

CAPÍTULO QUINTO

DEROGACIÓN Y SISTEMA JURÍDICO

I. INTRODUCCIÓN

Este capítulo tiene su origen en una petición expresa de Rolando Tamayo y Salmorán, quien con motivo de la presentación que hizo de mi libro *Conflictos normativos*¹ mencionó su interés en que retomara el tema, ya que en su opinión aún había mucho por decir a pesar del artículo sobre el tema que había publicado previamente.² De tal forma que espero poder satisfacer aquí su inagotable interés por la teoría del derecho, tomando como punto partida los trabajos mencionados, así como diversas obras y artículos del propio Rolando.

El fenómeno jurídico conocido como derogación debe ser analizado a la luz de la dinámica del sistema jurídico, como una de las funciones de las normas jurídicas que lo integran. La dinámica como propiedad de un sistema que regula su propia modificación implica incluir reglas de introducción, así como de eliminación de los enunciados que forman parte de él. La derogación es, por lo tanto, revisada como acto de modificación del sistema jurídico, por lo que en términos generales puede ser incluido en la categoría de actos de creación. Esto presupone la comprensión del funcionamiento del derecho como sistema, y requiere de la determinación del significado del término norma. Rolando Tamayo considera que el concepto de orden jurídico no es un concepto jurídico primario; para él, *inter alia*, presupone necesariamente el concepto de norma.³

¹ Huerta, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, 215 pp.

² Huerta, Carla, “Artículos transitorios y derogación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 102, 2001, pp. 812-840.

³ Por ello señala que “cualquier intento por describir el orden jurídico sin un apropiado entendimiento de estos dos conceptos no puede ser fructífero”, en “Interpretación

En opinión de Kelsen, los sistemas jurídicos se desarrollan por medio de la realización de dos tipos de acciones: las de creación y las de aplicación.⁴ Tamayo señala que:

Si se observa atentamente el orden jurídico uno se percató de que sus normas (*i.e.* sus entidades), así como los actos que las crean y aplican, son interdependientes unos con respecto de los otros. Las normas se encuentran relacionadas de tal forma que para que el orden jurídico opere es necesario que los actos que crean y aplican las normas se realicen en una secuencia específica. Una secuencia que va de los actos jurídicos condicionantes (*i.e.* actos que facultan) a los actos condicionados (facultados). Sin esta conexión la creación jurídica “escalonada” no es posible.⁵

Como el mismo Tamayo señala, esta propuesta es en gran medida una reformulación de la tesis de Kelsen. Parte del problema radica en determinar el significado de los actos de creación en el sistema jurídico, la forma en que este acto de modificación se vincula con otros actos de aplicación, así como sus límites y alcances.

Para el desarrollo de este tema considero oportuno revisar cuestiones más generales como la operatividad del sistema jurídico, la función de sus normas, la validez de las normas jurídicas en el tiempo, así como diversos conceptos jurídicos relacionados con la derogación, como son los de existencia, pertenencia, validez y vigencia de las normas jurídicas. Para responder a las preguntas relativas a la derogación y poder distinguir claramente estos conceptos, considero que el modelo teórico que mejores respuestas puede proporcionar es el que propone una sistematización lógica, del tipo propuesto por Alchourrón y Bulygin,⁶ que tam-

constitucional, La falacia de la interpretación cualitativa”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998, p. 105.

⁴ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., Viena, Franz Deuticke, 1960, pp. 228 y ss.; *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa-UNAM, 2000, pp. 232 y ss.

⁵ Este artículo “Indeterminación del derecho. Las paradojas de la interpretación jurídica” es la versión escrita de la comunicación de Rolando Tamayo, “El orden jurídico y su indeterminación”, presentada en el Congreso Internacional de Ética y Filosofía, Universidad de Alcalá de Henares. Fue publicada posteriormente en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 5-2002, como “El orden jurídico y su indeterminación. Un problema de ‘lectura’ jurídica”, disponible en <http://www.uv.es/CEFD/5/tamayo.html>.

⁶ Este modelo es analizado por Nino en función de la propuesta desarrollada por

bién se puede encontrar en Raz⁷ o Tamayo,⁸ ya que permite reflejar los cambios en un sistema jurídico.

II. EL DERECHO COMO SISTEMA

Es generalmente aceptado que las normas son los elementos básicos o primarios de los sistemas jurídicos, independientemente de la postura que se adopte respecto de su *status* ontológico. Si la derogación es una función de la norma, entonces es preciso reflexionar sobre el tipo de entidades a que nos referimos con el concepto de norma. Sin embargo, el significado del concepto de norma depende a su vez del de sistema jurídico, por lo que es preciso comenzar por comprender el significado del concepto de sistema.

Las normas pueden ser entendidas como pautas de conducta que guían el comportamiento humano. Las normas jurídicas específicamente regulan las conductas de manera imperativa, ya sea estableciendo obligaciones de hacer o no hacer, o permisos. Para cumplir con su función directriz, las normas son expedidas para regir situaciones futuras. No obstante, la complejidad de la convivencia humana hace necesaria la posibilidad de considerar excepciones que se fundan en criterios de justicia, por lo que la forma en que las normas jurídicas operan en el tiempo sólo puede ser entendida a partir de la operatividad del propio sistema jurídico.⁹ El funcionamiento del sistema jurídico se encuentra determinado por su naturaleza dinámica; por ello resulta útil un modelo en el cual es posible hacer una distinción temporal utilizando para tal efecto los términos de sistema y orden jurídicos. Hacer una distinción entre estos conceptos per-

Alchourrón y Bulygin en *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, México, Fontamara, 1993, pp. 57-74.

⁷ Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, trad., prólogo y notas de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1986.

⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, 1976, 150 pp.

⁹ Moreso utiliza también este modelo, y señala que en el derecho se producen cambios a través de los actos de creación (promulgación) y de eliminación (derogación), ya que los sistemas jurídicos cuentan con una estructura dinámica, cuya unidad se explica a partir de un criterio genético. Moreso, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 146 y 147.

mite explicar mejor los problemas sobre la validez de las normas, así como diferenciar la acción del efecto de la derogación, esto es, las normas derogatorias de las no aplicables.¹⁰ De manera que aun cuando los términos sistema y orden jurídicos son, en general, utilizados por la doctrina como sinónimos, pueden ser diferenciados para explicar el funcionamiento y la operatividad de las normas.¹¹

Para Alchourrón, los cambios en un sistema jurídico son consecuencia de su expansión, contracción o revisión. La primera se produce cuando se agregan normas al sistema; la segunda, al eliminarla, y la tercera se presenta cuando se elimina una norma y se agrega otra incompatible con la norma eliminada.¹² Todo cambio se produce mediante la realización de actos normativos, tales como el de promulgación, cuando este concepto refiere la modificación que se produce en el sistema jurídico al crear una norma, y el de derogación si además de suprimir la norma produce un cambio de orden jurídico. Como señala Mendonca, en ambos casos estos conceptos aluden a la validez de las normas, entendida como pertenencia al orden jurídico.¹³

El punto de partida es la concepción del derecho como sistema que regula su propia modificación mediante la previsión de ciertas reglas de introducción y eliminación de las normas. El sistema jurídico debe enten-

¹⁰ Este modelo lo utilicé por primera vez en “Constitución, reforma y ruptura” para explicar las transiciones jurídicas en un sistema jurídico, ya que permite considerar la dinámica de un sistema jurídico preservando su unidad. Cfr. Huerta, Carla en González y López (comps.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

¹¹ Ost y van de Kerchove señalan que la ciencia jurídica aún no ha determinado un uso convencional de estos términos; sin embargo, algunos autores han optado por los términos de orden u ordenamiento como genérico por responder éstos a un uso más tradicional. *Le système juridique entre ordre et désordre*, París, Presses Universitaires de France, 1988, pp. 22 y ss. En mi opinión, el concepto más genérico y que mejor responde a la estructura dinámica del derecho es el de sistema, por lo que utilicé el término de sistema jurídico para referirme a la totalidad de las normas. Aarnio también considera que la noción de sistema es más general que el concepto de orden jurídico, el cual consiste en un conjunto de normas válidas de acuerdo con ciertos criterios de identificación. Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 185.

¹² Alchourrón, Carlos, “Conflicts of Norms and Revision of Normative Systems”, Actas del Congreso de Miami, 1988, citado por Mendonca en *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 140.

¹³ Mendonca, *Las claves del derecho, cit.*, nota anterior, pp. 141 y 142.

derse como una unidad entre cuyos elementos se establecen distintos tipos de relaciones como son las de complementación, coordinación, oposición o superposición.¹⁴ El concepto de sistema jurídico incluye a la totalidad de las normas que lo integran a partir de su norma fundante, que prevé las reglas de creación y modificación del sistema. Distinguir el concepto de orden jurídico sirve para poder identificar de entre la totalidad de las normas, aquellas que se encuentran vigentes y son aplicables a un caso en un momento determinado. La diferencia entre sistema y orden jurídico puede ser entendida mediante la posibilidad de relativizar temporalmente un conjunto específico de normas.¹⁵ Por lo que se puede considerar que el sistema es diacrónico; sus normas se identifican por el criterio de pertenencia del sistema, y por lo mismo pueden operar a través del tiempo, no sólo hacia el futuro, sino también al pasado o desde él. Al sistema pertenecen, por lo tanto, además de las normas vigentes, las normas derogadas, aunque ya no puedan producir efectos.

El concepto de sistema abarca la totalidad de las normas que se relacionan entre sí en virtud de la unidad que integran a partir de una primera norma que contiene los criterios de identificación de las normas (las reglas de creación y modificación del sistema). Según Alchourrón y Bulygin, “un sistema dinámico de normas no es un conjunto de normas sino una secuencia de conjuntos: en cada momento temporal el conjunto de las normas que pertenecen al sistema es distinto”.¹⁶ Por lo que el sistema jurídico está integrado por una secuencia en principio infinita de conjuntos de normas vigentes en cada momento y que se individualizan temporalmente por los cambios a las normas jurídicas generales producidos en el conjunto.

En este sentido y en virtud de la dinámica del derecho, Rolando Tamayo afirma que “si el orden jurídico es un continuado proceso de creación, entonces el «*sistema*» jurídico no es propiamente un conjunto o sistema (siempre igual a la suma de sus entidades) sino que *es solamente el cuadro de las transformaciones o modificaciones jurídicas unitariamen-*

¹⁴ Cfr. Huerta, Carla, *Conflictos normativos*, cit., nota 1, pp. 27-35.

¹⁵ Por ejemplo en Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1993, *passim*; Raz distingue entre sistemas jurídicos momentáneos y no momentáneos en *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1970, pp. 40 y ss.

