

## PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN DERIVADOS DEL ORDENAMIENTO<sup>1</sup>

Jaime CÁRDENAS

SUMARIO: I. *Sistema normativo y ordenamiento jurídico*. II. *Las características de los ordenamientos jurídicos*. III. *La unidad del ordenamiento jurídico y sus problemas argumentativos*. IV. *Los problemas argumentativos relacionados con la coherencia del ordenamiento jurídico*. V. *Los problemas argumentativos vinculados a la plenitud del ordenamiento*. VI. *Los problemas argumentativos que nacen de los ordenamientos jurídicos y su interrelación*. VII. *Conclusiones*.

### I. SISTEMA NORMATIVO Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

Las normas jurídicas no actúan aisladamente sino que son operadas en su relación con otras normas que integran sistemas jurídicos y éstos un ordenamiento jurídico, es decir, en el marco de un sistema o conjunto de elementos interrelacionados, entre los que existe una cierta cohesión y unidad de propósito.<sup>2</sup> Los primeros en ver las deficiencias de las teorías normativistas centradas en la norma individual para comprender el derecho fueron los autores institucionalistas del derecho, entre ellos y de manera distinguida, el profesor italiano Santi Romano que tituló uno de sus trabajos de 1917 “El ordenamiento jurídico”, en el que sostenía que el derecho antes que norma es organización y orden social.

Los autores normativistas más importantes del siglo XX, Kelsen y Hart, han considerado que no se puede hablar de derecho sólo con normas que imponen deberes u obligaciones, sino que se requiere de otro

<sup>1</sup> Una primera versión de estos temas —aquí se han ampliado, actualizado y revisado— se encuentra en el libro Cárdenas Gracia, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, México, Nostra-UNAM, 2009, pp. 125-153.

<sup>2</sup> Cáceres Nieto, Enrique, *Lenguaje y derecho. Las normas jurídicas como sistema de enunciados*, México, Cámara de Diputados, LVII Legislatura-UNAM, 2000, p. 35.

**JAIME CÁRDENAS**

---

tipo de normas, por ejemplo, las que permiten identificar cuáles son las normas jurídicas del sistema, también llamadas de reconocimiento, se necesitan además normas de organización para estructurar el funcionamiento de las autoridades, de procedimiento para determinar las vías o caminos para reclamar derechos y de adjudicación para definir controversias jurídicas, entre otros tipos de normas.<sup>3</sup> Como dice Joseph Raz "...una norma es una norma jurídica porque pertenece a un sistema de normas que posee el carácter de derecho, aun si la propia norma es indistinguible de una norma moral o de cualquier otra norma".<sup>4</sup>

Kelsen estudió el ordenamiento jurídico desde tres niveles diversos: el epistemológico, el ontológico y el axiológico. En cuanto al nivel epistemológico Kelsen entendía que para que la ciencia jurídica alcanzara el nivel de objetividad y neutralidad de las demás ciencias, ésta debía contar con un método propio que le permitiera diferenciarse de las ciencias naturales, por ello insistió en el principio de imputación y no en el de causalidad. Además Kelsen percibe que para conocer el fenómeno jurídico, de naturaleza muy heterogénea (normas de diversa jerarquía, normas en conflicto, espacios no regulados, etcétera), se requieren categorías lógico-conceptuales que permitan presentarlo como un todo ordenado y sistemático, y para ello elabora categorías como la norma fundamental y el ordenamiento jurídico. Por eso, Kelsen niega que el ordenamiento jurídico sea un simple conjunto de normas porque en su teoría, el ordenamiento jurídico es anterior a las normas y es donde las normas encuentran explicación, validez y existencia. Sin una idea previa de ordenamiento jurídico no sería posible en la teoría kelseniana explicar la existencia, la validez de las normas, la jerarquía normativa, el carácter unitario y coherente de todo el sistema.<sup>5</sup>

Desde el nivel ontológico o de realidad del derecho, Kelsen sostiene que el ordenamiento jurídico sería el conjunto unitario y sistemático de normas jurídicas, por lo que el derecho: a) no consiste en una única norma; b) lo que hace que una serie de normas constituya una unidad es que todas ellas tengan el mismo fundamento común de validez, y c) la serie de normas integradas en la unidad del ordenamiento no forman un conjunto de normas yuxtapuestas o simplemente coordinadas, sino que se distribuyen por grados o niveles subordinados unos a otros. Un sistema normativo dinámico, como es el derecho a diferencia de la moral, se

<sup>3</sup> Martínez Roldán, Luis y Fernández Suárez, Jesús A., *Curso de teoría del derecho*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 81.

<sup>4</sup> Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986. Véase el prefacio.

<sup>5</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1981, pp. 201 y ss.

## PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

construye a partir de la norma básica, no por el contenido de las normas —si son justas, si promueven la bondad, etcétera— sino por delegaciones de autoridad de las normas de mayor jerarquía que autorizan a las de menor jerarquía a producir otras normas hasta que la cadena de validez concluye con la norma de ejecución. En cambio, en los sistemas normativos estáticos, como la moral, la relación entre las normas no está en función de una forma que autoriza una delegación de mayor a menor jerarquía sino que el vínculo de las normas depende del valor o del contenido de las normas superiores, así las inferiores se infieren de las superiores porque éstas se consideran las más justas o buenas.<sup>6</sup>

En el nivel axiológico, Kelsen sostiene un relativismo moral y, aduce, que con el conocimiento científico los valores no pueden conocerse ni probarse y tampoco determinarse cuál es superior a otro. Según Kelsen, cuando en lo individual o colectivo, por ejemplo, preferimos la libertad a la igualdad, lo hacemos por razones puramente emocionales o de fe, pero no científicas. En lo personal él se manifiesta por la libertad, la paz, la justicia de la democracia y la tolerancia.<sup>7</sup>

Para Hart no es posible pensar que hay ordenamiento jurídico si sólo hay normas que imponen deberes u obligaciones (reglas primarias) y no hay normas de carácter secundario que permitan el cambio de las reglas, la determinación de derechos cuando las reglas son violadas y la identificación jurídica de las mismas (reglas secundarias). Si no hubiese reglas secundarias, Hart advierte que habría tres tipos de problemas: a) de falta de certeza porque no existirían las bases para determinar la validez, la vigencia y la obligatoriedad de las normas porque no operaría una regla de reconocimiento; b) las normas tendrían un carácter estático y no habría procedimientos ni órganos competentes para promulgar o derogar las normas a falta de reglas de cambio, y c) existiría un problema de difusa presión social para hacer cumplir las reglas a falta de reglas de adjudicación.<sup>8</sup>

Bobbio concibe el derecho como si fuese un trípode constituido de tres elementos: intersubjetividad (relación jurídica), organización social (institución) y regulación (normatividad), en donde este último tiene el papel fundamental. Bobbio clasifica a los ordenamientos en tres: ordenamientos normativos simples que están formados por normas primarias y normas de identificación o reconocimiento; ordenamientos semicomplejos que están integrados por normas primarias, de identificación y de cambio, y finalmente, los ordenamientos complejos que responden al

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 123 y ss.

<sup>7</sup> Kelsen, Hans, *¿Qué es justicia?*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 63.

<sup>8</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, México, Editora Nacional, 1980, pp. 99-123.

**JAIME CÁRDENAS**

---

esquema completo de Hart integrado por reglas primarias y secundarias (de adjudicación, cambio y reconocimiento).<sup>9</sup> Bobbio, además se pregunta por la posibilidad teórica de un ordenamiento conformado por una norma exclusiva. Señala que un ordenamiento integrado por una norma que estatuyera que todo está permitido equivaldría al estado de naturaleza o anarquía; y, un ordenamiento integrado por una norma que todo lo prohibiera o lo ordenara, significaría la ausencia de libertades para el gobernado. En todo caso, sólo podría existir el ordenamiento con una sola norma de estructura que estableciera: “Es obligatorio todo aquello que el soberano ordene”.<sup>10</sup>

En cuanto a Dworkin, éste rechaza la visión normativista tradicional y estima que el ordenamiento se integra por reglas, principios y directrices. Si el derecho sólo estuviese integrado por reglas, el juez iría más allá del derecho en los casos difíciles y no regulados, y se violaría los principios de división de poderes —legislaría— y aplicaría retroactivamente las normas— porque en el caso concreto difícil elaboraría una regla sin haber estado vigente previamente—. <sup>11</sup> El ordenamiento para tener unidad, ser coherente y pleno necesita de algo más que las reglas.

Von Wright explicó la dinámica de los sistemas jurídicos explicando que los actos de promulgación y derogación son los responsables de este carácter dinámico del ordenamiento jurídico y que un ordenamiento jurídico rara vez, por no decir nunca, es un sistema estático, sino que es un juego de subsistemas cambiantes en el tiempo.<sup>12</sup> Lo que significa que los sistemas jurídicos no son un conjunto de normas sino, en todo caso, una familia de tales conjuntos que se suceden en el tiempo. La promulgación y la derogación de normas anuncian no sólo la reforma del ordenamiento por expansión o contracción sino que presuponen la idea del carácter institucional del derecho, pues tales actos deben ser llevados a cabo por sujetos dotados de competencia para ello y a través de procedimientos previstos de antemano por otras normas. El derecho en las posturas normativistas regula su propia creación.<sup>13</sup>

En el mismo sentido que lo expuesto anteriormente, Alchourrón y Bulygin, señalan que un sistema jurídico es dinámico y no es un conjunto de normas sino una secuencia de conjuntos, en donde en cada mo-

<sup>9</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1992, pp. 153-270. Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990, pp. 325 y ss.

<sup>10</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, cit., p. 164.

<sup>11</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 61 y ss.

<sup>12</sup> Wright, G. H. von, “Problemas abiertos en filosofía del derecho”, *Doxa*, Alicante, núm. 1, 1984, p. 266.

<sup>13</sup> Betegón, Jerónimo et al., *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 147.

## PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

mento temporal, el conjunto de normas que pertenecen al sistema es distinto y lo que permite hablar del mismo sistema son los criterios de identificación de las normas que pertenecen al sistema en cada momento. Mientras los criterios de identificación de las normas permanecen idénticos se trata del mismo sistema jurídico de carácter dinámico.<sup>14</sup>

Guastini incorpora una convención lingüística para distinguir entre sistema jurídico y ordenamiento jurídico. Un sistema jurídico designaría en esta postura un conjunto sincrónico de normas, que observamos en un momento determinado de su existencia jurídica. En cambio, un ordenamiento jurídico es una secuencia diacrónica de sistemas jurídicos sincrónicos, esto es, los sistemas son apreciados en su evolución histórica. La locución ordenamiento jurídico es ambigua, pues algunas veces designa un conjunto sincrónico de normas y, en otras ocasiones, designa una secuencia diacrónica de conjuntos normativos sincrónicos.<sup>15</sup>

### II. LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Los ordenamientos jurídicos se suelen presentar desde tres características fundamentales: 1) la unidad, 2) la coherencia y 3) la plenitud. Bobbio agrega otro elemento: las relaciones entre ordenamientos que da lugar, entre otros, a los problemas de reenvíos entre normas.<sup>16</sup>

La unidad incide en la posibilidad de encontrar un criterio en torno al cual las normas del ordenamiento se constituyen como un todo unitario y diferente a otros. La unidad del ordenamiento que es una aspiración del propio ordenamiento, tiene que ver con tres cuestiones capitales: 1) la validez que permite identificar las normas del ordenamiento jurídico;<sup>17</sup> 2) la

<sup>14</sup> Alchourrón Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, México, Fontamara, 1997, pp. 61-63.

<sup>15</sup> Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 349 y 350.

<sup>16</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, cit., p. 164.

<sup>17</sup> Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, 2003, pp. 40 y 41. Esta autora de manera precisa distingue entre existencia, pertenencia o vigencia, y validez. Dice así: "...la validez entendida como presupuesto formal condiciona la pertenencia de una norma al orden jurídico, ya que si no se cumplen los requisitos mínimos, la norma no se integra al sistema jurídico. Sin embargo, las normas viciadas procedimental o materialmente pertenecen al orden jurídico mientras su validez no sea cuestionada y su invalidez declarada formalmente. Por lo tanto, la pertenencia de la norma al orden jurídico está condicionada además por el hecho de no haber sido eliminada del mismo, es decir derogada o declarada inválida. No es así en relación con su pertenencia al sistema jurídico el cual no dejará de pertenecer a pesar de su eliminación, siempre y cuando haya estado vigente. De modo que la vigencia es condición de la existencia y, por lo mismo de la pertenencia de la norma al orden jurídico... La existencia de la norma sería conceptualmente más amplia que su perte-

## JAIME CÁRDENAS

---

distinción entre las normas jurídicas y otras normas como las de la moral, y 3) La jerarquización de las normas dentro de un sistema complejo de fuentes jurídicas. Luego entonces, los problemas argumentativos derivados del ordenamiento en torno a la unidad tienen que ver con los problemas de vigencia, validez y existencia —problemas de relevancia según la terminología de MacCormick—, con problemas de reconocimiento o identificación de las normas como parte del ordenamiento y problemas derivados de la jerarquía de fuentes.

La coherencia alude en la aspiración normativa de que las normas entre sí no sean contrarias o contradictorias. La realidad normativa, sin embargo, es bien distinta y presenta abundantes contradicciones entre normas de un mismo ordenamiento, lo que presenta problemas porque en materia de reglas, el cumplimiento de una de las normas implica el incumplimiento de las otras, y en colisiones entre principios o valores, el problema consiste en cómo hacerlos compatibles para ponderarlos respecto al caso concreto. Los problemas resultantes dan lugar a las antinomias de reglas y colisiones entre principios, así como las vías o criterios para solucionar dichas *antinomias* y *colisiones*.

