

CAPÍTULO QUINTO	
SOLUCIÓN Y RESPUESTAS POSIBLES . . . . .	159
I. La postura tradicional en la solución de los conflictos normativos . . . . .	159
II. Los conflictos normativos en la teoría de Robert Alexy	167
III. La ponderación como procedimiento de solución de conflictos entre principios . . . . .	172
IV. Otros elementos jurídicos de solución . . . . .	175
1. La interpretación . . . . .	175
2. La justificación . . . . .	182
3. Las fuentes . . . . .	188
4. Los principios . . . . .	192
V. Descripción de los procedimientos de solución de los conflictos normativos . . . . .	196
1. Conflicto entre reglas . . . . .	197
2. Conflictos entre principios . . . . .	198

## CAPÍTULO QUINTO

### SOLUCIÓN Y RESPUESTAS POSIBLES

A partir de lo expuesto se puede comenzar por decir que la respuesta a las dudas sobre la forma de resolver un conflicto normativo no es unívoca; se ha visto que existen diversos tipos de conflictos y en consecuencia es de esperar que existan métodos distintos de solución de los conflictos normativos. Los problemas prácticos que emanan de la incompatibilidad entre las normas de un sistema jurídico tienen como efecto la incertidumbre sobre las conductas debidas. La aplicación del derecho se vuelve, por lo tanto, complicada y puede tener como resultado no solamente la ineeficacia de las normas, sino incluso la inequidad y hasta la injusticia. La falta de seguridad jurídica puede ser superada o al menos reducida si se regulan procedimientos de solución de los conflictos normativos. En el presente capítulo se intentará descubrir la medida en que esto es posible, para ello se ha de comenzar por revisar lo que podría denominarse el tratamiento tradicional de los conflictos normativos, que aborda los criterios de aplicación de las reglas derogatorias. Posteriormente, se analizarán otras propuestas que se sostienen en diversas teorías que pretenden suplir las deficiencias del método tradicional.

#### I. LA POSTURA TRADICIONAL EN LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS NORMATIVOS

Tal como se estableció en el capítulo segundo, los conflictos normativos se producen por la incompatibilidad de dos o más normas que se consideran válidas y *prima facie* aplicables a una misma situación jurídica. Estos requisitos son importantes, puesto que en el caso de que una de las normas no lo fuera, el conflicto quedaría automáticamente elimi-

nado, o incluso podría considerarse como aparente y hasta como inexistente.

La presencia de conflictos normativos en un sistema jurídico son problemas que se deben evitar en virtud de que afectan su eficacia. Es por ello que el legislador debe prever mecanismos de solución, ya que no se pueden evitar totalmente, pues como bien dice Hilpinen, la consistencia formal del sistema solamente asegura una mínima ausencia de situaciones de conflicto.<sup>1</sup> La inconsistencia, además de generar incertidumbre, disminuye la eficacia del sistema al impedir la aplicación de las normas en conflicto, dado que ambas no pueden ser satisfechas simultáneamente. Estas circunstancias hacen de la toma de decisión un proceso difícil y complicado.

Una de las razones de la previsión de normas derogatorias radica en que como Hart<sup>2</sup> señala, en los sistemas jurídicos modernos existe una gran variedad de “fuentes” de derecho, esto implica que los criterios para identificar el derecho son múltiples y en consecuencia la regla de reconocimiento es compleja. Es por ello que en la mayoría de los sistemas jurídicos se adoptan provisiones para resolver posibles conflictos, clasificando las fuentes en un orden de subordinación y primacía relativas.

Los conflictos normativos han sido tratados tradicionalmente como un problema de prevalencia de las normas, por lo que para su solución se recurre normalmente a ciertas metanormas. Estas reglas de prioridad que se consideran como “derogatorias”, se conocen normalmente en su formulación latina y pueden ser utilizadas como criterios de solución de cierto tipo de conflictos. La aplicación de estos criterios de solución es posible en los casos de conflictos entre las normas de un sistema cuando su utilización está regulada o, bien, es aceptada. Pero estas reglas derogatorias también pueden ser concebidas como principios interpretativos como lo hace Ross<sup>3</sup> cuando analiza la inconsistencia en relación con los efectos que realmente se producen en el sistema jurídico cuando estas reglas son aplicadas. De cualquier forma resulta importante distinguir,

<sup>1</sup> Según Hilpinen, “*formal consistency of a normative system ensures only a minimal conflict situations-freedom*”; “Normative Conflicts and Legal Reasoning”, en Bulygin, E. et al. (eds.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, Dordrecht-Boston-Lancaster, D. Reidel Publishing Co., 1985, p. 194.

<sup>2</sup> Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 126.

<sup>3</sup> Ross, *On Law and Justice*, Londres, Stevens and Sons, Ltd., 1958, p. 129.

como bien señala Guastini,<sup>4</sup> entre la interpretación como procedimiento para evitar o prevenir un conflicto y las técnicas idóneas para resolverlos.

El fundamento de la operatividad de las reglas derogatorias es la presunción de que en virtud de la unidad del sistema jurídico todas las normas deben ser consistentes entre sí. Esto implica que se interpreten de tal modo que no se produzca una contradicción, ya que de otra manera la consecuencia podría ser la pérdida de la eficacia de la norma. Por lo que en relación con estos criterios, la derogación se refiere más bien a la decisión de no aplicar al menos una de las normas en conflicto al caso concreto, que a su eliminación del sistema. La declaración formal de invalidez, así como la nulidad de la norma dependen de los efectos jurídicos que en un sistema jurídico específico se atribuyan al proceso de solución de conflictos.

Estos criterios que sirven para determinar la prioridad en la aplicación de una norma se basan, en primera instancia, en la existencia de un sistema jerarquizado. Según Ignacio de Otto,<sup>5</sup> los criterios de jerarquía y distribución competencial, además de ordenar las fuentes del sistema jurídico y servir como reglas de validez de las normas, sirven para establecer las reglas de derogación como criterios de prevalencia. Éstos operan por la invasión del ámbito competencial por ejemplo, o entre normas jerarquizadas cuando se produce una contradicción entre los contenidos de las normas. Para él, la distribución de materias es un criterio que opera de manera independiente del rango de la norma, por lo que puede ocurrir que normas de rango inferior por su resistencia puedan derogar a la superior. Guastini,<sup>6</sup> en cambio, considera que el principio de competencia no constituye un criterio autónomo, sino una variante del principio jerárquico. Vale la pena aclarar que independientemente de cómo se conciba, el criterio jerárquico no goza de una prevalencia absoluta, lo cual se ha hecho manifiesto en diversas decisiones relativas a conflictos normativos.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 2a. ed., trad. de M. Gascón y M. Carbonell, México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 72.

<sup>5</sup> *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1983, p. 93.

<sup>6</sup> Guastini, *op. cit.*, nota 4, p. 74.

<sup>7</sup> Así, por ejemplo, la resolución del Tribunal Constitucional alemán relativa a los oficios (conocida como *die Handwerker Entscheidung*), en que la prioridad es otorgada a la norma de rango inferior con fundamento en la distribución competencial hecha por la Constitución alemana; decisión del Tribunal Constitucional alemán, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1963, t. 13, pp. 97 y ss.

En general se puede decir que el procedimiento tradicional de solución de conflictos normativos se basa en la utilización y combinación de tres criterios: el de jerarquía, el de especialidad y el temporal o cronológico. El primero confiere prevalencia a la norma de rango superior respecto a la subordinada (*lex superior derogat legi inferiori*), el segundo a aquella que regule una materia específica (*lex specialis derogat legi generali*), y el tercero concede la prevalencia a las normas más recientes frente a las precedentes (*lex posterior derogat legi priori*). De tal forma que en caso de un conflicto, la norma que satisface el mayor número de criterios de prevalencia será aplicable, y por lo mismo jurídicamente obligatoria.

Estos criterios se basan en la diferente capacidad de las normas para resistir en el enfrentamiento y adquirir prevalencia manteniendo su obligatoriedad en un conflicto. Como se mencionó, según Ignacio de Otto,<sup>8</sup> las normas poseen dos tipos de fuerza: la activa, que es derogatoria, y la fuerza pasiva, que es de resistencia a la derogación en el caso de un conflicto. Norberto Bobbio<sup>9</sup> habla de la diferencia de fuerza del “poder normativo” de una norma en conflicto, que según él se manifiesta, por ejemplo, en la incapacidad para establecer reglamentación contraria a la de una norma jerárquicamente superior. Con ello, sin embargo, no se refiere a una imposibilidad de existir o ser promulgada la norma, sino a la de ser aplicada, a la obligación de ser conforme. Pero aun cuando estos autores conciben de manera distinta esta fuerza que mencionan, no se trata sino de la determinación de la prevalencia que a una norma en un conflicto específico se le debe atribuir según las reglas del sistema jurídico.

Para De Otto,<sup>10</sup> el principio que se debe aplicar con relación a normas del mismo rango es el de *lex posterior derogat legi priori*, y su efecto destructor (de la eficacia) se corrige con el principio *lex specialis derogat legi generali*. En el caso de normas con distinto rango se aplica el principio de jerarquía, y cuando estos principios no logren proporcionar una solución al problema, deberán invocarse otros criterios reconocidos por el sistema jurídico, como el cronológico por ejemplo. Pero también podría suceder que ambas normas fuesen derogadas, lo que produciría una

8 De Otto, *op. cit.*, nota 5, p. 89.

9 *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1998, p. 205.

10 De Otto, *op. cit.*, nota 5, p. 80.

“laguna por colisión”. La autoridad facultada puede efectivamente generar una laguna en el proceso de solución del conflicto, pero de la misma manera deberá integrarla. Pero como ya no se trata de un proceso de interpretación sino de creación de derecho, tiene que estar facultado expresamente para ello.

Según Bobbio,<sup>11</sup> aun cuando la jurisprudencia ha logrado elaborar tres reglas fundamentales para resolver las “antinomias” (incompatibilidad entre las normas), estas reglas, además de que no sirven para resolver todos los casos posibles, pueden entrar en conflicto entre sí, ya que dependiendo de la forma en que las normas se relacionen pueden resultar aplicables dos o incluso los tres criterios. A este problema lo denomina “incompatibilidad de segundo grado”, pues no se produce entre las normas, sino entre los criterios de solución. De manera que estos casos se resuelven conforme a unas reglas adicionales que indican, por ejemplo, que el criterio jerárquico prevalece sobre el cronológico, o que la ley posterior general no deroga la ley especial previa. Pero según Bobbio no existe una regla consolidada para solucionar el conflicto entre el criterio jerárquico y el de especialidad. Él considera que teóricamente debe prevalecer el criterio jerárquico, pero la solución depende del intérprete. Un factor que en estos casos debe evaluarse también es la distribución de competencias, ya que ahí puede estar el elemento que cambie la relación de prevalencia.<sup>12</sup> De acuerdo con Theodor Schilling, para determinar la relación entre las regla de prelación, primero es necesario determinar la fuerza derogatoria de las reglas en conflicto, pero señala que entre las normas derogatorias o criterios de solución de conflictos, uno no prevalece frente a otro cuando colisionan porque sus propiedades sean más importantes, sino porque el sistema jurídico así lo establece y le da la prevalencia.<sup>13</sup>

Desde un punto de vista positivista, la relevancia de incluir en un sistema jurídico normas de solución de los conflictos normativos radica en el hecho que de no encontrarse previstas las normas derogatorias, el

11 Bobbio, *op. cit.*, nota 9, pp. 204 y ss.

12 También Guastini (*op. cit.*, nota 4, pp. 79-83) analiza las relaciones de prevalencia en caso de interferencia entre los principios derogatorios cuando analiza las técnicas para resolver las antinomias. Sobre el mismo tema véase Díez-Picazo, *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 70, 361 y ss.

13 Schilling, Theodor, *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, Berlín, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, pp. 420, 455 y ss.

conflicto normativo permanecería sin solución.<sup>14</sup> Es más, según Kelsen,<sup>15</sup> la doctrina sería igualmente incapaz de solucionarlo mediante interpretación. Para él es inaceptable que la interpretación científica pretenda resolver los conflictos normativos aseverando que en caso de conflicto debe obedecerse tal norma porque así se evita un mal mayor que el acatamiento que la otra norma produciría.<sup>16</sup> Sería aceptable solamente si este principio del mal menor como regla de decisión se encontrara previsto expresamente en el orden jurídico, de otra forma el conflicto normativo permanecería sin solución. No obstante, Kelsen considera que no es un hecho poco común que los conflictos normativos no sean resueltos.