¹⁶ Alchourrón y Bulygin, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, México, Fontamara, 1997, pp. 62 y 63.

te consideradas".¹⁷ Esto hace necesario poder distinguir la totalidad de las normas de un sistema en su proceso de cambio, del conjunto de normas exigibles en un momento dado, y que Tamayo denomina sistema momentáneo. Para él, el sistema jurídico está siempre en movimiento, lo cual determina su afirmación de que "el sistema jurídico no es sino una sucesión de sistemas jurídicos momentáneos, un proceso constante de creación normativa".¹⁸ En realidad este autor no hace una distinción terminológica precisa ni opta por asignar un significado distinto a cada uno de los conceptos de sistema y orden jurídicos; no obstante, es evidente que distingue dos tipos de conjuntos de normas distintos, uno dinámico y uno estático.

El concepto de orden jurídico sirve para representar al conjunto de normas que tienen aplicación simultánea en un momento determinado, ya que el orden se refiere a las normas vigentes. Por lo que el orden jurídico puede ser concebido como cada uno de esos conjuntos de normas vigentes en un momento específico, identificando de esta manera las disposiciones aplicables a un caso dado.¹⁹ De modo que es posible diferenciar temporalmente el orden jurídico, que se individualiza como cada uno de los conjuntos de normas vigentes en un momento específico. El sistema jurídico se conforma entonces por una secuencia, en principio infinita, de conjuntos de normas vigentes en distintos momentos específicamente determinados, que surgen como consecuencia de los cambios que se producen en el conjunto de normas en relación con sus normas jurídicas generales. Para Tamayo, "el orden jurídico es un sistema de actos y procedimientos jurídicos, más o menos innovadores, que van creando el derecho positivo cambiante y relativo", más que una superposición jerárquica de normas en vigor.²⁰ Su visión de la dinámica del derecho le

¹⁷ Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 8, p. 134.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ La terminología fue utilizada de la misma manera por Alchourrón y Bulygin en *Sobre la existencia de las normas jurídicas, cit.*, nota 16, pp. 61-63, así como en el curso dictado por Eugenio Bulygin en el Seminario Eduardo García Máynez en 1991 en el ITAM, México. Esta distinción fue hecha previamente por dichos autores, pero utilizando la terminología de distinta manera en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, cit.*, nota 15, p. 138, y Bulygin, E., "Normas, proposiciones y enunciados normativos", *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 175. A pesar de la claridad de la distinción, la utilización de la terminología desafortunadamente no siempre es consistente.

²⁰ Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 8, p. 123.

permite diferenciar las normas procedimentales de las de contenido, para así distinguir entre el sistema jurídico continuo y los momentáneos, en virtud de lo cual afirma que “sólo un orden jurídico es eficaz, el que existe”, o en otras palabras, sólo un conjunto de normas es aplicable en un momento dado.²¹

El criterio de vigencia sirve para determinar la aplicabilidad de las normas, no para identificar las normas que pertenecen al sistema jurídico, sino solamente las que pertenecen al orden jurídico. De modo que este criterio permite individualizar el orden jurídico, ya que éste se integra por las normas que tienen aplicación simultánea en un momento determinado. La vigencia, sin embargo, no implica su validez normativa, es decir su obligatoriedad de manera definitiva, sino una validez *prima facie* solamente. El orden jurídico ha de ser concebido como un conjunto de normas, ya que es estático, puesto que al modificar una sola norma general, ya sea por su inclusión o eliminación, ese orden jurídico cambia para transformarse en un conjunto distinto.

Mendonca también concibe al derecho como un conjunto sistemático y define, al igual que Alchourrón y Bulygin, un “sistema normativo” como conjunto (sistema) de enunciados entre cuyas consecuencias hay alguna consecuencia normativa.²² Por lo que admite que un sistema puede estar integrado solamente por normas, o por enunciados que no sean normativos, siempre y cuando al menos uno lo sea. Para los autores mencionados, al introducir un enunciado normativo al sistema jurídico, también se incluyen todas sus consecuencias lógicas, esto es, todas las normas que se puedan deducir de los nuevos enunciados. Esto, sin embargo, no significa que se produzca en el sistema jurídico una ampliación automática por derivación puramente lógica. Pues si bien es cierto que al sistema jurídico pertenecen, además de las normas válidas, las normas que de éstas se puedan inferir, esta afirmación debe matizarse diciendo que como consecuencias lógicas, únicamente deben considerarse aquellas que se puedan agregar válidamente conforme a las reglas del sistema. En otras palabras, solamente mediante acto expreso de la autoridad competente y siguiendo los métodos de integración e interpretación aceptados por un sistema jurídico, sus consecuencias lógicas, o normas inferidas, pueden considerarse como pertenecientes al sistema. Rolando Tamayo es

²¹ *Ibidem*, p. 124.

²² Mendonca, Daniel, *Las claves del derecho*, *cit.*, nota 12, pp. 139 y 140.

de la misma opinión, ya que considera que “en las cadenas normativas, las normas que las forman no derivan de las normas que les preceden o condicionan. El proceso de creación normativa no opera por inferencia”.²³ Para que exista una norma, en su opinión, debe existir un acto empírico del órgano facultado; un acto de voluntad por el cual se establece. Los actos de voluntad, ni sus resultados, esto es, las normas que éstos establecen, se deducen.²⁴

Alchourrón y Bulygin²⁵ sostienen, sin embargo, que además de las modificaciones expresamente reguladas, en el sistema jurídico se producen cambios por las normas derivadas lógicamente, ya que un acto de promulgación también agrega (sólo potencialmente, en mi opinión) todas las consecuencias jurídicas de un enunciado normativo. De la misma manera, la derogación de una norma formulada elimina la posibilidad de la formulación de sus consecuencias jurídicas. Por lo que también se debe recordar que no es lo mismo derogar el enunciado normativo que la norma, ya que esta última es el significado del enunciado, y la misma norma puede encontrarse formulada en el orden jurídico en otros enunciados, incluso de forma distinta, por lo que la derogación de un enunciado normativo no produce necesariamente la eliminación de la norma del orden jurídico. De modo que los efectos de una derogación expresa o realizada mediante una cláusula genérica son más amplios e imprecisos de lo que podrían parecer a primera instancia.

Para dichos autores, a raíz de la derogación de las normas se puede producir un tipo de indeterminación del sistema jurídico que es distinta de la que puede derivar de los problemas lingüísticos, axiológicos o de sistematización del derecho.²⁶ Mendonca, en el mismo sentido en que lo señalan Alchourrón y Bulygin, considera que la indeterminación del sistema jurídico por la derogación se produce en virtud de que al eliminar la norma del orden jurídico también se eliminan sus consecuencias lógi-

²³ Al respecto véase el capítulo XXII: “La ‘lectura’ jurídica y la creación de inferencias en derecho”, de su libro *Elementos para una teoría general del derecho*, 2a. ed., México, Themis, 1998, pp. 369-380.

²⁴ “La interpretación constitucional, La falacia de la interpretación cualitativa”, *op. cit.*, nota 3, p. 108.

²⁵ “Sobre el concepto de orden jurídico”, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 398 y ss.

²⁶ Bulygin, “Teoría y técnica en la legislación”, *Análisis lógico y derecho*, *cit.*, nota anterior, pp. 409-425.

cas.²⁷ La derogación para Mendonca genera una indeterminación lógica en el sistema, ya que considera que provoca la aparición de sistemas alternativos.²⁸ Sin embargo, considero que primero habría que señalar que no podemos hablar de la derogación de las normas derivadas a menos que ya hubiesen sido expresadas formalmente e incluidas en el sistema jurídico como normas válidas en virtud de la interpretación realizada por la autoridad competente. Por lo que a partir de la derogación de un enunciado normativo, lo que en realidad ocurre es que se suprime la posibilidad de inferir otras normas a partir, o mediante, la norma que pudiese derivar de la norma derogada.

Se puede considerar, por lo tanto, que al sistema jurídico pertenecen, además de las normas válidas, las consecuencias lógicas cuya inserción se considere como válida para producir efectos jurídicos conforme a los procedimientos previstos en el sistema. Mendonca, siguiendo a Alchourrón y Bulygin, distingue entre normas formuladas y normas derivadas de conformidad con el principio general que establece que si una norma pertenece a un sistema, sus consecuencias lógicas también.²⁹ El problema en relación con la propuesta de estos autores es la determinación efectiva de la existencia y validez de las normas derivadas, sobre todo en el caso de la derogación tácita, puesto que su significado y alcance, así como sus efectos jurídicos, han de ser comprobados para determinar la pertenencia o subsistencia de las normas derivadas. Sobre todo porque en principio, al ser derogada su fuente, ya no puede ser considerada la aplicación de una norma derivada, y debe entenderse como eliminada del orden jurídico. Pero si como interpretación puede sostenerse en otro enunciado normativo y se puede comprobar que efectivamente se insertó en el sistema, entonces permanece en él.

En relación con la pertenencia, Rolando Tamayo afirma que “las normas que poseen un acto-condición común forman un orden o sistema de normas jurídicas”,³⁰ y una norma pertenece al sistema cuyo acto-condición más mediato constituye. Los actos-condición, en su opinión, “señalan las características que han de tener los actos jurídicos que los completan”, por lo que deben conformarse a ellos para poder ser reconocidos

²⁷ Mendonca, *Las claves del derecho*, cit., nota 12, pp. 139-149.

²⁸ *Ibidem*, p. 148.

²⁹ *Ibidem*, p. 140.

³⁰ Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 8, p. 95.

como tales.³¹ Este criterio de pertenencia recurre, al igual que la norma fundamental de Kelsen y la regla de reconocimiento de Hart, a la fuente u origen de la norma como criterio de pertenencia. Una norma es vigente desde que se cumple la condición o el plazo previsto en una disposición del mismo sistema jurídico hasta que es derogada, ya sea expresa o tácitamente. La vigencia implica no solamente la aplicabilidad de la norma, sino también el inicio de su existencia, por lo que solamente pueden ser obligatorias las normas vigentes, mientras sean consideradas válidas. Para Rolando Tamayo, la norma existe cuando se realiza totalmente el procedimiento de creación de las normas positivas, con lo que apunta a un concepto normativo de validez.³² Este tipo de concepto de validez funda la obligatoriedad de las normas en sus procesos de creación, puesto que “...las normas que forman el orden jurídico se encuentran relacionadas por los actos que las constituyen”, con lo cual se adhiere a la tesis kelseniana de las cadenas de validez que se establecen entre las normas jurídicas, y a la que sostiene que el “derecho regula su propia creación”.³³

La vigencia es una condición formal que ha de verificarse para considerar la existencia y pertenencia de una norma al sistema jurídico; implica su introducción tanto en el sistema como en el orden jurídico, y se podría considerar como el inicio de su existencia normativa. En relación con la existencia de las normas, hay autores que recurren al concepto de promulgación sin siquiera mencionar la vigencia. Bulygin, por ejemplo, considera que “las normas comienzan a existir a partir de los actos de promulgación realizados por las autoridades competentes... y dejan de existir cuando son derogadas en forma expresa o tácita”.³⁴ No obstante, Alchourrón y Bulygin no definen la “promulgación”, solamente señalan que es la “única condición suficiente y necesaria para su existencia”. De tal forma que para ellos basta con que se emita un “acto (serio) de promulgar una norma”, lo cual equivale a un acto de prescribir.³⁵ La obligatoriedad de las normas, sin embargo, depende también de su validez, y es por ello

³¹ *Ibidem*, pp. 97 y 98.