La plenitud también es una aspiración del ordenamiento y corre paralela al intento de control y de monopolización del derecho por parte del Estado, que se resiste a admitir fuentes no oficiales del derecho. Uno de los problemas capitales de la plenitud es si el espacio jurídico es pleno o si hay espacios jurídicos vacíos. Los espacios vacíos, no regulados, se llaman lagunas, y veremos como se intenta llenarlos, principalmente con métodos de autointegración como la apelación a la analogía y a los principios generales del derecho, entre otros o, con métodos de heterointegración como el uso del derecho comparado, el derecho natural, el romano o principios éticos.

En cuanto a los conflictos de ordenamientos debe señalarse que existen géneros diversos: algunos existen al interior del Estado y son parte del pluralismo jurídico, cuando diversos ordenamientos conviven con el estatal; también hay conflictos entre ordenamientos estatales en el caso, por ejemplo de una Federación; y conflictos entre ordenamientos estatales y el derecho internacional de carácter universal. Los procedimientos para resolver estos conflictos consisten principalmente en el uso de la recepción y en el reenvío.

nencia, la cual sí depende de la vigencia. Pero aún cuando la existencia depende de la entrada en vigor de una norma, se podría pensar en el caso de que un artículo transitorio sujete la entrada en vigor de una norma a un plazo o condición, la derogación o modificación de ésta durante dicho periodo denotaría su existencia”.

---

## PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

### III. LA UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SUS PROBLEMAS ARGUMENTATIVOS

#### 1. *Problemas de identidad y de estructura*

Hay problemas de identidad y problemas de estructura. En el primer caso se plantea el problema de pertenencia a un sistema de normas independientes, en el segundo, se analizan los criterios de pertenencia de las normas dependientes. Los criterios de pertenencia determinan la unidad de los sistemas jurídicos que consisten en identificar si una norma N pertenece al sistema S. Las normas independientes son aquellas que su pertenencia a un sistema no está condicionada por la previa pertenencia de otras normas a ese sistema —la norma fundamental o la regla de reconocimiento son ejemplo de normas independientes—. Las normas dependientes presuponen la existencia previa de otras normas que pertenecen a ese sistema, ya sean independientes o dependientes (desde las normas constitucionales a la sentencia y el contrato). En general se acepta que el término validez se emplea para expresar la pertenencia a un sistema de las normas dependientes, pues no tiene sentido predicar la validez de las normas independientes:<sup>18</sup> la validez versa principalmente sobre una relación entre normas, y no sobre los criterios que permiten distinguir un sistema jurídico de otro.<sup>19</sup>

Una de las primeras teorías sobre la pertenencia de las normas a un sistema es la de John Austin (1790-1859). Austin señaló que una norma pertenece a un sistema jurídico si ha sido dictada directa o indirectamente por un legislador soberano. Las normas jurídicas son imperativas o mandatos emanados de un soberano y dirigidos a los súbditos en el ámbito de una sociedad política independiente. Un mandato es la expresión de un deseo de que alguien haga u omita algo acompañado de la previsión de un daño en el caso de que tal deseo no sea satisfecho. Esta posición fue criticada por Hart en *El concepto de derecho*, pues el modelo de Austin no puede dar cuenta de algunas normas como la costumbre y no puede explicar la continuidad del derecho cuando un sobe-

<sup>18</sup> Véanse los cuestionamientos a este respecto en Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, pp. 406 y 407.

<sup>19</sup> Caracciolo, R., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 57.

## JAIME CÁRDENAS

---

rano sucede a otro, ni puede identificar al soberano en muchos Estados modernos.<sup>20</sup>

En Kelsen la validez de una norma jurídica se fundamenta en otra superior y así sucesivamente hasta llegar a la norma fundamental. El sistema jurídico es dinámico y en él existe una delegación de autoridad, no por razón de contenidos, sino de autorizaciones entre las normas superiores y las inferiores, de tal suerte que las normas inferiores son consecuencia de la ejecución o cumplimiento de las superiores. Para ello la autoridad prevista en las superiores ha seguido el procedimiento previsto en las superiores y crea o establece las nuevas normas inferiores.

El problema obvio de la teoría kelseniana reside en la norma primera o fundamental. La norma fundamental carece también de contenidos e historia, es en Kelsen una hipótesis lógico-epistemológica y podría enunciarse en los siguientes términos: "Es preceptivo comportarse de acuerdo con lo que la Constitución prescribe".<sup>21</sup> La norma fundamental no puede por tanto hacerse confundir con la Constitución, ya que es anterior y fundamenta la validez de la primera Constitución.

Kelsen ha sido cuestionado por su teoría sobre la norma fundamental y, en algunas de sus obras, admite que no puede ser totalmente formal, que requiere de algún elemento o principio de eficacia para que haga viable el sistema dinámico a que da lugar su teoría. Además, Kelsen ha sido refutado porque intenta darle carácter normativo a la norma fundamental cuando no lo tiene, pues es un presupuesto lógico-epistemológico según su teoría.

La regla de reconocimiento en la teoría de Hart es aquella que especifica alguna característica o características que han de poseer las demás normas para ser reglas válidas parte del sistema. En las sociedades primitivas, la regla de reconocimiento puede consistir en una lista o texto escrito de reglas. En las sociedades más desarrolladas, las características para identificar las normas válidas es variada: se puede hacer referencia a un texto revestido de autoridad del que derivan las demás; al hecho de haber sido sancionada por una autoridad específica; a su larga vigencia consuetudinaria; a su relación con ciertas decisiones judiciales; a los requisitos para su elaboración, etcétera.

Entre las características de identificación pueden surgir conflictos, por lo que será necesario jerarquizarlos o escoger uno de ellos como el básico. Hart, sin embargo, no habla de diferentes reglas de reconocimiento sino de la Regla de Reconocimiento. Según Hart, la Regla de Reconocimiento consiste en el reconocimiento concordante de los tri-

<sup>20</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., pp. 63-97.

<sup>21</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 210.

## PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

bunales y funcionarios al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios y apreciar críticamente las desviaciones propias y ajenas.<sup>22</sup> El reconocimiento es entendido como un criterio común y público de decisiones correctas y que engloba el reconocimiento de los particulares de obedecerlas.

La regla de reconocimiento hartiana es por tanto fáctica, sociológica, no pretende ser normativa, no pretende tener validez, porque ella misma es el criterio de validez. Según Ruiz Manero la regla de reconocimiento tiene las siguientes características: 1) la regla de reconocimiento es una regla última, en el sentido de que ella es la que proporciona el criterio de validez de todas las demás y no está sometida a ningún criterio de validez establecido por otras normas; 2) al ser ella el criterio de validez, su validez no es cuestionable; 3) su existencia no es como la de los demás, ya que consiste en un hecho fáctico o sociológico; 4) la regla que proporciona los criterios de identificación de las demás reglas del sistema bien puede ser considerada como una característica definitoria del sistema y por ello digna de ser llamada derecho.<sup>23</sup>

En el caso de los jueces y autoridades, la regla de reconocimiento se acepta y forma parte de lo que Hart denomina el punto de vista interno del derecho. Frente a los que elaboran enunciados internos, desde el derecho, existe el punto de vista externo que consideran al derecho como un fenómeno, un hecho social o cultural. Así para jueces y autoridades la regla de reconocimiento es derecho y para los que estudian el derecho desde una perspectiva externa al derecho, la regla de reconocimiento es un hecho sociológico.

Raz propuso un criterio de pertenencia de las normas al sistema que se fundamenta en la conducta que efectivamente realizan los órganos de aplicación y no la conducta que éstos deban realizar. Los jueces y autoridades cuando aplican normas a los casos concretos reconocen su existencia y su validez. Ese dato implica que se reconocen esas normas como pertenecientes al sistema. Las críticas a Raz señalan que nuestro autor no toma en cuenta las instituciones que promulgan normas (legisladores) en cuanto aplicadores de normas previas para producir otras y, tampoco advierte que ciertos individuos —árbitros— son competentes para resolver controversias y también aplican normas previas para generar otras nuevas.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., p. 137.

<sup>23</sup> Ruiz Manero, Juan, *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 113 y ss.

<sup>24</sup> Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford University Press, 1970.

**JAIME CÁRDENAS**

---

En la teoría de Dworkin se indica que el punto de partida erróneo del positivismo jurídico ha consistido en pretender que el derecho son solo normas o reglas, cuando en los casos difíciles hay que acudir a principios. Éstos pertenecen a la moralidad positiva de una determinada comunidad y, el derecho, por tanto debe entenderse como un campo integrado por normas o reglas jurídicas institucionales, exigencias morales o principios y directrices políticas. Esta concepción jurídica pone en entredicho la existencia de criterios descriptivos y conceptuales de identificación de normas, ya que en Dworkin lo más importante es la justificación de las decisiones jurídicas y judiciales, lo que abre al derecho a un universo valorativo que lo configura como una práctica política colectiva. Aspecto que indudablemente dificulta las posibilidades de identificación de normas con los criterios positivistas tradicionales.<sup>25</sup>

En cuanto a los problemas de estructura, vinculados a normas dependientes, en general se acepta que las normas jurídicas dependen de otras previas y superiores, lo que explica la jerarquía normativa entre las normas y el carácter dinámico del ordenamiento. De manera que una norma es válida por haber sido creada por órgano competente conforme al procedimiento establecido por otra, el fundamento de validez proviene de las normas superiores. El carácter dinámico del ordenamiento explica las relaciones de jerarquía entre las normas, pues la norma que regula la creación de otra es superior a ésta y la creada de acuerdo con tal regulación es inferior a la primera. Además, el escalonamiento entre las normas y la manera en la que se van produciendo las normas por delegación de autoridad de superiores a inferiores y no por el contenido de las normas, también permite distinguir a las normas jurídicas de otras normas, pues las normas morales o convencionalismos sociales, no participarían del esquema de derivación y de creación entre normas —de delegación de autoridad— que es propio sólo de los ordenamientos jurídicos.

Se insiste dentro de los problemas de estructura normativa en distinguir entre deducibilidad y legalidad. Se entiende el criterio de deducibilidad como un criterio de pertenencia propio de sistemas estáticos como el de la moral, cuando se considera como condición necesaria y suficiente de pertenencia de las normas al sistema. Ese criterio se podría enunciar de esta forma: “Si N pertenece a S y N1 es una consecuencia lógica de N o es una consecuencia lógica de N y del enunciado E, entonces N1 pertenece a S”. En cambio, el criterio de legalidad, propio de los sistemas dinámicos —del derecho— se basa en la autorización y se

<sup>25</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit.

## PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

puede enunciar de la siguiente forma: “Si N pertenece a S y N autoriza a X la promulgación de N1, y X ha promulgado N1, entonces N1 pertenece a S”. En el criterio de legalidad, la relación de dependencia está constituida por la autorización de la acción normativa que proporciona la norma superior para constituir o crear una norma inferior, tal como se insiste en el positivismo kelseniano y no por el contenido normativo entre las normas.<sup>26</sup>

### 2. Cómo determinar la validez formal y material de las normas

Resumiendo lo expuesto, tal como propone Ezquiaga en nuestra familia jurídica, para determinar la validez de una norma dependiente será necesario someterla a dos tipos de controles: el formal y el material. El control de validez formal implica dos operaciones: 1) determinar si el órgano o autor de la norma cuya validez requiere establecerse ha recibido de la norma superior el poder para dictarla y 2) determinar si el órgano autor de la norma cuya validez quiere establecerse ha respetado el procedimiento legislativo fijado por la norma superior. A su vez, el control de validez material implica dos operaciones: 1) determinar si el órgano autor de la norma cuya validez quiere establecerse ha recibido autorización de la norma superior para regular esa materia y 2) determinar si el contenido de la norma creada es compatible con el contenido de todas las normas superiores a ella, incluida la Constitución,<sup>27</sup> principalmente con los derechos fundamentales y los principios democráticos tomando en cuenta para ello las vías contemporáneas de control de constitucionalidad y de convencionalidad.<sup>28</sup>

No obstante lo antes apuntado, no debe perderse de vista que el concepto de validez es uno de los conceptos más ambiguos del derecho. La validez tiene relación con conceptos como vigencia, eficacia y justicia o legitimidad de las normas. Carlos Nino propone así seis significados del concepto de validez.<sup>29</sup> Hay autores que indican la inutilidad de la categoría porque la validez se puede diluir en los conceptos de vigencia, perte-

<sup>26</sup> Caracciolo, Ricardo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, cit., pp. 57 y ss.

<sup>27</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 443.

<sup>28</sup> Carbonell, Miguel, *El control de convencionalidad: un gran desafío para los juristas mexicanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, documento de trabajo número 176, 2013, 16 pp.

<sup>29</sup> Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1988, pp. 132 y 133.

## JAIME CÁRDENAS

---

nencia, eficacia o justicia.<sup>30</sup> Por eso, otros autores distinguen entre diversos tipos de validez: formal, normativa, sociológica y axiológica.<sup>31</sup>

### 3. *Cómo determinar la validez de las normas independientes (norma fundamental y regla de reconocimiento)*

En el caso de la validez de la norma independiente, es decir, el problema de la validez de la norma base del sistema jurídico, el problema es más difícil porque en el caso de la norma fundamental kelseniana hablamos de una norma ficticia que supone la validez de la primera Constitución y cuyo postulado dice como ya lo hemos señalado: “Es preceptivo comportarse de acuerdo con lo que la Constitución prescribe”<sup>32</sup> o, reformulándola: “Los autores de la primera Constitución son competentes para elaborarla”. Tal vez, lo mejor que se puede decir de esta norma fundamental para superar sus complicaciones teóricas es que no es en sí misma válida o inválida sino que define la validez del resto de las normas.<sup>33</sup>

La regla de reconocimiento de Hart tiene como ventaja, frente a la norma fundamental de Kelsen, que es más fácil de comprobarla o verificarla. Es como ya dijimos una norma implícita utilizada por jueces y autoridades que les permite reconocer a las normas válidas del sistema al proporcionarles criterios de identificación del derecho, por ejemplo, una norma implícita que dice: “se deben considerar como normas que forman parte del sistema jurídico todas las leyes aprobadas por el Poder Legislativo Federal y promulgadas y publicadas en el *Diario Oficial de la Federación*”. Sin embargo, dicha regla de reconocimiento no está exenta de problemas, entre ellos, la circularidad entre la regla de reconocimiento y las reglas de adjudicación, esta última permite identificar quiénes son los jueces, lo que implica resolver si primero se identifica a los jueces o primero se identifica cuáles son las normas del sistema que sirven entre otras cosas para saber quiénes son los jueces.<sup>34</sup>

30 Capella, J. Ramón, *El derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968, pp. 104-106.

31 Soriano, Ramón, *Compendio de teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1993.

32 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 210.

