaría en eliminarla del orden jurídico, no en determinar su obligatoriedad para el caso.

Si bien las normas se reputan válidas tal como se mencionaba en el apartado precedente, su efectiva obligatoriedad depende de la comprobación de ciertos criterios contenidos en el orden jurídico. Se podría decir entonces, que esta presunta validez, presupuesto de su aplicación, podría ser considerada como una validez *prima facie*, la cual solamente se puede convertir en una validez definitiva después de que su aplicabilidad sea cuestionada, por ejemplo con motivo de un conflicto normativo, y sea constatada su validez y confirmada su obligatoriedad por el órgano competente.

El concepto de validez *prima facie* es de especial relevancia en los casos de contradicciones normativas, pues constituye el presupuesto del conflicto, ya que este tipo de validez se entiende como posibilidad de aplicación de la norma. Que una norma sea válida en principio, significa que es aplicable en los casos normales o al menos en la mayoría de los casos, y que su aplicabilidad solamente puede ser impedida bajo circunstancias extraordinarias. Para Sieckmann,<sup>59</sup> el carácter *prima facie* de la validez de una norma implica que en la justificación de la norma solamente se consideraron una parte de las circunstancias relevantes. Las normas son válidas para todos los casos normales, pero su aplicación puede ser excluida ante circunstancias especiales. De manera que la norma es válida para un caso en tanto otra norma no sea aplicable, por lo que no necesariamente será aplicada. Se podría decir entonces que la aplicación de la norma se relativiza, y cuando la validez *prima facie* se vuelve definitiva surge una obligación de aplicar la norma, y ya no puede ser cuestionada.

La distinción entre una validez *prima facie* o definitiva radica en la obligatoriedad del mandato de aplicación que sostiene a la norma, así todas las normas se apoyan en un mandato primario de su aplicación, sin embargo, éstos son cuestionados en los casos de conflictos entre normas. Es por ello que la obligatoriedad de la norma para el caso específico es revisada para determinar su aplicabilidad. El resultado de la evaluación de las normas en conflicto puede afectar o no su validez; en algunos casos, como los de las colisiones de principios, solamente se determina el peso de cada principio, y en los de conflictos entre reglas una norma puede dejar de ser aplicada o incluso derogada, dependiendo de

<sup>59</sup> Sobre la validez *prima facie* véase Sieckmann, "Logische Eigenschaften von Prinzipien", *Rechtstheorie*, Berlín, 25, p. 165.

la regulación específica de un sistema jurídico. En el caso de una infracción se procede a la derogación de la norma que no fue expedida conforme a lo previsto, por tratarse de un problema de validez formal más que de una contradicción entre normas. Así, en la solución de un conflicto normativo es posible ir del grado mínimo al máximo de afectación de la obligatoriedad de una norma. Esto se debe a que la validez de la norma se traduce en la obligación de aplicarla; de la misma manera puede afirmarse que si existe una decisión en el orden jurídico que establece que una norma debe ser aplicada, por ejemplo en la jurisprudencia, sobre todo en los casos de contradicción de tesis,<sup>60</sup> se puede decir que la norma es válida de manera definitiva, ya que su validez ha quedado confirmada.

El hecho de que una norma sea válida implica la obligación de su aplicación, de la misma manera que la obligación de aplicar una norma depende de su validez. La aplicación del derecho es, según Sieckmann, la determinación de aquello que en ciertos casos es válido de conformidad con las normas del orden jurídico vigente, o mejor dicho, con el contenido de un sistema jurídico.<sup>61</sup> Para él, los mandatos de aplicación, o en otras palabras, la obligación de aplicar una norma, explicitan un concepto de validez normativa, es decir, la obligatoriedad propia de las normas que según su contenido les corresponde en la aplicación ordenada mientras sean válidas.<sup>62</sup> Sieckmann también señala que la obligación de aplicar y obedecer una norma que emana de los órganos del sistema debe ser justificada racionalmente, lo cual en su opinión requiere de la construcción del sistema conforme al modelo de principios.<sup>63</sup> En otras palabras, un modelo jerarquizado simple, que no admite la distinción entre reglas y principios, no solamente excluye la ponderación como pro-

60 Así por ejemplo, en el derecho mexicano el artículo 105 de la Ley de Amparo establece la obligatoriedad o validez definitiva de la jurisprudencia, y el párrafo tercero del citado artículo prevé que las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de las salas y los tribunales colegiados constituyen jurisprudencia.

61 Sieckmann formula la relación entre validez y aplicación de la siguiente forma:  $G_n \rightarrow OANW_n$ , o bien como  $OANW_n \rightarrow G_n$ , para él, la suma de ambas formulaciones producen la equivalencia entre la validez y la obligación de aplicar una norma; *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990, pp. 95 y 96.

62 “Semantischer Normbegriff und Normbegründung”, *ARSP*, Stuttgart, 80, 1994, p. 228.