³² *Ibidem*, p. 123.

³³ *Ibidem*, p. 125.

³⁴ En “Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos”, *op. cit.*, nota 19, p. 175.

³⁵ Véase Alchourrón y Bulygin, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, *cit.*, nota 16, p. 31.

que las normas cuando entran en vigor gozan de una presunción de validez *prima facie* que hace su aplicación obligatoria.

La validez de las normas está directamente relacionada con su pertenencia al orden jurídico, ya que una vez declarada la invalidez de una norma, ésta es eliminada del sistema. A diferencia de la falta de vigencia que no afecta el conjunto de normas que forman el sistema jurídico, la pérdida de la validez tiene como efecto la posible eliminación total o parcial de la norma, dependiendo de si se declara con efectos de nulidad absoluta o relativa.

La validez definitiva de las normas se traduce en obligación de aplicación, y una vez declarada válida es incuestionable. Una declaración de invalidez de una norma con efectos generales afecta además su eficacia de manera definitiva, la cual sin embargo conservan las normas derogadas, ya que solamente pierden su vigencia. Es por ello que en ciertas ocasiones el sistema jurídico puede de manera excepcional permitir la aplicación de normas que ya no están vigentes.³⁶ Esto es posible porque la derogación no afecta la pertenencia de una norma al sistema, sino su vigencia, por lo que una norma derogada deja de formar parte de los órdenes jurídicos sucesivos a partir del momento de su derogación. Pero si la declaración de invalidez surte efectos particulares solamente, entonces la norma permanece tanto en el sistema como en el orden jurídico, y como se trata de una norma individualizada, tampoco se produce un cambio de orden jurídico.

III. LA FUNCIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Según Rolando Tamayo, “dentro del ámbito de la normatividad, el comportamiento humano no puede ser considerado más que como condición o consecuencia de una norma jurídica”.³⁷ Lo cual lo lleva a sostener

³⁶ Este fenómeno se conoce como ultraactividad, y consiste en la posibilidad de que una norma derogada se aplique válidamente en los términos prescritos por una norma derogatoria a ciertas situaciones específicas. El tema se aborda brevemente en el apartado tercero, y de manera más amplia en “Sobre la validez temporal de las normas. La retroactividad y la ultraactividad de las normas en el sistema jurídico”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 1, 2007, pp. 267-304.

³⁷ Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 8, p. 36.

que “las normas jurídicas, son en este sentido, un lenguaje”. La relación lenguaje-derecho, o la consideración del derecho como un lenguaje, han sido estudiadas ampliamente por la teoría y la filosofía del derecho. Para Robles Morchón, el enfoque lingüístico para el análisis del derecho es ineludible y decisivo, dada la dimensión lingüística del derecho.³⁸ De modo que resulta oportuno distinguir entre el lenguaje-objeto y el meta-lenguaje, ya que la función del lenguaje jurídico se expresa en distintos niveles. La distinción hecha por Kelsen³⁹ entre los enunciados descriptivos y los enunciados prescriptivos del derecho debe ser, sin embargo, precisada.

En relación con el lenguaje jurídico, Tamayo señala que “una de las particularidades que ofrecen los objetos conocidos como formando la experiencia jurídica es de que, en cierta medida, constituyen un texto lingüísticamente hablando”, o se presentan como lenguaje.⁴⁰ Para José Ramón Capella, “todo derecho tiene como condición de existencia la de ser formulable en un lenguaje”.⁴¹ A este lenguaje Tamayo lo denomina “lenguaje jurídico prescriptivo”.

Si se concibe a las normas como entidades ideales, la consideración de su existencia física depende de que sean expresadas mediante un lenguaje, ya que solamente a través de ciertas formulaciones de carácter normativo es posible considerar sus manifestaciones. Por lo que se puede señalar que la norma constituye el lenguaje objeto sobre el cual recae la investigación, o mejor dicho de los enunciados normativos que las expresan, de tal forma que estos enunciados de carácter prescriptivo hablan de ese otro lenguaje, por lo que puede ser calificado como meta-lenguaje.

Los enunciados son prescriptivos cuando su función es la de ordenar, prohibir o permitir la realización de una conducta, ya que las normas jurídicas tienen como función primaria regular el comportamiento humano. Según Rolando Tamayo, el “deber ser” es la forma de la norma, ya que

³⁸ Robles, Gregorio, *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de teoría analítica del derecho*, México, UNAM, 1988.

³⁹ Kelsen utiliza los términos “*Rechtssatz*” y “*Rechtsnorm*” para distinguir los enunciados descriptivos de la ciencia jurídica, de las normas jurídicas que tienen un carácter prescriptivo. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Moisés Nilve de la edición francesa de 1953, pp. 46-49; *Teoría pura del derecho* (2a. ed.), *cit.*, nota 4, pp. 84-88.

⁴⁰ “La interpretación constitucional”, *op. cit.*, nota 3, pp. 89-133.

⁴¹ Capella, José Ramón, *El derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968, p. 28, citado por Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 3, p. 96.

lo debido o permitido es un comportamiento,⁴² pero esto no significa que ciertas acciones o conductas tengan naturaleza jurídica, sino que el carácter de “deber ser” deriva de lo previsto en un enunciado normativo que vincula la acción a una consecuencia jurídica.

Se ha llegado a sostener que la condición de existencia de las normas es que sean expresables en un lenguaje, con lo que se enuncia un concepto descriptivo de la existencia de las normas jurídicas. Según von Wright, la “formulación” son las palabras usadas al enunciar la norma, por lo que señala que las prescripciones dependen del lenguaje. En consecuencia, la promulgación puede ser entendida como la formulación lingüística de una norma prescriptiva.⁴³ Por lo que parecería correcto hablar de formulaciones normativas al referirnos a enunciados que expresan normas respecto de las cuales se pueden realizar actos jurídicos, aun cuando no se haya completado su procedimiento de validez o respecto de las cuales se cuestiona su validez normativa, con lo cual se hace un reconocimiento de un mínimo de existencia de esos enunciados.

A las normas jurídicas no les corresponden propiedades especiales por su naturaleza, sino por su pertenencia al derecho, lo que significa que sus características dependen del sistema normativo al que pertenecen. Las normas jurídicas, definidas como reglas de conducta que se expresan mediante enunciados que establecen un deber ser, tienen por función guiar la conducta de manera prescriptiva. Los enunciados normativos que expresan las normas jurídicas poseen la misma forma o estructura ideal que les es propia, a pesar de que pueden ser formuladas lingüísticamente de distinta manera.⁴⁴ Esta estructura común de los enunciados normativos se integra por un supuesto de hecho (o hipótesis, que se integra por diversos elementos de la realidad regulada), una cópula (o nexos atributivo) y una sanción (entendida como consecuencias jurídicas, ya sean derechos u obligaciones). La relación que se produce entre el supuesto de hecho y la

⁴² Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 8, p. 79.

⁴³ Von Wright, G. Henrik., *Norma y acción*, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 109 y 110.

⁴⁴ La posibilidad de que las normas jurídicas se formulen mediante diversas expresiones lingüísticas ha llevado a diversos autores, como Alchourrón y Bulygin, a sostener que en un orden jurídico existen otro tipo de enunciados que no son normas de conformidad con su definición. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *cit.*, nota 15, pp. 106 y 107. Éste es el caso también de Atienza y Ruiz Manero, quienes sostienen que no todos los enunciados de un sistema son normas (*Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 54 y ss.).

sanción, a través de la cópula, es la de imputación normativa, que es similar a la de consecuencia lógica y que deriva de la estructura condicional de la norma jurídica.⁴⁵

La estructura sintáctica de los enunciados normativos es condicional y se caracteriza por la conjunción “si... entonces”. Para Kalinowski, las partes que constituyen a la norma jurídica son la hipótesis y la disposición (o consecuencia jurídica). A la sanción coactiva no la considera un elemento o parte de la norma, ya que para él la sanción es la disposición de una norma específica que tiene como hipótesis la suposición de una trasgresión de la norma sancionada.⁴⁶ Kelsen consideraba que la sanción coactiva era un elemento característico de las normas independientes.⁴⁷

La distinción hecha por Kelsen entre normas independientes y normas no independientes reposa en una concepción del derecho como unidad que permite vincular los enunciados normativos de una manera más o menos directa a una sanción coactiva.⁴⁸ Sin embargo, esto no implica que solamente los enunciados que prevén sanciones coactivas prevean normas, ya que la coercibilidad es una propiedad del derecho, no una parte integrante de la estructura de sus normas. Para efectos de la derogación, la relevancia de la coercibilidad o de la previsión de una sanción coactiva se ve disminuida como elemento distintivo del derecho. Sólo en caso de aplicación de una norma derogada podría exigirse responsabilidad a la autoridad, y el acto emitido tendría que ser invalidado.

La estructura condicional de un enunciado normativo, “si A es, debe ser B”, implica que hay una relación de “consecuencia normativa”, por lo que los derechos y obligaciones que la norma prevé deben ser entendidos en sentido deóntico, esto es como un “deber ser”, ya que su materia-

⁴⁵ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1a. ed. de 1934), Scientia Verlag Allen, Darmstadt, 1994, p. 22; *Reine Rechtslehre* (2a. ed.), *cit.*, nota 4, pp. 40, 79 y ss.; García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1982, pp. 174-176.

⁴⁶ Kalinowski, Georges, *Le problème de la vérité en morale et en droite*, Lyon, Editions Emmanuel Vitte, 1967, pp. 175, 194 y 195.

⁴⁷ Kelsen, *La teoría pura del derecho*, 2a. ed., México, Editora Nacional, 1981, p. 52; *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1988, cap. II.

⁴⁸ Según la tesis de la “norma no independiente”, las normas que no prevén una sanción coactiva se encuentran conectadas a otras que sí las prevén en virtud de la unidad del sistema jurídico. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., *cit.*, nota 4, pp. 52, 55 y ss., y “Law as an Specific Social Technique”, *University of Chicago Law Review*, Chicago, vol. 9, 41-42, p. 87.

lización no es necesaria, sino contingente. Existe una semejanza entre esta estructura y la de una proposición condicional.⁴⁹ Para von Wright la estructura de la norma condicional o hipotética es la forma que corresponde a la mayoría de las normas jurídicas.⁵⁰ La distinción hecha entre norma y enunciado normativo permite afirmar que los enunciados que pertenecen a un sistema jurídico son de carácter prescriptivo y que mediante el análisis sintáctico de los mismos es posible reformularlos en su forma ideal. Por lo que se puede sostener que todos los enunciados de un sistema jurídico son normativos y que, aunque sea de manera parcial, expresan normas. Esto presupone la comprensión del sistema jurídico como unidad, con una estructura compleja que hace posible a través de diversos métodos identificar los elementos que integran la estructura lógica o forma ideal de las normas, aun cuando se encuentren previstos en diversos enunciados.