33 Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 205.

34 Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, 447.

---

#### PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

#### 4. *Problemas de validez de la Constitución (amplitud de las normas constitucionales, inconstitucionalidad de normas constitucionales y eficacia de las normas constitucionales)*

En cuanto a la Constitución, pueden existir muchos problemas en torno a su validez, por ejemplo, preguntarnos cuáles son las normas supremas del sistema, como identificarlas, cuántas son. Un concepto que nos auxilia y problematiza la discusión es el de bloque de constitucionalidad. Esta noción surge de la doctrina francesa a comienzos de la década de sesenta del siglo XX para designar el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional cuyo respeto se impone a la ley. Según el derecho constitucional francés, componen el bloque de constitucionalidad la Constitución francesa de 1958, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 y los principios fundamentales reconocidos en las leyes de la República.<sup>35</sup>

En el derecho español, el bloque de constitucionalidad significa para la doctrina tres cosas: a) leyes que se utilizan para medir la inconstitucionalidad de otras leyes que tienen idéntico rango a las primeras, principalmente por invadir ámbitos de reserva específicos, como cuando una ley debe aprobarse como orgánica y se aprueba bajo otras características; b) los instrumentos normativos que junto con la Constitución, y como complemento de ésta, es preciso tener en cuenta para determinar si una competencia pertenece al Estado central o a las autonomías, y c) las normas en las que la Constitución delega la potestad de distribuir competencias sobre determinadas materias.

En nuestro país la doctrina del bloque de constitucionalidad aún no se encuentra doctrinaria y jurisprudencialmente consolidada. Su importancia radicaría en darle a la Constitución un mayor ámbito expansivo y protector de derechos. Lo que implicaría, por ejemplo, que los tratados, las leyes u otras disposiciones aún inferiores a ellos que maximizan derechos fundamentales y principios democráticos previstos en la Constitución también serían parte de la Constitución al igual que la jurisprudencia constitucional. Lo anterior obviamente complejiza el problema para identificar las normas constitucionales que servirán de referente para interpretar y argumentar las normas inferiores, atendiendo sobre todo, al vigente principio contemplado en el párrafo segundo del artículo 1o. de la Constitución que obliga a realizar la interpretación de

<sup>35</sup> Rubio Llorente, Francisco y Favoreu, L., *El bloque de constitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 17 y ss.

## JAIME CÁRDENAS

---

todas las normas conforme a la Constitución y con apoyo en el principio *pro homine*.

El planteamiento anterior tiene relación con el control de constitucionalidad y convencionalidad a cargo de todas las autoridades y jueces del país. La reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada el 10 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación*, principalmente, cuando esta modificación constitucional prevé la obligación para todas las autoridades de realizar interpretación conforme a la Constitución y *pro homine* (párrafo segundo del artículo 1o. de la Constitución) y cuando el párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución se refiere a los métodos y criterios de interpretación en materia de derechos fundamentales: interdependencia, universalidad, indivisibilidad y progresividad. Lo mismo podemos decir de la resolución del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010 (caso Rosendo Radilla) que prevé el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad para las diversas autoridades del país. El cambio en la cultura jurídica que significan las transformaciones constitucionales anteriores entraña que algunos métodos y argumentos jurídicos —como el sistemático o todos los derivados de la interpretación y argumentación de principios— podrían cobrar en cuanto a su eficacia, una importancia mayor a la que tradicionalmente han tenido en la vida cotidiana de autoridades y jueces, así como también el empleo de los métodos y argumentos surgidos del derecho de los tratados, incluyendo la vinculación de los tribunales internos a resoluciones de órganos supranacionales.

Otros problemas vinculados a la argumentación sobre la validez de la misma Constitución tienen relación con la pregunta de si puede haber normas constitucionales inconstitucionales. Autores nacionales, como Carbonell, han aceptado la teoría de los límites implícitos para el poder revisor en la Constitución de 1917. Así propone que toda Constitución incluida la mexicana esté comprometida con valores mínimos, pues sustituir esos principios y valores equivale a poco menos que un golpe de Estado, aunque se haga a través de los mecanismos constitucionales. Cita a Ignacio de Otto que sobre el tema sostenía: “no sería conforme a la Constitución suprimir la democracia misma, ni siquiera utilizando para ello procedimientos democráticos... *Si el pueblo tiene un poder al que renuncia no puede tener su fundamento en el poder del pueblo, porque esto significa que no ha habido tal renuncia...*”<sup>36</sup> Estos puntos de vista son totalmente atendibles a la luz de lo que dispone el vigente párrafo

<sup>36</sup> Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, 1998, pp. 264-266.

## PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

segundo del artículo 29 de la Constitución, que determina que ni cuando haya suspensión de garantías pueden restringirse o suspenderse determinados derechos que la norma enumera, lo que significaría al menos teóricamente que esos derechos de la Constitución tienen una posición preferente sobre otros derechos de la misma.

En el derecho comparado el control constitucional sobre las reformas a la Constitución aprobadas por el poder revisor corresponde a los tribunales constitucionales y a las cortes supremas. El órgano de constitucionalidad decide cuando una reforma a la Constitución es inconstitucional, ya sea porque el poder revisor violó límites expresos o límites implícitos materiales previstos en la Constitución o porque transgredió el procedimiento de reforma constitucional.

En México la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha querido asumir su papel constitucional e histórico. En distintas ocasiones ha rechazado la posibilidad de controlar materialmente las reformas constitucionales. Por ejemplo, en los amparos 2996/96 y 1334/98 promovidos por Manuel Camacho Solís en contra de la reforma constitucional electoral de 1996, la Corte estimó por mayoría de votos que una reforma a la Constitución en razón de sus contenidos —decisiones políticas fundamentales— es inimpugnable. Sin embargo, ha estimado que sí es posible dirigir una demanda de garantías en contra del procedimiento reformatorio de la Constitución, por ejemplo, en el amparo en revisión 186/2008.<sup>37</sup> Recientemente, la nueva Ley de Amparo dispone en su artículo 61, fracción I, como primera causa de improcedencia del juicio de amparo su promoción para impugnar reformas y adiciones a la Constitución, dando el ordenamiento jurídico con ello un paso hacia atrás.

No hay razón en el derecho mexicano para que la Suprema Corte continúe manteniendo una posición parcial e insuficiente. Si la Corte desea ser un auténtico Tribunal Constitucional debe empezar por controlar las actuaciones del poder revisor de la Constitución, de otra manera, si sus facultades sólo se constriñen al control constitucional de la legalidad, significará que hay porciones de la producción normativa que están fuera del alcance de la jurisdicción constitucional y ello hará posible que mediante una reforma a la Constitución se puede trastocar todo el sistema constitucional, vaciando de contenidos y de sentido a la Constitu-

<sup>37</sup> Para estudiar con mayor profundidad estas cuestiones véase Cárdenas Gracia, Jaime, “Comentario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México al amparo en revisión 186/2008 sobre la procedencia del juicio de amparo para impugnar una reforma a la Constitución”, *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 57, 2011, pp. 133-159.

**JAIME CÁRDENAS**

---

ción, vulnerando las decisiones políticas fundamentales del pueblo de México.

Un problema adicional con la Constitución respecto a la argumentación es si sus normas son cumplidas, si son eficaces porque las autoridades les dan pleno cumplimiento —si no existe inconstitucionalidad por omisión—. El carácter obligatorio y vinculante de la Constitución, significa que ésta no contiene un catálogo de buenas intenciones sino que sus disposiciones normativas —reglas, principios y valores— son de inmediata vinculación y cumplimiento por parte de las autoridades y ciudadanos, obviamente en los términos que la propia Constitución establece. Los actos y omisiones de autoridades y particulares en contra de la Constitución son inconstitucionales. Para enfrentar las inconstitucionalidades las Constituciones prevén una serie de mecanismos procesales para ser defendidas. Esos instrumentos de impugnación y procedimientos son llamados medios de control de constitucionalidad. En muchos países del mundo, esos mecanismos se encargan al conocimiento de cierto tipo de tribunales que se conocen como tribunales o cortes constitucionales, en el caso de México y hasta ahora, la encomienda la tiene el Poder Judicial de la Federación. En nuestro país, los más importantes medios de control de constitucionalidad son: el juicio de amparo previsto en los artículos 103 y 107 constitucionales, las controversias constitucionales establecidas en el artículo 105, fracción I, de la Constitución y las acciones de inconstitucionalidad contempladas en la fracción II del artículo 105 ya citado. Sin embargo, los anteriores mecanismos procesales son insuficientes para que la Constitución tenga pleno carácter normativo —no existen, por ejemplo, en nuestro país acciones ciudadanas o populares de inconstitucionalidad para que sin demostrar interés legítimo ni jurídico alguno un grupo de ciudadanos o un ciudadano pueda reclamar el cumplimiento de los principios constitucionales—. Una Constitución normativa exige que se reduzca el divorcio o separación entre la Constitución y la realidad, y viceversa.

*5. Los problemas con la validez y vigencia de las normas.*

*Las normas derogatorias*

En cuanto a los problemas argumentativos referidos tanto a la validez como a la vigencia, cabe decir que en nuestro derecho existen dos sistemas de iniciación de la vigencia: el sucesivo y el sincrónico. El primero se da cuando la ley en sus artículos transitorios no fija fecha precisa para el inicio de su vigencia. En ese caso, el artículo 3o. del Código Civil

## PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

para el Distrito Federal establece la regla general de que la ley entra en vigor tres días después de su publicación en el *Diario Oficial*.<sup>38</sup> El sistema sincrónico por el contrario se contempla en el artículo 4o. del Código Civil para el Distrito Federal, mismo que consiste en la determinación precisa que el legislador hace de la fecha en que debe regir una ley con tal de que la publicación haya sido anterior. En ambos sistemas, el lapso comprendido entre el momento de la publicación y aquél en que la norma entra en vigor recibe el nombre de “vacatio legis”. Este plazo se brinda en atención a los destinatarios, para que estén en condiciones de conocer la ley y de cumplirla. Lo anterior es muy relevante porque la ignorancia de la ley no sirve de excusa para su cumplimiento,<sup>39</sup> aunque el artículo 21 del Código Civil para el Distrito Federal indica que los individuos que incumplan las leyes que ignoraban por su apartamiento de las vías de comunicación o por su miserable situación económica, pueden ser eximidos de las sanciones en que hubieren incurrido o, de ser posible, concederles un plazo para que las cumplan, siempre y cuando el ministerio público lo solicite y se trate de leyes que no afecten directamente al interés público.

Un elemento fundamental en México para que cualquier ley sea obedecida para su vigencia, además de su publicación y del cumplimiento de la fecha para su entrada en vigor, consiste en el refrendo ministerial. Éste se encuentra previsto en el artículo 92 de la Constitución que señala: “Todos los reglamentos, decretos, acuerdos y ordenes del presidente deberán estar firmadas por el secretario de Estado o jefe de departamento administrativo a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serán obedecidos”.

La ley se encuentra válida y en vigor mientras otra ley no la abrogue o derogue.<sup>40</sup> El artículo 9o. del Código Civil para el Distrito Federal indica: “La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior”. La abrogación implica la supresión to-

<sup>38</sup> El artículo 3o. del Código Civil señala: “Las leyes, reglamentos, circulares o cualesquiera otras disposiciones de observancia general para el Distrito Federal, obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en la Gaceta Oficial”.

<sup>39</sup> El artículo 6o. del Código Civil reza: “La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”.

<sup>40</sup> 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. Huerta O., Carla, *Conflictos normativos*, cit., p. 140.

## JAIME CÁRDENAS

---

tal de un cuerpo normativo y la derogación (la eliminación) de algunas partes del mismo.

Es importante señalar que la derogación afecta a la validez y a la vigencia de las normas limitando o constriñendo en el tiempo su aplicabilidad o capacidad regulativa. El efecto derogatorio consiste en circunscribir la eficacia de las normas derogadas desde el momento en que entra en vigor la norma derogatoria; se trata, pues, de un efecto *ex nunc* o pro futuro, por eso, las relaciones que se hayan constituido al amparo de la norma derogada antes de la derogación siguen siendo reguladas por ella. A ese fenómeno se le llama ultraactividad de las normas derogadas.

La derogación de las normas es diferente a la anulación de las normas por declaración de inconstitucionalidad de las mismas. Entre las diferencias más importantes podemos anotar las siguientes: 1) la anulación de las leyes en los sistemas de control concentrado de constitucionalidad puede producir, dependiendo de las características del sistema jurídico, efectos *ex tunc* (retroactivos), la derogación opera siempre *ex nunc* (o pro futuro); 2) en la inconstitucionalidad de normas, en principio, no es posible la ultraactividad de la ley anulada; 3) puesto que cabe aplicar ultraactivamente la ley derogada, aún es posible anularla, mientras que no tiene sentido anular (de nuevo) una ley que ha sido anulada; 4) en los sistemas de constitucionalidad concentrados, la inconstitucionalidad o anulación de las normas surte sus efectos sólo si media declaración previa del Tribunal Constitucional; en cambio, los efectos de la derogación surgen de manera automática desde la entrada en vigor de la ley derogatoria, con lo que cualquier juez puede inaplicar sin más la ley derogada.