63 Sieckmann, *Regelmodelle...*, *cit.*, nota 61, pp. 224 y 247, *passim*.

cedimiento de decisión y solución de conflictos, sino también la racionalidad de la justificación.

De manera que la validez definitiva es el resultado de una evaluación de su aplicabilidad, en la cual se determina que la norma en cuestión es válida en todos los casos aplicables como corresponde a su contenido. Esto lleva a una definición fuerte de validez como obligación definitiva de aplicación de una norma. Así, una norma es válida cuando la autoridad competente se encuentra obligada a aplicarla, por lo que ya no puede cuestionarla jurídicamente y tampoco se encuentra facultado para suspender su aplicación. Se puede decir que la validez definitiva es una norma que complementa la norma que se debe aplicar y que la hace obligatoria.

En consecuencia, se puede decir que la validez entendida como obligatoriedad significa aplicabilidad, ésta puede ser definitiva o *prima facie*, y esta última puede ser entendida como una presunción de validez en el sentido de posibilidad de aplicación a los hechos o situaciones que regula. Sin embargo, una norma puede ser vencida por otra norma con mayor fuerza en un caso determinado, es decir, que puede ser derogada o simplemente que su aplicación puede ser impedida. Según Sieckmann,<sup>64</sup> el hecho de que las normas puedan tener un carácter *prima facie* significa que en caso de un conflicto requerirán de una ponderación.

En resumen, la validez como pertenencia de la norma al orden jurídico se determina conforme a la norma de identificación o reconocimiento del sistema jurídico, y se conforma por la vigencia y la presunción de validez de la norma, lo cual denota su existencia. Por lo que se puede decir que una norma pertenece al orden jurídico cuando puede ser considerada su aplicación. Una norma existe cuando se pueden realizar actos jurídicos respecto de ella, independientemente de que la norma pueda o no producir efectos jurídicos e incluso de su potencial aplicabilidad. En este último caso se consideran las normas cuyo procedimiento de creación no se ha completado, pero que pueden ser modificadas, derogadas o ser objeto de un control abstracto de su constitucionalidad. Así también von Wright<sup>65</sup> señala que hay una diferencia entre la existencia de

64 Sieckmann, “Semantischer...”, *cit.*, nota 62, p. 235.

65 Según von Wright, “*Welche Normen existieren, hängt davon ab, welche Normen erlassen worden sind; und ob erlassene Normen gelten, hängt noch von weiteren Umständen ab*”; “*Bedingungsnormen -ein Prüfstein für die Normenlogik*”, en Krawietz,

las normas que depende de su promulgación (la cual ha sido previamente denominada existencia en sentido estricto), y la validez de las normas emitidas, la cual depende además de otras circunstancias. Distinguir entre la validez *prima facie* y la validez definitiva permite establecer dos niveles de obligatoriedad de una norma en relación con las normas que se encuentran en una situación de conflicto, de manera que la validez definitiva corresponderá a la norma que debe ser aplicada, convirtiéndose así en obligatoria para los órganos competentes para su aplicación.

#### 4. *Contradicción entre enunciados de validez y contradicción normativa*

Para poder considerar la existencia de un conflicto normativo se ha asumido que ambas normas son válidas y aplicables, al menos *prima facie*, pero la validez es un atributo de la norma que puede verse afectado en el proceso de solución del conflicto dependiendo del tipo de que se trate. Por ello, es necesario realizar ciertas precisiones, sobre todo en torno a la relación entre la validez de una norma y una contradicción normativa, pues del hecho de que la validez de las normas tenga que ser considerada, no se infiere que ésta forme parte del conflicto normativo en sí mismo. Además, vale la pena considerar la posibilidad de que se produzcan conflictos entre los enunciados de validez, por lo que se debe analizar la naturaleza de este tipo de conflicto.

En una contradicción normativa por ejemplo, no se cuestiona la validez (o positividad) de la norma ni en el sentido formal ni en el material, sino solamente su aplicabilidad al caso concreto. El caso de una infracción es diferente, ya que no se produce una contradicción, sino que se trata de un defecto formal o material en el proceso de creación de la norma. En consecuencia, la infracción entendida como tipo de conflicto normativo sí implica una cuestión de validez relativa a la norma. En los casos de los conflictos de reglas, la validez de una norma puede ser suprimida de manera parcial o definitiva, como consecuencia jurídica del enfrentamiento entre las normas, pero a pesar de existir una contradicción entre dos normas, no se trata de un problema de validez.

Visto desde otro nivel, la contradicción, como sostiene Sieckmann,<sup>66</sup> también se puede producir entre enunciados de validez, cuya naturaleza es la de un mandato de aplicación, por lo que tienen carácter obligatorio. De tal forma que en los casos en que se establezca que dos normas incompatibles deben ser aplicadas se produce una contradicción normativa, puesto que se puede afirmar que existe la obligación de aplicar una norma y la de no aplicarla al mismo tiempo, y esto no es posible lógicamente. La contradicción entre los enunciados de validez resulta de la incompatibilidad de las normas cuya validez ha sido declarada obligatoria.