La distinción entre el tipo de normas que integran un sistema jurídico en función de su naturaleza dinámica apunta a la posibilidad de autorregularse y modificarse, que es propia de los sistemas jurídicos. Kelsen señala que “es una peculiaridad altamente significativa del derecho el que regule su propia producción y uso”.⁵¹ En la teoría del derecho se puede encontrar en diversas obras referencia a las normas que regulan al propio sistema, a reglas de introducción o eliminación de las normas, o a normas que se refieren a otras normas. Desde el punto de vista teórico es posible elaborar diversas clasificaciones,⁵² así como distinguir las normas según su función por ejemplo, aun cuando las normas jurídicas poseen una estructura lógica común.

Hart señalaba que el derecho contiene otro tipo de reglas además de las que prescriben conductas, a las cuales denomina reglas primarias por-

⁴⁹ Una proposición condicional ($p \rightarrow q$) establece una relación de implicación “si p entonces q”, cuya regla de verdad dice que el condicional es verdadero si y sólo si, ‘p’ es falso o ‘q’ es verdadero.

⁵⁰ “Bedingungsnormen, ein Prüfstein für die Normenlogik”, *Theorie der Normen, Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Berlín, 1984, pp. 450 y 451.

⁵¹ *Teoría pura del derecho*, cit., nota 4, p. 84.

⁵² Moreso y Navarro señalan que “la reconstrucción sistemática del derecho, es decir: el análisis de las relaciones entre las normas que define a la estructura de un sistema jurídico, exige señalar diferentes clases de normas jurídicas”. Moreso, José Juan y Navarro, Pablo, *Orden jurídico y sistema jurídico*, Cuadernos y Debates núm. 44, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 36.

que su objeto específico es guiar la conducta de los individuos. El segundo tipo de reglas, que denomina reglas secundarias, se refiere al proceso de creación y aplicación de las normas primarias, por lo que pueden ser consideradas como normas que regulan el sistema.⁵³ Este segundo grupo de normas se integra según Hart por la regla de reconocimiento, que funciona como criterio de pertenencia de las normas al sistema; la regla de cambio, que regula las modificaciones que se producen en el sistema jurídico, ya sean por vía de creación o eliminación de normas, y la regla de adjudicación, que prevé los procedimientos de aplicación.

En el mismo sentido puede mencionarse la distinción hecha por von Wright,⁵⁴ quien considera a las normas que regulan conductas como normas de primer orden, y a las que establecen actos normativos, es decir, aquellas cuyo contenido es un acto que modifica el sistema jurídico, como los de expedir o cancelar normas del primer orden, como normas de segundo orden. Este concepto incluye también a las normas derogatorias, que como normas de segundo orden, en su opinión no deben contener normas prescriptivas de primer orden, o en otras palabras, no deben regular las conductas de quienes no realizan actos normativos generales.

A su vez, Alchourrón y Bulygin sostienen que el sistema se integra por dos tipos diferentes de normas: las reglas de conducta y las reglas que forman parte del sistema del juez.⁵⁵ Denominan al primer grupo como sistema del súbdito, y señalan que estas normas se encuentran subordinadas a las normas que regulan su aplicación e interpretación. De conformidad con esta clasificación se podría considerar que las normas derogatorias forman parte del sistema del juez, entendido en sentido amplio como sistema de los órganos de autoridad facultados para aplicar las normas derogadas, más que del súbdito, puesto que el primero se integra por normas de competencia.

Estas distinciones parecen apuntar al hecho de que en el sistema jurídico existen enunciados normativos que se refieren a otras normas,⁵⁶ co-

⁵³ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pp. 99 y ss.

⁵⁴ Von Wright, *op. cit.*, nota 43, p. 191.

⁵⁵ Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *cit.*, nota 15, pp. 205 y ss.

⁵⁶ Sobre la existencia de normas que regulan normas, y la clasificación de las normas derogatorias como “normas sobre la producción jurídica”. Véase Díez-Picazo, *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 119 y ss.; Pizzorusso, *Fonti del Diritto*,

mo si las normas pudiesen realizar por sí mismas ciertas acciones, lo cual no puede ser cierto. Es por ello que Kelsen habla de las funciones de las normas, entre las cuales incluye la de derogación, que modifican al sistema jurídico.⁵⁷ Pero aun cuando las normas derogatorias producen un cambio de orden jurídico, son disposiciones jurídicas cuyo sujeto normativo es un individuo facultado para aplicar la norma que se deroga, y su objeto es regular la validez y el modo de aplicación de otras normas. Por lo que si se toma en consideración el carácter deóntico de la norma derogatoria, se puede constatar que el sujeto normativo no son las normas derogadas, aun cuando se produzca una modificación en relación con su vigencia, sino la autoridad que debe omitir su aplicación futura.

Las normas derogatorias son normas cuya función es determinar el modo de aplicación de las normas derogadas, o modificar la vigencia de otras normas. Son reglas de aplicación que privan de vigencia a otras normas y que en ocasiones prevén excepciones a las reglas de aplicación temporal de esas normas. Sin embargo, a pesar de que parece que estas normas se refieren a otras normas, son reglas de conducta en sentido estricto que establecen un deber ser, esto es, una acción u omisión como debida, prohibida o permitida a la autoridad obligada a aplicarlas. Las normas son el objeto respecto del cual se realiza la acción; son un elemento del supuesto, pero no el sujeto a quien se dirige la norma.

Las clasificaciones mencionadas en relación con los tipos de normas de un sistema jurídico tienen por objeto evidenciar que las normas jurídicas pueden cumplir diferentes funciones sin dejar de ser normas. Pues aunque regulen conductas, ya sean actos, acciones o estados de cosas, se distinguen en virtud del sujeto a quienes se dirigen, así como por su objeto y eficacia. Por lo que se podría decir que considerando al sujeto al que se dirigen las normas, existe un tipo de reglas que tienen como función regular las conductas de los individuos, y otras que se dirigen a las autoridades. Este segundo grupo puede subdividirse en aquellas cuya función es la realización de actos normativos, ya sea de introducción o de eliminación de las normas, la de atribuir competencias, o la de determinar el modo de aplicación de otras normas.

Bolonia-Roma, 1997, pp. 7 y ss.; o sobre las normas secundarias de Hart, *El concepto de derecho*, cit., nota 53, pp. 99 y ss.

⁵⁷ "Derogation", *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Viena, Europa Verlag, 1968, t. 2 (2), p. 1429.

La posibilidad de hacer una distinción entre diversos tipos de normas o de tipos de funciones de las normas no implica la negación del carácter prescriptivo de las normas derogatorias, como hacen Alchourrón y Bulygin, por ejemplo. Ellos incluyen a las normas derogatorias en la clase de los “enunciados no normativos”, los cuales consideran como jurídicos porque influyen en los efectos normativos de otras normas y forman parte del sistema, pero no los califican como normas en sentido estricto.⁵⁸

Los enunciados normativos que prevén la derogación de otras normas, aun cuando puedan ser consideradas como reglas de aplicación que se refieren a otras normas, establecen obligaciones para los órganos aplicadores, por lo que pueden ser consideradas como normas en sentido estricto. De conformidad con la teoría de los núcleos normativos elaborada por von Wright,⁵⁹ los enunciados que prevén un deber ser en el supuesto que regulan, esto es, cuando su carácter deóntico y contenido son identificables, tienen que ser considerados como prescripciones (normas), por lo que su infracción puede acarrear diversas consecuencias jurídicas.

IV. CONCEPTO DE DEROGACIÓN

A pesar de ser un término utilizado con frecuencia, dista mucho de ser claro, dado que puede ser entendido en diversos sentidos, unos un tanto impropios desde mi punto de vista, como se explicará más adelante. Mucho se ha escrito sobre la derogación, pero más que cuestionar las posturas de otros juristas o intentar responder a las preguntas que otros han dejado abiertas, quiero exponer qué es lo que entiendo por derogación y cómo opera en el sistema jurídico.

El concepto de derogación ha sido utilizado para referirse a actos normativos expresos, a la función de cierto tipo de normas, a sus efectos, o a los efectos que se producen por la incompatibilidad entre las normas. En este último caso, así como en el de solución de conflictos mediante la aplicación de los denominados “principios derogatorios”, es que considero que el concepto de derogación no se utiliza adecuadamente. La con-

⁵⁸ La definición de norma propuesta por Alchourrón y Bulygin como enunciado que prevé una solución a un caso, les permite sostener que en un orden jurídico existen enunciados que carecen de carácter normativo. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, cit.*, nota 15, pp. 106 y 107.

⁵⁹ Von Wright, *op. cit.*, nota 43, pp. 87-107.

fusión sobre el sentido de este término deriva del hecho que la derogación no siempre es clara en cuanto a sus alcances, y sin embargo produce una modificación en el sistema jurídico. De modo que la explicación de la derogación se encuentra asociada a la de cambio en el sistema jurídico.

Para Tamayo, “toda creación o innovación jurídica implica de manera necesaria una derogación o abrogación parcial o total de la normatividad anterior”,⁶⁰ lo cual, en su opinión, acarrea de manera necesaria “una modificación o alteración al conjunto o sistema de normas jurídicas en el que se produce; entonces, toda creación o innovación jurídica constituye siempre una transformación o variación normativa”.⁶¹ Por lo que se puede decir que para él, el sistema jurídico se define e identifica como conjunto de procedimientos jurídicos de creación, actos que incluyen los de derogación.

El concepto de derogación es un concepto jurídico técnico que puede designar la función de la norma derogatoria, es decir una acción, pero que también sirve para referir cierto tipo de efectos que se pueden producir en el sistema jurídico por incompatibilidad entre las normas. El significado común del término no sirve para dar una respuesta conclusiva, dado que el diccionario define de manera similar los términos abrogación y derogación, que significan tanto la acción como el efecto de abolir, revocar o anular.⁶² De tal forma que solamente se puede concluir que se trata de una acción que pone fin a algo. Se puede decir que la acción recae sobre un objeto de naturaleza jurídica, pero por los términos utilizados no aclara el alcance de la derogación, ya que los otros términos no son considerados por el derecho como sinónimos, y cada uno tiene en el derecho una función especial distinta de la de derogar.

En el ámbito del derecho los términos “abrogar” y “derogar” no pueden ser considerados como sinónimos, aun cuando en su sentido jurídico-técnico se entiende que se refieren a la eliminación de las normas del orden jurídico, o de manera más específica, a ponerles fin a su vigencia. Kelsen señala que la jurisprudencia romana hacía una distinción entre *abrogatio* (*u obrogatio*), que significa el rechazo total y *derogatio*, el re-

⁶⁰ Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 8, p. 134.

