La derogación

Un análisis de la dinámica de los ordenamientos jurídicos

Sebastián Agüero San Juan

TESIS DOCTORAL UPF / 2015

DIRECTOR DE LA TESIS

Dr. Josep María Vilajosana Rubio

DEPARTAMENTO DE DERECHO

upf. Universitat Pompeu Fabra Barcelona

A Bárbara
Porque no tengo palabras para expresarte mi amor y gratitud

Agradecimientos[1]

En un proceso de años, como ha sido la realización de esta tesis doctoral, me ha sido posible encontrar y conocer a un sinnúmeros de personas que con su ayuda y apoyo contribuyeron de una u otra manera a la consecución de mis objetivos. La lista de todos es sumamente larga, por lo mismo, al momento de elaborar los agradecimientos resulta imposible incluir y nombrar a cada uno, aunque siempre mi agradecimiento estará con ellos más allá de estas líneas.

Desde mis primeros meses en la ciudad condal hasta la fecha, mi director de tesis, Josep María Vilajosana, ha sido clave en mi formación, tanto desde un punto de vista personal como intelectual. Sin su reflexión, paciencia y apoyo, no hubiese sentido el respaldo necesario para iniciar este trabajo de tesis doctoral y finalizarlo con éxito. Gracias a su fuerte compromiso y serena claridad intelectual siempre tuve la oportunidad de discutir con él todo tipo de propuestas, y en consecuencia, contemplar el éxito de algunas frente al fracaso de muchas otras. En definitiva, si esta tesis ha llegado a término, en gran medida se debe a su dedicación y la confianza que depositó en mi desde el primer día.

Además, durante este periodo de formación, felizmente, conocí personas de diferentes latitudes, los cuales siempre estuvieron dispuestos a conversar mis ideas y prestarme su ayuda. Son un buen ejemplo de ello Daniel Mendonca de la Universidad Católica Nuestra señora de la Asunción, Efrén Rivera de la Universidad de Puerto Rico y Nicola Muffato de la Università degli Studi di Trieste. Igualmente, lo son algunos miembros del grupo de filosofía del derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, con quienes en distintas ocasiones pude testear muchas de mis propuestas y de quienes siempre recibí acertados consejos, especialmente, agradezco a Ricardo Caracciolo, Hugo Seleme y Hernán Bouvier.

Estoy también en deuda con el grupo de filosofía del derecho de la Universitat de Girona, donde tuve la oportunidad de disfrutar de una estancia de investigación, tiempo durante el cual tuve el agrado de conocer a personas de un alto nivel intelectual y personal, como son: Jordi Ferrer, Maribel Narváez, Matías Parmigiani, Carmen Vásquez, Sebastián Figueroa, Pedro Haddad, Pablo Rapetti, Carolina Fernandez, Jorge Sendra, Marcela Chahuan, Ilse Torres, Marco Segatti y Francesco Ferraro. Gracias a todos ellos por lo aprendido y el tiempo compartido, pero, especialmente, por la consideración que siempre han mostrado para conmigo en la realización de cada una de sus actividades.

Asimismo, quiero mostrar mi agradecimiento a la sezione di filosofia e sociologia del diritto de la Università degli Studi di Genova donde tuve la fortuna de realizar una estancia de investigación, probablemente, una de las mejores decisiones que he tomado en mi formación académica. Allí me sentí (y me hicieron sentir) como en casa desde el comienzo, y en consecuencia, desde los primeros días comencé a discutir y compartir con profesores, doctores y doctorandos, tanto dentro como fuera de la universidad. Así, especialmente quisiera agradecer a los profesores Riccardo Guastini, Paolo Comanducci, Giovanni Ratti, Cristina Redondo, Pierluigi Chiassoni, Mauro Barberis e Isabel Fanlo, y asimismo, mostrar mi gratitud con el grupo de los «jóvenes» del área, integrado por Luca Malagoli, Andrej

[1] Esta tesis ha sido financiada por CONICYT, Programa Formación de Capital Humano Avanzado, Becas Chile 72110448.

Kristan, Alejandro Calzetta, Diego Dei Vecchi, Alessandro Ferrari, Laura Scuderi, Mauricio Maldonado, Lucia Brusco, Horacio Sánchez, Alessio Sardo, Natalia Scavuzzo y Elena Marchese. Sin tampoco olvidar el afecto y la asistencia de Stefania y Milard. Todos y cada uno de ellos forman un grupo humano magnifico, al cual siempre espero volver pronto.

Por consiguiente, me siento sumamente satisfecho de haber elegido como casa de estudios a la Universitat Pompeu Fabra y dentro de ella a su área de filosofía del derecho, con la cual me siento especialmente en deuda, ya que aquí se me proporcionó el contexto necesario para llevar a cabo mi formación e investigación. Favorablemente, en este ambiente altamente exigente y motivador, después de una gran dedicación, estudio y trabajo, he llegado a sentirme parte de este prestigioso grupo de investigación. Así, las instancias en las cuales he podido compartir con sus miembros e invitados son sumamente diversas y múltiples, pero recuerdo especialmente algunas reuniones con José Juan Moreso, los almuerzos con José Luís Martí, Marisa Iglesias, Chiara Valentini, Pietro Denaro y Álvaro Nuñez, los cafés y las conversaciones con Jorge Malem, José Luís Pérez y Ernesto Garzón. Así también, recuerdo con especial afecto las primeras sesiones del «Lawphilmeet», en las cuales discutí con mis entusiastas y perspicaces compañeros algunas de mis primeras ideas, entre ellos destaco a Eze Páez, Catia Faria, Laura Roth, Nicole Selamé, Omar Vázquez, Rubén Guilanya y Samuele Chilovi. Obviamente, merecen una mención y agradecimiento especial mis compañeras de despacho: Mariona Rosell, Cristina Astier y Carla Maenza, con quienes comparto hace años y algunos meses las más diversas ideas, proyectos, y sobre todo, una familiaridad especial.

Si bien, afortunadamente, he podido forjar relaciones de amistad con muchas de las personas antes mencionadas, quienes de manera sincera y desinteresada me han prestado su ayuda y comprensión durante este largo proceso, existen otras que, por diversos motivos y en momentos distintos, han pasado a ser parte de mi familia en el exterior, y esto, con mayor razón, debe ser reconocido. Por lo cual, todo mi afecto y gratitud para Norma, Mika, Ana, José, Patricio, Olga, Darío, Emma, Patricia, Leonardo, Marcos, Sandra, Guillermo, Nicolás, Alberto, Gabriella, Matteo, Nicola, Lorena, Diego, Olympia y Willy. Sinceramente espero poder algún día retribuirles de algún modo todo lo que han hecho por nosotros.

De igual modo, no puedo olvidar a mi familia y amigos en Chile, quienes siempre y de manera incondicional me han impulsado, apoyado y comprendido. Por lo mismo, todo mi cariño para mis padres Claudio y Cecilia, mi hermano Claudio, mis sobrinos Valentina, Amaro, Isabella y Josefa, mis suegros Omar y María Teresa, y mis cuñados Cecilia, Carolina, Felipe, Nicolás y Mayra. A todos ustedes, muchísimas gracias. Es de esperar que todas las ausencias tengan algún día y de algún modo sus recompensas.

Y evidentemente, a Bárbara, porque siempre me da lo mejor de si y con su amor lograr sacar lo mejor que hay en mi.

Para finalizar, resulta manifiesto que después de considerable respaldo y colaboración, cualquier error o insuficiencia presentes en esta tesis, se deben exclusivamente a mis limitaciones y carácter incorregible en relación con algunas materias.

Barcelona, octubre 2015

Resumen

Esta tesis doctoral tiene por objeto analizar de manera integral el concepto de derogación en el contexto de los derechos positivos contemporáneos. Esto en respuesta a la inquietud planteada por algunos teóricos del derecho sobre el carácter insuficiente de los trabajos realizados en torno a ella. Por consiguiente, se realiza una investigación pormenorizada de la derogación y su rol en la dinámica de los ordenamientos jurídicos a través del estudio de la práctica y la teoría jurídica, utilizando para ello un modelo de análisis conceptual conectivo. De este modo, se proporciona una significativa contribución al mejoramiento de nuestra comprensión y conocimiento sobre esta institución en particular y el cambio normativo en general. Asimismo, se sientan las bases filosóficas para establecer una teoría de la derogación a partir de la actual caracterización que presenta este mecanismo de exclusión normativa y con la pretensión de contribuir a la disminución de los niveles de indeterminación normativa de los derechos contemporáneos.

Abstract

La presente tesi si pone come obiettivo un'analisi onnicomprensiva del concetto di abrogazione nel contesto dei diritti positivi contemporanei. Ciò a titolo di replica alle osservazioni sollevate da alcuni teorici del diritto circa il carattere incompleto dei lavori finora svolti attorno a tale tema. Pertanto, si svogle qui una ricerca approfondita riguardo all'abrogazione e al suo ruolo nella dinamica degli ordinamenti giuridici attraverso lo studio della prattica e della teoria giuridica, utilizzando a tale scopo un modello di analisi concettuale connessiva. In tal modo, si offre un contributo significativo al miglioramento della nostra comprensione e della nostra conoscenza di tale istituto in particolare e del cambiamento normativo in generale. Inoltre, si stabiliscono le basi filosofiche per elaborare una teoria dell'abrogazione a partire dall'attuale configurazione di tale meccanismo di esclusione normativa, al fine di contribuire alle diminuzione dei livelli di incertezza normativa dei diritti contemporanei.

Introducción

¿Por qué la derogación? El análisis del concepto de derogación continúa suscitando una especial inquietud e interés entre los teóricos del derecho, principalmente, por constituir un componente fundamental en la dinámica de los ordenamientos jurídicos, y paradójicamente, porque, en distintos momentos, diversos autores han manifestado que su tratamiento continúa siendo insuficiente[2]. Valga por todos:

> «…El criterio de identificación consta de dos tipos de reglas: reglas de introducción que indican cuando una norma pertenece al sistema, y reglas de eliminación que indican cuando una norma deja de pertenecer al sistema […] Estas últimas no han sido objeto –hasta ahora– de un análisis riguroso….» (Alchourrón & Bulygin, 1979, p. 60)

> «…The literature on the concept of derogation is rather scarce. Cf. The excellent paper by Cornides who is a true forerunner in this field…» (Alchourrón & Bulygin, 1981, p. 121)

> «…la derogación es un instituto que, tras un análisis atento, se revela extremadamente complejo, aunque la doctrina científica por lo general no le haya dedicado el esfuerzo de comprensión que merece…». (Diez-Picazo, 1990, p. 34)

> «…Considero que esta cuestión de la derogación de las normas es un tema que no ha sido tratado con el cuidado debido por parte de la Teoría del Derecho, más inclinada a considerar aspectos positivos de la fundamentación de la validez de las normas que los negativos…» (Sauca, 2001, p. 10)

> «…Aunque tal vez la literatura reciente en Teoría del Derecho no se ha ocupado tanto del problema de la derogación como del problema de la competencia…» (Moreso & Vilajosana, 2004, p. 86)

> «…La derogación ocupa obviamente un papel muy importante en el derecho: la legislación, fuente principal de las normas jurídicas, consiste básicamente en la creación de nuevas normas y derogación de normas existentes. Sin embargo, los teóricos del derecho no le han dedicado mucha atención…» (Bulygin, 2007, p. 206)

Por ende, si bien a primera vista la derogación aparentaría ser una tema incuestionable y sumamente elucidado, una evaluación en mayor profundidad permite concluir que, quienes han reflexionado detenidamente en torno a ella consideran que su tratamiento continúa presentando insuficiencias, y consecuentemente, realizan una invitación a emprender su estudio.

¿Cómo realizar su estudio? Acentuar o destacar una situación determinada, en este caso la poca cantidad de escritos en materia de derogación, se puede considerar como un síntoma o indicio de alguna necesidad: un vacío en la literatura. En concreto, reconocer la ausencia de contenidos referentes a la derogación dentro de la teoría-jurídica, puede ser interpretado

[2] No propondré una definición de la palabra «derogación» al comienzo de la investigación, por considerar riesgoso hacer juicios prematuros sobre una materia que requiere ser estudiada detenidamente, y también, para evitar limitar de antemano mi campo de acción.

como la incapacidad del entramado conceptual suministrado por todos los trabajos efectuados en dicho campo hasta la fecha para abordar, desarrollar y resolver las problemáticas que esta presenta.

No obstante, los citados teóricos enfatizan que el estudio de las «reglas de eliminación», el «concepto de derogación», la «cuestión o problema de la derogación» y/o el «instituto de la derogación» se caracteriza por «no haber sido objeto de un análisis riguroso», «una literatura escaza», «un tratamiento descuidado» y «una atención insuficiente». De esta manera, no limito la presente investigación a una revisión de las propuestas teórico-jurídicas preocupadas por la derogación, sino más bien, amplío el objeto de estudio hacia otros ámbitos o aspectos del fenómeno jurídico, pues solo así, se puede satisfacer el requerimiento de insuficiencia planteado por teóricos, pero ¿hacia qué ámbitos del fenómeno jurídico ampliar la investigación?

En virtud de consideraciones de seguridad jurídica el derecho utiliza los leguajes naturales, los cuales detentan criterios de corrección derivados de su carácter de fenómeno social, pues es este carácter el que posibilita la idea de un uso correcto de los mismos. Así, como los lenguajes se desarrollan en comunidades de usuarios del mismo (hablantes), el test de corrección del uso de sus expresiones se encuentra en el seno de dichas comunidades de hablantes. Para que exista dicho test, debe haber una acceso compartido o capaz de ser compartido a las circunstancias en las que, por lo general, los miembros de la comunidad lingüística están de acuerdo en la aplicación de una expresión, es decir, deben haber bases públicamente observables para la aplicación de las palabras y expresiones del lenguaje. Por lo cual, al admitir criterios de corrección se admite la posibilidad de que existan tipos generales que son o pueden ser ejemplificados una y otra vez en casos particulares distintos, y dichos tipos generales abstractos, por algunos filósofos, son denominados «conceptos»[3].

De este modo, la «aprehensión» de un concepto incluye necesariamente la de sus ejemplificaciones, es decir, para captar un concepto debe ser posible encontrar o identificar en la experiencia casos individuales del mismo concepto, ya que estos se ejemplifican una y otra vez en casos particulares distintos. De ahí que, los conceptos constituyen principios de colección y distinción, ya que tanto agrupan particulares diversos como contribuyen a la diferenciación de estos particulares con otros. En cambio, si aquello que se pretende es obtener la «plena posesión» de un concepto, se necesita, además de lo anterior, tener cierta capacidad de reconocimiento, es decir, conocer las relaciones que tiene un concepto con otros en una red conceptual y el lugar que ocupa este concepto en dicha red[4].

En consecuencia, una manera de realizar el estudio de un concepto es a través de un modelo conectivo de «análisis conceptual». Este modelo consiste en elaborar una red de conceptos interconectados, de modo que, la función de cada concepto, desde un punto de vista filosófico, pueda ser propiamente entendida solamente mediante la comprensión de sus conexiones con los otros y su lugar en la red. Adicionalmente, este modelo conectivo acepta la noción de concepto básico, la cual deriva de la idea de prioridad u ordenación conceptual, según la cual en algunos casos la habilidad para operar con un conjunto de conceptos presupone la habilidad para operar con otro conjunto, pero no viceversa, v.gr., la

[3] (Strawson P. F., 1985) y (Strawson P. F., 2000).
[4] (Strawson P. F., 1959), (Strawson P. F., 1998) y (Strawson P. F., 2011).

adquisición de un concepto teórico de una disciplina especializada presupone y descansa en la posesión de algunos conceptos preteóricos básicos propios de la vida diaria[5].

Sin embargo, en el caso de los conceptos técnicos tanto su configuración como contenido están determinados por la disciplina o área del conocimiento en la cual estos son desarrollados. Por lo cual, los términos que designan aquellos conceptos técnicos de una ciencia o disciplina están relativamente cargados con el peso de dicha ciencia o disciplina, y sobre todo, con el equipaje de la teoría en la cual estos son utilizados y desarrollados. Así, si los cambios de significado derivan de los cambios en la teoría, para conocer el significado expresado por los términos técnicos se requiere capturar dicha teoría. De manera adicional, la aprehensión de un concepto técnico requiere alguna comprensión de, y un grado de internalización en, la práctica científica o técnica en la cual estos se desarrollan, como también la comprensión de la teoría en la cual estos son utilizados[6].

Por consiguiente, para estudiar un concepto jurídico, como es el caso del concepto de derogación, parece oportuno considerar que, si bien por razones de seguridad jurídica el derecho se expresa a través de lenguajes naturales, esto no impide que el lenguaje jurídico sea considerado como un tipo de lenguaje técnico, ya que proporciona ciertas definiciones a determinados términos y entrega un significado específico a algunas de sus palabras. Por ejemplo, el carácter técnico del lenguaje se presenta con independencia de si para expresar un concepto jurídico se utiliza una palabra del lenguaje ordinario como «error», con un significado específicamente jurídico, o bien, una palabra propiamente jurídica como «inconstitucionalidad», cuyo significado específico es proporcionado por el derecho. Por ende, como conceptos técnicos, los conceptos jurídicos son dependientes de una práctica especializada y necesariamente están cargados de un equipaje jurídico determinado por dicha práctica, de manera que, para lograr su aprehensión, y en mayor medida su plena posesión, se requiere alguna comprensión de, e internalización en, la práctica jurídica[7].

En definitiva, con base en lo anterior y ante la pregunta de ¿hacia qué ámbito ampliar la investigación?, propongo estudiar la derogación como un concepto técnico-jurídico, y como tal dependiente de la práctica en la cual se desarrolla. Así, como para su aprehensión se requiere algún conocimiento y comprensión de la práctica jurídica, para su estudio y análisis se hace necesario ampliar la investigación hacia la dogmática y/o jurisprudencia, pues ambas actividades desempeñan un papel preponderante en la configuración de todos los conceptos jurídicos. Y adicionalmente, si se desea la plena posesión del concepto es necesario realizar un análisis conectivo del mismo, es decir, realizar una presentanción del concepto de derogación en interconexión con otros conceptos jurídicos similares.

A favor de una ampliación de la investigación en esta dirección, en la teoría del derecho se encuentran diversas declaraciones de intenciones no siempre concretada por parte de los teóricos. Según estas declaraciones, los trabajos teóricos deberían proporcionar a los

---

[5] (Strawson P. F., 1992).

[6] (Ryle, 1964).

[7] Generalmente utilizadas pero no siempre explicitadas son las distinciones, por un lado, entre los lenguajes naturales (español, italiano, inglés, etc.,) y los lenguajes formales (matemática, lógica, ciencias de la computación, etc.), a partir de que estos últimos definen estrictamente tanto sus símbolos como sus reglas de composición para evitar la ambigüedad y vaguedad propias de los lenguajes naturales. Y por otro, entre el lenguaje ordinario y un lenguaje técnico, en consideración a si el contenido de sus expresiones se obtiene o no del uso común de las palabras. Ver, (Ryle, 1953, pp. 167-186)

operadores jurídicos un entramado conceptual acorde con sus necesidades y problemáticas a través de la elucidación y/o redefinición de los conceptos empleados en la práctica jurídica. Y además, dentro de la práctica jurídica, la actividad teórica tiende a inclinarse por el estudio de la dogmática jurídica en perjuicio de la jurisprudencia, por considera que la primera actividad consiste, precisamente, en presentar los derechos positivos a través del entramado de los conceptos jurídicos[8].

Por todo lo anterior, la presente investigación desarrolla el estudio de la derogación desde dos perspectivas: la práctica jurídica y la teoría jurídica, pues considero que solo a partir de la revisión de ambos aspectos es posible una aprehensión y mejor comprensión del derecho en general y la derogación en particular. Además, el estudio se centra en el concepto de derogación mediante un análisis conceptual-conectivo del mismo, ya que así es posible presentar los elementos que permiten un pleno dominio del mismo.

¿Cuál es el contexto del estudio? En la actualidad, tanto la derogación como la teoría jurídica se caracterizan por estar enmarcadas dentro del estado moderno de derecho, y más aún, por representar un conjunto de prácticas jurídicas caracterizadas por su relativa homogeneidad y surgimiento en los derechos occidentales modernos. Por ende, al no ser el objeto y la perspectiva de estudio atemporal ni acontextual, es imprescindible contextualizar o situar cómo se presenta la derogación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos o actuales.

Por un lado, la necesidad de una explicación satisfactoria acerca de la derogación se debe presentar a partir de las transformaciones sufridas por los derechos positivos modernos en los últimos cincuenta años, ya que estos cambios han debilitado la división de poderes, atenuando la jerarquía entre los componentes del ordenamiento y multiplicando las fuentes de creación y aplicación normativa, tanto desde un punto de vista vertical (derecho regional, nacional y supranacional) como horizontal (nuevas formas de derecho local). Todo lo cual ha repercutido en cómo se presenta y caracteriza la derogación en estos ordenamientos jurídicos[9].

Asimismo, por otra parte, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos occidentales han seguido la tradición decimonónica de regular la derogación mediante disposiciones escazas y vagas que son insertadas preferentemente en los códigos o leyes civiles. Así también, el denominado «frenesí legislativo» en los últimos años ensombrece todavía más el panorama, ya que la multiplicación exponencial de las leyes dificulta su conocimiento específico y la determinación de las normas aplicables a un caso concreto[10]. Por lo cual, mientras el primer factor dificulta la clarificación acerca de qué es la derogación, el segundo complejiza la determinación de su ocurrencia en los ordenamiento jurídicos actuales.

En consecuencia, una investigación destinada a presentar, analizar y elucidar el fenómeno derogatorio no puede desconocer las particularidades que presentan los ordenamientos

[8] Por ejemplo, estas ideas se encuentran en: (Kelsen, 2006[1919], p. 46), (Bulygin, 1991[1966], p. 363), (Scarpelli, 1987, p. 2), (Moreso J. J., 2002, p. 634) y (Guastini, 2008a, p. 256). Es importante recordar que este tipo de actividad filosófica no consiste en atribuir nuevos significados a viejos términos, sino más bien en elucidar los significados que estos tienen en su uso, de modo que, solo se justifica la modificación de un concepto cuando con ello se contribuye a su elucidación, ver (Hospers, 1997, pp. 1-11).

[9] Estas inquietudes en (Mazzarese, 2007) y (Zapatero, 2009).

[10] Algunas de estas ideas en (Luzzati, 1987, p. 75) y (Diez-Picazo, 1990, p. 36).

jurídicos contemporáneos, puesto que la derogación, como casi la totalidad de los fenómenos o instituciones jurídicas, solo se presenta y desarrolla dentro de un ordenamiento jurídico o derecho positivo con características determinadas.

Cabe precisar que, tradicionalmente, se diferencia entre un sentido objetivo del término «derecho», vinculado con un complejo de normas jurídicas, y un sentido subjetivo del mismo, asociado con la facultad detentada por alguien para realizar o no una determinada conducta. Adicionalmente, en el discurso teórico-jurídico se utilizan distintas locuciones para enfatizar diferentes aspectos del sentido objetivo del término «derecho» y/o su reconstrucción, a saber: «sistema jurídico», «orden jurídico» y «ordenamiento jurídico». Así, salvo excepciones explicitas, en la presente investigación me preocupo por el desarrollo del sentido objetivo del término «derecho» a través del uso de la locución «ordenamiento jurídico». Elijo esta locución porque necesariamente en esta investigación realizo una reconstrucción ordenada de cómo se presenta la derogación en los derechos positivos contemporáneos y de cuáles son los instrumentos dogmáticos y teóricos que contribuyen a mejorar nuestra compresión sobre ella. Además, la locución «ordenamiento jurídico», junto con enfatizar la identificación del material normativo (normas o complejos de normas), permite diversos tipos de relaciones entre sus elementos (antinómicas, jerárquicas, competenciales, temporales, especialidad, coordinación y subordinación, entre otras)[11].

¿Qué pretende el estudio? En primer lugar, y como ya he mencionado, algunos teóricos del derecho subrayan la necesidad de un estudio dedicado a la derogación para intentar colmar un vacío de la literatura teórico-jurídica. En segundo lugar, en virtud del carácter insuficiente de las propuestas teóricas en materia de derogación, es posible ampliar su estudio hacia la práctica jurídica, y a su vez, adoptar como modelo un análisis conceptual conectivo. En tercer lugar, para proporcionar un acertado análisis y presentación se debe explicar el contexto en que se desenvuelve actualmente, pues los derechos positivos contemporáneos constituyen su entorno y determinan su caracterización. Por tanto, mi investigación tiene por objeto exponer y analizar de manera integral la derogación en los derechos positivos contemporáneos mediante del estudio de la práctica y la teoría jurídica, para así, a partir del estudio de la derogación, analizar la reconstrucción del aspecto dinámico de los ordenamientos jurídicos[12].

De un lado, para satisfacer dicho objetivo general, la primera parte de esta tesis, titulada «La derogación en la práctica jurídica», se compone de dos capítulos: Capítulo 1 El rol de la derogación en los ordenamientos jurídicos contemporáneo y Capítulo 2 La derogación en la dogmática jurídica. Así, esta primera parte de la tesis contiene una acabada explicación del contexto en el cual se desenvuelve la derogación en la actualidad, junto con el desarrollo de los principales planteamientos dogmáticos destinados a explicar y complementar el fenómeno derogatorio. Ambos capítulos están estrechamente relacionados, ya que el primero explica algunos de los cambios sufridos por los derechos positivos contemporáneos y cómo estos han configurado los procesos de exclusión normativa en la actualidad (derogación, nulidad e inaplicabilidad), y a su vez, el segundo presenta las respuestas recabadas desde la dogmática jurídica, en relación con las inquietudes surgidas en el capítulo primero acerca de la caracterización de la derogación en la actualidad. De este modo, junto con presentar la

[11] Desde perspectivas distintas, estas distinciones en: (Bobbio, 1960), (Tarello, 1979), (Gentile, 2001), (Moreso & Vilajosana, 2004) y (Atienza, 2012).

[12] Entre quienes propugnan la utilización de una análisis conceptual conectivo para el estudio de la teoría del derecho se encuentran: (Moreso J. J., 2004) y (Vilajosana, 2007).

importancia, función y caracterización de la derogación dentro de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, la reconstrucción desde la práctica jurídica se complementa con las propuestas dogmáticas preocupadas por su caracterización.

De otro lado, para la satisfacción del objetivo general, la segunda parte de esta tesis presenta tres de propuestas teóricas sumamente influyentes en la actualidad. Estas propuestas se caracterizan por integrar un análisis de la derogación con una explicación de la dinámica de los ordenamientos jurídicos, de modo que, se dedican tres capítulos a la teoría del derecho: Capítulo 3 La derogación en Hans Kelsen, Capítulo 4 La derogación en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, y Capítulo 5 La derogación en Riccardo Guastini[13]. En esta segunda parte de la tesis, las propuestas de los autores son presentadas no solo como un complemento a las cuestiones surgidas desde la práctica jurídica, sino también, en ocasiones, como una clarificadora explicación de algunas prácticas. Por ende, reconstruyo sus teorías acerca de los ordenamientos jurídicos dinámicos y cómo la derogación se inserta en ellas con el propósito de extraer de sus obras solamente aquellos elementos que permiten entender mejor la derogación y complementan las temáticas emanadas desde la práctica jurídica.

Finalmente, para terminar de alcanzar el objetivo general propuesto, añado una tercera parte, titulada «Hacia una teoría de la derogación», integrada solamente por el Capítulo 6 Bases para una teoría de la derogación. En este capítulo presento y determino el alcance de algunas bases filosóficas necesarias para la elaboración de una teoría de la derogación contextualizada en los ordenamientos jurídicos contemporáneos y centrada en las funciones que esta desempeña en tal contexto. De esta manera, pretendo no solo mejor nuestra comprensión y conocimientos acerca de esta institución, sino también contribuir a la disminución de los niveles de indeterminación e inseguridad jurídica presentes en la actualidad. Como sostiene Diez-Picazo:

> «…a la espera de una deseable labor de recodificación, se impone la necesidad de afinar todos aquellos instrumentos conceptuales que cooperan a aclarar el panorama de la legislación motorizada. Uno de esos instrumentos es, sin duda, el de la derogación» (1990, p. 36)

En definitiva, toda investigación requiere algún tipo explicación acerca de por qué son adoptados para su desarrollo tales o cuales compromisos o tomadas tales o cuales decisiones. No obstante, parafraseando a Ludwing Wittgenstein, estas exigencias pueden significar ¿qué razones aduces ahora o has aducido para estas decisiones? o ¿qué razones puedes dar posteriormente para la mismas? Por lo tanto, no solo en esta introducción se encuentran todas las razones o explicaciones que respaldan determinadas decisiones o compromisos adoptados para realizar esta investigación, sino también, y fundamentalmente, a lo largo de toda la tesis se encuentran argumentos que respaldan dichas decisiones y compromisos solamente presentados en esta introducción[14].

---

[13] La principal razón para un tratamiento conjunto de los aportes realizados por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin deriva de que, los propios autores han sugerido que: «la coincidencia en [sus] enfoque teóricos es tan grande que no sería demasiado exagerado considerar que todos estos trabajos hayan salido de la misma pluma empuñada –según algunas malas lenguas– por Carlos Eugenio Bulyrrón, un personaje mítico, que sólo realiza actividades filosóficas» (1991, p. XVII).

[14] (Wittgenstein, 1953, p. 325).

Índice

Pág.

Resumen..... vii

Introducción..... ix

Lista de figuras..... xxi

PARTE I. LA DEROGACIÓN EN LA PRÁCTICA JURÍDICA..... 1

CAPÍTULO 1. LA DEROGACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS..... 3

1.1 Introducción..... 3

1.2 El ordenamiento jurídico español..... 6

a) Las formas jurídicas..... 6

b) Las relaciones de exclusión..... 8

c) La representación de un ordenamiento jurídico contemporáneo..... 22

1.3 La derogación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos..... 26

a) La derogación en relación con la nulidad y la inaplicabilidad..... 26

b) Sumario..... 30

1.4 Una caracterización general de la derogación..... 33

a) El ámbito de aplicación de la derogación..... 33

b) El fundamento de la derogación..... 34

c) La determinación de la derogación..... 35

d) La utilidad de la derogación..... 36

e) La denominación de la derogación..... 37

1.5 Conclusiones..... 38

CAPÍTULO 2. LA DEROGACIÓN EN LA DOGMÁTICA JURÍDICA..... 43

2.1 Introducción..... 43

2.2 El fundamento: sustrato compartido del cambio normativo..... 44

2.2.1 El contexto del cambio normativo..... 45

2.2.2 Los fundamentos del cambio normativo..... 47

a) ¿Qué motiva el cambio? 47

b) ¿Qué facultad se detenta para realizar el cambio?..... 48

c) ¿Por qué se debe preferir el nuevo derecho?..... 49
2.3 La denominación: hacia una red conceptual del cese normativo..... 50
2.3.1 Un esbozo de red conceptual del cambio normativo..... 51
2.3.2 Una red conceptual del cese normativo..... 52
a) Mecanismos materiales de cese..... 53
b) Mecanismos formales de cese..... 55
2.4 El ámbito de aplicación: concepto y clasificación..... 63
2.4.1 Concepto y clasificación dogmática de la derogación..... 63
2.4.2 Una propuesta conceptual para su clasificación..... 65
2.5 La determinación: ocurrencia y efectos de la derogación..... 67
2.5.1 Las condiciones y los requisitos de aplicación..... 68
a) ¿Bajo qué condiciones se presenta?..... 68
b) ¿Cuáles son sus requisitos? 70
2.5.2 Los efectos de la derogación..... 71
a) Los efectos generales de la derogación..... 72
b) La reviviscencia de las leyes derogadas..... 73
c) Una derogación por derivación..... 74
2.5.3 ¿Cómo se presentan los tipos de derogación? 75
a) Derogación por disposición..... 75
b) Derogación por oposición..... 76
c) Derogación por absorción..... 78
2.6 La utilidad: implementación de la derogación..... 80
2.7 Conclusiones..... 82
RECAPITULACIÓN PARTE I. LA DEROGACIÓN EN LA PRÁCTICA JURÍDICA..... 89
R.I.1 La derogación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos..... 89
R.I.2 La derogación en la dogmática jurídica..... 89
R.I.3 De la práctica jurídica a la teoría del derecho..... 90
PARTE II. LA DEROGACIÓN EN LA TEORÍA DEL DERECHO..... 93
CAPITULO 3. LA DEROGACIÓN EN HANS KELSEN..... 95
3.1 Introducción..... 95
3.2 Una precisión necesaria: *Aufgehoben* y *Derogiere*..... 97
3.3 Una concepción estática del derecho 1911-1913..... 99

3.3.1 El ordenamiento jurídico..... 99
a) Una visión estatal del ordenamiento..... 99
b) Los componentes del ordenamiento jurídico..... 100
c) Las relaciones y los atributos en el ordenamiento jurídico..... 100
3.3.2 La derogación..... 102
a) Derogación formal..... 102
b) Derogación material..... 104
3.3.3 Un balance de la visión estática..... 106
3.4 Una concepción dinámica del derecho 1913-1960..... 107
3.4.1 El ordenamiento jurídico..... 108
a) Un ordenamiento jurídico: unitario, dinámico y escalonado..... 108
b) Los atributos en el ordenamiento jurídico: validez y eficacia..... 109
c) La dinámica del ordenamiento jurídico: no contradicción..... 111
d) Los componentes del ordenamiento jurídico: normas y sistemas..... 115
3.4.2 La derogación en el ordenamiento jurídico dinámico..... 117
a) Efectos de la derogación en el ordenamiento jurídico..... 117
b) Casos de derogación en el ordenamiento jurídico..... 119
c) La derogación material: las fuerzas sociales..... 121
3.4.3 Un balance de la visión dinámica..... 122
3.5 Una visión conceptual 1960 – 1973..... 125
3.5.1 El ordenamiento jurídico..... 126
a) Los elementos del ordenamiento..... 126
b) Los atributos en el ordenamiento..... 127
c) La dinámica en el ordenamiento jurídico..... 129
3.5.2 La derogación en el ordenamiento jurídico..... 131
a) La norma derogatoria..... 131
b) La reviviscencia..... 131
c) La inderogabilidad..... 132
d) La retroactividad..... 132
e) Los tipos de derogación..... 133
f) La derogación y los permisos..... 134
g) La derogación y el conflicto normativo..... 134
h) La derogación y las fuerzas sociales..... 135

3.5.3 Un balance de la visión conceptual..... 136
3.6 Conclusiones..... 139
CAPÍTULO 4. LA DEROGACIÓN EN ALCHOURRÓN Y BULYGIN..... 141
4.1 Introducción..... 141
4.2 La concepción hilética..... 142
4.2.1 El ordenamiento jurídico..... 143
a) El sistema y el orden jurídico..... 143
b) Las relaciones en el ordenamiento jurídico..... 148
c) Los componentes del ordenamiento jurídico..... 155
4.2.2 La derogación..... 160
a) Derogación: acto de rechazo y eliminación..... 161
b) Indeterminación lógica del sistema..... 164
c) Derogación y formulación normativa..... 165
d) Derogación y distribución normativa..... 166
e) Derogación y rechazo anticipado..... 170
f) Derogación y normas permisivas..... 170
g) Derogación y efectos generales..... 171
4.2.3 Un balance de la concepción hilética..... 172
4.3 La concepción expresiva..... 174
4.3.1 El ordenamiento jurídico..... 174
a) El ordenamiento jurídico..... 175
b) Los componentes del ordenamiento jurídicos..... 176
4.3.2 La derogación..... 178
a) Sistema, derogación y rechazo..... 178
b) Derogación, detraer normas e indeterminación lógica..... 179
c) Derogación, oposición y distribución normativa..... 181
d) Derogación y rechazo anticipado..... 183
e) Derogación y permisiones..... 183
4.3.3 Un balance de la concepción expresiva..... 186
4.4 Conclusiones..... 187
CAPÍTULO 5. LA DEROGACIÓN EN RICCARDO GUASTINI..... 189
5.1 Introducción..... 189

5.2 El ordenamiento jurídico..... 191
5.2.1 Los componentes del ordenamiento..... 191
a) El legislador..... 192
b) Los intérpretes..... 193
c) Las normas..... 197
5.2.2 Las relaciones en el ordenamiento..... 203
a) Jerarquías normativas..... 203
b) Atributos normativos..... 204
c) Oposición normativa..... 208
5.2.3 La estructura del ordenamiento..... 212
5.3 La derogación..... 214
5.3.1 Actos y disposiciones derogatorias..... 214
a) El acto derogatorio..... 214
b) Los tipos de actos derogatorios..... 215
c) Los tipos de disposiciones derogatorias..... 216
5.3.2 Los efectos derogatorios..... 218
a) Los efectos generales..... 218
b) Los efectos específicos de cada acto derogatorio..... 219
c) La reviviscencia de la norma derogada..... 220
5.3.3 Elementos de la derogación..... 221
a) *Lex posterior derogat priori*..... 221
b) El objeto de la derogación..... 223
c) El alcance de la derogación..... 223
5.3.4 La derogación en el ordenamiento..... 224
a) La derogación en las fuentes..... 224
b) La derogación en algunas normas..... 225
c) El *referendum abrogatorio*..... 226
d) La derogación y legislación futura..... 226
e) Límites a la revisión constitucional..... 228
f) La derogación y los mecanismos de expulsión normativa..... 228
5.4 Un balance de la visión *guastiniana*..... 231
5.5 Conclusiones..... 235

RECAPITULACIÓN PARTE II. LA DEROGACIÓN EN LA TEORÍA DEL DERECHO..... 237
R.II.1 La derogación en Hans Kelsen..... 237
R.II.2 La derogación en Alchourrón y Bulygin..... 237
R.II.3 La derogación en Riccardo Guastini..... 238
R.II.4 Hacia una teoría de la derogación..... 239
PARTE III. HACIA UNA TEORÍA DE LA DEROGACIÓN..... 243
CAPÍTULO 6. BASES PARA UNA TEORÍA DE LA DEROGACIÓN..... 245
6.1 Introducción..... 245
6.2 Un balance de consideraciones..... 246
6.2.1 Consideraciones prácticas..... 246
6.2.2 Consideraciones teóricas..... 248
6.2.3 El balance de las consideraciones..... 250
6.3 Las bases para una teoría de la derogación..... 253
6.3.1 La identificación de un concepto..... 254
6.3.2 El tipo de concepto..... 261
6.4 El alcance de las bases para un teoría de la derogación..... 267
6.4.1 El análisis del concepto de derogación..... 267
6.4.2 El concepto de derogación..... 269
6.4.3 Las ejemplificaciones de la derogación..... 271
6.5 Conclusiones..... 281

Conclusioni..... 283
Bibliografía citada..... 295
Normativa citada..... 317
Sentencias citada..... 321

Lista de figuras

Pág.

FIGURA 1. El ordenamiento jurídico español a partir del principio de exclusión……..... 25

FIGURA 2. Una red conceptual del cambio normativo…….. 61

FIGURA 3. Tabla de posibles combinaciones entre los constituyentes de una derogación……. 273

PARTE I
LA DEROGACIÓN EN LA PRÁCTICA JURÍDICA

> «…The history of a nation may be read not so much in the formation as in the repeal of its laws; and the traditions which surround the great names of English history my for the most part be summed up in the word Repeal […] the principles that when civilization has reached a certain point the happiness of mankind can, in normal times, be secured only by a policy of scrapping laws, not by adding to them…» (Hewitt, 1939).

CAPÍTULO 1
LA DEROGACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS

1.1 Introducción

Los derechos nacionales y el derecho internacional se caracterizan por su carácter dinámico, es decir, por constituir ordenamientos jurídicos que a través de la introducción y eliminación de normas varían su contenido en el tiempo. Los ordenamientos se configuran mediante diversos tipos de actos de autoridad destinados a introducir y/o eliminar normas del ordenamiento, aunque entre ellos, principalmente, las autoridades optan por utilizar actos de promulgación y derogación para dicha finalidad.

Generalmente, a partir de sus relaciones internas, los derechos con carácter dinámico se presentan como ordenamientos escalonados, esto es, a través de una pirámide normativa compuesta de diversos grados o escalones coordinados entre sí. Así, esta concepción escalonada permite concebir un derecho con carácter dinámico como un ordenamiento jurídico unitario y coherente, pese a la multiplicidad de sus fuentes y los cambios que puede sufrir a lo largo del tiempo.

El creador de esta concepción escalonada, Adolf Merkl, consideró como puntos de unidad y coherencia los principios de producción y exclusión normativa, ya que, pese a la infinidad de contenidos y disposiciones de un ordenamiento jurídico, la manera en la cual estos pueden ser producidos o suprimidos está determinada por las propias normas jurídicas que pertenecen a él. De este modo, con independencia del contenido o el tipo de disposición del que se trate, todas aquellas normas jurídicas creadas con base en una misma «regla de producción» detentan la misma forma jurídica, y por su parte, dos formas jurídicas tienen la misma «fuerza excluyente» cuando pueden suprimirse recíprocamente con base en lo establecido en las propias normas del ordenamiento. Para Merkl, ambos principios se relacionan como si fuesen diferentes ángulos de visión desde los cuales es posible apreciar cómo es autorizada la creación normativa, puesto que determinan cómo diversas formas jurídicas pertenecen al mismo ordenamiento, y también, de qué manera el derecho anterior es reemplazado por el nuevo[15].

Tradicionalmente, en la reconstrucción sistemática del derecho, esta relación entre los principios es estrechada bajo el presupuesto de que las formas jurídicas creadas a partir de la misma regla de producción detentan igual fuerza excluyente, de modo que, poseen el mismo rango o grado dentro de la reconstrucción. Así, a partir de este presupuesto, los ordenamientos jurídicos dinámicos han sido representados a través de una pirámide

[15] Utilizo la expresión «fuerza excluyente» porque plasma en mejor medida la pretensión *merkliana* de abarcar con ella todos los mecanismos que reconoce un ordenamiento jurídico como apropiados para eliminar, excluir o relegar sus normas frente a otras, v.gr., nulidad, derogación e inaplicabilidad, entre otros (este concepto jurídico debe ser entendido como una extensión figurativa o metafórica, y no con un significado físico-casual). Asimismo, empleo la expresión «forma jurídica» para reflejar la pretensión *merkliana* de referir con ella tanto al formato como al contenido que puede presentar el derecho cuando emana de una autoridad normativa, i.e., la forma jurídica representa tanto a las normas como la cáscara que las encapsula. En mayor profundidad véase: (Merkl, 1987d[1931]), (Walter, 1984[1974]) y (Abignente, 1990).

normativa compuesta por diversos escalones, los cuales están integrados por diversas formas jurídicas que constituyen en sí mismas un rango o grado o escalón al detentar la misma fuerza excluyente[16].

En consecuencia, prácticamente en los últimos cien años, la representación más habitual de los ordenamientos dinámicos consiste en una pirámide normativa compuesta, en orden descendente, por los siguientes escalones: Constitución, legislación y reglamentos. Esta representación se funda en las reglas de producción, ya que son estas las que proporcionan unidad y orden a los elementos del ordenamiento. La unidad se obtiene al reconducir la creación de los elementos inferiores (reglamentos) a una regla de producción contenida en un elemento superior (legislación) cuya creación es igualmente reconducida a un elementos superior (Constitución), todo lo cual permite concebir al ordenamiento jurídico como una sola cadena de creación normativa. A su vez, el orden se obtiene a partir de la fuerza excluyente de las formas jurídicas, ya que como esta se presenta únicamente ante los cambios que sufre el ordenamiento a lo largo del tiempo, su determinación se realiza con base en la capacidad que detentan los nuevos elementos del ordenamiento para reemplazar a los antiguos, y de esta manera: i) los elementos del ordenamiento creados a partir de la misma regla de producción están en el mismo eslabón de la cadena, por lo cual detentan la misma fuerza excluyente, v.gr., dos leyes situadas en una relación temporal puede excluirse recíprocamente entre sí, ya sea estableciendo la prioridad de la posterior o de aquella cuyo contenido es de mayor especialidad; y ii) entre elementos situados en distintos eslabones siempre son los superiores excluyen a los inferiores, con independencia de su relación temporal. Por lo anterior es que resulta posible realizar una presentación estática (pirámide normativa), de una cuestión dinámica (cambio de las normas en el tiempo), porque la regla de producción, al situar las formas jurídicas dentro de un eslabón, inmediatamente las posiciona dentro de un escalón de la pirámide, lo cual proporciona la mayor fuerza excluyente de los eslabones superior, que se manifiesta con independencia de la relación temporal existente entre ellos y cualquier elemento inferior.

Sin embargo, en el transcurso de los últimos treinta años, la capacidad explicativa de esta pirámide normativa se ha visto sumamente reducida, principalmente, por las importantes transformaciones estructurales y sustantivas sufridas por los derechos positivos contemporáneos. Estas transformaciones se caracterizan por debilitar la división de poderes, multiplicar las fuentes de creación y aplicación normativa (tanto desde un punto de vista vertical como horizontal), descansar en un distribución competencial, y fundamentalmente, diluir el presupuesto que sustentaba una presentación piramidal uniforme, i.e., la equivalencia entre regla de producción y fuerza excluyente. Estas transformaciones merman en tal medida las bases de la tradicional reconstrucción sistemática del derecho, que realizar su representación a través de una pirámide normativa puede resultar inapropiado. En la actualidad la relación temporal entre los elementos del ordenamiento determina en gran medida su fuerza excluyente, y así no se puede realizar una presentación estática de los mismos, y además, la distribución de competencias unida a la multiplicación de las fuentes de creación y aplicación normativa imposibilita concebir el

[16] Esta presuposición no es compartida por Merkl, y probablemente, puede estar vinculada con el énfasis *kelseniano* en las reglas de producción, y los rasgos propios del derecho estatal moderno.

ordenamiento jurídico como una sola cadena de creación normativa, i.e., resulta impensable representar el ordenamiento dentro de una sola pirámide y bajo un mismo vértice[17].

En este contexto, en el cual se disocian marcadamente la producción de la exclusión normativa, parece adecuado seguir la propuesta *merkliana* y aceptar que una reconstrucción del derecho con base en las «reglas de producción» no es necesariamente equivalente a la realizada a partir de la «fuerza excluyente», ya que una misma forma jurídica puede ocupar lugares diversos dentro de una reconstrucción según qué principio sea utilizado para confeccionarla. Por tanto, como toda reconstrucción de los derechos positivos debe optar por uno de estos principios, teniendo presente el objeto de esta investigación –la derogación–, en el presente capítulo opto por el principio de exclusión para reconstruir los derechos positivos contemporáneos.

En definitiva, la manera en la cual presento los derechos positivos contemporáneos explicita los problemas de una representación tradicional de los ordenamientos jurídicos a través de una pirámide normativa, y además, muestra la necesidad de elegir un principio para realizar su reconstrucción sistemáticamente. De este modo, si el objetivo del presente capítulo es comprender cuál es la importancia de la derogación en los ordenamiento jurídicos contemporáneos, parece adecuado seguir el ejemplo de Merkl e iniciar la reconstrucción teórica a partir de un derecho positivo contemporáneo concreto, pues solo así es posible captar la verdadera complejidad de este tipo de derechos y no quedarse simplemente con la intuición de su complejidad, sino más bien apreciar efectivamente las relaciones de exclusión entre los componentes del ordenamiento y cómo estas se plasman a través de los mecanismos reconocidos por este, y a la vez, tener mayor cautela al momento de realizar propuestas explicativas generalizadoras.

Así entendido, un derecho positivo con estas características es el «actual derecho español», en cuya Constitución establece y garantiza diversas fuentes de creación y aplicación normativa dentro de la organización territorial del Estado, así como también, atenúa las relaciones de superioridad e inferioridad entre sus elementos mediante una marcada distribución de competencias entre las Comunidades Autónomas y el Estado central. Igualmente, con el ingreso de España a la Comunidad Económica Europea (antecedente de la Unión Europea –en adelante UE) se multiplican aún más los órganos de creación y aplicación normativa, y se atenúa aún más la equivalencia entre la regla de producción y la fuerza excluyente. Por ende, resulta apropiado recurrir al derecho español como un caso paradigmático de derecho positivo contemporáneo, y a partir de él reconstruir este tipo de derechos con base en el principio de exclusión, lo cual mostrará el rol desempeñado por la derogación en este contexto, a partir de su comparación con los otros mecanismos de exclusión reconocidos por el ordenamiento[18].

En consecuencia, en los apartados que siguen: 1.2 reconstruyo el ordenamiento jurídico español con base en el principio de exclusión; 1.3 muestro el papel desempeñado por la derogación en relación con los otros mecanismos de exclusión normativa; 1.4 esbozo una caracterización general de la derogación en el contexto de los ordenamientos jurídicos contemporáneos; y finalmente, 1.5 se presenta un panorama general de las consideraciones

[17] Ideas sobre la caracterización de los derechos positivos contemporáneos en: (Muñoz Machado, 2006a, págs. 48-56), (Mazzarese, 2007) y (Zapatero, 2009).
[18] Una visión similar acerca del derecho español en (Muñoz Machado, 2006a, pág. 226 y ss).

que debe abordar un adecuado análisis y reconstrucción de la derogación en el señalado contexto.

1.2 El ordenamiento jurídico español

Con carácter previo a la reconstrucción del ordenamiento jurídico español de acuerdo con el principio de exclusión es necesario determinar cuáles son sus componentes, es decir, cuáles son las distintas formas jurídicas reconocidas en este, para así determinar con posterioridad cuál es la relación de exclusión que se presenta entre ellos y qué mecanismos de exclusión establece el propio derecho para plasmar esta relación.

La determinación de las formas jurídicas y sus relaciones de exclusión necesita el estudio de los materiales normativos (normas positivas) y los desarrollos de los operadores jurídicos (doctrina y jurisprudencia), ya que solo en su interacción es posible dar respuesta a las interrogantes del presente capítulo. De este modo, a partir de lo dispuesto en los textos jurídico-positivos, y de conformidad con lo sostenido por la doctrina y la jurisprudencia, en lo que sigue, desarrollo en primer lugar las formas jurídicas reconocidas en el derecho español, para luego examinar las relaciones de exclusión que se presentan entre ellas.

a) Las formas jurídicas

De acuerdo con la posición dominante, es posible considerar como las principales formas jurídicas del derecho español a: los Tratados fundacionales de la UE; los Reglamentos, Directivas y Decisiones de la UE; los Tratados o Convenios suscritos por la UE; la Constitución Española de 1978; los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por el Estado español; las leyes orgánico constitucionales, las leyes ordinarias, las leyes de base, las leyes básicas, las leyes marco, las leyes de transferencia, y las leyes armonización; los Reales decretos legislativos, los Reales decretos-leyes, los Reales decretos (del Presidente del Gobierno y del Consejo de Ministros) y los Reales decretos de emergencia; las Órdenes ministeriales; los Estatutos de Autonomía; las Leyes autonómicas de desarrollo (de las políticas globales a nivel nacional o de la coordinación en ciertas materias), las Leyes autonómicas delegante (de competencias extraordinarias y de competencias no exclusivas del Estado), las Leyes autonómicas ordinarias; y finalmente, los Reglamentos autonómicos[19].

Generalmente, para su análisis, las citadas formas jurídicas son clasificadas o distribuidas en cuatro grandes grupos en atención a cuál es el centro de creación normativa o autoridad de la cual emanan: derecho de la UE, derecho internacional, derecho estatal, y derecho autonómico. Así, a partir de esta clasificación, presento cómo las formas jurídicas previamente señaladas componen cada uno de los grupos normativos[20].

[19] Esto de acuerdo con: (García de Enterría & Fernández, 2013), (Lacruz, Sancho, Luna, Delgado, Rivera, & Rams, 2006), (Parejo, 2003) y (Muñoz Machado, 2006b), entre otros.

[20] A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (01.12.09), la UE se ha hecho cargo de las competencias anteriormente conferidas a la Comunidad Europea, y de este modo, el Derecho Comunitario

Derecho de la UE. Está conformado por tres subgrupos: (a) el derecho originario, integrado por los tratados fundacionales, ya sean constitutivos, modificativos y complementarios de la UE; (b) el derecho derivado, compuesto por los reglamentos, directivas y decisiones de la UE; y (c) los compromisos externos de la UE, formados por los acuerdos internacionales celebrados por la UE en el marco de sus competencias externas[21].

Tradicionalmente el derecho comunitario no establecía preferencia entre sus componentes derivados (reglamentos, directivas y decisiones). No obstante, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se establece una distinción entre: i) actos legislativos, aquellos adoptados mediante un procedimiento legislativo ordinario o especial; ii) actos delegados, aquellos actos no legislativos de carácter general que complementan o modifican determinados elementos no esenciales del acto legislativo; y iii) actos de ejecución, aquellos destinados a configurar las condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la UE. Además, entre estos actos se establece una relación de exclusión transitiva, es decir, para el caso de oposición entre ellos, los actos legislativos excluyen a los delegados y estos a los de ejecución, los cuales son igualmente excluidos por los primeros. Así, en función de esta distinción y relación de exclusión, para efectos de simplificar la presentación se considerarán a los reglamentos, directrices y decisiones con carácter de actos legislativos[22].

Asimismo, si bien las directivas obligan solo a los Estados miembros una vez estos hayan realizado un acto previo de trasposición de las mismas, el Tribunal de Justicia de la UE (en adelante TJUE) ha resuelto que excepcionalmente las directivas pueden ser aplicadas directamente en un Estado miembro, sin necesidad del acto de trasposición, en los siguientes casos: i) cuando el plazo de trasposición haya vencido y la directiva no haya sido traspuesta o lo haya sido deficientemente; ii) si las disposiciones de la directiva son de contenido suficientemente claro para ser invocadas por un justiciable y aplicadas por un juez; y iii) en los casos en que las disposiciones de la directiva confieran derechos al ciudadano individual, es decir, la obligación en cuestión no pueda ser condicionada por los Estados miembros. En consecuencia, a partir de estas consideraciones y para efectos de esta presentación se consideran únicamente a las directivas transpuestas o que cumplan alguna de las condiciones señaladas por el TJUE[23].

De igual modo, es importante distinguir entre los acuerdos internacionales concluidos por la UE de aquellos concluidos por sus Estados miembros, ya que, mientras los primeros son abordados como derecho de la UE, los segundos serán desarrollados como derecho internacional, con la finalidad de no alterar la perspectiva explicativa adoptada, i.e., situar el eje de la reconstrucción desde el derecho español[24].

---

ha pasado a ser Derecho de la UE, en la medida en que este último integra todas las disposiciones adoptadas en el pasado. El Tratado de Lisboa en su versión consolidada se integra del Tratado de la UE (en adelante TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante TFUE).

[21] La conformación de este grupo de acuerdo con: art. 1, 216 y 288 del TFUE, y además, (Isaac, 2000), (Fernández, Forcada, Huesa, & Sánchez, 2000) y (Mangas & Liñán, 2005).

[22] La distinción se consagrada en los art. 289, 290 y 291 del TFUE.

[23] La aplicación excepcional de las Directivas se consagra en las sentencias del TJUE: Asunto Van Duyn 41/174 de 04 de diciembre de 1974, Asunto Ratti 148/78 de 05 de abril de 1979, y Asunto Becker 08/81 de 19 de enero de 1982. Además, es señalada por (Fernández, Forcada, Huesa, & Sánchez, 2000, pp. 154-159).

[24] Distinción compartida por (Fernández, Forcada, Huesa, & Sánchez, 2000, pp. 166-173) y (Isaac, 2000, pp. 208-213).

Derecho Internacional. Este grupo se encuentra constituido por los diversos tratados y convenios internacionales válidamente celebrados por el Estado español y publicados oficialmente en España[25].

Derecho Estatal. Este grupo está integrado por tres subgrupos: (a) el derecho constitucional, representado por la Constitución Española (en adelante CE) y sus reformas; (b) el derecho legislativo estatal, formado por las diversas clases de las leyes orgánico constitucionales, las leyes ordinarias, las leyes de base, las leyes básicas, las leyes marco, las leyes de transferencia, las leyes armonización, los reales decretos legislativos y los reales decretos-leyes; y (c) el derecho reglamentario estatal, conformado por los Reales decretos legislativos, los Reales decretos-leyes, los Reales decretos (del Presidente del Gobierno y del Consejo de Ministros) y los Reales decretos de emergencia; las Órdenes ministeriales[26].