Existen distintos tipos de derogación de normas: expresa, tácita y expresa indeterminada. La derogación expresa se produce por medio de una disposición derogatoria que identifica con precisión el objeto de la derogación. La derogación tácita se produce cuando disposiciones jurídicas nuevas entran en contradicción total o parcial con las normas jurídicas previas. La derogación expresa indeterminada ocurre cuando la disposición derogatoria no señala con precisión que norma queda derogada y, sólo se señala de manera genérica que “quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente ley”. En los casos anteriores, sobre todo, cuando se trata de derogación tácita o expresa indeterminada puede producirse muchos problemas argumentativos para identificar cuáles son las normas que pertenecen al sistema.

---

## PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

---

### 6. *Problemas argumentativos sobre las normas de producción normativa*

Respecto a los problemas argumentativos sobre la producción jurídica es importante tener en cuenta que el fundamento normativo de la superioridad de la Constitución y los tratados en materia de derechos humanos en México, respecto del resto al resto de las normas, no sólo se encuentra en el artículo 133 de la misma, sino en otros preceptos, como los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 1o. de la carta magna que obliga a la interpretación conforme y *pro homine* —normas que dan lugar al control de constitucionalidad y convencionalidad— y, en una serie de disposiciones que contienen normas sobre la producción normativa (NSP) que establecen los procedimientos de creación de nuevas normas. Entre las normas más importantes sobre la producción jurídica que establece la Constitución mexicana podemos señalar: 1) el artículo 135 que prevé los órganos y el procedimiento de reforma a la Constitución; 2) los artículos 89, fracción X, y 76, fracción I, que establecen los órganos y procedimientos que intervienen en la aprobación de los tratados internacionales; 3) los artículos 71 y 72 que contemplan los órganos y procedimientos para la aprobación de las leyes federales; 4) el artículo 29 que confiere al presidente de la República facultades extraordinarias —entre otras para aprobar normas— en caso de suspensión de garantías; 5) el artículo 131, párrafo segundo que determina facultades a favor del ejecutivo para legislar en materia de comercio exterior; 6) el artículo 73, fracción XVI, que señala facultades normativas al Congreso y al ejecutivo para dictar medidas en materia de salubridad general; 7) el artículo 70, párrafo segundo que da competencia al Congreso de la Unión para dictar la ley reguladora del régimen y estructura interna del poder legislativo; 8) los artículos 89, fracción I, 27, párrafo quinto, y 92 que confieren la facultad reglamentaria al ejecutivo; 9) los artículos 94, párrafo quinto y sexto y 41, fracción III, que dan competencia reglamentaria a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y al Instituto Federal Electoral; 10) el artículo 73, fracción III, que regula competencias del Congreso de la Unión para admitir nuevos estados dentro de la Federación; 11) el artículo 94, párrafo octavo que establece la competencia al poder judicial federal para establecer la jurisprudencia; 12) el artículo 94, párrafo séptimo que da competencia a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para dictar acuerdos generales; 13) el artículo 14, párrafo cuarto que establece la posibilidad de aplicación de principios generales del derecho a falta de ley; 14) el artículo 2o., A, fracción II, que faculta a los pueblos y las comunidades indígenas a aplicar sus propios sistemas

## JAIME CÁRDENAS

---

normativos; 15) el artículo 115, fracción II, que faculta a los municipios a dictar bandos de policía y gobierno, reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general; 16) el artículo 124 que establece la cláusula residual de creación normativa a favor de los estados, y 17) el artículo 122 que establece competencias a distintos órganos de gobierno del Distrito Federal para crear normas.

### *7. Los problemas de jerarquía de fuentes y el control de constitucionalidad y convencionalidad*

Finalmente, dentro de los problemas argumentativos relacionados con la unidad del ordenamiento, debemos mencionar los problemas con las fuentes del ordenamiento, principalmente los problemas de jerarquía normativa pero no sólo éstos. Para empezar es importante que asumamos en nuestro derecho, lo relacionado con el control de constitucionalidad y convencionalidad, porque los principios derivados de esos controles exigen que todas las normas secundarias se interpreten y argumenten desde la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

A partir de la reforma constitucional sobre derechos humanos publicada el 10 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación*<sup>41</sup> —principalmente el párrafo segundo del artículo 1o. de la carta magna— y, con apoyo también, en la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en el expediente Varios 912/2010 (caso Rosendo Radilla Pacheco, su engrose fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 4 de octubre de 2011) que delimitó el contenido del control de convencionalidad en nuestro país, admitió el control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad y, reconoció que éste debía ejercerse de oficio;<sup>42</sup> que es obligatorio y no potestativo para las autoridades, jueces locales y federales, interpretar y argumentar las normas secundarias a la luz de los principios *pro homine* y *favor libertatis* y realizar una interpretación conforme. Lo señalado entraña para todas las autoridades del

41 Existen antecedentes en México de ese control de constitucionalidad y convencionalidad previos a la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011. Véase Herrerías Cuevas, Ignacio y Rodríguez, Marcos del Rosario, *El control de constitucionalidad y convencionalidad. Sentencias que han marcado un nuevo paradigma (2007-2012)*, México, UBIJUS, 2012, pp. 53 y ss. También véase Nieto Castillo, Santiago y Espíndola Morales, Luis, *El juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. Competencia de Sala Regional*, México, Porrúa, 2012, pp. 103 y ss.

42 García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad", *Documento de Trabajo*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, noviembre de 2011.

## PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

país, maximizar para las personas los derechos fundamentales y los principios democráticos, según lo disponen los artículos 1o., 103, fracción I y, el 133 de la carta magna.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso Rosendo Radilla, indicó tres niveles para el control de convencionalidad que son: 1) los jueces del Poder Judicial de la Federación, al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar en los supuestos que determina el ordenamiento la invalidez de las normas que contravengan la Constitución y/o los tratados que reconozcan derechos humanos; 2) los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución y/o tratados que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones, y 3) las demás autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultadas para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en casos concretos.

El control de convencionalidad no implica optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional, sino que busca en principio, armonizar el ordenamiento jurídico interno con el convencional a través de una interpretación “convencional” de la norma nacional, una interpretación conforme, tal como lo ordena el párrafo segundo del artículo 1o. de la Constitución, en donde se debe atender a lo previsto en la Constitución, los tratados, las leyes y demás ordenamientos, para lograr la mayor efectividad del derecho humano o libertad de que se trate, con los mayores alcances posibles en términos de los principios *pro homine* y *favor libertatis*.<sup>43</sup> La obligación del control de convencionalidad no está sujeta a que las partes en un proceso o procedimiento lo soliciten, ese control debe ejercerse por las autoridades nacionales, con independencia de que las partes lo invoquen. Es un control no sólo difuso —a cargo de diversas autoridades— sino un control de oficio, en donde la autoridad electoral debe tener una participación proactiva aunque no haya instancia de parte, pues en este control prevalece el principio *iura novit curia*.

<sup>43</sup> Ferrer Mc Gregor, Eduardo, “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 131, mayo-agosto de 2011, pp. 917-967.

**JAIME CÁRDENAS**

---

Hubiese sido, según la opinión de algunos,<sup>44</sup> trascendente que en la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada el 10 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación*, en el artículo 133 de la Constitución se reconociera la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en relación con otros tratados y leyes. Ello, sin embargo, desde mi punto de vista no es necesario porque el párrafo 1 del artículo 1o. de la Constitución dota a los tratados en materia de derechos humanos de similar jerarquía a la Constitución.

En todo caso a la luz de los precedentes tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, con fundamento en los artículos 1o., 103, fracción I, y 133 de la Constitución, en México desde la reforma del 10 de junio de 2011, existe la obligación para todas las autoridades para entender el ordenamiento jurídico, empezando por la Constitución, como un bloque jurídico donde sus normas —reglas, principios y valores— y diversas fuentes jurídicas deben interpretarse y argumentarse de manera conforme, de forma sistemática orientando esa argumentación por los fines y valores fundamentales que prevé la Constitución y los tratados en materia de derechos humanos. La interpretación conforme otorga significado a las normas adecuando las normas a otras normas. Karl Larenz señala que el argumento sistemático cumple con cuatro características: 1) presta atención al contexto para elaborar un discurso jurídico coherente; 2) expresa la concordancia objetiva de las disposiciones dentro de la regulación; 3) presta atención a la ordenación externa de la ley hacia otras fuentes jurídicas no dominantes, y 4) presta atención a la sistemática conceptual subyacente a la conexión de significado de la ley, que permite desarrollar conceptos y categorías jurídicas dogmáticas.<sup>45</sup>

La unidad del ordenamiento, no obstante lo anterior, puede seguir presentando problemas argumentativos en relación con la jerarquía de las fuentes, pues es obvio que no todas tienen la misma significación e importancia. De esta suerte, dentro del bloque que representa el ordenamiento, el intérprete o argumentador, tendrá que establecer los pesos adecuados entre las diversas fuentes del derecho para realizar interpretaciones sistemáticas o conformes plausibles.

<sup>44</sup> Herrerías Cuevas, Ignacio y Rodríguez, Marcos del Rosario, *El control de constitucionalidad y convencionalidad. Sentencias que han marcado un nuevo paradigma (2007-2012)*, cit., p. 75.

<sup>45</sup> Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 321-324.

## PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

Sin embargo, el tema de las fuentes y su jerarquía resulta problemático en la teoría general del derecho por las siguientes razones: 1) la imposibilidad de elaborar una teoría general de las fuentes con la pretensión de validez en todos los ordenamientos jurídicos; 2) la dificultad para perder de vista que los modos de producción jurídica o fuentes son mecanismos sociológicos y políticos de legitimación del poder; 3) la diferencia entre las familias jurídicas que conceden a ciertas fuentes un lugar privilegiado, así en la familia romano germánica, la ley tenía una función fundamental y, en el *Common Law*, lo tiene el precedente; 4) la diversidad de teorías de las fuentes del derecho en los sistemas jurídicos orientales, tales como en el derecho hindú o en el derecho musulmán; 5) la existencia de posiciones jurídicas pluralistas que establecen fuentes diversas a las que se originan en los centros de producción jurídica del estado; 6) la posición que en los sistemas jurídicos contemporáneos y democráticos tiene la Constitución, los principios y los valores jurídicos; 7) el rol que desempeña el modelo argumentativo del derecho; 8) la influencia de la globalización jurídica, vía la importancia creciente de los tratados y decisiones de autoridades supranacionales; 9) el fortalecimiento de los centros de emanación jurídica locales y regionales, y 10) el paso del Estado liberal de derecho centrado en la ley al Estado constitucional de derecho centrado en la Constitución.

Es evidente la crisis de la "centralidad" de la ley en el sistema estatal de fuentes, debe decirse que uno de los rasgos más relevantes del Estado constitucional de nuestro tiempo es la asunción del valor normativo de la Constitución. La Constitución, concebida como auténtica norma jurídica, ha venido a ocupar la posición de centralidad que en el Estado liberal correspondía a la ley. La consecuencia es evidente en el Estado constitucional, la ley está sometida a un nivel más alto de derecho que es la Constitución y los tratados en materia de derechos humanos, cuya vinculatoriedad se garantiza a través de los principios de los artículos 1o., 103, fracción I, y 133 de la Constitución.

Además de lo anterior existe una crisis de certeza y de racionalidad de la ley,<sup>46</sup> pues la sobreabundancia de leyes, ciertamente, produce dos efectos igualmente negativos: por un lado, hace que el ciudadano común y los mismos operadores jurídicos estén cada vez más desorientados ante la inflación legislativa de nuestra época, con el consiguiente déficit en el conocimiento del derecho; por otro, es evidente que la superproducción de leyes disminuye también la posibilidad de su formación esmerada y ponderada, y propicia la creación de leyes no

<sup>46</sup> García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Civitas, 1984, pp. 155 y ss.

**JAIME CÁRDENAS**

---

contundentes, ambiguas, farragosas y, en este sentido, irracionales que producen inseguridad jurídica e injusticia.

La decadencia de la ley también obedece a que ésta ha perdido sus características de generalidad y abstracción. La ley que en el Estado liberal decimonónico era la expresión de la homogeneidad de valores culturales de la burguesía tiene que ser en nuestros días la expresión de valores e intereses heterogéneos que a su vez son la manifestación de la pluralidad de fuerzas políticas y sociales que participan en el proceso legislativo. Las leyes se contractualizan, se negocian, se pactan, y no se presumen como el producto de valores fuera de duda o conflicto ni se estiman como capaces de representar el interés general sino tan sólo la fuerza de las mayorías. Por lo anterior la coherencia, generalidad, abstracción y racionalidad de la ley ceden paso a leyes sectoriales, ocasionales y temporales.<sup>47</sup> Sin embargo, aunque la ley debe ser interpretada y aplicada a la luz de los principios y valores de la Constitución y los tratados, sigue siendo una fuente fundamental del sistema, pero sin la posición de privilegio que en el pasado tuvo. La ley está en relación a otras fuentes como la Constitución, los tratados —principalmente los tratados en materia de derechos humanos—, las decisiones judiciales internacionales y nacionales y el carácter argumentativo del derecho.

De lo expuesto queda en evidencia que la disciplina de las fuentes del derecho se extiende actualmente a la consideración del proceso global de producción y aplicación del derecho —supranacional, nacional y subnacional—, en donde las normas de producción jurídica o de cambio, en la terminología de Hart, deben ser la materia principal de objeto y de análisis de cualquier teoría de las fuentes. Igualmente, la interpretación, la aplicación y el razonamiento jurídico desempeñan un papel central en la teoría de las fuentes, pues la interpretación y aplicación de las normas son fuentes en sí mismas y no pueden ser entendidas en un sentido mecanicista. El concepto de fuentes no debe limitarse a contemplar las diversas categorías normativas por su origen, sino que debe analizarlas en virtud de su relación con otras categorías, es decir, la confluencia de varios órganos, diversidad de procedimientos de producción, etcétera. Lo que significa que cualquier teoría de fuentes es parte de la teoría del ordenamiento, en la que la Constitución y los tratados en materia de derechos humanos son fuente principal del sistema y, desempeñan funciones de unificación, validación y de supremacía respecto al resto de las otras fuentes.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 36 y 37.