⁶¹ *Idem.*

⁶² Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 20a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1984, pp. 8 y 456.

chazo parcial. Para Kelsen, la derogación modifica el contenido de la norma y, por ende, su ámbito de validez.⁶³ Es por ello que la doctrina distingue los términos abrogación y derogación, el primero se utiliza cuando se produce la eliminación total de un cuerpo normativo. El segundo, en cambio, refiere la supresión de una parte de una disposición jurídica, o una o varias disposiciones de uno o varios textos normativos que subsisten después de efectuada la acción derogatoria.

La derogación puede ser expresa o tácita; la primera se produce por disposición de otra norma, y entonces se puede hablar de una acción derogatoria. La derogación tácita se da por incompatibilidad entre las normas,⁶⁴ pero en mi opinión, en este caso se refiere más bien a los efectos de no aplicación que afectan a una norma en conflicto con otra, que a la acción derogatoria. Para Moreso y Navarro, “la derogación es la técnica usual de eliminación de normas jurídicas”.⁶⁵ Dado que ambos términos refieren la supresión de alguna forma de validez de una norma, en este capítulo se utilizará solamente el de derogación.

En “Derogation”,⁶⁶ Kelsen sostiene que la derogación es una función específica de la norma, distinta de la de obligar o permitir, que afecta la validez de la norma, no su acto de creación. En su opinión, la derogación se produce solamente por un acto expreso, ya que no es un principio lógico, sino la función de una norma positiva. De tal forma que en caso de un conflicto entre normas, la derogación no resulta de la confrontación, pues no se trata de una consecuencia que opere *ipso iure*, sino de una tercera norma, ya sea individual o general, que se emite para resolver el conflicto. En otras palabras, en términos de Kelsen solamente es posible la derogación explícita porque la validez de una norma no se pierde por incompatibilidad entre normas, sino que se requiere una declaración formal que suprima la validez de una de las normas en algún grado. Impedir la aplicación de la norma o, en otras palabras, suprimir su validez para el

⁶³ “Derogation”, *op. cit.*, nota 57, pp. 1434 y 1435.

⁶⁴ A tal efecto, Ignacio de Otto señala que las normas poseen distinta fuerza derogatoria activa y pasiva en caso de conflicto, la cual depende del rango de la norma. La “fuerza activa” es la capacidad de una norma para producir efectos derogatorios; la “fuerza pasiva”, en cambio, se refiere a la resistencia de la norma superior frente a la inferior. Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 88-91.

⁶⁵ Moreso y Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico*, *cit.*, nota 52, p. 59.

⁶⁶ Kelsen, “Derogation”, *op. cit.*, nota 57, pp. 1429-1443.

caso, no puede ser denominado derogación, sino simplemente inaplicación.

Para Kelsen, la derogación no se refiere a una cierta conducta, sino a la validez de otra norma, por lo que más que una forma de deber ser, constituye un no-deber ser.⁶⁷ Esto se debe a que en su opinión no se trata de una forma de deber ser como es la obligación, la prohibición o la permisión. El término “no-deber ser” que utiliza Kelsen se refiere a la pérdida de obligatoriedad de la norma derogada, esto es, a su validez. Con esta afirmación Kelsen apunta al contenido de la norma derogatoria, que establece que la norma derogada *no debe ser* aplicada a una conducta que *no debe ser*, más que al hecho de que no sea una norma en sentido estricto.⁶⁸ La función derogatoria refiere una acción, la de no aplicar la norma derogada, por lo que la derogación es el contenido de la norma. En consecuencia, la norma derogatoria prevé un deber ser, la prohibición de la aplicación de la norma derogada; la prescripción de que “no debe ser” aplicada. Así lo consideran Alchourrón y Bulygin, para quienes al derogar una norma del sistema jurídico, “la autoridad manifiesta su voluntad de que la norma *no sea*, es decir, que no esté exigido lo que la norma exige, o no esté permitido lo que la norma permite”;⁶⁹ en otras palabras, que pierda su obligatoriedad.

En síntesis, se puede decir que una norma derogatoria tiene una función específica, y se distingue de otro tipo de normas por su capacidad de privar una norma de vigencia y de producir un cambio en un sistema jurídico dinámico. Como acto es emitido por un agente con la autoridad y competencia para modificar el orden jurídico; su efecto es privar a una norma de su validez en algún grado. En consecuencia, la derogación como acción puede ser considerada como ejercicio de la función legislativa, como acto normativo de creación, pero en sentido negativo, puesto que no solamente modifica el orden jurídico, sino que depura el sistema.

La concepción del derecho como sistema dinámico presupone no solamente la existencia de reglas para introducir normas al sistema, sino tam-

⁶⁷ Kelsen lo contrapone al deber ser y lo define como “*non-ought*”. “Derogation”, *op. cit.*, nota 57, pp. 1429 y 1431.

⁶⁸ Para Kelsen, las normas derogatorias no son independientes o completas, pero por eso considera que no sea una norma. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., *cit.*, nota 4, pp. 52 y ss.

⁶⁹ Véase Alchourrón y Bulygin, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, *cit.*, nota 16, p. 80.

bién una que permita eliminarlas. La derogación como acción es el medio por el cual las normas pueden ser eliminadas del orden jurídico, con lo que se impide su futura aplicación. Las normas derogatorias son prescripciones que tienen por objeto, en primer lugar, poner fin a la vigencia de otras normas, privarlas de su validez, es decir de su obligatoriedad, por lo que ya no pueden ser aplicadas. Normalmente, la derogación se produce de manera total, por lo que prohíbe la aplicación de la norma derogada aun cuando su cualidad derogatoria derive de la sustitución de una norma jurídica.

Para Alchourrón y Bulygin⁷⁰ la derogación se integra por dos componentes: el “acto de rechazo” que realiza la autoridad competente, y la eliminación de la norma a partir de dicho acto, con lo cual distinguen la acción del efecto derogatorio. El acto de rechazo para ellos tiene dos consecuencias: eliminar la norma del orden jurídico y evitar que se incorpore al orden subsiguiente. De modo que la derogación —en su opinión— no se limita a privar un enunciado de sus efectos jurídicos, sino que al suprimir la formulación normativa mediante un acto de rechazo simple, esto es, pura y exclusivamente derogatorio, se eliminan todas sus “consecuencias lógicas” del orden jurídico. El “rechazo” es la acción derogatoria prevista como contenido de la norma, por lo que como acción implica el ejercicio de una función de carácter legislativo. Para estos autores, el efecto de “eliminación” consiste en privar a la norma de su aplicabilidad, por lo que en realidad no es derogada en sentido estricto, pero una vez que se produce el efecto derogatorio es permanente. El acto de rechazo, en cambio, al estar asociado a un enunciado normativo, es modificable mientras no se produzcan las condiciones que prevé la norma derogatoria. Por lo que se puede concluir que en el acto de rechazo la derogación es expresa, pero como efecto también puede ser resultado de la incompatibilidad entre dos normas, y en este último caso hablar de eliminación es un tanto impropio, ya que si la norma no pierde su vigencia, sigue formando parte del orden jurídico. En otras palabras, Alchourrón y Bulygin incluyen el concepto de derogación tácita en el de eliminación.

De tal forma que como efecto puede producirse de manera expresa mediante la expedición de una norma que suprime su validez o la sustituya por otra, o bien de manera tácita porque se produce una incompatibilidad total o parcial entre los contenidos de las normas en conflicto. Como

⁷⁰ *Ibidem*, p. 79.

efecto, la derogación suprime la vigencia de una norma de manera definitiva, pero la autoridad puede permitir excepcionalmente la subsistencia de una forma condicionada de validez que permite cierta eficacia a la norma para los casos que especifique. En estos casos se puede hablar de una derogación relativa, ya que durante un tiempo se admite una validez extraordinaria de la norma derogada.

La distinción entre la acción de derogar y el efecto derogatorio hace posible distinguir en un sistema jurídico la norma derogatoria de la norma derogada. Ambas son normas jurídicas, pero entendidas como reglas de conducta de observancia obligatoria, la norma derogada se distingue de otras normas por carecer de exigibilidad y por su función, dado que deja de regir situaciones futuras. De tal forma que las normas derogadas constituyen un tipo especial de normas del sistema jurídico que solamente por disposición expresa y de manera excepcional pueden producir efectos jurídicos después de su derogación. La norma derogatoria tiene por objeto a la norma derogada, y prevé la obligación de no aplicarla por la pérdida de su vigencia. La derogación como efecto puede ser considerada como parte de la eficacia de la norma derogatoria que se dirige a la aplicabilidad y la vigencia de otra norma.

La doctrina ha reconocido la posibilidad de que el efecto derogatorio se produzca de dos formas: la derogación explícita y la derogación tácita. La primera tiene como requisito la expedición de una norma derogatoria expresa, esto es, su función explícita es poner fin a la vigencia de otra norma. Este tipo de disposiciones se encuentran normalmente en los artículos transitorios, pero también pueden ser emitidas con ese único fin, por lo que se pueden considerar formal y expresamente derogatorias. Desde el punto de vista formal, el rango de la norma derogatoria debe ser igual o superior al de la norma que se deroga, ya que el principio de autoridad formal de la ley dispone que la modificación o derogación de una norma tiene que verificarse por el mismo procedimiento y emanar de una autoridad con competencia para emitir normas de igual o superior rango que el que emitió la norma que se deroga.

La derogación tácita, en cambio, no puede ser siquiera considerada como derogación en sentido estricto, puesto que resulta de la incompatibilidad de los contenidos de dos normas y, en general, no afecta la vigencia de la norma, sino su aplicación al caso específico. El procedimiento para determinar la incompatibilidad entre dos normas requiere de su aná-

lisis e interpretación, por lo que se puede decir que la incompatibilidad no es necesaria, sino determinable, y sus consecuencias jurídicas dependen de lo dispuesto por el propio sistema jurídico. La derogación tácita se puede producir cuando la norma nueva no señala expresamente la disposición derogada, cuando lo hace genéricamente, o bien cuando existe una incompatibilidad entre las normas.⁷¹

La derogación tácita o implícita, tal como tradicionalmente la ha entendido la doctrina, es consecuencia de la identidad por materia de las normas, y se produce por la sustitución de la norma derogada por una nueva norma. En estos casos, la nueva norma es considerada derogatoria por sus efectos; no obstante, este tipo de derogación requiere del análisis de los contenidos para determinar el grado de incompatibilidad material, por lo que la derogación puede ser total o parcial. La derogación implícita se puede producir cuando dos o más normas válidas regulan la misma materia de manera distinta, de tal forma que ambas no pueden ser satisfechas.⁷²

La fórmula genérica “quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a la presente disposición...”, a pesar de ser emitida de manera expresa, solamente puede producir su efecto cuando con motivo de la aplicación de dos o más normas, se compruebe la incompatibilidad entre éstas. El objetivo de prever este tipo de disposiciones es producir el efecto derogatorio cuando se detecte la incompatibilidad, por lo que la autoridad en la resolución respectiva debe señalar de manera expresa que una norma no puede ser aplicada porque ha quedado derogada. Razón por la cual carece de obligatoriedad, dado que definitivamente carece de vigencia y validez.