Derecho Autonómico. Este grupo normativo se encuentra compuesto por tres subgrupos: (a) el derecho de los estatutos de autonomía, representado por los propios Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y sus reformas, (b) el derecho legislativo autonómico integrado principalmente por las Leyes autonómicas de desarrollo (del marco de las políticas globales a nivel nacional o de la coordinación en ciertas materias), las Leyes autonómicas delegante (de competencias extraordinarias y de competencias no exclusivas del Estado), las Leyes autonómicas ordinarias; y (c) el derecho reglamentario autonómico, formado por los reglamentos emanados de los gobiernos autonómicos[27].

En definitiva, la clasificación de las diversas formas jurídicas en los grupos señalados muestra claramente los cuatro centros de producción normativa. En ellos las autoridades plasman el derecho a través de las formas jurídicas previamente establecidas, y estas interactúan entre sí tanto dentro de cada grupo (relaciones intrasistema) como con las formas jurídicas de otros grupos normativos (relaciones intersistema). Por ende, para reconstruir adecuadamente las relaciones de exclusión que se dan entre las formas jurídicas reconocidas en el derecho español, tomo en consideración tanto sus relaciones intrasistema como las intersistema, pues solo así se obtiene un panorama general de la fuerza excluyente de cada una de ellas[28].

b) Las relaciones de exclusión

Una adecuada representación del derecho positivo de una sociedad no debe considerar a los ordenamientos jurídicos solamente como conjuntos de normas, sino más bien como conjuntos ordenados de ellas. Esto en función de que las relaciones existentes entre las normas de un ordenamiento fijan la importancia relativa de cada una de ellas a través de la determinación de su peso específico para el caso en que se deba elegir entre dos o más normas, v.gr., un caso de oposición o inconsistencia normativa[29].

---

[25] Estas consideraciones en los artículos 96.1 de la CE y art. 1.5 del Código Civil Español. También en (Pastor, 2009) y (Rodríguez, 2002).
[26] Presentación sugerida por (García de Enterría & Fernández, 2013) y (Parejo, 2003).
[27] Comparten esta composición (Muñoz Machado, 2006b), (Del Guayo, 2003) y (Hernando, 1994).
[28] Una propuesta similar en (Muñoz Machado, 2006a) y (García de Enterría & Fernández, 2013), quienes utilizan la palabra «ordenamiento» en vez de «sistema».
[29] En (Alchourrón, 1982, pp. 56-57), (Navarro, 1990, p. 38) y (Alchourrón & Bulygin, 1991, p. 479).

En los derechos positivos contemporáneos, la cantidad y la diversidad de estas relaciones constituye uno de sus rasgos característicos, sin embargo, en materia de fuerza excluyente desempeñan un rol preponderante las relaciones derivadas de una distribución de competencia y de una cadena de producción. Así, bajo el principio general de competencia, las formas jurídicas de un ordenamiento deben ser creadas dentro de la esfera competencial conferidas a cada una de las autoridades mediante un título competencial específico. Por ende, cada forma jurídica posee fuerza excluyente dentro de su esfera de competencia, y en caso de incompatibilidad entre ella y las otras formas jurídicas proveniente de una autoridad con competencia en otras áreas, la incompatibilidad no se presenta entre ellas, sino con la forma jurídica que distribuye la competencia entre las autoridades que las dictan. Por ejemplo, en el derecho español, la nulidad que plasma la fuerza excluyente de los Estatutos de Autonomía frente formas jurídicas legales del Estado central deriva de la transgresión de la Constitución y no de la oposición entre ellas. Asimismo, la preponderancia de las relaciones sustentadas en la regla de producción se presenta en variadas situaciones en que la producción de las formas jurídicas se presenta dentro de una cadena de creación normativa. En este tipo de relaciones se acostumbra hablar de jerarquía entre las formas jurídicas que la integran, y en consecuencia, la fuerza de excluyente de los eslabones superiores que componen la cadena de producción se presenta con independencia de su relación temporal con los inferiores. Por ejemplo, en el derecho español, las situaciones de remisión normativa presentan una cadena de producción normativa entre: la Constitución, una ley ordinaria remitente y un reglamento remitido. Con todo, una reconstrucción del derecho español de acuerdo con el principio de exclusión necesariamente debe considerar las relaciones de jerarquía y competencia existente entre sus componentes, para así determinar las relaciones excluyentes que pueden presentarse entre las formas jurídicas que lo integran[30].

Además, una reconstrucción de este tipo deben considerar las distintas posibilidades de exclusión contempladas dentro del ordenamiento, i.e., los principales mecanismos a través de los cuales se manifiestan sus relaciones excluyentes. De este modo, a efectos de esta reconstrucción desarrollo únicamente la derogación, la nulidad y la inaplicabilidad, como los principales mecanismos de exclusión contemplados en el derecho español. A través de una definición estipulativa, estos mecanismos son entendidos como: i) la forma jurídica Fj_2 deroga a otra forma jurídica Fj_1 cuando Fj_1 es expulsada del ordenamiento, deja de pertenecer a este; ii) la forma jurídica Fj_1 produce la nulidad de otra forma jurídica Fj_2 cuando Fj_2 es suprimida del ordenamiento, como si nunca hubiese pertenecido a este; y iii) la forma jurídica Fj_1 produce la inaplicabilidad de otra forma jurídica Fj_2 cuando Fj_1 es relegada de su aplicación, porque solo Fj_1 debe ser aplicada a un caso concreto, aunque luego ambas continúan perteneciendo al ordenamiento.

En estos términos, una reconstrucción a partir del principio de exclusión posibilita considerar no solamente a la derogación, sino también a los otros mecanismos de exclusión contemplados por el derecho, lo cual satisface completamente el objetivo del presente capítulo, consistente en mostrar el papel desempeñado por la derogación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. El objetivo se satisface porque solo a través de su comparación con otros mecanismos de exclusión (nulidad e inaplicabilidad) es posible obtener una visión global de su importancia en este tipo de ordenamientos, y adicionalmente, porque el concepto de derogación solo puede ser entendido de un modo

[30] Los principios de jerarquía y competencia se encuentra en la CE: art. 9.3., 149 y 148; y también son reconocidos presentados por: (Parejo, 2003), (Del Guayo, 2003) y (García de Enterría & Fernández, 2013).

pleno cuando se captan sus relaciones con otros conceptos similares, esto es, cuando se determina su ubicación dentro de la red conceptual de la exclusión normativa[31].

Entonces, para la reconstrucción considero que: i) una forma jurídica Fj_1 detenta una mayor fuerza excluyente que otra forma jurídica Fj_2 cuando Fj_1 puede excluir a Fj_2, pero Fj_2 no puede excluir a Fj_1; y ii) dos formas jurídicas Fj_1 y Fj_2 detentan la misma fuerza excluyente cuando pueden excluirse recíprocamente. Además, la diferencia de fuerza excluyente entre diversas formas jurídicas emanadas de una misma autoridad puede ser establecida por el propio ordenamiento mediante el establecimiento de diversos actos o procedimientos para su expedición, de manera que, no se debe presumir la igualdad de fuerza excluyente de formas jurídicas emanadas de la misma autoridad mediante actos o procedimientos diversos[32].

Ahora bien, para desarrollar de una manera clara las principales posibilidades de exclusión contempladas en el derecho español, las distintas formas jurídicas que lo integran se sitúan en una situación en la cual se debe elegir entre ellas en atención a su fuerza excluyente. Para esto se considera que: i) el tipo de forma jurídica de que se trata; ii) el grupo o subgrupo normativo al cual pertenecen; y iii) la ubicación que ocupan en una relación temporal (anterioridad y posterioridad). Mientras las dos primeras consideraciones contribuyen a precisar el modo en que el derecho se expresa y la autoridad de la cual proviene, la tercera consideración se centra en el carácter dinámico del ordenamiento, es decir, en los cambios que puede sufrir a lo largo del tiempo, y consecuentemente, la admisibilidad o no de nuevas formas jurídicas.

A continuación, las diversas formas jurídicas que integran el derecho español son presentadas en función de su fuerza excluyente. Esta fuerza se determina, en primer lugar, a través de la revisión de las relaciones de exclusión entre una formas jurídica de un grupo normativo y las demás formas jurídicas que integran los otros grupos y subgrupos normativos, y en segundo lugar, mediante la presentación de las relaciones de exclusión existentes entre las formas jurídicas que integran dicho grupo. De esta manera, se obtiene un panorama general de la fuerza excluyente de todas las formas jurídicas que integran el derecho español y de la importancia de cada mecanismo de exclusión en la plasmación de dicha fuerza. Por tanto, su presentación sigue el siguiente orden: i) derecho de la UE; ii) derecho constitucional; ii) derecho internacional; iii) derecho de los Estatutos de Autonomía; y iv) derecho estatal y autonómico (legislativo y reglamentario).

Derecho de la UE. Según los criterios de exclusión contenidos en el derecho español, el derecho de la UE presenta un carácter predominante frente a todas las formas jurídicas de los otros grupos normativos (internacional, estatal y autonómico). Esta preponderancia se consagrada en el principio *pro comunitate*, y se manifiesta con independencia del lugar ocupado por las formas jurídicas del derecho de la UE en una relación temporal (anterioridad o posterioridad). Así, el derecho de la UE excluye o relega a las otras formas jurídicas del derecho español al momento de su aplicación, es decir, su fuerza excluyente

[31] Una acabada teoría del análisis conceptual conectivo en: (Strawson P. F., 1992).

[32] Estas ideas principalmente en (Merkl, 1987d[1931], p. 39). Las nociones de una mayor fuerza excluyente frente a una menor fuerza excluyente no deben ser entendidas de manera gradual, ya que su única función es enfatizar el carácter relacional de la prevalencia de una forma jurídica frente a otra.

consiste en su prioridad aplicativa frente a otros elementos del ordenamiento jurídico, desplazados mediante el mecanismo de la inaplicabilidad[33].

Además, la fuerza excluyente del derecho de la UE se plasma en la obligación que tienen los Estados miembros de derogar todas las normas internas que induzcan a confusión o dificulten la plena e incondicionada aplicación de las formas jurídicas de la UE. En esta línea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español (en adelante TS) ha reconocido que el derecho comunitario no solo produce la inaplicabilidad de las formas jurídicas internas contrarias a él, sino que también deroga las anteriores a él. Y además, el propio TS ha sostenido que el derecho de la UE además de producir la inaplicabilidad del derecho interno, produce la anulación de los reglamentos de derecho interno cuando estos últimos son posteriores a él. No obstante, no existe claridad acerca del alcance de las propuestas del TS en relación con el derecho constitucional[34].

Sin embargo, el propio derecho de la UE establece una excepción a la señalada fuerza excluyente, mediante el reconocimiento de la aplicación preeminente del derecho nacional en materia de derechos fundamentales, cuando este contenga un nivel de protección superior al proporcionado por el propio derecho de la UE, caso en el cual, este último proporcionará al primero únicamente cierto margen de maniobra en su ejecución[35].

Otra excepción se presenta en relación con los tratados y convenciones internacionales que integran el ordenamiento jurídico con anterioridad a la adhesión de España en la UE, ya que estas formas jurídicas tienen preferencia en su aplicación frente al derecho originario y derivado de la UE. En el caso en que la inaplicabilidad afecta al derecho originario existe una obligación dirigida al Estado miembro para que este elimine los casos de incompatibilidad entre este derecho y los tratados o convenciones anteriores a la adhesión. A su vez, la relación de exclusión entre estos últimos y los acuerdos externos de la UE no está determinada, de modo que, no existe una respuesta a cuál forma jurídica detenta mayor fuerza excluyente, ni tampoco a qué mecanismo plasmaría dicha fuerza (derogación, nulidad o inaplicabilidad)[36].

Asimismo, una tercera excepción se presenta con los tratados y convenciones internacionales que integran el ordenamiento jurídico con posterioridad a la adhesión de España en la UE, ya que cuando estos no afectan las competencias de la UE es posible determinar su fuerza excluyente mediante la inaplicabilidad de las formas jurídicas del derecho de la UE. En cambio cuando dichos tratados o convenios afectan o involucran las competencias concedidas a la UE, esta última puede sustituir al Estado miembro en las

---

33 La fuerza excluyente del derecho de la UE se consagra en sentencias del TJUE: Costa-ENEL 06/64 de 15 de julio de 1964 y Simmenthal 106/77 de 09 de marzo de 1978, y es reconocida por sentencias del TC de 14 de febrero de 1991(28/1991), 22 de marzo de 1991 y de 13 diciembre de 2004.

34 La obligación de derogar se encuentra en sentencias del TJUE Comisión contra Italia 168/85 de 15 de octubre de 1986, y de 26 de abril de 1988 Comisión contra República Federal de Alemania 74/86, y también, en autores como (Muñoz Machado, 2006a, p. 515 y 524). La sentencia del TS sobre excluir y derogar es de 10 mayo 1993, y la de anulación como expresión de la preferencia normativa se encuentra establecida en sentencia del TS de 03 de noviembre de 1997 y de 26 de enero de 2000.

35 Sobre la excepción a la fuerza excluyente ver sentencia del TJUE Åklagaren y Hans Åkerberg Fransson 617/10 de 26 de febrero de 2013, y también, (García de Enterría & Fernández, 2013, p. 186)

36 Esta excepción en art. 351 del TUE, sentencia del TJUE Asunto Ministère public y Direction du travail et de l'emploi y Jean-Claude Levy, C-158/91 de 02 de agosto de 1993. Además, es destacada por (Roldán Barbero, 1994).

obligaciones derivadas de los tratados o convenios, y así, estos pasan a formar parte del derecho de la UE como acuerdo internacional suscrito por la UE; en cambio, no se establece una solución para los casos en que la UE no sustituye al Estado miembro[37].

Ahora bien, las relaciones de exclusión entre las formas jurídicas que integran el derecho de la UE se establecen de manera transitiva entre sus subgrupos en el siguiente orden: derecho originario, acuerdos externos de la UE y derecho derivado. El fundamento de esta prelación se encuentra, por un lado, en que el derecho originario constituye el fundamento de la legalidad en la UE, al entregar sustento, estructura y límites a las demás formas jurídicas que la integran; y por otro lado, en que los acuerdos externos firmados por la UE vinculan a sus instituciones, de modo que, estas al producir formas jurídicas derivadas deben respetarlos. Por tanto, el bloque de legalidad salvaguardado por el TJUE está integrado por el derecho originario y los acuerdos externos de la UE[38].

La fuerza excluyente del derecho originario frente a los acuerdos externos de la UE posteriores a él se manifiesta a través de una declaración de nulidad del acuerdo externo con efectos solo dentro del derecho de la UE. Por su parte, está indeterminada la manera en la cual se manifiesta la fuerza excluyente del derecho originario frente a los acuerdos externos anteriores a él, e inclusive la doctrina y jurisprudencia no establecen ni proponen un mecanismo para ello. De manera similar, la fuerza excluyente del derecho originario frente al derecho derivado se encuentra claramente establecida solo en relación con el derecho derivado posterior a él, pues en estos casos estos últimos son susceptibles de declaración de nulidad por parte del TJUE. En cambio, la relación de exclusión del derecho originario con el derecho derivado anterior a él no se encuentra regulada, y a partir de la práctica jurídica se deriva el uso de la derogación para estos casos[39].

Por su parte, la fuerza excluyente de los acuerdos externos de la UE frente al derecho derivado solo se manifiesta de manera clara mediante la declaración de nulidad por infracción del bloque de legalidad, cuando en la relación de prelación el derecho derivado es posterior en el tiempo a los acuerdos externos de la UE. Además, igualmente que en las situaciones anteriores, la utilización de la derogación como mecanismo de exclusión del derecho derivado anterior a los acuerdos externos no se encuentra regulada en el derecho de la UE, y podría derivarse más bien de la propia práctica jurídica[40].

Adicionalmente, la inaplicabilidad respalda la fuerza excluyente del derecho originario y los acuerdos externos de la UE, para los casos en que ha transcurrido el plazo para interponer el recurso de nulidad sin que este sea presentado. Así, como en estos casos no hay declaración de nulidad, el TJUE puede declarar a petición de los interesados la

---

37 Esta excepción en conformidad con el art. 351 párrafo 3 del TUE, y además, sugerida por: (Isaac, 2000, pp. 210-211), (Fernández, Forcada, Huesa, & Sánchez, 2000, pp. 169-170) y (Mangas & Liñán, 2005, p. 379).

38 La prevalencia del derecho originario en: Protocolo n° 36 del Tratado de Lisboa artículo 9, y también, en (Fernández, Forcada, Huesa, & Sánchez, 2000, p. 138) e (Isaac, 2000, p. 182). Por su parte, la prevalencia de los acuerdos externos en sentencia del TJUE en asunto *International Fruit Company* 24/72, 12 de diciembre de 1972, e (Isaac, 2000, pp. 211-212).

39 La relación de exclusión entre el derecho originario y los acuerdo externos de la UE en art. 218 del TFUE e (Isaac, 2000, p. 211), y acerca de la declaración de nulidad en art. 263, 264 y 267 del TFUE. Cabe precisar que, el derecho de la UE contempla un mecanismo *a priori* para armonizar las formas jurídicas del derecho originario con los acuerdos externos posteriores en el tiempo. De acuerdo con él, es posible la modificación tanto derecho originario como del acuerdo externo antes de que este último ingrese al derecho de la UE.

40 La declaración de nulidad deriva de los arts. 263 y 264 del TFUE.

inaplicabilidad de las formas jurídicas posteriores y contrarias al bloque de legalidad, sean estas formas jurídicas acuerdos externos de la UE y/o derecho derivado[41].

A su vez, dentro de cada uno de los subgrupos que integran el derecho comunitario la fuerza de exclusión no se encuentra completamente explicitada. Las relaciones de exclusión entre iguales formas jurídicas situadas en una relación temporal no se encuentran expresamente consagradas en el derecho positivo (en sentido estricto), pero puede derivarse de la práctica jurídica. De acuerda con esta, se emplea el criterio o principio cronológico para utilizar la derogación entre iguales formas jurídicas situadas en una relación de temporal, y de este modo, excluir las formas jurídicas anteriores en el tiempo. Sin embargo, este mecanismo solo podría ser utilizado entre iguales formas jurídicas de un mismo subgrupo (originario o derivado), y cuando estas hayan emanado a partir de iguales competencias, de modo que, está igualmente indeterminada la relación de exclusión que se presenta entre reglamentos, directas y decisiones con carácter legislativo[42].

Por su parte, para determinar las relaciones de exclusión entre las formas jurídicas en una relación temporal integrantes de los acuerdos externos de la UE es necesario recurrir al derecho internacional. De acuerdo con este, los acuerdos externos de la UE solo ceden ante aquellos acuerdos externos posteriores que cumplan los requisitos establecidos en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 (en adelante CVDT). Así, en los casos en que no se cumplan estos requisitos los acuerdos internacionales en modo alguno pueden estimarse excluidos o modificados. A lo anterior cabe añadir que, la CVDT reconoce cierta prevalencia de la Carta de las Naciones Unidas sobre las obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro tratado o convenio, aunque no determine cómo se manifiesta la prevalencia frente al derecho de la UE. Además, si bien las disposiciones de la CVDT enfatizan la importancia de la presencia de las mismas partes para que los cambios o modificaciones introducidos en un nuevo tratado o convenio produzcan sus efectos, no señalan cuál es la relación de exclusión entre tratados celebrados por un Estado miembro con distintas partes celebrantes, ni menos señala cómo esta se manifiesta[43].

Derecho Constitucional. El derecho español en su conjunto atribuye al derecho constitucional (la Constitución española y todas sus modificaciones) una fuerza excluyente que le permite excluir a las restantes formas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico. Esta preeminencia se manifiesta a través de los diversos mecanismos de exclusión contemplados en el ordenamiento (derogación, nulidad e inaplicabilidad) y la elección entre uno de ellos dependerá de qué tipo de forma jurídica se opone al derecho constitucional junto cuál es la relación temporal entre este último y las formas jurídicas en oposición a él[44].

---

41 La inaplicabilidad subsidiaria se encuentra regulada en art. 277 del TFUE.

42 Sobre la falta de explicitación de la fuerza excluyente de las formas jurídicas que integran los subgrupos originario y derivado, véase: (Fernández, Forcada, Huesa, & Sánchez, 2000, p. 138). Un posible fundamento al uso de la derogación dentro del derecho originario se encuentra en el art. 48 del TUE sobre modificación de los tratados.

43 Ver art. 3.5 y 21.1 del TUE sobre la sujeción y el respeto de la UE al derecho internacional, y también, las partes IV y V, sobre enmienda y modificación de tratado, y nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados, de la CVDT. Sobre la fuerza excluyente de la Carta de las Naciones Unidas en art. 30.1 de la CVDT, y los citados artículos del TUE. En mayor profundidad véase: (Rodríguez, 2002, p. 201) y (Pastor, 2009, p. 162).

44 Esta preeminencia en el art. 9.3. de la CE y la declaración del TC 13 de diciembre de 2004.

De este modo, su fuerza excluyente frente al derecho internacional se plasma en que los tratados o convenios internacionales posteriores a él pueden ser declarados nulos tanto por mecanismos internos como externos. En el primer caso mediante un recurso de inconstitucionalidad, una cuestión de inconstitucionalidad o bien un recurso de amparo, en cambio en el segundo caso, por medio de la causal de nulidad contenida en el derecho internacional. Es importante precisar que estos mecanismos de exclusión son respecto de las leyes que autorizan o ratifican los tratados o convenios internacionales, y no respecto del tratado en sí mismo, pues la validez de este último depende de las normas internacionales y no del derecho interno. A su vez, si bien el derecho constitucional posterior en el tiempo posee fuerza excluyente frente a tratados o convenios internacionales anteriores a él, la manera en la cual se manifiesta esta exclusión no se encuentra expresamente regulada, sino más bien es posible desprenderla de algunas disposiciones, de acuerdo con las cuales el derecho internacional podría considerarse derogado por el derecho constitucional posterior. Adicionalmente, la fuerza excluyente de derecho constitucional se refuerza con la posibilidad que tienen los tribunales de declarar la inaplicabilidad de un elemento internacional contrario a la Constitución[45].

La fuerza excluyente del derecho constitucional frente a las demás formas jurídicas del derecho español se establece mediante la declaración de nulidad para los casos en que estas formas jurídicas sean contrarias a él y posteriores en el tiempo. La obtención de esta declaración se realiza mediante distintos procedimientos, a saber: i) las formas jurídicas legislativas se excluyen a través de un recurso de inconstitucionalidad o mediante una cuestión de inconstitucionalidad; ii) las formas jurídicas sin carácter de ley emanadas de los poderes del Estado o las Comunidades Autónomas se excluyen mediante el recurso de amparo si transgreden los derechos y libertades reconocidos por la CE; iii) las formas jurídicas emanadas desde los órganos del Estado o las Comunidades Autónomas se excluyen con los conflictos de competencia cuando contraviene las atribuciones entregadas por la Constitución a los órganos Estatales, Comunidades Autónomas, Provincias o Municipalidades; iv) las formas jurídicas con carácter de reglamento se impugnan a través de recurso contencioso-administrativo cuando afectan los derechos susceptibles de amparo constitucional; y por último, v) la nulidad de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas se obtienen mediante la impugnación del Gobierno[46].

---

[45] La posibilidad de excluir el derecho internacional se plasma de manera interna en: i) el recurso de inconstitucionalidad (art. 161.1.a de la CE y el artículo 27.2.c) de la Ley Orgánica del TC (en adelante LOTC), ii) la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la CE y artículos 35 y ss. LOTC), iii) el recurso de amparo (art. 55.2 de la LOTC y sentencia del TC de 03 de octubre de 1991); por su parte, de manera externa en el art. 46 de la CVDT; y además, en dogmáticos como: (Rodríguez, 2002, p. 282). A su vez, la derogación podría derivarse de la disposición derogatoria tercera de la CE, y la inaplicabilidad encuentra su fundamento en el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ). Solo cabe añadir que, el art. 95 de la CE consagra un control *a priori* de los tratados internacionales, pues estos no pueden formar parte del derecho español si son contrarios a la Constitución, y de acuerdo con este, previo pronunciamiento del TC, es posible reformar la Constitución para la compatibilización de ambas formas jurídicas. Un mayor detalle en (Pastor, 2009, p. 176).

[46] La nulidad como manifestación de la fuerza excluyente del derecho constitucional se consagra **en** los art. 39, 55, 63, 66, 75 de la LOTC, y el art. 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Y los diversos procedimientos en: i) declaración y cuestión de inconstitucionalidad en art. 161.1 letra a) y 163 de la CE, y el Título II de la LOTC; ii) recurso de amparo en art. 161.1 letra b) de la CE y el Título de la III LOTC**;** iii) conflictos de competencia en art. 161.1 letras c) y d) de la CE, y el Título IV de la LOTC**;** iv) recurso contencioso-

En cambio, cuando el derecho constitucional es posterior en el tiempo a las otras formas jurídicas del derecho español el modo en que se plasma su fuerza excluyente no se encuentra absolutamente determinado, ya que es posible utilizar tanto la derogación como la nulidad para excluir las forma jurídicas de los otros grupos y subgrupos normativos. Adicionalmente, la relación de exclusión que detenta el derecho constitucional frente a las otras formas jurídicas se expresa mediante la posibilidad que tienen los tribunales de utilizar el mecanismo de la inaplicabilidad, en relación con las formas jurídicas anteriores o posteriores a él para los casos de oposición[47].

Finalmente, en los casos de reforma constitucional, para determinar la relación de exclusión entre formas jurídicas anteriores y posteriores en el tiempo, se recurre al criterio cronológico. Así, la fuerza excluyente de la forma jurídica posterior se manifiesta en la derogación de la forma jurídica anterior, si la primera ha cumplido todos los requisitos para su formación[48].

Derecho Internacional. La fuerza excluyente atribuida por el derecho español al derecho internacional se establece a través de su carácter excluyente frente a otras formas jurídicas, el cual se expresa de un modo negativo, i.e., el derecho internacional no puede ser derogado, modificado o suspendido en su aplicación por formas jurídicas de otros grupos y subgrupos normativos, sean estos posteriores o anteriores en el tiempo (derechos estatal legislativo y reglamentario, y derecho autonómico). Pese a su formulación negativa la jurisprudencia del TS y TC reconoce la posibilidad de utilizar la inaplicabilidad como mecanismo de exclusión, para garantizar la fuerza excluyente del derecho internacional[49].

Además, como fue señalado en relación con los acuerdos externos de la UE, la modificación, derogación o suspensión entre tratados internacionales se realiza en conformidad con el propio tratado y/o de acuerdo con las normas del derecho internacional ya señaladas (la CVDT). Asimismo, la jurisprudencia refuerza esta posición a través de considerar la imposibilidad de que acuerdos internacionales puedan estimarse modificados mediante convenios celebrados entre una de las partes contratantes con una tercera potencia[50].

---

administrativo en art. 114 y ss de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; v) impugnación del Gobierno en art. 161 nº 2 de la CE y art. 76 y 77 de la LOTC.

[47] La posibilidad de utilizar la derogación o la nulidad según el caso derivaría del párrafo tercero de la disposición derogatoria de la CE, y distintas sentencias del TC (de 29 abril 1981, de 02 febrero 1981, de 31 marzo 1981, de 26 diciembre 1983, de 06 abril 1981 y de 24 julio 1984, entre otras). Por su parte, el uso de la inaplicabilidad se encuentra establecida en el artículo 6 de la LOPJ. En mayor detalle ver (Parejo, 1981), (Peñaranda, 1983), (Santamaría J. , 1988), (Delgado Echeverria, 2003) y (Martin, 2010).

[48] Este mecanismo en la regulación realizada por los arts. 166 y ss. de la CE. Además, en esta reconstrucción no se consideran las modificaciones materiales de la Constitución, v.gr., las producidas por los elementos del derecho comunitario o estatal interno. En profundidad véase (Muñoz Machado, 2006a, pp. 525-534).

[49] Esta fuerza excluyente se encuentra en el art. 96.1 y 94 letra e) de la CE, y las sentencia del TS de 22 de mayo de 1989, de 07 de julio de 2000 y de 27 de febrero de 2012, unidas las sentencia del TC de 30 de enero de 1985, de 14 de febrero de 1991 (36/1991) y de 28 de septiembre de 1995. Además, en los autores (Muñoz Machado, 2006a, pág. 230), (Pastor, 2009, pp. 177-178) y (García de Enterría & Fernández, 2013, p. 176).

[50] Esta posición se encuentra en la señalado CVDT, las sentencias del TC de 5 diciembre 2013, y de 20 marzo de 1990, así como también, la sentencia del TS de 22 mayo 1989. Cabe precisar que por razones de simplicidad, en la presente reconstrucción no se consideran las modificaciones sufridas por el derecho internacional general (aquel de carácter consuetudinario, cuyo contenido y alcance se determina de acuerdo

Derecho de los Estatutos de Autonomía[51]. En conformidad con la manera en la cual se plasma el principio de exclusión en relación con los Estatutos de Autonomía y sus modificaciones, su fuerza excluyente se manifiesta de manera diversa en atención a si la prioridad se aplica frente a formas jurídicas estatales o autonómicas. No obstante, la presente fuerza excluyente es detentada únicamente por las formas jurídicas amparadas por la reserva estatutaria, y no es atribuible a las normas contenidas en los Estatutos de Autonomía que no poseen carácter estatutario[52].

Es importante destacar que a partir de la sentencia del TC de 28 de junio de 2010 la doctrina y jurisprudencia tienden a no hablar de «superioridad de los Estatutos de Autonomía» -superioridad vinculada con la idea de bloque de constitucionalidad–, sino más bien se sostiene que la posición de los Estatutos dentro del derecho español es el de «leyes orgánico constitucionales». No obstante, en atención a su determinación por la Constitución vinculada con los ámbitos de reserva estatutaria, los propios autores y jurisprudencia atribuyen al derecho de los Estatutos de Autonomía una fuerza excluyente negativa derivada de la «superigidez» que presenta en relación con las restantes formas jurídicas que componen el derecho español, v.gr., si bien las Cortes Generales pueden por sí mismas cambiar las leyes orgánico constitucionales, en el caso de los Estatutos sus competencias son más limitadas.

La fuerza excluyente de este tipo de derecho frente al derecho estatal legislativo o reglamentario se muestra en que este último no puede modificar, reforma o derogar a los primeros. Además, el derecho de los Estatutos de Autonomía recurre a la inaplicabilidad para plasmar su fuerza excluyente frente a las formas jurídicas estatales (legislativas y reglamentarias) anteriores a él, y utiliza la nulidad para los casos en que estas formas jurídicas estatales son posteriores a él. Sin embargo, una excepción a la señalada fuerza excluyente se presenta en relación con las formas jurídicas estatales denominadas leyes de armonización, ya que estas últimas tienen la capacidad de derogar los Estatutos de Autonomía. Por su parte, la relación de exclusión entre el derecho de los Estatutos de Autonomía y la legislación y reglamentos autonómicos se funda en el carácter de norma suprema que detentan los primeros dentro las Comunidades Autónomas. Esta exclusión se plasma en la derogación de la legislación y los reglamentos autonómicos cuando son anteriores al derecho de los Estatutos de Autonomía, mientras que la nulidad se plasma cuando los primeros son posteriores a los segundos; con la única diferencia de que para el caso de los reglamentos autonómicos se recurre a la jurisdicción contencioso-administrativa[53].

Como fue señalado en relación con el principio general de competencia, en los casos recién detallados se recurre a la declaración de nulidad con base en la contradicción que las señaladas formas jurídicas puedan tener con la Constitución, y no con base en la oposición

---

con la práctica constante y uniforme unida a la *opinio juris* de la generalidad de los Estados), sino únicamente se considera el derecho internacional convencional (aquel que, en principio, es de carácter escrito).

[51] Pese a las particularidades que presenta esta forma jurídica para una posterior generalización, sus rasgos propios continúan siendo una clara muestra de la complejidad de los derechos positivos contemporáneos.

[52] Véase, (Muñoz Machado, 2006a, pp. 252-256) y (García de Enterría & Fernández, 2013, p. 325).

[53] En relación a la nulidad ver los art. 147.3, 152.2 y art. 153 letra a) de la CE, el Título II de la LOTC y art. 1 de la Ley 34/1981, de 5 de octubre, por la que se dictan normas complementarias sobre legitimación en el recurso contencioso-administrativo. Así también, los autores (Del Guayo, 2003, p. 452), (Lacruz, Sancho, Luna, Delgado, Rivera, & Rams, 2006, pp. 142-143), (Muñoz Machado, 2006b, p. 366 y 570) y (García de Enterría & Fernández, 2013, p. 315 y 324).

que estas pueden tener con el derecho de los Estatutos de Autonomía, porque la contradicción se produce con la forma jurídica que distribuye la competencia dentro del derecho interno, i.e., la Constitución. Por lo mismo, el control de estas leyes y reglamentos reposa en el actuar del TC (tribunal que actúa únicamente dentro de parámetros constitucionales), y también, sería posible por parte del resto de los tribunales utilizar la inaplicabilidad como mecanismo de exclusión. En cambio, la utilización de la derogación como mecanismo de exclusión no está normada, y más bien deriva de la utilización que realiza la práctica jurídica del principio o criterio cronológico[54].

Como el derecho de los Estatutos de Autonomía está sujeto a cambios en el tiempo, entre diversas formas jurídicas de este tipo, poseen una mayor fuerza excluyente aquellas situadas posteriormente dentro de la relación temporal. Esta relación de exclusión, generalmente, se encuentra regulada en los propios Estatutos de Autonomía, y al igual que en la situación anterior, más que regulada, la elección de la forma jurídica posterior deriva de la tradicional utilización del criterio cronológico por parte de la práctica jurídica[55].

Derecho Estatal y Derecho Autonómico (legislativo y reglamentario). La complejidad de las relaciones existentes entre las formas jurídicas de ambos grupos normativos motiva una presentación conjunta sustentada en los distintos tipos de relaciones que se presentan entre ellas, a saber: i) de cooperación, dentro de la cual se distinguen la regulación concurrente y la regulación de coordinación, que se dan entre el Estado central y una Comunidad Autónoma sobre una misma materia; ii) de interferencia, en la cual se encuentran los casos de delegaciones estatales a favor de las comunidades autónomas y los supuestos de leyes de armonización; y iii) de integración, en la que se presentan dos nociones de marcada prioridad estatal: las cláusulas de prevalencia y las cláusulas de suplencia[56].

Un tipo de regulación concurrente (relación de cooperación) acontece cuando una misma materia es regulada tanto por una «ley básica estatal» como por una «legislación autonómica de desarrollo», ya que la primera determina el marco de las políticas globales a nivel nacional, y la segunda establece las políticas propias o especificas de cada comunidad. Para determinar la relación de exclusión entre ellas es necesario diferenciar los aspectos que componen una ley básica estatal (un núcleo material de interés general, un ámbito de encuadrar la actividad normativa de las comunidades autónomas, y un ámbito de suplencia para suplir omisiones o defectos de la legislación autonómica), ya que la fuerza excluyente de esta se presenta únicamente en su núcleo y ámbito de encuadre, pero no en su suplencia, en relación con la legislación autonómica de desarrollo. La manifestación de esta fuerza excluyente resulta controvertida, ya que frente a leyes autonómica de desarrollo anteriores hay quienes sostienen que se debe recurrir a la inaplicabilidad de estas últimas por tratarse de sistemas jurídicos distintos (estatal y autonómico), pero también hay otros que utilizan la nulidad para plasmar esta fuerza excluyente con base en la incompetencia de las leyes de desarrollo, y además, hay quienes consideran que en estos casos se debe recurrir a la derogación. En los casos en que las leyes de desarrollo son posteriores en el tiempo, está

[54] Un fundamento a la inaplicabilidad en art. 6 de la LOPJ.
[55] Sobre modificación de los Estatutos de Autonomía en art. 147 de la CE y sentencia del TC de 28 de junio de 2010. Asimismo, véase: (Parejo, 2003, p. 282) y (García de Enterría & Fernández, 2013, p. 322).
[56] La distinción por tipo de relación es sugerida por (García de Enterría & Fernández, 2013, pp. 311-399).

indeterminado cuál es el mecanismo de exclusión que debe ser utilizado, y no se aprecian sugerencias de parte de la dogmática o jurisprudencia[57].

Las «leyes marco» constituyen otro tipo de regulación concurrente (relación de cooperación), ya que su función es realizar una delegación de una competencia del Estado a la Comunidad Autónoma, de modo que, entre la instancia estatal y la instancia autonómica se comparten las competencias sobre la materia objeto de la ley. Este régimen jurídico, en razón de su similitud podría seguir los criterios recién señalados sobre las leyes básicas, ya que en la delegación deberían especificarse la materia y el marco de regulación permitido. No obstante, en virtud de la distribución de competencias no podría ocurrir un caso de regulación autonómica anterior y contraria a una de ley marco, porque la Comunidad Autónoma antes de dicha ley no podía regular dicha materia[58].

A su vez, la regulación de coordinación (otro tipo de relación de cooperación) se manifiesta a través de «directrices» o «planificaciones». Estos instrumentos emanan del Estado central en virtud de su competencia exclusiva para la coordinación en ciertas materias, y tienen por finalidad la integración de los distintos sistemas (estatal y autonómico) en un conjunto homogéneo capaz de producir una acción conjunta de ambos. En atención a la consecución de sus objetivos, estas formas jurídicas detentan un carácter vinculante, el cual presenta una indeterminada fuerza excluyente, y consecuentemente, una manifestación igualmente indeterminada[59].

Por su parte, cuando el Estado central transfiere a una Comunidad Autónoma (relación de interferencia) una competencia no exclusiva a través de una ley orgánica, se genera una relación de exclusión entre esta ley y las formas jurídicas autonómicas derivadas de la delegación. Esta exclusión se manifiesta a través de la nulidad de las formas jurídicas autonómicas dictadas a partir de la transferencia de competencias, cuando son posteriores y contrarias con la ley estatal de transferencia. En cambio, en virtud de la distribución de competencias no podría ocurrir un caso de regulación autonómica anterior y contraria a una de ley de transferencia, ya que la Comunidad Autónoma antes de la transferencia no podía regular dicha materia[60].

Otro tipo de relación de interferencia se presentan con las «leyes de armonización», que el Estado central puede utilizar para intervenir en todos los ámbitos autonómicos con la finalidad de establecer los principios necesarios que armonicen las formas jurídicas surgidas en las comunidades autónomas. En este caso resulta clara la fuerza excluyente de la ley de armonización, la cual se plasma en la nulidad de una forma jurídica autonómica posterior y en oposición con ella; excepto en el caso de los Estatutos de Autonomía, respecto de las

[57] Casos de cooperación en los art. 149.1. nº 8, 11, 13, 16, 18, 25 (formulación bases); 17, 18, 23 (legislación básica); 27, 30 (normas básicas); 21 (régimen general); y el art. 148.1. nº 7 y 13 (ordenación general y política nacional, respectivamente) de la CE, y además, en las sentencias del TC de 14 de junio de 1982, y de 23 de diciembre de 1982. La inaplicabilidad en (García de Enterría & Fernández, 2013, p. 341) con base en la sentencia del TC de 28 de julio 1981; la invalidez en sentencia del TC de 17 de septiembre de 2012, y en (Muñoz Machado, 2006a, p. 244); y por último, la derogación en (Santamaría J. , 1988).

[58] Regulada en el art. 150.1 de la CE, y tratamiento de acuerdo con (Parejo, 2003, pp. 274-276).

[59] Establecidos en el art. 149.1 nº 13, 15 y 16 de la CE, señalados en sentencia del TC de 28 de abril de 1983, y tratados por (García de Enterría & Fernández, 2013, pp. 363-372).

[60] Establecidos en el art. 150.2 de la CE. Esto se aprecia en los diversos cambios sufridos por algunas de estas leyes delegatorias, por ejemplo, Ley orgánica de 22 de septiembre de 1980, sobre financiación autonómica; y además, es recordado por (García de Enterría & Fernández, 2013, pp. 372-376).

cuales la respuesta está indeterminada. No obstante, la manifestación de dicha fuerza excluyente en relación con formas jurídicas autonómicas anteriores resulta discutida, por un lado, algunos sostienen la inaplicabilidad de las leyes y reglamentos armonizados por tratarse de sistemas jurídicos distintos (estatal y autonómico); y por otro lado, se propone la nulidad de las leyes y reglamentos armonizados por su inconstitucionalidad sobrevenida[61].

En cuanto a las relaciones de integración vinculadas con la cláusula de prevalencia, se debe considerar que esta es entendidas como un criterio de preferencia que determina la preeminencia estatal para el caso de conflicto entre normas estatales y autonómicas, siempre y cuando, ambas normas se encuentren fuera del ámbito de competencia exclusiva de las Comunidad Autónomas, pues dentro de este ámbito el derecho estatal es nulo por incompetencia. Estos supuestos pueden ser de competencias compartidas, concurrentes, o bien, casos de superposición o coincidencia de competencias, ya que una separación neta entre las competencias distribuidas resulta sumamente difícil. La fuerza excluyente establecida a través de esta cláusula se manifiesta principalmente en que las formas jurídicas estatales producen la inaplicabilidad de las formas autonómicas, y adicionalmente, algunos autores postulan que las Comunidades Autónomas no deben dictar formas jurídicas que contradigan lo establecido por las estatales, y en caso contrario sugieren utilizar la nulidad como mecanismo de exclusión que complementa a la inaplicabilidad[62].

La otra relación de integración establecida mediante la cláusula de supletoriedad se funda en los casos en que el aplicador del derecho, una vez ha utilizado las herramientas interpretativas, ha identificado una laguna dentro del derecho autonómico, de modo que, para colmarla debe recurrir al derecho emanado del Estatal en el ejercicio de sus competencias. Por lo cual, el derecho estatal funciona como un cuerpo de normas y principios aplicables en todo el país como trasfondo de los derechos autonómicos, para así excluir toda remisión a derechos extranjeros o de otras Comunidades Autónomas en casos de lagunas o intersticios del derecho autonómico. De este modo, el carácter supletorio del derecho estatal determina una particular tipo de fuerza excluyente en la relación con las formas jurídicas autonómicas, puesto que, dentro de los ámbitos de competencia asumidos por todas las Comunidades Autónomas como exclusivos cualquier norma estatal supletoria resultará nula por incompetencia. En cambio, en función de la diversidad de grados de asunción de competencia, por parte de las Comunidades Autónomas, en los ámbitos que no han sido asumidos por todas las comunidades como parte de su exclusiva competencia, fuera de los ámbitos de dicha competencia exclusiva, las normas estatal supletorias no pueden resultar derogadas ni invalidadas por las autonómicas, mas solo inaplicadas en virtud de ellas[63].

Derecho Estatal (legislativo y reglamentario). Una vez analizadas las relaciones de exclusión entre el derecho estatal y el autonómico, es adecuado abordar estas relaciones

[61] Relación establecida en el art. 150.3 de la CE. Por ejemplo, se inclina por la inaplicabilidad (García de Enterría & Fernández, 2013, pp. 376-379), y por la nulidad (Del Guayo, 2003, p. 449).

[62] Las cláusula se consagra en el art. 149.3 de la CE, y se desarrollan en las sentencias del TC de 04 de julio de 1991 y 08 de noviembre de 1995. Sobre los desarrollos doctrinas de esta cláusula en: (Parejo, 2003, p. 360), (Muñoz Machado, 2006a, pp. 268-273) y (García de Enterría & Fernández, 2013, pp. 379-388).

[63] Las cláusulas de suplencia se consagran en el art. 149.3 de la CE, se desarrolla en las sentencias del TC de 08 de junio de 1989, 04 de julio de 1991, 27 de junio de 1996 y de 20 de marzo de 1997. Sobre los desarrollos doctrinas de esta cláusula en: (García de Enterría & Fernández, 2013, pp. 389-395) y (Muñoz Machado, 2006a, pp. 277-293). Cabe añadir que, el carácter supletorio de las normas estatales no puede derivar de haber sido dictadas para esa finalidad, es decir, el legislador no puede imponer normas meramente supletorias.

dentro del derecho estatal. Debido a la pluralidad de formas jurídicas reconocidas dentro de este, y con base en el principio general de competencia, para determinar la fuerza excluyente entre las formas jurídicas que componen el derecho estatal es adecuado detenerse en cada una de ellas: i) leyes orgánicas (son de este tipo las leyes de transferencia y armonización); ii) leyes ordinarias (son de este tipo las leyes básicas y leyes marco); iii) leyes de bases; iv) reales decretos legislativos; v) reales decretos-ley;

En atención a su fuerza excluyente, las leyes orgánicas no pueden ser derogadas ni modificadas por leyes ordinarias, pero solo en lo relativo a las materias reservadas a esta última, ya que todas las otras cuestiones contenidas en un texto de ley orgánica si pueden ser derogadas o modificas por las leyes ordinarias. En lo principal, en el caso de los derechos fundamentales, las leyes orgánicas deben regular los aspectos esenciales de su contenido, i.e., el mínimo indispensable para que las materias objeto de regulación puedan funcionar correctamente[64].

Como los reales decretos-leyes, dictados por el gobierno en casos de extraordinaria y urgente necesidad, requieren de una acción normativa inmediata en razón de su carácter excepcional, estos presentan una fuerza excluyente mayor que las otras formas jurídicas del derecho estatal. Esta exclusión se plasma en la inaplicabilidad de las otras formas jurídicas estatales durante la duración del señalado real decreto-ley, de modo que, cuando cambian las circunstancias que le han servido de base, las otras formas jurídicas puede inmiscuirse en los ámbitos de su regulación, y siempre, podría declararse su nulidad por contravenir los dispuesto en la propia Constitución[65].

Las leyes ordinarias no poseen una delimitación clara de las materias de su exclusiva regulación, sin embargo, a partir de la Constitución, se pueden considerar como ámbitos exclusivos de dominio legal: i) los contenidos más relevantes del ordenamiento; ii) las materias análogas a las expresamente reservadas al dominio legal; y iii) la regulación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, materias no susceptibles de regulación mediante reglamentos. Dentro de estos ámbitos, y en relación con los otros tipos de leyes señalados, una ley ordinaria no presenta ningún tipo de fuerza excluyente[66].

Como formas jurídicas del derecho estatal, los reglamentos ceden ante la fuerza excluyente de las leyes, y cuando estos transgreden los límites legales previamente establecidos, la prevalencia legal se plasma mediante los diversos mecanismos de exclusión reconocidos. Así, la inaplicabilidad de los reglamentos contrarios a las leyes y la nulidad de la disposición contraria a ley, se muestra a través de la revisión de oficio de las disposiciones administrativas que vulneren la legislación. También, se manifiesta mediante el recurso contencioso administrativo contra disposiciones de carácter general emanadas de la

[64] Esta interpretación de acuerdo con en el art. 81.2 de la CE y sentencias del TC de 13 de febrero de 1981, de 05 de agosto de 1983, de 01 de julio de 1993, de 19 de diciembre de 1996, y de 20 de septiembre de 2012. Además, en (Muñoz Machado, 2006a, pp. 249-252) y (García de Enterría & Fernández, 2013, pp. 152-165).
[65] Según el art. 86 de la CE, sentencias del TC de 04 de febrero de 1983 y (García de Enterría & Fernández, 2013, pp. 167-175).
[66] La propuesta de ámbitos de dominio legal en (García de Enterría & Fernández, 2013, pp. 275-281).

administración pública cuyo contenido fuese ilegal. Además, en virtud de la citada fuerza excluyente los reglamentos anteriores contrarios a una ley resultan derogados por esta[67].

Sin embargo, existen algunos casos en los que se altera la relación de exclusión entre las leyes y los reglamentos, como ocurre con los reglamentos de emergencia y los supuestos de una habilitación legislativa. Los reglamentos emanados del Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros en supuestos de emergencia o circunstancias extremas pueden desplazar la aplicación de las leyes, y consecuentemente, de otros reglamentos por el tiempo que dure la situación que les sirve de base. A su vez, en los casos de habilitación legislativa el reglamento entra a regular materias propias de ley mediante una delegación recepticia, una remisión, o la deslegalización. En el primer caso, como el reenvío legislativo incorpora a los elementos producidos por el reglamento, estos solo adquieren el rango de ley si se mantienen dentro de los límites de la delegación recepticia; de ahí que, sean denominados «decretos legislativos» tanto los textos refundidos como los textos articulados. En el caso de una remisión normativa se dispone que un determinado supuesto sea regulado por la norma remitida, de modo que, tanto la ley remitente como el reglamento remitido mantienen su rango (fuerza excluyente) pese a que una materia propia de ley pasa a ser regulada por un reglamento. Por último, la deslegalización descataloga una materia como reservada a la ley mediante la destitución del rango legal de la ley que regula dicha materia, de manera que, dicha ley puede ser modificada e incluso derogada por simples reglamentos[68].

Dentro del ámbito de la administración, los reglamentos pueden provenir del presidente de gobierno (real decreto del presidente de gobierno), el consejo de ministros (real decreto del consejo de ministros), o los ministerios (órdenes ministeriales), y en general, este es su orden de precedencia, salvo los casos en que las normas de carácter general, contenidas en un reglamento, se enfrenten a las normas de carácter individual de otro, porque en estos supuestos no se pueden establecer excepciones a la aplicación de un reglamento en relación con un caso concreto, esto es, la inderogabilidad singular de los reglamento)[69].

Por último, dentro de cada una de las formas jurídicas del derecho estatal recién descritas, posee una mayor fuerza excluyente aquellas situadas posteriormente dentro de una relación temporal de anterioridad o posterioridad pues se aplica como criterio general de la fuerza excluyente el artículo 2 del Código Civil, el que establece la utilización de la derogación como mecanismo excluyente.

---

[67] El control de los reglamentos ilegales en: artículo 6 de la LOPJ (inaplicabilidad), art. 62.2 **(**nulidad**) y** art.102.2 y 107 (nulidad por revisión) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP), y art. 26, 27 y 72.2. (nulidad por recurso contencioso-administrativo) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. También, (García de Enterría & Fernández, 2013, pp. 247-266).

[68] Los reglamentos de emergencia en art. 116 de la CE, Ley Orgánica de 21 de junio de 1981, y art. 21 letra m) de la Ley de bases del régimen de Administración Local de 02 d abril de 1985, y los tres tipos de habilitación legislativa se encuentran reguladas principalmente en los artículos 82 y 85 de la CE, y la sentencia del TC de 30 de noviembre de 1982, y desarrollados en (García de Enterría & Fernández, 2013, pp. 265-309).

[69] La ordenación gradual de los reglamentos en: art. 9 y 103.1 de la CE, y art. 23 de la Ley del Gobierno de 27 de noviembre 1997, y por su parte, la inderogabilidad en el art. 52 de la LRJAP.

c) La representación de un ordenamiento jurídico contemporáneo

Como se ha mostrado, el ordenamiento jurídico está integrado no solo por formas jurídicas sino también por una amplia variedad de relaciones que determinan la interacción entre ellas, y a la vez, permiten una presentación sistemática u ordenada de las mismas. Además, como estas relaciones determinan la fuerza excluyente de las formas jurídicas que integran el ordenamiento, para determinar cada relación de exclusión este entramado de relaciones proporciona al menos dos elementos: i) un criterio que da mayor fuerza excluyente a un forma jurídica, y ii) una regla que impone el deber de elegir la forma jurídica con mayor fuerza excluyente, y en consecuencia, aplicar un mecanismos de exclusión para eliminar, expulsar o relegar las forma jurídica más débil.

En la reconstrucción del derecho español, como paradigma de derecho positivos contemporáneo, se presentan una gran cantidad y diversidad de relaciones jurídicas, dentro de las cuales, en la determinación de la fuerza excluyente de sus elementos desempeñan un rol preponderante las derivadas de una distribución de competencias, ya que a partir de ellas es posible concebir un ordenamiento jurídico como integrado por distintos sistemas, los cuales se vinculan entre sí a través de un instrumento jurídico que hace de eje a todo el conjunto. En el caso español la Constitución desempeña este papel, y reconoce como sistemas jurídicos al derecho comunitario, el derecho internacional, el derecho estatal y el derecho autonómico. Además, a partir de estas distribuciones de competencia se establece la autosuficiencia de cada sistema, y se delimita indirectamente otras relaciones igualmente preponderantes como las provenientes de una cadena de producción normativa, cuyo ámbito de aplicación queda restringido al funcionamiento interno de cada sistema. Sin embargo, la remarcada complejidad del ordenamiento afecta directamente la aplicación generalizada de este tipo de relaciones, ya que para la determinación de la fuerza excluyente de cada forma jurídica ellas resultan menguadas y complementadas por otro tipo de relaciones con un marcado carácter *ad hoc*.

En el derecho de la UE este tipo de relaciones *ad hoc* establecen excepciones a la prioridad aplicativa de sus formas jurídicas frente a los demás componentes del ordenamiento, y establecen una fuerza excluyente con base en: i) el estándar de la regulación (el derecho de un Estado miembro produce la inaplicabilidad del derecho de la UE cuando contiene un nivel de protección superior al proporcionado por este en materia de derechos fundamentales); ii) la anterioridad del compromiso (los tratados internacionales que integran el ordenamiento con anterioridad a la adhesión de España en la UE, produce la inaplicabilidad del derecho de la UE originario y derivado); iii) un acto decisional (la UE, puede sustituir o no al Estado miembro en las obligaciones derivadas de los tratados internacionales que integran el ordenamiento jurídico con posterioridad a la adhesión de España en la UE). A su vez, para determina la fuerza excluyente entre los componentes del subgrupo de los acuerdos externos de la UE, y asimismo, dentro del grupo del derecho internacional se deben considerar relaciones sustentadas en la entidad de la forma jurídica (la Carta de las Naciones Unidas tiene prevalencia de sobre las obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro tratado o convenio). Por su parte, en la determinación de las relaciones de exclusión que se presenta entre las formas jurídicas estatales y las autonómicas se presenta la mayor cantidad de relaciones *ad hoc* fundadas en: i) las competencias concurrente (ley básica estatal y su legislación autonómica de desarrollo); ii) las competencias delegadas del Estado a las Comunidades Autónomas (las leyes marco y su legislación autonómica delegada, y las leyes de transferencia y su legislación autonómica

delegada); iii) la integración de los derechos estatal y autonómico en un conjunto homogéneo (directrices y planificaciones); iv) la armonización de la normativa de las Comunidades Autónomas (leyes de armonización); v) la prevalencia del derecho estatal en todos los ámbitos que no son de exclusiva competencia de las Comunidades Autónomas ni del Estado; y vi) la supletoriedad del derecho estatal para dar unidad, sistematicidad y coherencia al derecho español (el trasfondo de los derechos autonómicos).

Además, la complejidad del ordenamiento hace problemática una aplicación generalizada de las relaciones derivadas de la distribución de competencias o reglas de producción, ya que en algunos casos la fuerza excluyente entre sus formas jurídicas se presenta de un modo negativo, i.e., solamente se establece que Fj_1 no puede ser excluida del ordenamiento por Fj_2, sin que esto conlleve que Fj_2 pueda ser excluida por Fj_1. Esto se aprecia en relación con el derecho internacional, el cual no puede ser derogado, modificado o suspendido en su aplicación por formas jurídicas de otros grupos y subgrupos normativos, aunque estas últimas solo pueden ser inaplicadas por él. Igualmente ocurre con los Estatutos de Autonomía, cuya fuerza excluyente negativa deriva del procedimiento exigido por el ordenamiento para su expedición (superigidez) en relación con el establecido para las formas jurídicas del derecho estatal. Y también esto se constata en el carácter supletorio del derecho estatal, el cual determina su fuerza excluyente en la relación con las formas jurídicas autonómicas, las cuales no pueden derogarlo ni invalidarlo cuando son posteriores a él, aunque sí podrían producir su inaplicabilidad[70].

Ahora bien, en este contexto de múltiples formas y relaciones jurídicas, una representación de los derechos positivos contemporáneos en general, y del derecho español en particular, resulta sumamente compleja, puesto que no es posible realizarla de manera uniforme y estática, en razón de que no resulta posible una aplicación generalizada de las relaciones derivadas de una distribución de competencias y una cadena de producción normativa. Por ende, sí no se desea incurrir en una representación reduccionista con una limitada capacidad explicativa, en primer lugar, se debe desestimar toda representación fundada en el modelo de una pirámide normativa, y en segundo lugar, buscar nuevas maneras de representar la complejidad de los derechos positivos contemporáneos. Así, considero que, los modelos de representación deben estar más cerca de un diagrama o una red (con sus nodos, conectores y propiedades) que de una pirámide normativa.

