

CAPÍTULO QUINTO

El ordenamiento jurídico

Un ordenamiento no es sólo un conjunto de normas, es la estructura, la función y fin normativo que da sentido a las normas, que permite predicar su validez, su existencia, sus características, jerarquía y clasificación. Las normas jurídicas sin inscribirse en un ordenamiento no podrían explicarse, reconocerse como jurídicas, ubicar su jerarquía, su lugar en alguna clasificación, determinar su validez, existencia y eficacia.

I. El derecho como sistema normativo

En las concepciones más tradicionales del derecho se le suele ver exclusivamente a partir de las normas, sus características, los requisitos de validez de las mismas, sus clasificaciones, sus condiciones de obligatoriedad, sus diferencias con otro tipo de normas, sus diferencias con las leyes físico-naturales, etcétera, pero no se le entiende como ordenamiento jurídico. Las normas jurídicas no actúan aisladamente sino que son operadas en su relación con otras normas que integran un sistema 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.²¹⁹

Los primeros en ver las deficiencias de las teorías normativistas centradas en la norma individual 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 un auténtico sistema normativo u ordenamiento sólo con normas que imponen deberes u obligaciones, sino que se requiere de otro tipo de normas como las que permiten identificar cuáles son las

normas jurídicas del sistema, también llamadas de reconocimiento, y 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.²²⁰ 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".²²¹

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 éstas encuentran explicación, validez y existencia. Sin una idea previa de ordenamiento jurídico no sería posible en la teoría kelseniana explicar la validez de las normas, la jerarquía normativa, el carácter unitario y coherente de todo el sistema.²²²

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. Sin embargo, hay otras disciplinas que tienen carácter normativo como la moral. ¿En qué se distingue moral y derecho? Kelsen dice que las normas jurídicas forman parte de un ordenamiento dinámico y la moral de un ordenamiento estático. Un sistema normativo dinámico se 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.²²³

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.²²⁴

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*) 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.²²⁵

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 esquema completo de Hart integrado por reglas primarias y secundarias (de adjudicación, cambio y reconocimiento).²²⁶ 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”.²²⁷

En cuanto a Dworkin ya sabemos que rechaza la visión normativista tradicional y que 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 y violaría los principios de división de poderes —legislaría— y la prohibición de la retroactividad —porque se elaboraría una regla para el caso concreto sin haber estado vigente previamente—. ²²⁸ 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.²²⁹ Lo que significa que los ordenamientos jurídicos son temporales, por eso en lugar de sistema jurídico se prefiere hablar de ordenamiento, pues estos son una secuencia temporal de sistemas jurídicos, de manera que un ordenamiento jurídico no es 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.²³⁰

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.²³¹

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; 2) la 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.

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.

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 cómo se intenta llenarlos, principalmente con métodos de autointegración como la apelación a la analogía y a los principios generales del derecho 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, 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.

III. La unidad del ordenamiento jurídico

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 exis-

tencia 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: la validez versa principalmente sobre una relación entre normas, y no sobre los criterios que permiten distinguir un sistema jurídico de otro.²³²

Una de las primeras teorías sobre la pertenencia de las normas a un sistema es la de John Austin (1790-1859), quien 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 soberano sucede a otro, ni puede identificar al soberano en muchos Estados modernos.²³³

En Kelsen la validez o pertenencia 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”.²³⁴ 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 tribunales y funcionarios al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios y apreciar críticamente las desviaciones propias y ajenas.²³⁵ 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) 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, y 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.²³⁶

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 autori-

dades 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.²³⁷

En la teoría de Dworkin se indica que el punto de partida erróneo del positivismo jurídico ha consistido en pretender que el derecho es sólo 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.²³⁸

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 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.²³⁹

IV. 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 con el caso concreto.

1. Antinomias de reglas

En la teoría del derecho se ha señalado que la solución de antinomias de reglas se resuelve acudiendo a los famosos criterios de jerarquía, especialidad y cronológico. Bobbio, en particular, recoge las enseñanzas del derecho romano y explica cómo 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 conforme al siguiente esquema:

- 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.²⁴⁰

La colisión de normas (reglas) es producto de normas contrarias, contradictorias, subcontrarias o subalternas. La antinomia para que se dé, exige también dos condiciones:²⁴¹ *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 en el 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 – parcial²⁴²

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 está 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 en relación con la otra. Hay antinomia total de la primera norma respecto a la segunda, y sólo 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 norma 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 y 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.²⁴³ 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.²⁴⁴ 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.²⁴⁵

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.²⁴⁶

2. 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.²⁴⁷

El problema de colisiones entre principios, no puede atenderse como el problema de las antinomias entre reglas. Los conflictos o antinomias 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 derechos fundamentales; bien porque, aun 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.²⁴⁸

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.²⁴⁹ Tal como puede apreciarse, la ponderación juega un papel fundamental en la solución de colisiones entre principios.

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. Otros métodos de solución son: el uso del principio del contenido esencial, la razonabilidad, la concordancia práctica, que entre otros se expondrán. La 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 justi-

ficación 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,²⁵⁹ que deben ser jerarquizados por el juzgador caso a caso. Éste, desde luego, tiene un ámbito de discrecionalidad amplio, 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. 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 aun por 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; 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 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 han 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 caso. 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 la 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.²⁵¹

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.²⁵² 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, quien 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.²⁵³

La teoría jurídica proporciona en consecuencia procedimientos o criterios de solución de lagunas, entre estos destacan los criterios de heterointegración y los de autointegración.²⁵⁴ Con el criterio de heterointegración se acude a elementos externos al ordenamiento, tales como el derecho natural, el derecho romano, el derecho canónico o el derecho comparado, para mediante ellos completar las lagunas.²⁵⁵ 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.

La doctrina ha distinguido entre *analogía legis* y *analogía iuris*,²⁵⁶ 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.

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*).

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 o a los principios generales del derecho. 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.²⁵⁷

VI. 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 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.²⁵⁸

En los ordenamientos existen distintos tipos o géneros de relaciones. Una inicial clasificación toma en cuenta la jerarquía para resolver posibles con-

flictos, 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, tienen en principio una relación de subordinación con el derecho estatal.²⁵⁹

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)* de exclusión total; *b)* de inclusión total, y *c)* 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 sobrepone 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 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.

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.²⁶⁰

En la historia de los ordenamientos, los procesos de recepción y reenvío son frecuentes, principalmente en la historia de los ordenamientos estatales. Bobbio comenta cómo el derecho mercantil —de los comerciantes— y el derecho de la navegación o marítimo tuvo autonomía 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. En otros casos, el reenvío se hace presente, esto es, el procedimiento por medio del cual 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 reenvío en ciertas materias —algunas del artículo 2 de la Constitución— a los sistemas jurídicos indígenas.²⁶¹

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 temporalmente 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.²⁶²

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 nivel 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 aun 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.²⁶³ 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 qué 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 9 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 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 máximo, se estará a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva norma.²⁶⁴

La materia procesal civil también presenta excepciones a la prohibición de aplicación retroactiva de las normas. Así, los negocios de jurisdicción con-

tenciosa, 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.²⁶⁵

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 las leyes cuando se trate de situaciones creadas con anterioridad en las que peligren 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.²⁶⁶

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.²⁶⁷

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, a 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, 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 del mencionado 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 derecho, 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 regirán por el derecho del lugar de su ubicación aunque sus titulares sean extranjeros; IV. La forma de los actos jurídicos se regirá 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 regirán 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.