Esta fórmula produce incertidumbre en relación con el universo de normas válidas en un orden jurídico, ya que solamente con motivo del cues-

⁷¹ La incompatibilidad de los contenidos de dos normas jurídicas respecto de un mismo supuesto de hecho es denominada contradicción, o bien antinomia. Sobre problemas de incompatibilidad entre las normas véase, por ejemplo, Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., nota 7, pp. 101 y 102; Bobbio, N., *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1998, pp. 199-219 y ss.; Huerta, Carla, *Conflictos normativos*, cit., nota 1; Weinberger, *Rechtslogik*, Berlín, Duncker und Humblot, 1989, pp. 65 y ss.

⁷² Para von Wright la incompatibilidad entre normas se hace patente por el hecho de que ambas normas no pueden ser satisfechas al mismo tiempo (*op. cit.*, nota 43, pp. 153-163).

tionamiento de su aplicación puede determinarse su invalidez de manera definitiva. El pronunciamiento respectivo debe ser hecho por la autoridad con competencia para declarar la invalidez de la norma que considera que ha perdido su vigencia como consecuencia de la derogación. Esta resolución debe ser justificada, ya que se funda en actos discrecionales como son el análisis de las normas en conflicto, y su interpretación. Para Alchourrón y Bulygin, esta cláusula derogatoria puede “destruir la unidad del sistema, fracturándolo en diversas alternativas”, causando la indeterminación lógica del sistema.⁷³

Debe enfatizarse, sin embargo, que la incompatibilidad no tiene como efecto la derogación; ésta resulta de la determinación expresa por otra norma de la invalidez de una de las normas en conflicto. Esto se debe a que en el caso de que dos normas no puedan ser aplicadas simultáneamente, no puede saberse *a priori* cuál de ellas debe ser aplicada, ni implica que una norma pueda derogar la validez de otra.⁷⁴ Por lo que corresponde a la autoridad competente determinar cuál es la norma derogatoria y cuál será considerada como derogada para el caso, con el alcance y los efectos jurídicos que el sistema jurídico prevea. Incluso en los casos en que un sistema jurídico reconozca la validez de los principios conocidos como derogatorios, la solución depende del caso, y el alcance del efecto derogatorio se produce por la decisión del órgano competente, conforme a las prescripciones del sistema.

Los llamados “principios derogatorios” deben ser entendidos como pautas de interpretación y solución de conflictos, más que como un efecto *lógico* o necesario de la incompatibilidad de dos normas, que se produce de manera automática. Estos criterios para la solución de problemas de aplicación son el jerárquico, el cronológico, y el de especialidad, que establecen reglas de prevalencia *prima facie* en caso de conflicto. Sirven como guías para determinar la norma aplicable, pero no producen un efecto derogatorio, puesto que no eliminan una norma del orden jurídico. Su reconocimiento por un sistema jurídico no implica la aceptación de la posibilidad de un efecto derogatorio automático en caso de conflicto. Solamente son pautas para decidir sobre la aplicación de una de las normas a un caso determinado, sobre todo porque la invalidez de una norma no

⁷³ “Sobre el concepto de orden jurídico”, *op. cit.*, nota 25, p. 401.

⁷⁴ Kelsen, H., *Teoría general de las normas*, México, Trillas, 1994, pp. 116, 117, 212 y ss.

puede derivarse del hecho que dos normas no puedan ser aplicadas simultáneamente.

La acción derogatoria se dirige a disposiciones vigentes que se reputan válidas; su efecto es impedir su aplicación, por lo que el sujeto a quien se dirige una disposición derogatoria es toda autoridad obligada a aplicar la norma que deroga. La norma derogada, aquella a la que se refiere la norma derogatoria cuyo contenido es la obligación de no aplicarla. La norma derogatoria es una norma de carácter prohibitivo, por lo que la autoridad competente, en caso de contravenirla, podría ser sancionada y su acto ser declarado nulo. La función de la norma derogatoria es impedir la aplicación de la norma derogada a partir de que se producen los efectos derogatorios.

Las normas derogatorias pueden prever excepcionalmente la posibilidad de continuar aplicando la norma derogada de manera temporal y bajo ciertos supuestos específicos, que deben ser regulados expresa y precisamente. Con ello, a pesar de que se produce su primer efecto derogatorio que es privar de vigencia a la norma, se permite la subsistencia temporal de la validez de la norma derogada. Se trata de una forma especial de validez relativa que se conoce como ultraactividad de la norma, lo cual es posible si se admite que la norma derogada no deja de pertenecer al sistema jurídico tras su derogación. Esta ultraactividad de la norma permite que la norma, después de derogada, siga teniendo una eficacia residual.⁷⁵ Las razones que justifican la supervivencia temporal de las normas derogadas son de orden ético más que jurídico, y se fundamentan en criterios de equidad y justicia.

En relación con la ultraactividad, Díez-Picazo señala que “en la medida en que la realidad social regulada es esencialmente diacrónica, también el ordenamiento debe ser concebido en forma diacrónica, de donde se infiere que también las normas pretéritas o derogadas *existen* en cuanto normas”.⁷⁶ Para él, la estructura y funcionamiento de este tipo de sistema jurídico dinámico da cabida a la ultraactividad de las normas derogadas. De conformidad con el modelo sistemático del derecho, las normas derogatorias cuyo objeto es permitir la aplicación temporal de normas derogadas, hace posible la coexistencia temporal de distintas normas que

⁷⁵ Díez-Picazo, *op. cit.*, nota 56, pp. 220 y ss.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 233.

regulan la misma materia sin incurrir en conflicto, pues se aplican de manera diferenciada según lo previsto en las normas derogatorias. La ultraactividad de una norma derogada es viable porque la norma derogada no ha dejado de pertenecer al sistema. Normalmente, la ultraactividad o supervivencia temporal de las normas derogadas solamente es permitida para su aplicación a casos pendientes de resolución con el objeto de evitar la vulneración de derechos adquiridos.⁷⁷

Aunque no parece razonable, es posible aceptar la convivencia de normas vigentes y derogadas, si se admite la distinción entre sistema y orden jurídicos en los términos de su operatividad como diacrónico y sincrónico respectivamente, ya que así se puede distinguir el conjunto de normas existentes en el sistema jurídico del de las aplicables. Además, la eficacia de las normas derogadas que subsisten temporalmente es individual, es decir por caso, de modo que las normas derogadas tienen una eficacia parcial; son válidas para los casos permitidos, mientras sigan perteneciendo al sistema jurídico y exista la obligación de aplicarlas.

Las disposiciones derogatorias son normas jurídicas en sentido estricto, y su obligatoriedad deriva de su carácter prescriptivo; establecen una forma de deber ser desde que entran en vigor. Su efecto derogatorio es además de definitivo, como se señalaba previamente, irreversible, ya que las normas derogadas no pueden recobrar ni la vigencia ni la validez perdida. En otras palabras, la derogación de la norma derogatoria no permite a la norma derogada recuperar su eficacia cuando los efectos derogatorios ya se produjeron.⁷⁸ Se puede decir que el efecto derogatorio es independiente de la vigencia de las normas derogatorias, puesto que es permanente en virtud de su naturaleza, ya que la prohibición de aplicación de la norma debe subsistir aun cuando la norma derogatoria fuese derogada. En otras palabras, por “la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiese derogado”;⁷⁹ con lo cual se confirma el carácter definitivo de la derogación. Una norma no puede recobrar su

⁷⁷ Moreso considera este fenómeno un ejemplo del caso de las normas inválidas que son aplicables, porque las normas derogadas no son miembros del orden jurídico en el momento de su aplicación. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, cit., nota 9, pp. 155 y 156.

⁷⁸ Kelsen, *Teoría general de las normas*, cit., nota 74, p. 116, y Díez-Picazo, *op. cit.*, nota 56, p. 235.

⁷⁹ Díez-Picazo, *ibidem*, p. 52.

vigencia después de ser derogada, pues para poder producir efectos jurídicos tendría que ser expedida de nuevo, siguiendo las formalidades correspondientes, pero se trataría de un enunciado normativo distinto.

A pesar de que las normas derogatorias previstas en los artículos transitorios de un nuevo texto normativo dependen de éste para su existencia (aun cuando no formen parte de él), el efecto derogatorio se produce desde que entran en vigor o se cumplen las condiciones previstas. De manera que si un texto normativo es derogado antes de entrar en vigor, o antes de que las normas derogatorias produzcan sus efectos, no producen modificación alguna en el sistema jurídico. Pero si los efectos derogatorios se produjeron, la norma derogada no recupera su vigencia ni su validez al ser derogado el cuerpo normativo que los preveía. Las normas formales y expresamente derogatorias también pueden ser derogadas antes de producir sus efectos, pero su derogación posterior no afecta el efecto producido en el orden jurídico.

V. LAS NORMAS DEROGATORIAS

En la teoría del derecho se ha cuestionado frecuentemente si las normas derogatorias son normas en sentido estricto, si pueden ser consideradas como otro tipo de enunciados, o si por su contenido son normas que regulan conductas, o simplemente se refieren a otras normas. Para Kelsen,⁸⁰ por ejemplo, las normas derogatorias no son infringibles porque no prescriben conductas, sino que cumplen una función. Cada una de estas opciones implica adoptar una postura en relación con el significado de la norma jurídica y del sistema jurídico.

Las normas derogatorias son prescripciones cuya función es poner fin a la vigencia de otras normas; esto puede ocurrir por disposición expresa o con motivo de la emisión de una norma que sustituye a otra impidiendo su aplicación. Aun cuando en los casos en que se produce la sustitución de una norma por otra, la función derogatoria de la nueva norma solamente es secundaria o complementaria de su función primordial, que es regular cierto tipo de conductas.

Para efectos del análisis de las normas derogatorias he adoptado un concepto semántico de norma, como significado del enunciado jurídico.

⁸⁰ Kelsen, "Derogation", *op. cit.*, nota 57, p. 1430.

En un sistema jurídico, las normas se encuentran expresadas mediante formulaciones normativas de tipo prescriptivo. Los enunciados que expresan las normas establecen dos tipos básicos de deber ser, de obligación o de permisión. Los enunciados normativos, por lo tanto, expresan normas jurídicas y tienen carácter prescriptivo, porque establecen un deber ser.