En su artículo sobre la derogación, Kelsen<sup>17</sup> sostiene que los conflictos normativos existen y que a pesar de no ser un hecho deseable son posibles, y ocurren frecuentemente. Para él, este tipo de conflicto presupone que ambas normas son válidas, y que la derogación destruye la validez de una de las normas. Pero de ninguna manera se trata de una contradicción lógica, es más, en su opinión, ni siquiera puede compararse con una contradicción lógica. Por eso concluye que los “principios derogatorios” no pueden ser considerados como principios lógicos, y que los conflictos permanecen sin solución si no se prevén expresamente principios derogatorios o se presuponen tácitamente al menos, pues la ciencia jurídica es incompetente para resolver conflictos normativos mediante interpretación y para suprimir la validez de una norma, porque no puede emitir normas jurídicas.<sup>18</sup> No obstante, y a pesar de que Kelsen rechaza la posibilidad de resolver los conflictos normativos a través de la interpretación de las normas hecha por los científicos jurídicos, admite la facultad creadora de la “interpretación auténtica” para determinar la solución de un conflicto.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> Para autores como Paulson, la relevancia de incluir medios de solución de conflictos radica en que un conflicto carece de dicho carácter cuando el sistema jurídico prevé una solución, como serían las reglas derogatorias por ejemplo; “Zum Problem der Normkonflikte”, *ARSP*, Wiesbaden, vol. 66, núm. 4, 1980, p. 491.

<sup>15</sup> Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Manz Verlag, 1979, p. 103.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>17</sup> “Derogation”, *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Austria, Europa Verlag, 1968, t. 2, pp. 1439 y ss.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 1443.

<sup>19</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2000, pp. 354 y 355.

Dworkin<sup>20</sup> adopta una postura similar a la de Kelsen; para él, el problema de los conflictos normativos es una cuestión de validez, por lo que sostiene que dos reglas válidas no pueden estar en conflicto, de modo que si dos reglas se oponen es porque una de ellas no es válida. Según él, los conflictos se encuentran regulados por otras reglas del sistema jurídico que establecen qué norma debe ser preferida, y menciona además de los criterios jerárquico, cronológico y de especialidad, las normas que se fundan en los principios más importantes. Esta idea de la importancia es algo así como dar prevalencia a los valores o principios invocados en la elaboración de las normas, o quizás un intento de reconstrucción de la norma a través de la interpretación para conocer el principio intrínseco.<sup>21</sup>

Sieckmann<sup>22</sup> a su vez considera las reglas de prelación, como son por ejemplo las reglas derogatorias, como una clase de normas de validez, ya que la norma en conflicto que satisfaga los criterios de validez obtiene la prelación respecto de la otra, y en consecuencia es válida jurídicamente, es decir, es aplicable. Pero aun cuando las considera como criterios de solución, no reduce los conflictos normativos a un problema de validez.

Weinberger<sup>23</sup> señala que las inconsistencias entre normas de deber y de permisión (*Soll-Darf Inkonsistenzen*) pueden ser superadas mediante decisiones normativas que determinen la prelación correspondiente al caso. Para él, la inconsistencia lógica solamente se puede evitar mediante la interpretación y la prescripción positiva de estipulaciones adecuadas como “lex posterior...”, etcétera, pero considera que no se trata de principios lógicos; además, según él, la lógica sirve para determinar el conflicto, mas no para resolverlo. Von Wright es de la misma opinión,

20 *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, p. 27.

21 Esta noción de importancia es considerada también por Alexy, para quien además de las reglas derogatorias tradicionales en un conflicto entre reglas es posible decidir de acuerdo con la importancia de la regla, la cual, sin embargo, solamente puede conocerse si existen en el sistema jurídico reglas de prevalencia específicas; *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 88.

22 Sieckmann, Jan-Reinard, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990, p. 92.

23 Véase *Rechtslogik*, 2a. ed., Berlín, Duncker und Humblot, 1989, pp. 237 y 258; “Kelsens These von der Unanwendbarkeit logischer Regeln auf Normen”, *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*, Viena, Manz Verlag, 1982, t. 7, p. 116.

ya que un conflicto normativo no puede ser superado con ayuda de la “lógica”; en el caso de las normas deben utilizarse metanormas para resolver el conflicto, como son por ejemplo las normas derogatorias. Pero si en el orden jurídico no existe previsión alguna, entonces dice: “*I assume that in practice the conflict is often removed by some ‘modifications’ in the conflicting norms, restricting their content so that the contradiction is eliminated*”.<sup>24</sup> Con ello no se refiere a otra cosa, sino a la interpretación, lo cual Peczenik denominaría ‘*corrective interpretation*’, ya que para él, la así llamada solución de conflictos entre normas es tan sólo un tipo de interpretación correctiva.<sup>25</sup>

El problema en la solución de conflictos se puede observar en dos momentos, primero en la incertidumbre en la aplicación de las metanormas o reglas de solución, y luego en el hecho de que en algunos casos la aplicación de dichas metanormas no será suficiente para resolver el conflicto. Hilpinen así lo señala al decir que: “*not all normative conflicts can be solved by second-order-rules*”, como son las normas derogatorias; en su opinión, la ponderación es una alternativa. Pero con ello no se refiere al peso de las normas a aplicar, sino a que la solución se logra mediante la valoración de las consecuencias de la decisión. Para él, el método para la solución de los conflictos normativos debe ser racional en el sentido de que debe fundarse en la investigación y la argumentación.<sup>26</sup>

Los autores citados no solamente no discrepan entre sí, sino que no dejan de tener razón, en virtud de que existen diversos tipos de conflictos normativos. Pero un conflicto entre normas no puede ser reducido simplemente a una cuestión de validez formal, los verdaderos conflictos se ubican en los contenidos, por lo que en estos casos puede hablarse de que se produce alguna forma de oposición que debe ser superada. En la evaluación del conflicto además debe considerarse si éste puede ser evitado mediante interpretación, de no ser así, también deberá calcularse si el acatamiento de una de las normas se puede traducir en el incumplimiento de la otra y viceversa, para comprobar la existencia de un conflicto. Pero la decisión sobre la aplicación de las normas también es re-

<sup>24</sup> “Is there a Logic of Norms?”, *Ratio Iuris*, Oxford, vol. 4, núm. 3, diciembre de 1991, p. 278.

<sup>25</sup> Peczenik, A., *On Law and Reason*, Holanda, Kluwer Academic Publishing, 1989, pp. 418 y ss.

<sup>26</sup> Hilpinen, R., *op. cit.*, nota 1, p. 197.

sultado de la consideración de la consecuencia de la aplicación de cada una de ellas, por lo que el juez también debe tomar en cuenta los efectos jurídicos de las normas, como sugiere Hilpinen.

De manera que si el derecho se caracteriza por su capacidad de auto-creación, así como por las relaciones de validez y consecuentemente de derogación que se establecen entre sus normas en virtud de su carácter sistemático, se puede decir que para mantener la coherencia del sistema jurídico es necesario incluir reglas de solución de conflictos como por ejemplo reglas derogatorias, ya sean generales o específicas,<sup>27</sup> que operen como mecanismos de depuración que preserven la consistencia y provean a la eficacia del sistema. Sin embargo, como ya se ha mencionado, no todos los conflictos normativos son problemas de contradicción que pueden resolverse mediante la supresión de la validez de una de las normas, por lo que es necesario encontrar otros mecanismos de solución que permitan superar los diferentes tipos de incompatibilidades que se pueden presentar entre las normas.

## II. LOS CONFLICTOS NORMATIVOS EN LA TEORÍA DE ROBERT ALEXY

Una manera de superar la indefinición en la utilización de los criterios tradicionales de solución de conflictos mencionados en el apartado anterior es haciendo una distinción entre los tipos de normas a que pueden ser aplicados. Por ello se revisará la propuesta de Robert Alexy, quien considera que una teoría satisfactoria del conflicto se sustenta en la distinción entre dos tipos distintos de normas: reglas y principios. Su tesis parte de la diferenciación hecha por Dworkin,<sup>28</sup> quien distingue entre “*policies*” (que establecen metas que se refieren a un comportamiento estratégico en el ámbito económico, social o político), principios, nor-

<sup>27</sup> Son reglas generales aquellas que tradicionalmente han sido aceptadas en virtud de su incorporación al sistema jurídico a través de la jurisprudencia, como son las relativas a la jerarquía, especialidad o temporalidad, por ejemplo. Se consideran como especiales las reglas que se incluyen expresamente en un sistema jurídico para resolver conflictos de carácter específico, como por ejemplo el artículo 31 de la Constitución alemana que confiere la prevalencia a la ley federal en detrimento de la local en caso de conflicto.

<sup>28</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., nota 20, pp. 22 y ss.

mas y otros *standards*. Las normas jurídicas emanan tanto de los legisladores como de los jueces, son el producto del ejercicio de una facultad normativa o del poder creador de los jueces a través de la jurisprudencia. Los principios deben ser observados porque son requerimientos de justicia, equidad u otra dimensión de la moral. Dworkin<sup>29</sup> considera que las reglas son normas que se aplican de una manera de “todo o nada”,<sup>30</sup> en tanto que los principios se ubican en la dimensión del peso o importancia, que fundamenta su capacidad de ponderación. Para él, la diferencia es lógica, las reglas se aplican o no se aplican, pues establecen ellas mismas sus condiciones de aplicación, mientras que para aplicar los principios hay que dar razones. La forma de aplicación de los principios no siempre es la misma, pues su peso específico depende tanto de las circunstancias en que la decisión se haga, como de los argumentos utilizados. Pero Dworkin no abunda en ello, por lo que la dimensión del peso de los principios a que hace referencia no es clara; para él, los principios solamente contienen una indicación de la dirección que se debe seguir, pero no establecen una determinada decisión. Por otra parte, Dworkin aclara que a partir de la forma de la disposición no siempre es claro si se trata de una regla o un principio, de tal forma que la diferencia se percibe solamente en su funcionamiento, que puede ser lógica o sustancialmente diferente.<sup>31</sup>

Alexy desarrolla una teoría de los principios y el significado de la dimensión del peso partiendo del hecho de que las normas son aplicables de distinta manera. Esto significa que la operatividad de las disposiciones jurídicas es variable, por lo que diversos tipos de conflictos normativos<sup>32</sup> que se resuelven mediante métodos diferentes son posibles. Según Alexy,<sup>33</sup> el problema requiere hacer una distinción inicial entre el tipo de normas en conflicto; en el caso de las reglas, la solución se da mediante la introducción de una cláusula de excepción o a través de la

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 24 y 26.

<sup>30</sup> Para Sieckmann, el carácter de todo o nada de las reglas significa su validez estricta, lo cual implica que sería válida para todos los casos en que es aplicable. Es el tipo de validez que corresponde a los enunciados relativos a la validez definitiva; *Regelmodelle.... cit.*, nota 22, pp. 55 y ss.

<sup>31</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, nota 20, p. 27.

<sup>32</sup> Alexy habla así de conflictos normativos entre reglas y colisión de principios; *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg-Múnich, Verlag Karl Alber, 1992, pp. 77 y ss.; *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 21, pp. 88 y ss.

<sup>33</sup> *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, nota 21, pp. 81 y ss.

eliminación de una de ellas; en el caso de una colisión, en cambio, se requeriría de su ponderación.

A pesar de la distinción señalada, para Alexy<sup>34</sup> tanto las reglas como los principios son normas porque establecen lo que debe ser, de modo que también pueden ser expresados con modalizadores deónticos. Las reglas son normas que en el cumplimiento de ciertos presupuestos ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente, o bien, facultan definitivamente a alguien, y pueden ser definidas simplemente como “obligaciones definitivas”, ya que se cumplen o no. Los principios, en cambio, son “mandatos de optimización” que ordenan que algo, dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas, sea realizado en la mayor medida posible, en consecuencia, su cumplimiento puede verificarse en grados diferenciados. Para él, los principios no solamente son ponderables sino que requieren de la ponderación, pues ésta es su forma de aplicación característica. De manera que para Alexy<sup>35</sup> la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no solamente de grado.