En su opinión, es necesario comenzar por distinguir la norma de su validez, por lo que recurre al concepto semántico de norma porque le permite separar las cuestiones semánticas de las de validez.<sup>67</sup> Sieckmann señala que en el nivel semántico se encuentran los enunciados normativos o formulaciones normativas (*Normsätze oder Normformulierungen*) cuyo significado son las normas, ya sean reglas o principios (Op), las cuales son independientes de su formulación, así como del contexto en que se manifiestan. En un segundo nivel se encuentran las aserciones sobre la validez de la norma; aquí es posible distinguir entre varios tipos de enunciados dependiendo de la forma en que un enunciado normativo sea utilizado: los enunciados sobre la validez jurídica (*Geltungssätze oder Normgeltungssätze*) establecen la validez de una norma (GOp, Gn), los cuales según Sieckmann pueden ser considerados como proposiciones normativas (*normative Aussagen*) que se utilizan para hacer aseveraciones sobre la validez de las normas (que solamente significa su aplicabilidad), y los mandatos de validez (*Geltungsgebote*) que establecen que una norma debe ser válida (OGO<sub>p</sub>, OGN), lo cual puede ser ordenado *prima facie* o de manera definitiva. La teoría de Sieckmann incluye además los argumentos normativos (*normative Argumente*) que implican la utilización de un enunciado normativo que establece que un cierto resultado, una norma o una decisión, debe ser aceptado. La relevancia de estas distinciones radica en que para él, las aserciones sobre la validez de las normas tienen consecuencias prácticas, puesto que ordenan que una nor-

66 Sieckmann, "Semantischer...", *cit.*, nota 62, p. 239.

67 *Ibidem*, pp. 233 y ss.

ma debe ser aplicada, y en ello radica la normatividad del derecho, ya que para los jueces significa la obligación de aplicarla.<sup>68</sup>

Para Sieckmann,<sup>69</sup> la ponderación es posible porque “argumentos normativos” contrapuestos pueden ser simultáneamente válidos, sin embargo, no se trata de una contradicción lógica como en el caso de enunciados. Los argumentos normativos no pueden ser formulados como enunciados normativos, ya que éstos afirman que ciertas normas tienen validez definitiva, es decir, que en todos los casos de aplicación son válidas como corresponde a su contenido. Vinculan un contenido normativo con el enunciado de validez respecto de una norma con dicho contenido, y por ello pueden ser considerados como enunciados de validez (*Geltungsaussagen*).

El salto de nivel resulta del modelo de iteración de los mandatos de validez que Sieckmann propone para reconstruir racionalmente el proceso de ponderación, es decir, el proceso de decisión que sirve para establecer relaciones de prevalencia entre principios en colisión. Como se ha señalado, Sieckmann parte del hecho que los principios no tienen la forma lógica de los enunciados normativos, sino la de argumentos, es decir, de razonamientos. Es por ello que para dicho autor la contradicción se produce entre los mandatos de validez de normas incompatibles. Sin embargo, más que de un conflicto normativo se trataría de un conflicto de segundo nivel o incluso de tercero al adicionar la noción de interés y cambiar de nivel. La iteración finalmente lo único que hace es trasladar el problema de un nivel al otro, reproducirlos en una regresión al infinito, más que resolver los conflictos entre las normas.<sup>70</sup>

De modo que es posible concluir que los enunciados normativos refuerzan su carácter obligatorio en virtud de su validez, lo cual no excluye que los enunciados normativos sobre la validez de las normas también tengan implicaciones prescriptivas. Finalmente, la validez definitiva entendida como la obligación de aplicar una norma, deriva de otra norma que así lo determina. Por otra parte, para establecer la validez defi-

68 Sieckmann, *Regelmodelle...*, cit., nota 61, p. 247.

69 *Ibidem*, p. 228.

70 Thomas Zoglauer es de la misma opinión, para él la iteración de las modalidades deónticas produce más problemas de los que resuelve, y se cuestiona qué es lo que se gana con el modelo de iteración propuesto por Sieckmann; *Normenkonflikte-zur Logik und Rationalität ethischen Argumentierens*, fromann-holzboog, Stuttgart-Bad Cannstatt, 1998 (problemata 139), pp. 149 y 150.

nitiva de las normas se pueden utilizar diversos criterios, como es la determinación de la prevalencia de las normas dependiendo de las materias que regulan, la temporalidad de su expedición o su jerarquía. Pero también son aplicables los criterios de oportunidad, consistencia y de coherencia, por ejemplo. Sin embargo, estos procesos también distan de ser claros, además de que no existe un consenso en cuanto a la aplicación de dichos criterios. Así, según Sieckmann,<sup>71</sup> utilizar el criterio de coherencia significaría que una norma es válida cuando es compatible tanto con decisiones previas como con el material jurídico disponible. Pero también podría referirse a una coherencia legislativa o a la voluntad del sujeto normativo por ejemplo.

71 Sieckmann, *Regelmodelle...*, *cit.*, nota 61, p. 164.