El análisis sintáctico o estructural de los enunciados normativos sirve para establecer las relaciones entre las normas e identificar los elementos que las conforman. Son diversos los métodos que pueden ser utilizados⁸¹ para tratar de desentrañar el carácter o naturaleza de las normas derogatorias. Este tipo de normas forman parte del sistema jurídico, por lo que comparten la misma estructura normativa; en consecuencia, desde el punto de vista de su estructura son normas jurídicas en sentido estricto, regulan los actos relacionados con la aplicación de otras normas de manera obligatoria, prohibida o permitida.

Las normas que se refieren a la validez o vigencia de otras normas, como son las derogatorias, pueden, por su función, crearse con la intención de que modifiquen la validez temporal ordinaria de otras normas. Uno de los aspectos más interesantes de este tipo de normas es que pueden considerarse como pertenecientes al grupo de las reglas secundarias en términos de Hart, o del sistema del juez o autoridad como lo conciben Alchourrón y Bulygin. En otras palabras, son disposiciones que no regulan de manera directa la conducta de los particulares, pero modifican el sistema, y en esa medida se puede decir que solamente se dirigen a quienes como autoridad se pueden encontrar en la situación de aplicarlas.

Las preguntas que con más frecuencia se han planteado en torno a las normas derogatorias es si constituyen normas jurídicas en sentido estricto, y si puede considerarse que tienen la misma forma lógica que las normas que regulan las conductas, y aun cuando creo que ya he respondido, describiré el proceso por medio del cual se puede revelar la naturaleza de norma jurídica de los enunciados que producen la acción derogatoria.

La primera parte de este procedimiento requiere de la determinación de la existencia de una norma en el enunciado normativo; esto se realiza

⁸¹ Schreier, *Conceptos y formas fundamentales del derecho*, México, Editora Nacional, 1975, pp. 145 y ss.; von Wright, *Norma y acción*, cit., nota 43, pp. 87 y ss.; *Position and Change. A Study in Law and Logic*, Dordrecht-Holland, D. Reidel Publishing Company, 1977.

por medio de un análisis semántico que permita distinguir el componente normativo del descriptivo del enunciado, con cuya identificación se puede afirmar que existe una forma de deber ser. Independientemente de las posibles diferencias terminológicas, existe un acuerdo, casi general, sobre el hecho de que las normas cuentan con esos dos componentes.⁸² El elemento normativo se conforma por una calificación deóntica; es una forma de deber ser, ya sea de obligación o de permisión. En la lógica deóntica es simbolizado en general por alguno de los operadores como obligatorio (O), prohibido (F) o permitido (P). Estos operadores funcionan como modalizadores del componente descriptivo que se integra por una conducta, entendido como la descripción de un estado de cosas o de una acción. El símbolo utilizado para representar este componente descriptivo es el que corresponde a las variables que se refieren a una acción u omisión (p), por ejemplo. De manera que la forma sintáctica de las normas puede representarse de la siguiente manera: la norma prohibitiva (Fp), la obligatoria (Op) y la permisiva (Pp).

Para poder identificar los componentes mencionados, las normas derogatorias son interpretadas a la luz de dos preguntas: primero, ¿se ha previsto alguna obligación o permiso en ellas?, y segundo, ¿se refiere a alguna conducta? Si guían una conducta, no queda duda de que se trata de una norma jurídica en sentido estricto, pero si se refieren al sistema o describen una situación, entonces se podría cuestionar su naturaleza. Una vez identificados estos componentes, considero que para conocer su estructura interna es posible encontrar respuestas complementarias a esas preguntas evaluando la norma derogatoria conforme a la propuesta de von Wright.⁸³

En *Norma y acción*, von Wright hace una distinción entre dos tipos de normas, las que regulan conductas, o una forma de deber ser, y las que él denomina “normas de orden superior”. Estas normas tienen por contenido actos normativos, esto es, de creación normativa, y agrega que, de conformidad con la clasificación que él mismo propone, pueden ser prescripciones en sentido estricto.⁸⁴ Asimismo, señala que las normas positi-

⁸² Bulygin y Mendonca, *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 17 y 18.

⁸³ Von Wright, *Norma y acción*, cit., nota 43, pp. 87 y ss.

⁸⁴ En esta clasificación las prescripciones son un tipo de norma que incluye en el gru-

vas de orden superior que a su vez son prescripciones, son de gran importancia para el sistema jurídico, pero su relevancia para la teoría del derecho se encuentra en las relaciones entre autoridades-norma, y entre autoridades-norma y sujetos-norma.⁸⁵ Von Wright señala que el análisis de estas normas, como pueden ser las de derogación por ejemplo, no puede ser tratado dentro de la teoría de los núcleos normativos, puesto que omite la consideración de la autoridad y el sujeto. De modo que el análisis de las normas derogatorias requiere de otro aparato formal que incluya estos elementos.⁸⁶

Para la teoría de los núcleos normativos, el análisis de las normas se hace a partir de la consideración de lo que von Wright denomina el núcleo, que es común a todas las normas y se conforma por el carácter, el contenido y la condición de aplicación. Los elementos característicos de las normas jurídicas son, sin embargo, el sujeto (normativo), la autoridad (normativa) que las emite, y la ocasión. De modo que según von Wright las normas jurídicas se integran por seis elementos constitutivos. Los elementos más importantes para el análisis de las normas derogatorias son el sujeto normativo y la autoridad, los cuales tendrán que ser evaluados solamente de manera indicativa a partir de la propuesta de von Wright.

El carácter representa el componente normativo del enunciado, y se identifica por el modo en que la conducta regulada es calificada jurídicamente. Puede ser representado por un modalizador deóntico que prescribe que algo es obligatorio, prohibido o permitido. Las normas derogatorias previstas en los enunciados normativos emitidos por la autoridad son disposiciones que prescriben obligaciones en relación con la no aplicación de otras disposiciones, o bien su especial forma de aplicación extraordinaria. El carácter de las normas derogatorias es normalmente de prohibición, establece la obligación de no aplicar las normas derogadas; pero si prevé una excepción que permita aplicar temporalmente las normas derogadas en relación con ciertos casos en los términos especificados, entonces su carácter es de permisión, puesto que genera una excepción a la regla general de derogación.

po principal, que se refiere a los mandatos, permisos o prohibiciones que se dan a los agentes para regular su conducta. *Ibidem*, pp. 21-35.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 195 y 196.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 196.

En términos de von Wright, el contenido de una norma es la conducta regulada, ya sean acciones u omisiones genéricas, estados de cosas o cambios. Las normas derogatorias solamente pueden tener por contenido el fin de la vigencia de una norma, y la posibilidad excepcional de aplicar la norma derogada. Pero las normas no pueden ser consideradas el sujeto, sino el objeto de la acción derogatoria, la cual opera en virtud de la norma, pero a través de la actividad de los agentes facultados para aplicarlas. El enunciado normativo se formula en el lenguaje ordinario y establece que: “la norma *Nx* queda derogada”. En su forma ideal prevé la siguiente norma: “A partir del momento, y todo agente que tenga la facultad de aplicar *Nx* debe abstenerse de hacerlo”. El componente prescriptivo de la norma es la prohibición, ya que establece un deber negativo o de abstención, que equivale al carácter de la norma en términos de von Wright. Su contenido es el de no aplicar *Nx*, que conforma el componente descriptivo de la norma.

La condición de aplicación se refiere a aquello que tiene que darse para que se materialice la conducta regulada; se podría decir que son los estados de cosas o acciones que deben verificarse para que la norma surta efectos. Von Wright distingue las normas cuya condición de aplicación es categórica, esto es, que tiene que producirse y forma parte del supuesto de hecho de la norma, de la hipotética, que además requiere que se produzcan otras circunstancias. Cabe señalar que esta distinción es independiente de la forma lógica condicional del enunciado normativo. La condición de aplicación de las normas derogatorias es hipotética, ya que por una parte es la pertenencia al sistema jurídico de una norma vigente que debe ser considerada como derogada y, por lo tanto, inaplicable a partir de que se cumpla el plazo o condición previstos,⁸⁷ pero además es la situación que debe presentarse como oportunidad para aplicar la norma derogada y abstenerse de hacerlo.

El concepto de ocasión como elemento de la norma se refiere a esa parte del enunciado normativo que establece el lugar y tiempo en que la conducta prescrita debe realizarse. De conformidad con la clasificación hecha por von Wright, las normas que se refieren a una ocasión específica son consideradas como particulares con relación a la ocasión. Lo mis-

⁸⁷ Kelsen señala que: “*a derogating norm cannot exist by itself but only in relation to the norm whose validity it repeals*”. Véase “Derogation”, *op. cit.*, nota 57, p. 1429.

mo que aquellas que sean para un número finito de ocasiones, como son las que permiten la aplicación temporal de normas derogadas para la solución de casos pendientes. Las normas derogatorias son generales si son entendidas como normas de conducta, puesto que parecen ser emitidas para un número ilimitado de ocasiones. No obstante, en virtud de su eficacia podrían ser consideradas de ocasión única, ya que al entrar en vigor cumplen su función de manera definitiva y permanente.

La derogación no puede ser suspendida para reactivar la norma derogada, pues una vez que la derogación opera es definitiva;⁸⁸ por lo mismo, si la norma derogatoria es derogada tampoco cesan los efectos de la derogación. Aunque Alchourrón y Bulygin⁸⁹ consideran que cuando la derogación es realizada por una autoridad incompetente, en principio dicho acto carece de efectos jurídicos, de modo que no se produce la eliminación de la norma. Kelsen⁹⁰ a su vez considera que al producirse el efecto derogatorio, la norma derogatoria pierde también su validez respecto de la norma derogada, lo cual significa que su derogación posterior no produciría efectos en relación con la norma derogada, por lo que ésta ya no puede recuperar su validez.

El elemento denominado “autoridad” se refiere en von Wright al agente que emite la prescripción, de modo que las normas pueden ser calificadas como autónomas o heterónomas. Las normas autónomas en sentido estricto no pueden ser consideradas como normas jurídicas, cuando la autonomía se entiende como la capacidad de una persona para autorregularse. Von Wright considera que estas normas realmente no tienen carácter prescriptivo, al igual que las que carecen de una autoridad emisora, pero considera que en realidad no existe ninguna norma positiva de este tipo.⁹¹ Por lo que deben entenderse en un “sentido analógico o secundario” cuando las normas positivas son emitidas por un agente impersonal para regular su propia actividad, ya sea como autoridad o particular, en el caso que se conoce como autorregulación. Las normas autónomas son aquellas en que la autoridad emisora de la norma coincide con el sujeto

⁸⁸ En ese mismo sentido se expresan Kelsen en la *Teoría general de las normas*, cit., nota 74, p. 116, y en “Derogation”, *op. cit.*, nota 57, p. 1430, por ejemplo; así como Díez-Picazo, *op. cit.*, nota 56, p. 235.

⁸⁹ *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, cit., nota 16, p. 81.

⁹⁰ “Derogation”, *op. cit.*, nota 57, p. 1430.