No obstante las dificultades que presenta representar la dinámica normativa en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, propongo una primera aproximación a la representación visual de este tipo de ordenamientos mediante una tabla de oposición normativa en la cual cada una de sus formas jurídicas se presenta en momentos temporales diversos (anterior y posterior), y así sea posible distinguir claramente la fuerza excluyente de cada una de ellas frente a todas las otras cuando se sitúen en una relación temporal, y además, contribuir a determinar cuál es el mecanismo exclusión al cual recurre el ordenamiento para manifestar dicha exclusión. En consecuencia, para el caso del derecho español y de acuerdo con la reconstrucción previamente desarrollada, propongo una tabla de oposición normativa con la siguiente forma y contenido:

[70] La fuerza excluyente se presenta de un modo positivo cuando: Fj_1 puede excluir (derogar, anular o inaplicar) a Fj_2 del ordenamiento pero Fj_2 no puede realizar lo mismo con Fj_1.

Para fines reconstructivos, en la tabla de oposición normativa que presento a continuación he asumido que:

1. El derecho español en materia de derechos fundamentales no contiene un nivel de protección superior al proporcionado por el propio derecho de la UE;
2. En el derecho internacional se cumplen los requisitos establecidos en la CVDT para la efectiva modificación de los tratados;
3. La interacción entre los elementos legislativos orgánicos y ordinarios solamente se presenta cuando los últimos se inmiscuyen en el ámbito de los primeros y no en la situación inversa, pues aquello que da el carácter orgánico a una ley es la materia que regula;
4. La derogación de un RD de emergencia por parte de otro RD de emergencia posterior se produce porque ambos regulan la misma situación o materia;
5. Las relaciones entre leyes básicas, leyes marco, leyes de transferencia o leyes de armonización y las formas jurídicas de los derechos autonómicos se desarrollan dentro de las materias o ámbitos que son objeto de regulación básica, delegación, transferencias o armonización.
6. En las relaciones entre el derecho estatal y el derecho autonómico, la división adicional de las casillas asume que:
    a. La casilla del lado izquierdo, las relaciones entre las formas jurídicas estatales (ley orgánica, ley ordinaria, ley de bases, RD legislativo, RD del presidente del gobierno o del consejo de ministros, RDecreto-ley, RD de emergencia y orden ministerial) y las formas jurídicas de los derechos autonómicos se desarrollan en los ámbitos de aplicación de las cláusula de prevalencias y supletoriedad (casos de competencias concurrentes, compartidas o superpuestas);
    b. La casilla del lado derecho, las relaciones entre las formas jurídicas estatales (ley orgánica, ley ordinaria, ley de bases, RD legislativo, RD del presidente del gobierno o del consejo de ministros, RDecreto-ley, RD de emergencia y orden ministerial) y las formas jurídicas de los derechos autonómicos se desarrollan dentro del ámbito de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Además, en el caso del derecho autonómico posterior en el tiempo solo produce la inaplicabilidad del estatal porque antes de detentar la competencia exclusiva la comunidad no podía regular dicho ámbito;
7. Finalmente, las leyes de las comunidades autónomas presentan igual fuerza excluyente entre sí.

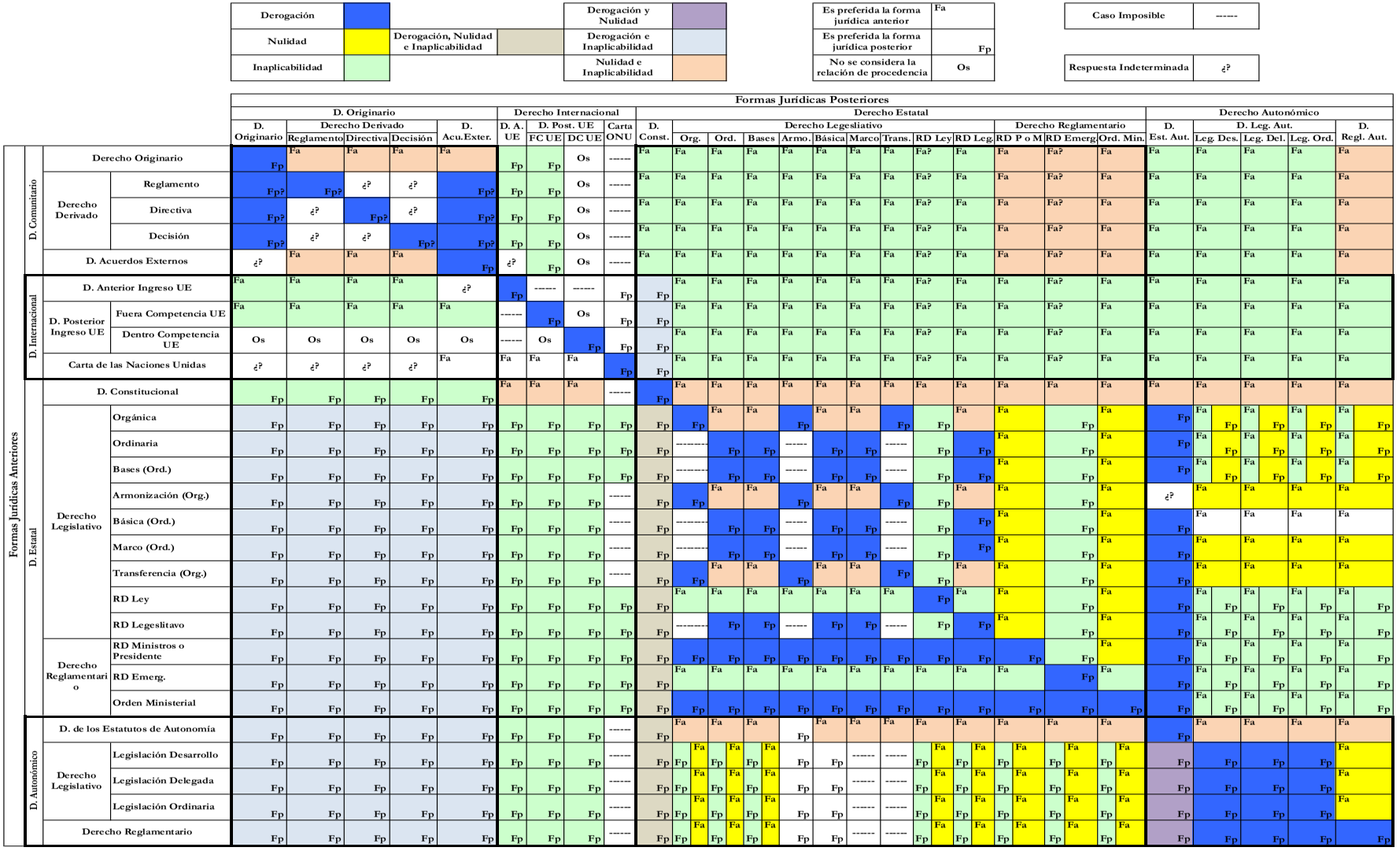

FIGURA 1. **El ordenamiento jurídico español a partir del principio de exclusión**

1.3 La derogación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos

En este contexto, en el cual interactúan entre sí alrededor de veintisiete distintos tipos de formas jurídicas a través de diferentes clases de relaciones jurídicas, los cambios que puede sufrir el ordenamiento a lo largo del tiempo (dinámica normativa) complejizan aún más su reconstrucción y representación, ya que necesariamente deben añadirse las relaciones temporales de anterioridad y posterioridad. Así, con la inclusión de esta relación es posible la ocurrencia de al menos setecientos noventa y tres (793) casos genéricos o situaciones posibles en las cuales es necesario elegir entre las diversas formas jurídicas que integran el ordenamiento y que están situadas en momentos temporales diversos[71].

La magnitud de las situaciones posibles hace necesario un estudio detallado de las mismas si se desea analizar el rol de la derogación en este tipo de ordenamientos, ya que, como señalé, un panorama general de la derogación dentro del ordenamiento necesita del análisis contrastivo entre ella y los otros mecanismos de exclusión normativa (nulidad e inaplicabilidad), pues solo de este modo se obtiene el pleno dominio del concepto de derogación. Un pleno domino condicionado por el conocimiento de las relaciones existentes entre conceptos similares, esto es, por la determinación de su ubicación dentro de la red conceptual de la exclusión normativa.

En consecuencia, para elaborar este panorama general, parece necesario llevar a cabo dos niveles de análisis, uno en el cual se estudia detalladamente la interacción y el establecimiento de los mecanismos de exclusión normativa, y otro en el que se presenten las consideraciones más relevantes en torno a la utilización de la derogación en este contexto.

a) La derogación en relación con la nulidad y la inaplicabilidad

La presentación de estas interacciones y su establecimiento se realiza con base en los grupos normativos previamente señalados, porque estos permiten centrarse en los cuatro centros de producción normativa y sus ámbitos de autosuficiencia. Por ende, dentro del análisis de cada grupo normativo se presenta: i) el número de casos en que se debe determinar la fuerza excluyente de sus formas jurídicas frente a las que integran otros grupos normativos y a través de qué mecanismo esta se plasma; ii) el número de casos en que se debe determinar la fuerza excluyente entre las formas jurídicas que integran los subgrupos entre sí y dentro de cada subgrupo, junto con al mecanismo de exclusión que plasma dicha relación de exclusión; y iii) la manera en la cual se determinan los mecanismos de exclusión utilizados para manifestar las diversas relaciones de exclusión. De este modo, al final del análisis de los grupos se puede elaborar y presentar un sumario con los aspectos más relevantes en relación con la derogación.

[71] Como muestra la tabla de oposición, el total de casos genéricos o situaciones posibles de oposición se obtiene de los casos en que las diversas formas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico (27 formas jurídicas) se sitúan en momentos temporales diversos (27 anteriores por 27 posteriores) y se debe elegir entre ellas. Además, se debe tener presente que en las relaciones entre el derecho estatal y el derecho autonómico cada caso se divide en dos para diferenciar las situaciones desarrolladas dentro de la competencia exclusiva de la comunidad de las que se encuentran fuera de esta, lo cual entrega por sí mismo 284 casos genéricos.

Derecho de la UE. Las situaciones en que se debe determinar la fuerza excluyente de las formas jurídicas del derecho de la UE frente a todas las restante que componen el derecho español en el marco de una relación temporal son un total de doscientos veinte (220). En estos casos la manifestación de la fuerza excluyente se distribuye del siguiente modo: a) en ochenta y ocho (88) oportunidades es posible recurrir a la inaplicabilidad, en noventa (90) casos a la derogación junto con la inaplicabilidad, y en veinte (20) se recurre a la nulidad con la inaplicabilidad. Además, es importante puntualizar que diez (10) casos presentan una solución más allá de la relación de sucesión y los mecanismos señaladas, en seis (6) oportunidades la relación de exclusión se encuentra indeterminada, cinco (5) situaciones son temporalmente imposibles, y finalmente, en un (1) solo caso se determina la fuerza excluyente pero no el mecanismo de exclusión.

Dentro del derecho de la UE, los casos en que debe determinarse la fuerza excluyente entre las formas jurídicas que integran los subgrupos del grupo de la UE (derecho originario, derivado y acuerdos externos de la UE) hacen un total de veinticinco (25) situaciones, de las cuales en once (11) ocasiones es posible recurrir a la derogación, en siete (7) oportunidades es posible recurrir tanto la nulidad como la inaplicabilidad para plasmar la fuerza excluyente, y además, en siete casos (7) el ordenamiento no presenta una respuesta determinada.

La manera en la cual se regula dicha fuerza excluyente y sus mecanismos de exclusión varía en atención al mecanismo de exclusión. Para plasmar la regla general que entrega mayor fuerza excluyente al derecho de la UE frente a las otras formas jurídicas del ordenamiento se utiliza la inaplicabilidad en virtud de una creación jurisprudencial del TJUE. En cambio, mediante disposiciones del TUE se manifiestan las excepciones a esta regla general y la primacía los tratados internacionales suscritos antes del ingreso a la UE, plasmadas igualmente a través de la inaplicabilidad y complementadas por sentencias del TJUE. Además, mientras que igualmente mediante disposición expresa del TFUE se consagra la inaplicabilidad subsidiaria, a través de la jurisprudencia del TJUE se establece la preferencia del derecho interno en el caso de una mayor protección en materia de derecho fundamentales y usos de la inaplicabilidad para plasmarla.

Por su parte, en las relaciones de exclusión entre las formas jurídicas que componen los diversos subgrupos la nulidad es siempre establecida mediante disposiciones expresas del TFUE tanto para los casos en que se debe establecer la fuerza excluyente del derecho originario frente al derivado y los acuerdos externos de la UE, como en los casos en que debe manifestar la fuerza excluyente de este último frente al derecho derivado. Solo excepcionalmente, la nulidad es establecida jurisprudencialmente por el TS en el caso de que los reglamentos de derecho interno se opongan a las formas jurídicas de la UE.

A su vez, principalmente, el uso de la derogación se desprende de la dogmática jurídica, y no de la creación jurisprudencial ni tampoco de su consagración a través de disposición expresa. Así, se sustenta fundamentalmente en el criterio o principio cronológico que establece la exclusión del elemento anterior por parte del posterior en el tiempo. Los casos en que la derogación es utilizada se presentan cuando las formas jurídicas del derecho derivado o de los acuerdos externos de la UE son contrarias y anteriores en el tiempo al derecho originario, como también en los casos en que se produce una sucesión entre las formas jurídicas que integran un mismo subgrupo normativo. Excepciones a estos casos lo constituyen la obligación que recae sobre los Estados miembros de derogar el derecho

interno contrario al derecho de la UE, establecida por la jurisprudencia del TJUE, e igualmente, la propuesta de considerar como derogadas a las formas jurídicas de derecho interno contrarias y anteriores en el tiempo al derecho de la UE, establecida por el TS.

Derecho internacional. Las situaciones en que se debe determinar la fuerza excluyente de las formas jurídicas que integran el derecho internacional frente a las restantes formas jurídicas que componen el derecho español en el marco de una relación temporal son un total de ciento ochenta y cuatro (184). De este conjunto, en ciento cincuenta y dos (152) casos la fuerza excluyente se plasma mediante la inaplicabilidad, de los cuales en tres (3) oportunidades concurre con la nulidad y en cuatro (4) con la derogación. A esto cabe añadir que, en diez (10) casos se presenta una solución más allá de la relación de sucesión, quince (15) situaciones son temporalmente imposibles, e igualmente en seis (6) oportunidades la relación de exclusión se encuentra indeterminada, y finalmente, en un (1) caso se determina la fuerza excluyente pero no el mecanismo de exclusión.

En cambio las relaciones de exclusión entre las formas jurídicas que integran el derecho internacional a partir de su relación temporal hace un total de dieciséis casos (16), de los cuales en cuatro (4) oportunidades se utiliza la derogación para plasmar la fuerza excluyente de la forma jurídica posterior, y por su parte, en seis (6) situaciones se determina la fuerza excluyente pero no el mecanismo de exclusión, en dos (2) casos se presenta una solución más allá de la relación de sucesión, y cuatro (4) situaciones son temporalmente imposibles[72].

El medio por el cual se determinan los mecanismos de exclusión en las relaciones entre el derecho internacional y los restantes componentes del ordenamiento varía en atención al grupo o subgrupo con el cual se realiza la interacción. Así, la inaplicabilidad se consagra en virtud de disposiciones expresas en el caso de tratados internacionales suscritos por los estados miembros antes y después de su ingreso a la UE, disposición del TUE, y también, para plasmar su menor fuerza excluyente en relación con el derecho constitucional, consagrado en una disposición de la LOPJ. En cambio, para sustentar el uso de la inaplicabilidad como manifestación de su fuerza excluyente frente a las demás formas jurídicas que integran el derecho interno (estatal y autonómico) se recurre a una creación jurisprudencial del TS y del TC. Por su parte, el uso de la nulidad para plasmar su menor fuerza excluyente en relación con el derecho constitucional se consagra en disposiciones expresas de la CE, la LOTC y la CVDT; y a su vez, el empleo de la derogación para plasmar su menor fuerza excluyente en relación con el derecho constitucional podría derivarse de algunas disposiciones de la CE. Finalmente, el uso de la derogación para expresar la mayor fuerza excluyente de la forma jurídica internacional posterior frente a la anterior está expresa y detalladamente regulado en la CVDT.

Derecho estatal. Las situaciones en que se debe determinar la fuerza excluyente de las formas jurídicas que integran el derecho estatal frente a las restantes formas jurídicas del derecho español, en el contexto de una relación temporal entre ellas, son un total de cuatrocientos veintiocho (428), ya que en el caso de las formas jurídicas estatales que no tienen una relación particular con las formas autonómicas se debe diferenciar por cada caso el ámbito de la competencia de acuerdo con lo señalado en relación con las cláusulas de prevalencia y supletoriedad. Así, en lugar de presentarse sesenta y cinco (65) posibles

[72] Como se señaló, esta preferencia por la forma jurídica posterior en el tiempo se presenta únicamente cuando concurren los requisitos establecidos en la CVDT.

conflictos entre las trece formas jurídicas estatales y las cinco de las autonomías, se dan noventa y siete (97) eventuales situaciones de oposición.

Del total de casos posibles, se recurre a la inaplicabilidad en trescientos treinta y cuatro (334) oportunidades para plasmar la fuerza excluyente, de los cuales en sesenta y nueve (69) ocasiones se realiza junto con la derogación, y en otras treinta y nueve (39) situaciones se lleva a cabo con la nulidad. A su vez, la derogación se utiliza individualmente en once (11) casos, y la nulidad en otros cincuenta y seis (56). Cabe añadir que, trece casos (13) son de imposibilidad y en igual número (13) son las situaciones en que se determina la fuerza excluyente de una forma jurídica pero no el mecanismo de exclusión, y solo un (1) caso presenta solución indeterminada.

Por su parte, las relaciones de exclusión entre las formas jurídicas que integran el derecho estatal a partir de su relación temporal entregan un total ciento sesenta y nueve (169) situaciones posibles. De estas, en setenta y seis (76) casos se utiliza la inaplicabilidad, de las cuales en treinta y nueve (39) puede ser acompañada por la nulidad y en doce (12) por la derogación (en solo treinta y siete (37) casos se utiliza solamente la inaplicabilidad). Además, en cincuenta y nueve (59) ocasiones se establece la derogación como mecanismo único de exclusión, en diecinueve (19) oportunidades se recurre a la nulidad, y quince (15) situaciones son de ocurrencia imposible[73].

Los medios utilizados por el ordenamiento para determinar los mecanismos de exclusión utilizados en las relaciones entre el derecho estatal y los restantes componentes del ordenamiento varían enormemente. En el caso de la inaplicabilidad esta es establecida a través de un equilibrio entre disposiciones expresas (la CE y la LOPJ) y la jurisprudencia del TC, salvo el caso de la inaplicabilidad del derecho estatal frente al derecho de la UE que, como fue señalado, es establecido a través de las sentencias del TJUE. En cambio, la utilización de la nulidad como mecanismo de exclusión se funda siempre en disposiciones expresas de la CE, la LOTC, la CVDT y otras leyes del ordenamiento, cuyo contenido es determinado mediante jurisprudencia. A su vez, la derogación podría desprenderse de un conjunto de disposiciones de la CE unidas a un conjunto de sentencias de los tribunales de justicia, en especial, del TC.

Por su parte, en las relaciones de exclusión entre las formas jurídicas que componen los diversos subgrupos, la inaplicabilidad se desprende fundamentalmente del contenido implícito de ciertas disposiciones que establecen una determinada regulación para ciertas circunstancias, como es el caso de un real decreto-ley o de un reglamento de emergencia, establecidos en la CE y la ley de bases del régimen de Administración Local, y excepcionalmente, mediante disposición expresa de la LOPJ. En el caso de la nulidad, se recurre a ella siempre a través de disposiciones expresas, por ejemplo, de la CE, la LOTC, la LRJAP y la ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y a la derogación se recurre a partir de diversas disposiciones acerca de la modificación de las formas jurídicas, como es el caso de los arts. 166 y ss., de la CE, de manera genérica a

[73] La imposibilidad deriva de que la interacción entre los elementos legislativos orgánicos y ordinarios solamente se presenta cuando estos últimos se inmiscuyen en el ámbito de los primeros, y no en la situación inversa, pues aquello que proporciona el carácter de orgánico a una ley es la materia que regula, de manera que, si bien una ley ordinaria se puede inmiscuir en una materia propia de la ley orgánica, esta última cuando se encuentra fuera de estas materias deja de ser orgánica.

través del artículo 2 del Código Civil, que establece la utilización de la derogación como mecanismo excluyente dentro de todo el ordenamiento.

Derecho Autonómico. Las posibles situaciones en que se debe determinar la fuerza excluyente de las formas jurídicas que integran el derecho autonómico frente a las restantes formas jurídicas que componen el derecho español dentro de una relación temporal son un total de doscientos ochenta y cuatro (284). En estas situaciones la inaplicabilidad es utilizada en ciento noventa (190) oportunidades, de las cuales en treinta (30) es acompañada por la derogación y en veintiséis (26) por la nulidad. Además, en once (11) ocasiones el único mecanismo utilizado es la derogación, y a su vez, en cincuenta y seis (56) casos es empleada la nulidad. Los casos de imposible ocurrencia son trece (13) al igual que las oportunidades en las cuales se determina la fuerza excluyente pero no el mecanismos mediante el cual se manifiesta (13), y solamente un (1) caso se encuentra indeterminado.

Por su parte, las relaciones de exclusión entre las formas jurídicas que integran el derecho autonómico a partir de una relación temporal entregan un total de veinticinco (25) situaciones posibles. De estas en dieciocho (18) situaciones se utiliza la derogación para plasmar la fuerza excluyente, de los cuales en cuatro (4) concurren con la nulidad, asimismo, en siete (7) casos es posible utilizar la nulidad, de los cuales cuatro (4) son compartidos con la inaplicabilidad.

Al encontrarse al final de la exposición, los medios utilizados por el ordenamiento para establecer los mecanismos de exclusión que plasman las relaciones de exclusión entre el derecho autonómico y los restantes componentes del ordenamiento ya ha sido abordada mediante la revisión de los anteriores. Además, como dentro de cada Comunidad Autónoma se determina las relaciones de exclusión entre diversas formas jurídicas que componen el derecho autonómico, y también, la manera en la cual esta se manifiesta a través de un mecanismo de exclusión, estas relaciones y mecanismos exceden la presente reconstrucción. No obstante, pese la especificidad y particularidad de lo anterior, es posible sostener, de manea general, que las formas jurídicas del derecho autonómico siguen la utilización de la inaplicabilidad, nulidad y derogación en términos similares a los señalados para el derecho estatal.

b) Sumario

De un total de setecientos noventa y tres (793) casos genéricos o situaciones posibles en las cuales es necesario elegir entre formas jurídicas situadas en una relación temporal, la mayoría plasman la fuerza excluyente a través de la inaplicabilidad –trescientos cuarenta y un casos (341)–. Esto es que el cuarenta y tres por ciento (43%) de los casos manifiesta la fuerza excluyente de las formas jurídicas mediante la inaplicabilidad. En segundo lugar, la derogación es utilizada por el ordenamiento para mostrar la fuerza excluyente de uno de sus elementos en noventa y nueve (99) oportunidades, lo que corresponde aproximadamente al doce por ciento (12,4%) del total. A su vez, la nulidad es empleada en setenta y ocho (78) oportunidades, es decir, se emplea aproximadamente en un diez por ciento (9,8%) de los casos.

Además, la diversidad de las relaciones de un ordenamiento jurídico que pueden vincular de modo diversos sus formas jurídicas permiten que una misma relación de exclusión pueda

manifestarse a través de más un mecanismo de exclusión (inaplicabilidad, derogación y nulidad), y estos casos presentan la siguiente frecuencia: i) inaplicabilidad y derogación, es posible recurrir a cualquiera de ellos en ochenta y nueve (89) situaciones, lo que equivale al once por ciento (11,2%) del total; ii) inaplicabilidad y nulidad, el ordenamiento recurre a ambas para manifestar setenta y siete (77) relaciones de exclusión, i.e., en aproximadamente en un diez por ciento (9,7%) de los casos; iii) inaplicabilidad, derogación y nulidad, solamente en diecisiete (17) ocasiones el ordenamiento permite recurrir indistintamente a los señalados mecanismo de exclusión, es decir, en un dos por ciento (2%) del total; y finalmente, iv) derogación y nulidad, únicamente en cuatro (4) oportunidades se recurre a estos mecanismo para plasmar la fuerza excluyente de una forma jurídica del ordenamiento, equivalente al cero coma cinco por ciento (0,5%) del total de casos[74].

En consecuencia, resulta indiscutible que la inaplicabilidad es claramente el mecanismo de exclusión más utilizado en el derecho español, y probamente en el derecho de los estados miembros de la UE, porque constituye el medio por el cual el derecho de la UE plasma su mayor fuerza excluyente. No obstante, en este mismo contexto y como fue señalado, la jurisprudencia del TJUE ha establecido la obligación de los Estados miembros de «derogar» el derecho interno contrario al derecho de la UE, como también de eliminar los casos de incompatibilidad entre este derecho y los tratados o convenciones internacionales que integran el ordenamiento jurídico de un estado miembro con anterioridad a su adhesión a la UE. De este modo, la derogación frente a los mecanismos de exclusión aumenta considerablemente su importancia dentro del ordenamiento jurídico, ya que si a estos noventa y cinco (95) casos vinculados con el derecho de la UE se suman a las ciento diez (110) situaciones en que la derogación concurre con los otros mecanismos de exclusión para plasmar una relación de exclusión, en definitiva, el ordenamiento recurre a la derogación en trescientos cuatro (304) oportunidades para plasmar la fuerza excluyente de uno de sus componentes, lo cual corresponde aproximadamente al cuarenta por ciento (38,3%) del total de setecientos noventa y tres (793) casos genéricos en las cuales es necesario elegir entre diversas formas jurídicas situadas en una relación temporal.

Por otra parte, resulta interesante constatar que la utilización o elección de los mecanismos de exclusión se determina de manera desigual dentro del ordenamiento, ya que aquello que sustenta el uso de la nulidad, la inaplicabilidad o la derogación para plasmar una relación de exclusión oscila entre una regulación expresa y detallada de la misma hasta la consolidación de un práctica jurídica vinculada con reglas de preferencias no estipuladas (v.gr., criterio cronológico), pasando por creaciones o complementos jurisprudenciales.

La nulidad, como mecanismo de exclusión, se caracteriza por estar regulada expresamente de un modo minucioso. En gran parte, este determina las causales de su ocurrencia, las acciones procesales para su utilización, los requisitos de su declaración y sus efectos en el ordenamiento, p. ej., las disposiciones pertinentes del TFUE, la CE, la CVDT, la LOTC y la LRJAP, entre otras formas jurídicas del derecho español. Solo excepcionalmente, la

[74] Esta explicación global se complementa con: i) un total de cuarenta y dos (42) situaciones imposibles (el cinco por ciento [5,2%] de los caso); ii) veinte (20) casos en los cuales está determinada la fuerza excluyente de una forma jurídica pero no el mecanismo por el cual esta se plasma (un dos como cinco por ciento [2,5%]); iii) catorce (14) situaciones en las cuales se encuentra indeterminada la fuerza excluyente de los elementos del ordenamiento (un uno coma siete por ciento [1,7%] de los casos); y iv) doce (12) casos en los cuales el ordenamiento proporciona una solución más allá de las variables manejadas (un uno como cinco por ciento [1,5%]).

nulidad es establecida jurisprudencialmente como ocurre con la citada sentencia del TS en relación con los reglamentos de derecho interno que se opongan a las formas jurídicas de la UE.

En cambio, la elección de la inaplicabilidad para plasmar una relación de exclusión encuentra fundamento, principalmente, en la jurisprudencia de los principales tribunales de justicia, en concreto, el TJUE y el TC, aunque también de un manera excepcional, y para utilizarla con carácter supletorio, se establece su utilización a través de disposición expresa, como son los casos del TUE y la LOPJ. Asimismo, la inaplicabilidad puede desprenderse tanto del ámbito o materia regulada por las formas jurídicas como de un conjunto de disposiciones aplicables a un caso, ya que a partir del ámbito o el conjunto es posible inferir su utilización en atención al contexto de ocurrencia de la elección entre formas jurídicas diversas. Por ejemplo, lo acontecido en los reales decretos-leyes o los reglamentos de emergencia, en relación con lo establecido en la CE y la ley de bases del régimen de Administración Local.

En el caso de la derogación resulta mucho más difuso el fundamento de su utilización, por un lado, en la generalidad de situaciones se desprende de la práctica o acervo jurídico que asume como rector de los ordenamientos jurídicos al principio cronológico (*lex* o *autoritas posterior*), de acuerdo con el cual al detentar mayor fuerza excluyente la forma jurídica posterior deroga a la anterior (unido a una masiva recepción por parte de la jurisprudencia). En algunos casos, el uso de la derogación se regula indirectamente por medio de diversas disposiciones que regulan cómo deben ser modificadas determinadas formas jurídicas, v.gr., el art. 48 del TUE, los arts. 166 y ss., de la CE, y las correspondientes disposiciones de los estatutos de autonomía unidas al art. 147 de la CE. A su vez, la derogación se reconoce de manera general en diversas secciones de la CVDT (sobre enmienda, modificación, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados), y en el artículo 2 del Código Civil. Por último, generalmente las propias formas jurídicas contienen el reconocimiento de la derogación en cláusulas del tipo: «Quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a la presente», o bien, «Quedan derogadas las siguientes disposiciones:…». Toda esta diversidad y falta de especificidad explicita y enfatiza las dificultades vinculadas con la determinación de la derogación.

Aún así, resulta extraño constatar que, por un lado, en importancia y ocurrencia la derogación es el segundo mecanismo de exclusión dentro del ordenamiento jurídico, y por otro, que la consagración, y principalmente, su regulación mediante disposiciones expresas es sumamente sucinta, puesto que las causales de su ocurrencia, los requisitos de su declaración y sus efectos en el ordenamiento no se encuentran determinados a través de estos medios, ni tampoco están completamente detallados o explicitados por la práctica jurídica. En consecuencia, si bien la utilización de la derogación puede estar establecida mediante diversas disposiciones del ordenamiento, el modo en cual esta debe ser utilizada no se encuentra del todo claro, y en algunos casos el modo en que es utilizada la escasa regulación puede resultar contradictoria, puesto que mediante formas jurídicas anteriores (Código Civil y CVDT) se regula la ocurrencia de la derogación en formas jurídicas posteriores, lo cual se opone al principio cronológico.

1.4 Una caracterización general de la derogación

A partir de todo lo anteriormente señalado es posible esbozar una caracterización general de la derogación en el contexto de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, y a partir de ella elaborar un panorama general de las principales consideraciones que deben ser abordadas para un adecuado análisis y reconstrucción de la misma. En consecuencia, en su caracterización general se desarrollan las siguientes cuestiones: a) su ámbito de aplicación; b) su fundamento; c) su determinación; d) su utilidad; y e) su denominación.

a) El ámbito de aplicación de la derogación

Los casos en que la derogación plasma la fuerza excluyente entre dos elementos temporalmente diversos presentan algunas características compartidas: i) se presentan generalmente dentro de cada grupo normativo (derechos comunitario, internacional, estatal y autonómico), es decir, en el marco de relaciones intrasistemáticas desarrolladas preferentemente a partir de una cadena de producción; y ii) utilizan esta cadena de producción para atribuir a los elementos situados en el mismo eslabón una igual capacidad derogatoria, mientras que a los ubicados en eslabones diversos una mayor capacidad derogatoria a los superiores frente a los inferiores[75].

Así, la derogación se presenta principalmente en el marco de las tradicionalmente llamadas relaciones jerárquicas, y como fue señalado, su fundamento deriva de que los eslabones inferiores fundan su creación en las reglas de producción contenidas en los superiores. De modo que, la derogación es utilizada como un mecanismo de exclusión para plasmar la fuerza excluyente de formas jurídicas situadas en una relación temporal y pertenecientes a subgrupos diversos o iguales dentro del mismo grupo normativo, i.e., el afamado requisito de que la derogación concurre cuando la ley posterior es de igual o superior jerarquía que la ley anterior. En otras palabras, la utilización tradicional de la derogación implica o requiere la presencia de relaciones jerárquicas entre las formas jurídicas relacionadas por ella.

Sin embargo, la complejidad de los derechos contemporáneos hace necesaria una explicación complementaria respecto del ámbito de aplicación de la derogación, ya que en algunos casos dentro de un mismo grupo o subgrupo normativo la diversidad de sus formas jurídicas reduce considerablemente el ámbito de la derogación, v.gr., si bien existe un acuerdo generalizado respecto de las formas jurídicas que detentan el denominado «rango de ley», igualmente existe acuerdo en relación con la imposibilidad de que diversas leyes pueden derogarse entre sí, como una ley ordinaria destinada a derogar una ley orgánica o la posibilidad de que un real decreto-ley derogue las leyes anteriores del ordenamiento. Así como también, dentro de la cadena de producción normativa ocurre que los elementos inferiores determinan o regulan el ingreso de los superiores, como es el caso del único precepto que trata directamente la derogación dentro del actual ordenamiento jurídico español, el art. 2.2. del Código Civil, que es utilizado como pauta general para determinar la sucesión en el tiempo de los elementos jurídicos superiores.

[75] Curiosamente este rasgo de la derogación es destacado por Adolf Merkl (1987a[1917], p. 169) cuando enfatiza como presupuesto de la aplicación del principio *lex posterior derogat priori*, que las dos leyes en oposición se muevan dentro de la esfera de la misma autoridad o al interior de una unidad jurídica.

En igual sentido, la misma complejidad extiende el uso de la derogación más allá de las relaciones entre las formas jurídicas de un mismo grupo normativo, ya sea a las relaciones entre los elementos de diversos grupos normativos, como asimismo a ciertas relaciones que se presentan en la interacción de diversos ámbitos competenciales. La necesaria interacción entre las formas jurídicas pertenecientes a diferentes grupos normativos de un mismo ordenamiento posibilita la ocurrencia de situaciones en las que se deba elegir entre ellas, y consecuentemente, establecer un mecanismo de exclusión, caso en el cual la derogación tiene un papel relevante. Por ejemplo, quizás el más importante, deriva de la relación entre el derecho de la UE y el derecho interno de un Estado miembro, ya que estos últimos tienen la obligación de derogar las formas jurídicas que se opongan al derecho de la UE, y en el caso español, de acuerdo con el TS, las formas jurídicas internas contraria al derecho de la UE deben considerarse derogadas. A su vez, la complejidades inherentes a una distribución competencial (distinción neta, solapamiento, concurrencia, diversidad de grados de asunción y vacíos, entre muchos otros) producen regulaciones e interacciones *ad hoc* para determinar las relaciones entre formas jurídicas de diferentes grupos normativos diferenciados por sus ámbitos de competencia, casos en los que igualmente se recurre a la derogación para plasmar la relación de exclusión. Por ejemplo, las relaciones entre el derecho estatal y el derecho autonómico marcadas por una cadena de producción, como ocurre entre las leyes básicas y las leyes marco (estatales) en relación con sus leyes de desarrollo autonómicas.

b) El fundamento de la derogación

Es posible que la gran cantidad de excepciones al requisito jerárquico de la derogación derive de su principal fundamento, el conocido principio *lex posterior derogat legi priori* o criterio cronológico, según el cual ante dos regulaciones en sentido diverso y temporalmente distintas se debe preferir la posterior y derogar la anterior, ya que para prácticamente todos los operadores jurídicos constituye un principio rector de los ordenamientos jurídicos positivos. Así, su aplicación se extiende a todo el ordenamiento jurídico y no a grupos o subgrupos específicos de este[76].

Sin embargo, pese a la claridad de su formulación existe un profundo desacuerdo acerca de cuáles son los cimientos del citado principio. Algunos lo presentan como un criterio formal de todos ordenamientos jurídicos o un rasgo inherente al concepto de autoridad, mientras que para otros constituye un manifestación de la preferencia por la manifestación más recientes de la voluntad (legislativa). Así también, hay quienes vinculan este principio con el carácter democrático del estado, pues mediante él es posible entregar prioridad a quienes, en un momento determinado, gozan de una mayoría suficiente. Como asimismo, otros autores lo conciben como una cuestión contingente, que se presenta solamente en aquellos ordenamientos que expresamente lo consagran.

Asimismo, dentro del ordenamiento la aplicación del principio *lex posterior* tiene curiosas excepciones, puesto que, si con base en este debe ser preferido el derecho más reciente sobre el anterior, es difícil de explicar por qué la derogación de las leyes posteriores se rige,

[76] Por ejemplo, como destaca (Muñoz Machado, 2006a, p. 44), algo distinto acontecía en el derecho histórico español, puesto que las leyes posteriores no derogaban a las anteriores incompatibles, sino únicamente unas y otras se acumulaban, para luego en conformidad a criterios de preferencia se decidía la aplicación de una en desmedro de las otras.

generalmente, por leyes anteriores, como las disposiciones del Código Civil (del año 1889 y su reforma de 1974). Asimismo, por qué los cambios o modificaciones sufridas por los tratados y convenciones internacionales se regulan por una Convención anterior en el tiempo, i.e., mediante la CVDT (1969). De la misma forma, en el derecho internacional, se presentan otras excepciones a este principio, ya que se otorga preferencia a los tratados o convenciones internacionales suscritos con anterioridad a la adhesión del Estado miembro a la UE. Entonces, resulta oportuno explicar cómo estas formas jurídicas anteriores adquieren el carácter de norma sobre normas o normas de segundo orden en la configuración del ordenamiento[77].

c) La determinación de la derogación

En la actualidad no se presenta acuerdo ni existe un claro fundamento acerca de cuáles son las razones o motivos que fuerzan a preferir algunas formas jurídicas temporalmente posteriores en desmedro de las anteriores, plasmada dicha preferencia a través de la derogación. Probablemente, como en la mayoría de los casos el uso de esta última deriva del reconocimiento o la sugerencia de la práctica jurídica (doctrina y jurisprudencia), una adecuada comprensión de la misma requiere una detallada explicitación de los criterios utilizados por la propia práctica jurídica.

En el caso español, esta propuesta, de determinar la derogación a partir de los criterios emanados y utilizados por la jurisprudencia y la dogmática jurídica, encuentran un fundamento adicional, puesto que solo el art. 2.2. del Código Civil es el único precepto que trata directamente la derogación, las interrogantes en relación con su utilización y alcances resultan abundantes. Esta manera de establecer la derogación regula una pequeña porción del universo de casos posibles vinculados con ella, e inclusive la regulación en sí misma no sirve como guía de conducta para los casos de derogación, porque no específica todas sus condiciones de aplicación, sus efectos, a qué elementos del ordenamiento está dirigida y cómo llevarla a cabo[78].

Derivado de lo anterior, algunos ordenamientos jurídicos mantienen la tradición decimonónica de regular la derogación mediante normas de rango legal. Así, en la actualidad la derogación es única o principalmente regulada mediante una ley, que en el caso español tiene el carácter de estatal, ordinaria y supletoria, lo cual genera diversos problemas dentro del ordenamiento. Estos problemas se relacionan con que esta ley no tiene el rango ni la competencia para imponer su contenido a otras leyes estatales (sean especiales o posteriores) ni tampoco a elementos provenientes de otros grupos normativos del ordenamiento (comunitarios, internacional o autonómicos), es decir, la ley que regula la derogación puede ser «derogada» por cualquier ley posterior, no regula los casos de leyes especiales, su contenido no afecta a elementos jerárquicamente superiores, y tampoco puede reglar los casos acontecidos en otros grupos normativos o al menos no tiene ninguna

[77] Como sostiene Adolf Merkl (1987a[1917], p. 195), es una petición de principios resolver el problema de la legislación del siglo sucesivo a la promulgación del Código Civil mediante las disposiciones de este último.
[78] Otros casos de escasa regulación se presentan en Chile (art. 52 y 53 Código Civil) e Italia (art. 15 Preleggi).

preferencia en ellos. Todo lo cual, como ha sido señalado, presenta una infinidad de preguntas acerca de sus condiciones o criterios de aplicación[79].

Adicionalmente, en este contexto, algunas prácticas legislativas propias de los derechos contemporáneos complejizan aún más la determinación de los alcances y la eficacia de la derogación, concretamente, la delimitación de qué elementos son derogados y cuáles son los derogatorios. En este sentido las principales prácticas legislativas son: i) la inserción de disposiciones que declaran la pervivencia de la ley derogada, otras que plantean la aplicación retroactiva de la nueva ley, y también, las que establecen un régimen jurídico autónomo diferente del contemplado por la norma derogada y derogatoria; ii) el empleo excesivo de la delegación recepticia, por medio de la cual se habilita al ejecutivo a dictar elementos de tipo legislativo (textos refundidos); iii) la utilización de la deslegalización como medio para descongestionar la labor parlamentaria; iv) el uso de una entrada en vigor escalonada de los elementos normativos; v) recurrir frecuentemente a los reenvíos legislativos; y fundamentalmente, vi) una práctica derogatoria sustentada, fundamentalmente, en la inserción de cláusulas derogatorias generales[80].

d) La utilidad de la derogación

Así y todo, los ordenamientos jurídicos contemporáneos recurren básicamente a la derogación para plasmar sus procesos de actualización normativa, es decir, el modo en el cual el nuevo derecho ingresa al ordenamiento jurídico y al mismo tiempo excluye al antiguo, y además, se recurren a ella para llevar a cabo los procesos de eliminación normativa, i.e., la exclusión del ordenamiento de determinados componentes por diferentes razones (políticas, morales, consistencia, etc.).

En los procesos de actualización y eliminación del ordenamiento, la derogación no excluye de manera absoluta a los elementos anteriores, pues su utilización no implica un cambio inmediato y único de estos por los posteriores, ya que, como el nuevo derecho no reemplaza en todas y cada una de las situaciones reguladas por el antiguo, es posible la aplicación del derecho antiguo con posterioridad a la derogación (sea sustituido o no por uno nuevo). De este modo, cualquier explicación del fenómeno derogatorio en términos absolutos no entrega respuestas adecuadas a los problemas derivados de la superposición temporal de los elementos normativos en el marco de los derechos contemporáneos.

Además, en el marco de estos derechos, se manifiesta con mayor fuerza la necesidad de una eliminación de los componentes de un ordenamiento, ya que la inaplicabilidad es el mecanismo preferente y mayoritariamente utilizado para plasmar la fuerza excluyente de formas jurídicas de los derechos contemporáneos, lo cual trae como consecuencia que perfectamente una misma situación pueda estar regulada de modo diversos por los elementos distintos y claramente determinados. Por ende, estos ordenamientos tienden a producir demasiadas situaciones de indeterminación, porque el derecho presenta diversas

[79] Excepcionalmente, países como Costa Rica (art. 129) y México (art. 72 letra f) reconocen la derogación mediante disposiciones constitucionales. Asimismo, la Constitución Española de 1812 en su artículo 153 establecía que: «Las leyes se derogan con las mismas formalidades y por los mismos trámites con que se establecen».

[80] Todas estas consideraciones de técnica legislativa en: (Viver i Pi-Sunyer, 1986; 1989), (Peñaranda Ramos, 1989), (Vethencourt Velazco, 1993), (Hernando, 1994), (Muñoz & Haba, 1996) y (Carbonell, 1997; 2000).

posibilidades o cursos de acción derivados de las diferentes formas jurídicas que regulan la misma situación de modo diverso. Por lo tanto, en este tipo de ordenamientos y para esta clase de problemas la derogación desempeña o puede desempeñar un rol clave, ya que a través de su utilización se puede acendrar el contenido del ordenamiento jurídico mediante la exclusión de los elementos que producen distorsión, complejidad e incoherencias[81].

En palabras de Antonio Martino (1977) y (1990), la situación recién descrita produce considerables niveles de «contaminación legislativa», pero no solo porque conllevan la presencia de un excesivo remanente de elementos o formas jurídicas que, probablemente, nunca sean aplicables dentro del ordenamiento, sino también por la excesiva proliferación y promulgación de formas jurídicas, es decir, la contaminación legislativa se presenta en los derechos positivos contemporáneos por un crecimiento sin control de las formas jurídicas sin posibilidad de deshacerse de los desechos.

No obstante, una de las condiciones que deben cumplirse para que la derogación pueda efectivamente realizar sus funciones de actualización y eliminación normativa es que ella sea establecida de manera inequívoca por la autoridad de creación normativa, y no por los órganos de aplicación, ya que, generalmente, la mayoría de los ordenamientos jurídicos no atribuyen un efecto *erga omnes* a las sentencias dictadas por sus tribunales de justicia, en los casos en que estos establecen o reconocen la derogación de una forma jurídica por otra[82].

e) La denominación de la derogación

La reconstrucción constató que la regulación positiva, la jurisprudencia y la dogmática jurídica recurren y aluden mediante el término «derogación» a diferentes situaciones, y asimismo, mediante diferentes expresiones vinculan distintos acciones de cambio normativo con la derogación; todo lo cual, erige la figura de la derogación como una de carácter complejo que resulta aplicable a un amplio rango de acciones y situaciones.

En respaldo de lo anterior aprecié la utilización de la palabra «derogación» a una amplia gama de situaciones. Así, constaté que los operadores jurídicos sostienen que: i) las leyes excepcionales derogan al derecho general para determinadas materias; ii) la interpretación del Tribunal Europeo de Derecho Humanos deroga una doctrina de la sala penal del TS; iii) cuando «el artículo *x* de una ley sustituye al artículo *y* de otra» o «el inciso primero del artículo *x* es modificado en cuanto sigue» los primeros derogan a los segundos; iv) uno o varios artículos son derogados cuando otros artículos expresamente lo estipulan; v) uno o varios artículos son derogados en los casos en que su contenido se oponga al establecido con posterioridad; y vi) una o varias leyes son derogadas cuando una nueva ley regula su misma materia.

En consecuencia, las similitudes y diferencias entre los casos aludidos entrega un conjunto de posibilidades que deben ser delineadas para tratar de explicitar los criterios utilizados por los operadores jurídicos para predicar la derogación de algunos casos, y quizás, la

[81] Esta situación de inseguridad jurídica es fundamentalmente enfatizada por el TJUE en la sentencia de 15 de octubre de 1986 y de 26 de abril de1988.

[82] Como señalan José Juan Moreso y Pablo Navarro (1993, p. 19), en las sociedades contemporáneas es habitual clasificar a los órganos que forman la práctica social institucionalizada del derecho en de creación y aplicación normativa.

suspensión, la abolición o la abrogación de otros. Igualmente, esta explicitación de diferencias y similitudes puede contribuir a acotar o precisar el alcance del criterio cronológico como fundamento de la derogación.

En definitiva, la revisión de estos aspectos muestra la importancia de distintas cuestiones al momento de esbozar una caracterización general de la derogación. El examen de sus ámbitos de aplicación manifiesta la preponderancia de determinar de un modo prolijo los distintos tipos de relaciones que se pueden presentar entre los componentes de un ordenamiento jurídico, las alteraciones que podrían presentarse cuando estas relaciones cambiasen a lo largo del tiempo, y consecuentemente, las dificultades que se presentan al momento de intentar formular generalizaciones de los mismas. Por su parte, el repaso de su fundamento tradicional evidencia tanto los problemas de una aplicación irrestricta del criterio cronológico como la necesidad de utilizar consideraciones complementarias para explicar el uso de la derogación. A su vez, la consideración de los elementos que contribuyen a su determinación y utilización aporta la explicitación de los defectos actuales de su regulación, y en consecuencia, el sin número de cuestiones abiertas en torno a ella. Así también, la presentación de su utilidad dentro de los derechos actuales muestra con mayor fuerza su importancia y el provecho que puede obtenerse de ella, principalmente, en la labor de disminuir la contaminación legislativa. Finalmente, la referencia a los modos con que usualmente se alude y recurre a ella captura la complejidad de la misma, tanto por el ámbito de situaciones en los cuales es utilizada como la diversas de maneras en las cuales puede ser plasma.

1.5 Conclusiones

A partir de los cambios sufridos por los derechos positivos en los últimos treinta años y la limitada capacidad explicativa de los modelos teóricos para reconstruir el carácter dinámico de los ordenamiento jurídicos, mostré la importancia y función de la derogación, i.e., presenté el rol de la derogación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos y cómo la nueva multiplicidad de formas y relaciones jurídicas repercuten en su configuración e importancia.

Asimismo, sugerí que esta mayor diversidad de formas y relaciones jurídicas condicionan necesariamente cualquier explicación o teorización acerca de la derogación, puesto que se debe ser sumamente cauto al momento de generalizar o utilizar planteamientos reduccionistas, si se desea ampliar nuestra capacidad de compresión y explicativa de estos fenómenos. En igual sentido, propuse que toda propuesta esclarecedora del fenómeno derogatorio necesita conocer cómo este es determinado y utilizado en los ordenamientos jurídicos, para así en una reconstrucción dar la adecuada relevancia al derecho positivo y los operadores jurídicos.

También, mostré como en la actualidad la derogación continúa desempeñando un rol preponderante, mediante el gran número de casos que esta resuelve en materia de exclusión normativa, a través de sus funciones de actualización y eliminación normativa, lo cual respalda aún más la oportunidad de una investigación acerca de ella. Sin embargo, en la mayoría de estos casos, la derogación es utilizada porque los operadores jurídicos

establecen o recomiendan como oportuna su utilización, puesto que una parte considerable de los actuales derechos positivos presentan una tendencia a no regular la derogación, de modo que, sus condiciones de aplicación y efectos, entre muchas otras cuestiones, quedan aún abiertas o directamente indeterminadas. Por ende, la ausencia de regulación jurídica positiva en materia de derogación inclina esta investigación hacia el estudio de las propuestas de los operadores jurídicos, integrados prevalentemente por la jurisprudencia y dogmática jurídica, con lo cual un estudio completo de estos últimos debería incluir a ambos enfoques. Sin embargo, como señalan Calsamiglia y Guastini:

> «…me interesa prestar especial interés a la dogmática jurídica porque es el lenguaje que se utiliza para la transmisión del conocimiento jurídico y porque tanto abogados como jueces, legisladores y juristas en general lo usan» (1990, p. 17)

> «…encuentro de gran interés los modos de razonar de los juristas, entre otras cosas porque pienso que son los juristas –más bien que los jueces– los que "construyen" el Derecho, y que es la dogmática jurídica la que forja la *forma mentis* de los jueces...» (2004, p. 463)

Así, el siguiente capítulo se centra en los trabajos elaboradoras por la dogmática jurídica, entendida como una actividad central y representativa de las prácticas realizadas por los operadores jurídicos. Actividad que, tradicionalmente, ha abordado, analizado y desarrollado propuestas de diversa índole en torno a la derogación.

No obstante, igualmente los operadores jurídicos manifiestan dificultades al momento de individualizar los alcances del fenómeno derogatorio, lo cual repercute directamente en una mayor complejidad al momento de determinar los componentes de un ordenamiento jurídico en un momento determinado. Cuya determinación, en el caso de la derogación, se relaciona con el desplazamiento de la individualización del derecho desde los órganos de creación normativa hacia los órganos de aplicación, pues se ha constatado una significativa disminución del papel de las autoridades de creación normativa en la función de configurar y establecer los contenidos de los ordenamientos jurídicos, lo cual puede tener implicaciones en materia de regímenes democráticos y seguridad jurídica, ya que afecta directamente la previsibilidad de las normas como ordenadoras de las conductas de los ciudadanos.

En consecuencia, al menos tres de las cuestiones brevemente reseñadas tienen un impacto profundo en una concepción tradicional del derecho, ya que socaban las bases de su reconstrucción, su representación y la explicación de su dinámica. Así, el cambio se presenta desde una visión de los tribunales como órganos aplicadores del derecho hacia una presentación de los mismos como órganos de creación y configuración de las instituciones y los conceptos jurídicos. Junto con una concepción de la actividad dogmática como descriptivo-explicativa del derecho, hacia otra que la reconoce como fundamental en la configuración los conceptos jurídicos y el ordenamiento en sí mismo. Así como también, el cambio desde una visión del criterio cronológico como rector de los ordenamientos hacia su presentación como uno más entre muchos otros, con los cuales se determina la utilización y el contenido de la derogación. Si bien estas cuestiones y cambios de perspectivas en algunos contextos comienzan a ser calificados de vetustos, en los mismos aún no se presenta una justificación y fundamentación tan detallada como la que he desarrollado en el presente capítulo.

Por consiguiente, si aquello que es la derogación es determinado básicamente por el concepto que tienen de ella los operadores jurídicos, para determinar el fenómeno derogatorio resulta necesario recurrir a consideraciones que están más allá de las estipulaciones de cada derecho positivo, y en consecuencia, resulta adecuado desarrollar un análisis conceptual pormenorizado de la misma. En otras palabras, si todo derecho pretende motivar la conducta de sus destinatarios, con una regulación insuficiente en materia de derogación difícilmente se logra este objetivo, de modo que, una escaza regulación promueve el tratamiento de una institución a partir de las prácticas de los operadores jurídicos y las actitudes y creencias asociadas a ellas; de ahí que, para comprender la derogación sea necesario revisar estas prácticas, actitudes y creencias.

Por lo tanto, constatado el papel de la derogación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, reconocida la relevancia de su investigación y vistas las dificultades vinculadas a ella, opto por el análisis conceptual como un paso imprescindible dentro de un estudio pormenorizado de la misma. Así, parece oportuno continuar esta investigación a partir de las contribuciones realizadas por los operadores jurídicos en este ámbito, pues la conjunción de un fundamento sucinto, una regulación escasa y una determinación sustentada, principalmente, en la práctica jurídica enfatiza aún más la necesidad de estudiar la derogación a la luz de los planteamientos de los operadores jurídicos para resolver así interrogantes planteadas en el presente capítulo.

Ahora bien, para que una investigación de estas características preste una adecuada atención a los aspectos generales que caracterizan a la derogación se deben considerar:

i. Los fundamentos de la derogación. Se hace necesaria una explicación acerca de que funda la preferencia de la forma jurídica posterior frente a la anterior, y por qué su regulación, generalmente de nivel legislativo, es utilizada para determinar las normas preferentes tanto en relación con las formas jurídicas superiores como con las formas legislativas posteriores;
ii. La denominación de la derogación. El carácter complejo del fenómeno derogatorio, que agrupa un amplio rango de acciones y situaciones, empuja hacía una necesaria explicitación de los criterios utilizados para predicar la derogación de algunos casos, y así, diferenciarla más claramente de los otros mecanismos de exclusión normativa;
iii. El ámbito de aplicación. Es necesaria una explicación complementaria a la tradicional alusión la derogación cuando la ley posterior es de igual o superior jerarquía que la ley anterior, y así, dentro de la complejidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos individualizar cada uno de sus diversos tipos;
iv. La determinación de la derogación. Una sucinta regulación de carácter legal unida a desafortunadas prácticas legislativas origina la necesidad de una explicación acerca de las condiciones de aplicación, requisitos y efectos de la derogación en los ordenamientos actuales, como asimismo, de los distintos tipos de derogación;
v. La utilidad de la derogación. Si bien para que la derogación pueda desempeñar sus funciones de actualización y eliminación normativa necesita de la precisión de la autoridad de creación normativa. Al menos, una explicitación de los medios a través de los cuales la autoridad plasma su ocurrencia contribuye a una mayor seguridad jurídica, puesto que en los ordenamientos jurídicos, tanto

la precisión como la seguridad jurídica están asociadas con las diversas maneras en que se plasma la derogación.

De este modo, en el capítulo siguiente se estudian y presentan los planteamientos de la dogmática jurídica en materia de derogación de una manera directamente vinculada con estos cinco aspectos que caracterizan a la derogación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

En definitiva, en el presente capítulo, a través del estudio de la derogación ha sido posible explicitar y explicar algunos de los cambios sufridos por los derechos positivos contemporáneos en los últimos treinta años, y además, cómo estos configuran los procesos de exclusión normativa dentro de los mismos, y consecuentemente, cómo determinan el contenido y funcionamiento de la derogación. De este modo, adopto como lineamiento de mi investigación la sugerencia de que cualquier estudio con pretensiones explicativas o reconstructivas acerca de la derogación está condicionado por las particularidades del contexto actual, y consecuentemente, toda propuesta explicativa o reconstructiva muestra sus limitaciones e insuficiencias cuando no se ajusta a las problemáticas propias de los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

CAPÍTULO 2
LA DEROGACIÓN EN LA DOGMÁTICA JURÍDICA

2.1 Introducción

Por diversas razones, la dogmática jurídica se ha preocupado por el estudio de la derogación, y en especial, su rama dedicada al derecho privado. Probablemente, en la actualidad, esta preocupación es explicada por la tradición decimonónica consistente en insertar en los códigos civiles un título acerca de los efectos generales de las leyes. Así, a lo largo de los años se ha propiciado la discusión, el análisis y el surgimiento de propuestas dogmáticas en torno a la derogación a partir de las disposiciones del derecho positivo destinadas a su regular, i.e., encaminadas a establecer los actos y efectos de la derogación dentro del derecho positivo[83].