Si las reglas y los principios operan de manera distinta, entonces también se relacionan de manera diferente. Quizá es esta idea la que hace que Alexy distinga entre “colisiones de principios” y “conflictos de reglas”. En ambos casos la aplicación independiente de cada una de las normas conduciría a resultados incompatibles, es decir, a juicios de deber ser contradictorios,<sup>36</sup> de modo que la diferencia no radica en la forma del enfrentamiento, sino de la solución que depende de la operatividad de la norma en conflicto. Así, una colisión entre normas se produce cuando uno de los principios únicamente es realizable a costa del otro principio y solamente se puede arribar a una decisión mediante una ponderación. Ésta se logra mediante la aplicación de la ley de la ponderación que establece que a mayor grado de no realizabilidad de un principio debe ser mayor la importancia de la realización del otro.

Los principios son mandatos de optimización que deben ser ponderados en caso de colisión, de modo que su obligatoriedad es *prima facie*, pues a pesar de que su contenido exige que se realice una acción, requiere además que se verifique un acto de ponderación. Las reglas, en

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 83 y ss.; “Zum Begriff des Rechtprinzips”, *Recht, Vernunft und Diskurs*, Frankfurt, Suhrkamp, pp. 182-192.

<sup>35</sup> Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., nota 21, p. 87.

<sup>36</sup> *Idem*.

cambio, son obedecidas o no, y no existen grados de obediencia, por lo que parecen tener un carácter definitivo, sin embargo cuando es posible introducir una cláusula de excepción, la regla adquiere un carácter *prima facie*, que es distinto al de los principios. Pero más que adquirir un carácter *prima facie*, parece que al introducirse una nueva regla en el sistema, que o bien crea una excepción o deroga una norma, hace que la primera regla pierda su aplicabilidad al modificar su ámbito de validez. El carácter *prima facie* de los principios puede ser reforzado mediante una carga de argumentación en favor de determinados principios o tipos de principios.<sup>37</sup>

Alexy<sup>38</sup> realiza una distinción entre los tipos de conflicto basándose en la idea que el concepto de conflicto implica la contradicción de dos normas en el sentido más amplio de la palabra. Para él, en un conflicto entre reglas, por tratarse de una cuestión de validez, se busca establecer qué normas están dentro o fuera del orden jurídico. Mientras que el concepto de colisión sirve para designar un problema dentro del orden jurídico, pues en caso de un enfrentamiento, los principios mantienen su validez, solamente se modifica su aplicabilidad. De modo que existe un conflicto normativo cuando dos reglas aplicables al mismo caso son contradictorias. Este conflicto se puede resolver mediante la previsión de una excepción para la aplicación de la regla en cuestión, o bien, si se aplica una norma derogatoria y es declarada inválida (o no aplicable) al menos una de las normas. Según Alexy,<sup>39</sup> cuando no es posible introducir una cláusula de excepción, las normas derogatorias son aplicables, así como las reglas especiales de prevalencia previstas en un sistema jurídico. Pero si bien los conflictos entre reglas se verifican en el ámbito de la validez, el problema radica realmente en que no es posible saber de antemano cuál de las reglas en conflicto debe perder su validez, pues estos criterios no resuelven los problemas de aplicación del derecho en abstracto.

En el caso de un conflicto entre principios, la solución se verifica de manera distinta, ya que no solamente no hay reglas para su solución, sino que no pueden introducirse excepciones ni declarar la invalidez de uno de los principios. En cada caso debe hacerse una ponderación, pues

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 99-101.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 88.

ésta es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios.<sup>40</sup> Por otra parte, según Alexy, entre los principios no existe una prelación de rango absoluta, pues depende de las condiciones consideradas, por eso la denomina “relación de precedencia condicionada”.<sup>41</sup> En su opinión, las colisiones solamente se producen durante la resolución de un caso, y un principio tendrá que ceder frente a otro. Ambos principios permanecen en el sistema jurídico, ya que no se produce una derogación. Estas condiciones constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente, y esto constituye la “ley de la colisión”<sup>42</sup> para Alexy.

Según Alexy y Peczenik,<sup>43</sup> en el caso de una colisión no es cuestión de eliminar un principio, sino de optimizar ambos, de crear coherencia, por lo que se tienen que establecer de manera más o menos general relaciones definitivas de prioridad y órdenes *prima facie* de prioridad. Esto se debe, sobre todo, a que el establecimiento de órdenes de prioridad simplifica la tarea de decisión en el caso de una colisión de principios, por eso son tan importantes. Por otra parte, según Alexy la coherencia de las decisiones radica en que su relación con otras decisiones no es arbitraria.

La relevancia de admitir la existencia de los principios como normas que se aplican de una manera distinta a la subsunción, radica en que permite justificar tanto la subsistencia de la norma en el orden jurídico en caso de colisión, como el hecho de que no pierde su validez jurídica a pesar de no ser aplicable al caso. Para Alexy,<sup>44</sup> el modelo de reglas, principios y procedimientos que asegura la racionalidad no solamente en la elaboración sino también en la aplicación de las normas, permite a su vez asegurar un máximo de racionalidad práctica en el derecho.<sup>45</sup>

Finalmente, vale la pena mencionar que la diferencia entre principios y reglas solamente se aprecia en su aplicación, y más claramente en el caso de un conflicto, ya que la generalidad de la norma no basta como

<sup>40</sup> *El concepto y la validez del derecho*, 2a. ed., traducción de J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 162.

<sup>41</sup> Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., nota 21, p. 92.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>43</sup> Alexy y Peczenik, “The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality”, *Ratio Iuris*, Oxford, vol. 3, núm. 1 bis, marzo de 1990, pp. 136 y 137.

<sup>44</sup> Alexy, *El concepto y la validez...*, cit., nota 40, pp. 172-177.

<sup>45</sup> Sobre la racionalidad en el derecho véase Peczenik, Alexander, “Legal Rationality and its Limits”, *Rechtstheorie*, Berlín, vol. 15, núm. 4, 1984, pp. 415-422.

criterio de identificación de un principio. Las normas poseen la misma estructura lógico-normativa y carácter prescriptivo, ya sean reglas o principios, y como Alexy señala, la diferencia es cualitativa. El criterio que permite distinguir los principios de las reglas es el carácter de “mandato de optimización” de los principios.<sup>46</sup> De tal manera que solamente al determinar su aplicabilidad y constatar que la norma puede ser satisfecha en grados diferenciados se puede saber que se trata de un principio. Esto lo admite Alexy<sup>47</sup> cuando señala que tratar una norma como un principio o una regla es una cuestión de interpretación, y como frecuentemente sucede con la interpretación, no existen criterios que permitan una respuesta simple y clara para todos los casos.

### III. LA PONDERACIÓN COMO PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE PRINCIPIOS

Las primeras preguntas que hay que responder son: ¿qué es la ponderación?, y ¿en qué consiste como procedimiento? Sin embargo, no es fácil encontrar una definición de la ponderación. Como procedimiento se funda en la naturaleza de mandato de optimización de los principios, como lo denomina Alexy, y consiste en determinar el peso específico de los principios en colisión fijando la precedencia de alguno de ellos para el caso. Esto es posible porque los principios pueden ceder frente a otros en un enfrentamiento, sin que su validez jurídica se vea menoscabada. Por eso, Alexy considera que la colisión de principios “tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”.<sup>48</sup> La colisión se produce porque cada uno de los principios aplicables limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro, por lo que la ponderación consiste en establecer y justificar las condiciones de precedencia de un principio frente al otro, procurando que las normas en conflicto sean satisfechas en la mayor medida posible.

Según Sieckmann, el modelo de la ponderación presupone que existen auténticos conflictos normativos cuya solución requiere de una deci-

<sup>46</sup> Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., nota 21, p. 86.

<sup>47</sup> Alexy, “Zur Struktur der Rechtsprinzipien”, en Schilcher et al. (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Viena, Verlag Österreich, 2000, Juristische Schriftenreihe, t. 125, p. 38.

<sup>48</sup> Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., nota 21, p. 89.

sión jurídica, la cual debe fundarse en las normas que colisionan, ya que éstas constituyen las razones para la decisión de ponderación.<sup>49</sup> La ponderación es un procedimiento de decisión que sirve para establecer relaciones de prevalencia entre normas en conflicto. Por ello, para Sieckmann<sup>50</sup> la ponderación sirve para determinar qué es lo debido y cuál es la relación de prelación entre principios en colisión. La ponderación, a su vez, requiere de la utilización del criterio de óptimo de Pareto, puesto que constituye en sí mismo una condición mínima de la racionalidad de la decisión. La ponderación es un procedimiento de decisión para la determinación fundada de relaciones de prelación entre argumentos en colisión, principalmente entre principios, en el cual primero se eligen y aplican los criterios de validez, después se realiza la ponderación, y finalmente se determina la prelación de una de las normas. El resultado de la ponderación es la determinación de la “validez definitiva” de una norma como enunciado normativo (Gn).<sup>51</sup> Esto no implica, empero, atribuirles a los principios una prelación o un valor absoluto, ya que el resultado de la ponderación solamente tiene validez para el caso. De cualquier manera debe intentarse mediante la justificación que la interpretación y determinación del rango sea de utilidad para otros casos similares. Las razones para la ponderación contienen como reivindicación que ciertas normas obtengan validez definitiva, es decir, que constituyan mandatos de validez.

Para Alexy la distinción entre principios y reglas es un presupuesto de la tesis de la colisión. La ley de la ponderación<sup>52</sup> vincula la consideración de un principio en la solución de un caso específico y la relevancia del cumplimiento de otro principio en el mismo caso. Esta ley enuncia que cuanto mayor sea el grado de la no realización o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Según Alexy,<sup>53</sup> la determinación del grado de

<sup>49</sup> Sieckmann, “Zur Analyse von Normkonflikten und Normabwägungen”, en Meggle, G. (ed.), *Analyomen 2, Proceedings of the 2nd. Conference “Perspectives in Analytical Philosophy”*, Berlín-Nueva York, 1997, vol. III, p. 349.

<sup>50</sup> Sieckmann, *Regelmodelle...*, cit., nota 22, pp. 224 y 225.

<sup>51</sup> Sieckmann, “Semantischer Normbegriff und Normbegründung”, *ARSP*, Stuttgart, 80, 1994, p. 233.

<sup>52</sup> *Theorie der Grundrechte*, 2a. ed., Frankfurt, Suhrkamp, 1994, pp. 146 y ss.; *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., nota 21, p. 161; *El concepto y la validez...*, cit., nota 40, pp. 171 y ss.

<sup>53</sup> Alexy, “Zur Struktur...”, cit., nota 47, p. 49.

afectación de los derechos en cuestión es decisiva, es más, la ponderación misma se compone esencialmente de dichas graduaciones. En consecuencia, la ley de la ponderación exige que a mayor intensidad de la intervención, las razones para la afectación tengan un peso mayor. Esta ley rige la ponderación de los principios de cualquier tipo que ellos sean, y pone en claro que el peso de los principios no es determinable de manera definitiva o absoluta, por lo que solamente puede hablarse de pesos relativos. Por otra parte, también las circunstancias del caso individual son relevantes en una ponderación, es por ello que los principios no pueden arrogarse una pretensión de prelación *a priori*.<sup>54</sup>

Para Sieckmann<sup>55</sup> la ley de la ponderación expresa una relación comparativa y normativa entre el grado de satisfacción de un principio y la relevancia de la satisfacción del otro principio. Como procedimiento, esto significa que se realice un juicio sobre la posibilidad de satisfacción de los principios, así como un análisis de sus contenidos, ya que una comparación directa de la afectación de los principios no es posible. Para él, es una característica del modelo de principios que las decisiones jurídicas sean dependientes de la ponderación. Pero la ponderación es un procedimiento, no la norma misma, por lo que como Aarnio<sup>56</sup> señala, se puede considerar como si fuera una metanorma que establece una regla técnica aplicable en un juicio concreto. De tal forma que la ponderación opera como una regla, ya que o bien se optimiza o no, por lo que se podría pensar que los mandatos de optimización adquieren un carácter de reglas. Saber si el mandato de optimización es parte del principio, constituye su estructura o se conforma como una regla independiente, es otra cuestión.

Hasta este punto aún subsiste la duda sobre si los mandatos de optimización se encuentran en el interior de la norma o constituyen una metanorma que se aplica o complementa al principio en el proceso de determinación de su aplicabilidad. Es por ello que Alexy<sup>57</sup> ha distinguido entre “mandatos a optimizar”, que serían los principios mismos —el

<sup>54</sup> En la sentencia del Tribunal Constitucional alemán conocida como “Lebach Urteil”, se hace explícito que los principios no pueden pretender una prelación genérica, además de que las circunstancias específicas deben ser consideradas en la ponderación; *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1963, t. 35, pp. 202-245.

<sup>55</sup> Sieckmann, *Regelmodelle...*, cit., nota 22, p. 237.