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 segundo al quinto. De acuerdo con el artículo segundo 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 tercero 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 cuarto 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 quinto 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 tran-

quilidad 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 siguiente: 1) con ordenamientos 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 (que es el caso mexicano), 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 concordatorias que presuponen el reconocimiento recíproco de los dos poderes según la fórmula “cada cual, en el propio orden, independientes y soberanos”, y 4) separatismo, según el sistema del separatismo, aplicado, por ejemplo, en los Estados Unidos, las Iglesias son consideradas del mismo modo que las asociaciones privadas.²⁶⁸ 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. Recapitulación

Este capítulo ha tenido por propósito explicar que es incorrecto estudiar las normas jurídicas sin mirar a los ordenamientos jurídicos. Éstos son sistemas jurídicos complejos que existen en el tiempo y que aspiran a cumplir con características fundamentales; entre ellas, las de unidad, coherencia, integridad, y que además entran en relación o conflicto con otros ordenamientos.

Un ordenamiento no es sólo un conjunto de normas, es la estructura, la función y fin normativo que da sentido a las normas, que permite predicar su validez, su existencia, sus características, jerarquía y clasificación. Las normas jurídicas sin inscribirse en un ordenamiento no podrían explicarse, reconocerse como jurídicas, ubicar su jerarquía, su lugar en alguna clasificación, determinar su validez, existencia y eficacia. De esta suerte, entender la norma dentro del ordenamiento es dotarla de sentido.

Hemos insistido que el derecho de nuestra época no debe ser entendido sólo por sus características normativas. Ni siquiera nos podemos conformar con la manera en la que lo entiende Hart como unión de reglas primarias y secundarias, o como lo entiende Dworkin como reglas, principios y directrices. El derecho contemporáneo debe ser entendido en la realidad que habita, en su contexto histórico y social, en las finalidades axiológicas que persigue, en su carácter argumentativo y discursivo.

Lo anterior, sin embargo, no implica que los elementos normativos del derecho no tengan una importancia fundamental para comprender el fenómeno. Sin ellos el derecho sencillamente no podría ser explicado. Por eso, el estudio de la unidad, de la coherencia, de la integridad y de las relaciones entre ordenamientos resultan cruciales para cualquier jurista que quiera tener una visión estructurada y lógica del derecho.

Cuestionario

1. ¿Por qué el derecho debe comprenderse desde el ordenamiento jurídico?
2. Explique las tres perspectivas de Kelsen para estudiar el ordenamiento jurídico.
3. Describa la noción de ordenamiento jurídico en la teoría de Hart.
4. ¿Qué se entiende por unidad, coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico?
5. Distinga entre sistemas normativos estáticos y dinámicos.
6. Aclare el significado de norma fundamental y de regla de reconocimiento.
7. ¿Qué son las antinomias jurídicas y cuáles son los criterios tradicionales para solucionarlas?
8. ¿Una vez que el intérprete del ordenamiento resuelve una antinomia, qué opciones tiene?
9. ¿Por qué se caracterizan las colisiones entre principios?
10. ¿Cuáles son los métodos de solución de conflictos o colisiones entre principios?
11. Describa el principio de proporcionalidad.
12. Enumere las diferentes tipologías sobre las lagunas jurídicas.
13. ¿Por qué es importante que el ordenamiento sea pleno?
14. ¿A qué métodos acudimos para solucionar las lagunas jurídicas?
15. Distinga entre analogía *legis, iuris* e interpretación extensiva.
16. ¿En qué cuatro supuestos se dan los conflictos entre ordenamientos?
17. Explique la diferencia entre reenvío y recepción.
18. Precise las diferencias entre abrogación y derogación.
19. Exponga las tipologías de abrogación.
20. ¿En qué casos las normas pueden aplicarse retroactivamente? Exponga supuestos en materia penal, procesal civil y en otras materias.

21. ¿Cómo se solucionan los conflictos entre ordenamientos de diversas entidades federativas?
22. ¿Cuáles son las reglas que nuestro derecho establece para solucionar conflictos de derecho internacional privado?
23. ¿Cuáles son las reglas en materia penal para solucionar conflictos entre ordenamientos?
24. ¿Cómo soluciona el derecho mexicano los conflictos entre el ordenamiento estatal y el de la Iglesia católica?