Sin embargo, como enfaticé en el Capítulo 1, en el caso de la derogación, los planteamientos dogmáticos no se limitan a describir la existencia y el contenido del derecho positivo, puesto que, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, constituye un caso paradigmático de institución escasamente regulada. Por ende, cuando la dogmática jurídica desarrolla planteamientos en torno a la derogación no se dedica a comentar el derecho positivo, sino más bien configura la institución al proporcionar los presupuestos de dichas disposiciones normativa y entregar explicaciones acerca de los alcances, los requisitos y los efectos de la derogación. Así, la dogmática complementa, da un contexto y un contenido a las disposiciones que regulan la derogación[84].

De este modo, y como señalé en la Introducción, el concepto de derogación constituye un claro ejemplo de concepto técnico, puesto que, tanto la palabra utilizada para designarla como su contenido surgen y son determinados por el derecho, específicamente, por la dogmática jurídica, considerada como un representante privilegiado de la práctica. Y además, su estudio debe ser realizado mediante un análisis conceptual conectivo, el cual posibilita conocer las relaciones y funciones del concepto de derogación en su interconexión con los otros conceptos jurídicos en una red del cambio normativo, y también, proporciona la ubicación de cada uno de estos conceptos en la misma red.

En consecuencia, a partir de las conclusiones del Capítulo 1, los planteamientos dogmáticos en materia de derogación son estudiados y presentados en torno a los aspectos generales que caracterizan a la derogación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, a saber:

---

[83] En igual sentido (Manresa y Navarro, 1987) y (Delgado Echeverria, 2003). Si bien reconozco la existencia de distintas expresiones «dogmática jurídica», «ciencia del derecho» y «doctrina legal» para referirse a la misma actividad, aunque no necesariamente de manera sinónima, adopta la primera de ellas por su amplia difusión en español. En mayor profundidad véase (Jori, 1987b) y (Calsamiglia, 1990).

[84] La escasa regulación también es destacada por (Diez-Picazo, 1990), quien enfatiza la ausencia de normas positivas que consagran el principio de *lex posterior*. También, (De Castro, 1955, p. 703) afirma que, generalmente, en los ordenamientos jurídicos no se regula la cuestión del fin de la vigencia de las normas, es decir, no solo las reglas de cambio que autorizan a la dinámica, sino la configuración de esta institución. Además, ejemplos adicionales a los señalados en el Capítulo 1, sobre sucinta regulación de la derogación se presentan en el art. 8 del Código Civil de Luisiana y el art. 20 del Código Civil de California.

i) Fundamento de la derogación. Resulta oportuna una explicación acerca de qué sustenta la preferencia de la forma jurídica posterior frente a la anterior y por qué su regulación, generalmente legislativa, es considerada como una normativa con un carácter especial (segundo orden, metanorma, etc.);
ii) Denominación de la derogación. Es necesaria una explicitación de los criterios utilizados para predicar la derogación en algunos casos, junto con una clara delimitación con los otros mecanismos de exclusión agrupados en torno a ella, lo cual resulta clave para su identificación;
iii) Ámbito de aplicación de la derogación. Se hace indispensable una explicación complementaria a la tradicional alusión a la derogación cuando la ley posterior es de igual o superior jerarquía que la ley anterior, y así, dentro de la complejidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos individualizar cada uno de sus diversos tipos;
iv) Determinación de la derogación. Una sucinta regulación de carácter legal unida a desafortunadas prácticas legislativas origina la necesidad de una explicación acerca de las condiciones de aplicación, requisitos y efectos de la derogación en los ordenamientos actuales, como asimismo, de los distintos tipos de derogación;
v) La utilidad de la derogación. Una explicitación de los mecanismos mediante los cuales la autoridad de creación normativa establece la ocurrencia de la derogación contribuye a una mayor certeza o seguridad jurídica, puesto que en los ordenamientos jurídicos la precisión y la seguridad jurídica están asociadas con las diversas maneras en que la derogación es plasmada.

En definitiva, para satisfacer dichas necesidades explicativas y objetivos, el presente capítulo se estructura en el siguiente orden: 2.2. El fundamento de la derogación; 2.3. La denominación de la derogación; 2.4. El ámbito de aplicación de la derogación; 2.5. La determinación de la derogación; 2.6. La utilidad de la derogación; y 2.7. Conclusión acerca de cómo se presenta la derogación en la dogmática. Finalmente, como para la reconstrucción de los planteamientos dogmáticos utilizo propuestas de distintos tiempos y tradiciones jurídicas, para su tratamiento conjunto he seguido el consejo de Leszek Kolakowski, según el cual, en una actividad de este tipo es importante disipar las diferencias accesorias y enfatizar los rasgos comunes entre las distintas tradiciones[85].

2.2 El fundamento: sustrato compartido del cambio normativo

Tradicionalmente, el carácter dinámico de los derechos positivos contemporáneos se presenta como el estudio de la introducción y eliminación de las leyes a lo largo del tiempo, con una marcada preferencia por la ley posterior frente a la anterior, cuando la primera es de mayor o igual jerarquía que la segunda. De esta manera, el principio o criterio

[85] Esta es la solución que la sugiere Kolakowski (1988[1966], p. 7) frente al problema de ¿cómo organizar la historia en totalidades esquematizadas para su mejor entendimiento?

cronológico de *lex posterior derogat legi priori* constituye para la dogmática jurídica un elemento rector de los ordenamientos jurídicos positivos[86].

Algunos tipos de cambio, sufridos por los derechos positivos contemporáneos, presentan un aspecto en común vinculado con la necesidad de una manifestación o formulación formal de parte de la autoridad de creación normativa para su ocurrencia, i.e., algunos cambios requieren que la autoridad por medio del lenguaje exprese aquello que produce o producirá el cambio normativo. Este elemento en común conecta a la mayoría de los mecanismos de cambio normativo reconocidos actualmente por los distintos derechos positivos, puesto que en la mayoría de ellos su configuración deriva de la concepción o el paradigma de los «derechos estatales modernos».

2.2.1 El contexto del cambio normativo

La concepción de los derechos estatales modernos se vincula principal y directamente con el movimiento codificador, la adopción de la certeza o seguridad jurídica como directriz y el monopolio o centralización en la creación del derecho como rasgo definitorio. Por cuanto, estas características determinan el papel desempeñado por los mecanismos de cambio normativo y el manera en el cual estos son diseñados (inclusive en la actualidad). Como describe oportunamente Diez-Picazo:

> «La burguesía triunfante en las revoluciones liberales sentía la imperiosa necesidad para el correcto funcionamiento de un modelo económico […] de un tipo de Derecho basado en la certeza, puesto que sólo así es posible hacer negocios. Es así, en el marco de un Derecho codificado, donde, como trámite inexcusable para poder alcanzar la certidumbre, adquiere pleno sentido y protagonismo el instituto de la derogación» (1990, p. 38)

Esta pretensión de establecer un ordenamiento jurídico y la seguridad de las relaciones se manifiesta en el deseo de disminuir las dificultades en la determinación del derecho aplicable a un caso concreto, para lo cual, se recurrió al poder legislativo, e que estaría regularmente organizado y siempre dispuesto a revisar y cambiar las leyes[87]. Al menos, esto se observa en los primeros comentarios al código civil español:

> «…sobre todo teniendo en cuenta las disposiciones adicionales del Código, disposiciones que demuestran como el Código prescinde con razón de la costumbre contra ley, desuso y práctica en contrario, ya que con intervalos cortos de tiempo se ha de ir reformando; pero estas disposiciones, como tantas otras que se dictan en España, por ahora no se han cumplido…» (Planas y Casals, 1913, p. 160)

[86] En este capítulo entiendo la palabra «ley» como generalmente es empleada por la dogmática, es decir, mediante ella se designa a todo documento jurídico que expresa o contiene normas generales y abstractas. Si bien, para reflejar en mejor medida las propuestas dogmáticas es necesario mantener este uso genérico de la palabra «ley», esto no significa que algunos autores distingan claramente las diversas nociones vinculadas a dicho término. Por ejemplo, este uso genérico es destacado por (Coca, 1992, p. 4).

[87] (De Castro, 1955, p. 702), (Moreno, 1974, p. 332), (Manresa y Navarro, 1987, p. 183) y (Castan, 1988, p. 601).

Así, el triunfo del liberalismo acarrea la victoria del legalismo y la jerarquía normativa (entendida a partir de las reglas de producción), lo cual desplaza a los criterios de prelación del derecho común, y establece que, las normas de rango inferior deben ajustarse a las de rango superior a costa de ser consideradas inválidas. Se establece así la unidad del ordenamiento jurídico, la supremacía del derecho estatal y la preeminencia de la cultura liberal para afianzar la supremacía legal, lo cual convierte a la ley en la expresión de la voluntad general y en la fuente principal del derecho. Por ende, dadas las dificultades que ofrecen otras fuentes de derecho respecto de su conocimiento y prueba, como el caso de la costumbre, y también, la eventual confusión que conllevaría considerarlas a todas conjuntamente, se opta por subordinar a todas las otras fuentes del derecho a la ley, y de este modo, determinar su valor a partir de ella[88].

Por consiguiente, los mecanismos de cambio normativo presentes en los ordenamientos jurídicos contemporáneos deben ser vistos a la luz de estas consideraciones, y en este sentido, enfatizar el hecho de que en su mayoría constituyen una manifestación, un acto o una declaración de una autoridad centralizada o de un monopolio estatal o supraestatal, el cual se expresa a través de formas jurídicas preestablecidas por el propio ordenamiento. De ahí que, una parte considerable de los distintos mecanismos de cambio normativo utilizados por los ordenamientos jurídicos compartan el hecho de depender de algún tipo de manifestación o expresión lingüística de un legislador (entendido en un sentido amplio como toda autoridad de creación normativa).

A partir de estas consideraciones se puede hacer una vinculación entre la configuración del estado moderno de derecho y algunas instituciones del derecho romano, ya que este se afianzan a partir de algunas de sus instituciones, como acontece con algunos mecanismos de exclusión normativa, y en concreto, con la derogación. Basta con recordar que el término «*ab-rogatio*» se utiliza en el derecho romano clásico para plasmar un nuevo acuerdo entre los magistrados y el pueblo en sentido contrario a un acuerdo anterior, es decir, para cesar una *lex rogata* se requería tanto de una *rogatio* en signo contrario de parte del magistrado como de un *iussus populi* en sentido contrario. Además, a partir de este término, surgen diversas variantes terminológicas que hasta nuestros días encuentran cabida en el lenguaje jurídico, a saber: i) *abrogatio,* como eliminación de la ley; ii) *derogatio*, como eliminación parcial de la ley; iii) *obrogatio,* como modificación parcial de la ley; y iv) *subrogatio*, como agregación de una nueva disposición[89].

Asimismo, esta reminiscencia del derecho romano sirve para entender mejor la elección terminológica del español por la palabra «derogación» dentro del abanico de posibilidades existentes, pues en este idioma perduró el uso dado a los términos en el latín medieval, en el cual, frecuentemente, la palabra «*derogatio*» era utilizada como sinónimo de «*abrogatio*». A su vez, esta reminiscencia también contribuye a explicitar porque en español y en inglés respectivamente el verbo «abrogar» y «*abrogate*» junto con los sustantivos, adjetivos y participios derivados de ellos (abrogado/*abrogation*, abrogatorio/*abrogative* y abrogado/*abrogated*) son utilizados para aludir a la cancelación o cese de una ley mediante la

[88] (Diez-Picazo, 1990, pp. 38-45). Para la idea de una jerarquía a partir de las reglas de producción normativa ver Capítulo 1.

[89] En mayor detalle véase (Pugliatti, 1958, p. 142), (Diez-Picazo, 1990) y (Rescigno, 2006, p. 22).

legislación o la costumbre. Esta opción lingüística son las que sigo en la presente investigación[90].

2.2.2 Los fundamentos del cambio normativo

En este contexto, en la cual se da prevalencia a las fuentes centralizadas de creación y eliminación normativa, el tratamiento dogmático de las razones que justifican al legislador a cambiar el derecho existente, y luego, a preferir o condicionar la elección de un nuevo derecho frente al anterior, las agrupo en cuatro aspectos estrechamente vinculados entre sí: i) ¿qué motiva el cambio?, ii) ¿qué facultad se detenta para realizar un cambio?, y iii) ¿por qué se debe preferir el nuevo derecho?

a) ¿Qué motiva el cambio?

La dogmática jurídica esgrime diversas razones para fundar los cambios normativos del derecho positivo. Algunos autores sostienen que, cuando varían las condiciones en las cuales se encuentran los destinatarios de las leyes, ellos pueden modificarlas legítimamente, es decir, frente a diversas circunstancias proceden diversas regulaciones. Por lo que, si la condición de estabilidad de las leyes está subordinada a las vicisitudes de los tiempos, toda época tendría y tiene la posibilidad de determinar por sí misma su derecho en atención a las conveniencias o circunstancias del momento[91].

Frente a estos fundamentos del cambio normativo surge diversas inquietudes acerca de cómo el cambio del derecho está vinculado con el cambio de las circunstancias, es decir, en qué medida, al aceptar esta posición, la posibilidad de cambiar el derecho puede convertirse en una obligación cuando cambian las circunstancias. Por ejemplo, ante un cambio en las circunstancias el legislador simplemente «puede» modificar la ley o «debe» modificar la ley, o bien, solo debe cambiar la ley cuando las ventajas que acarrea la modificación compensan los perjuicios del cambio. Asimismo, sí el legislador puede o debe cambiar la ley al variar las circunstancias, una disposición destinada a prohibir el cambio del derecho debe ser considerada como contraria al orden público[92].

Por su parte, dentro de la dogmática jurídica, hay quienes explican el cambio normativo con base en ciertas ideas acerca de la naturaleza de razón, y de acuerdo con las cuales cambiar desde lo imperfecto a lo perfecto es natural a la razón. Por lo cual, no solo se debe aceptar el cambio, sino también, se debe preferir la última manifestación de la razón (la ley posterior), por ser la última manifestación de la voluntad del legislador, la expresión más

---

[90] Dentro de la dogmática hispanohablante este uso se observa en: (Gutiérrez, 1871), (Santamaría J. , 1958, p. 25), (Villar, 1971), (Puig, 1974), (Mascareñas, 1983b, p. 94), (Diez-Picazo, 1990), (Pons & Del Arco, 1990, p. 233) y (Vaquer, 2005, p. 904), entre otros; mientras que, en la dogmática del *common law* en: (Rudd, 1954-1955, p. 310), (Hewitt, 1939, p. 211), (Fordham & Russell, 1949-1950, p. 443) y (Notes, 1955, p. 1048).

[91] (De Casso & Cervera, 1950, pp. 1521-1522), (Mucius, 1965, p. 1021) y (Puig, 1974, p. 112). En este caso puede añadirse a las situaciones de cambio de las leyes el desuso, la consuetudo y las prácticas en contrario, ya que estas constituyen un claro reflejo de los tiempos y de las costumbres de los pueblos, como sugiere (Díaz & Martínez, 1900, p. 53).

[92] (Puig, 1974, p. 112).

perfecta del mismo[93]. Un parcial reflejo de estas ideas se encuentra en las palabras de Castan:

> «Toda disposición de Derecho puede ser modificada o derogada por nuevas disposiciones. En esto una consecuencia necesaria de la esencia del Derecho, pues si éste se basa, presupuesto el factor racional, en la voluntad de la entidad soberana, ha de tener ésta la posibilidad de cambiarlo en cualquier momento» (1988, p. 601)

b) ¿Qué facultad se detenta para realizar el cambio?

En general, los autores afirman que es competente para cesar una ley aquella autoridad a la cual corresponde actualmente emanarla, es decir, corresponde actualmente la función legislativa en la materia sobre la cual la norma se dirige. Esto en razón de que todo producto de la actividad legislativa puede ser enmendado por la misma autoridad, pues el poder para promulgar llevaría consigo el poder para derogar[94]. En este sentido las palabras de Francisco Suárez no pierden actualidad:

> «La razón de la segunda forma de mutación [extrínseca] es que la ley recibe su existencia y fuerza de obligar a través de la voluntad del legislador, por lo que podrá derogarse en virtud de una voluntad contraria. Damos por supuesto que no falta poder para ello ya que, sobreentendida la aptitud en la materia, el legislador posee el mismo poder para ambos actos…» (1968 [1612], p. 168)[95]

Sin embargo, algunos autores sugieren que la capacidad para cambiar el derecho existente está vinculada con la idea de una voluntad colectiva que da sustento al propio derecho. Por ende, esta voluntad debe encontrarse en posición de poder cambiar el derecho, y en consecuencia, se entrega una «potestad derogatoria» a las autoridades representantes de esta autoridad colectiva, v.gr., en los sistemas democráticos la derogación podría vincularse con la posibilidad que tendrían o deberían tener las nuevas mayorías para efectivamente cambiar el derecho existente[96].

También se sostiene que la facultad para cambiar el derecho descansa en la presencia de una autoridad jurídica dotada de un poder permanente y potencialmente inagotable, denominado «potestad legislativa», cuyo ejercicio concreto a través de actos normativos idóneos produce el cese de los efectos jurídicos producidos por los actos normativos precedentes, llamada «función legislativa». Asimismo, hay quienes fundan la facultad para cambiar el derecho con la necesidad de que cada acto legislativo tenga la misma eficacia, es decir, que los actos más recientes tengan la capacidad de paralizar la eficacia de los

---

93 (De Casso & Cervera, 1950) y (Puig, 1974).

94 (Donati, 1914, p. 162), (Dean, 1932, pág. 292) y (Pons & Del Arco, 1990, p. 233). Ideas contenidas en el aforismo «*eius est abrogare leges, cuius est concedere*».

95 La actualidad de las ideas de Suárez deriva de que los iusnaturalistas de los siglos XVI y XVII, comenzando con la neoescolástica española, contribuyen a configurar los criterios que determinan la vida las leyes (las leyes sobre leyes). Una vez las monarquías absolutas adoptan la bandera del legalismo, es decir, considerar a la ley como la voluntad del soberano y la principal fuente de derecho, todas las demás fuentes pasan a estar subordinadas a ella, con lo cual surge la necesidad de determinar el concepto de ley y los mecanismos que regulan su funcionamiento (*leges legum*), principalmente, frente al poder creador de los jueces. Ver (Diez-Picazo, 1990, p. 66).

96 (Dean, 1932, pág. 291) y (Puig, 1974, p. 112).

anteriores, para así poder eliminarlos, modificarlos, integrarlos o ocupar su lugar, y así, ejercer la facultad de desregular o regular nuevamente un materia determinada (innovación normativa)[97].

c) ¿Por qué se debe preferir el nuevo derecho?

Al ingresar una ley en el ordenamiento se presentan dos regulaciones en sentido diverso y temporalmente distintas; entonces, por qué preferir la innovación normativa y no aceptar que ambas leyes se neutralizan, si el simple hecho de ser posterior no implica que una ley tenga una mayor calidad o fuerza obligatoria frente a las anteriores. Ante lo cual, la dogmática responde con tres criterios que fundamentan la preferencia por el derecho posterior, a saber: i) la autoridad, ii) la voluntad, y iii) la jerarquía[98]:

i. Voluntad. En la contraposición entre nomas deberá darse la preferencia a las normas emanadas posteriormente, porque aquellas expresan una voluntad legislativa más reciente. A diferencia del criterio anterior, aquí debe admitirse en las nuevas leyes una declaración implícita de derogación de las normas precedentes, es decir, el fundamento de la derogación descansa en la ley derogatoria y no en la derogada, como en el caso anterior. Esto se vincula con la idea de que ley (en sentido estricto) es el principal medio de producción jurídica, capaz de modificar otras fuentes del ordenamiento (fuerza de ley activa) y solo ser afectada por una voluntad contraria del mismo legislador (fuerza de ley pasiva);
ii. Autoridad. Las razones para preferir la ley posterior se vinculan con la posibilidad que detenta la autoridad soberana de cambiar el derecho, y consecuentemente, una vez cambiado dar prioridad a dicho cambio. Así, esta «*facultas abrogandi*» descansa en una condición resolutoria implícita en toda ley abrogada, salvo disposición en contario, cuyo cumplimiento se verifica mediante una ley de signo contrario, la cual produciría su abrogación. En un sentido similar, otra manera de explicar el fundamento de la derogación es mediante el «carácter inagotable» de las fuentes de creación normativa y sus manifestaciones, cuyo grado de innovación al introducir una ley posterior debe ser comparado y determinado de acuerdo con la magnitud de la ley cancelada;
iii. Jerarquía. En una concepción escalonada del ordenamiento jurídico, en la cual cada acto de los órganos estatales es simultáneamente creador de normas respecto de los inferiores y ejecutor de normas respecto de los superiores, la facultad derogatoria depende de las reglas de atribución que habilitan al legislador para dictar leyes, primordial y necesariamente, contenidas en la Constitución. Por lo que, solo en la medida en que la Constitución contenga de manera explícita o implícita una norma que establezca la vigencia temporal de

[97] (Pugliatti, 1958, p. 142) y (Cannada, 1958, p. 160).
[98] La prioridad del derecho posterior se manifiesta en (Pugliatti, 1958, p. 142), (Castan, 1988, p. 601), (Pons & Del Arco, 1990, p. 233), (Coca, 1992, p. 473), (Albaladejo, 2002, p. 197) y (Lacruz, Sancho, Luna, Delgado, Rivera, & Rams, 2006, p. 208), entre muchos otros.

> las leyes y fije el efecto derogatorio de la ley posterior sobre la anterior, será posible preferir las leyes más recientes frente a las anteriores[99];

2.3 La denominación: hacia una red conceptual del cese normativo

Reconstruidos los fundamentos dogmáticos destinadas a explicar y/o justificar el cambio normativa, cabe delimitar el ámbito conceptual de los mecanismos de cambio, y especialmente, los agrupados bajo el término «derogación, ya que existen consideraciones conceptuales y prácticas que muestra la importancia y necesidad de este ejercicio de delimitación conceptual.

Así, si la aprehensión de un concepto incluye la de sus ejemplificaciones, debe ser posible encontrar o identificar en la experiencia ejemplificaciones del concepto derogación, para lo cual se necesita previamente la determinación de los elementos que distinguen este de los otros conceptos de exclusión normativa. Por ende, la presentación de una red de conceptos interconectados, en la cual la función de cada uno de sus componentes pueda ser entendida mediante la comprensión de sus conexiones con los otros conceptos y su lugar en la red, permite entregar un contenido diferenciador al concepto de derogación y a los conceptos de exclusión normativa[100].

A su vez, la importancia práctica de este tipo de análisis conceptual está vinculada con una mayor precisión en el uso de los términos jurídicos y de los conceptos expresados por ellos, ya que desafortunadamente de manera general en la práctica jurídica, y es especialmente, en la teoría del derecho, se realiza un uso sumamente extensivo del término «derogación», el cual prácticamente puede aludir a casi todos los tipos y clases de mecanismos de cese normativo. Valga por todos, la advertencia realizada por Salvatore Pugliatti:

> «…Non sembra, però, legittimo né opportuno estendere l'ambito dell'effetto abrogativo fino a farlo coincidere con quello della *cessazione dell'efficacia* (dell'atto normativo) per qualsiasi causa. In fatti la detta cessazione di efficacia "può essere prodotta da fatti diversi da quelli che producono l'abrogazione, assume nome diverso e ha caratteri diversi» (1958, p. 147)[101]

[99] La perspectiva de la voluntad en (Donati, 1914, p. 160) y (Notes, 1955, p. 1043). Como reacción a esta posición voluntarista Carlo Esposito (1964[1934], pp. 57-72) sugiere la idea de una condición resolutoria en ley derogada, y otros autores hablan del carácter inagotable de la fuente, como (Pugliatti, 1958, p. 142), (Cannada, 1958, p. 160) y (Capotosti, 1969, p. 2333). Por su parte, como reacción al recurso de la *lex posterior* Adolf Merkl (1987a[1917]) y (1987b[1917]) destaca la importancia de la Constitución y la unidad generada en torno a ella.

[100] El trasfondo de estas ideas en la obra de P. F. Strawson, en concreto: (1974a), (1992), (1998) y (2011).

[101] Si bien Pugliatti considera que el efecto derogatorio se relaciona con la pérdida de la eficacia, en esta investigación no me comprometo con dicha posición.

2.3.1 Un esbozo de red conceptual del cambio normativo

Los ordenamientos jurídicos contemporáneos presentan una continua incorporación y eliminación de contenidos normativos. Así, los componentes de los ordenamientos están temporalmente limitados, ya sea por distintas relaciones normativas, por otros componentes del ordenamiento, o bien, por contener limitaciones implícitas.

En este contexto, las leyes se caracterizan por comenzar a producir sus efectos una vez que han ingresado en el ordenamiento jurídico, salvo excepciones que aplazan dicha producción de efectos. Además, por regla general, las leyes producen sus efectos hacia el futuro, i.e., regulan las situaciones y relaciones jurídicas ocurridas después de su ingreso en el ordenamiento jurídico. Por tanto, es necesario distinguir entre la incorporación de una ley en el ordenamiento jurídico y la producción de sus efectos, y dentro de estos últimos entre la producción de sus efectos hacia un conjunto indeterminado de situaciones o relaciones jurídicas futuras, y sus efectos en conjunto determinado de situaciones o relaciones jurídicas pasadas.

Por consiguiente, de manera general, las leyes comienzan a producir sus efectos una vez que han cumplido todos los requisitos exigidos para su creación y dicha producción de efecto se proyecta hacia el futuro de manera indefinida, salvo los casos en que se aplaza la producción de sus efectos, o bien, se limita el alcance de estos en el tiempo. Así, en un ordenamiento jurídico determinado, el «cambio normativo» se puede presentar por medio de la introducción de nuevos efectos jurídicos o por la variación de los efectos jurídicos existentes. En el primer caso, ingresa en el ordenamiento una nueva ley (primigenia), la cual genera nuevas relaciones y efectos jurídicos en el mismo, por ejemplo, con una ley que regule una materia antes no reglamentada. Y por su parte, el segundo caso se caracteriza por constituir un cambio relacional, en el sentido de que una ley posterior produce una variación en los efectos generalmente producidos por las leyes anteriores, y es este tipo de cambio normativo el cual se vincula la derogación.

La ley comienza a producir sus efectos y este suceso determina tanto el cambio normativo como el carácter pasado o futuro de los mismos. Como las leyes tienden a regular situaciones y relaciones futuras con carácter ilimitado, cuando este carácter es modificado o finalizado se consta una situación de cambio normativo. Las posibles causas o factores del cambio normativo son de diversa índole, empero, los mecanismos reconocidos por los ordenamientos jurídicos para producir dicho cambio siempre son de carácter limitado, y al menos, pueden ser ordenados en dos grandes grupos: (i) «mecanismos de purificación», aquellos preocupados por excluir del ordenamiento aquellos elementos que presentan algún tipo de vicio, como la inconstitucionalidad, la nulidad o la revocación, entre otros; y (ii) «mecanismos de cesación», cuya finalidad se reduce a suspender o cesar la producción de los efectos de las leyes, como la derogación y la suspensión. Como el objetivo del presente trabajo es la elaboración de la red conceptual en la cual se inserta el concepto de derogación, el segundo tipo de mecanismos de modificación es el que constituye el núcleo

de la presente reconstrucción, y solamente hago referencia a los mecanismos de purificación en la medida en que se encuentran vinculados a ellos[102].

Además, una vez la ley comienza a producir sus efectos, estos pueden proyectarse hacia situaciones pasadas y futuras. En el primer caso, se suspenden o cesan los efectos ya producidos por las leyes, y en el segundo, se limitan el alcance de los efectos que pueden llegar a producir las leyes. De este modo, de manera tradicional, dentro de los efectos de las leyes en el tiempo se distingue entre aquellos producidos «hacia situaciones futuras» y los ocurridos excepcionalmente, «hacia el pasado o retroactivos». Si bien, indudablemente ambos producen cambios normativos, por su capacidad para explicar una mayor cantidad de situaciones o la generalidad del cambio normativo, el estudio de las situaciones derogatorias y retroactivas al mismo tiempo son excluidas de esta reconstrucción.

Tradicionalmente, en el contexto de los mecanismos de cesación, los efectos de las leyes pueden cesar por factores internos o externos a las mismas. Los factores internos se caracterizan por abarcar todas las causas de cese que se encontrarían en la propia ley, como acontece con las leyes que son dictadas por un plazo determinado (*lex ad tempus*), o bien, las leyes dictadas con un objetivo concreto y las establecidas para circunstancias determinadas (*occassio legis*); así como también, cuando deja de tener sentido el principio que inspiró al legislador a promulgar una ley (*ratio legis*) caso en el cual se produce la «extinción» de la ley. Por su parte, los factores externos comprenden aquellas causas de cese situadas fuera de la misma ley, como ocurre con la derogación, desuetudo y modificación, entre otros. Los primeros tipos de mecanismos de exclusión (factores internos) son desarrollados de manera indirecta en la reconstrucción, porque no presentan un carácter relacional (como presenta la derogación), es decir, no es una ley la que produce una variación en los efectos generalmente producidos por otras las leyes, sino más bien el cese de los efectos se produce a partir de las consideraciones contenidas en la propia ley cesada.

En definitiva, como el objetivo del presente análisis es el concepto de derogación, resulta justificado realizar una simple presentación de los conceptos vinculados con los mecanismos de purificación normativa, los asociados con los efectos retroactivos de las leyes, y, dentro de los mecanismos de exclusión normativa, los vinculados con factores internos de cese o suspensión de los efectos de las leyes. Como también, resulta adecuado presentar en mayor detalle los mecanismos de expulsión normativa que limitan el alcance de los efectos que pueden llegar a producir las leyes a partir de factores externos a las mismas, pues a estos pertenece la derogación.

2.3.2 Una red conceptual del cese normativo

Caracterizado el cambio normativo como la producción de efectos jurídicos y situada la derogación dentro de su red conceptual, a partir de su caracterización como mecanismos

[102] En italiano, en un sentido impropio, se habla de la *abrogazione dell'atto amnistrativo* para aludir, a una revocación impropia con efecto *ex nunc* ocasionada a la inoportunidad sobrevenida del procedimiento administrativo, ya que la «revocación» se intenta eliminar de raíz todos los efectos del acto revocado, por ser originariamente inoportuno o encontrarse viciado, ver (Cannada, 1958, p. 158). En sentido similar (Diez-Picazo, 1990, p. 41) recuerda que cuando se pretendía suprimir una ordenanza regia se hablaba de «revocación», y no de «derogación», porque a diferencia de la derogación, mediante la primera se intenta eliminar de raíz todos los efectos del acto revocado.

de cese relacional, en el sentido de que modifica los efectos producidos por otras leyes, corresponde determinar su lugar dentro de una red conceptual del cese normativo. Para realizar esta finalidad, se hace necesario un análisis contrastivo con los otros conceptos de la misma red (desuetudo, consuetudo, prácticas en contrario, abolición, dispensa, entre otros), pues solo de esta manera es posible elaborar dicha red a partir de la ubicación y función de cada uno de sus componentes.

a) Mecanismos materiales de cese

En términos generales, dentro de los mecanismos de cese normativo, algunos autores destacan la importancia de una manifestación o expresión lingüística de un legislador (entendido como la autoridad centralizada de creación normativa) como denominador común entre una clase de mecanismo; de ahí que, distingan entre «mecanismos formales» y «mecanismos materiales», en atención a si hay una manifestación de la voluntad del legislador involucrada en la exclusión normativa. Según esta clasificación, forman parte del primer grupo, la suspensión y la abolición, entre otros, y a su vez, se encuentran incluidas en el segundo grupo la desuetudo, la consuetudo y las prácticas en contrario[103].

Una manera más ajustada de presentar esta clasificación es entenderla como un modo de clasificar los distintos mecanismo de cese de las leyes, los cuales se caracterizan por producir un mismo efecto sobre la legislación (el cese normativo), ya sea mediante una manifestación estatal, como en el caso de la derogación, o través de manifestaciones no estatales, como en la desuetudo o consuetudo. De este modo, para determinar la ubicación de la derogación en la red conceptual del cese normativo es necesario ver con carácter previo las relaciones que tienen en este contexto el derecho consuetudinario (entendido en sentido amplio) y el derecho escrito, para lo cual presento las diferencias entre la derogación y los principales mecanismos materiales de exclusión normativa reconocidos por la dogmática jurídica, a saber: la desuetudo, la consuetudo y las prácticas contra ley[104].

Derogación y desuetudo. La desuetudo consiste en la abrogación de las leyes por su desuso, inobservancia o inaplicabilidad, que produce su obsolescencia, sin la concurrencia de un acto de los órganos estatales competentes. Además, algunos autores exigen para su ocurrencia, que la inobservancia de la ley esté fundada en el desconocimiento generalizado de la misma, o bien, en la creencia extendida de que ella está obsoleta o es injusta[105].

De este modo, en un estado liberal, caracterizado por el monopolio de la ley y la supremacía de la certeza, la desuetudo no puede hacer cesar los efectos de las leyes, entre otras razones, porque no tendría la permanencia ni la duración suficientes para demostrar la

---

[103] Para evitar ambigüedades me alejo de la denominación que realiza una parte de la dogmática a esta clasificación: «derogación formal» y «derogación material». Esta clasificación se observa en (Puig, 1974, p. 113). Esta distinción presenta cierto paralelismo con la distinción entre *fonti-atto* e *fonti-fatto* realiza por la dogmática italiana (Diez-Picazo, 1990, p. 81).

[104] Al leer este ejercicio de contrastación es importante tener presente los posibles «cambios del contexto de aplicación» de las leyes, como son los aspectos temporales, materiales o personales de un determina regulación, ya que estos influyen o pueden influir considerablemente en la constatación o identificación de los mecanismo materiales de cese.

[105] (Villar, 1971), (De Casso & Cervera, 1950, p. 1523), (Puig, 1974, p. 114), (Moreno, 1974, p. 329) y (Chew, 1984, p. 140). La última exigencia es señalada por (Diez-Picazo, 1990, p. 49).

existencia de una voluntad popular. Por consiguiente, la «desuetudo» ocupa un lugar periférico en nuestra red conceptual de eliminación normativa[106].

Algunos autores vinculan el efecto negativo de la desuetudo con un gradual y continuo vaciado del contenido normativo de una ley, i.e., la pérdida de su *vis* normativa, pero resulta más adecuado denominar «extinción» de la ley a este tipo de casos, ya que, como señalé, precisamente en este caso la exclusión de los efectos de la ley deriva de factores internos o endógenos a la misma, como expresa el brocardo: «*cessante ratione legis cessat et ipsa lex*»[107].

Derogación y consuetudo. Probablemente la costumbre sea unos dos los casos más identificables y claros en los que se muestra como las otras fuentes de derecho están subordinadas a la ley, y su valor determinado por ella. Por ejemplo, en los casos en que la ley se remite o refiere a la costumbre, ella adquiere fuerza de ley, y en virtud de aquel acto, la costumbre puede abrogar leyes y reglamentos preexistentes[108].

Sin embargo, en los casos en que la ley no remite a la costumbre, generalmente, dentro el modelo de derecho estatal moderno la costumbre contra ley no tiene la capacidad de hacer cesar los efectos de las leyes. Esto se derivada de los problemas que presenta su justificación como fuente de derecho en relación a la organización institucional, también respecto de la eficacia y determinación de la norma consuetudinaria, y consecuentemente, de la determinación del mecanismo y el momento en el cual la producción de sus efectos podría verse constatada.

Por lo anterior, cuando la ley no reconoce a la consuetudo, entendida como la situación mediante la cual por vía de las fuerzas sociales se establece una norma consuetudinaria contraria a lo establecido en el derecho estatal, la consuetudo no forma parte de los mecanismos de exclusión normativa formales, y consecuentemente, no se puede reconocer a ella la fuerza para cesar las leyes, aunque se pueda reconocer la producción de otros efectos jurídicos. Por ende, al igual que respecto de la desuetudo, la costumbre en contrario, en el contexto de los estados modernos, no ocupa un lugar central dentro de la red conceptual de cese normativo.

Una muestra de las diferencias conceptuales entre derogación y consuetudo se aprecian en la argumentación que entrega Pugliatti:

> «…sembra si debba ammetere, per coerenza, che possa aversi abrogazione vera e propia di una norma legale da parte di una norma consuetudinaria, con una legittima e plausible estensione dell'ambito del concetto di abrogazione…» (1958, p. 147)

---

106 (Planas y Casals, 1913, p. 159) y (Diez-Picazo, 1990, p. 52).

107 Estas ideas en (Pugliatti, 1958, p. 147).

108 Según (De Casso & Cervera, 1950, p. 1523) y (Pugliatti, 1958, p. 146), entre muchos otros. En el derecho español un claro ejemplo de este reconocimiento de la costumbre se encuentre en: arts. 1 y 3 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco; arts. 111-1 y 111-5 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código civil de Cataluña; art. 1 de la Ley 5/1961, de 19 de abril, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil especial de las Islas Baleares; arts. 1 y 2 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; arts. 1 y 2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas; y los art. 2 y 3 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

Derogación y prácticas en contrario. De acuerdo con un sector de la dogmática, las prácticas en contrario consisten en la realización de actividades que pueden representar una desviación del verdadero sentido y signo de una ley. La ley deja de ser lo que en realidad debía ser, se contradice o cambia el principio que inspiró al legislador en su promulgación (*ratio legis*). En estos casos se habla de transformación del contenido de la ley originaria, de modo que, en el plano dogmático, cuando un texto legislativo es interpretado de un modo diverso del cual era interpretado o usado, como ocurre en los cambios jurisprudenciales, no es adecuado hablar de derogación[109].

Ahora bien, si para la ocurrencia exitosa de los mecanismos materiales de cese normativo (desuso, consuetudo y prácticas en contrario) se necesita la concurrencia de ciertas conductas y prácticas de los ciudadanos junto con ciertas actitudes de los poderes del estado, como es la aceptación de dichas conductas y prácticas, surgen ciertas dudas respecto de la tajante distinción entre mecanismos formales y materiales, ya que al ser el propio estado, a través de sus órganos, el que deja de exigir la observancia de una ley ¿puede esta actitud ser entendida como voluntad abrogatoria tácita? Si la respuesta es afirmativa se diluye la distinción entre mecanismos formales y materiales[110].

Sin embargo, para mantener la distinción se deben enfatizar los rasgos conceptuales que permiten agrupar ambos tipo de mecanismos bajo el cese normativo, y a su vez, establecer diferencias entre ellos dentro de este marco. Por un lado, los mecanismos de cese se caracterizan por producir el mismo efecto o estado de cosas, tanto formales como materiales, con excepción de la dispensa, la *deroga* italiana y la *derogation* del *common law* que producen la suspensión de los efectos de las leyes y no su cese. Y por otro lado, los mecanismos formales consisten en procesos caracterizados fundamentalmente por la plasmación de una voluntad estatal de cese, ya sea de manera expresa en un texto legal o de manera tácita derivada de la preferencia por una ley posterior. De este modo, la similitud en el efecto producido, agrupa a los distintos mecanismos de eliminación normativa bajo un mismo concepto (mecanismos de cese), y en el contexto de los derechos estatales modernos, la expresión de una manifestación de la autoridad centralizada de creación proporciona un criterio diferenciador entre mecanismos materiales y formales.

b) Mecanismo formales de cese

En la red conceptual de los mecanismos formales de cese, es igualmente necesario el ejercicio de contrastación entre los diferentes conceptos que la integran, para así determinar sus relaciones, contenido y ubicación dentro de ella. Por cuanto, se deben presentar las principales diferencias entre la derogación y dispensa, la *deroga* italiana, la *common law derogation*, la abolición y la modificación o sustitución.

Derogación y dispensa. La dispensa se presenta en aquellos casos en que la ley deja de producir efectos para un caso particular, de manera que, en virtud de la dispensa, quién debería estar sujeto a la ley, ya no lo está. Ella no viene a cancelar la aplicación general de la ley, sino más bien a cancelar dicha aplicación para algunos casos concretos, i.e., el legislador

[109] Para algunos autores como Pugliatti (1958, pp. 147-148), en estos casos resulta un abuso del lenguaje y fuente de confusión hablar de dos leyes, en vez de una sola, puesto que estos cambios de dirección no afectan en nada la eficacia de la norma legal, la cual se mantiene integra.
[110] Este problema es formulado por (Puig, 1974, p. 114).

mediante una exención sustrae del ámbito de una ley algún caso que en ella estaba comprendido. Es la autoridad de creación normativa la que en ocasiones concede este tipo de excepciones en casos y por motivos previamente determinados[111].

La dispensa se diferencia, principalmente, por constituir una sustracción particular de algunos casos de la aplicación de la ley, pues persigue liberar a uno o más sujeto de las cargas de una ley, en cambio, por ejemplo, tanto la derogación como la abolición están destinadas a liberar de la ley a clases de sujetos, no ha individuos particulares. Además, la dispensa no debe ser confundida con la «suspensión», la cual acontece cuando toda una ley pierde transitoriamente su eficacia por un tiempo determinado, y una vez cumplido dicho plazo, la ley retoma su fuerza obligatoria. En otras palabras, la suspensión es una limitación en un doble sentido: i) en un sentido general, la ley no puede ser aplicada durante un periodo de tiempo, y ii) en un sentido específico, la ley no será aplicada a una serie indeterminada de casos que hubiesen quedado bajo su regulación[112].

Otra manera en la cual la dogmática diferencia a la dispensa de los otros conceptos de cese normativo consiste en vincular su utilización con la confirmación de la obligatoriedad de las leyes más que con los mecanismos establecidos para que pierdan dicha fuerza, puesto que la dispensa solo tiene sentido en los casos de las leyes presentan plena aplicación y eficacia. En otras palabras, ¿qué sentido tiene dispensar a algunos sujetos de las cargas de leyes que no es aplicadas ni obedecidas en una comunidad jurídica?

Derogación y «deroga» italiana. En el idioma italiano mediante la palabra «*deroga*» se expresa un mecanismo de cese normativo por medio del cual una ley especial o excepcional produce la desaplicación de una ley en vigor respecto de un caso concreto o más casos específicamente determinados. Este efecto de desaplicación o no producción de los efectos de las leyes en relación con determinados casos no es equivalente a los efectos de la derogación, ya que dicho desplazamiento aplicativo de las leyes generales no constituyen una cesación con carácter definitivo de sus efectos, sino más bien, ocurre que fuera de los casos señalados por las leyes especiales o excepcionales las normas generales mantienen intacta la posibilidad de ser aplicadas a casos futuros, lo cual no ocurrirían si fuesen derogadas. Por ende, ni siquiera en el caso de una *deroga* se podría hablar de una interrupción de la aplicabilidad o eficacia de la ley general, a diferencia de los casos en que esta es derogada[113].

Producida la *deroga* en un caso concreto una ley es preferida en su aplicación en desmedro de otra, pero una vez producida esta, ambas continúan formando parte del ordenamiento jurídico, y mantienen intacta la posibilidad de ser aplicada a casos futuros. En este sentido, la *deroga* podría ser entendida, no como un efecto jurídico concreto, en el sentido de algo producido por un acto normativo determinado, sino más bien, como un manera en la cual se relacionan y ordenan las leyes dentro un ordenamiento jurídico.

Así, la *deroga* alude a la relación establecida entre dos leyes cuando una de ellas establece una excepción a la regla general establecida por otra, de modo que, si no existiese la norma

[111] Según (Gutiérrez, 1871) y (García Castro, 1974, p. 590). Respecto del procedimiento y origen de la dispensa, véase (Serra, 1987).
[112] Para Pugliatti (1958, p. 145), las limitaciones a la eficacia de la ley se presenta en la sustracción de sus aplicación de uno más casos, o de una serie indeterminada de casos, pero delimitable.
[113] (Pugliatti, 1958, p. 145) y (Rescigno, 1958, p. 305).

derogante un caso concreto sería regulado por la norma *derogada*, y una vez la ley especial *deroga* a la ley general, esta última mantiene y extiende su eficacia a todos los casos no previstos en la ley *derogante*. En estos casos no procede hablar de derogación, porque la dogmática entiende que las leyes generales siempre establecen su eficacia con limitaciones implícitas, que para los casos especiales diversamente regulados no contendrían normas opuestas, de modo que, la ley especial posterior solamente *deroga* a la ley general anterior[114].

La palabra «*deroga*» en un sentido amplio significa excepción, y en uno de sus sentidos alude a «*le dispense*». No obstante, el término italiano «*dispense*» se utiliza preferentemente para referirse a obligaciones o prohibiciones y solo tendencialmente a casos individuales, por lo cual no se presenta una sinonimia entre este la «dispensa» del español, y además, por otra parte, la *deroga* puede aludir sin inconvenientes a diferentes tipos de normas, y no solamente a obligaciones y prohibiciones. Pero de igual modo, la *deroga* debe ser diferenciada de la «suspensión» a partir de que esta última debe tener necesariamente un período de duración (aunque cuándo sea aplicada resulte incierto), y también, en que la ley suspendida solo recupera su eficacia cuando se cumple el plazo contenido en ella, casos que no se aprecian cuando se presenta *deroga*[115].

Es sumamente importante realizar una precisión adicional, si bien pareciese que a primera vista en el idioma español no existe una palabra específica para aludir al fenómeno producido por la *deroga* italiana, se debe reconocer que de manera muy poco generalizada en algunos contextos se utiliza la palabra «derogación» para aludir a dicho efecto, lo cual genera una ambigüedad adicional que debería ser evitada en el uso del término. Por lo cual, en la presente elaboración conceptual no sigo este uso ambiguo del término y prefiero aludir con el nombre italiano de «*deroga*» a sus supuestos de inaplicabilidad de las normas generales frente a las especiales o excepcionales. Un ejemplo de este uso no generalizado se aprecia en la ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para modificación del Título Preliminar del Código Civil español se establece que:

> «Las Leyes excepcionales, también excluidas, forman el tradicionalmente llamado "ius singulare" que, por constituir una derogación del derecho general para determinadas materias, impide la existencia de lagunas en cuanto lo no expresamente integrado en la norma excepcional queda atenido a la norma general»[116]

Derogación y common law «derogation». En inglés, a través de la palabra del «*derogation*», se alude a la suspensión de la aplicación de una ley anterior, por ser desplazada en su aplicación por una ley posterior para una materia o caso concreto. Al igual que la *deroga*, la *derogation* mantiene ambas leyes, a diferencia de lo que ocurriría si utilizara la derogación, pues mientras esta última excluye del ordenamiento jurídico determinadas leyes, la *derogation* solamente limita su eficacia y aplicación a algunos casos concretos[117].

---

[114] La *deroga* como una relación entre una norma especial y otra general en (Donati, 1914, p. 160), (Lavagna, 1946, p. 514), (Martines, 1954, p. 419), y como una relación entre una norma general y otra excepcional en (Rescigno, 1958, p. 303), y además, la idea de limitaciones implícitas en (Donati, 1914, p. 160).

[115] (Rescigno, 1958, pp. 304-305).

[116] Además, este uso no generalizado se aprecia en relación con la «inderogabilidad» de los reglamentos, pues ella pretende que no sea posible establecer excepciones particulares a los reglamentos generales.

[117] (Elwood, 1925-1926, p. 353), (Couture, 1927-1928, p. 161), (Dean, 1932, pág. 286), (DeMuth, 1935, p. 185), (Rubinstein, 1936-1937, p. 291), (Rudd, 1954-1955, p. 301) y (Page, 1956, p. 89).

Por su parte, al producir el mismo efecto, la diferenciación entre *deroga* y *derogation* no resulta del todo transparente. Así, pese a que en ambos casos parece posible hablar de una reviviscencia de la ley respecto de los casos en los cuales fue desplazada, la diferencia entre la *deroga* y la *derogation* está determinada por su alcance, pues la primera de ellas necesita para su ocurrencia de leyes especiales o excepcionales frente a otras generales, mientras que la *derogation* puede abarcar toda una materia con independencia de la generalidad o especialidad de las normas que la regulan, con lo cual, este último mecanismo podría aplicarse a toda una parte del derecho. Por ejemplo, como ocurre en EE.UU, donde la situación más recurrente acontece cuando derechos o reglas establecidas por el *common law* son *derogated* por las *statutes*[118].

Respecto de este ejemplo, en el *american common law* la *derogation* es un mecanismo vinculado con la usurpación de derechos básicos, de modo que, para su aplicación, se utilizan cánones interpretativos jurisprudenciales, los cuales se sustentan o pretenden ser una reconstrucción de la intención del legislador. Así, el canon interpretativo «*ancient shibboleth*» establece que toda ley (*estatus*) *in derogation of the common law* debe ser interpretada de manera restrictiva[119].

La curiosa afinidad entre la tradición italiana y el *common law* puede explicarse de manera sucinta a partir de la complementación de algunas consideraciones ya señaladas al final el epígrafe 2.2.1, a saber: Ulpiano en sus textos recoge la distinción del derecho romano entre: *abrogatio, derogatio*, *obrogatio* y *subrogatio*; y luego, en el Digesto de las Leyes XVI, 102 se sostiene que, la ley se *deroga* cuando se suprime una parte de ella, y se *abroga* cuando es suprimida por completo. Así, la influencia del derecho romano es lo que constituye el elemento explicativo fundamental de esta terminológica afinidad entre ambas tradiciones jurídicas respecto de este punto.

Derogación y abolición. La abolición es la supresión de una institución o sistema jurídico por su reemplazo o prohibición, de modo que, el carácter expansivo de ella constituye su eje diferenciador de los otros mecanismos de exclusión normativa. Al quedar abolida una institución del derecho, con ella se eliminan todas las leyes particulares que la configuran y las construidas sobre ellas, incluidas las meras consecuencias o aclaraciones de ellas e inclusive sus excepciones y desarrollos[120].

De este modo, frente a la derogación la diferencia se torna sutil, pues esta última en ocasiones puede acarrear la eliminación de grandes conjuntos de leyes, pero la abolición no solo consiste en la eliminación de grandes porciones del ordenamiento, sino que consiste en una eliminación vinculada con una finalidad concreta, la cual consistiría en la

---

118 (DeMuth, 1935, p. 166) y (Hewitt, 1939, p. 211).

119Según Page (1956, pp. 81-82), en EE.UU la protección histórica al *common law* deriva de que una vez independizado el país, tanto el pueblo como los legisladores tenían una vasta confianza en este Derecho, el cual se encontraba operativo y había permitido la creación de diversas instituciones, por lo que, cualquier declaración que pretendiese afirmar que esta confianza era injustificada habría causado confusión e incertidumbre. Adicionalmente, los tribunales eran realistas, y reconocían que en un país de reciente desarrollo el legislador no podía anticiparse adecuadamente a todas las necesidades de las personas. Por tanto, los tribunales y legislaturas confiaron en el *common law* como un sustrato subyacente. Según, (Fordham & Russell, 1949-1950, pp. 438-444), los tribunales ingleses han considerado un «subcanon» consistente en que «*statutes in derogation of natural or common right are to be stricly construed*», debido a que no poseen un recurso constitucional escrito capaz de limitar la acción de los gobernantes

120 (Rusell, 1928-1929), (Cochrane, 1929), (Rubinstein, 1936-1937), (Rudd, 1954-1955, p. 294) y (Mascareñas, 1983a).

erradicación de una institución o sistema jurídico, v.gr., los casos de abolición de la esclavitud y/o abolición de la pena de muerte, entre otros.

En este sentido, la «abolición» implica a la «derogación», ya que abolir consiste en la derogación de todas y cada una de las leyes vinculadas a una institución o sistema, con la finalidad de erradicar esta última del ordenamiento jurídico. De ahí que sea posible decir que una ley ha sido derogada por la abolición de la institución a la cual contribuía, o bien, que una institución ha sido abolida por la derogación de todas sus leyes. Por ejemplo, respecto de la enmienda decimotercera de la Constitución de los Estados Unidos, es posible hablar de la abolición de la esclavitud, pero no es posible decir la derogación de la esclavitud, ya que solo en el primer caso se logra aludir a todo el conjunto de leyes que se pretende erradicar del ordenamiento por contribuir a la regulación de aquello que se persigue prohíbe[121].

Adicionalmente, se debe tener presente que, la derogación de todas y cada una de las leyes que contribuyen a configurar una institución abolida no requiere de cláusula especial, v.gr., en el *common law* inglés, es el Parlamento quien acuerda y da contenido a la disposición abolitoria (*provision abolishing*), y luego, una comisión se encarga de acordar la respectivas *repeals* (derogación) de las leyes vigentes que configuran aquello que es abolido[122].

Derogación y modificación. Una distinción no suficientemente destacada por la dogmática jurídica se presenta entre la «derogación» y la «modificación». La primera designa el cambio o eliminación en el texto o palabras de la ley, y consecuentemente, el cambio en los significados que derivan de ella, y la segunda, refiere exclusivamente a un cambio del significado, finalidad o aplicación de una ley o disposición, sin que una autoridad normativa haya intervenido a través de una alteración del texto[123].

Por consiguiente, los casos de «modificación» pueden acaecer cuando un texto legislativo es interpretado de un modo distinto, como en los cambios jurisprudenciales, pero también sucede en los cambios sufridos por el sistemas legal o jurídico al cual pertenece la ley, como en las reformas constitucionales, o en el cambio de una ley que hacía posible la aplicación o interpretación de otra. Los primeros podrían ser entendidos como casos expresos de modificación y los segundos como tácitos[124].

Dentro de la modificación, la «modificación tácita» de la Constitución resultar ser el caso más debatido, y quizás más desarrollado por la dogmática, principalmente, italiana. Este consiste en las modificaciones del contenido normativo de la Constitución sin alterar su texto, de modo que, su ocurrencia puede provenir de: i) una reforma constitucional, una vez reformada la Constitución puede ocurrir que no sea posible derivar de sus disposiciones no reformadas algunas normas previamente admisibles, en consideración de la armonía o coherencia constitucional, tales disposiciones constitucionales son vaciadas de

---

121 (Notes, 1937, p. 295) y (De Casso & Cervera, 1950, p. 1523). Por ejemplo, un *local act* prohíbe la venta de bebidas alcohólicas sin licencia extendidas, con base en la *abolition* del sistema de concesión de licencias.

122 Véase, (Murray, 1953, p. 52).

123 Esta distinción se encuentra en (Gutiérrez, 1871) y (The National Archives, 2012). Por ejemplo, piénsese en el caso de Diez-Picazo (1990, pp. 40-41), para quien solo es lógicamente posible derogar las disposiciones de derecho escrito.

124 De acuerdo con esta reconstrucción, una modificación puede pasar ser una práctica en contrario cuando se contradice o cambio el principio o razón que inspiró la ley.

parte de su contenido normativo; ii) la costumbre constitucional, la cual excluye expresa o tácitamente algunos contenidos normativos derivables de las disposiciones constitucionales; y iii) las sentencias de un TC, generalmente, en estas el tribunal señala cómo deben ser entendidas las disposición constitucional, por consiguiente, excluye otros[125].

Derogación y sustitución o reemplazo. Las situaciones en que son sustituidos o reemplazos segmentos del texto normativo de una ley o artículo, solamente pueden diferenciarse de manera parcial de la derogación. Cuando una nueva ley contiene cláusulas del tipo «el artículo *x* (inciso, parte, número, etc.) de la ley *z* es sustituido o reemplazado en cuanto sigue», aquello que está realizando es la derogación del artículo *x*, ya sea por cambiar su texto como por modificar las normas en el contenidas. Por lo que, si bien las situaciones de sustitución o reemplazo constituyen una manera de realizar la derogación, está no se agota en ellos.