<sup>56</sup> “Weighing is a separate metanorm, its a technical rule valid in a concrete judgement”; Aarnio, “Taking Rules Seriously”, ARSP, Stuttgart, 42, 1990, p. 187.

<sup>57</sup> Alexy, “Zur Struktur...”, cit., nota 47, pp. 38 y 39.

objeto de una ponderación—, y los “mandatos de optimización”, que son las reglas que indican qué hacer con las normas en conflicto, y que se satisfacen al optimizar. Además existe, según Alexy, una relación de implicación mutua entre ambos, por lo que el mandato de optimización se encontraría dentro del concepto de principio, de manera que los principios se pueden construir como “mandatos a optimizar” a los que corresponden “mandatos de optimización”. Alexy responde a las observaciones hechas por Peczenik<sup>58</sup> al respecto señalando que el mandato de optimización se encuentra en el concepto mismo de principio, principalmente porque para él, el carácter de principio se fundamenta en el mandato de optimización.<sup>59</sup>

El problema de fondo radica en que la ponderación, aun cuando constituyera una regla que ordena la optimización de los principios en colisión, se verifica de una manera un tanto incierta, e incluso subjetiva. Por una parte, los lineamientos del procedimiento son insuficientes y poco claros, pues además de que no existe un método para la ponderación, tampoco hay reglas que indiquen el proceso de identificación de los principios. Como procedimiento, parece confiar más en la racionalidad, sabiduría e intuición del juez que en reglas que determinen expresamente cómo debe llevarse a cabo un procedimiento tan importante. Por lo que la valoración de los intereses en conflicto y su potencial afectación parece quedar al arbitrio de los jueces.

#### IV. OTROS ELEMENTOS JURÍDICOS DE SOLUCIÓN

##### 1. *La interpretación*

El papel de la interpretación en la solución de los conflictos normativos se fundamenta en el hecho que de un mismo enunciado normativo es posible interpretar, e incluso inferir, diversas normas. Esto se debe a que las normas tienen una “textura abierta”, como lo denomina Hart,<sup>60</sup> propiedad que las califica como indeterminadas. Esta textura posibilita al juez realizar una elección entre los significados posibles. Pero la posibilidad de que la interpretación pueda servir para solucionar o, mejor

<sup>58</sup> Véase Peczenik, *On Law and Reason*, cit., nota 25, p. 78.

<sup>59</sup> Alexy, “Zur Struktur...”, cit., nota 47, p. 39.

<sup>60</sup> *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pp. 155-169.

dicho, para eludir los conflictos normativos, no implica sin embargo que se verifique por medio de métodos lógicos. La interpretación cumple también con una función de integración material del sistema jurídico, en virtud de lo cual constituye una fuente del derecho con eficacia modificatoria. Como procedimiento, la interpretación puede ser utilizada como herramienta para identificar las normas previstas en los enunciados normativos que se encuentran en situación de conflicto, así como para establecer si se trata de reglas o de principios. A partir de dichas determinaciones se puede confirmar la existencia de un conflicto y su tipo, o en caso contrario indicar que se trata de un mero problema de interpretación. En el proceso de interpretación, la consecuencia jurídica también debe servir como parámetro de evaluación del significado de una norma.

Como se puede percibir del párrafo precedente, el término interpretación es ambiguo, por lo que resulta necesario delimitarlo, ya que se refiere tanto a la actividad interpretativa como procedimiento, como al producto, es decir, al resultado que permite la determinación del significado de una norma. Para Zagrebelsky, la interpretación es una actividad intermedia o mediadora entre el caso real y la norma que lo regula, la concibe como una actividad “que se sitúa en la línea de tensión que vincula la realidad con el derecho”.<sup>61</sup>

En el capítulo primero, al analizar el funcionamiento del sistema jurídico, se establecieron simultáneamente los presupuestos de la interpretación, siendo el primero de ellos la existencia de distintas formas relaciones entre las normas, por lo que el conocimiento de estas conexiones resulta indispensable para determinar su significado. La noción de sistema, a su vez, hace necesario interpretar las normas jurídicas de conformidad con los principios regulativos que fueron analizados, es decir, la completitud, la coherencia, la consistencia y la independencia del sistema jurídico.<sup>62</sup> La exigencia de concebir al sistema como una unidad conlleva la posibilidad de que los elementos que lo integran se interrelacionen, por lo que su significado es sistémicamente dependiente.

Kalinowski<sup>63</sup> considera que interpretar es atribuir un sentido determinado a un signo lingüístico que proviene de otros, así se atribuye al sig-

61 *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 1997, p. 133.

62 Véase *supra* capítulos primero y cuarto.

63 “Filosofía y lógica de la interpretación”, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, pp. 109-122, *passim*.

no interpretado un significado distinto al original. De tal forma que la interpretación jurídica es tan sólo una especie de interpretación. En su opinión, la interpretación es exacta cuando coincide con lo que entiende el autor, y sólo si es exacta, la interpretación teórica de un texto científico adquiere valor. Pero la interpretación de textos legislativos es un tipo de interpretación práctica, ya que no solamente interesa el signo atribuido por el autor, sino también la determinación de cómo comportarse a partir del texto. Para Kalinowski la interpretación jurídica está supeditada al fin supremo de la acción humana, por eso depende en cierta medida de la filosofía. En cuanto a la interpretación lógica, Kalinowski señala que ésta es a su vez una especie de interpretación jurídica que consiste en deducir el sentido a retener o en utilizar los argumentos de la interpretación jurídica llamados "lógicos" (como por ejemplo, los argumentos *e contrario, a maiori, a minori, o per analogiam*). La justificación de su denominación se debe a que son razonamientos deductivos y todo razonamiento es lógico.

Pero mientras Kalinowski se refiere a los aspectos lógicos de la interpretación, Ross<sup>64</sup> señala los problemas lógicos de la interpretación como son los concernientes a la relación de una aserción con otra en determinado contexto, así como la inconsistencia, la redundancia y la presuposición, a los cuales considera de particular importancia. Pero estos problemas son lógicos en el sentido de que pueden ser determinados por medio del análisis lógico de la ley, puesto que no son lógicos en el sentido de que pueden ser resueltos con la ayuda de la lógica o con principios que funcionen de manera mecánica. Para él, los conflictos normativos se encuentran incluidos en el concepto de inconsistencia, de manera que pueden ser considerados como un problema de orden lógico para la interpretación, sin embargo señala que no existen principios ciertos para la solución de conflictos normativos. Ross considera que otros problemas de interpretación pueden surgir de una mala apreciación del hecho y el derecho, pero esto no constituye un problema insalvable puesto que con sentido común y prudencia es posible armonizar un texto.

Dado que la consistencia es un importante principio regulativo del sistema jurídico que debe asegurarse, de ser posible, el mayor número de

64 Ross, *On Law and Justice, cit.*, nota 3, pp. 128, 133 y 134.

contradicciones deben ser evitadas mediante la interpretación. Así, si de una norma es posible interpretar diversos significados, deben rechazarse aquellos que sean contrarios a las normas superiores y sobre todo a la Constitución, y optar por los que sean conformes a ella. El objetivo es producir coherencia entre las normas de un sistema jurídico; el referente principal tiene que ser la norma fundamental, pues ella establece los procesos de creación de las demás normas del sistema.

La interpretación sistemática se funda en la unidad del sistema jurídico, la idea conductora es el todo, la preservación de sus fines y objetivos aun en detrimento de normas específicas. Una de sus funciones primordiales es liberar al orden jurídico de contradicciones. La interpretación del derecho es necesaria porque los enunciados normativos en su calidad de enunciados lingüísticos pueden haber sido formulados de manera vaga o ambigua. En ocasiones esta vaguedad es intencional, sobre todo en relación con las normas de más alto rango, con el objeto de permitir un mayor grado de adaptabilidad de su ámbito de aplicación, ya sea su ampliación o restricción a través de la interpretación. Pero también es posible que la indeterminación sea consecuencia de un descuido, lo cual podría parecer como una incoherencia en la intención del legislador. A través de la interpretación se atribuye contenido y significado a los enunciados normativos, ya que las normas no son evidentes. De modo que la interpretación no solamente permite conocer el significado de los enunciados normativos, sino también evitar y resolver conflictos. Esto puede ocurrir incluso mediante la atribución de nuevos significados a los enunciados normativos, por lo que para evitar la arbitrariedad, la decisión debe ser justificada mediante la argumentación.

La tarea del órgano competente para realizar la interpretación es analizar los enunciados normativos previstos en el texto jurídico, el producto de la interpretación son también enunciados normativos con carácter vinculante. Por lo que en el caso de una sentencia interpretativa, la interpretación se integra a la norma interpretada como parte de la misma, de tal forma que adquiere jurídicamente la misma fuerza y rango que la norma interpretada.<sup>65</sup> Así, se produce una modificación de su significa-

<sup>65</sup> Así, según E. W. Böckenförde, ni las decisiones de concretización ni las de ponderación permanecen en el nivel del derecho secundario debido a su carácter de interpretación constitucional, en virtud de lo cual adquieren también rango constitucional; *Staat, Verfassung und Demokratie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992, p. 196.

do, pero no del texto; fenómeno conocido como mutación constitucional.<sup>66</sup> Según la doctrina alemana, la mutación consiste en la posibilidad de alterar el sentido de la norma, sin modificar el enunciado lingüístico (el enunciado normativo), de tal forma que lo que cambia es el contenido, es decir, la norma. La mutación es un proceso por medio del cual una norma jurídica modifica y determina el significado de otra norma, por lo que se integra a ella y, en consecuencia, adquiere su rango y eficacia derogatoria, lo cual afecta también su aplicabilidad.

El proceso de mutación tiene su fundamento en la dinámica jurídica y en el balance en la distribución funcional, pero su alcance no es ilimitado; el texto, el enunciado normativo mismo, así como la función de la Constitución fungen como límites, aun cuando parezcan límites un tanto vagos. Tanto el objeto de la interpretación como la función de la mutación es preservar la relación entre el derecho y la realidad, reforzando así la normatividad de un sistema jurídico al incrementar su eficacia. Pero a pesar de que el enunciado normativo no es alterado, se produce un cambio de orden jurídico, ya que al cambiar su significado, se puede decir que se trata de otra norma jurídica general.

Los enunciados normativos, ya sea que prevean principios o reglas, ofrecen a la autoridad una serie de alternativas de interpretación. Los principios poseen un mayor grado de indeterminación, lo cual implica también un marco más amplio de decisión para el juez. Esto permite que dentro del sistema jurídico se produzcan clases de órdenes paralelos, estos conjuntos de normas posibles, diversos entre sí, derivan de cada una de las alternativas de interpretación. Estas clases tienen un núcleo común que emana del significado esencial o básico de la norma interpretada, es decir, aquello que permanece inmutable a efectos de que a pesar de la interpretación se pueda concebir como la misma norma. La elección del juez de una de las alternativas produce el cambio de orden jurídico, así como la inserción de la nueva norma y sus consecuencias lógicas al sistema jurídico.

En la interpretación de las normas jurídicas, el modelo del legislador racional debe tomarse como premisa de dicha actividad. De acuerdo con Nino, la construcción de un sistema desde la perspectiva teórica requie-

<sup>66</sup> Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, trad. de Pedro Cruz Villalón, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 24, 28, 29, 79 y ss.

re de la aceptación del supuesto del legislador racional,<sup>67</sup> principalmente para la interpretación de las normas. Se trata de un modelo analítico que no se puede equiparar a una realidad, como podría ser un legislador individual o una asamblea legislativa, y que se rige conforme a ciertos presupuestos. Por ejemplo, que su actuación se presume como la de un sujeto individual, permanente, razonable, que opera como una única regla de reconocimiento y conoce todo el sistema jurídico, en cierta forma es parecido al juez Hércules de Dworkin, pues todo lo sabe. Conoce todas las circunstancias, es omnisciencia y omnipotente. Nino<sup>68</sup> señala que además debe ser coherente (refiriéndose a consistente), justo, omnicomprendiendo (que todas las situaciones posibles sean reguladas), finalista (tiene un objetivo), es económico (no es redundante), operativo (las normas serán aplicadas), y es preciso (su utilización del lenguaje es perfecta), y su única función es legislar.