<sup>48</sup> Balaguer Callejón, Francisco, *Fuentes del derecho*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 51.

## PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

### IV. LOS PROBLEMAS ARGUMENTATIVOS RELACIONADOS CON LA COHERENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Existe en el ordenamiento la pretensión de que las normas que lo integran no sean incompatibles entre sí, que no se opongan entre ellas. A esta aspiración se le denomina coherencia. La realidad, sin embargo, es distinta y es bastante común encontrar entre las normas de un ordenamiento diversas contradicciones, de suerte que los intérpretes y aplicadores de las mismas, en el caso de las reglas, tienen que optar por alguna de ellas a través de algunos criterios de preferencia y, en el caso de los principios intentan armonizarlas dentro del ordenamiento o establecer una jerarquía móvil entre los principios de acuerdo al caso concreto. Las antinomias pueden derivarse de la contradicción entre las normas o ser provocadas por la autoridad a través de la interpretación.

#### 1. *Los problemas argumentativos que surgen de las antinomias de reglas*

En la teoría del derecho se ha señalado que la solución de antinomias de reglas se resuelve acudiendo, entre otros, a los famosos criterios de jerarquía, especialidad y cronológico. Bobbio, en particular, recoge las enseñanzas del derecho romano y explica como desde el *Digesto* se argumentaba en contra de la posibilidad jurídica de incompatibilidades de normas dentro del sistema. ¿Qué es una antinomia? Es una colisión entre normas, cuando éstas se relacionan bajo el siguiente esquema:<sup>49</sup>

- 1) Norma obligatoria vs. norma prohibitiva.
- 2) Norma obligatoria vs. permiso negativo.
- 3) Norma prohibitiva vs. permiso positivo.
- 4) Norma obligatoria vs. permiso positivo.
- 5) Norma prohibitiva vs. permiso negativo.
- 6) Norma que establece un permiso positivo vs. norma que establece un permiso negativo.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> No debe perderse de vista que existen en el derecho las llamadas antinomias impropias que son tanto empíricas o fácticas y valorativas. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, cit., p. 453.

<sup>50</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1992, pp. 189-219.

## JAIME CÁRDENAS

---

La colisión de normas (reglas) es producto de normas contrarias, contradictorias, subcontrarias o subalternas. La antinomia para que se dé, exige también dos condiciones:<sup>51</sup> a) las dos normas deben pertenecer al mismo ordenamiento y, b) las dos normas deben tener el mismo ámbito de validez (temporal, espacial, personal y material).

Por tanto, la antinomia jurídica es una situación en la que dos normas son incompatibles a condición de que ambas permanezcan al mismo ordenamiento y estén dentro de similar ámbito de validez.

La incompatibilidad puede clasificarse atendiendo a su grado o nivel de contradicción, así existen antinomias:

- Total-total.
- Parcial-parcial.
- Total-parcial.<sup>52</sup>

La antinomia total–total ocurre cuando la incompatibilidad es absoluta y radical. Por ejemplo: una norma que prohibiera la huelga y otra que la permitiera.

La antinomia es parcial–parcial cuando cada una de las normas tiene un campo de aplicación que esta en conflicto con el de la otra, y un campo de aplicación en el que el conflicto no existe.

La antinomia total–parcial se da cuando su ámbito de validez es en parte igual y en parte diverso con relación a la otra. Hay antinomia total de la primera norma respecto a la segunda y solo parcial de la segunda respecto a la primera. La primera norma no puede ser aplicada en ningún caso sin entrar en conflicto con la segunda; la segunda tiene un ámbito de aplicación que no entra en contradicción con la primera.

Las antinomias se resuelven con tres criterios clásicos: cronológico, jerárquico y de especialidad. El criterio cronológico nos dirá que la ley posterior deroga a la anterior (*Lex posterior derogat priori*). El criterio jerárquico establece que frente a dos normas incompatibles prevalece la norma jerárquicamente superior (*Lex superior derogat inferiori*). Finalmente, el tercer criterio determina que la ley especial deroga a la general (*Lex specialis derogat generali*).

¿Qué ocurre cuando los criterios anteriores son insuficientes?, ¿cuándo ambas normas son contemporáneas, están en el mismo nivel y son las dos generales? El cuarto criterio nos dirá que apliquemos la nor-

<sup>51</sup> Gavazzi, G., *Delle antinomie*, Turín, Giappichelli, 1959, p. 53. Gavazzi señala que los presupuestos de las antinomias son: que sean normas jurídicas, que se encuentren vigentes, que pertenezcan al mismo sistema, y que formen parte del mismo ordenamiento jurídico.

<sup>52</sup> *Ibidem*, pp. 69-73.

## PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

ma más favorable y no la odiosa. En otras palabras, la norma que concede una libertad y no aquella que impone una obligación (*Lex permissiva* es *favorabilis* y una *Lex imperativa* es odiosa).

Se ha sumado a los criterios anteriores el de competencia y el de prevalencia. El de competencia implica resolver la antinomia atendiendo al análisis sobre el órgano que emita la norma o el acto. Las características básicas del criterio de competencia son tres: se ha de dar un conflicto entre normas provenientes de fuentes diferentes, entre las dos fuentes en cuestión no ha de haber una relación de jerarquía y cada una de las normas en conflicto por razón de la materia debe tener una esfera de competencias exclusivas para regular unas materias concretas. Sin estas tres condiciones, no tendría virtualidad este criterio, sino que bastaría con la aplicación del criterio jerárquico tradicional. Algunos sostienen que el criterio de competencia no es un método de resolución de antinomias sino una relación de jerarquía indirecta mediatizada por una norma interpuesta que es la Constitución.<sup>53</sup> En nuestro derecho, por ejemplo, un caso de esta antinomia se daría en el conflicto de competencias coincidentes en el ámbito del derecho federal, en donde la solución a un posible conflicto antinómico podría remitirse a los tres anteriores criterios tradicionales.

El criterio de prevalencia en algunos ordenamientos existe para resolver antinomias entre distintos ámbitos de competencia. En el caso del derecho alemán, en materia de atribuciones concurrentes, siempre prevalece el derecho federal sobre el local.<sup>54</sup> La característica principal del criterio de prevalencia es que ambas normas en conflicto son válidas, y por tanto competentes, ya que sólo opera cuando se dan competencias compartidas, excluyéndose de su ámbito de aplicación los supuestos de competencias exclusivas. Por este motivo, el principio de prevalencia no tiene reconocido un carácter general, sino limitado o condicionado por el de competencia, ya que sólo puede aplicarse una vez que se haya constatado que no existe vicio de competencia de una de ambas normas. En tal caso, si se produce un conflicto entre una norma federal y una norma local, en donde existen atribuciones concurrentes, prevalecerá la norma federal.<sup>55</sup>

<sup>53</sup> Ruiz Sanz, Mario, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2002, pp. 86-89.

<sup>54</sup> Gascón, Mariana, "La coherencia del ordenamiento. El problema de las antinomias", en Betegón, J. *et al.*, *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

<sup>55</sup> En México se discute mucho por la doctrina si existen o no atribuciones concurrentes. Muchos autores como De la Cueva o Carpizo lo niegan. De seguir este punto de vista, no podría existir en nuestro derecho la aplicación del criterio de prevalencia. Cárdenas, Jai-

## JAIME CÁRDENAS

---

En ocasiones, el conflicto entre reglas no puede ser resuelto acudiendo a los criterios mencionados. En la teoría tradicional del derecho se nos dirá que la solución se confía a la libertad del intérprete, el que valiéndose de todas las técnicas de la interpretación resuelve, y que para ello tiene tres posibilidades:

1. Eliminar una de las dos normas.
2. Eliminar las dos.
3. Conservar las dos.

La tercera vía es la que los intérpretes constitucionales siguen con más frecuencia porque no tiene un poder abrogativo frente al legislador. Se trata de un tipo de argumentación sistemática que relaciona el sentido de una norma con el resto de normas de un ordenamiento jurídico y, que además, tiene una doble dimensión: tanto negativa, que sirve para rechazar posibles significados de una norma incompatible con otras normas del sistema; como positiva, que responde a la necesidad de atribuir el significado conforme o más adecuado de la Constitución con el resto de normas del ordenamiento jurídico, cuando entran en conflicto o colisión valores, principios y derechos fundamentales.

También se puede presentar el conflicto entre criterios. El criterio más fuerte es el jerárquico, en caso de conflicto entre el criterio jerárquico con el cronológico, o entre el jerárquico y el de especialidad, prevalece el primero por el principio de jerarquía normativa. El segundo criterio en fortaleza es el de especialidad. El criterio más débil es el cronológico.<sup>56</sup>

me, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, UNAM, 2000, pp. 203-206.

<sup>56</sup> Mario Ruiz Sanz, elabora el siguiente cuadro de conflicto entre criterios, incorporando los criterios de competencia y de prevalencia. Las situaciones que podrían presentarse según este autor son las siguientes: 1) Conflicto entre el criterio jerárquico y el de competencia. Tendría lugar entre una norma superior e incompetente y otra norma inferior pero competente. Si se aplica el criterio jerárquico vale la primera norma; en cambio si se usa el de competencia, sirve la segunda. 2) Conflicto entre el criterio cronológico y el de competencia. Procedería entre una norma posterior e incompetente, frente a otra norma anterior y competente. Por cronología prevalece la primera; por competencia, la segunda. 3) Conflicto entre el criterio de especialidad y el de competencia. Acontecería entre una norma especial pero incompetente frente a otra norma general con respecto a la primera y competente. Por especialidad se aplicaría la primera, por competencia, la segunda. 4) Conflicto entre el criterio jerárquico y el de prevalencia. Sucedería entre una norma superior y no prevalente, frente a otra norma inferior y prevalente. Con jerarquía se aplicaría la primera norma; con prevalencia, la segunda. 5) Conflicto entre el criterio cronológico y el de prevalencia. Estaría presente entre una norma posterior y no prevalente frente otra norma anterior y prevalente. Con cronología aplicaríamos la primera; con prevalencia, la segunda. 6) Conflicto entre el criterio de especialidad y el de prevalencia. Se daría entre una norma especial y no prevalente y otra norma general con respecto a la primera pero prevalente. Aplicando espe-

## PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

Los problemas pueden ser mayúsculos y dan lugar a lo que se conoce como antinomias de segundo grado —la incompatibilidad no surge entre las normas o su interpretación, sino entre los propios criterios para solucionar las antinomias—. Se habla así de conflictos entre: el criterio de jerarquía y el de competencia, entre el de jerarquía y prevalencia, entre el de jerarquía y el cronológico, entre el de jerarquía y el de especialidad, entre el de competencia y prevalencia, entre el de competencia y el cronológico, entre el de competencia y de especialidad, entre el de prevalencia y el cronológico, entre el de prevalencia y el de especialidad, y entre el cronológico y el de especialidad. El criterio jerárquico siempre será el más importante, pero cada caso concreto exige un análisis detallado para establecer la superioridad de un criterio sobre el otro, sobre todo cuando están involucrados con el criterio jerárquico, los criterios de competencia o el de especialidad.<sup>57</sup>

### 2. *Los problemas argumentativos derivados de las colisiones entre principios jurídicos*

Los conflictos entre normas no se dan sólo a nivel de reglas. Si subimos un escalón más, podemos decir que en todas las partes del orden jurídico se notan fricciones entre los principios de todo derecho, es decir, entre los principios de justicia, de funcionalidad y de seguridad jurídica; ninguno de los principios puede ser realizado de manera total, alguno de ellos tiene que ser sacrificado, total o parcialmente, dependiendo de los casos.<sup>58</sup>

El problema de colisiones entre principios, no puede atenderse como el problema de las antinomias entre reglas. Los conflictos entre principios, según algunos, se caracterizan:

- 1) Porque o bien no existe una superposición de los supuestos de hecho de las normas (reglas) de manera que es imposible catalogar en abstracto los casos de posible conflicto, como ocurre con la igualdad o con los dere-

cialidad se daría la primera; con el criterio de prevalencia se priorizaría la segunda. 7) Conflicto entre los criterios de competencia y prevalencia. En caso de una norma competente y no prevalente, frente a otra norma incompetente pero prevalente. Desde competencia se tendría en cuenta la primera; desde prevalencia, la segunda. Consultar Ruiz, Sanz, Mario, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, cit., pp. 91 y 92.

<sup>57</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, cit., pp. 467-471.

<sup>58</sup> Engisch, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de Ernesto Garzón, Madrid, Guadarrama, 1967, pp. 204 y 205.

## JAIME CÁRDENAS

---

chos fundamentales; bien porque, aún cuando pudieran identificarse las condiciones de aplicación, se trata de mandatos que ordenan observar una conducta en la mayor medida posible, siendo así que la determinación de lo exigible depende de la concurrencia de otros principios o mandatos; 2) porque, dada la naturaleza constitucional de los principios en conflicto y el propio carácter de estos últimos, la antinomia no puede resolverse mediante la declaración de invalidez de alguna de las normas, pero tampoco concibiendo una de ellas como excepción permanente a la otra; 3) porque, en consecuencia, cuando en la práctica se produce una de estas contradicciones la solución puede consistir bien en el triunfo de una de las normas, bien en la búsqueda de una solución que procure satisfacer a ambas, pero sin que pueda pretenderse que en otros casos de conflicto el resultado haya de ser el mismo...<sup>59</sup>

Cómo se solucionan los conflictos entre principios es una cuestión difícil. Algunos proponen tres posibles situaciones teóricas de contradicción entre principios: 1) un conflicto normativo entre un principio en sentido estricto y una directriz o norma programática: se resolvería con la aplicación preferente del primero, puesto que los principios en sentido estricto recogen valores que se consideran “razones categóricas frente a cualesquiera interés”; 2) un conflicto normativo entre dos principios en sentido estricto; entonces habría que ponderar las razones de cada uno de ellos, así como la preferencia aplicativa de uno sobre el otro, y 3) un conflicto normativo cuando entran en conflicto dos directrices o normas programáticas, aquí la solución implica determinar la articulación de políticas capaces de lograr, en el mayor grado posible la consecución de los objetivos recogidos en las normas programáticas, por tanto, la ponderación, es la base de la solución a estas antinomias.<sup>60</sup> Sin embargo, el principal método de solución de colisiones entre principios constitucionales es el principio de proporcionalidad *lato sensu*.