En definitiva, solo a través de la contrastación entre los diferentes conceptos que integran una red conceptual de los mecanismos formales de exclusión normativa es posible determinar la ubicación de cada concepto, las relaciones que presentan entre sí, sus funciones, y asimismo, sus condiciones y ámbitos de aplicación. Sin embargo, las diferencias entre los distintos mecanismos no impiden que en algunos casos y para algunas circunstancias algunos de ellos sean compatibles entre sí o pueden presentarse de manera conjunta. Con todo, una manera en la cual es posible graficar la red conceptual del cambio normativo centrada en los mecanismos de exclusión es como sigue:

[125] (Pugliatti, 1958, p. 151), y especialmente, (Pierandrei, 1951).

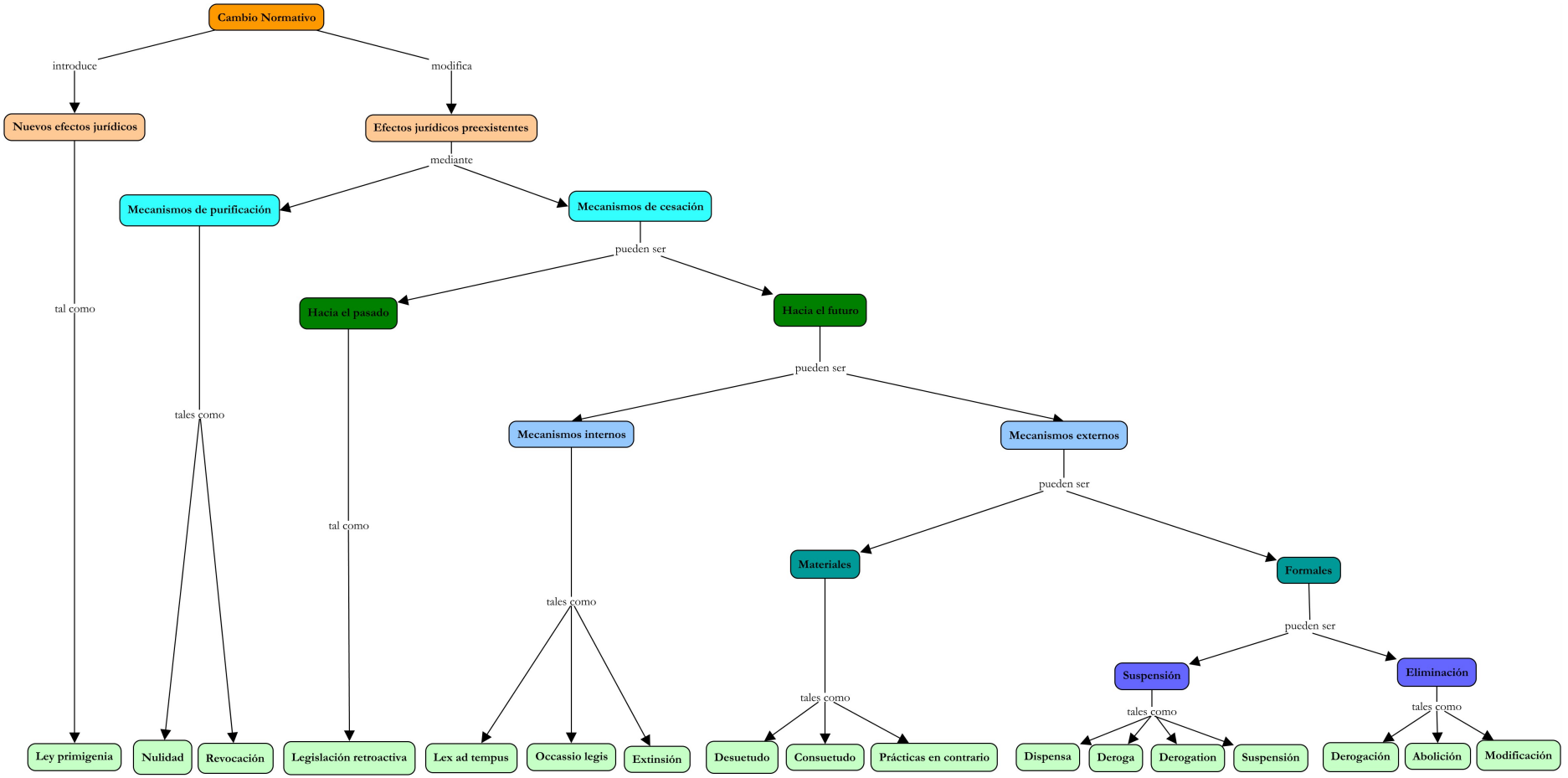

FIGURA 2. **Una red conceptual del cambio normativo**

En la representación gráfica de la red conceptual se aprecia con mayor claridad cómo se inserta la derogación dentro de una red conceptual del cambio normativo y dentro de esta en una red de conceptos acerca de los mecanismos de cese normativo, en atención a que su principal finalidad es cesar la producción de los efectos futuros de las leyes anteriores, y no alterar los efectos ya producidos por las leyes, como es el caso de la retroactividad. Igualmente, se constata que dentro de este grupo de mecanismos de modificación de los efectos futuros de las leyes la derogación se encuentra entre los llamados factores externos, a diferencia de los internos o endógenos a la propia ley, como acontece con las leyes que contienen un tiempo de duración o son creados para un objeto y circunstancias determinadas. Asimismo, dentro de los mecanismos externos de cese, la derogación forma parte de los denominados formales, como opuestos a los materiales que incluyen a la desuetudo, la consuetudo y las prácticas contra ley. Finalmente, en los mecanismos externos formales de cese de las leyes, la derogación está incluida en aquellos que producen el cese de los efectos de la ley anterior, y no simplemente la suspensión de sus efectos para algunos casos concretos, como ocurre con la dispensa, suspensión, *deroga* y *derogation.*

En consecuencia, dentro de los mecanismos de cambio normativo, la derogación es un mecanismo formal y externo de cese de los efectos que pueden llegar a producir las leyes. Esta es su ubicación dentro de la red conceptual del cambio normativo. Además, a partir del análisis contrastivo entre ella y los otros mecanismos de cambio normativo es posible obtener algunas nociones que permiten diferenciar a la derogación de los otros mecanismos de cambio normativo son:

i. Derogación y mecanismos de depuración. La derogación pretende modificar los efectos de leyes que forman parte de un ordenamiento, y no es su función la supresión de aquellos elementos que presentan algún tipo de vicio o defecto, por ejemplo, como es el caso de la inconstitucionalidad;
ii. Derogación y modificaciones de efectos pasados. La derogación limita el alcance de los efectos que pueden producir las leyes, y no está destinada a la modificación de los efectos ya producidos por las leyes, como ocurre en los casos de retroactividad;
iii. Derogación y mecanismos hacía el futuro internos. La derogación de una ley solamente se lleva a cabo si es introducido otro elemento en el ordenamiento, el cual produzca su derogación, ya que los efectos de la derogación no se producen directamente por causas contenidas en la propia ley derogada;
iv. Derogación y mecanismos externos-materiales. La derogación está estrechamente vinculada con los derechos estatales modernos, los cuales se caracterizan por el monopolio de la ley y el rechazo del cese de los efectos de las leyes mediante los mecanismos no estatales, como acontece con la desuetudo y la costumbre contra ley; excepto, cuando la ley atribuye algún efecto jurídico a dichos mecanismos[126];
v. Derogación y mecanismos externos-formales de suspensión. La derogación produce el cese de los efectos de la ley anterior, y no simplemente el desplazamiento o suspensión de los efectos de una ley para algunos casos concretos, como ocurre con la dispensa, suspensión, *deroga* y *derogation*;
vi. Derogación y mecanismos externos-formales de cese. Dentro de los mecanismos externos formales de cese, la derogación se debe diferenciar de la

[126] La modificación es excluida de la enunciación de los mecanismos materiales, porque produce efectos jurídicos con independencia de un reconocimiento estatal.

> abolición, ya que esta última consiste en el cese de todos los efectos de toda una institución o sistema perteneciente a un ordenamiento jurídico determinado, su finalidad es erradicar dicha institución o sistema del ordenamiento.

Así, se obtiene un concepto de derogación a partir del análisis contrastivo con los otros mecanismos de cambio y exclusión normativa, un concepto que permite diferenciarlo de los otros componentes a partir de las funciones que desempeñan en la red conceptual del cambio normativo. Por ende, en sentido estricto, la derogación es un mecanismo formal y externo de cese de los efectos que pueden llegar a producir las leyes (futuros), a partir de la relación que se establece entre una ley anterior con el nuevo pronunciamiento de la autoridad de creación normativa (ley posterior). En consecuencia, en lo sigue utilizaré la nomenclatura obtenida de la elaboración de la red conceptual del cambio normativo.

En definitiva, situada la derogación dentro de un bosquejo de red conceptual del cambio normativo y entregada una propuesta de definición a partir de la elaboración contrastiva de dicha red, surge la necesidad de precisar algunos aspectos generales en torno a ella para así continuar dando respuesta a las necesidades explicativas presentadas en la introducción del presente capítulo, y concretamente en este sentido, cómo es conceptualizada y clasificada por la dogmática, ya que este aspecto permite profundizar aún más acerca de cuáles son todos los fenómenos jurídicos agrupados en torno a la derogación.

2.4 El ámbito de aplicación: concepto y clasificación

Una vez presentada la ubicación y la función de la derogación dentro de una red conceptual del cese normativo y entregado un contenido diferenciador a la misma a partir de la elaboración de dicha red, resultan necesarias algunas consideración adicionales en torno a ella. Como mostré en el Capítulo 1, la derogación es el principal instrumento de cese normativo utilizado por los ordenamientos jurídicos contemporáneos, y en este contexto, aún son necesarias explicaciones adicionales acerca de su ámbito de aplicación, i.e., acerca de cómo identificarla dentro de la complejidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Por tanto, un paso adicional en dicho propósito es presentar cómo la dogmática jurídica tradicionalmente define y clasifica a la derogación, ya que esto contribuye a su determinación y a precisar aún más cuáles son los fenómenos jurídicos que se agrupan bajo el rótulo de «derogación».

2.4.1 Concepto y clasificación dogmática de la derogación

Tradicionalmente, los autores acuerdan en definir la derogación como un acto, pero discrepan acerca de qué tipo de acto es. Así, las propuestas más consolidadas presentan a la derogación como el acto de revocar, eliminar, destruir o anular realizado por la autoridad

de creación normativa[127]. Igualmente, los autores discrepan acerca de cuál es el efecto que produce la derogación, es decir, no existen acuerdo respecto de qué pierden las leyes una vez son derogadas, de modo que, frente una declaración del legislador en tal sentidos, los autores sugieren que las leyes perderían su vigencia, eficacia, fuerza obligatoria, vigor, operatividad o su capacidad de producir efectos jurídicos[128].

A su vez, la dogmática jurídica de manera generalizada distingue dos tipos de derogación, la derogación expresa y la derogación tácita, pero respecto de cómo debe ser entendidas cada una de ellas y cuáles son sus distintas manifestaciones se presentan controversias entre los autores, al entregar estos una configuración distinta a cada tipo de derogación[129].

Para algunos autores, la «derogación expresa» se presenta cuando la nueva ley mediante palabras claras, determinantes y precisas declara que las leyes precedentes son derogadas, en otras palabras, el legislador mediante términos expresos establece que una o más leyes anteriores cesan su existencia[130]. Adicionalmente, algunos autores distinguen entre la citada derogación expresa, que adquiere el calificativo de «determinada o específica», y una derogación expresa «indeterminada o genérica», en la cual no son expresadas de manera concreta y específica las leyes anteriores que serán eliminadas[131]. Así, para incluir esta última distinción se redefine la noción de derogación expresa como aquella producida por una declaración de la voluntad legislativa dirigida a derogar leyes precedentes.

Por su parte, la dogmática jurídica sostiene que la «derogación tácita» tiene lugar cuando la nueva ley deroga a la antigua porque se opone a ella, esto es, cuando la autoridad dicta una o más leyes cuya subsistencia es incompatible con la subsistencia simultánea de una o más normas preexistentes, porque contienen disposiciones que son manifiestamente contrarias con las anteriores, pero sin derogarlas expresamente[132].

---

127 Revocar (De Casso & Cervera, 1950, p. 1521); eliminar/*expunge* (Rudd, 1954-1955, p. 290); destruir/*obliterate* (Rudd, 1954-1955, p. 290); y anular/*nullify* (De Casso & Cervera, 1950, p. 1521) y (Notes, 1955, p. 1039).

128 Según los autores: vigencia/*vigenza/full enforcement:* (Notes, 1937, p. 296), (De Castro, 1955, p. 703), (Martines, 1954, p. 419), (Espín, 1982, p. 188), (Diez-Picazo, 1990, p. 33), (Salvador, 1991, p. 14), (Coca, 1992, p. 473), (Vaquer, 2005, p. 904), (Lacruz, Sancho, Luna, Delgado, Rivera, & Rams, 2006, p. 208), (García, 2010, pág. 52); eficacia/*eficacia/efficacia/* (Donati, 1914, p. 159), (Pugliatti, 1958, p. 142), (Mucius, 1965, p. 1021), (Pons & Del Arco, 1990, p. 233); fuerza obligatoria (Puig, 1974, p. 111); vigor/*vigore/in force*, (Donati, 1914, p. 159), (Murray, 1953, p. 57), (Santamaría J. , 1958, p. 25), (Albaladejo, 2002, p. 197); operatividad/*no longer be operative* (Hewitt, 1939, p. 212); y la capacidad de producir efectos/*to cease to have effect* (Chew, 1984, p. 139).

129 La terminología para establecer la distinción generablemente es: derogación expresa/*abrogazione esplicita/express repeal* y derogación tácita/*abrogazione implicita/implied repeal.*

130 Quienes atribuyen a la derogación expresa solo esta forma: (Gutiérrez, 1871, pp. 106-109), (Donati, 1914, p. 159), (Notes, 1937, p. 293), (Lavagna, 1946, p. 507), (De Castro, 1955, p. 703), (Pugliatti, 1958, p. 143), (Chew, 1984, p. 139), (Pons & Del Arco, 1990, p. 234), (Albácar & Granizo, 1991, p. 42) y (Albaladejo, 2002, p. 198).

131 Esta distinción entre se encuentra en los siguientes autores: (Seeman, 1938-1939, p. 79), (Hewitt, 1939, p. 211), (Lavagna, 1946, p. 507), (De Casso & Cervera, 1950, p. 1522), (Rudd, 1954-1955, p. 287), (Santamaría J. , 1958, p. 24), (Mucius, 1965, p. 1021), (Puig, 1974, p. 113), (Espín, 1982, p. 188), (Castan, 1988, p. 602), (Salvador, 1991, p. 15), (Coca, 1992, p. 482), (Vaquer, 2005, p. 905), (Lacruz, Sancho, Luna, Delgado, Rivera, & Rams, 2006, p. 208) y (García, 2010, pág. 52).

132 Quienes consideran que la derogación tácita tiene solamente esta forma: (Gutiérrez, 1871, pp. 106-109), (Donati, 1914, p. 159), (Hewitt, 1939, p. 211), (Notes, 1955, p. 1039), (De Castro, 1955, p. 703), (Chew, 1984,

Asimismo, una parte de los autores diferencia entre la citada derogación tácita por oposición y la derogación tácita por nueva regulación o absorción u orgánica, como así mismo, una derogación tácita por cambio de estatus. La derogación tácita por «nueva regulación» se presenta cuando la nueva ley regula con pretensiones de exhaustividad una materia normada por la reglamentación anterior, o bien, cuando la nueva ley establece una nueva y completa regulación en un área determinada. La derogación por nueva regulación procede cuando el alcance de la legislación posterior es previsto con carácter exclusivo, de manera que, con independencia de la presencia de conflicto entre esta y las leyes anteriores, estas últimas deben excluirse, porque su ámbito o materia es cubierta por la nueva ley[133].

A su vez, dentro de la derogación tácita, muy poco autores sugieren una derogación tácita por «cambio de estatus», la cual procedería cuando una nueva ley suplanta sin declaración expresa el estatus de la ley anterior, por ejemplo, los casos de deslegalización en que bajo el objetivo de ampliar el ámbito reglamentario es posible que una regulación reglamentaria posterior afecte a una legislación anterior[134].

Adicionalmente, los autores acuerdan en presentar otros criterios de clasificación aplicables a la distinción entre derogación expresa y tácita, de modo que, ambos tipos de derogación pueden ser «totales» o «parciales» según deroguen a todo o parte de la ley o leyes anteriores. No obstante, el desacuerdo se presenta en relación con cuál es alcance de esta distinción, ya que no está determinado qué significa que la derogación de una ley sea total o parcial. Por ejemplo, en el sistema norteamericano de *common law*, que también recoge está distinción, se sostiene: si se produce la total derogación de una ley, esta se llamará *abrogation*, y si se produce de manera parcial, se denomina *derogation*[135].

2.4.2 Una propuesta conceptual para su clasificación

La falta de precisión en las tradicionales propuestas dogmáticas de definición y clasificación de la derogación me inclinan a realizar reformulación de las mismas a partir de algunas ideas dogmáticas y la definición de derogación señalada en el apartado anterior. Esta nueva propuesta de clasificación es utilizada en lo sigue del capítulo y la investigación.

Los principales problemas que presenta la clasificación dogmática se vinculan con su incapacidad para satisfacer de manera exitosa el carácter excluyente y exhaustivo de toda clasificación. Por ejemplo, la distinción entre derogación expresa y tácita debe ser rechazada, puesto que una «derogación expresa indeterminada» se traslapa con una

---

p. 139), (Pons & Del Arco, 1990, p. 234), (Albácar & Granizo, 1991, p. 42), (Salvador, 1991, p. 15) y (Albaladejo, 2002, p. 198).

133 La derogación tácita por nueva regulación/*nuova disciplina dell'intera materia*/*repeal by comprehension* en: (Notes, 1937, p. 293), (Lavagna, 1946, p. 507), (De Castro, 1955, p. 704), (Martines, 1954, p. 421), (Santamaría J. , 1958, p. 24), (Pugliatti, 1958, p. 143), (Puig, 1974, p. 113), (Espín, 1982, p. 188), (Manresa y Navarro, 1987, p. 186), (Salvador, 1991, p. 14), (Albaladejo, 2002, p. 198) y (García, 2010, pág. 53). En inglés se utiliza la palabra «*comprehension*» para enfatizar la idea de que la nueva regulación contiene, abarca o incluye a la anterior (Notes, 1955, p. 1045).

134 La derogación tácita por cambio de estatus en: (Rudd, 1954-1955, p. 287). Un buen trabajo sobre la deslegalización en (Roig, 2005).

135 Esta clasificación en: (Donati, 1914, pp. 159-160), (Hewitt, 1939, p. 211), (De Casso & Cervera, 1950, p. 1522), (Notes, 1955, p. 1039) y (García, 2010, p. 52).

«derogación tácita por oposición» al incluir los mismos supuestos. Este problema ha generado la reacción de algunos autores, quienes no atribuyen fuerza derogatoria a este tipo de derogación expresa por considerarla que produce los mismos efectos de una derogación tacita, pues ambas dependen de la incompatibilidad y constituyen simples iteraciones redundante del principio de preferencias de la ley posterior. A su vez, la clasificación tradicional no satisface el carácter excluyente de toda clasificación al no independizar la «derogación por absorción» de la «derogación tácita», puesto que el rasgo distintivo de esta última es la incompatibilidad entre las leyes, pero en el caso de una «derogación por absorción», pues esta última no necesita de la oposición normativa para su ocurrencia, lo cual ha motivado a algunos autores a denominar a la primera derogación como de «incompatibilidad virtual o conceptual»[136].

De este modo, si dentro del concepto de derogación se reconocen distintas clases del mismo, estas deben tener algunos aspectos que permitan su agrupación bajo este rótulo, pero a la vez detentar rasgos que permitan diferenciarlos entre sí. Estas clases necesariamente se caracterizan por compartir aquellos aspectos destacados como propios del concepto de derogación, es decir, pueden ser mecanismos formales y externos de cese de los efectos que pueden llegar a producir las leyes a partir de la relación que se establece entre una ley anterior y otra posterior. Así, los tipos de derogación comparten la finalidad de cesar los efectos de las leyes que forman parte de un ordenamiento, y generalmente, sus efectos futuros, al entrar en la relación derogatoria entre una ley anterior y otra posterior.

A su vez, acerca de los rasgos que permite diferenciar a los distintos tipos de derogación es importante señalar, como sostuve en relación con su fundamento, que la derogación se desarrolla en el contexto del estado moderno, el cual se caracteriza por ser esencialmente legalista, al aspirar a un ideal de certeza y adoptar como regla fundamental para su configuración la preferencia por la ley posterior. Esta preferencia normativa no consiste en una preferencia aplicativa, como acontece con la inaplicabilidad, ni tampoco en un criterio de ordenación, como ocurre con la *deroga* o *derogation*, sino más bien constituye un criterio de cese normativo de las leyes anteriores, i.e., en la medida que ingresan las leyes posteriores van sacando a las leyes anteriores del ordenamiento. Por lo tanto, en los derechos estatales modernos y contemporáneos, la derogación no solo constituye un modo en que esta regla o principio se concretiza, sino además, una manera en cual posibilitar la «identificación» de las leyes anteriores que resultan eliminadas por la ley posterior, ya que solo de este modo se plasma la preferencia aplicativa de la ley posterior junto con una búsqueda o satisfacción del ideal de la certeza.

Por consiguiente, en este marco, al considerar que los ordenamientos jurídicos reconocen la preferencia de la ley posterior, es posible preguntar cuál se el sentido de la clasificación tradicional, a lo cual respondo que, dicha clasificación constituye un instrumento conceptual para determinar e individualizar aquello que es «derogado» por la ley posterior, ya que si toda ley posterior elimina a la anterior, se hace necesario saber ¿qué es eliminado por la ley posterior?, sobre todo si se pretende alcanzar el ideal de la certeza, y además, no eliminar todo el material jurídico anterior. Esto último con base en el principio ampliamente difundido en la dogmática de conservación del material normativo existente.

[136] Estas críticas se encuentran también dentro de la propia dogmática, a saber: (Lavagna, 1946, p. 507), (Espín, 1982, p. 188), (Albaladejo, 2002), (Vaquer, 2005, p. 906) y (García, 2010).

Por tanto, sugiero que la distinción dogmática entre los distintos tipos de derogación constituye un conjunto de criterios de concreción y delimitación del la preferencia de la ley posterior al entrar en conflicto con el principio de conservación del material normativo bajo el ideal de la certeza. Y en este sentido, la pregunta que intentan responder los autores dogmáticos es ¿qué nos motiva a afirmar que tal ley anterior es derogada por una posterior?, o bien, ¿qué nos motiva a afirmar que tal ley anterior no ha sido derogada por una posterior?, y las respuestas entregadas son: i) una declaración expresa y determinada; ii) la oposición normativa entre las leyes posteriores y anteriores; y iii) la nueva regulación de una materia. Por lo cual, diferencio los distintos tipos de derogación de acuerdo con los elementos que nos permiten determinar qué leyes anteriores resultan derogadas por las leyes posteriores:

i. Derogación por disposición. Cuando el legislador en una ley posterior (en adelante L^2) establece mediante términos expresos que una o más leyes determinadas cesan de tener vigor, es decir, cuando nombra en términos perfectamente precisos y determinantes la ley anterior (en adelante L^1) que es derogada[137];
ii. Derogación por oposición. Cuando de la autoridad emana una o más leyes cuya subsistencia es incompatible con la subsistencia simultánea de una o más normas preexistentes, i.e., procede cuando una ley posterior L^2 deroga a todas las leyes anterior L^1 que contienen disposiciones que son manifiestamente contrarias a ella, sin la necesidad de abrogarlas expresamente[138];
iii. Derogación por absorción. Cuando la ley posterior L^2 regula con pretensiones de exhaustividad una materia previamente normada, son derogadas todas las leyes anterior L^1 que regulaban dicha materia, porque su área ahora está cubierta por la ley posterior y esta derogación procede, sin que sea necesaria la existencia de conflicto entre la ley posterior y las anteriores.

Ahora bien, precisados algunos aspectos generales acerca de la derogación como su conceptualización y clasificación, es necesario desarrollar algunas cuestiones en torno a las reglas que determinan su funcionamiento, los modos en los cuales se presenta, sus requisitos y sus efectos, y a su vez, a partir de la clasificación propuesta entregar una mayor precisión acerca de cada uno de los tipos de derogación.

2.5 La determinación: ocurrencia y efectos de la derogación

Para una mejor comprensión de la derogación, como principal instrumento de cese normativo de los ordenamientos jurídicos modernos y contemporáneos, es también necesaria algún tipo de explicación acerca de su determinación, i.e., acerca de sus condiciones de aplicación y los efectos producidos por esta en relación con su generalmente escaza regulación. De esta manera, para satisfacer esta finalidad con base en los planteamientos de la dogmática, estos se agrupan en torno a tres cuestiones: 2.5.1 Las

[137] La derogación por disposición abarca los casos de «sustitución» o «reemplazo» ya desarrollados.
[138] La derogación por oposición incluye los casos de derogación por cambio de estatus, ya que está última solo se presenta en la medida en que exista cierta oposición entre ley anterior y la posterior.

condiciones y los requisitos de aplicación de la derogación, 2.52 Los efectos producidos por la derogación, y 2.5.3 Los tipos de derogación[139].

2.5.1 Las condiciones y los requisitos de aplicación

La derogación solo tiene sentido dentro de un ordenamiento jurídico y como un elemento del mismo se somete a las diversas reglas o principios que lo configuran. Algunas de estas reglas o principios estructurales determinan las condiciones en las cuales la derogación se presenta y los requisitos de su ocurrencia, de manera que, para su presentación se intenta responder las siguientes preguntas: ¿bajo qué condiciones se presenta la derogación? y ¿cuáles son sus requisitos?

a) ¿Bajo qué condiciones se presenta?

Como destaqué en el Capítulo 1, generalmente, dentro de los distintos derechos positivos, las disposiciones que regulan la derogación realizan simplemente una sucinta presentación de la misma en el ámbito legal, lo cual produce que su desarrollo y utilización este en gran medida determinado por las construcciones dogmáticas. Como señala Diez-Picazo:

> «Sobre la base de tan parcos datos normativos, toca a la doctrina científica y a la jurisprudencia aclarar los múltiples interrogantes que la derogación de las leyes suscita en la práctica cotidiana» (1990, p. 54)

Estas construcciones y contribuciones dogmáticas derivan de los diversos intentos, a veces no siempre exitosos, de «racionalizar la actividad legislativa», principalmente, a través de distintas ideas, como la una «voluntad del legislador» o un «sistema jurídico», las cuales solo cobran sentido cuando son insertadas en un marco capaz del proporcionar el contenido a dicha voluntad o sistema. Así, generalmente, este marco se configura a partir de diversos criterios o principios situados en un plano supranormativo, es decir, más allá del derecho positivo, pues solo de esta manera pueden regular a este último y capturar el conjunto de creencias compartidas y asentadas en una comunidad jurídica acerca de cómo funcionan los derechos positivos. Por ende, en gran medida, para el caso de la derogación, este conjunto de creencias es el que configura a la institución, y así, determina su ocurrencia, en contextos en que ella se encuentra prácticamente desregulada, y además, existe una relativa uniformidad en la aplicación y comprensión de la misma[140].

Por lo tanto, en relación con la derogación, los criterios o principios supranormativos que determinan las condiciones de posibilidad y las limitaciones del cambio legislativo,

[139] Es importante señalar que la presentación de este igualmente contribuye a desarrollar el aspecto de la utilidad de la derogación, ya que las explicación generadas en torno a este explicitan los criterios utilizados por los operadores jurídicos para constatar la ocurrencia de la derogación, lo cual repercute directamente en una mejor comprensión su utilidad dentro del ordenamiento.

[140] Uniformidad que todo lector atento ha podido constatar a través de la continua alusión y utilización de referencias dogmáticas de tradición hispana, italiana, inglesa y Norteamérica, la cuales han contribuido a la reconstrucción del concepto de derogación, su clasificación, funciones y posición dentro de una red conceptual del cese normativo.

contienen las siguientes cuestiones a considerar: i) el principio de permanencia legislativa, ii) el principio de compatibilidad legislativa, y iii) el principio de innovación legal.

La permanencia legislativa. Existe una principio general y común de que las leyes son promulgadas para regir por tiempo indefinido, por lo que, solo excepcionalmente y bajo ciertas circunstancias dejan de existir. Este principio encuentra fundamento en el rol que desempeñan las leyes en los derechos estatales modernos, en los cuales constituyen la base de la seguridad jurídica del ordenamiento. También, encuentra sustento en la *vis inertie* de las leyes, la cual respalda su permanencia en el tiempo pese a los cambios de gobernantes, regímenes políticos e inclusive de Constituciones. Por consiguiente, el principio de la permanencia legislativa exige la constatación de una clara manifestación de la autoridad de creación normativa, en el sentido derogar las leyes precedentes, para considerar a estas como eliminadas o excluidas[141].

Además, si este principio se vinculada con la generalizada renuencia a dejar dentro de los ordenamientos jurídicos ámbitos desregulados, es decir, no cesar aquellas leyes cuya desaparición dejaría sin regulación diversas situaciones jurídicas, se obtiene una recomendación de complementariedad legislativa para los casos en que los propósitos de las leyes temporalmente diferentes no son necesariamente adyacentes o difieren, pues de esta manera ambas pueden continuar en el ordenamiento.

La compatibilidad legislativa. Vinculado con el anterior, este principio previene a los operadores jurídicos de cuando se encuentran frente leyes diversas que presentan cierta cercanía, por ejemplo, por regular la misma materia, adoptar una presunción o exigencia de «interpretación compatible», i.e., las leyes deben ser leídas en conjunto y de manera armonizadora, y lo mismo se extiende a las situaciones producidas entre las leyes en sentido estricto y otras fuente de derecho, principalmente, en sus relaciones con la Constitución[142].

Esta compatibilidad legislativa se puede realizar mediante la atribución de distintos efectos a cada una de las leyes o a través de la consideración de la última como suspendiendo algunos de los efectos de la primera, pero no derogándola. Por ejemplo, una suspensión en relación con ámbitos geográficos de aplicación, o a través de la atribución de carácter excepcional o más específico de la última frente a la primera, entre muchos otros. Adicionalmente, para los casos en que no es posible compatibilizar las leyes, es necesario recurrir a los criterios o relaciones de ordenación presentes en los derechos positivos, ya que a partir de ellos es posible determinar qué relación de ordenación tiene L^1 con L^2, y así evitar su oposición, y consecuentemente, preservar todo el material normativo emanado de la autoridad de creación.

Por lo tanto, respecto de los tipos de derogación, las situaciones en las que ninguna de las leyes involucradas pueden ser vista como vinculada a la otras, por ejemplo, porque cada una tiene un claro ámbito de aplicación, en el cual la otra no resulta en lo absoluto aplicable, no procede la derogación ni la modificación, ya que de acuerdo con los citados principios no es posible aplicar una derogación o modificación a los casos en que L^1, L^2 y una eventual L^3 no tienen puntos de contacto.

---

141 Este principio en (De Casso & Cervera, 1950, p. 1522), (Notes, 1955, p. 1048), (De Castro, 1955, p. 704), (Coca, 1992, p. 484) y (Lacruz, Sancho, Luna, Delgado, Rivera, & Rams, 2006, p. 207).

142 Este principio en (Gutiérrez, 1871, p. 107), (Notes, 1937, p. 298) y (Martin, 2010, p. 210).

La innovación legal. El fundamento del acto derogatorio es que siempre se debe dar plena aplicación a la última manifestación legislativa, de modo que, el ejercicio del poder está siempre condicionado a un momento, pues no se puede pretender imponer ese poder hacia el futuro. Así, como ningún legislador puede obligar a sus sucesores, ocurre que ninguna ley se encuentra libre de las promulgaciones futuras, y aunque las leyes solamente afectan a las situaciones futuras, al mismo tiempo, estas no tienen carácter vinculante para futuras legislaturas; de ahí que, su regulación esté limitada al tiempo intermedio entre ellas y una nueva legislación[143].

En los ordenamientos jurídicos caracterizados por contener relaciones jerárquicas entre sus componentes, estas afirmaciones son atenuadas, ya que mediante una regulación jerárquicamente superior sería posible limitar o eliminar la discrecionalidad de destruir o salvar algunas leyes, y también, limitar el ámbito dentro del cual se realiza el cambio.

En definitiva, resulta un tanto evidente que los primeros criterios, entendidos estos como condiciones de aplicación de la derogación, se aplican preferentemente a los casos de derogación por oposición y absorción, ya que en ambos casos no está completamente determinado qué es lo derogado. Sin embargo, creo que también deben ser consideradas al momento de delimitar los posibles efectos expansivos de una derogación por disposición, como, por ejemplo, en relación con el problema de la reviviscencia de las leyes derogadas.

b) ¿Cuáles son sus requisitos?

En general, en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, a través de lacónicas regulaciones positivas se introducen algunos requisitos que deben se satisfechos para la ocurrencia de la derogación. Además, estos requisitos son siempre complementados y delineados por los trabajos de los operadores jurídicos. Curiosamente, pese a provenir de diferentes tradiciones jurídicas, se presenta una gran homogeneidad tanto en la regulación positiva como en las propuestas dogmáticas.

Precisamente, los requisitos generales tradicionalmente establecidos bajo las cuales toda derogación acaece son dos relaciones y la competencia de la autoridad normativa, a saber:

i. Relación temporal. Las leyes involucradas deben ser temporalmente diversas, una anterior (L^1) y otra posterior (L^2);
ii. Relación jerárquica. L^2 debe ser de igual o superior jerarquía que L^1, consecuentemente, L^1 debe ser de igual o inferir jerarquía que L^2; y
iii. Competencia. La derogación solo puede ser realizada por una autoridad en el ejercicio de sus funciones o competencias. Esta competencia puede ser la misma que sirvió de título a la promulgación, o bien, una distinta, pero cuyo ejercicio resulte prevalente[144].

---

[143] (Rudd, 1954-1955, p. 298), (Notes, 1955, p. 1050) y (Puig, 1974, pp. 112-113). Según Michie (1925-1926, p. 22) esto se expresa en el aforismo «*expressio unius est exclusio alterius*».

[144] Los requisitos en (Donati, 1914, p. 160), (De Casso & Cervera, 1950, pp. 1521-1523), (Rudd, 1954-1955, p. 298) (De Castro, 1955, p. 704) (Notes, 1955, p. 1050), (Pugliatti, 1958, p. 146), (Santamaría J. , 1958, p. 24), (Mucius, 1965, p. 1021), (Puig, 1974, p. 113), (Espín, 1982, p. 188), (Manresa y Navarro, 1987, p. 188), (Castan, 1988, p. 601), (Pons & Del Arco, 1990, p. 233), (Salvador, 1991, p. 14), (Coca, 1992, p. 473),

De este modo, estos requisitos de la derogación establecen el marco de posibilidades a su ocurrencia y realización exitosa, y también, las excepciones al principio de *lex posterior derogat legi priori*. En este sentido, cuando dos leyes cronológica y jerárquicamente distintas entran en contradicción se debe preferir aquella de un nivel jerárquico superior; salvo los casos de deslegalización. Además, cuando dos leyes de tiempos distintos entran en contradicción respecto de una materia, pero solo una de ellas ha sido emanada desde una autoridad con competencia reservada para dicha materia, se prefiere la ley emanada de dicha autoridad[145].

En relación con el requisitos de la competencia cabe añadir que, como enfaticé en el Capítulo 1, esta no está solamente vinculada con la jerarquía normativa derivada de las reglas de producción y la distribución de competencias entre los distintos órgano de creación normativa, sino que también se vincula con las situaciones en que se presenta una fuerza excluyente negativa derivada de la «superrigidez» de algunas leyes frente a otras. Por ejemplo, cuando las leyes pese a emanar de la misma autoridad, la que detenta la facultad para promulgarlas, se requiere diversos tipos de cuórum para la derogación de algunas, o, se exige el tratamientos de determinadas materias, como asimismo, se obliga la realización de determinado procedimiento. En otras palabras, en algunos casos, para la derogación se prescriben algunos requisitos específicos, como el cuórum, la materia o el procedimiento[146].

Por otra parte, como la derogación cesa los efectos producidos por las leyes anteriores, no puede haber derogación respecto de una ley que haya dejado de existir, con independencia de las causas que hayan producido este cese; de ahí que, no procede derogar leyes o disposiciones derogadas. Esta situación es distinta de los casos en que se deroga una ley que había sido afectada por una dispensa, suspensión, *deroga* o *derogation*, pues en estos la ley afectada puede retomar o recuperar completamente su eficacia y aplicabilidad, en razón del propio efecto de estos mecanismos de cese normativo[147].

2.5.2 Los efectos de la derogación

Al igual que con las condiciones de aplicación, la determinación qué efectos produce la derogación en los ordenamientos jurídicos está fuertemente condicionada por el marco de criterio o principios que lo configuran, pues son los estos establecen qué produce la derogación dentro de ellos. Esto es en gran medida porque la mayoría de los derechos positivos guardan silencio sobre el punto. Así, los efectos de la derogación se dividen en: a) generales, b) los supuestos de reviviscencia, y c) la derogación por implicación.

(Albaladejo, 2002, p. 197), (Vaquer, 2005, p. 904) y (Lacruz, Sancho, Luna, Delgado, Rivera, & Rams, 2006, p. 208).

145 Otro requisito de la derogación, pero no reconocido expresamente por los autores sería el grado de generalidad de las leyes, ya que cuando dos leyes cronológicamente distintas y de generalidad diversa entran en contradicción, debe preferirse la ley especial sobre la general (el caso de *deroga*). Por ejemplo, según Pugliatti (1958, p. 143), en el caso de una ley posterior general y una ley anterior especial, no habría derogación, sino más bien, en condiciones normales, una aplicación simultáneas de ambas leyes.

146 Destacado por (Espín, 1982, p. 191), (Castan, 1988, p. 601) y (Pons & Del Arco, 1990, p. 235).

147 (Donati, 1914, p. 163) y (Martin, 2010, p. 212). Así, cuando un ley *derogate* una disposición del *common law*, y luego, otra ley deroga a esta, el *common law* provisionalmente resurge y se reafirma a sí mismo, puesto que mientras las leyes cambian el *common law* se mantiene (Hewitt, 1939, p. 212).

a) Los efectos generales de la derogación

Por regla general, solo una vez la ley posterior ha entrado en vigor comienza a producir sus efectos derogatorios, ya que únicamente a partir de su vigencia las leyes pueden producir el cese de los efectos hasta la fecha producidos por las anteriores. En consecuencia, es importante tener presente que la entrada en vigor de una ley puede estar condicionada por diversas circunstancias: i) casos en que la propia ley señala la fecha de su entrada en vigor (*vacatio legis*); ii) cuando la entrada en vigor se encuentra regulada por leyes de rango superior; iii) cuando se presentan casos de aplicación sucesiva; iv) cuando para la entrada en vigencia de las leyes se adopta un modelo de plazos (transcurridos una determinada cantidad de días después de su publicación la ley inicia su vigencia); o simplemente v) cuando se adopta un modelo de aplicación inmediata (una vez es publicada inicia su vigencia). Por tanto, solo cuando se cumple las circunstancias o condiciones establecidas en el propio ordenamiento para la entrada en vigor de una ley esta puede producir la derogación de las anteriores[148].

De acuerdo con la regla general, por un lado, las leyes derogadas continúan regulando las situaciones y relaciones jurídicas instauradas bajo su amparo y aún no consumadas, y por otro lado, las leyes derogadas no deben ser aplicadas a los hechos que se verifican con posterioridad a la derogación. Así, es posible que las leyes derogadas continúen regulando algunos hechos que, por diferentes razones o circunstancias, deben producir o seguir produciendo sus efectos en el tiempo en que rige la ley posterior. Esta regla general deriva del principio general de sucesión de leyes en el tiempo o principio general de irretroactividad de las leyes, i.e., los hechos o relaciones jurídicas se mantienen regulados por la ley en vigor al momento en el cual el hecho se manifiesta o la relación se constituye. Además, la continuidad en la producción de los efectos de la ley derogada sugiere que este mecanismo de cese no priva completamente de sus efectos a la ley derogada, sino más bien, reduce el alcance de estos[149].

b) La reviviscencia de las leyes derogadas

Para algunos autores, la derogación produce el efecto de hacer resurgir las leyes anteriores L^1, para el caso en que L^3 deroga la disposición derogatoria contenida en L^2, que derogaba a L^1. Y también para el caso de derogación por oposición, de manera que, L^1 se mantiene derogada solamente mientras se despliega la contradicción con L^2, y si esta última es derogada por L^3 se produce la reviviscencia de L^1, si la oposición es eliminada. A partir de estas consideraciones la derogación produciría un doble efecto: la eliminación de ciertas leyes y la reviviscencia de otras[150].

Así, cuando se utiliza la derogación por disposición se debe tener cuidado en la interpretación de la disposición derogatoria, puesto que sus efectos pueden ser discutidos en atención a si es aceptada o rechazada la reviviscencia de la ley derogada. Para quienes apoyan la reviviscencia, la declaración derogatoria contenida en L^3 de una disposición

---

148 Algunas de estas ideas en (Murray, 1953, p. 51), (Rudd, 1954-1955, p. 286) y (De Castro, 1955, p. 687).

149 (De Casso & Cervera, 1950, p. 1523), (Mucius, 1965, p. 1033), (Capotosti, 1969, p. 2328) y (Albaladejo, 2002, p. 200). Para la dogmática la regla de irretroactividad se contendría en el aforismo: «*tempus regit factum*».

150 Propuestas de (Donati, 1914, pp. 159-160), (Notes, 1937, p. 299) y (Martines, 1954, p. 421). Un ejemplo de lo anterior es la máxima «*ordinance revived by repeal of its repealer*».

derogatoria L^2 tiene el efecto de poner en vigor la norma derogada L^1 por la primera declaración de derogación L^2. De este modo, para estos autores, si no se permite el resurgimiento de la ley precedentemente derogada, la derogación de la disposición derogatoria sería privada de sus efectos prácticos y de su razón de ser. Esto porque el objetivo práctico que puede introducir el legislador al derogar una disposición derogatoria no sería otro que el reclamar la reviviscencia de la norma ya derogada, por lo cual, se trata de determinar en virtud de qué mecanismos tales objetivos se pueden conseguir. En estos casos se podría hablar de un acto legislativo relacional tríadico que tiene por finalidad revivir la ley derogada precedentemente L^1 mediante la derogación de la disposición derogatoria de ella L^2 por medio de una nueva ley L^3, de este modo, se deroga una disposición derogatoria y se revive la norma derogada por esta[151].

A su vez, quienes rechazan la reviviscencia no presumen la restauración automática de los elementos derogados por el hecho de derogarse su disposición derogatoria, porque para ellos la derogación por disposición está destinada a excluir disposiciones del ordenamiento, con lo cual agota sus efectos con la exclusión del elemento derogado. Así, no se presume una reviviscencia automática, porque una nueva ley L^3 puede derogar a una disposición derogatoria L^2 de un modo simple o complejo, en atención a si la ley derogatoria L^3 contiene los elementos que reiteran el *iter* formativo de la ley derogada L^1 por la primera disposición derogatoria L^2, es decir, si L^3 contienen o no los componentes destinados a restaurar en el ordenamiento jurídico la ley derogada L^1 por la primera disposición derogatoria L^2. En consecuencia, cuando se pretende la reviviscencia de una ley L^1 por la derogación simple que hace L^3 de la disposición derogatoria que la derogó L^2, se requiere adicionalmente que el intérprete ponga de manifiesto cuáles son los elementos normativos que junto con la disposición derogatoria contenida en L^3 sustentan su opinión acerca de la restauración de la disposición derogada L^1. En cambio, cuando la derogación de una disposición derogatoria es compleja, bastará con observar la presencia de los elementos restauradores de L^1 en L^3, ya que no procede derogar una ley cuyos efectos han cesado, como es el caso de L^2 que se ha extinguido al producir el cese de la ley derogada L^1[152].

Si bien es discutido si las leyes derogadas renacen por el mero hecho de que sea derogada la ley que produjo el cese de sus efectos, no resulta controvertida la situación acaecida cuando la nueva ley tiene por objeto la anulación de los efectos producidos por la ley anterior, caso en el cual, se habla de «ley restauradora». Sin embargo, es posible interpretar con base en elementos normativos adicionales a los puramente derogatorios, que en algunos casos se tratarían de una restauración implícita[153].

Es importante precisar que, generalmente, la reviviscencia se vincula únicamente con la derogación por disposición, y no sería tan sencillo predicar su ocurrencia en relación con los otros tipos de derogación, pues en estos no se presenta una declaración derogatoria de una precedente declaración derogatoria, sino más bien la derogación se presenta a partir de

---

151 Presumen la reviviscencia (Donati, 1914, p. 163), (Martines, 1954, p. 421) y (Pugliatti, 1958, p. 153).

152 No presumen la reviviscencia (Espín, 1982, p. 189), (Salvador, 1991, p. 16), (Coca, 1992, p. 485) y (Albaladejo, 2002, p. 199). Esta idea de derogación compleja encuentra una manifestación en las Constitución de algunos del Estados integrantes de EE.UU., ya que en ellas existe una disposición destinada a que ninguna ley pueda ser revivida o modificada a menos que la nueva contenga toda la ley revivida o la sección o secciones modificadas (Fordham & Russell, 1949-1950, pp. 443-444).

153 Los casos de restauración en: (De Castro, 1955, p. 704), (Espín, 1982, p. 189), (Salvador, 1991, p. 16), (Albaladejo, 2002, p. 199), (Vaquer, 2005, p. 907) y (García, 2010, pág. 52).

ciertos rasgos estructural de los ordenamientos jurídicos, y no con base en una declaración derogatoria en sentido estricto. Así, por ejemplo, si una primera declaración derogatoria por oposición contenida en L^2 contra L^1 se enfrenta a una nueva ley L^3, que contiene normas incompatibles con L^2, las normas emanadas de la última L^3 suponen una derogación por oposición de las establecidas en L^2, pero no constituyen una declaración derogatoria implícita de la primera declaración derogatoria.

Finalmente, en los ordenamientos jurídicos de tradición *common law* se pueden presentar situaciones complejas de reviviscencia legislativa, si reconoce el resurgimiento de las leyes una vez derogada la disposición derogatoria que las ha privado de efectos, aunque esta derogación haya sido mediante derogación por oposición. Por ejemplo, es posible una regresión al infinito cuando en términos cronológicos existía una regulación del matrimonio según la L^1 en el tiempo T^1, luego una ley L^2 restringe los efectos de L^1 mediante negativas implícitas en un tiempo T^2, y finalmente, una nueva ley L^3 contiene disposiciones incompatibles con las negativas implícitas de L^2 en T^3; entonces, la manera en cual son regulados los matrimonios por L^1 es restaurada por L^3, porque deroga tácitamente a las negativas implícitas de L^2, sin embargo, si mediante una nueva ley L^4 se deroga L^1, el resultado podría ser una derogación implícita de la derogación implícita de las negativas implícitas de L^2, y así problemáticamente hasta el infinito[154].

c) Una derogación por derivación

Algunos autores sugieren que la derogación de un ley cancela también a todas las leyes particulares construidas a partir de aquella, es decir, a todas las leyes que son meras consecuencias o aclaraciones de ella, junto con todas las leyes que sirven para su ejecución o bien para robustecer o suavizar sus consecuencias. Esto siempre y cuando los efectos de la derogación, de acuerdo al requisito jerárquico, se extienden solamente a las leyes o normas de rango igual o inferior al detentado por la ley derogada[155].

De este modo, a partir de este efecto, no suficientemente desarrollado ni tratado por las propuestas dogmáticas, es posible desprender una «derogación por derivación». Esta derogación se presenta ante la imposibilidad de aplicar una ley anterior L^1 porque una nueva ley L^3 deroga a una ley L^2 que hacía posible la aplicación de L^1. Así, en este caso, la derogación procede sin declaración expresa y sin la necesidad de una oposición entre las leyes, y ni siquiera depende de la regulación de una nueva materia[156].

De acuerdo con la dogmática, esta derogación se presentaría en los siguientes supuestos: i) L^2 permite que los derechos, obligaciones, procedimientos, etc., contenidos L^1 puedan hacerse efectivos, y luego, la primera es derogada de manera expresa o tácita por L^3; ii) L^3 deroga expresamente L^2, y en su ausencia el propósito de L^1 no puede ser alcanzado; y iii) L^1 es incluida en una codificación del derecho existente L^3, pese haber sido previamente derogada por oposición por L^2, de manera que, esta última L^2 resulta derogada[157].

---

154 Este ejemplo es presentado por (Michie, 1925-1926, pág. 23).
155 Este efecto en (De Casso & Cervera, 1950, p. 1523), (Rudd, 1954-1955, pp. 286-287), (Puig, 1974, p. 114) y (Albaladejo, 2002, p. 199).
156 (Notes, 1937, p. 295) y (Albaladejo, 2002, p. 199).
157 (Notes, 1937, p. 294) y (Notes, 1955, p. 1050).

El último supuesto resulta controvertido, ya que si L^3 es una repromulgación de L^1, y previamente L^2 había derogado a L^1 ¿cuál es el efecto de L^3 sobre L^2? Las opiniones al respecto son diversas. Algunos autores sostienen que, al ser L^3 una reafirmación de la voluntad legislativa en el sentido de L^1 resulta que L^2 debería entenderse derogada tácitamente. Otros en cambio afirma que, la repromulgación de L^1 mediante L^3 no afectaría a L^2, excepto en aquellas parte en que son inconsistentes. Finalmente, hay quienes sostienen que L^3 ha derogado por absorción a L^1, y luego, se debe determinar qué aspectos de L^2 son derogados tácitamente por L^3, de manera que, L^2 podría continuar vigente.

Sin embargo, es importante enfatizar que cuando L^2 está destinada a ser una simple repromulgación de L^1 la derogación por oposición no procede, ya que una repromulgación no tiene la fuerza necesaria para cambiar el derecho anterior, ni menos aún para modificar las relaciones jurídicas establecidas por la ley original. Dentro de este supuesto, la pregunta acerca de ¿qué ley será aplicada?, solo tiene algún sentido en situaciones en las cuales se invoca alguna parte de L^1 que no fue repromulgada por L^2, o cuando se intenta invocar L^1 una vez L^2 ha sido derogada[158].

Finalmente, en consideración al carácter sumamente particular, poco extendido y prácticamente no tratado de este tipo de derogación por derivación, en la presente investigación no se realizará un desarrollo ulterior de la misma, salvo en los casos en que se relaciona con los otros tres tipos de derogación: por disposición, por oposición y por absorción, que si son desarrollados en lo que sigue.

2.5.3 ¿Cómo se presentan los tipos de derogación?

Explicado el marco general de las condiciones de su ocurrencia y los efectos de la derogación, es necesario precisar las particulares condiciones de ocurrencia y los efectos que caracterizan los distintos tipos de derogación: a) por disposición, b) por oposición, y c) por absorción.

a) Derogación por disposición

Existe unanimidad en que esta derogación es de aplicación simple y no problemática. La nueva ley deroga a otra promulgada previamente utilizando términos perfectamente precisos. Los alcances de la derogación se expresan claramente respecto de que la ley más antigua no debe continuar operativa; salvo los casos en que es aceptada la reviviscencia[159].

Como señalé, dentro de este tipo de derogación también se incluyen la sustitución o reemplazo del todo o parte de una ley anterior mediante indicaciones precisas contenidas en leyes posteriores, ya que serían una manera de llevar a cabo este tipo de derogación.

En relación con este tipo de derogación, resulta curioso que algunos autores sugieran que, del hecho de que una ley derogatoria expresamente mantenga la vigencia de ciertas leyes o las derogue expresamente, por ejemplo, a través de tablas de vigencia o derogación, no se

[158] (Notes, 1937, p. 295) y (Salvador, 1991, p. 16).
[159] (Seeman, 1938-1939, p. 79) y (Lavagna, 1946, p. 507).

deriva que el legislador haya salvado o derogado únicamente las leyes estipuladas en ellas, ni tampoco que todas las leyes consideradas por el legislador estén correcta e irrevocablemente incluidas. Por ende, una parte de la dogmática sugiere que sería posible la derogación de una ley incluida en una tabla de vigencias, e inclusive, considerar vigente una ley derogada en términos precisos, todo si los tribunales consideran que su inclusión en dichas disposiciones o tablas constituye un error del legislador.

b) Derogación por oposición

A grandes rasgos se presentan dos explicaciones acerca de este tipo de derogación, una de corte voluntarista o psicológico (subjetiva) y otra estructural del ordenamiento jurídico (objetiva). Para una posición voluntarista, no es dable que un legislador pueda sostener una cosa y su contraria al mismo tiempo, es decir, como el legislador no puede querer que se apliquen dos leyes contradictorias, la ley anterior que contradice a la ley posterior es derogada, y para que se manifiesta dicha intención implícita o *voluntas abrogandi* de derogar las leyes anteriores es necesaria la concurrencia de la oposición entre estas y la legislación posterior. A su vez, para una posición preocupada por la coherencia del ordenamiento jurídico, la aplicación de la derogación a los casos de oposición entre las leyes anteriores y posteriores se aduce del principio de unidad del ordenamiento jurídico, en su sentido formal y material, puesto que no puede haber en un mismo ordenamiento jurídico dos normas incompatibles o de las cuales se deriven consecuencias inconsistentes[160].

Así, los elementos generalmente utilizados por la dogmática para identificar una incompatibilidad capaz de producir la derogación por oposición de una de ellas son:

i. Que las leyes presenten igualdad de materia, identidad de destinatarios y una contradicción entre los fines de la nueva y vieja ley;
ii. Que se presente una contradicción en los preceptos, sistemas y criterios de las normas en cuestión;
iii. Que la contradicción se dé tanto entre los textos de la leyes como en los principios que las inspiran y deducen de ellas;
iv. Que se aprecie una incompatibilidad sustancial entre los contenidos de la ley nueva y los contenidos de la antigua;
v. Que la inconsistencia sea de tal magnitud, que a partir del lenguaje específico de las leyes ambas no pueden ser obedecidas simultáneamente;
vi. Cuando el propósito o la política de las leyes hacen imposible su aplicación conjunta;
vii. Que presente un conflicto de carácter irreconciliable entre las leyes;
viii. Que al confrontar las leyes se aprecie una imposibilidad lógica de aplicar simultáneamente las dos, es decir, que las leyes dispongan consecuencias jurídicas incompatibles para el mismo hecho específico[161].

[160] Posición voluntarista en (Donati, 1914, p. 160), (De Casso & Cervera, 1950, p. 1521), (Notes, 1955, p. 1040), (De Castro, 1955, p. 704) y (Coca, 1992, p. 484), y posición coherentista en (Lavagna, 1946, p. 508) y (Vaquer, 2005, p. 908).

[161] La relación entre autores y criterios es la siguiente: i) primero (De Casso & Cervera, 1950, p. 1522), (De Castro, 1955, p. 704), (Puig, 1974, p. 114), (Salvador, 1991, p. 14), y (Lacruz, Sancho, Luna, Delgado, Rivera, & Rams, 2006, p. 209); ii) segundo (De Casso & Cervera, 1950, p. 1522) y (De Castro, 1955, p. 704); iii)

De este modo, si en una derogación por oposición se manifiesta implícitamente una intención de excluir las leyes anteriores en función de la incompatibilidad que se presenta entre ellas y las nuevas. Esta derogación solo se presenta dentro de los límites de dicha incompatibilidad, pues más allá de ellas rigen los señalados principios supranormativos (conservación del material jurídico, permanencia legislativa e compatibilidad legal) [162].

Sin embargo, el alcance de dicha incompatibilidad puede estar completamente determinado por la posición que se adopte en relación con el fundamento de una derogación por oposición. Así, quien adhiere a una posición voluntarista seguramente aducirá razones para justificar el alcance de este tipo de derogación, por ejemplo, interpretación originalista, las cuales probablemente pueden ser muy distintas a las planteadas por alguien que adhiera a una posición coherentista del ordenamiento.