De lo anterior es posible inferir que el legislador racional, como presupuesto teórico, puede cumplir solamente dos funciones: la primera que consiste en ser premisa (ideal) de la tarea legislativa, funcionando como mecanismo de control preventivo de las normas, y la segunda, en ser presupuesto de interpretación y análisis dogmático. Su principal objetivo es optimizar la aplicación de la ley, es decir, incrementar la eficacia y por lo mismo la permanencia de un sistema jurídico. Como presupuesto de interpretación se traduce en la necesidad de pensar que al expedir la norma el legislador actuó de manera racional y tomó en consideración las denominadas propiedades formales del sistema, por lo cual evitó incurrir en contradicciones, fue coherente, estableció normas independientes y no generó lagunas al legislar. De alguna manera se convierte en una presunción en favor del legislador, a efecto de que se pueda realizar una interpretación razonable y congruente de las normas con el resto del sistema jurídico.

En sentido estricto, el supuesto del legislador racional significa asumir que la función legislativa, como función creadora de normas, permite la conformación de un orden jurídico operativo, cuyas normas serán, además de válidas, eficaces. Esto refuerza la idea de que la actividad del legislador está sujeta a las normas constitucionales que se configuran

<sup>67</sup> Nino, Carlos, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1989, pp. 85 y ss.

<sup>68</sup> *Idem*.

como fundamento y límite de su validez. El legislador, mediante un sistema de control del universo de normas vigentes, podría lograr disminuir, entre otros, los problemas relativos a los conflictos normativos, por lo que debería tomar en consideración las propiedades del sistema para su desarrollo, pero esto constituye en sí mismo un ideal.

La jurisprudencia como fuente que emana de la interpretación de las normas, también juega un papel importante en la solución de los conflictos normativos, que se explica en virtud de su función y significado. Igual que en el caso de la interpretación, el término jurisprudencia, debido a su ambigüedad, también se refiere tanto al procedimiento de su elaboración como al resultado del mismo. Por lo que la jurisprudencia puede ser entendida como una herramienta para la solución de los conflictos, además de como procedimiento de creación de derecho. En el proceso de solución de un conflicto, tomar en cuenta la jurisprudencia es sumamente relevante, puesto que en su carácter de norma general cuando es creada, produce un cambio de orden jurídico. Implica la introducción de una nueva norma así como de sus consecuencias lógicas en el sistema jurídico, de manera que la jurisprudencia produce un cambio mayor del que se puede percibir en un primer momento.

Por otra parte, en el procedimiento de solución de los conflictos normativos, la jurisprudencia debe ser considerada tanto en el proceso de interpretación, como en el de argumentación que realizan los jueces para establecer el significado de una norma. Sobre todo porque el proceso de aplicación de las normas proporciona mayor certidumbre respecto a su obligatoriedad, significado y alcance, con lo cual se acota el margen de decisión del juez y se impide la arbitrariedad por parte de la autoridad. En la elaboración de la jurisprudencia, la argumentación tiene un peso fundamental dado que es la forma en que se expresan las razones que justifican una decisión que determina la existencia de un conflicto normativo, su solución o el peso de un principio, por ejemplo. La jurisprudencia, además de ser una norma que interpreta e integra el orden jurídico, establece en la resolución de conflictos prelaciones *prima facie* de ciertos principios, de modo que se pueden considerar como guías para la ponderación.

La jurisprudencia como norma también es relevante en cierto tipo de conflictos, no solamente porque establece criterios de solución, sino también porque en ella se encuentra la determinación del significado de

una norma, y así se puede establecer si un conflicto es real o solamente aparente. Para Habermass,<sup>69</sup> en la jurisprudencia la tensión entre facticidad y validez se produce entre el principio de seguridad jurídica y la expectativa de emitir sentencias correctas. Por lo que para él, la jurisprudencia tiene como función estabilizar las expectativas de las normas jurídicas en su aplicación. De manera que se puede decir que recurrir a la jurisprudencia proporciona seguridad jurídica en la medida en que permite un mayor grado de certeza en la aplicación de las normas.<sup>70</sup>

## 2. *La justificación*

Para poder incrementar la seguridad en la aplicación de las normas se requiere que la toma de decisiones jurídicas sea fundamentada no solamente en razones de índole normativa, sino también práctica. Fundamentar significa, ante todo, que los enunciados normativos que constituyen la decisión se derivan de otros, lo cual implica un determinado procedimiento de argumentación. El razonamiento jurídico generalmente ha sido descrito como un proceso de inferencia con forma silogística, aun cuando ya no se discute la posibilidad de inferir una conclusión normativa de una premisa normativa y una fáctica.<sup>71</sup> Según Alexy,<sup>72</sup> el objeto del discurso jurídico es la justificación de las decisiones jurídicas, las cuales constituyen un caso especial de enunciados normativos, y esta justificación puede ser desarrollada en dos planos: el interno, que establece si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación, y el externo, que permite verificar la corrección de las premisas.

<sup>69</sup> Habermass, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, 2a. ed., Frankfurt, Suhrkamp, 1992, p. 240.

<sup>70</sup> Sobre la certeza con relación a la interpretación, véase Aarino, Aulis, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *DOXA*, Alicante, núm. 8, 1990, pp. 23-38.

<sup>71</sup> La discusión sobre la posibilidad del tránsito del ámbito del ser al deber ser, de cruzar el abismo infranqueable entre estos dos mundos, problema conocido como falacia iusnaturalista o de la guillotina de Hume, ha sido abordada ampliamente por la doctrina. En consecuencia el tema no será tratado aquí, en virtud de que no se considera posible una inferencia lógica de dicho carácter.

<sup>72</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 213.

Ésta no es una opinión aislada; para la doctrina vigente existe un procedimiento común de razonamiento jurídico que puede analizarse según las distintas fases del proceso de toma de decisión.<sup>73</sup> Sin embargo, algunas variables importantes distinguen la solución de un caso que implica la individualización de una norma de la solución de un conflicto normativo. Sobre todo, porque aun cuando las mismas herramientas son utilizables, como por ejemplo la interpretación, la argumentación, el análisis normativo, la lógica (ya sea proposicional, de las normas o deóntica), su aplicación a la solución de los conflictos normativos varía dependiendo del tipo de conflicto de que se trate.

La determinación de la aplicación de las normas conforma un proceso más complejo que el de la subsunción. La subsunción no constituye un proceso lógico, sino de comparación y análisis, de comprobación de los hechos y de su adecuación a los elementos del supuesto de la norma.<sup>74</sup> Por otra parte, en la mayoría de los casos, debido a la ambigüedad o vaguedad de los términos o a la oscuridad de los enunciados por ejemplo, la interpretación es necesaria. Y este proceso no siempre conduce a los mismos resultados, pues de la elección del método interpretativo depende el resultado, ya que éste lo determina en cierta medida.<sup>75</sup> Una vez realizada la interpretación, el juez tiene que enfrentar la decisión de elegir la interpretación que proporcione la mejor solución para el caso.

Para von Wright,<sup>76</sup> los problemas de interpretación encuentran su solución en la teoría del silogismo práctico. Este autor considera que al aceptar que los silogismos prácticos son por sí mismos elementos lógicamente válidos de la argumentación, puesto que son argumentos con-

<sup>73</sup> Wróblewski, Jerzy, "Justificación de las decisiones jurídicas", trad. de Juan Igartúa Salaverriá, *Sentido y hecho en el derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 2001, pp. 45-65.

<sup>74</sup> Para Weinberger la subsunción tiene la forma de una inferencia de tipo lógico normativa que consiste de dos premisas: una regla normativa (un enunciado normativo general de forma hipotética) y una asercción individual, la conclusión es, a su vez, un enunciado normativo individual; *Norm und Institution*, Viena, Mansche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 1988, p. 69.

<sup>75</sup> Según Zagrebelsky (*op. cit.*, nota 61, pp. 134 y 135), el pluralismo de métodos interpretativos es un rasgo característico de nuestra cultura jurídica, y cada método remite a una cierta concepción ontológica del derecho, por ello considera que el método sólo es un expediente argumentativo para mostrar que la norma extraída del orden jurídico es una norma justificable en un orden dado.

<sup>76</sup> *The Varieties of Goodness*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1963, pp. 167 y 171.

clusivos que sirven como explicaciones, se produce una ampliación del objeto de la lógica. Por silogismo práctico se entiende normalmente un modelo o forma de razonamiento en el cual una premisa normativa y una fáctica conducen a una conclusión normativa. Pero según von Wright,<sup>77</sup> también es un silogismo práctico el modelo en que ambas premisas y la conclusión son normas, y ambas formas de razonamiento son estudiadas por la lógica deónica. Este último tipo de silogismo es la forma que puede de considerarse como el modelo que se utiliza en la determinación de la existencia de una incompatibilidad normativa, por ejemplo.

Aarnio<sup>78</sup> considera que la justificación, ya sea interna o externa, se refiere a una proposición interpretativa, de manera que en su opinión, cualquier forma de decisión legal implica algún tipo de interpretación. La justificación interna se ocupa de la estructura interna (“lógica”) del razonamiento, y la interpretación se realiza a partir de unas premisas de conformidad con las reglas de inferencia aceptadas. En este silogismo la validez de las premisas se acepta como dada, la primera premisa es la base normativa de la decisión (la premisa normativa), la segunda premisa son los hechos (la premisa fáctica), y la conclusión es la decisión normativa. La decisión se puede alcanzar de dicha forma, o reestructurar posteriormente en el modo silogístico, ya que la justificación interna es independiente de la forma en que la decisión ha sido alcanzada.

Aarnio, siguiendo a Wróblewski<sup>79</sup> y a Alexy, considera que la estructura de la justificación interna no solamente no es igual sino que es más compleja que la de un silogismo clásico, pues no se conforma solamente por las premisas, sino también por las reglas de inferencia y los valores necesarios para realizar la interpretación. Para él, la dificultad de la interpretación no radica en si la conclusión se sigue lógicamente, sino en la elección de las premisas y la determinación de su contenido, en la elección de las reglas de inferencia adecuadas o los valores básicos. Es por ello que en su opinión el verdadero problema del discurso jurídico se centra en la justificación externa.<sup>80</sup>

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 162.

<sup>78</sup> Aarnio, “La tesis de la única respuesta...”, *cit.*, nota 70, pp. 28 y ss.

<sup>79</sup> Véase Wróblewski, Jerzy, “Paradigms of Justifying Legal Decision”, en Peczenik et al. (eds.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht-Boston-Lancaster, D. Reidel Publishing Co., 1984, pp. 255 y ss.

<sup>80</sup> Aarnio, *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 166 y ss.

De manera que, en el fondo, el auténtico problema del razonamiento jurídico radica en la elección de la premisa normativa del “silogismo”. Ésta se realiza a través de la justificación externa, en consecuencia, se puede afirmar que la justificación interna y la externa están interconectadas. En la justificación externa, la premisa normativa es objeto de argumentación, ésta se realiza mediante otro “silogismo” en el cual la premisa problemática debe aparecer como conclusión. La justificación externa es sobre todo una cuestión de validez de las premisas y de las reglas de inferencia, la cual depende en gran medida de los valores a los cuales el intérprete se atiene en la justificación. Se construyen cadenas de silogismos integrados por argumentos, pero ninguna de ellas puede considerarse como suficiente para justificar la elección de la premisa normativa, por lo que se requiere de la totalidad de los argumentos. Pero además, su poder de convencimiento es fundamental, por ello es que la coherencia del conjunto de las premisas es decisiva.

Aarnio<sup>81</sup> considera que la justificación externa en sí, no es silogística, para él se trata más bien de convencer al destinatario de la interpretación, y los silogismos apoyan la interpretación o la argumentación guiados por los criterios de racionalidad o pautas de interpretación. En el fondo, en la justificación externa de lo que se trata es de comprobar que la premisa normativa elegida es la correcta, lo cual, en otras palabras, significa que la decisión es conforme a derecho y en consecuencia es obligatoria. En el caso de los conflictos normativos se trata de asegurar la aplicabilidad de una de las normas en conflicto, de que la decisión del juez que determina la obligatoriedad de las normas sea aceptada.

Para Aarnio,<sup>82</sup> las razones (los argumentos) usadas en la justificación jurídica son las fuentes del derecho, las cuales se dividen en fuentes autoritativas (razones de derecho) y en fuentes sustantivas (razones prácticas). En el caso de los conflictos normativos estas razones se encuentran en conflicto, por lo que la justificación externa constituye la decisión de la norma aplicable y, en principio, la solución del conflicto también. Solamente la norma que se determine como aplicable podrá ser individualizada mediante el proceso de justificación interna. En estos casos, la

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 170; “On the Sources of Law”, *Rechtstheorie*, Berlín, vol. 15, núm. 4, 1984, pp. 393-401.