Los principios que no son excluyentes en el plano abstracto, no siguen entonces la lógica de las reglas. En los principios, la solución se da caso por caso a partir de una relación de preferencia condicionada. El modo de resolver colisiones de principios se llama en términos gruesos ponderación, aunque como vamos a ver a continuación, la ponderación es un elemento del principio de proporcionalidad *lato sensu*. Otros métodos de solución son: el uso del principio del contenido esencial, la razonabilidad, la concordancia práctica, que entre otros se expondrán. La

<sup>59</sup> Prieto Sanchis, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp.183 y 184.

<sup>60</sup> Ruiz Sanz, Mario, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, cit., pp. 119 y 120.

## PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

ponderación entraña una relación de continuidad y efectos recíprocos entre los principios; el perfil o delimitación entre los principios se resuelve siempre en concreto a la luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros principios en pugna. Dentro de la Constitución no existen jerarquías internas, por lo tanto, la realización entre principios debe ser precisada en cada situación específica. Los principios deben optimizarse perviviendo entre ellos, no eliminándose mutuamente. Por eso, el resultado de la interpretación entre principios opuestos, no es el triunfo aplastante de alguno de ellos, sino su armonización, la búsqueda de una solución intermedia que procure la menor lesión entre los principios contradictorios.

La ponderación o proporcionalidad estricta se caracteriza como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para normar *prima facie* un cierto caso y la construcción de una regla para atender en definitiva ese caso. La regla podría generalizarse y cuando ello ocurre hace innecesaria la ponderación en casos futuros.

Un asunto que no debe perderse de vista en la ponderación o proporcionalidad estricta reside en el objeto de la ponderación: una jerarquía móvil de principios,<sup>61</sup> que deben ser jerarquizados por el juzgador caso a caso. Éste, desde luego, tiene un ámbito de discrecionalidad, asunto que ha sido muy criticado desde ciertas posiciones que consideran que los juzgadores se transforman en colegisladores y hasta en coautores de la Constitución.

### V. LOS PROBLEMAS ARGUMENTATIVOS VINCULADOS A LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO

El artículo 18 del Código Civil para el Distrito Federal señala: “El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia”. El artículo 19 de ese Código dice: “Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho”. Este precepto se fundamenta en el último párrafo del artículo 14 constitucional que contiene el mismo principio. En cuanto a la materia penal, el penúltimo párrafo del artículo 14 establece: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por

<sup>61</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 122-126.

## JAIME CÁRDENAS

---

mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

Los preceptos anteriores imponen a los jueces y autoridades la obligación de resolver y de hacerlo conforme al sistema de fuentes jurídicas establecidas. Lo anterior entraña la idea de plenitud del ordenamiento, es decir, la convicción de que en el ordenamiento existe una norma para regular cada caso. La plenitud trata de desmentir que existan en el sistema jurídico lagunas o ausencia de normas en él.

Existe una gran variedad de tipologías sobre las lagunas. Por los motivos que las originan podemos clasificar a las lagunas en subjetivas u objetivas. Las subjetivas son las que dependen de la voluntad del legislador de manera intencional para que los órganos inferiores ejecuten las acciones trazadas por el legislador o para que los particulares ejecuten las acciones trazadas por aquél; también son lagunas subjetivas las que son producto de la negligencia del legislador. Las lagunas objetivas son independientes de la voluntad del legislador y se deben a diversos factores como el envejecimiento de los códigos, el desarrollo de las relaciones sociales o la evolución científica o tecnológica.

Otra clasificación de las lagunas atiende a la particularidad o generalidad de las normas. Se habla así de lagunas *praeter-legem* y lagunas *intra-legem*. Las primeras tienen lugar cuando las reglas expresas son tan concretas que no comprenden todos los casos a nivel de particularidad. Las *intra-legem* se presentan cuando las normas jurídicas son tan generales que en su interior hay grandes vacíos a colmar, como por ejemplo, las lagunas voluntarias que se remedian delegando a otras autoridades para que formulen nuevas normas dentro de las expresas.

Una clasificación más es la que distingue entre lagunas de conocimiento y lagunas de reconocimiento. La laguna de conocimiento es la que resulta de la ausencia de información sobre los hechos del caso. Por su parte, la laguna de reconocimiento surge como producto de la indeterminación semántica por vaguedad del caso.

Hay quien clasifica las lagunas en totales y parciales. Una laguna total es producto de la ausencia de normas obligatorias y de permisivas negativas. Una laguna parcial es el resultado de la ausencia de normas permisivas negativas, pero no de permisivas positivas.

También se ha distinguido las lagunas en ideológicas o impropias y lagunas propias o reales. Las lagunas ideológicas implican la ausencia de una solución satisfactoria, es decir, de una norma justa relativa al

## PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

caso.<sup>62</sup> Las lagunas reales o propias entrañan la ausencia normativa o de criterios adecuados referentes al caso.

La idea de plenitud tiene sus orígenes en la Edad Media, cuando los juristas medievales conocieron y recibieron el derecho romano. Se entendió que el *Corpus Iuris* era un derecho acabado, definitivo y completo. Con la escuela de la exégesis del siglo XIX y la codificación se perfeccionó la idea de plenitud del ordenamiento. El Código decimonónico era el único derecho y contenía todos los preceptos jurídicos elaborados racionalmente, lo que negaba otras fuentes jurídicas y rechazaba cualquier interpretación que no realizara el legislador (la interpretación auténtica).

En nuestra época, se mantiene el dogma de la plenitud para fortalecer al Estado y el monopolio que pretende ejercer sobre la producción jurídica, a fin de no admitir fuentes ajenas y no oficiales al Estado, que tengan su origen en comunidades indígenas, grupos sociales, económicos o religiosos, o que provengan del ámbito doctrinal, judicial, ideológico o moral. Como el resto de las características del ordenamiento que hemos estudiado, la plenitud es una aspiración o un ideal del ordenamiento y como tal siempre imperfecto e inalcanzable.

Hoy en día, el movimiento a favor de la plenitud que provocó la codificación del siglo XIX se encuentra en crisis. Los códigos no proveen de todas las soluciones jurídicas y aunque lo pretendan no pueden comprender todas las hipótesis normativas que la realidad, que el avance de la ciencia o de la tecnología genera. No obstante, existen teorías jurídicas que insisten en la defensa a ultranza de la plenitud.

Bergbohm elaboró la teoría del espacio jurídico vacío. Esta teoría entiende que el derecho representa una limitación a libre actividad humana, de tal manera que fuera de la esfera regulada por el derecho —el espacio jurídico pleno— el ser humano es libre para hacer lo que desee —el espacio jurídico vacío—. Ahí donde el derecho llega con sus normas no hay lagunas; pero allí donde no llega, el espacio está vacío, lo que no significa que existan lagunas sino un ámbito que es indiferente al derecho. Esta tesis ha sido criticada por Bobbio al considerar que Bergbohm identifica indebidamente lo jurídico con lo obligatorio y, porque no es posible en democracia y dentro del Estado de derecho, que la libertad no esté protegida, pues ello significaría la licitud del uso de la fuerza privada.<sup>63</sup>

<sup>62</sup> Según Guastini, el principio de igualdad es una poderosa máquina para la producción de las lagunas axiológicas en la legislación. Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2008, p. 91.

<sup>63</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, cit., pp. 230-233.

**JAIME CÁRDENAS**

---

Zitelmann construye la teoría de la norma general exclusiva. Según esta teoría no hay lagunas porque el derecho nunca falta, no hay límites del derecho. Zitelmann establece que en todo ordenamiento jurídico hay dos tipos de normas: 1) normas particulares inclusivas que son las que regulan casos concretos de forma permisiva o prohibitiva, y 2) norma general exclusiva que es aquella norma que regula en forma contraria —permisiva o prohibitiva— todos aquellos comportamientos no comprendidos en las normas particulares inclusivas. Cualquier caso está regulado, ya sea por las normas particulares inclusivas o por la norma general exclusiva. Bobbio ha indicado que no sólo existen normas particulares inclusivas y la general exclusiva, sino que existe también una norma general inclusiva que permite al juez colmar lagunas recurriendo a normas que regulen casos similares o análogos —la interpretación extensiva y la analogía—, por lo que, según Bobbio, el problema de las lagunas puede atenderse ya sea usando la norma general exclusiva que es un argumento a contrario o a través de la norma general inclusiva que implica un argumento analógico.<sup>64</sup> Considerando lo anterior, Bobbio sostiene que la laguna consiste en la falta de un criterio —analógico o a contrario— para elegir cuál de las reglas generales debe ser aplicada.

Por su parte, Bulygin estima que los sistemas jurídicos son abiertos y completables —nunca completos—. A diferencia de Bobbio, en donde las lagunas son consecuencia de la ausencia de normas prohibitivas y permisivas positivas (permisos de hacer), para el profesor argentino, las lagunas son el resultado de la ausencia de normas obligatorias y permisos negativos (lagunas totales) o, bien, de la ausencia de normas permisivas negativas, pero no de permisos positivos (laguna parcial). De esta manera, la tesis de Bulygin se opone por un lado a Kelsen, que afirmaba la inexistencia de lagunas en el ordenamiento, como a la de Norberto Bobbio, que las reconoce, pero las explica por la ausencia de normas que prohíben y que permiten hacer.<sup>65</sup>

La teoría jurídica proporciona en consecuencia procedimientos o criterios de solución de lagunas, entre éstos destacan los criterios de heterointegración y los de autointegración.<sup>66</sup> Con el criterio de heterointegración se acude a elementos externos al ordenamiento, tales como el

<sup>64</sup> *Ibidem*, pp. 234-238.

<sup>65</sup> Alchourron, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974; Atria *et al.*, *Lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

<sup>66</sup> Martínez Roldán, Luis y Fernández Suárez, Jesús A., *Curso de teoría del derecho*, *cit.*, pp. 112 y 113.

## PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

derecho natural, el derecho romano, el derecho canónico o el derecho comparado, para mediante ellos completar las lagunas.<sup>67</sup> Con el criterio de autointegración, que es el que autoriza el ordenamiento mexicano en el ámbito civil, se utilizan elementos internos del ordenamiento tales como los principios generales del derecho o el razonamiento analógico.<sup>68</sup>

La doctrina ha distinguido entre analogía *legis* y analogía *iuris*,<sup>69</sup> según que el punto de partida sea una ley concreta o un conjunto de principios, instituciones o costumbres del ordenamiento jurídico. El razonamiento analógico consiste en un proceso de creación normativa en donde a través de la norma generada por el juez se regula una hipótesis normativa semejante a la de la norma existente, debiendo existir entre ambas normas identidad de razón. La analogía puede ser de ley, de la costumbre o de los principios generales del derecho, según sea la fuente utilizada del ordenamiento con la que se construya por el juez la nueva norma. En el razonamiento analógico debe respetar la jerarquía de las fuentes, así las fuentes legislativas tienen prioridad sobre las fuentes derivadas de los principios generales del derecho o de la costumbre.<sup>70</sup>

No debe confundirse la analogía con la interpretación extensiva, pues esta última pretende entender los contenidos normativos en un sentido amplio, es decir, en extender los significados normativos de una norma existente. En cambio, con la analogía se trasciende a la norma existente para derivar una nueva norma. Debe insistirse que la analogía se prohíbe en materia penal con el propósito de garantizar el derecho de libertad y de seguridad jurídica, y que en esta materia rige el principio de exacta aplicación de la ley penal (*nullum crimen nulla pena sine lege praevia*).

<sup>67</sup> También se considera como heterointegración acudir a otras fuentes dentro del sistema diferentes a la dominante. Así, si se fundamenta la decisión en fuentes como la costumbre, la equidad o la doctrina, algunos podrían estimar que se trata de heterointegración y no de autointegración.

<sup>68</sup> Además del argumento analógico y del empleo de los principios una laguna puede ser resuelta acudiendo al argumento *a fortiori* y al argumento *a contrario*. Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, cit., p. 479.

<sup>69</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, cit., pp. 247 y 248.

<sup>70</sup> Véase Salguero, Manuel, *Argumentación jurídica por analogía*, Madrid, Marcial Pons, 2002; Atría, Fernando et al., *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, cit.; Falcón y Tella, María José, *El argumento analógico en el derecho*, Madrid, Civitas, 1991; Ruiz Manero, Juan y Schmill, Ulises, *El juez y las lagunas del derecho*, México, UNAM, 2007 y Wart, Luis Alberto, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969.