De manera diferente, algunos autores desarrollan la política y el propósito de las leyes como criterios para la determinación de la oposición normativa, y así, para su determinación, sugieren una test de «objetivos diferentes», es decir, si el legislador perseguía diferentes objetivos en la promulgación de L^1 y L^2 resulta claro que no tenía la intención de derogar L^1, de manera que, ambas leyes pueden coexistir. La aplicación de este test a las leyes debe considerar cuando estas ofrecen diversas soluciones o métodos para regular la misma conducta y/o cuando estas se desenvuelven en ámbitos diversos, casos en los cuales parece correcto afirmar la convivencia de ambas[163].

Como obviamente las leyes pueden diferir en los objetivos, y al mismo tiempo, contener disposiciones imposibles de ser utilizadas simultáneamente, así como también, pueden diferir en los objetivos y cancelarse entre sí al ser permitida su coexistencia simultánea. La dogmática propone la derogación por oposición cuando L^2 establece un elaborado sistema integrado, que al producir sus efectos convierte a L^1 o a su aplicación en desconcertantes o desequilibradas para los operadores o el ordenamiento jurídico. No obstante, en sentido estricto, dentro de mi clasificación este sería un caso de derogación por derivación[164].

Además, en la relación con la oposición normativa los autores aluden al problema de las relaciones entre leyes temporalmente diversas que presentan entre sí diversos grados de generalidad, pues en estos la oposición puede presentarse de las siguientes cuatro maneras: i) cuando una nueva ley general posterior L^2_g contradice a una ley general anterior L^1_g; ii) cuando una nueva ley especial L^2_e contradice a una ley especial anterior(L^1_e; iii) cuando una nueva ley general posterior L^2_g contradice a una ley especial anterior L^1_e; y iv) cuando una nueva ley especial (L^2_e) contradice a una ley general anterior (L^1_g). Cabe señalar, que para algunos dogmáticos, la atribución de generalidad o especialidad de una ley se determinan *vis-a-vis*, y depende de qué factores se consideren, v.gr., temporalidad, ámbito de aplicación, materia, especificidad, etc., de modo que, no tendría sentido teorizar sobre ella[165].

---

tercero (Lacruz, Sancho, Luna, Delgado, Rivera, & Rams, 2006, p. 209); iv) cuarto (De Castro, 1955, p. 704), (Puig, 1974, p. 114) y (Pons & Del Arco, 1990, p. 234); v) quinto (Notes, 1955, p. 1043); vi) sexto (Notes, 1955, p. 1043); vii) séptimo (Notes, 1937, p. 293); y finalmente, viii) octavo (Lavagna, 1946, p. 508).

[162] Sobre el alcance de la derogación en (Notes, 1955, p. 1043), (Santamaría J. , 1958, p. 24), (Espín, 1982, p. 188) y (Albaladejo, 2002, p. 198).

[163] (Notes, 1937, p. 296) y (Notes, 1955, p. 1049)

[164] (Notes, 1937, p. 296) y (Notes, 1955, p. 1049).

[165] (Notes, 1955, p. 1045).

Los autores acuerdan aplicar sin inconvenientes la derogación a los dos primeros casos, es decir, se debe dar prioridad a la norma posterior L^2_g o L^2_e frente a la anterior L^1_g o L^1_e respectivamente. A su vez, en los casos tres y cuatro, cuando las leyes en oposición presentan grados de generalidad diversa, la secuencia temporal en la cual fueron promulgadas puede perder importancia, ya que los autores sostienen con relativa unanimidad que la ley más específica L^1_e o L^2_e prevalece siempre sobre la más general, aunque no existe consenso respecto de cómo se plasma esta prevalencia, si mediante la derogación o *deroga* de la ley anterior general L^1_g. Como fundamento de estas decisiones se sugiere que, en la promulgación de una legislación más específica, el legislador dirige su atención sobre las circunstancias particulares con las cuales está tratando, a diferencia de la aprobación de una ley general, en la que podría bien no haber previsto todas sus posibles aplicaciones específicas[166].

Así, en estos casos de leyes con diversa temporalidad y generalidad, una parte considerable de los autores consideran que, cuando L^2_e entra en oposición con la ley L^1_g se aplica la regla general, es decir, la ley más antigua es derogada, y además, sugieren el surgimiento de una excepción cuando una L^2_g se opone a una L^1_e. La justificación de esta última sugerencia derivaría de una concepción de las normas generales como condicionadas en la producción de sus efectos por una limitación implícita, la cual se presenta cuando se enfrentan con leyes especiales, para así impedir el surgimiento de los conflictos normativos, y entregar a las leyes especiales un ámbito de aplicación y eficacia propios[167].

En esta línea argumental, los autores sugieren que cuando L^2 deroga a L^1 por oponerse a ella, en principio, L^2 convierte a las excepciones de L^1, probablemente contenidas en una ley especial, en reglas generales, de modo que, las excepciones no deben entenderse derogadas al derogarse por oposición la regla general. Por su parte, cuando L^2_e establece excepciones a L^2_g podría señalarse que simplemente sustrae de su ámbito de aplicación dichos casos ahora excepcionales, aunque esta solución tiende a desnaturalizarse cuando leyes se guían por principios distintos o son demasiadas las excepciones[168].

En definitiva, a partir del principio de compatibilidad legislativa y los otros rasgos estructurales del ordenamiento, si no es posible establecer ningún criterio de incompatibilidad se debe optar por la plena vigencia de ambas leyes mediante su «armonización».

c) Derogación por absorción

La completa eliminación de todos las leyes que regulan una materia determinada procede cuando el legislador desea liquidar el pasado y establecer un sistema autónomo de normas y principios directivos, el cual no tolera desviaciones ni intervenciones de leyes anteriores. De ahí que, en estos casos no es necesaria la presencia de una oposición entre la nueva ley y las anteriores para que proceda la derogación por absorción, i.e., el concepto de derogación

166 Algunas de estas ideas en (Notes, 1937, p. 299), (Notes, 1955, p. 1045) y (Puig, 1974, p. 114). Utilizo el término *deroga* para expresar la suspensión y no el cese de los efectos de la ley.
167 (Donati, 1914, p. 161), (Notes, 1937, p. 299), (Notes, 1955, p. 1044) y (Santamaría J. , 1958, p. 24). Como se puede apreciar, estos casos de excepciones se vinculan con la *deroga* y la *derogation*.
168 (De Casso & Cervera, 1950, p. 1523), (Mucius, 1965, p. 1025), (Puig, 1974, p. 114) y (Manresa y Navarro, 1987, p. 187).

por absorción puede ser limitado a las situaciones donde la exclusividad de la ley posterior es determinada sin considerar la existencia de un conflicto con la o las leyes anteriores[169].

En una derogación por absorción L^1 y/o L^2 son privadas de todos sus efectos en la medida que regulan las cuestiones tratadas por L^3, porque se entiende que el legislador pretende reordenar toda una materia o disciplina, y así, establecer nuevos principios y criterios de regulación. Este tipo de derogación no solo afecta a las normas generales y excepcionales que contradigan respectivamente a las normas generales y excepcionales del nuevo texto legal, sino que también a todos las otras normas contenidas en las leyes precedentes que coinciden o no con aquellas contenidas en la nueva ley, o que respecto de ellas se presentan con carácter general o excepcional[170].

Este tipo de derogación es inferida por la dogmática a partir de las siguientes situaciones: i) cuando una ley posterior es dictada con el objetivo de regular completamente una materia, ya regulada por uno o más leyes anteriores; y ii) cuando pese a no existir una absoluta coincidencia entre los ámbitos regulados por la nueva ley y la antigua, la nueva intenta regula exhaustivamente una materia ya reglamentada[171].

En relación con la segunda situación, algunos autores precisan que no es necesario que L^2 regule expresamente todas las circunstancias vinculadas con la materia, ni todas las situaciones ya reguladas por leyes anteriores, sino que resulta suficiente que discipline dichas cuestiones en forma implícita, de manera que, cuando sea aplicada la nueva ley para las situaciones señaladas no sea necesario recurrir a normas o principios en ella no contenidos. Al igual que en el caso de la oposición, los autores sugieren que para determinar tales situaciones se requiere efectuar caso a caso un examen orgánico de los sistemas normativos distintos, mediante confrontar y coordinar, en cada uno de los sistemas, todas las diversas disposiciones.

A su vez, en relación con la primera situación, si se determina que la finalidad de L^2 es realizar una regulación exclusiva, el alcance de su derogación reemplazará a todo el derecho anterior relacionado con su área o materia, con independencia de si dicha finalidad excluyente fue formulada de manera expresa o tácita. Igualmente, en los casos en que L^2 es prevista como un sustituto de L^1 en relación con un área o materia, prevalecerá sobre esta, ya sea porque es esencialmente una revisión del derecho anterior, o porque cubre su materia a fondo, de manera comprensiva y completa. Las leyes anteriores también serán reemplazadas completamente si su alcance es más restringido que el de una ley posterior, en tanto que, cuando L^2 regula específicamente un área determinada, simplemente sustrae su materia del alcance de L^1, si esta última cubre un área mayor o proporciona reglas generales que regulen la aplicación de L^2, como en el caso de una *deroga* o *derogation*[172].

Algunos autores sugieren que una cláusula que establece «la derogación de todos las leyes comprendidas, sustituidas o dispuestas por» constituiría una manifestación del legislador en

---

169 (Lavagna, 1946, p. 509) y (Notes, 1955, p. 1045).

170 Sobre el alcance de la derogación por absorción en (Donati, 1914, p. 161), (Notes, 1937, p. 295), (De Casso & Cervera, 1950, p. 1523), (Santamaría J. , 1958, p. 24), (Mucius, 1965, p. 1032), (Puig, 1974, p. 116), (Espín, 1982, p. 188) y (Castan, 1988, p. 603)

171 (Donati, 1914, p. 161), (Lavagna, 1946, p. 508), (Notes, 1937, p. 295), (Espín, 1982, p. 190), (Castan, 1988, p. 603) y (Lacruz, Sancho, Luna, Delgado, Rivera, & Rams, 2006, p. 210).

172 (Lavagna, 1946, p. 508) y (Notes, 1955, pp. 1041-1045).

el sentido de atribuir a la ley posterior la regulación de un área con exclusión de otras leyes, al igual que una cláusula del tipo «todas leyes o partes de ley sobre las materias de esta ley son derogadas», la cual en el *common law* es formulada como «*all laws and parts of laws on the subject-matter hereof are repealed*». En una situación como esta, cuando la intención es expulsar incondicionadamente todo el derecho anterior que regulaba la misma materia, ni siquiera sería posible recurrir a las leyes anteriores para integrar aquellos aspectos en los cuales la nueva regulación pudiese presentar lagunas. Por otra parte, la dogmática sugiere que la intención de no derogar por absorción puede ser inferida a partir de una referencia en la nueva ley a otras leyes sobre el mismo tema y que no están abarcadas dentro de ella. Y si la nueva ley señala que regulará exclusivamente las materias propias de su ámbito, la derogación por absorción debe ser casi invariablemente declarada[173].

2.6 La utilidad: implementación de la derogación

El último aspecto de una caracterización general de la derogación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos se relaciona con su utilidad, es decir, cómo la derogación desempeña sus funciones de actualización y eliminación normativa en un contexto en que no siempre se presenta la necesaria precisión de parte de la autoridad de creación normativa, y además, mediante su uso es posible alcanzar un mayor grado de certeza.

Además, si bien, para que la derogación desempeñe a sus funciones de actualización y eliminación normativa necesita de una mayor precisión de parte de las autoridades, al menos, una explicitación de los criterios utilizados por los operadores jurídicos para su determinación, junto con la valoración que ellos realizan de los medios utilizados por las autoridades, igualmente contribuyen a una mayor seguridad jurídica[174].

Generalmente, en los derechos estatales modernos y contemporáneos, una mayor precisión de parte de la autoridad de creación normativa se vinculada con el carácter fundamentalmente escrito del fenómeno jurídico, pues así se plasma en mejor medida el ideal de la certeza o seguridad jurídica. Por ende, para el caso de la derogación, tanto la precisión como la seguridad jurídica están asociadas con las diversas maneras en las cuales la derogación se plasma en los ordenamientos jurídicos, esto es, las herramientas de técnica legislativa utilizadas por el legislador para establecerla. Así, en la actualidad la derogación se plasma, fundamentalmente, a través de disposiciones derogatorias, cláusulas derogatorias y/o tablas de derogaciones.

Disposición derogatoria. Aquellas formulaciones lingüísticas enunciadas por la autoridad con la finalidad de individualizar expresamente la o las disposiciones que son derogadas, o bien, las alteraciones que sufrirá un texto normativo. Dentro de las disposiciones derogatorias destinadas a cambiar el texto de un ley se distingue entre las realizadas en un modo «simple» y las efectuadas en una forma «compleja», en consideración a si solo añaden o no un nuevo texto o reproducen la nueva redacción. Por ello, las disposiciones derogatorias pueden tener tres formas: i) simplemente derogatoria, como «Quedan

[173] (Notes, 1937, p. 294), (Notes, 1955, pp. 1041-1042) y (Mucius, 1965, p. 1023).
[174] Una idea similar acerca de la seguridad jurídica y la dogmática en (Calsamiglia, 1990, pp. 140-141)

derogadas las siguientes leyes»; ii) de sustitución de partes de un texto normativo, como «En el artículo *x* sustitúyase la palaba, expresión, inciso, etc., *z* por la palabras, expresión, inciso, etc., *y*»; iii) de reemplazo de un texto normativo, como «El artículo *x* de la ley *z* es reemplazado en cuanto sigue por *y*»; y iv) derogatorias complejas, que reiteran el *iter* formativo de la ley derogada, como «Queda derogada la ley *x* y se restablece la ley *y*».

Cláusula derogatoria general. Generalmente ubicada al final de la regulación, consiste en una formulación lingüísticas que declara de manera absoluta la derogación de todo el derecho anterior, o bien, de solamente aquella parte que se opone al nuevo. En ocasiones, el primer caso es interpretado como un intento del legislador de regular toda un área mediante la exclusión de todas las otras leyes (derogación por absorción) y el segundo, como una limitación de la derogación a solo aquellas partes donde se presenta oposición entre la nueva y la antigua ley. Un ejemplo del primer tipo de las cláusula derogatoria general es: «*all previous laws inconsistent with the present one are thereby repeales*», y uno del segundo es «*…all laws and parts of laws on the subject-matter hereof are repealed…*»[175].

Originariamente, estas cláusulas fueron usadas para abarcar a todas las leyes que debían ser consideradas y su denominación era «derogaciones formularías». Sin embargo, desde un comienzo fueron fuertemente criticadas por la dogmática, como señala Gutiérrez:

> «…[pese a su apariencia vaga hacen] imposible el que la sutiliza funde sobre el silencio de un legislador pretestos para creer que lo que no ha derogado, subsiste» (1871, p. 108)[176]

Sin embargo, hoy en día su utilización está sumamente extendida, inclusive en los casos en que las leyes contienen largos listados con disposiciones derogatorias. Quizás, una lectura favorable de estas cláusulas sugeriría que ellas podrían inclinar o agudizar el reconocimiento de la oposición entre distintas leyes por parte de los tribunales. Aunque, por otro lado, el efecto de dichas cláusulas no consiste en aumentar la probabilidad de derogaciones, pues simplemente son declarativas de la derogación por oposición, y consecuentemente, no agregan nada a la fuerza derogatoria de las leyes posteriores. A su vez, algunos autores sugieren que constituyen simplemente una muestra de la desidia o desconocimiento del legislador respecto de las leyes anteriores que resultan afectadas por las posteriores[177].

Tabla de derogaciones. Consisten en un listado generalmente insertado en la parte final de las leyes o en sus anexos, en los que se detallan expresamente las leyes y artículos derogados. Un aspecto importante consiste en que con independencia del lugar en el cual se inserten, las tablas de derogaciones están estrechamente relacionadas con la nueva ley en completo, puesto que constituirían una consecuencia de las disposiciones contenidas en toda la nueva ley. Así, esta tabla no debe ser solamente un reflejo simétrico de las derogaciones por disposición realizadas en el texto, sino que además, deben contener las derogaciones por oposición, absorción, y eventualmente, derivación, que la nueva normativa produce. De esta manera, en ocasiones las derogaciones realizadas por una disposición derogatoria o por una cláusula derogatoria son complementadas o reforzadas con su inserción en la tabla de derogaciones. A su vez, una tabla de derogaciones debe

---

175 (Notes, 1955, p. 1041). Sobre las cláusulas derogatorias en el *common law*, véase, (Notes, 1937, p. 294), (Seeman, 1938-1939, p. 79) y (Hewitt, 1939, p. 211).

176 Las faltas de ortografía son propias del tiempo en que se escribió el texto citado.

177 Estas interpretaciones de la cláusula derogatoria en (Notes, 1955, p. 1041) y (Gutiérrez, 1871, p. 106).

individualizar minuciosamente la ley, leyes o partes de estas que son derogadas, por ejemplo, por medio del año, capítulo, sección y artículos correspondientes, para procurar una precisión tal que no plantee dificultades de interpretación cualquiera sean estas[178].

Es importante añadir que, la presencia de una tabla de derogaciones no excluye la posibilidad de uno o más casos de derogación por oposición no contemplados por ella. Aún así, la omisión de L^1 en la tabla de derogaciones de L^2 puede ser entendida como la intención legislativa de mantener a L^1 inalterada. Con todo, esta lectura solo tiene sentido si el legislador de hecho ha examinado cuidadosamente el conjunto de disposiciones relevantes, y explícitamente establece todas las derogaciones deseadas. Por lo tanto, igualmente es posible la consideración de L^1 como derogada por oposición u otro tipo[179].

Igualmente, pero en un sentido opuesto, en ocasiones las nuevas leyes contienen una «tabla de vigencias», i.e., un conjunto de disposiciones que expresamente garantizan la vigencia de otras leyes, disposiciones o normas que no serán afectará por la nueva ley. Principalmente, su función y sentido se observan cuando la no inclusión de ciertas leyes en la tabla de vigencia significaría, probablemente, su inclusión en la tabla de derogaciones o su consideración como derogadas por oposición o absorción o derivación, por ejemplo, en los casos en que la oposición entre la posterior ley y las anteriores es manifiesta o dudosa.

Finalmente, cabe precisar que, la vigencia de las leyes anteriores no está condicionada por su inclusión en estas tablas de vigencia, ya que el hecho de que una tabla de vigencias contenga las leyes que no serán derogadas, no significa que las no incluidas en ella lo están, puesto que perfectamente pueden haber muchas otras leyes no consideradas y que deben ser mantenidas o consideradas como vigentes[180].

2.7 Conclusiones

En el presente capítulo, muestro efectivamente como la dogmática jurídica desarrolla planteamientos más allá de una simple descripción de la existencia y contenido de los derechos positivos. Más bien, las propuestas de la dogmática configuran la institución a través de la entrega de sus presupuestos y un conjunto de explicaciones acerca de los alcances, requisitos y efectos que presenta la derogación en los ordenamientos jurídicos.

Constaté lo anterior mediante una presentación de los planteamientos dogmáticos en materia de derogación centrada en satisfacer las cinco necesidades explicativas surgidas en el Capítulo 1, a saber: ¿cuál es el fundamento de la derogación?, ¿a qué alude el término «derogación»?, ¿cuál es el ámbito de aplicación de la misma?, ¿cómo la derogación es determinada?, y ¿de qué manera se plasma su utilidad? Como estas respuestas presentan una intrincada complejidad entre sí, y su contenido es desarrollado en el presente capitulo, recurro a su presentación esquematizada de las mismas.

---

178 (Murray, 1953, pp. 53-55).
179 (Notes, 1937, p. 294) y (Notes, 1955, p. 1042).
180 (Notes, 1937, p. 294), (Notes, 1955, p. 1041) y (Mucius, 1965, p. 1025).

La primera necesidad explicativa en torno a ¿cuál es el fundamento de la derogación?, fue satisfecha a través de la presentación del contexto que determina los mecanismos del cambio normativo reconocidos en los ordenamientos jurídicos actuales: la concepción del estado moderno de derecho vinculada con el triunfo del legalismo, el ideal de la certeza y la centralización en la creación normativa, la cual introduce la idea de una jerarquía normativa sustentada en las reglas de producción. Además, la dogmática contribuye a satisfacer esta necesidad explicativa con sus propuestas en relación con qué motiva dicho cambio (el cambio de circunstancias o la naturaleza de la razón), qué faculta dicho cambio (la capacidad de crear, la voluntad colectiva, la propia regulación jurídica o la necesaria eficacia de las leyes posteriores), y por qué se debe preferir la innovación (por el carácter soberano de la autoridad, la voluntad legislativas o la jerarquía normativa).

A su vez, la segunda necesidad explicativa a acerca de ¿a qué alude el término «derogación»? la contesto a través del esbozo de una red conceptual del cambio normativo, dentro de la cual se inserta una red del cese normativo, la que, en definitiva, contiene y caracteriza a la derogación a partir de una análisis contrastivo con los otros componentes de la misma. Además, esta red conceptual me permitió plasmar detalladamente la complejidad de las relaciones conceptuales entre los distintos mecanismos de cambio normativo, y a su vez, dejar constancia de las precauciones que se deben tomar al momento de adoptar simplificaciones teóricas o lingüísticas en torno a la derogación.

Por su parte, la tercera necesidad explicativa sobre ¿cuál es el ámbito de la derogación?, es cubierta con la definición de derogación que obtuve a partir de la elaboración de la red conceptual de cambio normativo, la cual se complementa con los planteamientos dogmáticos acerca de qué es la derogación y cómo se clasifica. Asimismo, en este mismo ámbito propongo y fundamento una reclasificación de los tipos de derogación, a partir de una precisión sobre qué produce la derogación en cada caso.

En cuanto a la cuarta necesidad explicativa ¿cómo se determina la derogación?, la satisfago mediante un acabada reconstrucción de las propuestas dogmáticas en relación con cuáles son las condiciones en que la derogación se presenta (criterios de permanencia, compatibilidad e innovación legislativa) y de dónde provienen estas condiciones (criterios supranormativos). Además, junto con ello presenté tanto los requisitos generales para su ocurrencia (cronológico, jerárquico y de competencia) como sus efectos, y estos últimos los dividí entre generales, reviviscencia y la que he denominado «derogación por derivación». De esta forma, dentro de estas explicaciones anteriores desarrollé los planteamientos y exigencias que la dogmática establece para cada tipo de derogación (por disposición, oposición o absorción).

Por último, el tratamiento de la quinta necesidad explicativa sobre ¿cómo se plasma la utilidad de la derogación? la realicé a través de la presentación de las distintas maneras en que, generalmente, la derogación es llevada a cabo en los ordenamientos jurídicos para desempeñar sus funciones de actualización y eliminación normativa. De esta manera, a través de la utilización de herramientas de técnica legislativa, las cuales pretenden conseguir no siempre de manera exitosa un mayor grado de precisión y seguridad jurídica, presenté las disposiciones derogatorias, las cláusulas derogatorias y las tablas de derogaciones y vigencias.

El carácter exhaustivo y homogéneo de los planteamientos dogmáticos facilita considerablemente su reconstrucción conjunta y la posibilidad de responder, de manera consistentes, a las necesidades explicativas planteadas en el precedente Capítulo 1. Sin embargo, situado en este punto, creo que es importante reconocer que junto con estos planteamientos homogéneos se presentaron una serie de problemas «dogmáticos» en materia de derogación, esto es, un conjunto de casos respecto de los cuales la dogmática reconoce no lograr llegar a un acuerdo. Algunos de estas problemáticas las he presentado a lo largo del capítulo refiriéndome a ellas como diferencias entre los autores, sin embargo, deben ser explicitadas con mayor claridad y precisión. Por lo tanto, realizo una presentación de estos problemas, por considerar que constituyen el complemento necesario a la presentación uniforme de los planteamientos dogmáticos en materia de derogación. Así, estructuro su presentación bajo los mismos aspectos utilizados anteriormente: fundamentos, ámbitos de aplicación, determinación y utilidad de la derogación.

Fundamentos. En los planteamientos presentados se muestra cierto consenso entre los autores respecto de la falta de acuerdo entre ellos respecto de qué motiva la elección de la ley posterior frente a la anterior, ya que sus ideas giran alrededor de tres criterios para fundar dicha preferencia: autoridad, voluntad y jerarquía. Probablemente, el criterio de la voluntad es el que genera más controversia entre los autores, ya que algunos reconocen que: i) el uso de la expresión «intención legislativa o del legislador» es vago, pues, en ocasiones, con ella se indican más bien los resultados o consecuencias legales de la propia ley; ii) detrás del uso de esta expresión existen una serie de aspectos controvertidos y vinculados a cómo determinar o cristalizar su carácter; y iii) en ocasiones, los tribunales ocultan sus motivaciones detrás del uso de esta máxima o canon interpretativo, lo cual es objetable cuando encubren las verdaderas razones del accionar judicial tras esta expresión; y iv) en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, la ley no puede ser explicada en términos de pura voluntad, pues está sometida, al menos, a una Constitución[181].

Así, en relación con los fundamentos de la derogación, si el derecho interno es concebido como derivación exclusiva de una voluntad estatal surgen entonces problemas al momento de determinar si es posible su derogación mediante: i) una norma jurídica internacional sin una norma de derecho interno que ejecute su contenido; y (ii) una norma consuetudinaria no reconocida por una ley estatal[182].

Ámbitos de aplicación. Los autores señalan que resulta preciso establecer un acuerdo respecto de qué atributo de las leyes es afectado por la derogación (vigencia, vigor, eficacia, fuerza obligatoria, operatividad o capacidad de producir efectos), y además, cuándo cesa definitivamente este atributo de las leyes. Así, bajo estas exigencias, coinciden en identificar a la «derogación por disposición» como no problemática, y a la «derogación por oposición» como menos satisfactoria y más problemática. Adicionalmente, como se señaló, si bien los autores acuerden en clasificar la derogación como total y parcial, no existe consenso

[181] Estos problemas en (Notes, 1937, pp. 293-302), (Hewitt, 1939, p. 211), (Notes, 1955, p. 1053), (Page, 1956, pp. 108-109) y (Diez-Picazo, 1990, pp. 67-81). Para este último, la explicación voluntarista de la derogación fue construida sobre la teoría del negocio jurídico, sede natural del estudio de las declaraciones de voluntad.

[182] Estas cuestiones en (Donati, 1914, p. 162) y (Pugliatti, 1958, p. 154). Este problema puede igualmente ser vinculado con la competencia de la autoridad que realiza la derogación.

respecto de cuál es alcance de esta distinción, ya que no está claro qué significa que la derogación de una ley sea total o parcial[183].

Determinación. Los autores reconocen que es necesario determinar, de la manera más exacta posible, todos los aspectos vinculados con el cambio normativo, ya que continúa siendo necesario implementar adecuadamente las exigencias de la seguridad jurídica en los ordenamientos jurídicos[184].

A su vez, surge la interrogante respecto de la reviviscencia de una ley derogada cuando se deroga la disposición que la derogaba. Así, los autores discuten acerca de cuál es el efecto o cómo debe ser interpretada una disposición derogatoria, pues hay tanto quienes rechazan como quienes apoyan la reviviscencia de la ley derogada en un primer momento.

Por su parte, algunos dogmáticos son suspicaces frente a quienes atribuyen a una derogación por oposición una función de armonización, a partir de la supuesta eliminación o solución que realizaría de la oposición normativa dentro del ordenamiento. Esto en función de que, en la práctica este tipo derogación presenta variados inconvenientes, a saber: i) si bien los autores proponen criterios para determinar esta oposición, no existe conceso entre los mismos respecto de si existe o no una preferencia entre ellos ni respecto de cómo deben ser aplicados; ii) parece imposible establecer mediante formulas generales todas las pautas que debieran considerarse para la determinación de la derogación por oposición, más bien, solamente sería posible realizar un examen caso a caso para establecer si esta procede o no; y en consecuencia, iii) esta manera de realizar la derogación acarrea una mayor falta de certeza en los ordenamientos jurídicos, a partir del abanico de posibilidades que pueden desprenderse de ellas[185].

Utilidad. Bajo la influencia del ideal de la certeza, los autores muestran su disconformidad respecto de la manera en la cual el acto derogatorio es llevado a cabo por las diversas autoridades. Así, sostienen, por una parte, que el proceso legislativo acontece en la incertidumbre respecto de qué partes del derecho existente serán derogadas, y además, sin información respecto de cuáles son los efectos de las leyes que serán derogadas. Por otra parte, en este contexto la multiplicación exponencial de las leyes dificulta aún más la posibilidad de su conocimiento en profundidad y la determinación del sistema de normas aplicables a un caso[186].

Además, los autores rechazan el uso generalizado de las cláusulas derogatorias y sugieren como cuestiones problemáticas sobre la misma que: i) en ocasiones se vincula con la errónea visión de que su inclusión en las leyes reemplazaría o tomaría el lugar de las tablas de derogaciones; ii) conlleva considerables problemas de indeterminación del material

[183] Aprecian estas dificultades (Seeman, 1938-1939, p. 79), (Hewitt, 1939, p. 211), (Lavagna, 1946, p. 507), (Palmer, 1989, p. 178), (Martin, 2010, p. 208) y (García, 2010, pág. 53). Excluyo de los problemas las distinciones entre los distintos tipos de derogación expresa y tácita con base en mi propuesta de clasificación.
[184] Por ejemplo, ver (Seeman, 1938-1939, p. 79), (Hewitt, 1939, p. 211) y (Lavagna, 1946, p. 507).
[185] Destacado por (Hewitt, 1939, p. 210), (Puig, 1974, p. 114), (Michie, 1925-1926, p. 22), (Espín, 1982, p. 189) (Castan, 1988, p. 602) y (Albaladejo, 2002, p. 197) Solo cabe precisar que, en un sistema de precedente, cada pronunciamiento judicial va acotando las posibilidades, con lo cual la indeterminación es menor.
[186] Manifiestan estas inquietudes (DeMuth, 1935), (Notes, 1937, p. 302), (Fordham & Russell, 1949-1950, p. 443), (Murray, 1953, p. 51), (DeLong, 1983). (Notes, 1955, p. 1050) y (Diez-Picazo, 1990, p. 36). Es importante precisar que, en un sentido estricto, el excesivo desarrollo legislativo no es un problema derogatorio, sino más bien un elemento que dificulta su realización bajo ideal compartido de la certeza.

normativo, unido a altos niveles de inseguridad entre operadores y destinatarios de derecho; iii) el legislador delega en los órganos de aplicación la decisión acerca de cuándo una ley debe considerarse derogada por su incompatibilidad con la ley posterior, sin considerar que las decisiones judiciales en materia de derogación no garantizan uniformidad ni seguridad jurídica, pues no producen efectos *erga omnes*; iv) su carácter superfluo frente a la preferencia normativa por las leyes posteriores frente a las anteriores para el caso de contradicción; y v) cuando se utilizan estas cláusulas, para fijar y determinar adecuadamente el alcance de la derogación, resulta indispensable un minucioso estudio comparativo de las leyes anteriores y la posterior, y esto siempre es obviado[187].

La dogmática reconoce que la determinación de la derogación se dificulta en algunas leyes, las cuales presentan algunos rasgos particulares que complejizan aún más la determinación de ocurrencia y producción de efectos. Estas leyes corresponden, en primer lugar, a las leyes programáticas, pues se discute si las leyes que necesitan de otras, que las complementen o hacen posible su aplicación, por sí solas derogan a las anteriores que se oponen a ella, o necesitan que se dicte dicha ley que las complementa o posibilita su aplicación. En segundo lugar, se encuentra las leyes de texto único, refundido o articulado, ya que no existe acuerdo respecto de si las leyes destinadas a contener textos únicos, refundidos o articulados de leyes anteriores tienen fuerza derogatoria. En tercer lugar, se presentan las leyes interpretativas, debido a que si estas leyes deben integrase y completarse con el contenido de la ley interpretada, cuando la ley interpretativa excede su finalidad y modifica el ordenamiento jurídico, deja ser un acto interpretativo y pasa a ser un acto de creación normativa, y en estos casos la dogmática se pregunta si una ley derogatoria puede constituir una interpretación de la ley derogada. Y en cuarto lugar, están las leyes especiales y excepcionales, dado que la relación de especialidad o excepcionalidad es dependiente de su contrapartida común y general, empero, no es claro cuando es posible predicar dicho par de adjetivos de las leyes, puesto que la determinación de la especialidad, la generalidad y el carácter común o excepcional de las leyes resulta problemática. Adicionalmente, junto con estos problemas de los tipos leyes, la dogmática se pregunta acerca de si es posible que los principios deroguen a las leyes mediante la adopción de un principio por parte de una ley o más leyes posteriores[188].

Finalmente, se debe agregar que al examinar más minuciosamente los planteamientos dogmáticos se explicitan problemas adicionales vinculados con la actividad derogatoria. Estos problemas no están directamente relacionados con los aspectos tratados a lo largo del capítulo, a saber: i) derogación y persistencia de las leyes; y ii) derogación e inconstitucionalidad. Respecto del primero, los autores sostiene que no existe suficiente claridad respecto de cómo revisar las leyes anteriores frente a una nueva Constitución, esto es, si únicamente deben ser comparadas con la Constitución existente al tiempo de su emisión (procesal y materialmente), o si también, deben ser contrastadas a la luz de la nueva Constitución. Adicionalmente, en relación con este punto, algunos sostiene que cuando se elimina una orden constitucional se presume la abolición de todas las leyes

[187] Los problemas en el uso de las cláusulas en: (Notes, 1937, p. 292), (Seeman, 1938-1939, p. 79) (Notes, 1955, p. 1041) (Mucius, 1965, p. 1021), (Puig, 1974, p. 114), (Espín, 1982, p. 190), (Castan, 1988, pp. 602-603), (Salvador, 1991, p. 15), (Albaladejo, 2002, p. 200) (Lacruz, Sancho, Luna, Delgado, Rivera, & Rams, 2006, p. 209) y (García, 2010, pp. 52-53).

[188] Presentan estos problemas: (Lavagna, 1946, p. 515) (Esposito, 1948, p. 285) (Martines, 1954, p. 420) (Pugliatti, 1958, pp. 143-149) (Capotosti, 1969, p. 2331) (Puig, 1974, p. 113), (Castan, 1988, pp. 602-603) (Salvador, 1991, p. 16) y (Albaladejo, 2002, pp. 197-200).

enlazadas con ella, sin necesidad de una posterior revisión, ya que las leyes consisten y reflejan el espíritu general de las disposiciones políticas de su tiempo[189].

Por su parte, la relación entre derogación e inconstitucionalidad presenta serios problemas para la dogmática jurídica en los casos de una Constitución sobreviniente y leyes anteriores contrarias a ella. De ahí que, los autores proponen una amplia diversidad de criterios para determinar si resulta más adecuado utilizar la derogación o la inconstitucionalidad para excluir las leyes anteriores contrarias a la Constitución. No obstante la pluralidad de soluciones propuestas, es posible afirmar que los autores sustentan sus propuestas en la competencia de los tribunales que determina cada una de ellas (tribunal constitucional o tribunales ordinarios), los tipos de disposiciones constitucionales en oposición con las leyes (normas constitucionales pragmáticas o perfectas, y normas constitucionales de principios o específicas), o bien, en los efectos de las sentencias dictadas por el tribunal (efectos *erga omnes* o *inter parte*, y efectos *ex nuc* o *ex tunc*)), así como también, en los rasgos de cada mecanismo de exclusión (existencia o no de las leyes preconstitucionales)[190].

Más aún, junto con el debate sobre derogación e inconstitucionalidad, la dogmática presenta dos situaciones problemáticas insuficientemente tratadas y vinculadas con las reformas constitucionales y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley derogatoria. En el primer caso, efectuada la reforma se obtiene un nuevo texto constitucional y un nuevo conjunto de normas constitucionales derivadas de él, y de todos ellos surgen nuevos criterios de valoración de la constitucionalidad de las leyes preexistentes. Por ende, es posible afirmar que la «reforma constitucional» deroga todas aquellas disposiciones y normas contenidas en la Constitución y el resto del ordenamiento que son contrarias a ella. A su vez, en el segundo caso, los autores discuten acerca de si los efectos derogatorios de una la ley son o no anulados cuando es declarada inconstitucional, en atención a los efectos *ex tunc* de una declaración de este tipo[191].

En definitiva, presentados los planteamientos dogmáticos como una respuestas a las inquietudes surgidas en el Capítulo 1 y desarrolladas las cuestiones que la propia dogmática reconoce como problemáticas al momento de tratar la derogación, se está ante un panorama de temas derogatorios surgido desde la propia práctica jurídica. Por lo cual, entre el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos contemporáneos y los planteamientos dogmáticos en materia de derogación se debe continuar la investigación, pues de esta manera es posible continuar mejorando nuestra comprensión sobre la derogación en la actualidad. Sin embargo, al no disponer de criterios o metacriterios que permitan zanjar la discusión dogmática o bien formular alguna respuesta definitiva a algunas cuestiones, en este punto parece necesario recurrir a otros ámbito del conocimiento jurídico para complementar la visión práctica que se ha presentado hasta ahora.

---

189 Estas inquietudes en (Esposito, 1948, p. 285) y (Gutiérrez, 1871, p. 109). Estos supuestos también se pueden aplicar a cada una de las «nuevas Constituciones» generadas a partir de los posibles procesos de reforma o modificación constitucional.

190 Sobre la relación entre derogación e inconstitucionalidad ver (Crisafulli, Esposito, Giannini, Lavagna, Mortati, & Vassalli, 1956, p. 261) (Liebman, 1956, p. 163) (Calamandrei, 1956, pp. 151-156) (Andrioli, 1956, pp. 229-235) (Crisafulli, 1957, pp. 276-280) (Pugliatti, 1958, p. 150) (Esposito, 1958, pp. 829-830) (Mortati, 1959, pp. 2-5) (Garrido, 1985, p. 2467) (Pons & Del Arco, 1990, p. 236) (Martin, 2010, p. 210)

191 Algunas de estas ideas en (Notes, 1955, p. 1048), (Pugliatti, 1958, p. 150), (Vaquer, 2005, p. 909) y (García, 2010, pág. 53).

RECAPITULACIÓN PARTE I
LA DEROGACIÓN EN LA PRÁCTICA JURÍDICA

R.I.1 La derogación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos

En el primer capítulo mostré los rasgos centrales de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, como el entorno dentro del cual la derogación se presenta en la actualidad. Además, en atención a las características propias de este entorno, señalé las insuficiencias que presenta una reconstrucción piramidal, elaborada a partir de las relaciones de producción normativa, para representar el carácter dinámico de los ordenamientos jurídicos. También, expuse la utilidad de reconstruir los derechos positivos contemporáneos con base en las relaciones de exclusión existentes entre sus componentes y cómo estas se plasman a través de distintos mecanismos de exclusión normativa. Así, analicé la función desempeñada por estos mecanismos dentro del ordenamiento jurídico y las relaciones que presentan entre sí, a saber: derogación, inaplicabilidad y nulidad.

Resultado del estudio obtuve una respuesta clara y fundada acerca de cuál es el rol de la derogación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, mostrando así su crucial importancia y utilidad para un adecuado funcionamiento de estos últimos. Adicionalmente mostré cómo la multiplicidad de formas y relaciones jurídicas entregan una complejidad tal a los derechos positivos actuales, que resulta sumamente difícil su representación, si no se desea incurrir en modelos reduccionistas de los mismos.

Asimismo, junto con la investigación surgieron algunas inquietudes en relación con la derogación cuya respuesta excedía los objetivos del capítulo, pero que debían ser resueltas si se deseaba obtener una caracterización general de la misma. Estas inquietudes están vinculadas con cinco aspectos que presenta la derogación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, y abarcan cuestiones como: i) los fundamentos de la derogación; ii) la denominación de la derogación; iii) el ámbito de aplicación de la derogación; iv) la determinación de la derogación, y v) la utilidad de la derogación.

R.I.2 La derogación en la dogmática jurídica

En el segundo capítulo expuse los planteamientos desarrollados por la dogmática jurídica sobre la derogación, para así dar algunas respuestas a las inquietudes surgidas en el capítulo anterior. La elección de la dogmática, como representante privilegiado de la práctica jurídica para reconstruir el concepto de derogación, se funda en que: i) en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, la derogación es configurada principalmente por la práctica jurídica; y ii) dentro de la práctica jurídica, el lenguaje de la dogmática es el utilizado para la transmisión del conocimiento jurídico, es decir, tanto jueces como abogados leen el mundo de los hechos, las leyes y las resoluciones a través de la red

conceptual elaborada por la dogmática jurídica, i.e., la dogmática jurídica construyen el derecho que forja la *forma mentis* de los jueces[192].

Así, en este capítulo presenté detalladamente cómo la dogmática complementa de manera uniforme y con relativa consistencia las inquietudes surgidas en torno a los cinco aspectos que presenta la derogación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos y que permiten una caracterización general de la misma. Junto con ello, pese a las distintas épocas y contextos jurídicos desde los cuales provienen las propuestas dogmáticas, mostré que en materia de derogación se presenta una gran cantidad de rasgos comunes entre las distintas tradiciones y tiempos, al menos, entre los derechos español, italiano, inglés y norteamericano. Asimismo, y derivado de lo anterior, expuse justificadamente que la traducción la más adecuada de la palabra «derogación» al inglés es «*repeal*» y no «*derogation*», como tradicional y equivocadamente es traducida.

Asimismo, del estudio de las ideas dogmáticas en torno a la derogación extraje una serie de problemas, puesto que los propios cultores de la disciplina reconocen como problemáticas algunas cuestiones. Estos problemas se vinculan, principalmente, con la justificación e identificación de la derogación en los ordenamientos jurídicos, y de esta manera se insertan en los cinco aspectos que presenta la derogación en la actualidad (fundamentos, denominación, ámbito de aplicación, determinación y utilidad de la derogación).

R.I.3 De la práctica jurídica a la teoría del derecho

Las temáticas surgidas desde la práctica jurídica hacen necesario recurrir a otros ámbitos del conocimiento jurídico para complementar la visión práctica que se ha presentado hasta ahora. Así, para complementar la visión práctica de la derogación se debe revisar qué ha dicho la teoría del derecho sobre la materia, pues no se debe olvidar que son los propios teóricos del derecho, quienes formulan el requerimiento de insuficiencia al tratamiento de la derogación, que sirve de impulso a la presenta investigación.

Adicionalmente, el recurso a la teoría jurídica se sustenta en que, la preocupación por el derecho positivo, como objeto de estudio susceptible de conocimiento, presupone reconocer ontológicamente que su existencia depende de la existencia de determinados hechos sociales. Y para las teorías jurídicas más importantes de los últimos dos siglos, estos hechos sociales están asociados con ordenamientos jurídicos históricamente determinados, como son los derechos estatales modernos. Por lo cual, al ser precisamente los derechos estales modernos los que dan un contexto de surgimiento a la derogación y condicionan su configuración y utilización actual, la relación entre la disciplina y el objeto de estudio es más estrecha[193].

[192] Un desarrollo acabado de estas ideas en (Calsamiglia, 1990).
[193] Los presupuestos epistémicos en (Comanducci, 2010) y ontológicos en (Moreso & Navarro, 1993, p. 20), (Vilajosana, 2010a) y (Vilajosana, 2010b) respectivamente, y la relación entre la teoría del derecho y el derecho estatal moderno en: (Austin, 1906, p. 244), (Finnis, 1980, p. 53), (Hart, 1983, p. 88), (Ferrajoli, 2004, p. 20), (Mazzarese, 2007) y (Bayón, 2010).

Además, tradicionalmente la teoría del derecho es entendida como una actividad preocupada por explicar las estructuras, elementos, funciones y problemas transversales a los distintos ordenamientos jurídicos y/o a las distintas ramas del derecho. En este sentido, la derogación satisface plenamente estos requisitos para convertirse en su objeto de estudio, como prueban los diferentes trabajos teórico-jurídicos realizados en torno a ella. Por cuanto, al ser la derogación un aspecto común a las distintas ramas del derecho y los diferentes derechos positivos, resulta adecuado recurrir a la teoría jurídica para buscar un complemento a las temáticas previamente planteadas[194].

A partir de las consideraciones anteriores, desarrollo en los próximos capítulos tres de las principales y más influyentes contribuciones de la teoría del derecho al estudio de la derogación, las cuales se plasman en la obra de Hans Kelsen, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, y Riccardo Guastini. Esta reconstrucción de sus obras la realizo bajo un prisma derogatorio, es decir, extraigo de sus obras solamente aquellos elementos que permiten entender mejor la derogación y contribuyen a complementar las temáticas emanadas desde la práctica jurídica.

Utilizo el metafóricamente el término «prisma», porque me permite plasmar la idea de algo capaz de cambiar la dirección de la obra de los autores o reconducirla hacia la derogación (refractación), expresar su pensamiento de la manera más fiel a la original (reflexión) y descomponer sus propuestas en los diferentes elementos que conforman su posición en torno al fenómeno derogatorio (dispersión). Así, esta última función del prisma se presenta en dos niveles de análisis del fenómeno derogatorio: i) un primer nivel vinculado con el hecho de que toda derogación necesita de un ordenamiento jurídico dinámico para su ocurrencia, pues solo en él se presenta y desarrolla sus funciones, a partir de los componentes y las relaciones normativas propias del ordenamiento; y ii) un segundo nivel de análisis vinculado con la derogación propiamente tal, en el cual se analiza cómo esta se presenta y es desarrollada por los teóricos del derecho.

En consecuencia, el estudio y la presentación de la obra de los citados teóricos se estructuran en los siguientes aspectos del prisma:

i) El ordenamiento jurídico. Cómo los autores conciben los ordenamientos jurídicos, sus componentes, las relaciones y atributos de estos, y fundamentalmente, cómo reconstruyen el aspecto dinámico de los mismos, y dentro de este cuáles son los mecanismos de cambio y exclusión normativa y los fundamentos de su consideración; y
ii) La derogación. Cómo los autores insertan la derogación dentro de su reconstrucción de la dinámica de los ordenamientos jurídicos, cómo diferencian sus tipos, requisitos, funciones, efectos y fundamentos[195].

Por lo tanto, a partir de la idea de que la derogación solo existe en y está determinada por un ordenamiento jurídico dinámico, es que tomo esta última noción como el eje a partir del cual realizar una presentación ordenada de las ideas teóricas que complementan la visión

[194] Estas ideas sobre la teoría del derecho en: (Moreso & Vilajosana, 2004, pp. 15-16) y (Chiassoni, 2013).
[195] Hablo de «atributos» de los componentes del ordenamiento para aludir a cosas como su existencia, validez, vigencia, eficacia, obligatoriedad, aplicabilidad y observancia. Asimismo, opto por esta palabra en perjuicio del término «propiedad», utilizado en ocasiones por algunos teóricos del derecho para aludir a lo mismo, porque de este modo intento evitar el debate metafísico en torno a si la existencia es o no una propiedad.

obtenida desde la práctica jurídica. Por lo cual, las palabras de Norberto Bobbio terminan de fundar mi elección por una reconstrucción de la derogación desde la dinámica de los ordenamientos, a saber:

> «…le norme giuridiche non esistono mai da sole, mas sempre in contesto di norme, che hanno particolari rapporti tra loro […] Questo contesto di norme si suole chiamare "ordinamento"» (1960, p. 3)

Para concluir es importante añadir dos precisiones. Si bien los desarrollos teóricos en materia de derogación no se agotan con la reconstrucción de la obra de los citados autores, su elección deriva de que en sus trabajos es posible encontrar un desarrollo completo de los componentes del prisma derogatorio, es decir, una acabada presentación teórica acerca de los ordenamientos jurídicos dinámicos junto con algún tipo de teoría acerca de la derogación. Sin embargo, su reconstrucción como bloques de conocimiento deriva de reconocer que, entre distintas teorías del derecho cambian los criterios utilizados para realizar las reconstrucciones teóricas, de modo que, la identificación y configuración tanto del ordenamiento como de la derogación están fuertemente asociada a la elección de una teoría del derecho. En otras palabras, un teórico *kelseniano* organizará el material normativo de un modo diferente al que presentaría un jurista que aplicase la teoría de Alchourrón y Bulygin, o bien, la teoría *guastiniana* en materia de ordenamiento jurídico y derogación[196].

Para finalizar, si bien no es claro que los autores desarrollan expresamente cada una de las cuestiones derivadas del prisma derogatorio, lo relevante es que la presentación de sus propuestas capture aquellas ideas que sí pueden contribuir a satisfacer los objetivos de la presente investigación. Aunque estas no haya sido el propósito de los autores al momento de desarrollarlas, pero sí estas puedan ser derivadas de manera coherente de su entramado teórico[197]. Por lo mismo, la reconstrucción de los autores es «una visión de su pensamiento», ya que así, principalmente, se explicita que la propia reconstrucción consiste en una imagen sugerida a partir de sus escritos y no necesariamente la expresión de sus intenciones.

[196] Precisiones de este tipo en: (Moreso & Navarro, 1992, p. 127) **y** (Moreso & Navarro, 1993, p. 27).
[197] Una posición similar en: (Vilajosana, 1997, p. 32).

PARTE II
LA DEROGACIÓN EN LA TEORÍA DEL DERECHO

«141. When we first begin to believe anything, what we believe is not a single proposition, it is a whole system of propositions. (Light dawns gradually over the whole)
142. It is not single axioms that strike me as obvious, it is a system in which consequences and premises give one another mutual support»
(Wittgenstein, 1969)

CAPITULO 3
LA DEROGACIÓN EN HANS KELSEN

3.1 Introducción

Para las investigaciones en teoría del derecho, la obra de Hans Kelsen constituye una continua fuente de aprendizaje e inspiración. Así, la revisión de su obra se convierte en ineludible al emprender el estudio de la derogación, ya que, a partir de una continua reflexión acerca de la formación del estado moderno de derecho, su obra entrega una completa teorización del ordenamiento jurídico como un sistema dinámico de normas. Además, proporciona una explicitación del carácter estructurado del aspecto dinámico de los ordenamientos jurídicos, derivado de la racionalización en los procesos de creación y eliminación normativa. Por ende, la revisión de su obra constituye un pasaje obligado para llevar a cabo un análisis estructural del derecho, y dentro de este contexto realizar un estudio sobre el cambio normativo centrado en la derogación[198].

Muchos teóricos del derecho consideran que Hans Kelsen presentó una escasa y tardía atención a la derogación, y en consecuencia, sostienen que él no tenía claridad respecto de qué es la derogación hasta 1962, momento en el cual publicó «*Derogation*». Sin embargo, un estudio en profundidad de la obra de este autor, muestra que desde sus inicios el fenómeno derogatorio desempeñó un papel importante dentro de su esquema conceptual explicativo[199]. En efecto, el propio Kelsen atribuyó el carácter de primera obra de Teoría Pura del Derecho a «*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der lehre vom Rechtssatz*» (1911), y curiosamente, dentro de la obra *kelseniana*, este libro es uno de los que contiene un mayor número de planteamientos sobre la derogación, junto con «*Derogation*» (1962) y «*Allgemeine theorie der norme*» (1979)[200].

Por consiguiente, en atención a la envergadura de la obra *kelseniana,* y los diferentes cambios sufridos por la Teoría Pura del Derecho a lo largo su historia, es que este capítulo realiza una presentación periodizada de la misma. La utilidad y relevancia de una periodización se encuentra en su capacidad para proporcionar una afirmación más refinada de un trabajo teórico. Por tanto, fundo esta periodización en la mayor precisión que se puede constatar a lo largo de los años en las propuestas *kelsenianas* en materia de derogación, y es así como trazo las líneas divisorias entre cada período[201].

---

198 Estas sugerencias en (Bobbio, 1984, pp. 206-210).

199 Así, considero no del todo acertadas las afirmaciones de Josep Aguiló (1991, p. 223) «Su interés [el del Kelsen] por la derogación sólo aparecerá más adelante en el tiempo [después de 1960]», y de Raúl Calvo (2007, p. 172) «…[antes de 1962] la *Teoría Pura del Derecho,* no dispone una idea clara y precisa de lo que quería decir derogar normas…». Un tipo de excepción a esta tendencia de los autores se observa en: (Paulson S. , 1986)

200 Sobre el origen de la Teoría Pura del Derecho ver (Kelsen, 1987[1923], p. XLVII), (Kelsen, 1998[1920], págs. I-III) y (Kelsen, 1992a[1927], p. 29).

201 Esta sugerencia en (Paulson S. , 1990, p. 11). En este punto, sigo a (Barberis, 1990) y (Gianformaggio, 1994, p. 98) en relación con cierta unidad en la obra *kelseniana,* concretamente, respecto de la dinámica y estática de los ordenamientos jurídicos, y además, me apoyo en la palabras de Bulygin (1998a, p. 298) «…none of Kelsen's book […] can be regarded as the final versión of his thought».

En consecuencia, la siguiente presentación de las propuestas de Hans Kelsen en materia de derogación se realiza a partir de tres periodos claramente diferenciables: i) un primer periodo (1911-1913) caracterizado por una concepción estática del conocimiento jurídico, esto es, no se recurre a la idea de una norma fundamental, ni tampoco se desarrolla la idea del aspecto dinámico de los ordenamientos jurídicos[202]; ii) un segundo periodo (1913-1960) se distingue por la adopción y el desarrollo de las ideas de una norma fundamental, como premisa y fundamento de la unidad del ordenamiento jurídico y del conocimiento jurídico, así como también, por el desarrollo del aspecto dinámico de los ordenamientos jurídicos, entendidos como ordenamientos genéticos cuyas normas se concretan gradualmente desde las normas superiores hasta las inferiores; y iii) un tercer periodo (1960-1973) se diferencia por la dedicación del autor a precisar y ordenar el aparataje conceptual utilizado en el desarrollo de su obra, dentro del cual, el concepto de derogación pasa a desempeñar un papel más preponderante, al constituir el mecanismo utilizado en mayor medida para privar de validez a las normas jurídicas.

Asimismo, como señalé en la Recapitulación a la parte I y en armonía con los propósitos de la presente investigación, cada uno de estos periodos se estructura bajo el denominado prisma derogatorio, a saber: i) el ordenamiento jurídico, cómo el autor concibe los ordenamientos jurídicos, sus componentes, las relaciones y atributos de estos, y fundamentalmente, cómo reconstruye el aspecto dinámico de los mismos, y dentro de este, qué mecanismos de cambio normativo reconoce en su reconstrucción y cuáles son sus fundamentos; y ii) la derogación, cómo el autor presenta la derogación, sus tipos, requisitos, funciones, efectos y fundamentos. De esta forma, este prisma derogatorio tiene la función de descomponer la obra del autor en los elementos de composición para así explicitar de manera estructurada las soluciones propuestas por su teoría jurídica a los problemas surgidos en la práctica jurídica.

En definitiva, para satisfacer los objetivos propuestos, en lo que sigue estructuro el capítulo en cinco secciones: 2.2 Una precisión necesaria, en que se explicita la elección terminológica en materia de derogación; 2.3 Una concepción estática del derecho (1911-1913), que abarca los primeros trabajos del autor en materia de orden jurídico y derogación; 2.4 Una concepción dinámica del derecho (1913-1960), singularizada por presentar la parte central de la Teoría Pura del Derecho en relación con la dinámica de los ordenamientos y dentro de ella la derogación; 2.5 Una concepción conceptual (1960-1973), diferenciada por su énfasis en la precisión del entramado conceptual desarrollado en los periodos anteriores; y finalmente, 2.6 Conclusiones sobre las principales ideas esbozadas.

[202] Si bien las ideas de dinámica y unidad del orden jurídico encuentran sus raíces en «*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*», no es hasta 1913, con la publicación de «*Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*», que se muestra claramente la necesidad de una consideración dinámica del derecho, y a su vez, recién en 1914, con la publicación de «*Reichsgesetz und Landesgesetz*», se expone claramente el concepto de norma fundamental. Además, no es hasta esta última publicación que Kelsen adopta una concepción respecto del principio de *lex posterior*, para algunas de estas ideas ver (Paulson S. , 1986, p. 231).

3.2 Una precisión necesaria: *Aufgehoben* y *Derogiere*

Durante toda su vida académica y pese a las variaciones sufridas por algunas de sus propuestas, Hans Kelsen mantuvo siempre el anhelo de convertir y consolidar el estudio del derecho como una disciplina autónoma. Así, dirigió sus esfuerzos a eliminar de su estudio todo aquello que no era estrictamente jurídico, pues una teoría del derecho debía versar sobre normas positivas y derivar sus conceptos desde un punto de vista normativo. En este sentido, la teoría debía responder a todas las cuestiones jurídicas desde dentro del (el derecho), para así desarrollar análisis estructurales detallados del derecho positivo, los cuales debían caracterizarse por ser libres tanto de juicios de valor como de descripciones del mundos social. De este modo, para Kelsen la teoría del derecho es la teoría del derecho positivo destinada a crear los instrumentos conceptuales necesarios para capturar un derecho positivo cualquiera[203].