⁹¹ Von Wright, *op. cit.*, nota 43, p. 93.

normativo.⁹² El hecho de que la autoridad tenga la facultad para emitir normas para regular su actividad, permite denominarlas autónomas sin que parezca ilógico, puesto que se refiere a prescripciones auto-reflexivas.

Según von Wright las normas derogatorias son normas heterónomas, ya que quien realiza la acción normativa y el sujeto a quien se dirigen son sujetos distintos; aunque ambas tengan el carácter de autoridad en sentido amplio, por las funciones que ejercen, sólo uno de los agentes tiene la calidad de autoridad normativa. La autoridad que emite una norma derogatoria normalmente es distinta del sujeto a quien se dirige: los órganos aplicadores. También valdría la pena distinguir el sujeto normativo, es decir a quien se dirige la norma, del agente que realiza la acción. Las normas derogatorias parecen tener como destinatario la norma; no obstante, la acción debe ser realizada por el órgano facultado para aplicar la norma derogada. De modo que si la autoridad que emite la norma derogatoria no es la misma que la que debe aplicarla, puede ser considerada como heterónoma.

La autoridad que deroga de manera expresa o implícita, ya sea como único objetivo de la norma que se expide, o como efecto por la sustitución de la norma, tiene que estar facultada para ello. No puede derogar disposiciones emitidas por un órgano jerárquicamente superior o invadir la esfera de competencia de otra autoridad, ya que esto viciaría la norma pudiendo incluso llegar a ser declarado inválido el acto derogatorio. Las normas derogatorias son normas generales que se dirigen a la autoridad, pues regulan la actividad de una clase de personas que tiene la competencia para aplicar las normas que son derogadas. El sujeto obligado por la norma es entonces, en primera instancia, toda autoridad que debe dejar de aplicar las disposiciones que se derogan, o que deben continuar aplicando las disposiciones derogadas durante un tiempo determinado o de conformidad con la condición que se establezca para ello.

En resumen, la diferencia entre las normas derogatorias y otros tipos de normas radica en dos aspectos importantes: primero en el sujeto normativo, ya que normalmente se dirigen a las autoridades que han de aplicar la norma, sin obligar a ningún particular, y segundo en su contenido

⁹² Por ejemplo, los casos en que las normas se emiten para regular el funcionamiento interno de un órgano de autoridad.

u objeto, puesto que solamente puede referirse a la vigencia o modo de aplicación de las normas que se expiden.⁹³

VI. VALIDEZ DE LAS NORMAS DEROGADAS

El concepto de validez en sentido normativo se refiere a la obligatoriedad de la norma, la cual depende de su pertenencia al sistema jurídico, que a su vez depende de la existencia jurídica de la norma, la cual está condicionada por su vigencia. La validez de las normas jurídicas que ingresan al sistema jurídico se presume,⁹⁴ de tal modo que la pertenencia de la norma no depende de su validez, sino de la satisfacción de ciertas condiciones mínimas para su introducción al sistema jurídico. Esta presunción de validez de la norma opera en beneficio de su aplicabilidad, por lo que si se puede considerar que una norma pertenece al sistema jurídico es obligatoria y aplicable. La aplicabilidad de las normas puede depender además de otras circunstancias o previsiones expresas que en el momento de realizar la acción derogatoria se determinen, por lo que una norma derogada puede ser aplicable.⁹⁵ De modo que se puede decir que a pesar de ser atributos distintos de las normas, se encuentran vinculados en una relación que sin embargo no puede denominarse de dependencia directa, ya que por razones jurídicas especiales pueden encontrarse disociados en algunos casos.

La creación o derogación de las normas pueden ser consideradas como “acciones operativas”, ya que según Mendonca “su función es producir el paso de un estado de cosas a otro”.⁹⁶ En ese mismo sentido, von Wright señalaba que existen dos tipos de actos normativos, los que con-

⁹³ Las normas derogatorias para Alchourrón y Bulygin forman parte de una clase de normas que se dirige exclusivamente a la autoridad, y que regulan la validez y aplicación de otras normas (*op. cit.*, nota 15, p. 205).

⁹⁴ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, *cit.*, nota 47, pp. 189 y ss.

⁹⁵ Guastini señala en “Cinco observaciones sobre validez y derogación” que no solamente es posible que un sistema jurídico atribuya efectos jurídicos a las normas inválidas, sino que considerada desafortunada la identificación de la validez y la aplicabilidad de las normas. En *Discusiones*, núm. 2: *Inconstitucionalidad y derogación*, Bahía Blanca, Argentina, año II, 2001, p. 59.

⁹⁶ Mendonca, *Las claves del derecho*, *cit.*, nota 12, p. 143.

sisten en dar prescripciones, y los de cancelarlas.⁹⁷ Con cancelar se refiere a la derogación, y señala que introduce un cambio en el sistema que impide que una situación dada sea resuelta de conformidad con ella, ya que sus *status* normativo ha sido modificado. Su validez, en el sentido de legalidad del acto de su creación, no es revisada sino modificada, y pierde su existencia solamente en términos de su vigencia o, en otras palabras, para su futura exigibilidad.⁹⁸

Si derogar significa suprimir la validez de una norma por determinación de otra norma, entonces parecería que estas normas no prescriben conductas, sino que podrían ser consideradas como normas que regulan otras normas, por lo que pueden ser calificadas como normas de segundo orden.⁹⁹ Para algunos juristas, dado que este tipo de disposiciones no prescriben ningún comportamiento ni establecen una sanción, no son normas en sentido estricto; su función consiste únicamente en privar de validez a otra norma. En opinión de Kelsen,¹⁰⁰ no son normas jurídicas independientes, pues además de que no prevén una sanción, solamente existen en relación con la norma cuya validez es extinguida. Pero aun cuando estas normas solamente pueden afectar la validez de otras normas, pueden ser consideradas como reglas de conducta en sentido estricto, puesto que establecen una acción u omisión en relación con una norma determinada como debida, prohibida o permitida a la autoridad competente que debe aplicar la que es derogada.

La norma derogatoria puede ser emitida por un órgano legislativo o por uno jurisdiccional con motivo del cuestionamiento de la aplicabilidad o la validez de otras normas. Una norma derogatoria pone fin a la vigencia de otras disposiciones, pero no necesariamente implica un pronunciamiento sobre su validez, aun cuando en los casos normales también la suprime de manera total. No obstante, cuando se cuestiona la validez de una norma, la declaración de invalidez puede tener como efecto la derogación de la norma o su nulidad. La primera consecuencia es la más común, ya que se pronuncia sobre la validez de la norma de manera definitiva, le pone fin junto con su vigencia, pero preserva su pertenencia al

⁹⁷ Von Wright, *Norma y acción*, *cit.*, nota 43, p. 196.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 200.

⁹⁹ Von Wright las denomina “*second – order – rules*” porque regulan actos normativos, no conductas. *Ibidem*, p. 191.

¹⁰⁰ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., *cit.*, nota 4, pp. 55, 244 y 262.

sistema jurídico sin afectar situaciones creadas. La nulidad, en cambio, puede producir efectos retroactivos, con lo cual sí se afectaría su pertenencia no solamente al orden, sino también al sistema jurídico.

Una norma pierde su validez en virtud de la declaración expresa que emite un órgano competente, la cual puede o no tener una función derogatoria. Pero la derogación solamente es posible si la norma derogatoria es válida a su vez, como señalan Alchourrón y Bulygin. Sin embargo, la derogación no es el único medio para privar de validez a una norma jurídica. La nulidad constituye una alternativa para eliminar una norma del orden jurídico e impedirle producir efectos jurídicos con motivo del cuestionamiento de su validez. Cuando una norma es declarada ilegal o inconstitucional, puede preverse su nulidad; el efecto de la declaración formal es que la norma no puede ser aplicada de nuevo, con lo cual pierde de manera definitiva su validez, y ya no podrá producir efectos jurídicos.

La invalidez y la nulidad son, por lo tanto, dos tipos de decisiones distintas; la nulidad por sus efectos en el sistema jurídico puede entenderse como consecuencia de una declaración de invalidez.¹⁰¹ La nulidad además de suprimir la norma no conforme del sistema jurídico, puede suprimir los efectos jurídicos que estuviera produciendo, e incluso los efectos jurídicos que pudiera haber producido cuando es anulada retroactivamente. La nulidad puede ser considerada como consecuencia jurídica que afecta la existencia de la norma, o como una forma de invalidez que puede producir distintos efectos jurídicos. Pero la nulidad no se sigue lógicamente de la invalidez; se establece con efectos vinculantes por declaración expresa.

Por lo tanto, la validez puede verse afectada de dos formas: de manera parcial en relación con la aplicación de una norma a un caso, o de manera total suprimiendo su futura aplicación. La declaración de nulidad con efectos *pro futuro* (*ex nunc*, con efectos relativos), al igual que la invalidez o la derogación, eliminan la norma del orden jurídico mas no del sistema, de tal forma que pierde su validez normativa y su aplicabilidad subsiguiente, dejando intactos los actos que se hubiesen producido previamente al amparo de esa norma. La norma solamente deja de pertene-

¹⁰¹ Sobre la diferencia entre una declaración de invalidez o inconstitucionalidad y sus efectos véase Huerta, Carla, *Conflictos normativos*, 2a. ed., México, UNAM, 2007, pp. 235-248.

cer al sistema jurídico cuando se anula con efectos *ex tunc*, o en los casos en que se considerara viable la nulidad *ipso iure*.

La nulidad absoluta no deja rastros de la existencia de la norma en el sistema jurídico, salvo por la declaración de nulidad; se considera como si no hubiese existido ni producido efectos jurídicos cuando la declaración tiene efectos retroactivos. En el caso de la nulidad relativa, la norma permanece en el sistema y forma parte de ciertos órdenes jurídicos conforme a los cuales algunos casos fueron resueltos. La derogación, en cambio, no puede en ningún caso producir la eliminación de una norma del sistema jurídico, sino solamente de los órdenes jurídicos subsecuentes a la derogación de la norma. En conclusión, la derogación no afecta la existencia, sino la vigencia, y por ende la aplicación de la norma. La norma es privada *pro futuro* de su validez, en términos de su obligatoriedad, al suprimir por medio de la derogación uno de sus elementos formales: la vigencia.

Finalmente se puede decir que las normas derogatorias tienen un doble objeto: impedir la aplicación de una norma derogada, y eliminarla del orden jurídico. Por medio del acto derogatorio, la norma derogada pierde tanto su fuerza normativa como su vigencia, aun cuando en principio no deja de pertenecer al sistema jurídico. La validez de las normas se encuentra delimitada temporalmente, y la derogación es tan sólo una de las formas de modificarla o suprimirla.

La derogación es, por lo tanto, una función de las normas que está relacionada en primera instancia con la limitación de la aplicación de otras normas, de tal forma que su primer efecto es privarla de su vigencia y, por ende, de su validez en términos de obligatoriedad.