**JAIME CÁRDENAS**

---

En cuanto a los principios constitucionales, que son diferentes a los principios generales del derecho que consisten en máximas producto de la sabiduría jurídica y que se aplican de manera secundaria y subordinada a la ley —a falta de ley o de interpretación jurídica—, cabe decir que juegan un papel fundamental en la autointegración en el derecho. Ante la existencia de lagunas jurídicas, por falta de regla expresa, el principio constitucional se hace presente y a través de él se soluciona la aparente laguna. En las teorías tradicionales del derecho, cuando no se asumía la existencia de principios constitucionales, las lagunas tenían que resolverse acudiendo a la interpretación analógica, a los principios generales del derecho, al argumento *a fortiori* o al argumento *a contrario*. Con la admisión de los principios constitucionales, por su carácter normativo y jerárquico, muchas de las lagunas dejan de serlo, pues existen normas jurídicas —los principios constitucionales— que por su sentido maximizador, irradiador y orientador del ordenamiento pueden ser aplicables a los casos concretos. Los principios constitucionales dan consistencia y coherencia a todo el ordenamiento jurídico, constituyen los puntos centrales de referencia para el sistema jurídico. La idea de coherencia puede ser satisfecha en mayor medida por los principios constitucionales que por los principios generales del derecho, pues los principios de la Constitución ordenan, conforman y estructuran el ordenamiento en su conjunto.<sup>71</sup>

Así una laguna de principios constitucionales puede resolverse acudiendo a los principios implícitos. Éstos son equivalentes a las “normas implícitas”,<sup>72</sup> las que se derivan y se reformulan a partir del ordenamiento jurídico en su conjunto, de una parte del mismo o, de una norma o principio ya expreso en la ley fundamental, en los tratados y en ciertos casos en la ley. En México se ha utilizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación la vía de los principios implícitos, antes de la aprobación de reformas constitucionales para reconocer, por ejemplo, el de presunción de inocencia como principio constitucional, mismo que se contempló expresamente en la Constitución hasta la reforma constitucional en materia penal de 2008 y que, sin embargo, con anterioridad se había admitido por el máximo tribunal del país. Igual ha ocurrido con el reconocimiento al derecho al mínimo vital o con los principios en favor de las víctimas, sin que las normas estén o hubiesen estado, al momento de su inclusión, contempladas expresamente en la Constitución.

<sup>71</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 81-172.

<sup>72</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 141-149.

## PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

Para colmar lagunas de principios constitucionales, algunos mencionan a los principios extrasistémicos, los que no provienen como los implícitos del ordenamiento jurídico, sino de la moral o se infieren de reglas o principios políticos, religiosos o de otra índole. Su carácter problemático reside en que no provienen de las fuentes del derecho establecidas y porque suponen la inclusión de otros ordenamientos, como el de la moral o religioso en el derecho. No obstante, la decisión sobre su inclusión al ordenamiento jurídico depende de los operadores jurídicos facultados o competentes para ello. No puede perderse de vista que en nuestra familia jurídica los principios extrasistémicos no tendrán la misma aceptación que en el derecho anglosajón por la mayor indeterminación y vaguedad que posee éste.<sup>73</sup>

### VI. LOS PROBLEMAS ARGUMENTATIVOS QUE NACEN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS Y SU INTERRELACIÓN

Una primera aproximación nos dirá que los conflictos entre ordenamientos pueden darse: 1) al interior de un Estado cuando se admite el pluralismo jurídico, es decir, ordenamientos que existen y conviven al interior de un Estado junto al ordenamiento estatal y que son producto de diversas instituciones, entendiendo por institución no sólo a las formales sino a un grupo social organizado (el ordenamiento de partidos, sindicatos, organizaciones empresariales, iglesias, etcétera); 2) conflictos entre ordenamientos estatales que son propios del derecho internacional, tanto público como privado; 3) conflictos entre ordenamientos estatales y el derecho internacional universal, y 4) conflictos entre el ordenamiento del Estado y ordenamientos antiestatales como el de las sectas y las asociaciones ilícitas.<sup>74</sup>

En los ordenamientos existen distintos tipos o géneros de relaciones. Una inicial clasificación toma en cuenta la jerarquía para resolver posibles conflictos, así en los ordenamientos puede haber relaciones de coordinación (por ejemplo entre ordenamientos estatales) o relaciones de subordinación y supremacía (por ejemplo entre el derecho estatal y las normas del *jus cogens* internacional). En el derecho mexicano, las normas de partidos, sindicatos, organizaciones empresariales, etcétera,

<sup>73</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, cit., pp. 482 y 483.

<sup>74</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, cit., p. 255.

**JAIME CÁRDENAS**

---

tienen en principio una relación de subordinación con el derecho estatal.<sup>75</sup>

Un segundo criterio de clasificación de las relaciones entre ordenamientos es el que tiene en cuenta la diferente extensión recíproca de los respectivos ámbitos de validez. Así habría tres tipos de relaciones: a) relaciones de exclusión total, b) de inclusión total y c) relaciones de exclusión o inclusión parcial. Un ejemplo de relaciones de exclusión total se daría entre ordenamientos de dos Estados que se encuentran totalmente delimitados de modo tal que no se sobreponen mutuamente en ninguna de sus partes. Inclusión total es el tipo de relación en donde un ordenamiento queda comprendido en el otro, por ejemplo, el ordenamiento de una provincia o departamento respecto al ordenamiento de un Estado unitario. Exclusión parcial e inclusión parcial significa que dos ordenamientos tienen una parte en común y una parte que no les es común, que es lo que ocurre entre los ordenamientos estatales de los países europeos y el derecho de la unión europea.<sup>76</sup>

Existe un tercer criterio que toma en cuenta el valor que un determinado ordenamiento atribuye a las reglas de otros ordenamientos con los que está en contacto. Así las relaciones pueden ser de indiferencia, rechazo o absorción. En el caso de los partidos políticos y sindicatos, durante la Revolución Francesa, la actitud del ordenamiento estatal europeo fue de rechazo a esos ordenamientos, durante una buena parte del siglo XIX fue de indiferencia y, claramente después de la Segunda Guerra Mundial, los ordenamientos de los partidos y de sindicatos fueron absorbidos y subordinados por el ordenamiento estatal. En la absorción puede existir el reenvío y recepción. Se entiende por reenvío aquel procedimiento por el cual un ordenamiento renuncia a regular una materia determinada y acoge la reglamentación establecida por fuentes normativas pertenecientes a otros ordenamientos. La recepción es el procedimiento por el cual un ordenamiento incorpora en su propio sistema la regulación normativa de una materia dada, en la forma que está establecida en otro ordenamiento.<sup>77</sup>

En la historia de los ordenamientos, los procesos de recepción y reenvío son frecuentes, principalmente en la historia de los ordenamientos estatales. Bobbio comenta como el derecho mercantil —de los comerciantes— y el derecho de la navegación o marítimo tuvo autonomía

<sup>75</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *Crisis de legitimidad y democracia interna de los partidos políticos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

<sup>76</sup> Silva, Jorge Alberto, *Aplicación de normas conflictuales. La aportación del juez*, México, Fontamara, 2010, pp. 219 y ss.

<sup>77</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, cit., p. 259.

## PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

del derecho estatal durante el final de la Edad Media y el Renacimiento, y cómo esos ordenamientos parciales fueron posteriormente absorbidos mediante recepción por el derecho estatal. El reenvío se hace presente cuando un ordenamiento no se apropia del contenido de las normas de otro ordenamiento, como ocurre en la recepción, sino que se limita a reconocer su plena validez en su propio ámbito. A nivel federal en México y a partir de la reforma en materia indígena de 2001, el derecho mexicano reenvía en ciertas materias —algunas del artículo 2o. de la Constitución— a los sistemas jurídicos indígenas.<sup>78</sup> La reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos —publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011— hace un reenvío constitucional en el párrafo primero de la Constitución y en el artículo 103, fracción I, de la carta magna a favor de los tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado. La resolución dictada en el expediente varios 912/2010 (caso Rosendo Radilla) reenvía obligatoriamente al ordenamiento jurídico del Estado las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando el Estado mexicano ha sido parte y de manera indicativa cuando no lo haya sido.

Bobbio también clasifica las relaciones entre ordenamientos tomando en cuenta los ámbitos temporal, espacial y material. Distingue tres tipos de relaciones: 1) dos ordenamientos tienen entre sí en común el ámbito espacial y el material, pero no el temporal; se trata del caso de dos ordenamientos estatales que territorialmente se suceden en un mismo territorio, por ejemplo entre el Código Civil vigente y el Código Civil de 1884; 2) dos ordenamientos tienen en común entre sí el ámbito temporal y el material, pero no el espacial; se trata de la relación entre dos ordenamientos contemporáneos, vigentes al mismo tiempo, y que regulan *grosso modo* las mismas materias, pero en dos territorios diferentes, por ejemplo dos códigos civiles de distintos países o de diferentes entidades federativas, y 3) dos ordenamientos tienen en común entre sí el ámbito temporal y el espacial, pero no el material; se trata, por ejemplo, de la relación característica entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento de la Iglesia católica.<sup>79</sup>

El caso de conflictos entre ordenamientos en el tiempo tiene relación con interesantes debates sobre la persistencia de normas anteriores de ordenamientos previos en el ordenamiento vigente, principalmente a ni-

<sup>78</sup> Así dice el artículo 2o., A, fracción II, de la Constitución mexicana: “Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:…Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos…”.

<sup>79</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, cit., pp. 262 y 263.

## JAIME CÁRDENAS

---

vel de normas constitucionales, así se dice, por ejemplo, que algunas normas de las Constituciones de 1824 o 1857 que no se oponen a la vigente, pueden aún tener vigencia y validez. El problema teórico en el pasado tenía que ver con el tratamiento jurídico de las revoluciones, pues se suponía que el cambio de ordenamientos se producía necesariamente a través de una revolución; hoy en día, las transformaciones profundas en los ordenamientos y aun su sustitución, no necesariamente ocurren a través de medios violentos sino empleando el acuerdo y el consenso político, lo que se conoce en la ciencia política como transiciones a la democracia por reforma pactada.<sup>80</sup> No obstante, a nivel jurídico, los conflictos entre ordenamientos que se suceden en el tiempo permanecen, por lo que muchas veces los nuevos ordenamientos suelen establecer que partes de los sistemas jurídicos anteriores pueden tener vigencia en el nuevo. En este sentido conviene tener presente lo señalado en el artículo 72, inciso f, de la Constitución que dispone que en la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites para su formación y en lo regulado en el artículo 9o. del Código Civil para el Distrito Federal que dice: “La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior”.

Es importante distinguir entre abrogación y derogación. El término abrogación proviene del latín “abrogatio”, del verbo “abrogare” que significa anular. La abrogación entraña la supresión total de la vigencia, obligatoriedad y efectos de una ley. En cambio, la derogación alude a la pérdida parcial de una ley y no a la pérdida total de la vigencia de una ley como en el caso de la abrogación.

La abrogación puede ser de tres tipos: 1) abrogación expresa directa cuando la ley expresamente declara que otra ley ha dejado de tener vigencia; 2) abrogación expresa indirecta ocurre cuando la ley establece expresamente su periodo de vigencia, o bien, cuando la ley se ha dictado para regir una situación transitoria, y 3) abrogación tácita se da cuando la entrada en vigor de una ley implica la abrogación de otra por regular una misma materia, conforme al principio “lex posterior derogat priori” o cuando una ley que entra en vigor establece una regulación opuesta a otra de anterior vigencia.

Un tema fundamental de conflicto de ordenamientos en el tiempo es el de la retroactividad. La prohibición de aplicación retroactiva de las normas entraña que el ordenamiento jurídico rige para el futuro y que las normas

<sup>80</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *Transición política y reforma constitucional en México*, México, UNAM, 1994.

## PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

del presente no pueden modificar o afectar hechos ocurridos bajo el imperio de normas anteriores. Nuestra Constitución en el párrafo primero del artículo 14 establece que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Lo que significa que cuando beneficia a los gobernados se puede aplicar a favor.

En materia penal la ley puede aplicarse retroactivamente en los siguientes supuestos: 1) cuando la aplicación de la pena prevista por la ley posterior a la perpetración del delito, implique la disminución o extinción de la sanción al inculpado o al sentenciado, se aplicará la de la nueva ley, salvo que la de la anterior disposición implique un beneficio al inculpado con relación a la reducción o supresión de la pena; 2) cuando en sentencia ejecutoriada (firme), la ley posterior reduzca la pena dictada en la misma, nada impide que se aplique el término más favorable al reo que resulte de la ejecución de la nueva ley, si el máximo y el mínimo de la misma se encuentra más reducido que el de la anterior disposición, y 3) cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término mínimo y el término máximo, se estará a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva norma.<sup>81</sup>

La materia procesal civil también presenta excepciones a la prohibición de aplicación retroactiva de las normas. Así, los negocios de jurisdicción contenciosa, pendientes de resolución, al entrar en vigor la nueva ley, se sujetarán a la ley anterior y la sustanciación de los negocios de jurisdicción voluntaria, pendientes de resolverse son conocidos conforme a la nueva ley.<sup>82</sup>

Otras excepciones en materia de prohibición de aplicación retroactiva de las normas son las siguientes: 1) las leyes interpretativas, que son las que se promulgan para precisar el sentido y alcance de una ley anterior; 2) las leyes sobre la capacidad de las personas; 3) las reformas a la Constitución; 4) en materia agraria pueden aplicarse retroactivamente

<sup>81</sup> Artículo 56 del Código Penal Federal.

<sup>82</sup> Los artículos segundo, tercero y cuarto transitorio del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dicen, por ejemplo: "Artículo segundo. La substanciación de los negocios de jurisdicción contenciosa que estén pendientes en primera o única instancia al entrar en vigor esta ley, se sujetará al código anterior, hasta pronunciarse sentencia. La tramitación de la apelación contra el fallo que se dicte en esos negocios, se sujetará a este Código; pero para la procedencia del recurso, por razón del interés, regirán las disposiciones de la ley anterior. La substanciación de los negocios de jurisdicción se acomodará desde luego a las disposiciones de este Código. Artículo tercero. La tramitación y resolución de las apelaciones pendientes, al entrar en vigor este Código, se sujetarán a las prescripciones del artículo anterior. Artículo cuarto. Si para la interposición de un recurso o para el ejercicio de algún otro derecho en la tramitación de los negocios pendientes, al expedirse este Código, estuviere corriendo un término, y el señalado en él fuere menor que el fijado en la ley anterior, se observará lo dispuesto en esta última".