Dentro de estos instrumentos conceptuales, para aludir a las situaciones vinculadas con la derogación, Hans Kelsen siempre utiliza las palabras «*Aufgehoben*» y «*Derogiere*» y todos los términos derivados de ellas («*derogiert*», «*derogierung*», «*derogierenden*», «*Aufhebung*» «*aufgehobenes*», «*aufhebt*» y «*aufheben*»). Sin embargo, en el paso de su obra al español, italiano e inglés no se realiza una traducción consistente de los diversos usos que él realiza de estas palabras. Por ejemplo, en ocasiones, en italiano estas palabras son traducidas como «*deroga*» o «*abrogazione*», en inglés como «*repeal*» o «*derogation*», y en español como «derogación», «revocación» e inclusive como «anulación». Todo lo cual no muestra un criterio aparente y desconoce que estas palabras (del inglés, el italiano y el español) expresan distintos conceptos e instituciones del cambio normativo (como mostré detalladamente en el capítulo anterior).

Por este motivo es que, en algunas ocasiones, en el presente capítulo recurro a las versiones originales de los principales libros de Hans Kelsen, pues de este modo obtengo una base textual más fidedigna acerca de qué quiso decir el autor vienés. A saber, los libros que utilizo son: «*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*», «*Das Problem der Souveränität und die Tehorie des Völkerrechts,* «*Reine Rechtslehre*» (1ª edición)», «*Reine Rechtslehre*» (2ª edición) y «*Allgemeine Theorie der Normen*». En este contexto, transcribo y destaco los términos utilizados por Hans Kelsen, para así justificar mi distanciamiento de las traducciones antes señaladas, y además, para introducir nítidamente mi contribución a una traducción consistente y más adecuada del pensamiento *kelseniano* en materia de derogación y cambio normativo[204].

Para contextualizar y comprender la terminología utilizada por Kelsen recurro a su tradición jurídica, y así, a través de la comparación entre el modo en el cual él utiliza las citadas palabras, y la manera en que estas son utilizadas por la legislación de su época, obtengo una elección terminológica. Al revisar el Código Civil de Austria de 1811

---

[203] (Kelsen, 1974[1911], pp. 31-42), (Kelsen, 1988c[1916], pp. 114-135), (Kelsen, 2006[1919], pp. 25-28), (Kelsen, 1987[1923], pp. XXXIX-XL), (Kelsen, 1998[1920], págs. II-III), (Kelsen, 1992a[1927], pp. 27-28), (Kelsen, 1992b[1929], p. 43) (Kelsen, 2011[1934], p. 41 y 51), (Kelsen, 1945, p. 3), (Kelsen, 2009[1960], p. 15 y 200), (Kelsen, 2001[1960], p. 20) y (Kelsen, 1991[1979], p. 4). En lo que sigue, traduzco «*Rechtsordnung*» como «orden jurídico» al ser el equivalente español generalmente utilizado.

[204] La dificultad aumenta con el hecho de que la obra *kelseniana* dedicada a la derogación «*Derogation*», no es identificada como una traducción del alemán realizada por Karl H. Buschmann, e igualmente, tampoco se explicita que su libro «*General theory of law & state*» es una traducción realiza por Anders Wedberg.

(«*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*», en adelante, «ABG»), vigente en el tiempo en que Kelsen escribe «*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*», es posible apreciar similitudes entre la manera en la que el ABG y Kelsen utilizan los términos «*Aufgehoben*» y «*Derogiere*». Por una parte, la palabra «*Aufgehoben*» se encuentra en el art. 9, bajo el título «Duración de la ley», y es utilizada del siguiente modo: «las leyes siempre mantienen su vigencia hasta que sean modificadas por el legislador o *Aufgehoben* expresamente». Por otra parte, esta misma palabra «*Aufgehoben*» se utiliza junto a los números de los artículos que ya no se encuentran más en el ABG. Y en cambio, el uso del término «*derogiert*» se encuentra vinculado con los casos de sustitución o modificación de los artículos.

Por consiguiente, a partir de esta comparación se puede establecer un uso claramente diferenciado de estos dos términos, y creo que este uso es adoptado y utilizado por Hans Kelsen para formular una distinción no contenida en el español, pues en este idioma, solo a través de la palabra «derogación» se expresa tanto la acción como el efecto de derogar. Por consiguiente, el uso diferenciado de los términos del alemán tiene la pretensión de diferenciar la actividad de la derogación de los efectos que esta puede llegar a producir dentro del ordenamiento jurídico (efecto que en la reconstrucción *kelseniana* puede ser producido igualmente por otros mecanismos de exclusión normativa como la anulabilidad). En consecuencia, para plasmar esta distinción trazada por Kelsen, traduzco «*Aufhebung*» y «*Derogierung*», junto con los términos derivados de ellas, utilizando las palabras «supresión» y «derogación» respectivamente (y sus derivadas), pues considero que solo así es posible recoger y manifestar expresamente la distinción *kelseniana*[205].

Del mismo modo, un problema similar se aprecia en las traducciones al español y al italiano de la obra de Kelsen en relación con los efectos vinculados con la derogación, ya que estas traducciones, en algunas ocasiones, traducen de manera poco consistente los términos derivados de «*Geltung*» como «vigencia», y en otras ocasiones, lo traducen como «validez». Por lo anterior, igualmente recurro al respaldo textual de las versiones originales, para obtener así una traducción consiste de los planteamientos del autor.

En definitiva, en el presente capítulo, los planteamientos de Hans Kelsen en materia de derogación son presentados mediante la utilización de las palabras «derogación» y «supresión», para aludir diferenciadamente a ambos aspectos del fenómeno derogatorio. La primera es utilizada con un mayor énfasis en la actividad de derogar (la acción), y la segunda, es utilizada con un mayor acento en los efectos producidos por la derogación en el ordenamiento jurídico. Así, adopto esta decisión terminológica–conceptual, porque creo profundamente en que a partir de ella es posible realizar una nueva interpretación del pensamiento del autor, una interpretación que hasta la fecha no ha sido realizada, y que merece ser llevada a cabo para obtener una mejor reconstrucción de la obra de Hans Kelsen en materia de derogación y dinámica normativa[206].

---

[205] Es muy importante advertir que esta distinción no está plasmada en las traducciones de la obra de Kelsen realizadas desde el alemán al español, italiano e inglés, y solamente, se puede observar en la traducción realizada por Eugenio Bulygin de (Kelsen, Geltung und Wirksamkeit, 2005[1965]). Agradezco profundamente a Riccardo Guastini, quien me mostró sus dudas sobre mi primera interpretación de la obra *kelseniana* respecto de este punto.

[206] Por ejemplo, estas precisiones terminológicas pueden explicar porque Calvo (2007, p. 172) sostiene que Kelsen: «…utiliza indistintamente los términos de eliminación y de derogación de normas jurídicas para referirse a todo supuesto que signifique el egreso de una norma del sistema…», y porque Aguiló (1991, p. 244) afirma que «decir que una norma es anulable significa lo mismo que afirma que es susceptible de ser

3.3 Una concepción estática del derecho 1911-1913

En este período los planteamientos de Kelsen se caracterizan por reconstruir el derecho de un estado nación como un orden jurídico en el que la ley es su principal componente, y donde las relaciones entre sus elementos no desempeñan un rol preponderante, salvo sucintas alusiones a los criterios de jerarquía, temporalidad y/o especialidad. Además, el ordenamiento es presentado de manera estática, es decir, sin considerar en la reconstrucción teórica el carácter dinámico del mismo. Por consiguiente, en los planteamientos *kelsenianos* de este periodo se encuentran ideas acerca de la derogación, pero no propuestas explicativas acerca de cómo un ordenamiento dinámico puede ser reconstruido como un todo coherente, i.e., no se encuentran vinculadas las tradicionales ideas *kelsenianas* con la dinámica normativa, como son la creación y aplicación junto con la concretización de las normas superiores realizada por medio de las inferiores[207].

3.3.1 El ordenamiento jurídico

La noción de orden jurídico entrega el sustrato dentro del cual la derogación tiene sentido y puede desempeñar su función. En consecuencia, la explicitación de los elementos y relaciones que componen y configuran el ordenamiento muestran cómo se inserta y cuál es la función desempeñada por la derogación en este contexto.

a) Una visión estatal del ordenamiento

En este primer periodo, Hans Kelsen enfatiza la importancia de la instauración del estado moderno en la configuración del derecho, ya que desde ese momento solamente es derecho aquello que resulta proclamado por un acto formal de la legislación como una «voluntad expresa del estado». En este sentido, los actos legislativos son los encargados de trazar una clara distinción entre el derecho válido (*geltendem Recht*) y el derecho practicado, entre el derecho que es producto de la autoridad del estado y cuyo contenido se encuentra en la ley, y aquel que se encuentra en la historia o la práctica usual y efectiva de una sociedad. En consecuencia, es el estado moderno el que produce una ruptura entre el devenir histórico (el ser jurídico) y la norma jurídica (el deber ser), y esta ruptura impide la identificación de la voluntad del estado con una voluntad colectiva[208].

Así, cuando los organismos estatales absorben el proceso de creación jurídica, las condiciones formales de aquello que debe ser considerado como derecho aparecen en el propio orden jurídico a través de las leyes que regulan el proceso legislativo. Por ende, las premisas para determinar si los juicios acerca de las normas jurídicas son o no verdaderos dependen de los requisitos de existencia contenidos en la regulación estatal del proceso legislativo. Entonces, la validez formal de la ley depende de una proclamación en

---

derogada por un procedimiento especial», ya que en ambos casos, al entender *Aufhebung* como derogación, cambia drásticamente la reconstrucción *kelseniana*.

[207] (Kelsen, 1987[1923], p. XLVII), (Kelsen, 1998[1920], págs. I-III) y (Kelsen, 1992a[1927], p. 29).

[208] (Kelsen, 1987[1911], pp. 33, 84 y 348). Estas ideas son claves para comprender las propuestas *kelsenianas* sobre las fuerzas sociales en la creación y eliminación del derecho.

conformidad con la manera formalmente válida y no con una convicción del pueblo o el reconocimiento de los miembros de la comunidad jurídica[209].

La determinación estatal de las condiciones de creación y el contenido del derecho, hacen que este deje de ser concebido como la «voluntad del pueblo» y pase a ser entendido como la «voluntad del estado». En Kelsen, esta voluntad debe ser entendida como una construcción jurídica surgida con vistas a la noción de imputación a través de las normas jurídicas, i.e., al estado se le imputa la unidad del conjunto de todas las normas jurídica, ya que la ley determina su «voluntad». Es en este sentido que la idea de estado de derecho se plasma en un estado cuyas actividades están determinadas por un orden jurídico[210].

b) Los componentes del ordenamiento jurídico

A partir de la caracterización estatal de los ordenamientos jurídicos, Kelsen utiliza con relativa sinonimia las palabras «norma» y «ley» para aludir a los elementos que los componen. Estas últimas solo son reconocidas como derecho una vez están proclamados formalmente como voluntad del estado a través de un acto legislativo y cumplidos todos los requisitos establecidos por el propio orden para su creación. También, en otros contextos, Kelsen reconoce como componentes del ordenamiento a la Constitución y los reglamentos, en el sentido tradicional de fuentes de derecho. Asimismo, de manera aislada, usa las palabras «ley» o «norma» para expresar un deber ser jurídico, un mandato vinculante emanado desde la autoridad estatal competente, el cual se opone a «precepto jurídico», que expresa aquello que contiene a esta ley o norma jurídica (al deber ser jurídico)[211].

Para Kelsen, cada norma jurídica enlaza dos elementos mediante la palabra «debe», de manera que, su contenido se integra por la persona a quien va dirigido el deber y el objeto de dicho deber. Así, cuando se pretende aplicar una norma a los hechos del mundo, es posible constatar una coincidencia con ella, o bien, una discrepancia con la norma. En el primer caso, la existencia de un acaecer se corresponde con la norma en cuanto a su contenido, y en el segundo, lo ocurrido se encuentra en contradicción con este[212].

c) Las relaciones y los atributos en el ordenamiento jurídico

En este período, Hans Kelsen presenta las relaciones entre los componentes del ordenamiento a través de los atributos que pueden ser predicados de ellas, es decir, a partir de las relaciones que se dan entre las leyes o entre estas y la realidad, es posible predicar de ellas: validez, vigencia, eficacia, observancia y aplicabilidad.

---

209 (Kelsen, 1987[1911], pp. 34 y 355-364).

210 (Kelsen, 1974[1911], p. 55), (Kelsen, 1988b[1913], pp. 214-219), (Kelsen, 1987[1911], p. 157) y (Kelsen, 1987[1923], p. XLIV). No se debe confundir la «voluntad del estado» con la «intención del legislador», ya que, para Kelsen, esta última debe ser totalmente indiferente para el conocimiento jurídico, al estar constituida por las razones o motivos que tuvieron las personas llamadas a crear el derecho al momento de manifestar su voluntad (Kelsen, 1987[1911], p. 254).

211 (Kelsen, 1987[1911], pp. 235-252) y (Kelsen, 1988a[1913]). Con base en esta relación entre norma jurídica y ley, Hans Kelsen rechaza la distinción entre ley en sentido, forma y material, porque una ley formal puede tener también un contenido que no sea una norma jurídica.

212 (Kelsen, 1987[1911], pp. 48, 61 y 88).

Validez y existencia. Desde el momento en que una ley cumple todos los requisitos exigidos para su creación, inclusive el transcurso de su *vacatio legis*, adquiere su validez formal (*formell gültig*) o «existencia» (*Existenz*) específicamente normativa, la cual se proyecta hacia el futuro. Esto significa que solo es posible reconocer la validez de una ley cuando cumple dichos requisitos, y que esta existencia propiamente jurídica no resulta afectada por el comportamiento discordante de sus destinatarios[213].

Vigor o vigencia. Obtenida la validez o existencia, la ley representa la voluntad permanente e ininterrumpida del Estado de regular ciertos comportamientos de una manera determinada, hasta que una nueva ley representando igual voluntad regule los mismos comportamientos de un modo diverso. Así, Kelsen sugiere que una ley rige en cuanto norma jurídica solamente en el tiempo intermedio entre su entrada en vigor (*formell in Kraf tritt*) y la pérdida formal de sus efectos (*formell aufgehoben wird*). Por lo tanto, la entrada en «vigor o vigencia» de ley, constituye el periodo durante el cual esta existe, y dentro del cual debe ser observada y aplicada; salvo los casos en que se presenten «excepciones» a ella, es decir, que la ley no rige porque la situación se encuentra fuera de su ámbito de validez[214].

Observancia. Una ley puede actuar como tal solo durante su vigencia, y consecuentemente, motivar la conducta de los sujetos en relación con las situaciones reguladas por ella. Así, según Kelsen, una ley es «observada» (*befolgt*) cuando sus garantías específicas, finalidad, sanciones o premios sirven de motivo a los actos de un sujeto, de modo que, una ley solo puede ser observada o inobservada durante su vigencia. Únicamente en este lapso de tiempo su contenido, finalidad o consecuencias jurídicas pueden motivar la conducta de sus destinatarios[215].

Eficacia. La validez de la ley se proyecta hacia las situaciones futuras y su injerencia en ellas tiene una doble finalidad: i) de naturaleza social, consistente en la coacción psicológica o prevención general, y ii) de naturaleza jurídica, caracterizada por la reacción a la conducta antijurídica consumada. Para Kelsen, la segunda es la función esencialmente jurídica, de modo que, una ley cumple su finalidad jurídica cuando no cumple su finalidad social, porque solo en los casos en que falla la prevención general; entonces, procede la consecuencia jurídica, como reacción a la conducta antijurídica consumada. Así, para Kelsen, la «eficacia» (*Wirkung*) de una norma jurídica se constata cuando los órganos del estado la aplican (*angewendet*) por su inobservancia; de ahí que, la eficacia de una ley no debe constatarse en la observancia (*befolgt*) o inobservancia (*Nichtbefolgung*) de los miembros de la comunidad jurídica[216].

---

213 (Kelsen, 1987[1911], pp. 42, 253 y 370-388). Esta definición de validez y su equivalencia con existencia es transversal a la obra del autor vienés, ver (Kelsen, 1998[1920], p. 329), (Kelsen, 2011[1934], p. 45 y 83), (Kelsen, 1945, p. 35) y (Kelsen, 2009[1960], p. 23 y 238).

214 (Kelsen, 1987[1911], pp. 12, 251, 306 y 349). La interpretación de la vigencia *kelseniana* como un periodo tiene la ventaja de contribuir a capturar algunas relaciones factuales de la leyes desde un plano normativo.

215 (Kelsen, 1987[1911], pp. 182-190). Esta definición *kelseniana* de observancia excluye los casos en que el antecedente de la norma es realizado por razones extrajurídicas (conciencia moral o la justicia divina), ya que en ellas se da una simple coincidencia entre la conducta establecida por las normas jurídicas y la regulada en otras clases de normas. Además, la noción de consecuencia jurídica de Hans Kelsen comprende tanto las sanciones como los premios, pese a que él reconoce en estos últimos una menor eficacia motivadora de la conducta de los sujetos[215].

216 (Kelsen, 1987[1911], p. 42).

Aplicabilidad. Según Kelsen, la aplicabilidad (*zur Anwendung kommen* o *angewendet*) de una ley se presenta cuando es posible aplicarla a un comportamiento ya realizado, como pauta de enjuiciamiento de aquello que ha acaecido, o bien, a través de la subsunción del comportamiento regulado por ella. No obstante, una ley debe ser aplicada solamente cuando se realiza un comportamiento contrario al establecido en su antecedente, pues su aplicación específica consiste en la ejecución de una consecuencia jurídica, y no en un examen de la concordancia de un acto con la ley[217].

Cabe señalar que, las caracterización *kelseniana* de las últimas dos nociones es dependiente de una organización externa, como son los tribunales de justicia, y en un sentido amplio, el estado, ya que así se manifiesta en los componentes del orden jurídico el carácter heterónomo del derecho. Además, a este carácter heterónomo se vincula con un atributo transversal a toda la obra *kelseniana*, como es la obligatoriedad, ya que ella, en las normas jurídicas, se ejerce con independencia de la voluntad de los individuos. Esto último tiene sentido porque, de acuerdo con Kelsen, toda norma jurídica válida es una norma jurídica obligatoria (un deber), es decir, una norma según la cual los destinatarios de la misma deben comportarse de la manera determinada en ella con independencia de sus impulsos por cumplirla o no, pues las conductas contrarias a ella son convertida en condición de una sanción. Por lo tanto, como la obligatoriedad es esencial a las normas jurídicas, una norma sin capacidad de obligar representa una contradicción en los términos, debido a que su carácter obligatorio es lo que permite predicar de ella el adjetivo de «jurídica» (*Rechts*)[218].

3.3.2 La derogación

En este periodo, Kelsen utiliza preferentemente el término «*Derogierung*» para explicar la exclusión de una ley por las fuerzas sociales (derogación material), y utiliza el término «*Aufhebung*» para aludir a la exclusión de una ley por otra norma jurídica producida por el estado (derogación formal)[219]. Esta preferencia terminológica deriva de que, en el primer caso, pretende determinar si un mecanismo de cese puede extenderse a las fuerzas sociales, y en el segundo, intenta establecer cuáles son los efectos de este mecanismo de cese.

a) Derogación formal

Qué es la derogación. Como señalé, dentro de la visión estatal del ordenamiento, el derecho es el producto de la «voluntad del estado», de manera que, para Kelsen, la derogación de una ley solo significa que ha cambiado dicha voluntad, en el sentido de regular de un modo diverso un comportamiento determinado, a saber:

---

[217] (Kelsen, 1987[1911], pp. 15, 31-48 y 362).

[218] La transversalidad de las ideas sobre obligatoriedad de las normas en: (Kelsen, 1987[1911], pp. 35-48 y 362), (Kelsen, 1998[1920], p. 17 y 303), (Kelsen, 1945, p. 112), (Kelsen, 1991[1958], págs. 93-94), (Kelsen, 2009[1960], pp. 39, 129, 179 y 201), (Kelsen, 2001[1960], págs. 73-75), (Kelsen, 2005[1965], pp. 52-53 y 63-64) y (Kelsen, 1991[1979], pp. 27, 54 , 97 y 133-135). Igual visión de la noción de obligatoriedad en la obra de Kelsen en (Bulygin, 1991[1966], p. 363).

[219] El primer uso se encuentra en (Kelsen, 1987[1911], pp. 31, 41, 43, 288, 289 y 290) y el segundo en (Kelsen, 1987[1911], pp. 252, 253, 255, 284 y 371). Ocupo la terminología «formal» y «material», porque Kelsen rechaza la posición dualista, según la cual el derecho puede ser objetivo o subjetivo en atención a si emana de la voluntad del Estado o del pueblo, pues para él solo el Estado crea derecho (Kelsen, 1987[1911], p. 85).

> «La "[supresión] de una ley" (*Aufhebung eines Gesetzes*) significa que el Estado deja de tener, a partir de ese momento, la voluntad de obrar, en determinadas condiciones o de aquel determinado modo que la ley derogada señalaba» (Kelsen, 1987[1911], p. 253)[220]

Por consiguiente, si la validez de la ley solo se proyecta hacia situaciones futuras, respecto de las cuales tiene una doble injerencia (prevención general y reacción ante conductas antijurídicas), con su derogación se afecta únicamente dicha injerencia futura, sin repercutir en las situaciones pasadas; salvo, los casos en que la ley derogatoria es dotada de efectos retroactivos y así resulta aplicada a casos producidos antes de su promulgación[221].

Qué deroga y qué es derogado. Kelsen sostiene que la derogación formal solo se produce entre leyes, entendidas como normas creadas en conformidad con el orden estatal. Esta idea de ley excluye los acuerdos del parlamento, los proyectos de ley y las leyes antes de cumplir su período de *vacatio legis*, ya que no han reunido todos los requisitos establecidos por el ordenamiento para la creación de una ley. Por lo cual, todo aquello que no es una ley no necesita ser suprimido (*aufgehoben*), pues no es nada jurídicamente[222].

Cuando en este esquema *kelseniano* se sostiene que la derogación se produce entre leyes, se pretende señalar que la derogación siempre afecta tanto la orden vinculante emanada de la autoridad estatal competente como al precepto jurídico que la contiene. Por ende, dentro de este esquema no resulta posible derogar una norma sin derogar el precepto que la contienen. En palabras de Kelsen:

> «La [supresión] (*Aufhebung*) del precepto jurídico (*Rechtssatzes*) –y de la norma (*Norm*) que entraña–, a menos que estatuya expresamente que tendrá efecto retroactivo, se refiere solamente a los hechos futuros, producidos con posterioridad a su [supresión] (*Aufhebung*)» (1987[1911], p. 253)

Cuál es su efecto. Una vez ha sido suprimida (*aufgehobenes*), la ley derogada continúa siendo aplicable a los casos acaecidos entre su entrada en vigor y derogación. Para Kelsen, esto se explica porque las leyes contienen una voluntad condicionada del estado, la cual se convierte en incondicionada en relación con determinados hechos, cuando estos satisfacen su antecedente, de manera que, la supresión de una ley (*Aufhebung des Gesetzes*) no afecta esta voluntad una vez se ha convertido en incondicionada. Excepcionalmente, cuando la ley derogatoria está dotada de efectos retroactivos, la supresión (*Aufhebung*) se extiende expresamente a los casos de voluntad incondicionada[223].

En consecuencia, una ley suprimida (*aufgehoben*) no está completamente privada de su aplicación después de dicha supresión (*Aufhebung*). Como destaca Kelsen:

---

220 Para mantener la elección terminológica entre «derogación/*Derogierung*» y «supresión/*Aufhebung*», en esta y las futuras citas textuales, introduzco mediante corchetes las palabras elegidas.

221 (Kelsen, 1987[1911], pp. 253-255).

222 (Kelsen, 1987[1911], p. 371). Cabe precisar que, las leyes preconstitucionales igualmente son susceptibles de supresión (*Aufhebung*), pues, pese a no cumplir los actuales requisitos establecidos en el ordenamiento, cumplieron estos al momento de su creación.

223 (Kelsen, 1987[1911], p. 253).

> «…La termología jurídica no ha vacilado jamás en llamar "[suprimida]" (*aufgehobenes*) a la ley totalmente desplazada por otra, aún en aquellos casos en que se la aplica a los hechos producidos mientras se hallaba en vigor…» (1987[1911], p. 253)

De este modo, en el esquema *kelseniano*, una ley derogada ha dejado de existir, ya no es válida, ha cesado su periodo de vigencia, y consecuentemente, al no motivar la conducta de sus destinatarios, pierde sentido hablar de su observancia. Además, como respecto de los casos futuros no pude ser aplicable, tampoco puede resultar eficaz o ineficaz; salvo en los casos acaecidos antes de su derogación y regulados por ella, pues en estos debe ser aplicada por parte de los órganos del estado. Todos estos efectos recaídos sobre la ley son expresados por Kelsen bajo distintas expresiones tales como «no perdura», «desaparece», «no subsiste», y especialmente, en estas palabras:

> «La norma jurídica anterior desaparece en el momento mismo de ser derogada la anterior ley, y que en el mismo instante nace otra norma intrínsecamente igual dentro de la ley nueva, formalmente distinta» (1987[1911], p. 255)

Adicionalmente, las leyes que se limitan a suprimir (*aufhebt*) otras leyes tienen el efecto de restringir el ámbito de poder del estado. Como el orden jurídico determina el poder del estado, una reducción de este constituye una reducción del poder estatal, pues el estado actúa solamente de acuerdo a lo establecido en las leyes que componen el orden jurídico[224].

b) Derogación material

Dentro de la derogación del derecho legislativo por fuerza de la costumbre (*Derogierung des Gesetzrechtes durch die Gewohnheit*), Kelsen distingue entre los casos de desuetudo, cuando por acción de las fuerzas sociales el derecho positivo pasa a ser ineficaz (*unwirksam*) sin mediar una modificación formal de la ley (*ohneformelle Gesetzesanderung*), de los casos de consuetudo, cuando dichas fuerzas sociales imponen un nuevo derecho, sin la necesidad de una remoción formal (*formell niemals weggeräumten*) (consuetudo)[225].

Pese a la distinción, Kelsen niega la relevancia teórica de estos supuestos, porque la teorización de la realidad jurídica solo debe tomar en consideración la generalidad de casos y no sus excepciones, de modo que, para una reconstrucción teórica, las situaciones de desuetudo o consuetudo pasan a ser jurídicamente irrelevantes, por no afectar la generalidad con la cual las leyes son aplicadas. Además, Kelsen añade que, los supuestos de desuetudo y consuetudo deben ser tratados como presupuestos del derecho, pues detentan un carácter metajurídico al constituir casos de destrucción y/o nacimiento del derecho. Por ende, igualmente deben ser excluidos de una investigación normativa y tratados como hechos previos, hasta que pueda demostrarse su existencia como normas jurídicas[226].

En esta línea, Kelsen descarta la posibilidad de que el contenido del deber ser jurídico pueda ser eliminado por un comportamiento social, en virtud del principio de la derogación

---

[224] (Kelsen, 1987[1911], p. 388). El estado es personalidad jurídica, y como tal, voluntad, y a su vez, el orden jurídico es algo impersonal, una suma de juicios hipotéticos acerca de esta voluntad (Kelsen, 1987[1911], p. 378).

[225] (Kelsen, 1987[1911], p. 289).

[226] (Kelsen, 1974[1911], p. 41) y (Kelsen, 1987[1911], pp. 88 y 290-291).

del derecho legal por la costumbre en contrario (*die Derogiernung des Gesetzesrechtes durch entgegenstehende Gewohnheit*), con base en los siguientes argumentos: i) las nociones de observancia, aplicación y eficacia; y ii) los fundamentos de las fuerzas sociales.

Observancia, aplicación y eficacia. Como señalé, en esta primera visión *kelseniana*, la validez formal o existencia jurídica de una norma no resulta mermada por la inobservancia que realizan de ella los miembros de una comunidad, ya que, precisamente, una norma es aplicada en los casos en que no es observada, lo cual determina su nivel de eficacia[227].

En consecuencia, las fuerzas sociales solo podrían derogar una norma jurídica cuando los órganos del estado dejasen de aplicarla de manera constante, pues resulta irrelevante si la norma no es observada en la mayoría de los casos en que se presentan las condiciones para su observancia, así como también los casos en que las autoridades dejan de aplicarla por la continua transgresión que realizan de ella sus destinatarios. No obstante, Kelsen sugiere que, deben ser rechazados estos casos de no aplicación sistemática de las normas por parte de los órganos del estado, ya que constituyen una invalidación puramente factual, que solo presenta un fallo efectivo del orden jurídico[228].

Así, al ser una invalidación puramente factual, existen razones suficientes para excluirla de una reconstrucción teórico-jurídica cuando se ha adoptado previamente la distinción entre ser y deber ser, pues esta refuta la posibilidad de destruir una norma jurídica (deber ser) mediante una conducta efectiva (un ser real). A su vez, como la situación descrita constituye una falla efectiva del orden jurídico no es posible reconstruirla jurídicamente, ya que este tipo de reconstrucciones se funda en el funcionamiento normativo y no en el comportamiento real del aparato jurídico. En palabras del propio Kelsen:

> «Del mismo modo que sería absurdo tratar de justificar jurídicamente la revolución, afirmar "el derecho a no respetar el derecho", sería una contradicción consigo mismo querer construir jurídicamente la derogación de una ley por el abuso de las autoridades, el cual no es, jurídicamente, otra cosa que la revolución o el acto de gobierno anticonstitucional, a saber: la eliminación del orden jurídico» (1987[1911], p. 43).

Por lo tanto, para Kelsen es un sin sentido intentar regular jurídicamente la derogación (*Derogierung*) del derecho legislativo a partir del funcionamiento contrario a derecho de los órganos del estado. Y como esta es la única forma en la cual puede formarse una desuetudo o consuetudo, resulta un contrasentido aún mayor exigir que la norma jurídica quede sin aplicación en la mayoría de los casos y durante un tiempo determinado. Finalmente, de manera muy acertada, Kelsen se pregunta: ¿cómo se podría probar que la norma no ha sido aplicada en una serie de casos en los cuales debía ser aplicada?[229]

Fundamentos de las fuerzas sociales. Kelsen reconoce que algunos autores proponen aceptar ciertos casos de derogación de la ley por las fuerzas sociales, en virtud de una fuerza obligatoria derivada de autoridades exteriores o superiores al estado, como pueden ser los postulados de la justicia, la moral o las necesidades prácticas de la vida cotidiana.

---

[227] (Kelsen, 1987[1911], p. 42) y (Kelsen, 1987[1911], p. 23). Kelsen llega a afirmar que una norma nunca observada no deja de ser tal, porque dicha inobservancia no constituye una excepción a su validez (deber ser).
[228] (Kelsen, 1987[1911], p. 43).
[229] (Kelsen, 1987[1911], p. 43).

Sin embargo, el propio Kelsen sostiene que es erróneo fundar la derogación de la ley en consideraciones supra o extraestatales, porque ello olvida las dificultades que presenta atribuir justicia o moralidad a la supresión (*Aufhebung*) de los deberes jurídicos, si al mismo tiempo se deja sin explicar un gran número de casos en los cuales la ley rige y es aplicada contra la justicia y/o la moral. Además, una fundamentación supra o extraestatales incurre en un error metodológico al fundar la derogación (*derogierenden*) en las necesidades de la vida práctica, puesto que se responde mediante observaciones factuales a preguntas acerca de qué es el deber jurídico o cuándo este es transgredido. Por lo tanto, deben rechazarse todas las afirmaciones que fundan en postulados supra o extraestatales los casos en que las fuerzas sociales producen que una ley deje de ser aplicada hasta su desaparición, lo cual produciría el cese de su vigencia (*außer Kraft gesetzt*), sin una supresión o modificación formal de la misma (*ohne formell aufgehoben oder abgeändert*)[230].

3.3.3 Un balance de la visión estática

Cómo señalé en la introducción, al descomponer la obra del autor bajo el prisma derogatorio, es posible presentar de manera ordenada sus planteamientos relevantes para este estudio: el ordenamiento jurídico y la derogación. Además, así es posible identificar de manera clara cómo las propuestas del autor contribuyen a complementar la visión del ordenamiento y la derogación proporcionada por la práctica jurídica.

Aún sin los elementos de una dinámica normativa, la reconstrucción *kelseniana* del ordenamiento jurídico es de suma utilidad para comprender la concepción estatal del derecho. En ella las condiciones de creación y el contenido del derecho son determinados estatalmente, pues el derecho es la voluntad de estado, la cual es determinada por las leyes o las normas que componen el orden jurídico. Por ende, bajo esta concepción, el fundamento del cambio normativo es estrictamente jurídico, es decir, solo se podrá cambiar aquello que el propio derecho estatal autoriza. Asimismo, a partir de esta concepción estatal, el trabajo *kelseniano* de este primer periodo prácticamente niega todo tipo de relevancia jurídica a los casos de desuetudo o consuetudo.

A su vez, sin una distinción clara y exhaustiva de cuáles son los elementos que componen un orden jurídico, Kelsen realiza una esclarecedora caracterización de los atributos detentados por los componentes del ordenamiento. Así, una norma existe jurídicamente solo una vez ha cumplido todos los requisitos exigidos en el orden jurídico, incluida su *vacatio legis*. Por lo cual, el cambio normativo solo se puede presentar una vez son cumplidos estos requisitos, pues cuando ello ocurre la norma es válida y junto con entrar al orden jurídico inicia la producción de sus efectos. Estos últimos, posiblemente vinculados con su observancia, eficacia, aplicabilidad y obligatoriedad, presentes durante su periodo de vigencia, pero también, vinculadas con que las propias normas jurídicas pueden servir de base para la creación y validez de otras leyes, siendo este uno de sus principales efectos[231].

En este contexto, la derogación se presenta solo entre leyes, entendidas estas como órdenes vinculantes emanadas del estado y contenidas en preceptos jurídicos (una vez han

[230] (Kelsen, 1987[1911], pp. 287-290).
[231] Es importante destacar que en el entramado conceptual de este periodo distingue claramente los efectos normativos de los efectos factuales de las leyes, en relación con su finalidad (social o normativa).

cumplido todos los requisitos exigidos por el orden jurídico). Así, de manera innovadora, Kelsen sugiere que la derogación solo se produce o afecta a preceptos jurídicos que contienen órdenes estatales. Además, una vez se produce la derogación, se detalla que la ley derogada deja de existir jurídicamente, i.e., pierde su validez formal y cesa su periodo de vigencia, por lo cual, al ya no ser obligatoria, no debe motivar la conducta de sus destinatarios, y consecuentemente, no tiene sentido predicar su observancia. Y fundamentalmente, en relación con los casos posteriores a su derogación tampoco puede ser aplicada, pues no puede resultar eficaz o ineficaz respecto de ellos, solo respecto de los casos ocurridos antes de su derogación y regulados por ella. Es estos últimos casos que la ley derogada debe ser aplicada por parte de los órganos del estado.

3.4 Una concepción dinámica del derecho 1913-1960

En este período, Hans Kelsen construye una teoría jurídica centrada en el aspecto dinámico del derecho a la luz del postulado de la unidad del conocimiento. Según este postulado, la ciencia constituye una unidad sistemática de conocimientos, de modo que, una ciencia normativa debe conocer y comprender las normas jurídicas, ordenándolas de acuerdo con un punto de vista unitario, pues solo así obtendrá un sistema de juicios internamente coherentes y privados de contradicciones. La teoría del derecho se convierte así en ciencia cuando satisface este postulado de la unidad a través de la aprehensión de todo el derecho en un sistema unitario (orden jurídico)[232].

Sin embargo, la elaboración de este sistema unitario se enfrenta con dos rasgos característicos de los derechos del estado moderno: las relaciones entre sistemas jurídicos (el derecho estatal y el derecho internacional) y el aspecto dinámico del derecho (continua realización de actos de aplicación y creación de derecho), ya que estos rasgos, al producir una pluralidad de sistemas y un continuo cambio del contenido de sus componentes, dificultan la reconstrucción unitaria del derecho. Consciente de esto, Hans Kelsen propone una teoría caracterizada por la unidad, dinámica y carácter escalonado del orden jurídico, y en la cual, a partir de la noción de norma básica fundamental, confluyen las nociones de validez y eficacia, las cuales determinan las relaciones entre sus componentes[233].

[232] (Kelsen, 1988c[1916], p. 76), (Kelsen, 1998[1920], pág. 159 y 265) y (Kelsen, 2009[1960], pp. 330-333). Para Kelsen (2009[1960], pp. 83 -84 y 203-204), una teoría del derecho puede ser estática o dinámica según qué aspecto del derecho enfatice. Es estática la que presenta el derecho en su estado de equilibrio como un sistema de normas válidas que recurre a un principio estático como fundamento de la validez de las normas del mismo. Y es dinámica, la teoría que muestra el derecho en su movimiento, en los procesos de creación y aplicación, a partir de una norma presupuesta entrega el fundamento de validez al sistema y a las normas que lo integran.

[233] Kelsen reconoce a Alfred Vedross el haber planteado por primera vez el problema de las relaciones entre el derecho de un estado y el derecho internacional, y a Adolf Merkl el mérito de haber concebido el orden jurídico como sistema unitario y escalonado que va concretándose de manera gradual, ver (Kelsen, 1987[1923], pp. XLVIII-XLIX) y (Kelsen, 1992a[1927], p. 29).

3.4.1 El ordenamiento jurídico

La complejidad y vastedad de la teoría *kelseniana* de este segundo período hacen necesario un tratamiento diferenciado de la misma, para así mostrar claramente sus rasgos centrales. Por consiguiente, la presentación de las ideas del autor acerca de los ordenamientos jurídicos dinámicos son divididas en los siguientes apartados: a) los rasgos centrales del ordenamiento: unitario, dinámico y escalonado; b) los atributos del ordenamiento y sus componentes; y c) los componentes del ordenamiento: estratos y normas.

a) Un ordenamiento jurídico: unitario, dinámico y escalonado

Kelsen recurre a la noción de «soberanía» para abordar los problemas de la unidad del orden jurídico derivados de las relaciones entre sistemas normativos, ya que esta solo se puede atribuir a los órdenes jurídicos supremos y autónomos, es decir, al orden jurídico no comprendido en otro y cuya validez tampoco es derivada de otro orden. Así, es soberano el orden jurídico caracterizado por ser total, porque comprende a todos los otros en calidad de parciales (sistemas), y además, por proporcionales a estos su validez. En consecuencia, al descartar otros órdenes jurídicos como soberanos e integrar en un solo orden jurídico los distintos órdenes parciales o sistemas normativos, la idea de soberanía entrega pureza y unidad al conocimiento jurídico[234].

Necesariamente, un orden jurídico de este tipo (soberano) presenta una relación jerárquica de supraordenación o subordinación entre los sistemas normativos que lo integran, puesto que todo sistema inferior está contenido o es derivado de uno superior, siendo este último el soberano. De este modo, dos sistemas normativos constituyen un orden jurídico cuando uno de ellos está subordinado al otro, es decir, cuando uno contiene normas que determinan la producción de las normas del otro y entregan a estas su fundamento de validez. Esto último en virtud de que una pluralidad de normas o sistemas forman una unidad cuando su validez puede ser reconducida a una fuente común[235].

Kelsen vincula esta relación entre sistemas normativos con una explicación de la dinámica del orden jurídico. En la medida en que las reglas de creación y aplicación contenidas en las normas superiores determinan el órgano, el procedimiento, el contenido y la ejecución de las normas inferiores es que ambos tipos de normas son consideradas como integrantes del mismo ordenamiento. Además, esta determinación realizada por las normas superiores nunca es completa, porque ellas no pueden delimitar todos los sentidos del acto (norma inferior) mediante el cual son aplicadas. Así, por un lado, las normas superiores (generales) son concebidas como un marco que se va llenando mediante el acto que las aplica en la producción de normas inferiores (individuales), y por otro, la aplicación de una norma

[234] (Kelsen, 1998[1920], págs. 20-24 y 277) y (Kelsen, 2009[1960], p. 336). Para Kelsen, la cualidad de soberano se atribuye únicamente cuando un observador presupone la calidad de supremo y autónomo de un orden jurídico, y además, esta cualidad no debe ser atribuida a los estados, porque estos solo deben ser concebidos como órdenes jurídicos-coercitivos.

[235] (Kelsen, 1998[1920], pp. 15-25), (Kelsen, 2011[1934], p. 82 y 96), (Kelsen, 1991[1958], p. 93) y (Kelsen, 2009[1960], p. 334).

(superior) que determina la producción de otra (inferior) es aplicada en la producción de esta[236]. En palabras de Kelsen:

> «Es erróneo distinguir entre acto de producción y aplicación de derecho. Puesto que si se hace abstracción de los casos límite –la presuposición de la norma básica y la ejecución del acto coactivo–, entre los cuales transcurre el proceso jurídico, todo acto jurídico es simultáneamente la aplicación de una norma superior y la producción, determinada por aquella, de una norma inferior» (2009[1960], p. 244)

En consecuencia, la dinámica del ordenamiento se sustenta en que cada acto de aplicación del derecho constituye un acto de producción del mismo, y también, en que este mantiene su unidad a partir del fundamento de validez entregado por las normas superiores a las inferiores. Sin embargo, para no realizar un regreso al infinito, pues siempre el fundamento de validez de una norma es una norma superior, Kelsen recurre a una norma básica fundamental como última norma del ordenamiento. Así, con esta norma en el vértice del orden jurídico todas las demás normas del mismo remiten su validez a ella, y a través de una cadena normativa, iniciada por esta norma básica fundamental, se entrega validez y unidad al ordenamiento y sus componentes[237].

Esta norma básica fundamental se caracteriza por no ser jurídica ni estar establecida por un acto de voluntad, ya que en el primer caso tendría que fundarse en una norma superior, y en el segundo, se obtendría a partir de un hecho. Por ende, esta es una norma presupuesta en el pensamiento jurídico (en el pensamiento de los juristas)[238]. Como señala Kelsen:

> «Pues que el fundamento de validez de una norma solo puede ser nuevamente una norma, el presupuesto de esa norma no puede ser una norma impuesta por una autoridad jurídica, sino una norma presupuesta» (2009[1960], p. 208)

b) Los atributos en el ordenamiento jurídico: validez y eficacia

La norma básica fundamental es un presupuesto gnoseológico que permite pensar el derecho como un conjunto unitario y estructurado de normas, cuando este resulta eficaz. Esta necesidad epistemológica deriva de que, si la ciencia jurídica desea conocer el derecho debe adoptar el presupuesto lógico-transcendental de la norma básica fundamental frente a los órdenes jurídicos eficaces, ya que, precisamente, el pensamiento de los juristas presuponen la validez de este tipo de orden cuando inician el estudio del derecho. Por tanto, es necesario admitir como arbitraria la elección de un punto de partida desde el cual un orden jurídico de reglas eficaces pasa a ser válido, i.e., presuponer como derecho

---

[236] (Kelsen, 1987[1923], p. XLVII), (Kelsen, 1998[1920], p. 38), (Kelsen, 1992a[1927], p. 29) (Kelsen, 2011[1934], p. 96) y (Kelsen, 2009[1960], pp. 166, 240 y 350). En Kelsen, una norma general refiere a toda una clase de sucesos semejantes y una norma individual determina la conducta de un individuo en una situación puntual. Así, la norma general es siempre un marco dentro del cual tiene que producirse la norma individual mediante un proceso de concretización o individualización de los momentos no establecidos en la norma general. Por ello, al hablar de la interpretación realizada por los tribunales, Kelsen sostiene que esta consiste en desarrollar un método que posibilite completar correctamente el marco establecido en las normas generales. Ver (Kelsen, 1945, p. 38) y (Kelsen, 2009[1960], pp. 240, 254 y 352).

[237] (Kelsen, 1998[1920], pp. 171-174), (Kelsen, 2011[1934], p. 90), (Kelsen, 1945, p. 124), (Kelsen, 1959, p. 108) y (Kelsen, 2009[1960], pp. 177, 208, 232, 256 y 350)

[238] (Kelsen, 1998[1920], p. 41), (Kelsen, 2011[1934], p. 85), (Kelsen, 1991[1958], p. 97), (Kelsen, 1959, p. 108) y (Kelsen, 2009[1960], pp. 36, 59, 202 y 342).

positivo válido un orden de reglas eficaces es un postulado que no forma parte del concepto de derecho[239].

En consecuencia, la validez y la eficacia confluyen en la norma básica fundamental, pues esta es el fundamento supremo de la validez y la unidad de la cadena de creación normativa (cuando es posible presuponerla) en virtud de la eficacia duradera de las normas que componen el ordenamiento. La norma básica fundamental se limita a realizar una delegación o autorización a las autoridades para la creación y aplicación del derecho, de modo que, solamente determina la manera en la cual las normas jurídicas deben ser establecidas para formar parte de dicho orden jurídico. Por ende, una norma básica fundamental no determina el contenido de las normas que conforme a ella son válidas y pertenecientes al orden jurídico. Por ejemplo, una norma básica fundamental refiere a un primera Constitución positiva cuando el orden jurídico derivado de ella presenta una eficacia duradera; en cambio, la norma básica fundamental proporciona un fundamento de validez a una primera norma jurídica, porque ella ha sido dictada conforme a ella[240].

Validez. Como señalé en el primer periodo, a lo largo de la teoría *kelseniana*, las nociones e validez y existencia de las normas son equivalentes entre sí, i.e., la existencia específica de una norma jurídica únicamente es su validez. Sin embargo, en este periodo, Kelsen introduce un aspecto espacio-temporal a la validez jurídica, a partir de que las normas tienen por objeto fenómenos espacio-temporales (conductas humanas). Así, los aspectos que representan los ámbitos de validez de las normas son: espacial, temporal, personal y material. En consecuencia, cuando se afirma que una norma es válida se sostiene que lo es para un espacio y tiempo determinados, y también, que su validez se extiende a un sujeto o grupo de sujetos en relación con determinados comportamientos[241].

Eficacia. Durante este periodo, Kelsen entiende la eficacia como el hecho real de que una norma jurídica sea aplicada y obedecida en los hechos, esto es, la correspondencia, a grandes rasgos y por lo común, del comportamiento humano con la regulación realizada en las normas jurídicas[242].

Así, tanto normas como órdenes jurídicos requieren cierta permanencia en el tiempo para ser eficaces. Por lo cual, validez y eficacia no tienen necesariamente una coincidencia temporal, pues una norma recién dictada es válida sin ser eficaz y una norma que permanece sin eficacia a lo largo del tiempo deja de ser válida. No obstante, una norma no pierde su validez cuando pierde su eficacia en situaciones aisladas, es decir, en situaciones

---

239 Esta interpretación de la norma básica fundamental en (Vilajosana, 2010a, pp. 83-89) y en igual sentido (Bulygin, 1998a, p. 314). Ejemplos de Kelsen en este sentido en: (Kelsen, 1998[1920], pp. 140-143) (1945, p. 117) y (2009[1960], pp. 62-63). A su vez, una interpretación distinta en Nino (1978, p. 363) y (1998, p. 259), para quien el hecho de que la norma básica fundamental deba ser presupuesta cuando se cumplan ciertas circunstancias sugiere que esta es una norma y no un criterio de identificación del orden jurídico. Una revisión acerca de qué tipo de norma es la norma básica fundamental en: (Guastini, 2013a).

240 (Kelsen, 2011[1934], pp. 83-86), (Kelsen, 1945, pp. 116-117) y (Kelsen, 2009[1960], pp. 204-214). En el ejemplo, se alude a una primera Constitución positiva porque esta no es establecida por un acto jurídico, sino más bien interpretada como un acto constituyente, y en cambio, los actos ejecutados con base en ella son considerados como actos jurídicos (Kelsen, 2009[1960], p. 59).

241 (Kelsen, 2011[1934], pp. 45-46), (Kelsen, 1945, pp. 42-44) y (Kelsen, 2009[1960], pp. 26-27).

242 (Kelsen, 1998[1920], p. 140) y (Kelsen, 2009[1960], p. 24).

en que no es observada o aplicada debiendo serlo, porque una norma mantiene su validez cuando el comportamiento regulado por ella es generalmente observado y/o aplicado[243].

Por estos motivos, un orden jurídico que se presenta como derecho solo será visto como válido cuando sus normas, en término generales, son fácticamente observadas y aplicadas, sin sobrepasar cierto máximo ni situarse por debajo de cierto mínimo. Por lo cual, un orden jurídico no pierde su validez cuando solo una norma jurídica pierde su eficacia, pero si cuando las normas que lo componen dejan de ser eficaces en su conjunto[244].

c) La dinámica del ordenamiento jurídico: no contradicción

La identidad del orden dinámico *kelseniano* es inmutable, porque su individualidad está determinada por la unidad existente entre sus niveles superiores e inferiores, en donde los segundos están contenidos en los primeros. Por ende, el orden jurídico no debe presentar contradicciones, ya que si las normas superiores establecen la validez, el contenido y el modo de producir las normas inferiores, estas últimas no pueden entrar en contradicción con las primeras, pues todo aquello que esté fuera de lo determinado por las normas superiores no constituye norma jurídica alguna[245].

Kelsen, consciente de las dificultades que plantea la reconstrucción coherente de los derechos positivos, utiliza el instrumental conceptual de la dinámica normativa para complementar la reconstrucción del orden jurídico, a saber: i) la cláusula alternativa tácita, ii) las normas dictadas por órganos incompetentes, iii) algunos presupuestos de la oposición normativa, y iv) el principio *lex posterior derogat priori*. En consecuencia, los instrumentos de armonización o coherencia contenidos en la obra *kelseniana* de este período deben ser entendidos preferentemente como herramientas conceptuales utilizadas para reconstruir el derecho positivo y no como componentes o atributos de este último[246].

Cláusula alternativa tácita. Si bien las normas superiores pueden determinar la autoridad, el procedimiento, la ejecución y el contenido de las normas inferiores, Kelsen recurre solamente a este último para mantener la coherencia del ordenamiento. Así, sugiere que las normas superiores determinan de manera alternativa el contenido de las normas inferiores,

---

243 (Kelsen, 1991[1958], p. 95), (Kelsen, 1945, p. 42) y (Kelsen, 2009[1960], pp. 24, 25, 102 y 224). Según Kelsen, como siempre debe aceptarse la posibilidad de ineficacia, se excluyen de la reconstrucción teórica las normas jurídicas que regulan comportamientos irrealizables, es más, deben ser consideradas como un sin sentido.

244 (Kelsen, 2011[1934], p. 87), (Kelsen, 1945, p. 119) y (Kelsen, 2009[1960], pp. 59, 93 y 224).

245 (Kelsen, 1998[1920], pp. 38 y 165-172), (Kelsen, 2011[1934], p. 98), (Kelsen, 1991[1958], p. 100) y (Kelsen, 2009[1960], p. 98 y 217). Sobre este punto, Kelsen recuerda que es conceptualmente imposible que un sistema superior reenvíe, delegue o autorice a un sistema inferior a emanar una norma en contradicción con el sistema superior.

246 En igual sentido: i) Paulson (1981, p. 811), quien sugiere que en este periodo Kelsen adopta el principio de no contradicción como presupuesto de la unidad del orden jurídico; ii) Tecla Mazzarese (1989, p. 117), quien interpreta los postulados *kelsenianos* de la no contradicción como gnoseológicos, y no como factuales o lógicos; y iii) Bulygin (2013, p. 229), quien sostiene que no resulta sorprendente afirmar la coherencia del orden jurídico cuando se habla de la reconstrucción realizada por la ciencia jurídica.

i.e., toda norma inferior cuyo contenido no se corresponda con la norma superior puede igualmente adquirir validez[247]. En consecuencia, Kelsen propone:

> «…entre ley y sentencia judicial, constitución y ley, constitución y ordenanza, ley y ordenanza, o, en términos enteramente generales, entre una norma superior y una inferior de un orden jurídico, no es posible conflicto alguno que suprima la unidad de ese sistema normativo…» (2009[1960], p. 282)

Esta determinación alternativa del contenido de las normas inferiores por parte de las superiores se presenta a través de los diferentes estratos que componen el orden jurídico. Por ejemplo, las disposiciones constitucionales que regulan la legislación tienen el carácter de disposiciones alternativas, la validez de una sentencia judicial descansa en una ley (u otra norma general) que determina su contenido de manera alternativa, y también, los órganos administrativos están facultados para dictar ordenanzas cuyo contenido no se corresponda con la legislación. Además, la propuesta de una determinación alternativa descansa en la posibilidad de anular las normas inferiores cuyo contenido no se ajuste con el de las normas superiores, v.gr., una sentencia judicial que no se ajusta con la legislación mantiene su validez hasta que es recurrida o anulada (*anfechtbaren/vernichtbaren*), las normas legales determinadas alternativamente por la Constitución son válidas hasta ser suprimidas o eliminadas (*aufhebbar/aufzuheben*). Anular una norma (*Norm vernichten*) es poner término a su validez por medio de otra norma, y únicamente procede en los casos en que el ordenamiento establece procedimientos especiales para ello (revocar una sentencia, declarar inconstitucional una ley o declarar ilegal un reglamento). El fundamento de la anulabilidad (*Vernichtbarkeit*) descansa en la posibilidad consagrada en el orden jurídico de otorgar validez definitiva a los contenidos no determinados en las normas superiores[248].

En definitiva, la oposición normativa entre normas superiores e inferiores solamente se manifestaría ante la posibilidad de anular la norma inferior, y consecuentemente, castigar al órgano responsable, de manera que, la supresión normativa únicamente se aprecia cuando se produce la supresión (*Aufhebung*) de la norma inferior de contenido contrario[249].

Órganos incompetentes. La norma básica se limita a efectuar una «autorización» consistente en establecer la manera conforme a la cual se han de producir las normas del orden jurídico. Pero esta autorización deriva de que, los órganos supremos a los que ella faculta para la producción normativa logran establecer normas generalmente eficaces. Así, surge el principio de legitimidad (*Legitmitätsprinzip*), dependiente del principio de efectividad, según el cual una norma solo debe ser establecida por el órgano correspondiente: el órgano facultado al efecto por la norma superior para su producción[250].

Consecuentemente, de acuerdo con el principio de legitimidad, las normas deben ser producidas a través de los órganos facultados por las normas superiores, ya que en caso contrario no hay nada en términos jurídicos, es decir, no hay norma jurídica alguna. Por

---

247 En general, la cláusula alternativa tácita ha sido sumamente criticada por los autores, por ejemplo, (Nino, 1978, p. 364), (Nino, 1998, p. 261) y (Atienza & Ruíz Manero, 2007).

248 (Kelsen, 2011[1934], pp. 97-99), (Kelsen, 1945, pp. 156-162), (Kelsen, 1991[1958], pp. 102-103) y (Kelsen, 2009[1960], pp. 273-284 y 333) Kelsen habla de la posibilidad de declarar algo anulado y no nulo (*nichtig*), porque aquello que es nulo no puede ser anulado (*vernichtet*) por el derecho.

249 (Kelsen, 1945, p. 161) y (Kelsen, 2011[1934], p. 99).

250 (Kelsen, 2011[1934], p. 84), (Kelsen, 1991[1958], p. 98) y (Kelsen, 2009[1960], pp. 204-207, 219, 228 y 282).

tanto, una «norma» que no emana del órgano correspondiente, no presenta ningún tipo de oposición normativa, porque ni siquiera en su sentido subjetivo dicho acto es visto como una norma jurídica[251].