<sup>82</sup> Aarnio, “La tesis de la única respuesta...”, *cit.*, nota 70, p. 28; *Lo racional como razonable*, *cit.*, nota 80, pp. 134 y ss.

justificación externa no puede ser obviada, ya que constituye el núcleo del problema. Cuando un conflicto normativo se resuelve mediante un sistema de control abstracto de normas, en la justificación externa se realiza la decisión sobre la aplicabilidad de las normas. En la interna se establece la consecuencia jurídica que corresponde a la norma que no puede ser aplicada, o bien, se integra el sistema en caso de que una laguna se haya producido durante la toma de decisión. Como se trata de acabar con un problema del sistema jurídico, en la justificación interna se crea o elimina una norma, y normalmente se produce un cambio de orden jurídico.

Alexy también considera que en el proceso de decisión las normas pueden ser consideradas como razones para juicios concretos de deber ser. Pero tanto las reglas como los principios pueden ser considerados como razones para la acción, o para otras normas, ya sea generales o individuales. Según Sieckmann,<sup>83</sup> las reglas son razones para la acción y los principios pueden ser considerados como razones en un proceso de ponderación, pues vinculan el nivel ideal con el real. Alexy,<sup>84</sup> en cambio, concibe a las reglas y a los principios como razones para normas, ya que esto le permite entenderlas como pertenecientes a una misma categoría, lo que facilita su análisis lógico. Por lo que para él, constituyen razones para normas aun cuando también de manera mediata sean razones para la acción, pero son razones de un tipo diferente. Los principios siempre son razones *prima facie* de las normas (la decisión), puesto que pueden ser desplazados; las reglas, en cambio, son razones definitivas a menos que sea posible introducir una cláusula de excepción a la regla, pues así adquiere un carácter *prima facie*.<sup>85</sup>

Aarnio<sup>86</sup> considera el conflicto entre normas como un inconveniente lógico del sistema, pues cuando dos normas atribuyen consecuencias jurídicas distintas al mismo conjunto de hechos, pueden surgir enunciados normativos contradictorios. Para él, los conflictos son posibles en la práctica, por lo que se presenta el problema de determinar cuál disposición debe ser obedecida y bajo cuáles circunstancias, puesto que ambas no pueden ser simultáneamente aplicadas, de modo que una de ellas

83 Sieckmann, *Regelmodelle...*, cit., nota 22, p. 87.

84 Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., nota 21, p. 102.

85 *Ibidem*, pp. 101-103.

86 Aarnio, *Lo racional como razonable*, cit., nota 80, pp. 160 y ss.

“tiene que ceder, al menos parcialmente”. Sin embargo, no solamente no explica el significado de su afirmación, por lo que puede referirse a la suspensión provisional de la aplicación de la norma, o a que las normas pueden ser aplicadas en grados diferenciados, como podría ser en el caso de los conflictos entre principios según Alexy, sino que no abunda en el tema aun cuando lo considera relevante. En cuanto a la justificación, Aarnio solamente menciona que el conflicto hace surgir el problema de la aplicabilidad de los textos, o en otras palabras, de cómo deben ser interpretadas las disposiciones para eliminar el conflicto, pero nada dice sobre la forma en que éstos deben ser resueltos, de cómo se desarrolla el proceso de interpretación, cómo se determina qué norma debe ceder, y tampoco explica cómo se realiza el procedimiento de justificación.

Alexy<sup>87</sup> propone en la *Teoría de la argumentación jurídica* unas reglas para la justificación interna, como por ejemplo, que para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una “norma universal”,<sup>88</sup> y que la decisión debe seguirse lógicamente de al menos una norma universal junto con otras proposiciones. Según él, estas reglas son válidas tanto para el caso en que existe una norma de derecho positivo, como para el caso de las lagunas en que la norma tiene que construirse. Sin embargo, Alexy señala que este esquema de fundamentación es insuficiente en los casos difíciles como cuando la norma contiene diversas propiedades alternativas en el supuesto, la aplicación exige un complemento a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas, si distintas consecuencias jurídicas son posibles, y también es así cuando en la norma se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones. En resumen, lo que Alexy denomina casos difíciles son aquellos en que se presenta algún tipo de problema en la determinación e individualización de la norma.

La justificación externa, según Alexy, se ocupa de la solidez de las premisas, por lo que su objeto es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. En su opinión, las premisas pueden proceder del derecho positivo, ser enunciados empíricos o, bien, enun-

87 Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., nota 72, p. 215.

88 Siguiendo a Hare, Alexy define a las normas universales, más que por su generalidad, por el hecho de que en ellas no aparecen expresiones singulares, como por ejemplo nombres propios; *ibidem*, p. 80.

ciados de cualquier otro tipo. Pero a cada tipo de premisa corresponde un tipo de fundamentación, la de la norma jurídica es su validez de conformidad con los criterios del sistema jurídico. Los enunciados empíricos se fundamentan mediante los métodos de la ciencia, máximas de la presunción racional, y para los otros enunciados se utiliza la argumentación jurídica, pero generalmente todos los métodos de interpretación están relacionados.<sup>89</sup>

El aspecto más relevante de la argumentación para la presente investigación es cómo se realiza el proceso de justificación de un conflicto normativo, el cual se puede referir a dos problemas distintos. Por una parte puede tratarse de la determinación de la aplicabilidad de la norma con el objeto de eliminar un defecto del sistema jurídico y depurarlo para evitar potenciales problemas de aplicación, lo cual se realizaría mediante un sistema de control abstracto de las normas. O bien, puede tratarse de la superación de un inconveniente que se presenta en el proceso de individualización de una norma a un caso concreto. Los procesos de justificación, aunque similares en el fondo, serían distintos, como se mencionó previamente, principalmente por lo que a las consecuencias jurídicas se refiere.

### *3. Las fuentes*

La solución de los conflictos normativos radica en parte en la posibilidad de identificar y sistematizar las fuentes que integran un sistema jurídico, pues simplifica el procedimiento mediante la determinación de la prevalencia de las normas en la aplicación. Una ventaja que esto representa es que al seguir criterios formales establecidos por una norma, se elimina en gran medida la discrecionalidad del juez, logrando asimismo un mayor grado de objetividad en la toma de decisiones.

El concepto de fuente de derecho ha sido utilizado normalmente con fines meramente académicos, puesto que en los sistemas jurídicos específicos no les han sido atribuidas consecuencias normativas. Esto no obsta para que las fuentes tengan un papel primordial en diversos ámbitos del derecho, aun cuando el término es utilizado en distintos sentidos, por lo que sería conveniente tratar de delimitar su alcance.

89 *Ibidem*, pp. 222-234.

En principio se puede decir que el término fuente tiene tres significados: como proceso de creación normativa, como norma y como argumento en la toma de decisiones. Esto se debe a que si bien el término fuente se refiere primordialmente al acto normativo, también es utilizado para referirse al acto mismo, es decir, a la norma como clase. La relevancia de la clasificación e identificación de las fuentes radica en la posibilidad de determinar su obligatoriedad y, por ende, la prevalencia de las normas en cierto tipo de conflictos.

Como procedimiento, se refiere a cualquier forma de creación normativa, sea legislativa, reglamentaria o jurisprudencial por ejemplo, pero no a los órganos que intervienen en el procedimiento. Los órganos que realizan funciones normativas son importantes solamente en la medida en que constituyen un elemento de validez de la fuente, puesto que deben haber sido integrados debidamente y gozar de la competencia necesaria. En materia de conflictos normativos el análisis de las fuentes como procedimiento es relevante, en tanto permite determinar la validez formal de las normas, pues una deficiencia en el proceso de creación puede generar una “infracción”. La infracción es un tipo de problema que no implica una contradicción entre los contenidos de las normas, de modo que considerar las fuentes como procedimiento no resulta útil en el proceso de justificación de una decisión, salvo al eliminar una norma del orden jurídico por vicios procedimentales.

El término fuente también ha sido utilizado para designar un texto normativo o incluso una norma. Diversas fuentes pueden ser invocadas en el proceso de solución de un caso, lo cual puede indicar la existencia de un conflicto normativo, o bien ser consecuencia de una redundancia. En el caso de un conflicto normativo, los criterios de ordenación de las normas sirven en principio para tomar una decisión sobre la prevalencia de las normas, pero tanto los contenidos como las consecuencias jurídicas deben ser tomadas en consideración en la valoración del problema. Las fuentes también han sido consideradas como argumentos o razones por diversos autores, así por ejemplo, para Hart, las fuentes del derecho deben ser concebidas como argumentos para la justificación de la toma de decisiones, las considera “buenas razones para los fallos”.<sup>90</sup>

90 Hart, *El concepto de derecho*, cit., nota 60, p. 312.

Aarnio<sup>91</sup> también considera que las fuentes de ley, tanto las de autoridad como las sustantivas, pueden ser concebidas como razones para la argumentación. Las primeras reciben esta denominación y pueden ser denominadas razones de autoridad, en virtud de la existencia de una autoridad normativa que las expide, una norma que atribuye la competencia y establece el procedimiento de creación y, sobre todo, por la obligatoriedad de la fuente. Entre ellas se encuentran por ejemplo, sin que por ello se establezca ningún orden de prelación o jerarquía, la ley, la costumbre y los tratados internacionales, que por su modo de creación se pueden considerar según Aarnio como “fuertemente obligatorias”. Existen otras fuentes dentro de las denominadas de autoridad, que Aarnio considera como débilmente obligatorias en virtud de su modificabilidad, como es la voluntad del legislador (en su carácter de propósito), o la práctica jurisprudencial, entendida como los precedentes y la jurisprudencia.

Las fuentes sustantivas, en cambio, tienen un peso diferenciado en la argumentación y carecen de autoridad en el sentido antes mencionado, por lo tanto su uso no es obligatorio, sino permitido siempre y cuando no esté prohibido por alguna disposición jurídica, de tal manera que su carácter es ser razones de apoyo. A este grupo pertenecen, por ejemplo, los argumentos prácticos que forman parte del razonamiento práctico; los datos sociológicos; los argumentos históricos o comparativos, que sirven como factores que contribuyen a la interpretación; la doctrina, entendida como opinión de juristas, autores, etcétera, y los valores, aun cuando en principio éstos son propios de la moral.<sup>92</sup>

El sistema de fuentes es demasiado complejo como para intentar ordenarlo sin tener un sistema específico como referencia, ya que la jerarquía depende de las previsiones expresas de cada norma fundamental. Normalmente las fuentes de un sistema jurídico se encuentran ordenadas según los criterios previstos en cierta norma. La primacía de la Constitución

91 Aarnio, *Lo racional como razonable*, cit., nota 80, pp. 138-141.

92 Según Stephen Munzer, cuando en un caso de conflicto el juez debe elegir la norma aplicable, debe recurrir a criterios, reglas o principios, pero no basarse en el simple arbitrio. Sin embargo considera que la solución no necesariamente se encuentra en el sistema, ya que los criterios pueden ser insuficientes, por lo que los jueces pueden recurrir a otras fuentes, las cuales a su vez pueden entrar en conflicto con otras fuentes; “Validity and Legal Conflicts”, *Yale Law Journal*, New Haven, Connecticut, vol. 82, 1973, p. 1173.

tución le atribuye esta función, por lo que las fuentes tienen la posición que ella les asigna. Pero esto no significa que todas las fuentes estén previstas en ella, por lo que se puede hablar de fuentes primarias y secundarias dependiendo de su origen.

Así, las fuentes primarias son aquellas que se encuentran previstas en la Constitución, estén ordenadas o no, por lo que constituyen las fuentes de mayor rango y, en consecuencia, gozan del más alto grado de obligatoriedad. Las secundarias o derivadas son aquellas creadas por ley; se podría introducir una tercera categoría a pesar de su dudosa legalidad y más aún de su constitucionalidad, denominada fuentes terciarias. Esta categoría comprendería a las fuentes delegadas o “restringidas”, las cuales derivan de un facultamiento de la autoridad administrativa a sus subordinados y su materia generalmente es limitada. Estas disposiciones normalmente explicitan los modos de aplicación de otras normas, pero no imponen obligaciones a los particulares.