## JAIME CÁRDENAS

---

las leyes cuando se trate de situaciones creadas con anterioridad en las que peligran los intereses económicos y nacionales; 5) con relación a derechos adquiridos de los gobernados y respecto a derechos nacidos de reglas sustantivas no es posible la aplicación retroactiva pero sí sobre derechos surgidos de normas procesales o adjetivas.<sup>83</sup>

Según la doctrina, las tres reglas básicas que debe tomar en consideración el juez para analizar la retroactividad de las normas son: 1) los efectos de la situación jurídica se rigen por la ley que se encuentra en vigor el día en que los mismos se produzcan; 2) los efectos ya producidos bajo la vigencia de la ley anterior, no pueden ser afectados por la nueva ley, y 3) los efectos que se producen después de la entrada en vigor de la nueva ley serán regidos por ésta.<sup>84</sup>

Los conflictos entre ordenamientos con validez espacial diferente comprenden: 1) los conflictos entre las diversas entidades de la Federación; 2) los conflictos de derecho internacional privado, y 3) conflictos surgidos al exterior de los ordenamientos (con ordenamientos de carácter paraestatal, infraestatal, antiestatal y colaterales del Estado).

Respecto al primer tipo de conflictos, los problemas que se presentan por leyes promulgadas en cada uno de los estados de la Federación se les conoce como conflictos interprovinciales y se resuelven conforme a lo previsto en el artículo 121 de la Constitución que dispone:

En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito de los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes: I. Las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio, y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él; II. Los bienes muebles e inmuebles se registrarán por la ley del lugar de su ubicación; III. Las sentencias pronunciadas por los tribunales de un Estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro Estado, sólo tendrán fuerza ejecutoria en éste, cuando así lo dispongan sus propias leyes. Las sentencias sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otro Estado, cuando la persona condenada se haya sometido expresamente o por razón de domicilio a la justicia que las pronunció, y siempre que haya sido citada personalmente para ocurrir al juicio. IV. Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado,

<sup>83</sup> Rojas Amandi, Víctor Manuel, *Filosofía del derecho*, México, Harla, 1990, pp. 315-319.

<sup>84</sup> Pereznieta Castro, Leonel y Ledesma Mondragón, Abel, *Introducción al estudio del derecho*, México, Harla, 1989, pp. 116-118.

## PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

tendrán validez en los otros; y V. Los títulos profesionales expedidos por las autoridades de un Estado, con sujeción a sus leyes, serán respetados en los otros.

Para los conflictos de derecho internacional privado, el derecho mexicano establece algunas reglas. En el Código Civil para el Distrito Federal encontramos los siguientes preceptos: el artículo 12 dispone “Las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieran al estado y la capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeúntes”. El artículo 13 indica: “Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en el territorio de la República, se regirán por las disposiciones de este código”. El artículo 14 establece: “Los bienes inmuebles sitios en el Distrito Federal, y los bienes muebles que en el mismo se encuentren, se regirán por las disposiciones de este código, aún cuando los dueños sean extranjeros”. Y el artículo 15 del Código Civil ordena que: “Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del Distrito Federal quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este código cuando el acto haya de tener ejecución en la mencionada demarcación”. Para muchos autores, las normas de derecho internacional privado dan lugar a un reenvío, pero más importante aún es que las normas de derecho internacional privado son esencialmente normas para la producción jurídica, esto es, no se regula una materia dada sino a la fuente que la regula.

En los conflictos en materia de derecho internacional privado el artículo 12 del Código Civil Federal establece que las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquellos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte. Lo anterior significa, salvo las excepciones de la norma citada y las previstas en los artículos 13, 14 y 15 de ese Código, que nuestro derecho consagra un principio de territorialidad del ordenamiento mexicano. El Código Civil Federal indica en sus artículos 13, 14 y 15 lo siguiente:

Artículo 13. La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas: I. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su dere-

**JAIME CÁRDENAS**

---

cho, deberán ser reconocidas; II. El estado y la capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio; III. La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se registrarán por el derecho del lugar de su ubicación aunque sus titulares sean extranjeros; IV. La forma de los actos jurídicos se registrará por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal; y V. Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se registrarán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho.

Artículo 14. En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: I. Se aplicaría como lo haría el juez extranjero correspondiente para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho; II. Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer Estado; III. No será impedimento para la aplicación del Derecho Extranjero, que el Derecho Mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos; IV. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el Derecho que regule esta última; y V. Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto. Lo dispuesto en el presente artículo se observará cuando resultare aplicable el Derecho de otra entidad de la Federación.

Artículo 15. No se aplicará el Derecho extranjero: I. Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del Derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y II. Cuando las disposiciones del Derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano.

## PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

Así como existen en nuestro ordenamiento reglas de derecho internacional privado en materia civil, independientemente de las que existen en las convenciones internacionales que ha ratificado el Estado mexicano en esa materia y en otras, el sistema penal nacional establece reglas específicas. El derecho penal consagra el principio de territorialidad, aunque tal principio no es absoluto. El Código Penal Federal se refiere a las excepciones del principio de territorialidad en los artículos 2o. al 5o. de ese Código. De acuerdo al artículo 2o. del Código, las disposiciones de éste no sólo son aplicables a los delitos cometidos en la República, también se aplican para sancionar los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio del país, o los que se cometan en los consulados mexicanos o en contra de su personal, cuando no hubieran sido juzgados en el país en que se ejecutaron. El artículo 3o. del Código Penal Federal determina que los delitos continuos y continuados cometidos en el extranjero que se sigan cometiendo en la República se perseguirán con arreglo a las leyes de nuestro país, sean mexicanos o extranjeros los delincuentes. El artículo 4o. señala que los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o extranjeros, o por extranjeros contra mexicanos, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes: que el acusado se encuentre en la República, que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquirió y que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República. El artículo 5o. de ese Código establece que se consideran ejecutados en territorio de la República: Los delitos cometidos por mexicanos o por extranjeros en alta mar, a bordo de buques nacionales; los ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional surto en puerto o en aguas territoriales de otra nación y, esto se extiende al caso de que el buque sea mercante, si el delincuente no ha sido juzgado en la nación a que pertenezca el puerto; los cometidos a bordo de un buque extranjero surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la República, si se turbare la tranquilidad pública o si el delincuente o el ofendido no fueren de la tripulación; los cometidos a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio o en atmósfera o aguas territoriales nacionales o extranjeras, en casos análogos a los que se señalaron anteriormente para los buques, y los cometidos en las embajadas y legaciones mexicanas.

Respecto a los conflictos surgidos al exterior de los ordenamientos (con ordenamientos de carácter paraestatal, infraestatal, antiestatal y colaterales del Estado) podemos mencionar lo siguientes: 1) con orde-

## JAIME CÁRDENAS

---

namientos supraestatales, es decir con el derecho internacional, en este caso las relaciones pueden implicar la superioridad del derecho internacional sobre el interno, la equivalencia jerárquica entre ambos, la superioridad del derecho interno pero inmediatamente en el escalón inferior la preeminencia del derecho internacional sobre las leyes del Estado y la similitud de jerarquías entre ley y derecho internacional; 2) con ordenamientos infraestatales, que son los ordenamientos sociales que el Estado absorbe, reconoce o limita como los sindicatos, los partidos, las asociaciones, etcétera; 3) los colaterales al Estado como pueden ser los conflictos del Estado con el ordenamiento de la Iglesia Católica, y 4) los antiestatales que son los conflictos con los ordenamientos de las asociaciones para delinquir o con las sectas secretas, etcétera.

En cuanto a los conflictos entre el ordenamiento estatal y el de la Iglesia Católica, Bobbio propone cuatro maneras de relación:

1) *Reductio ad unum*. Se distingue según se trate de la reducción del Estado a la Iglesia (teocracia) o de la Iglesia al Estado (cesaropapismo en la época imperial, erastianismo en los modernos Estados nacionales protestantes). 2) Subordinación. También aquí es necesario distinguir dos teorías o sistemas según se pretenda que el Estado esté subordinado a la Iglesia o que la Iglesia esté subordinada al Estado. 3) Coordinación. Es el sistema fundado en las relaciones concordatarias que presuponen el reconocimiento recíproco de los dos poderes según la fórmula "cada cual, en el propio orden, independientes y soberanos". 4) Por último, separatismo. Según el sistema del separatismo, aplicado, por ejemplo, en los Estados Unidos, las iglesias son consideradas del mismo modo que las asociaciones privadas.<sup>85</sup> En México, el sistema previsto por el artículo 130 de la Constitución es el de la separación entre el Estado y las iglesias, aunque el Estado ejerce determinadas atribuciones de control y de supervisión sobre las iglesias y los ministros de culto, las que se encuentran previstas en el propio artículo 130 de la Constitución y en la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.

## VII. CONCLUSIONES

1. Un sistema jurídico es dinámico y no es un conjunto de normas sino una secuencia de conjuntos, en donde en cada momento temporal, el conjunto de normas que pertenecen al sistema es distinto y lo que permite hablar del mismo sistema son los crite-

<sup>85</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, cit., pp. 267 y 268.

## PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

rios de identificación de las normas que pertenecen al sistema en cada momento. Mientras los criterios de identificación de las normas permanecen idénticos se trata del mismo sistema jurídico de carácter dinámico. Guastini incorpora una convención lingüística para distinguir entre sistema jurídico y ordenamiento jurídico. Un sistema jurídico designaría en esta postura un conjunto sincrónico de normas, que observamos en un momento determinado de su existencia jurídica. En cambio, un ordenamiento jurídico es una secuencia diacrónica de sistemas jurídicos sincrónicos, esto es, los sistemas son apreciados en su evolución histórica. La locución *ordenamiento jurídico* es ambigua, pues algunas veces designa un conjunto sincrónico de normas y en otras ocasiones designa una secuencia diacrónica de conjuntos normativos sincrónicos.

2. Los ordenamientos jurídicos y sus problemas argumentativos pueden ser entendidos por sus cuatro características: unidad, coherencia, plenitud y relaciones con otros ordenamientos. La unidad incide en la posibilidad de encontrar un criterio en torno al cual las normas del ordenamiento se constituyen como un todo unitario y diferente a otros. Los problemas argumentativos en torno a la unidad tienen que ver con los problemas de vigencia, validez y existencia —problemas de relevancia según la terminología de MacCormick—, con problemas de reconocimiento o identificación de las normas como parte del ordenamiento y, con problemas derivados de la jerarquía de fuentes. La coherencia nos permite entender los problemas de incompatibilidad entre normas y sus vías de solución. La plenitud atiende a los problemas de ausencias de normas y las vías para colmar las lagunas, tanto en reglas como en principios. Los conflictos entre ordenamientos pretenden a través de la recepción y el reenvío solucionar las oposiciones que existan.
3. Para determinar la validez de una norma dependiente será necesario someterla a dos tipos de controles: el formal y el material. El control de validez formal implica dos operaciones: 1) determinar si el órgano o autor de la norma cuya validez requiere establecerse ha recibido de la norma superior el poder para dictarla y 2) determinar si el órgano autor de la norma cuya validez quiere establecerse ha respetado el procedimiento legislativo fijado por la norma superior. A su vez, el control de validez material implica dos operaciones: 1) determinar si el órgano autor de la norma cuya validez quiere establecerse ha recibido autorización de la

**JAIME CÁRDENAS**

---

norma superior para regular esa materia y 2) determinar si el contenido de la norma creada es compatible con el contenido de todas las normas superiores a ella, incluida la Constitución.

4. La reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada el 10 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación* prevé la obligación para todas las autoridades de realizar interpretación conforme a la Constitución y *pro homine* (párrafo segundo del artículo primero de la Constitución) y el párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución se refiere a los métodos y criterios de interpretación en materia de derechos fundamentales: interdependencia, universalidad, indivisibilidad y progresividad. La resolución del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010 (caso Rosendo Radilla) contempla el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad para las diversas autoridades del país. Lo anterior implica el reconocimiento del bloque de constitucionalidad en México y su pertinencia para entender los problemas de argumentación del resto del ordenamiento jurídico nacional.
5. Entre los principales problemas de argumentación sobre la validez de la Constitución encontramos: el problema para identificar la extensión cuantitativa y cualitativa de las normas constitucionales, el problema que formula la duda sobre la existencia de normas constitucionales inconstitucionales y el problema sobre el auténtico carácter normativo de la Constitución —que busca impedir el divorcio entre realidad y norma—.
6. La derogación afecta a la validez y a la vigencia de las normas limitando o constriñendo en el tiempo su aplicabilidad o capacidad regulativa. El efecto derogatorio consiste en circunscribir la eficacia de las normas derogadas desde el momento en que entra en vigor la norma derogatoria; se trata, pues, de un efecto *ex nunc* o *pro futuro*, por eso, las relaciones que se hayan constituido al amparo de la norma derogada antes de la derogación siguen siendo reguladas por ella. A ese fenómeno se le llama ultraactividad de las normas derogadas. La derogación de las normas es diferente a la anulación de las normas por declaración de inconstitucionalidad de las mismas.
7. Las antinomias o incompatibilidades de reglas se resuelven acudiendo a los criterios de jerarquía, especialidad, cronológico, competencia y prevalencia, entre otros. Las colisiones de principios se resuelven preponderantemente a través del principio de proporcionalidad *lato sensu*.

---

#### PROBLEMAS DE ARGUMENTACIÓN

8. En las lagunas jurídicas de reglas se acude a la analogía, al argumento *a fortiori*, al argumento *a contrario* y a los principios generales del derecho. En las lagunas de principios constitucionales se utilizan preponderantemente los principios constitucionales implícitos.
9. Los conflictos entre ordenamientos pueden darse: 1) al interior de un Estado cuando se admite el pluralismo jurídico, es decir, ordenamientos que existen y conviven al interior de un Estado junto al ordenamiento estatal y que son producto de diversas instituciones, entendiéndose por institución no sólo a las formales sino a un grupo social organizado (el ordenamiento de partidos, sindicatos, organizaciones empresariales, iglesias, etcétera); 2) conflictos entre ordenamientos estatales que son propios del derecho internacional, tanto público como privado; 3) conflictos entre ordenamientos estatales y el derecho internacional universal, y 4) conflictos entre el ordenamiento del Estado y ordenamientos antiestatales como el de las sectas, las asociaciones ilícitas y el crimen organizado.
10. Las principales vías de solución para resolver los conflictos entre ordenamientos jurídicos son el reenvío, la recepción y la exclusión.