Dentro de cada una de estas clases también existe una jerarquía entre las fuentes que resulta de su relación de dependencia, como por ejemplo en el caso de la ley y el reglamento. Sin embargo, también hay que considerar otros factores, como es la distribución de materias y las reservas de ley, para determinar de manera precisa el rango de las fuentes, puesto que pueden existir fuentes independientes de la ley directamente subordinadas a la Constitución, como son los reglamentos autónomos. Entre las fuentes se producen diversos tipos de relaciones además de las de supra y subordinación, existen también las relaciones de coordinación y complementación que derivan de las distintas facultades atribuidas a las diferentes autoridades normativas. Conocer el sistema de fuentes sirve para determinar las reglas de prelación entre las normas en un caso de conflicto. Pero no todos los problemas de incompatibilidad se resuelven mediante el criterio de jerarquía, así que las fuentes requieren de otros criterios para poder ser ordenadas, como el de distribución de materias por ejemplo. Estos dos criterios proporcionarían los lineamientos para la aplicación de los principios relativos a la jerarquía y especialidad de las normas de tal manera que se establecieran reglas útiles para conflictos similares. En tanto no se especifique expresamente en un sistema jurídico de otra manera, la regla aplicable a la temporalidad siempre será relativa a las de jerarquía y especialidad.

#### 4. *Los principios*

Entre las fuentes a utilizar en la solución de un conflicto resulta de especial interés analizar los principios, ya que éstos se transforman mediante su reconocimiento como fuente formal por el sistema jurídico, en un medio relevante para la solución de cierto tipo de conflictos. Este término ha sido frecuentemente utilizado por los juristas de manera ambigua,<sup>93</sup> por lo que resulta necesario comenzar por distinguir las normas concebidas como principios en virtud de su operatividad, de los principios generales del derecho, los cuales curiosamente son operativos como reglas. Se puede considerar que estos últimos poseen una cierta inmediatez, y pueden ser caracterizados como síntesis de diversos enunciados normativos, como fórmulas abreviadas o, incluso, como descripciones de reglas previstas en el sistema jurídico, esto depende de su proceso de elaboración. De alguna manera se infieren del derecho vigente, y expresan reglas jurídicas válidas aun cuando no se encuentren formuladas expresamente. Pero el término principio también puede referirse a instituciones jurídicas formadas por un conjunto de normas, ya sean reglas o principios, o por ambos (como el debido proceso legal, por ejemplo), o bien, simplemente a valores.

El origen de los principios generales del derecho se encuentra en el derecho positivo. Según Aarnio,<sup>94</sup> aun cuando no se encuentran escritos en la ley, son parte de la tradición jurídica que a través de las decisiones y su justificación han pasado de una generación a otra. Es por ello que no deben ser confundidos con los valores que sustentan un determinado sistema jurídico, pues éstos tienen un origen de tipo societario, ya sea en el discurso político o en el social. A pesar de la similitud en su estructura o en su utilización, los principios generales del derecho se aplican en el ámbito jurídico exclusivamente, en tanto que los valores se refieren al ámbito axiológico. Para Sieckmann los valores y las normas constituyen categorías distintas, mientras las normas son definidas como el significado de un enunciado jurídico que contiene una modalidad deontica, los valores son descritos como criterios de valoración de lo bueno. Por lo tanto, solamente representan una parte de un enunciado de valor

<sup>93</sup> El tema es tratado por Aulis Aarnio en “Taking Rules Seriously”, *cit.*, nota 56, pp. 183-185.

<sup>94</sup> Aarnio, *Lo racional como razonable*, *cit.*, nota 80, p. 131.

que delimita el estado de la valoración, y en esa medida corresponde al contenido. Para él, la interdefinición de lo debido y lo bueno solamente es viable cuando las normas carecen de la función directriz de las conductas, es decir, cuando realizan una función argumentativa ya que de esta manera las normas adquieren un carácter de principio.<sup>95</sup>

Para el derecho, la diferencia entre principios y valores radica principalmente en su función, directiva y teleológica respectivamente, sin embargo, distinguir entre principios y valores no es una tarea fácil. En la doctrina se han realizado diversos intentos, la dificultad radica principalmente en que entre ambos existen más similitudes que divergencias. Así, por ejemplo, pueden ser caracterizados como cláusulas generales en virtud de su formulación, aun cuando los principios tienen la forma de una norma, mientras que los valores, la de un criterio. De modo que sin pretender resolver tan difícil cuestión, se podría decir que los principios prevén formas de deber ser. Según Dworkin<sup>96</sup> son disposiciones que establecen derechos y su obligatoriedad es un requerimiento de justicia o equidad, por lo que se podría decir que en ese sentido reflejan un aspecto de la dimensión moral del derecho. Los valores, en cambio, tienen como función orientar las conductas para lograr un fin, y sirven también para guiar y limitar la interpretación y aplicación de otras normas. Se encuentran inmersos en los procesos de toma de decisión, son razones para la acción tanto de los individuos como de los legisladores y los órganos aplicadores del derecho. De tal forma que también son en cierta medida cláusulas genéricas de tipo directivo, pero pueden operar como metanormas respecto de los principios.

La relevancia de distinguir entre principios y valores se muestra en el proceso de justificación de las decisiones y la argumentación en la solución de un conflicto normativo, ya que a pesar de que la axiología de un sistema jurídico es un tema aún en discusión en la ciencia jurídica, no puede negarse el papel de los valores en la creación y la aplicación del derecho. Los principios generales del derecho pueden servir al juez, ya sea como fuente autoritativa o sustantiva dependiendo del sistema en cuestión, para resolver el problema de determinar qué norma es aplicable.

95 “Zum Verhältnis von Werten und Normen”, en Meggle y Nida-Rümelin (eds.), *Perspektiven der Analytischen Philosophie*, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, 2000, pp. 743, 744 y 749.

96 Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., nota 20, pp. 22 y 90.

ble. Pueden ser utilizados por el juez junto con otras fuentes para justificar sus decisiones, sobre todo cuando debido a la vaguedad con que intencionalmente el legislador redacta las normas, el peso sobre la decisión del significado de la norma se traslada al Poder Judicial. Los principios pueden servir también para integrar las denominadas “lagunas por colisión” que en ocasiones se producen al resolver un conflicto entre normas. Pero finalmente, no basta con saber qué son los principios o cómo pueden ser jerarquizados, ya que si esto no es posible *a priori*, no se pueden crear reglas de solución indicativas; saber que los principios son aplicables, solamente nos devuelve al ámbito de la justificación.

Los principios generales del derecho sirven como guías de aplicación de las normas en aquellas áreas en donde existe un exceso de legislación, o bien una mutabilidad extrema. Sirven como refuerzos de la seguridad jurídica ahí donde se posibilita jurídicamente la discrecionalidad, ya que frecuentemente la aplicación estricta de la ley no basta para garantizar los derechos de los ciudadanos. Pero mientras la discrecionalidad se legitima a través de la función organizacional del derecho, la seguridad jurídica solamente se garantiza en la medida en que se puede eliminar la discrecionalidad, de manera que existe una relación de tensión entre dinámica y seguridad jurídica.

El término principio también ha sido utilizado para realizar una diferenciación entre dos tipos de normas jurídicas, las reglas cuya aplicación es estricta y los principios que dentro del marco de la legalidad permiten distintos grados de aplicación.<sup>97</sup> En el caso de los principios, su especial operatividad solamente es evidente en el momento de la aplicación, y principalmente en caso de conflicto. Sobre todo porque al ser normas jurídicas comparten la misma estructura y función que las reglas, aunque pueden ser formulados de manera abreviada, o incluso denominados derechos o libertades (como el derecho a la vida, o la libertad de tránsito por ejemplo). En este sentido, en un conflicto, los principios admiten una valoración sobre la oportunidad de su aplicación sin que su validez sea menoscabada. No obstante, la doctrina ha insistido en la optimización de sus contenidos, de manera que en caso de un conflicto la autoridad está obligada a hacer un esfuerzo para que los principios en colisión sean aplicados en la mayor medida posible. A través de la ponderación se pretende conciliar los principios en conflicto de manera óptima. De la

97 Como por ejemplo Dworkin y Alexy, como previamente se ha señalado.

misma manera se debe evitar que la decisión cause un daño o perjuicio al individuo a quien las normas deben ser aplicadas.

Según Zagrebelsky<sup>98</sup> la ciencia no puede proporcionar una articulación de los principios en virtud de su pluralidad y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos, ya que no se estructuran según una “jerarquía de valores”, por lo que solamente recomienda prudencia en la ponderación. Para él, la única regla que quizá podría ser admitida es la de la optimización de todos los principios, sin embargo, considera que la manera de alcanzar este objetivo es una cuestión práctica y “material”.

En el proceso de toma de decisión, los principios generales del derecho también pueden ser invocados con el objeto de hacer evidente la existencia de un impedimento para aplicar una norma. Así, en ocasiones el conflicto no es producido por el hecho de que dos normas sean aplicables, sino que el juez u órgano decisor produce el conflicto entre la norma aplicable y un principio durante el proceso de justificación cuando considera que la norma no debe ser aplicada. Este tipo de valoraciones implica un margen de discrecionalidad para el juez basado en el criterio y racionalidad del intérprete que decide obrar en contra de la letra de la ley en beneficio de la justicia. De modo que aun cuando exista un texto normativo expreso que resuelva el caso, éste puede ser superpuesto por un principio general que impida la aplicación de la norma por ser contrarios.<sup>99</sup> Sin embargo, hay que recordar que los principios generales del derecho no siempre se encuentran formulados de manera explícita, sino que tienen que ser descubiertos mediante interpretación ya que se encuentran implícitos en diversas normas.

Zagrebelsky<sup>100</sup> opina que como el positivismo jurídico tradicional no considera una distinción conceptual entre regla y principio, las colisio-

98 Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 61, p. 125.

99 Así, por ejemplo, Dworkin cita el caso de *Riggs vs. Palmer*, en el cual la Corte deja de aplicar una disposición vigente en materia testamentaria, en virtud del principio que establece “que nadie puede beneficiarse de su propio ilícito”, impidiendo al asesino del *de cuius* recibir la herencia; *Taking Rights Seriously*, *cit.*, nota 20, p. 23. Esto ocurre de manera similar en el caso de los guardianes del muro (*Mauerschützen*), en el que el Tribunal Constitucional alemán determina la no aplicación de la regla que prohíbe la no retroactividad en virtud de un principio de justicia. Sobre el caso se puede consultar el comentario de Robert Alexy, *Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1997.

100 Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 61, p. 117.

nes entre las normas jurídicas son posibles tanto entre reglas como entre reglas y principios (pero los entiende como principios generales del derecho, más que en el sentido en que Alexy utiliza el término). Y como estos conflictos no son fáciles de resolver con los instrumentos de eliminación de antinomias, los principios generales del derecho con su fuerza directiva suplirían esa deficiencia. Por otra parte, considera que la fuerza de dichos principios se incrementa cuando se encuentran previstos en la Constitución, lo cual implicaría una cierta jerarquización. Dentro de este esquema la función de los principios generales del derecho sería solamente supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas.

Una de las dudas que subsiste una vez que se ha determinado el significado de los principios es: ¿cómo graduarlos, o cómo valorarlos cuando más de uno resulta aplicable a un caso? Si existen distintos tipos de principios que pueden ser ordenados según su fuente, entonces los principios constitucionales pueden ser considerados como los de mayor jerarquía. ¿Pero es acaso posible encontrar siempre un principio en la norma suprema que permita solucionar cualquier tipo de conflicto? Por otra parte, con relación a los conflictos entre principios surge también la duda sobre si es posible encontrar la respuesta o apoyo en un principio general aplicable en la Constitución cuya obligatoriedad fuese tal vez inquestionable en virtud de su rango.

## V. DESCRIPCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS NORMATIVOS

Aun cuando la construcción de un sistema no requiere como premisa lógica que sea libre de conflictos, sino que constituye un presupuesto o ideal de funcionamiento del derecho más que una propiedad del sistema, es sumamente relevante que existan procedimientos para resolver los conflictos normativos. Pero en virtud de la variedad de conflictos normativos surge la duda sobre la posibilidad de proponer métodos generales de solución. Por ello es que solamente se han señalado cuáles son las opciones existentes y los instrumentos que los juristas pueden utilizar como herramientas en el procedimiento de decisión. Entre otros, se han considerado la interpretación, la argumentación, los criterios derogatorios, el análisis normativo o la lógica deontica, por ejemplo.

Pero como la lógica deóntica solamente sirve para identificar los conflictos normativos, y la lógica de la argumentación jurídica no puede consistir en la simple aplicación de la lógica deductiva, como señala Zoglauer,<sup>101</sup> es necesario recurrir a la teoría general del derecho como complemento en la solución de los conflictos normativos. La interpretación de las normas junto con el proceso de análisis normativo, basado en los elementos proporcionados por la teoría general de las normas, también constituyen herramientas de gran utilidad para encontrar la vía adecuada para la solución de un conflicto normativo.

El procedimiento a seguir varía dependiendo del tipo de conflicto de que se trate, pero en cualquier caso debe partirse de la comprobación de la validez formal de las normas y del análisis de su ámbito de aplicación, de ser coincidentes se puede proceder a la primera etapa en la que se determina el problema. Esta primera etapa es muy similar tanto en el caso de conflictos entre reglas como entre principios. En la segunda etapa en que se aborda la solución del conflicto, las diferencias entre los procesos de solución son más notorias, por lo que serán descritos por separado.

### 1. *Conflictos entre reglas*

Primera etapa, determinación del problema:

- a) Es la fase del análisis normativo, también se podría considerar como una reconstrucción sintáctica de las normas: se reordenan los elementos del enunciado normativo de tal manera que aquellos que forman parte del supuesto se colocan antes de la cópula y los elementos que integran la consecuencia jurídica se ordenan juntos. A continuación, de ser necesario, se buscan en otros enunciados normativos correlacionados los elementos que completan la norma.
- b) Se procede a la reconstrucción semántica de la norma que ha sido identificada mediante la interpretación directa (descubrimiento y atribución de significado) y sistemática, posteriormente se identifican y atribuyen uno o varios significados preliminares que cons-

<sup>101</sup> Zoglauer, *Nomenkonflikte- zur Logik und Rationalität ethischen Argumentierens*, Stuttgart-Bad Cannstatt, fromann-holzboog, 1998, pp. 16 y ss.

tituyen la gama de alternativas de decisión del juez, en esta fase es necesario revisar el contexto y la relación con otras normas.

- c) Análisis lógico o determinación de la incompatibilidad de las normas: en esta fase se aplica tanto la lógica deóntica para el análisis de la oposición entre los operadores deónticos, como la lógica formal para analizar la compatibilidad de las conductas reguladas. De la determinación de la forma en que los contenidos se relacionan es posible conocer la existencia de un conflicto normativo e identificar el tipo del mismo.

Segunda etapa, solución del conflicto:

- d) Aplicación de principios derogatorios cuando se encuentran reconocidos por el sistema como reglas de solución de conflictos normativos.
- e) De ser insuficientes o inaplicables, buscar en el sistema jurídico una idea, principio o valor rector que supla las reglas tradicionales de solución, en esta fase la interpretación se debe concebir como actividad creadora.
- f) Argumentación como elemento conciliador de intereses y de justificación de la elección de las normas y su interpretación debida.

## 2. *Conflictos entre principios*

Primera etapa, determinación del problema:

- a) El primer paso radica en la identificación de los principios contenidos en los enunciados normativos, por lo que resulta necesario realizar el análisis normativo y proceder a la reconstrucción sintáctica de la norma, se reordenan los elementos que integran el principio y que han sido extraídos de otros enunciados normativos, separándolos de los derechos y obligaciones que integran la consecuencia jurídica. A pesar de que algunos autores<sup>102</sup> consideran

<sup>102</sup> Para Zagrebelsky, los principios proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas que previamente parecían indeterminadas, y como carecen de supuesto de hecho, tampoco puede utilizarse la subsunción como proceso de aplicación, de modo que a los principios sólo se les puede dar un significado operativo haciéndolos reaccionar ante algún caso concreto; *op. cit.*, nota 61, pp. 110, 111 y 118. Según Wein-

ran que los principios carecen de supuesto de hecho, la reconstrucción de la estructura de la norma es posible.

- b) Los principios se componen en ocasiones de diversos enunciados normativos, o bien conforman una institución jurídica, pero también pueden ser formulados como un derecho o una libertad. De modo que para su identificación es necesario realizar la interpretación de diversas normas, y a través de la interpretación sistemática es posible atribuirles un significado preliminar.
- c) Una vez determinados los principios en conflicto, mediante el análisis lógico se puede determinar el grado y tipo de incompatibilidad de las normas.

Segunda etapa, solución del conflicto entre principios:

- d) Revisión de la jurisprudencia y de antecedentes en la interpretación de los principios en cuestión.
- e) Ponderación del peso específico de los principios aplicables al caso evaluando las circunstancias específicas. Cuando el conflicto no pueda ser resuelto mediante la aplicación de los principios en cuestión se debe buscar en el sistema jurídico otro principio que resuelva la prevalencia entre ellos, o los sustituya. Para poder invocar otros principios conciliadores que se encuentren en el mismo sistema jurídico es necesario que tengan el mismo o mayor peso que los principios en conflicto.
- f) Argumentación como factor de justificación de la determinación del peso de cada uno de los principios, así como de la decisión jurídica.

Tercera etapa. Casos excepcionales:

- g) En determinadas circunstancias un principio puede perder su validez cuando en virtud de la dinámica del sistema se han producido cambios relevantes que provocan un rechazo total del principio

berger, los principios pueden tener una estructura lógica diferente, más bien abstracta, por lo que no pueden ser considerados como descripción de una conducta; “*Prima facie Ought*”, *Ratio Iuris*, Oxford, vol. 12, núm. 3, septiembre de 1999, p. 245.

aplicable a causa de su oposición con otros principios fundamentales. De modo que la autoridad puede optar por no ponderar, sino por eliminar el principio contrario a la nueva realidad. Esto puede implicar la aplicación del otro principio, o la necesidad de sustituir el que es rechazado por uno nuevo, dependiendo de la competencia de la autoridad y el alcance de las facultades de creación e integración que le hayan sido atribuidas.

En el proceso de solución de un conflicto también se puede presentar un conflicto de segundo nivel entre los criterios o normas de solución de los conflictos. De manera que puede producirse entre los principios generales del derecho que se invoquen, los criterios o normas derogatorios, las reglas específicas de conflicto, o incluso entre los valores invocados en la solución de un conflicto. Los argumentos utilizados en la justificación también pueden entrar en conflicto, y éstos a su vez pueden producirse en los diferentes niveles de argumentos, es decir, entre normas, intereses o valores<sup>103</sup> entre sí y con los otros niveles. De tal forma que un conflicto entre normas puede incrementar su complejidad en la medida que no existan reglas claras para la solución de conflictos. Sobre todo porque las razones o reglas de solución pueden producir otros tipos de conflictos. Para la solución de estos conflictos se requieren reglas de precedencia de segundo nivel, las cuales se encuentran normalmente en la jurisprudencia. Sin embargo, en muchas ocasiones, la decisión final se funda en el criterio del juez que realiza la ponderación de los intereses en conflicto.

De modo que el proceso para descubrir la solución a un problema normativo de incompatibilidad es aún más complicado de lo que parece a primera instancia. Es más, el procedimiento que viene de ser descrito, no es sino una simplificación que solamente pretende esquematizar los pasos que se realizan y las herramientas que pueden ser útiles. El problema parte de la determinación de los hechos, los cuales deben ser vinculados a conceptos jurídicos estableciendo las relaciones entre éstos.

<sup>103</sup> Para Lindahl es posible que se produzca una incoherencia en la implementación de los valores, por lo que los conflictos entre valores en un sistema jurídico deben ser regulados previamente mediante “meta-normas” del propio sistema. “Conflicts in Systems of Legal Norms: A Logical Point of View”, en Brouwer *et al.* (eds.), *Coherence and Conflict in Law*, Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, pp. 55 y 59.

tos en el entramado de las normas de un orden jurídico para especificar sus consecuencias.

Gert-Fredrik Malt<sup>104</sup> sintetiza las diversas formas de solución de los conflictos dependiendo del tipo de problema de que se trate, así por ejemplo, menciona la posibilidad de desconocer el conflicto o pretender que no existe, ignorarlo como tal (*disavowal*). Pero esto solamente sería posible respecto de los conflictos que dicho autor considera pragmáticos o lógicos, los cuales no poseen el carácter de un auténtico conflicto normativo. Otra opción es la reinterpretación, es decir, después de la interpretación primaria que determina el conflicto normativo, se realiza una segunda interpretación y la inclusión de otros argumentos para eliminar el conflicto. En el caso de los primeros procedimientos que menciona Malt, de lo que se trata más bien es de impedir que el conflicto se verifique. También considera como alternativa invalidar la norma, ya sea de manera abstracta y formal, es decir, general, o bien práctica, lo cual solamente implica la no aplicación de la norma. Mediante estos procedimientos sí se enfrenta el problema y se propone una solución. Malt admite una cuarta vía que denomina “*remedy*”, y que opera como una reconsideración de las normas secundarias de aplicación relacionadas con el conflicto normativo.

Por otra parte, como dice Sieckmann,<sup>105</sup> los argumentos jurídicos son razones para decidir un conflicto normativo de orden práctico, pero no sostienen la conclusión por medio de una inferencia deductiva, sino a través de una relación normativa. Desde el punto de vista de una interpretación procedural, este tipo de razonamientos normativos contiene requisitos para aceptar una cierta norma, o en una interpretación sustantiva, requisitos de la validez de una norma, por lo que deben ser calificados como normas de segundo orden.

Resumiendo, se puede decir que los conflictos normativos se resuelven en primera instancia delimitando el ámbito de aplicación de las disposiciones relevantes y haciendo coherentes los contenidos normativos a través de la interpretación sistemática, sobre todo cuando se han producido reformas en otras materias correlacionadas. También es posible es-

<sup>104</sup> “Methods for the Solution of Conflicts”, en Brouwer *et al.* (eds.), *Coherence and Conflict in Law*, cit., nota anterior, pp. 218-223.

<sup>105</sup> Sieckmann, “Logical Problems of Normative Arguments”, presentado en el Congreso Internacional de la Asociación de Filosofía del Derecho, Nueva York, 1999, inédito.

tablecer una regla de conflicto, tratar de equilibrar los intereses legislativos contrapuestos, los cuales pueden encontrarse en las razones de emisión de una norma, esto de alguna manera significa apelar a los modelos utilizados en el diseño institucional. Esta vía pretende interpretar y priorizar los intereses subyacentes a las instituciones y derechos en juego, el fin de esta opción es la necesidad de reconciliar los objetivos del derecho; sería un proceso basado en la preservación de la coherencia del sistema, cuando se le considera como un requisito que refleja su unidad.

Por otra parte, los conflictos normativos no solamente pueden ser resueltos mediante interpretación; comprobar la validez de las normas es un paso determinante, ya que solamente será aplicable la norma cuya validez sea declarada como tal por el órgano competente después de su comprobación. También debe verificarse la vigencia, fuerza y eficacia de las normas en conflicto, la derogación de la norma más “débil” es obviamente una de las alternativas en la solución de cierto tipo de conflictos.

En relación con la dogmática jurídica quedan otras dudas, como por ejemplo, cuál es su función en el proceso de solución de los conflictos normativos, si puede ser considerada como guía de la actividad decisoria, y en qué medida adquiriría relevancia en el proceso de justificación. Las respuestas a estas preguntas dependen también de descubrir si es posible elaborar reglas de decisión para los jueces, y determinar si estas reglas no se convierten en una forma de intervención del legislador en la actividad judicial que limita su actividad en vez de controlarla. Si algunos métodos o lineamientos fuesen propuestos por los dogmáticos tendrían un carácter meramente de recomendación, y probablemente tampoco existiría una uniformidad en la elaboración de un método de decisión, si acaso es posible proponer un método. Parece como si la única opción para la ciencia jurídica fuera la de describir el procedimiento como se acaba de hacer, sugerir a las autoridades competentes de la toma de decisión la consideración de ciertos elementos o evaluar riesgos posibles, proponer herramientas a utilizar como el análisis normativo o la lógica deontica, por ejemplo.

Las formas de solución dependen de los tipos de conflicto normativo que se presenten, pero implica optar por una de las normas en conflicto, o bien, rechazarlas todas y crear una nueva norma aplicable al caso. De

esta manera se produce una laguna que debe ser integrada en el mismo proceso, pero no debe confundirse una laguna que se produce en el proceso de resolución de un conflicto normativo con el conflicto mismo, ya que se trata de diferentes problemas del sistema jurídico que deben ser manejados de manera distinta. Entre las posibles soluciones a un conflicto tenemos, entonces, armonizar los significados para evadir la incompatibilidad, modificar el significado de las normas, aplicar una de las normas, crear una nueva norma, introducir una excepción, etcétera, sin olvidar que a cada tipo de conflicto corresponde una forma de solución específica.