Oposición normativa. Es importante recordar que, de acuerdo con Kelsen, el derecho se convierte en un ordenamiento unitario y consistente mediante el conocimiento que realiza de él la ciencia jurídica. Así, el producto de la ciencia tiene un carácter epistemológico, frente a un objeto de estudio constituido por la multiplicidad de normas producidas por los órganos jurídicos[252]. Por lo mismo, en la obra de Kelsen se encuentran un conjunto de directivas o lineamientos que se deben considerar al momento de identificar un supuesto de oposición normativa, a saber:

i. Dos sistemas de normas autónomos e independientes entre sí no deben ser presupuestos como contemporáneamente válidos, ya que su aceptación como tales introduce la posibilidad de un oposición entre sus normas[253];
ii. Si se presuponen que dos sistemas (moral y jurídico) son contemporáneamente válidos e independientes entre sí, y estos regulan de manera diversa un mismo objeto, no se presenta una oposición entre sus normas, ya que, pese a regular el mismo comportamiento, el sujeto de la obligación de un sistema (moral) es siempre distinto del sujeto de la obligación del otro (jurídico)[254];
iii. No se presenta contradicción cuando un mismo sistema jurídico contiene una norma que prohíbe una conducta (que establece una sanción a dicha conducta) y otra que la ordena (establece una sanción a la conducta contraria), porque al ser posible aplicar una sanción S tanto por el comportamiento p como por ¬p ambas normas no están en oposición. En este caso, más bien se presenta una situación de discrepancia teleológica entre las normas, pues mientras el propósito de una es evitar un comportamiento, el propósito de la otra es evitar el comportamiento contrario[255];
iv. Tampoco hay una oposición entre dos normas dictadas por la misma autoridad de manera simultánea, pues se debe entender una de ellas como limitando el ámbito de validez de la otra, y cuando esto último no es posible, se debe

---

251 En la obra de Kelsen, otra de las distinción transversal es la realizada entre el sentido objetivo y subjetivo de un acto. Un comportamiento humano puede tener un «sentido subjetivo» derivado del sentido que es atribuido por el agente y compartido por los miembros de una comunidad, y también, puede tener un «sentido objetivo», atribuido por el derecho a través de una norma jurídica que refiere a él en su contenido. Véase (Kelsen, 2011[1934], p. 43) y (Kelsen, 2009[1960], pp. 16-17).

252 (Kelsen, 2009[1960], p. 85).

253 (Kelsen, 1998[1920], p. 159) y (Kelsen, 2009[1960], p. 273).

254 (Kelsen, 1998[1920], pp. 159-162), (Kelsen, 1991[1958], p. 105) y (Kelsen, 2009[1960], p. 183). Para Kelsen, es imposible que diferentes sistemas de normas tengan como destinatarios a las mismas personas, porque para él la «persona» (física o jurídica) constituye la personificación efectuada por el conocimiento jurídico de un complejo de normas que estatuyen la conducta humana, v.gr., la persona física no es ser humano, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que obligan y facultan a este (Kelsen, 1998[1920], p. 160).

255 (Kelsen, 2009[1960], p. 40). Se deben vincular con una sanción tanto la prohibición como la obligación, ya que según Kelsen, fundamentalmente, aquello que es derecho constituye una norma coactiva, i.e. una norma que regula el ejercicio de la coacción entre los hombres, y en consecuencia, una norma ordenadora de la coacción. El carácter transversal del esta idea se constata en: (Kelsen, 1987[1923], p. XLIV), (Kelsen, 2009[1960], pp. 70-75), (Kelsen, 2001[1960], pp. 23-30), (Kelsen, 2005[1965], p. 61) y (Kelsen, 1991[1979], p. 97 y 272).

> entender que la autoridad ha establecido un sinsentido, que no ha estipulado ninguna norma jurídica válida[256].

En definitiva, estos lineamientos *kelsenianos* plasman la manera en que se configura la unidad del orden jurídico, ya que cada uno de ellos constituye una manera de interpretar el material normativo. Así, resulta sumamente difícil constatar una oposición entre las normas que integran el orden jurídico[257].

Lex posterior derogat prior. Este principio determina las condiciones en las cuales las nuevas normas se añaden al orden jurídico, y de este modo, contribuye a garantizar la unidad y coherencia del mismo como regla de producción normativa. Como regla que establece las condiciones para modificar el material normativo, el principio *lex posterior derogat priori* resulta fundamentales, ya que, si bien la unidad del ordenamiento es reconducida a la norma básica fundamental, en su interior, el carácter invariable de este principio contribuye a garantizar la unidad del orden jurídico como condición normativa del cambio. Por ende, la unidad del ordenamiento igualmente descansa en las normas que determinan el cambio normativo, pues en virtud de ellas el origen de las nuevas normas pasa a ser unitario y compatible con las anteriores[258].

En este sentido, de acuerdo con el principio *lex posterior derogat prior*, la autorización otorgada a los órganos de creación normativa está condicionada por la producción de normas jurídicas modificables y/o eliminables, porque las normas generales promulgadas en momentos distintos están determinadas por la validez de las normas posteriores, las cuales suprimen la validez de las anteriores que las contradicen. Por ende, este principio no puede ser aplicado a las normas producidas por una autoridad en un mismo acto (simultáneas). En cambio, generalmente y en conformidad con la Constitución, el principio es aplicado a las leyes, las cuales son suprimidas (*aufgehoben*) mediante otras leyes en virtud del principio, salvo cuando son derogadas a través de procedimientos especiales[259].

La caracterización y utilización del principio *lex posterior derogat prior* realizada por Kelsen se sustenta, principalmente, en los casos de oposición entre normas pertenecientes a un mismo estrato. Sin embargo, su función de unidad va más allá y excepcionalmente es extendida a supuestos entre distintos sistemas o diferentes estratos. Por ejemplo, es utilizado para situaciones ocurridas entre el derecho internacional y el derecho estatal.

Cabe añadir que, Paulson (1986) desarrolla en profundidad las diversas posiciones adoptadas por Kelsen en relación con el estatus del principio *lex posterior derogat priori*, a saber: i) un principio lógico-jurídico (1914-1918), «jurídico» porque opera únicamente dentro de un sistema legal y «lógico» porque frente a las normas del sistema actúa como el principio de no contradicción del discurso ordinario; ii) una norma jurídico-positiva contingente (1918-1925 y 1960-1973), puesto que más que posibilitar el cambio normativo, presupone la posibilidad de cambio y es una cuestión positiva si un sistema es capaz de

256 (Kelsen, 2009[1960], pp. 216-217). Este razonamiento se funda en que la norma básica fundamental no otorga a todo acto el sentido objetivo de una norma válida, sino únicamente a los actos que tienen un sentido determinado: el sentido subjetivo de que los hombres deben comportarse de una determinada manera.
257 En igual sentido Paulson (1986, p. 236), para quién Kelsen propone una consistencia normativa débil, i.e., que basta con en algunas circunstancias en las normas pueden ser aplicadas sin conflicto.
258 (Kelsen, 1998[1920], p. 137 y 169).
259 (Kelsen, 1945, p. 156), (Kelsen, 1991[1958], p. 100) y (Kelsen, 2009[1960], p. 215 y 277).

cambiar; y iii) un presupuesto del conocimiento jurídico (1925-1960), ya que constituye un medio para aplicar el principio de no contradicción en el contexto jurídico, en la medida en que resuelve los conflictos entre las normas y permite que estas tengan un sentido.

Para esta investigación, la reconstrucción realizada por Paulson es de suma importancia, porque muestra la continua preocupación de Kelsen por el principio cronológico, y además, permite sostener que, con independencia de la posición teórica (estatus) adoptada, este principio siempre desempeña la misma función dentro de los ordenamientos jurídicos: garantizar la coherencia del ordenamiento en la inclusión de nuevos elementos.

d) Los componentes del ordenamiento jurídico: normas y sistemas

Norma jurídica. En este período, para Kelsen, una norma jurídica es el sentido de un acto por el cual se ordena o permite, y en especial, se autoriza un comportamiento, el cual está intencionalmente dirigido al comportamiento de otro. Las normas están compuestas por un elemento material, aquello que se debe hacer u omitir, y un elemento personal, quién debe hacer u omitir el comportamiento determinado en la parte material[260]

Las normas son creadas por los órganos del derecho, aplicadas por estos y obedecidas por sus destinatarios. Por lo cual, para desempeñar el papel de expresiones de la función normativa de la autoridad jurídica, deben pertenecer a un orden jurídico, lo cual acontece cuando es posible reconducir su validez hasta la norma básica fundamental[261].

Tipos de normas. Kelsen distingue distintos tipos de normas para el desarrollo de sus ideas, y generalmente, estas son presentadas en pares, entre las cuales destaco para esta investigación: i) normas primarias y secundarias; y iii) normas completas e incompletas[262].

Kelsen define el derecho como un conjunto de normas coactivas que establecen bajo determinadas condiciones el deber de ejecutar actos coactivos. Por ende, las normas jurídicas no pueden existir sin una sanción en el caso de ser incumplidas, debido a que cada norma jurídica (como unidad básica del derecho) debe contener todos los elementos esenciales del mismo. Así, aunque no es necesario que todas las normas de un orden jurídico establezcan actos coactivos, sí es necesario que aquellas que no los establecen estén en conexión con al menos una norma que los establezca.

De este modo, Kelsen distingue entre normas primarias, que regulan un comportamiento determinado y establecen una sanción para el caso de incumplimiento, y secundarias, que solo regulan un comportamiento determinado y a través de otra norma enlazan a este una

---

[260] (Kelsen, 1959, p. 107) y (Kelsen, 2009[1960], pp. 19, 84, 328). Esta caracterización de las normas jurídicas se ha extendido al periodo siguiente, pero sin tomar partido respecto de qué tipo de entidad son estas.

[261] (Kelsen, 1998[1920], p. 136), (Kelsen, 2011[1934], p. 82), y (Kelsen, 2009[1960], pp. 45, 60 y 205). En Kelsen, las normas se distinguen de los enunciados jurídicos, porque estos últimos son expresiones de la función cognoscitiva de la ciencia jurídica que adoptan la forma de proposiciones condicionales. Estas últimas expresan que, en conformidad con un orden jurídico determinado, deben producirse ciertas consecuencias determinadas por ese ordenamiento, igualmente, bajo ciertas condiciones establecidas en este. Como sostiene Bulygin (2013, p. 226), esta distinción comienza a hacer nítida después de 1940.

[262] Adecuada, Aguiló (1991, p. 233) utiliza la distinción entre normas independientes y no independientes como términos equivalentes a normas primarias y secundarias, y además, recuerda que en la obra de Kelsen los antecedentes de las normas secundarias eran las normas incompletas.

sanción para el caso de incumplimiento. En este último caso, la primera norma establece negativamente la condición a la cual la segunda norma establece una sanción y esta segunda norma determina positivamente la condición a la cual enlaza una sanción. Por ejemplo, son normas secundarias las que: i) permiten positivamente una conducta; ii) facultan una determinada conducta; iii) regulan procedimientos y organizan el funcionamiento de los tribunales; iv) determinan el sentido de otras normas (definiciones); v) regulan relaciones recíprocas (negocio jurídico); y fundamentalmente, vi) derogan otras normas[263].

Como el derecho es básicamente un orden jurídico dirigido al comportamiento humano, las normas que lo integran están compuestas por un elemento material (objeto) y otro personal (sujeto). Así, una norma es incompleta cuando únicamente establece el elemento material (aquello que se debe hacer u omitir) sin determinar el elemento personal (quién debe hacer u omitir) y es completa cuando establece ambos elementos (material y personal). Por ejemplo, las normas del derecho internacional son incompletas en la medida en que, solo establecen el elemento material y dejan la determinación del elemento personal a los órganos de los estados[264].

Sistemas del orden jurídico. Los distintos tipos de normas presentados integran los diferentes sistemas jurídicos que conforman el orden jurídico. Para Kelsen, el orden jurídico está integrado por los sistemas internacional y estatal, el primero formado por la costumbre, los tratados y las resoluciones internacionales, y el segundo, compuesto por la Constitución, las leyes, los reglamentos, las sentencias judiciales y los negocios jurídicos.

El derecho internacional es un complejo escalonado de normas jurídicas compuesto por tres estratos. El primero está compuesto por normas generales que obligan y facultan a los estados por vía de la costumbre, y que se generan por los actos realizados entre los estados con el propósito de regular sus relaciones, v.gr., el principio «*pacta sunt servanda*» que faculta a los sujetos internacionales a regular sus relaciones recíprocas, generalmente, a través de los tratados internacionales, que conforman el segundo estrato. Así, los agentes internacionales a través de los tratados crean tribunales u otros órganos internacionales que desempeñen las funciones de creación y aplicación del derecho, formando así el tercer estrato. Por tanto, la norma básica fundamental establece a la costumbre, constituida por el comportamiento recíproco de los estados, como el hecho productor de derecho, y de este modo, el derecho internacional tiene un fundamento de validez independiente del reconocimiento de los estados, al igual que la validez del orden jurídico estatal, la cual es independiente del reconocimiento de sus súbditos[265].

Kelsen sostiene la primacía del derecho internacional sobre el estatal. La costumbre internacional, como norma suprema del derecho internacional, es el fundamento de validez de los sistemas jurídicos estatales, y además, es el elemento delimitador de sus ámbitos de

---

263 (Kelsen, 1987[1923], p. XLV), (Kelsen, 1998[1920], p. 173), (Kelsen, 1945, p. 61) y (Kelsen, 2009[1960], pp. 66-70). Además, sobre normas primarias y secundarias ver (Bobbio, 1990, pp. 307-321).

264 (Kelsen, 2009[1960], p. 328). También es transversal a la obra *kelseniana*, sostener que el derecho es un orden o sistema de normas que regulan el comportamiento humano, de modo que, en todas las circunstancias quien resulta obligado es un ser humano, con independencia a si la norma refiere al estado, un órgano del mismo o una persona jurídica, ver (Kelsen, 1988c[1916], p. 115), (Kelsen, 2006[1919]), (Kelsen, 1987[1911], pp. 36-150), (Kelsen, 1987[1923], pp. LI-LIII), (Kelsen, 1998[1920], pp. 235-240), (Kelsen, 1945, pp. 3-4), (Kelsen, 2009[1960], pp. 18 , 83 , 184 y 323-327) y (Kelsen, 1991[1979], pp. 2, 8 y 89-90).

265 Sobre el derecho internacional ver (Kelsen, 1998[1920], pp. 303-332), (Kelsen, 2011[1934], p. 96), (Kelsen, 1991[1958], pp. 105-117) y (Kelsen, 2009[1960], pp. 326-341).

validez territorial, temporal, personal y material. La coexistencia en el espacio y sucesión en el tiempo de los derechos estatales es jurídicamente posible gracias al derecho internacional. Así, los sistemas jurídicos estatales están subordinados al derecho internacional, al estar comprendidos en este como sistemas parciales[266].

A su vez, igualmente, el derecho estatal constituye un complejo escalonado de normas jurídicas compuesto, generalmente, por: i) la Constitución en un sentido material, formada por las normas positivas que regulan la producción de normas jurídicas generales, y en algunos casos, un órgano facultado para dictar normas de rango constitucional o normas que regulen el procedimiento de producción de las normas generales; ii) normas jurídicas generales producidas a través de la legislación y/o la costumbre; iii) normas generales emanadas de organismos de la administración, como pueden ser los reglamentos de aplicación o con fuerza de ley, que tienen por objeto realizar una formulación más precisa que la contenida en las leyes; y iv) de normas individuales generalmente emanadas desde la función judicial. Cada uno de estos estratos pertenece al orden jurídico solo si es reconocido por la norma básica fundamental, y además, en el caso del segundo y tercer estrato, solo si la Constitución los reconoce como tales[267].

3.4.2 La derogación en el ordenamiento jurídico dinámico

En la visión *kelseniana*, los ordenamientos jurídicos dinámicos contienen las condiciones relativas a cuándo y cómo sus normas pueden ser reconocidas como diversas, esto es, las posibles variaciones del contenido normativo y las formas de producción de las nuevas normas. Cuando estas condiciones son satisfechas se crea una norma jurídica válida, la cual al poseer tal carácter ingresa al ordenamiento. Así, la validez pasa a ser el principal atributo normativo detentado por las normas de los órdenes jurídicos dinámicos, y consecuentemente, el principal atributo de la cual pueden ser privadas. Por lo cual, los distintos mecanismos de exclusión normativa presentan aspectos comunes, que justifica un tratamiento conjunto, como ocurre con la derogación y la anulabilidad[268].

a) Efectos de la derogación en el ordenamiento jurídico

En conformidad con el principio de legitimidad (*Prinzip der Legimität*), las normas son válidas durante todo el tiempo que transcurre entre el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el orden jurídico para su existencia hasta que el propio ordenamiento u otra norma terminan con su validez. Así, el comienzo y fin de la validez de una norma puede estar determinado en la propia norma o en otras normas superiores que regulan su producción; de ahí que, un ordenamiento dinámico, que regula las funciones de creación y

[266] Kelsen (2009[1960], pp. 323-348) sostiene que la determinación de la primacía entre el derecho internacional y el estatal es una cuestión política y no propia de la ciencia jurídica. Sin embargo, en el desarrollo de sus ideas muestra clara y explícitamente que postula la primacía derecho internacional sobre el estatal.

[267] (Kelsen, 1945) y (Kelsen, 2009[1960], pp. 124-131). En Kelsen, la Constitucional material se distingue de una formal, porque esta última refiere a otros objetos políticamente relevantes, así como las condiciones de una reforma constitucional.

[268] En sentido similar Paulson (1981, p. 809), para quien, en la visión *kelseniana* las normas derogatorias son dirigidas a las cuestiones de la validez de otras normas y no a la conducta de los sujetos.

aplicación del derecho, determina igualmente el inicio y el término de la validez de las normas jurídicas que lo componen[269].

Dentro del ámbito de validez de una norma, se distingue un tiempo anterior y otro posterior a su promulgación. Generalmente, las normas jurídicas regulan únicamente los comportamientos posteriores a su promulgación (futuros), y solo excepcionalmente afectan a los comportamientos anteriores a esa fecha (pasados). Entonces, por lo general, la función de las normas derogatorias (*derogierende Normen*) consiste en suprimir la validez de las normas anteriores respecto de los comportamientos futuros que hubiesen podido llegar a regular. Esto, en función de que el ámbito de validez de una norma puede ser limitado o completamente suprimido (*völlig aufheben*) por otras normas del orden jurídico[270].

Por su parte, las normas pueden tener fuerza retroactiva al regular los hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor (*Inkrafttreten*). Así, es posible que una norma elimine completamente la validez de otra norma jurídica anterior mediante la supresión de las interpretaciones normativas ya realizadas de los comportamiento pasados que son regulados por ellas, v.gr., determinados comportamientos dejan de ser calificados como delitos o penas, o viceversa, un comportamiento pasa a ser considerado como delito[271].

De acuerdo con Kelsen, la determinación de esta supresión de la validez de las normas jurídicas constituye una función propiamente judicial, ya que los tribunales de justicia no solo deben determinar si el caso que se le presenta es subsumible en una norma jurídica general, sino también, y con carácter previo, deben establecer la norma general aplicable al caso. En consecuencia, los tribunales deben determinar la norma jurídica válida aplicable al caso, junto con descartar las normas jurídicas cuya validez ha sido suprimida. Esta determinación está condicionada por la interpretación que se realice de la norma general, ya que estas constituyen un marco dentro del cual se ofrecen varias posibilidades de aplicación conformes con la norma. Por lo que, en estos casos, la actividad interpretativa consiste en la determinación del marco de la citada norma a través del establecimiento de las diversas posibilidades que se dan dentro de este, para así reconocer en qué medida estas son incompatibles o eliminadas por las establecidas en la norma general posterior[272].

Por su parte, a partir de la posibilidad de limitar o suprimir la validez de los componentes del orden jurídico, las normas jurídicas pueden ser anulables (*vernichtbar sein kann*), y esta anulabilidad (*Verichtbarkeit*) puede ser gradual. Así, una norma puede ser solo suprimida (*aufgehoben*) con efectos para el futuro, sin que sus efectos ya producidos resulten afectados. También, una norma pueden ser suprimida (*aufgehoben*) con efectos retroactivos, de modo que, todos sus efectos jurídicos ya producidos son anulados (*vernichtet*). En este último caso la ley no fue nula desde el comienzo (*von Anfang an nichtig*), sino más bien fue válida hasta su supresión (*aufgehoben*), por lo cual, la decisión de suprimir (*aufhebende Entscheidung*) la ley tiene carácter constitutivo y no declarativo. Por tanto, dentro del ordenamiento, el grado más alto de anulabilidad es la derogación con carácter retroactivo[273].

---

269 (Kelsen, 1945, p. 117) y (Kelsen, 2009[1960], pp. 217-218).
270 (Kelsen, 2009[1960], pp. 26-27 y 68).
271 (Kelsen, 1998[1920], pp. 140-141) y (Kelsen, 2009[1960], p. 27 y 254).
272 (Kelsen, 2011[1934], pp. 94-104) y (Kelsen, 2009[1960], p. 247). Esto no repercute en el carácter constitutivo que tienen las sentencias judiciales en el esquema *kelseniano*.
273 (Kelsen, 1945, pp. 159-161) y (Kelsen, 2009[1960], p. 283).

b) Casos de derogación en el ordenamiento jurídico

Derogación y derecho internacional. Bajo una visión monista, las normas estatales deben ser consideradas nulas (*nichtig*) o jurídicamente inexistentes cuando traspasan la competencia delimitada por el derecho internacional. Cuando los contenidos de los ordenamientos estatales son contrarios al derecho internacional pueden ser suprimidos (*aufgehoben*) por este último, pues en caso contrario estaría ante una visión que postula la primacía del derecho estatal. Por ejemplo, si la validez de las normas internacionales dependiese de un reconocimiento estatal, cuando una norma jurídica internacional contraviniese a la Constitución se consideraría derogada (*derogiert*) si es anterior a ella (según *lex posterior derogat prior*), y se consideraría nula (*nichtig*) si es posterior a la misma[274].

Los tratados internacionales entre los estados se regulan bajo el principio de que los contratantes no pueden suprimir (*aufheben*) unilateralmente el tratado, de manera que, estos solo pueden ser modificados (*abgeändert*) a través de un acuerdo entre los contratantes, pues toda disposición en contrario es nula. Una vez que los tratados ingresan en el orden jurídico pueden derogar (*derogieren*) directamente las leyes precedentes, pues al contener la «voluntad del estado» deben necesariamente tener prevalencia sobre la voluntad más antigua expresada en las leyes precedentes (*lex posterior derogat prior*)[275].

Según la cláusula alternativa tácita, cuando una norma estatal tiene un contenido en oposición con el derecho internacional, la validez de ambas no resulta afectada, ya que la oposición entre una norma inferior y otra superior no implica una contradicción entre ellas, sino solo la posibilidad de anular la norma inferior. En consecuencia, la norma inferior es válida hasta que es suprimida (*Aufhebung*) por un acto jurídico[276].

Derogación y Constitución. La propia Constitución en su aspecto formal puede contener las condiciones de una reforma constitucional, esto es, puede contener los requisitos para que pueda ser suprimida o modificada (*aufgehoben oder abgeändert*) con exigencias distintas de las establecidas para las leyes ordinarias. No obstante, en Constituciones no escritas surgidas por vía de la costumbre, es posible que esto no se presente, y mediante leyes simples o la propia costumbre las normas constitucionales pueden ser suprimidas o modificadas (*aufgehoben oder abgeändert*). Además, es posible que la propia Constitución faculte a un órgano para promulgar (*Erlassung*), suprimir (*Aufhebung*) y enmendar (*Änderung*) normas constitucionales en el sentido formal (órgano distinto del facultado para realizar idénticas funciones respecto de las leyes ordinarias)[277].

Cuando la producción normativa no observa las normas de la Constitución se pueden producir normas nulas o anulables (*Normen nichtig oder vernichtbar*) en atención a si estas emanan desde órganos incompetentes o contravienen su contenido. En el primer caso no hay nada jurídicamente, y en el segundo, hay una norma jurídica que puede ser posteriormente suprimida (*aufgehoben*). En este último, las leyes inconstitucionales mantienen su validez hasta que son eliminadas conforme a los procedimientos establecidos en la propia Constitución, en virtud del carácter alternativo de las disposiciones

274 (Kelsen, 1998[1920], pp. 259-260).
275 (Kelsen, 1998[1920], pp. 229-233).
276 (Kelsen, 2011[1934], pp. 138-140).
277 (Kelsen, 1945, p. 125) y (Kelsen, 2009[1960], pp. 233-234)

constitucionales. Por tanto, la diferencia entre una ley conforme con la Constitución y otra inconstitucional radica en que esta última es válida pero podría ser suprimida (*aufhebbar*). Lo anterior es igualmente predicable de otras normas del ordenamiento como reglamentos, actos administrativos o sentencias judiciales, los cuales pueden ser suprimidos por tener contenidos contrarios a la Constitución o haber sido dictados sin fundamento legal[278].

En los casos en que la Constituciones consagra ciertas garantías fundamentales como prohibiciones a la legislación, las leyes u otras normas generales que las infrinjan pueden ser eliminadas o limitadas (*aufzuheben oder einzuschränken*). De esta manera, si un órgano legislativo dicta este tipos de leyes, estas pueden ser suprimidas por inconstitucionales (*als verfassungswidrig aufgehoben werden können*) a través del procedimiento establecido al efecto. De este modo, las garantías fundamentales establecen de manera negativa el contenido de las leyes, ya que las que no se adecúen a estas pueden ser anuladas (*vernichtet*), i.e., una ley inconstitucional (*verfassungswidrige Gesetz*) es válida hasta su supresión (*Aufhebung*)[279].

La Constitución puede determinar los contenidos futuros de las leyes en la medida en que las leyes ordinarias no puedan derogar las normas constitucionales (*Verfassungsgesetz zu derogieren*). Por lo cual, estas últimas deben presentar condiciones o requisitos especiales más exigentes para ser modificadas o suprimidas (*abgeändert oder aufgehoben*). Asimismo, la posibilidad de anular las normas contrarias a la Constitución tiene sentido si la propia Constitución faculta a un órgano, distinto del legislador, para determinar dicha contradicción, ya que en caso contrario la propia Constitución faculta tácitamente a dicho órgano para dictar normas con un contenido diverso al constitucional[280].

Kelsen reconoce diferencias entre los procedimientos establecidos en la Constitución para anular las leyes contrarias a ella y el usualmente establecido para derogar las leyes anteriores (en virtud del principio *lex posterior derogat priori*). Si bien en ambos casos la ley se considera válida mientras no es suprimida (*aufgehoben*), en la derogación únicamente es suprimida su validez hacia el futuro, mientras que en la anulación es suprimida su validez con efectos retroactivos[281].

Finalmente, en los casos de revolución no resultan aplicables ambos aspectos del principio de legitimidad, es decir, en caso de revolución no se aplica el principio conforme al cual una norma solo debe ser establecida por el órgano correspondiente, y además, su validez se mantiene hasta que es terminada por el propio orden jurídico. Así, en una revolución la Constitución es modificada (*abgeändert*) o reemplazada (*ersetzt*) sin observancia de las disposiciones constitucionales hasta entonces válidas, y generalmente, junto a ella solo son suprimidas (*aufgehoben*) las leyes políticas esenciales, ya que, de manera expresa o tácita, la nueva Constitución realiza una recepción de la mayoría de las normas dictadas bajo la antigua. Esto acontece siempre y cuando la nueva Constitución adquiera cierto grado de eficacia, pues el principio de legitimidad está limitado por el principio de efectividad[282].

---

278 (Kelsen, 2009[1960], p. 64 y 281).
279 (Kelsen, 1945, p. 125) y (Kelsen, 2009[1960], pp. 153-154 y 277-278).
280 (Kelsen, 2009[1960], p. 234).
281 (Kelsen, 2009[1960], p. 277).
282 (Kelsen, 1945, p. 244) y (Kelsen, 2009[1960], pp. 218-219). Kelsen añade que la regla que proporciona validez a las normas recepcionadas tiene el mismo carácter que la regla de referencia o incorporación que

Derogación y legislación. En virtud del carácter escalonado del derecho estatal, una ley ordinaria no posee fuerza para derogar (*Derogieren*) la norma constitucional que prevé su promulgación y contenido. Además, como generalmente la Constitución establece para su modificación o supresión (*Abänderung oder Aufhebung*) procedimientos más exigente que los requeridos para la legislación ordinaria, estas últimas no pueden modificar o suprimir (*Anfechtung und Aufhebung*) disposiciones constitucionales[283].

Derogación y reglamentos. Cuando la legislación realiza una delegación ilimitada, el reglamento emanado de la delegación deroga (*derogiert*) a la norma delegante con la cual se encuentre en contradicción, según el principio *lex posterior derogat priori.* En cambio, cuando la legislación reenvía, autoriza o delega dentro de determinados límites, el principio *lex posterior derogat priori* solo puede ser aplicado al interior de la esfera de competencia delimitada por la delegación, v.gr., entre reglamentos. Además, en este último caso, si el reglamento entra en contradicción con la legislación delegante, es posible aplicar el principio *lex priori derogat posterior*, lo cual significa la nulidad (*Nichtigkeit*) del reglamento[284].

c) La derogación material: las fuerzas sociales

Según Kelsen, tanto la validez del derecho estatal como del derecho consuetudinario puede descansar en la norma básica fundamental. Sin embargo, al igual que en el periodo anterior, considera que la discusión sobre la admisibilidad de las costumbre o fuerzas sociales constituye un debate de carácter metajurídico, situado en los presupuestos del orden jurídico. Por ende, es un asunto que no puede ser decidido jurídicamente.

Cuando el ordenamiento reconoce a la costumbre su calidad de fuente productora de derecho, le otorga un carácter paritario, es decir, la faculta para ser fuente de normas derogatorias (*derogierender Normen*). Este carácter paritario ocurre, siempre y cuando, sea posible recurrir al principio de *lex posterior derogat prior* para garantizar la unidad del orden jurídico dentro de un mismo estrato, v.gr., el derecho legislativo y el consuetudinario se derogan (*derogieren*) recíprocamente. En este sentido, únicamente cuando una norma jurídica superior introduce a la «costumbre» como una circunstancia productora de normas jurídicas, es posible interpretar el sentido subjetivo de los actos constitutivos de la misma como una norma objetivamente válida[285].

La norma consuetudinaria deroga al derecho legislado (*Gesetzesrecht derogierenden*) cuando la Constitución instaura a la costumbre como un hecho productor de derecho, y en consecuencia, los tribunales puedan aplicar sus normas. Así como también, en los casos en que, sin un reconocimiento constitucional, la aplicación que realizan los tribunales de ella es vista como conforme a derecho, pues aquí se debe entender que la norma básica

---

obliga a los tribunales de un estado a aplicar, en algunos casos, normas del derecho extranjero, es decir, producir el efecto de incorporar esas normas al nuevo sistema jurídico o al derecho nacional

283 (Kelsen, 2011[1934], p. 91)

284 (Kelsen, 1998[1920], p. 167).

285 (Kelsen, 1998[1920], p. 137), (Kelsen, 1945, p. 126) y (Kelsen, 2009[1960], p. 23).

fundamental establece no solo al acto constituyente como hecho productor de derecho sino también a la propia costumbre[286].

Como el orden jurídico y las normas que lo integran son válidos en la medida en que logran cierto grado de eficacia, la «desuetudo» no puede ser excluida de su reconstrucción. Así, se debe presuponer que cualquier norma jurídica pueda perder su validez por la desuetudo, si esta es entendida como una costumbre negativa cuya función es eliminar (*aufzuheben*) la validez de una norma existente. Por ejemplo, pese a que la legislación no puede suprimir (*aufgehoben*) las disposiciones constitucionales, la desuetudo tiene eficacia derogatoria (*derogatorische Wirkung*) respecto de ellas, incluso de las que excluya su aplicación. De este modo, la desuetudo produce la supresión (*Aufhebung*) de la norma jurídica que hasta entonces era válida en virtud de su continua falta de eficacia, pero en los casos en que la desuetudo no logra establecerse, dicha inaplicación debe ser considerada como un comportamiento contrario a derecho[287].

Al igual que en el derecho escrito, la función judicial en el derecho consuetudinario consiste en establecer la existencia de la norma aplicable. Sin embargo, en el caso de la costumbre, la determinación realizada por el tribunal es más relevante, ya que tiene carácter constitutivo con efectos retroactivos, porque el hecho productor de derecho es válido desde el momento establecido por los tribunales. Así, la determinación de la validez o existencia de las normas consuetudinarias se encuentra radicada más en los órganos de aplicación, y al mismo tiempo, más limitada por las normas individuales escritas y emanadas de dichos órganos, puesto que la aplicación de sus normas generales solamente se realiza a través de normas jurídicas particulares escrituradas[288].

3.4.3 Un balance de la visión dinámica

Es claro que la mayor exhaustividad y complejidad de la visión dinámica entrega un mayor número de propuestas y problemáticas a complementar los planteamientos derivados de la práctica jurídica. Así, como estas propuestas y problemáticas presentan una intrincada relación entre sí, y su contenido ya ha sido desarrollado, recurro en este apartado a una presentación esquematizada de los mismos.

La concepción *kelseniana* de la dinámica del orden jurídico se centra en proporcionar herramientas conceptuales que permiten a la ciencia jurídica teorizar de manera unitaria y coherente sobre los derechos positivos modernos. Así, a partir de la noción de soberanía, un orden jurídico dinámico presenta una relación de supra o subordinación entre los sistemas normativos que lo integran. Esta relación determina que el sistema superior contenga normas que determinen la producción y proporcionen validez a las del sistema inferior, y que las normas inferiores constituyan una concretización de las superiores, para

[286] (Kelsen, 2009[1960], pp. 233-237). Según Kelsen, para que la costumbre sea reconocida como hecho productor de normas es necesario que: i) los miembros de la comunidad actúen bajo ciertas condiciones de igualdad de una manera determina; ii) dichas actuaciones se prolonguen por un tiempo suficientemente largo; y iii) de tales comportamientos surja la voluntad colectiva de que así deben comportarse.
[287] (Kelsen, 2011[1934], p. 90), (Kelsen, 1945, pp. 119-120) y (Kelsen, 2009[1960], p. 224 y 237). Estas ideas muestran mi desacuerdo con Aguiló (1991, p. 227), quien afirma que: «Kelsen no observa ninguna diferencia entre "matar" y "dejar morir" a una norma».
[288] (Kelsen, 2009[1960], p. 238 y 262). En igual sentido (Aguiló, 1991, p. 232).

lo cual estas últimas deben ser concebidas como un marco de posibilidades dentro del cual se producen las normas inferiores.

Consecuentemente, la concepción *kelseniana* de la dinámica de los ordenamientos jurídicos se caracteriza por estar basada en los actos de creación y aplicación del derecho, y no como actualmente es entendida, como la continua creación y eliminación de normas. Así, en el orden jurídico escalonado el cambio normativo se produce mediante el acto de aplicación-producción del derecho, manifestado en una norma superior que determina la producción de una norma inferior y que es aplicada en la producción de esta última. Para que este acto de aplicación-producción sea exitoso debe cumplir con todos los requisitos establecidos en el orden jurídico, pues solo así es posible producir una norma jurídica válida dentro de este. Asimismo, como no hay una autoridad soberana, sino más bien un orden jurídico soberano que engloba a los sistemas normativos internacional y estatal, no tiene sentido preguntar por una limitación al primero en términos normativos.

Kelsen habla de dinámica en términos de creación y aplicación, porque introduce la posibilidad de eliminación normativa en la creación. Así, reconoce la importancia que tiene el principio *lex posterior derogat priori* para la unidad del ordenamiento en su rol de regla de producción normativa. Este principio garantiza la coherencia del ordenamiento en la inclusión de nuevos elementos, ya que así se faculta a los órganos para la creación de normas bajo la condición de que estas puedan ser modificadas o eliminadas por las posteriores en el tiempo. Por tanto, en este esquema no es posible prohibir la eliminación de las normas anteriores por parte de las posteriores contrarias a ellas, ya que se perdería la coherencia del orden jurídico, y consecuentemente, se dificultaría aún más la posibilidad de reconstrucción jurídica unitaria y coherente.

En este orden escalonado se presenta una primacía del derecho internacional sobre el estatal en razón de que el primero es el fundamento de validez del segundo. El derecho internacional delimita los ámbitos de validez territorial, temporal, personal y material de los derecho estatales, junto con proporcionar el sustento necesario para la coexistencia en el espacio y sucesión en el tiempo de estos. En consecuencia, las normas del derecho internacional pueden derogar a las normas del derecho estatal sin una norma de derecho interno que ejecute su contenido, v.gr., en general, los contenidos de los ordenamientos estatales contrarios al derecho internacional pueden ser suprimidos por este último, y en particular, los tratados internacionales pueden derogar directamente las leyes estatales precedentes. Además, las normas estatales contrarias al derecho internacional pueden ser nulas o anulables según el vicio que padezcan.

A su vez, al explicar las fuerzas sociales resulta adecuado distinguir entre consuetudo y desuetudo. Cuando una norma jurídica superior introduce a la «consuetudo» como una circunstancia productora de normas jurídicas, es posible interpretar el sentido subjetivo de los actos constitutivos de la misma como una norma objetivamente válida. Sin embargo, inclusive en los casos en que este reconocimiento no se presenta, es posible reconocer a la consuetudo como fuente de derecho cuando su aplicación por parte de los tribunales es vista como conforme a derecho, pues en este caso es la norma básica fundamental la que reconoce a la Constitución como hecho productor de derecho. Así, en ambos caso el derecho legislativo y el consuetudinario se derogan recíprocamente a través del principio de *lex posterior derogat prior*, para de este modo garantizar la unidad del orden jurídico dentro de un mismo estrato. En cambio, por otro lado, como el orden jurídico y las normas que lo

integran son válidos en la medida en que logran cierto grado de eficacia, cualquier norma jurídica pueda perder su validez cuando se presenta la «desuetudo», de modo que, esta última no puede ser excluida de una reconstrucción del ordenamiento.

En relación con la composición del orden jurídico, para Kelsen, una norma jurídica es el sentido de un acto por el cual se ordena o permite, y en especial, se autoriza un comportamiento. Como todo acto normativo, este debe cumplir todos los requisitos establecidos en el orden para ser sea exitoso, y una vez estos son cumplidos, la norma deben ser aplicadas por los órganos del estado y obedecidas por sus destinatarios. Generalmente, las normas jurídicas regulan los comportamientos posteriores a su promulgación, de modo que, al suprimir su validez mediante la derogación se afecta únicamente esta regulación de comportamientos futuros. Al ser privada una norma de su validez, ella deja existir, y consecuentemente, pierde su carácter obligatorio, junto con dejar de ser aplicada y obedecida en relación con los comportamientos futuros.

Adicionalmente, se diferencia entre normas primarias y secundarias en atención a si ellas mismas contienen o no una sanción para el caso de contravención a lo establecido en ellas. De este modo, las normas que derogan otras normas son un típico ejemplo de normas secundarias, al no establecer ellas misma una sanción para el caso contravención a lo establecido en ellas. Sin embargo, aunque Kelsen no lo señala expresamente, en este periodo se distinguen dos tipos de normas que derogan a otras normas. Las primeras serían las disposiciones derogatorias destinadas solamente a suprimir la validez de otras normas, y las segundas, son las normas posteriores que suprimen la validez de las anteriores que se opongan a ellas. Por ende, mientras el primer tipo de normas son clasificadas como secundarias, el segundo tipo perfectamente podrían tener el carácter de primarias o secundarias en atención a si contienen o no una sanción para el caso de incumplimiento. En cualquier caso, ambas normas se fundan en la condición introducida en la facultad detentada por los órganos de producción normativa, i.e., las normas son creadas bajo la condición de que puedan ser modificadas o eliminadas por otras normas posteriores[289].

En la reconstrucción *kelseniana,* el hecho de que las normas posteriores deroguen a las anteriores contrarias a ellas, no debe ser confundido como un casos de normas contrarias a derecho, pues este último constituye un sinsentido. Así, al ser la coherencia un elemento central de toda reconstrucción del material jurídico, Kelsen reduce al mínimo las posibilidades de oposición entre los distintos componentes del orden jurídico a través de diferentes recursos conceptuales (cláusula alternativa tácita, órganos incompetentes y *lex posterior*). Consecuentemente, al utilizar estos recursos se admite que los órganos incompetentes no dictan nada jurídicamente relevante, que las normas inferiores cuyo contenido no se ajusta al establecido en las normas superiores son válidas hasta su eventual anulación, y que las normas posteriores de los estratos superiores o de un mismo estrato suprimen la validez de las anteriores en el tiempo, de igual o inferior estrato, cuando se encuentran en oposición a ellas.

En todos los casos, sea para determinar la nulidad, anulación o derogación de una norma por estar en contradicción con otra, es fundamental la actividad interpretativa. Esto porque solo mediante ella se determina el marco de la norma superior o posterior mediante establecimiento de las diversas posibilidades que se dan dentro de dicho marco, y así

[289] Para una interpretación similar ver (Aguiló, 1991, p. 232).

reconocer en qué medida estas son incompatibles con las posibilidades igualmente determinadas de la norma inferior o anterior. Adicionalmente, en la realización de esta actividad interpretativa se deben considerar las diferentes directivas o lineamientos *kelsenianos* destinados a la identificación de supuestos de oposición normativa.

En consecuencia con lo anterior, la determinación de la supresión de la validez de las normas jurídicas constituye una función propiamente judicial, ya que los tribunales de justicia son quienes establecen las normas aplicables al caso. Así, cuando determinan la norma jurídica válida aplicable al caso establecen al mismo tiempo las normas cuya validez ha sido suprimida. Por ende, los tribunales establecen con carácter constitutivo, y no declarativo, qué normas han sido derogadas o anuladas y cuáles no.

Asimismo, dentro del esquema *kelseniano,* esta función judicial también se realiza en relación con el derecho consuetudinario, pero en estos casos la determinación realizada por el tribunal tiene mayor relevancia, ya que tiene un carácter constitutivo con efectos retroactivos, derivado de que el hecho productor de derecho es válido desde el momento establecido por el tribunal. En otras palabras, la determinación de la validez o existencia de las normas consuetudinarias se encuentra en los tribunales de justicia. Por lo mismo, es que el derecho consuetudinario está limitado por las normas individuales escritas y emanadas de dichos órganos (sentencias judiciales o resoluciones administrativas), puesto que su aplicación solamente se realiza a través de estas normas jurídicas particulares escrituradas.

Finalmente, Kelsen diferencia claramente entre derogación y anulabilidad, con lo cual es posible diferenciar entre derogación e inconstitucionalidad. Él sugiere que la diferencia se encuentra en que una es usualmente establecida para suprimir las leyes anteriores en virtud del principio *lex posterior derogat priori*, mientras que el otro es un procedimientos especial establecido en la Constitución para anular las leyes contrarias a ella en virtud del principio *lex superior derogat inferiori*. Si bien en ambos casos se suprime la validez de las normas jurídicas, en la derogación únicamente se suprime la validez hacia el futuro, mientras que en la anulabilidad es suprimida su validez con efectos retroactivos. Probablemente, como el propio Kelsen señala, la diferencia entre ambos mecanismos de exclusión es gradual, ya que la propia validez de las normas puede ser suprimida de manera gradual. En la derogación se suprime la validez de una norma solo con efectos hacia el futuro, sin afectar sus efectos ya producidos. En cambio, en la anulabilidad se suprime la validez de una norma con efectos retroactivos, estos es, se afectan todos sus efectos jurídicos ya producidos junto con limitar estos hacia el futuro respecto de los que podrían llegar a producirse. Por consiguiente, el grado más alto de supresión de validez es la anulabilidad, o también, la derogación con carácter retroactivo.

3.5 Una visión conceptual 1960 – 1973

En este último periodo, Hans Kelsen desarrolla y precisa el entramado conceptual que sirve de base a su Teoría Pura del Derecho. Intenta un esfuerzo adicional por continuar el proceso de clarificación del entramado conceptual de los órdenes jurídicos dinámicos mediante detalladas y precisas explicaciones de los conceptos necesarios para capturar las normas jurídicas, las relaciones entre ellas, la estructura del ordenamiento y la dinámica

normativa. Sin embargo, en este tercer período, Kelsen deja a un lado las explicaciones globales acerca de cómo se presenta la dinámica en el orden jurídico y se centra más bien en aclarar los conceptos que permiten comprender dicha dinámica. Así, en este periodo no presenta explicaciones del orden en su conjunto sino más bien de aquellas piezas que lo configuran dinámicamente.

3.5.1 El ordenamiento jurídico

Este periodo de la obra *kelseniana* se caracteriza por desarrollar con mayor sistematicidad sus ideas en torno a la derogación, como también por detallar aquellos conceptos jurídicos que permiten entender y utilizar dicho fenómeno derogatorio. Por ejemplo, se precisan las nociones de norma jurídica y sus tipos, los atributos de las normas (validez, eficacia, observancia, aplicación y transgresión), los posibles conflictos entre ellas y los mecanismos de exclusión (anulación y nulidad). De igual modo, se explican algunas nociones vinculadas con la derogación como la inderogabilidad, la retroactividad y los permisos.

a) Los elementos del ordenamiento

Normas jurídicas. La norma es el sentido (*Sinn*) de un querer (*Wollens*) o acto de voluntad (*Willensaktes*) que la crea, de modo que, se debe diferenciar entre el acto de voluntad y el sentido (*Sinn*) que es la norma. El sentido del acto de voluntad (*Sinn eines Willensaktes*) tiene una existencia ideal que deriva del hecho de que las normas son contenidos significativos (*Sinngehalte*) de un acto de voluntad. Cuando los términos en que la norma aparece no son claros, puede ser problemático determinar el sentido de la norma, pues pueden proceder interpretaciones diversas, sin embargo, en estos casos lo único que ocurre es que las normas cambien su significado (*Bedeutung*) a partir de los diferentes contenidos significativos presentes en su marco de posibilidades[290].

Tipos de normas jurídicas. El término «deber» (*Sollen*) tiene un sentido descriptivo, un acto del pensamiento que afirma la validez de una norma, y otro sentido prescriptivo, la expresión de un acto de voluntad dirigido a otro. Establecer un «deber», en sentido prescriptivo, puede significar que en conformidad con una norma válida: i) una persona «debería» (*soll*) realizar el comportamiento mandado, ii) una persona «está facultada» (*kann*) para realizar el comportamiento autorizado, iii) una persona «podría» (*darf*) realizar el comportamiento permitido, y iv) que ya no es obligatorio realizar el comportamiento derogado, porque una norma derogatoria (*derogierende Norm*) suprime o limita (*aufgehoben oder eingeschränkt*) la validez de otra norma y así establece como no obligatorio el comportamiento regulado en esta. Así, cuando Kelsen habla de que toda norma establece un «deber», incluye todas sus posibles funciones: mandar, autorizar, permitir y derogar[291].

---

[290] (Kelsen, 1991[1979], pp. 2 y 149-279). Bulygin (1985) afirma que es más coherente con la obra de Kelsen traducir «*Sinn*» como fuerza (ilocucionaria) y no como «significado» (como hacen la traducción al inglés y al español). Por lo mismo, es que he optado por el término «sentido».

[291] (Kelsen, 2001[1960], pp. 35-37), (Kelsen, 2005[1965], p. 50) y (Kelsen, 1991[1979], pp. 2-3, 26, 96-97 y 277).

Las normas tienen por objeto el comportamiento humano, tanto su aspecto interno (la intención) como su aspecto externo (la conducta), y en este último caso, puede aludir tanto a las acciones como a las omisiones. De este modo, los seres humanos sean al mismo tiempo el objeto y los destinatarios de las normas jurídicas. El comportamiento humano puede ser mandado mediante órdenes y prohibiciones, las cuales constituyen la misma función normativa relativa a conductas diferentes, pues en los casos en se prohíbe una acción se ordena su omisión, y viceversa, cuando se ordena una acción se prohíbe su omisión. Para Kelsen, estos aspectos de la misma función normativa no deben ser confundidos con la negación de la acción, ya que la omisión de una acción no es su negación, así como tampoco ordenar la omisión de una acción es la negación de la acción ordenada. Solamente pueden ser negados los juicios y no los comportamientos[292].

Asimismo, las normas pueden ser individuales o generales en consideración a si regulan un comportamiento concreto de uno o más individuos (individual), o bien, regulan un número indefinido de comportamientos de una persona determinada o una clase definida de personas (general). Para establecer una norma individual se presupone la aplicación de una norma general para el caso concreto, en consecuencia, la validez de la norma general es anterior a la validez de la norma individual, pues esta última no es aún válida cuando la primera ya lo es. El carácter general de una norma puede ser gradual y variar en atención a: i) si los destinatarios están determinados o indeterminados, o bien, son especificados de manera concreta o abstracta; ii) si las conductas son especificadas de manera única o abstracta, o bien, si están determinadas genéricamente o se encuentran indeterminadas; y iii) si la autoridad se encuentra determinada de manera concreta o abstracta[293].

b) Los atributos en el ordenamiento

Validez y eficacia. La validez es la existencia específica de las normas, así cuando una norma cesa su validez termina su existencia. La validez, como existencia ideal (*ideell*) de la norma, significa también, que los destinatarios deben comportarse conforme a ella. Por tanto, afirmar que «una norma es válida» es redundante, y sostener que «una norma no es inválida» constituye una contradicción en los términos[294].

La validez de la norma se presenta en distintos ámbitos (material, territorial, personal y temporal), y estos ámbitos de validez son componentes de su contenido, el cual puede estar determinado por normas superiores. Generalmente, la validez de las normas se proyecta hacia el futuro para regular las situaciones que acontecen después de obtener su validez, aunque en algunos casos las normas jurídicas sean válidas con efecto retroactivo, con el objetivo de regular las circunstancias ocurridas antes de que la norma obtenga su validez[295].

Para Kelsen, la validez no es una propiedad de las normas, sino su existencia, de modo que, la validez de una norma puede ser suprimida (*aufgehoben*) mediante la derogación (*Derogation*). A su vez, la afirmación sobre la validez de una norma puede ser verificada mediante la determinación del establecimiento de la norma y la confirmación de que esta

[292] (Kelsen, 1991[1979], p. 57 y 92). Sobre las relación entre la lógica y el derecho en obra de Kelsen, véase (Kelsen & Klug, 1988[1981]), y los trabajos de (Gianformaggio, 1987) y (Mazzarese, 1989).
[293] (Kelsen, 1991[1979], pp. 7, 239 y 280).
[294] (Kelsen, 1991[1979], p. 171).
[295] (Kelsen, 2005[1965], p. 60) y (Kelsen, 1991[1979], pp. 2 , 28 y 170).

no ha perdido su validez a través de una norma derogatoria o bien por la pérdida de su eficacia. En este último caso, por la ausencia de una observancia generalizada de las normas en los hechos, y en los casos en que no se presenta la observancia, porque en términos generales las normas no son aplicadas[296].

Si bien la validez de una norma consiste en que esta deba ser observada, para que una norma pueda ser válida debe tener la posibilidad de ser eficaz, de manera que, se excluyen los comportamientos y situaciones de imposible observancia y/o aplicación. Así, validez y eficacia son conceptos distintos pero relacionados. La eficacia es una condición para la validez de las normas y el orden jurídico, y si estos pierden su validez pierden su eficacia y, por ende, la posibilidad de ser eficaces[297].

Consecuentemente, la validez de la normas se presenta condicionada por la observancia y aplicación de las mismas, pero solamente las normas individuales pueden ser inmediatamente observadas y aplicadas, pues las normas generales solo pueden serlo de manera mediata. Para una observancia o aplicación mediata es necesaria una norma individual que previamente determine la condición especificada de forma abstracta en ella, pues solo así la norma general pasa a ser incondicionalmente válida. Este carácter incondicionalmente válido de las normas está vinculado con los casos regulados por ella y que puede llegar a resolver inclusive después de su derogación. Por lo cual, la validez de una norma general es un proceso dinámico plasmado en la concretización que realizan de ella las normas individuales[298].

Adicionalmente, para Kelsen, otra condición de la validez de las normas jurídicas es el carácter positivo de las mismas, esto es, solamente pueden ser válidas las normas «puestas» intencionalmente o emanadas de la costumbre. Para su validez necesitan estar autorizadas por una norma válida del orden jurídico, pues en caso contrario se estará solo ante el sentido subjetivo de una acto de mandar, permitir, autorizar o derogar (i.e., será una norma solo desde el punto de vista del emisor), y no ante el sentido objetivo del acto de mandar, permitir, autorizar o derogar (i.e., una norma jurídica en conformidad con la norma que determina su creación para los destinatarios)[299].

Observancia y aplicación. La eficacia es condición de la validez de las normas jurídicas en el sentido de que permite que estas continúen siendo válidas, y por su parte, la observancia y aplicación de las normas jurídicas constituyen las maneras en las cuales se manifiesta la eficacia de las normas jurídicas.

Para Kelsen, la aplicación de una norma es la conducta efectiva del que ejecuta el acto coactivo establecido en dicha norma. Por ende, la aplicación se puede presentar no solo cuando el juez decide un caso, sino también cuando un fiscal realiza la acusación, pues está

296 (Kelsen, 1991[1979], pp. 150, 171 y 181).
297 (Kelsen, 2005[1965], p. 60) y (Kelsen, 1991[1979], pp. 139-140).
298 (Kelsen, 1991[1979], pp. 46-53). Kelsen afirma que la diferencia entre una norma general y la norma individual que la concreta es del mismo tipo que la que se da entre un objeto concreto perceptible y el concepto abstracto de ese objeto.
299 (Kelsen, 2001[1960], p. 22), (Kelsen, 2005[1965], p. 57) y (Kelsen, 1991[1979], pp. 4 , 27 y 140). Mientras que el deber emanado de un acto de mandar no autorizado cesa su existencia tan pronto como su acto de creación ha concluido, en los supuestos en que el deber se encuentra autorizado, su significado objetivo permanece existente mientras se mantenga su validez.

facultado para hacerlo (si estuviese obligado sería a la vez observancia), o bien, en los casos en que una persona hace ejercicio de una acción jurisdiccional (porque también está facultado). Así, la observancia de una norma es la realización de una conducta efectiva igual a la conducta exigida por la norma y la violación de una norma es la realización de una conducta a la cual el ordenamiento enlaza una sanción como consecuencia jurídica[300].

No obstante, los permisos negativos no pueden ser observados ni violados, solamente se puede hacer uso de ellos o declinar usarlos. Una situación está permitida en sentido negativo cuando no está regulada por el ordenamiento y la realización del comportamiento es libre. Asimismo, cuando se presenta un permiso positivo, por haber sido revocada la validez de una norma prohibitiva, tampoco este permiso puede ser observado o violado, pues solo se puede hacer uso o no de él. Igualmente, una autorización no puede ser observada o violada, pues consiste en conferir a un individuo un poder para crear o aplicar normas. Por su parte, cuando se actúa sin autorización no se producen efectos jurídicos, cuando no se hace uso de la autorización esta no se transgrede, y cuando se hace uso de ella no se observa sino que se aplica. En igual sentido, las normas derogatorias no pueden ser observadas o violadas al no establecer la realización de comportamientos humanos. Por tanto, solamente una norma que ordena o prohíbe ciertas conductas puede ser observada o violada, pues así es obligatorio para una persona realizar la conducta establecida en ellas[301].

Por consiguiente, si una condición de la eficacia de las normas consiste que estas puedan ser ineficaces, el concepto de eficacia debe limitarse a las normas cuya función es un mandato, pues son las únicas que pueden ser observadas y violadas. Sin embargo, Kelsen añade que el derecho es igualmente eficaz cuando se hace uso de la facultad o del permiso, porque en estos casos igualmente el derecho es aplicado[302].

c) La dinámica en el ordenamiento jurídico

Lex posterior derogat priori. Como adelanté, en este periodo, Kelsen sugiere el carácter contingente de este principio, de modo que, solo resulta aplicable para los casos en que ha sido establecido por el derecho positivo y no es aplicable a todos los casos de conflictos de normas. Esta opción se sustenta en el carácter positivo de la derogación[303].

Para Kelsen, el principio *lex posterior derogat priori* no se convierte en un principio lógico-jurídico por el hecho de no estar generalmente regulado, ya que esta eventual abstención del legislador deriva de no tener que regular expresamente algunos contenidos que se presuponen sobreentendidos. Por ejemplo, son igualmente sobreentendidos los criterios para resolver conflictos normativos, ya que son tácitamente presupuestos como válidos y son aplicados como principios de interpretación por los tribunales. Así, el constituyente presupone que una ley posterior en conflicto con la Constitución perderá su validez, y también, el legislador presupone que una ley anterior perderá su validez si entra en conflicto con una ley posterior. Por ende, solamente los conflictos se mantienen

300 (Kelsen, 2005[1965], p. 63 y 67) y (Kelsen, 1991[1979], p. 57).
301 (Kelsen, 2005[1965], pp. 58-71) y (Kelsen, 1991[1979], pp. 100-105).
302 (Kelsen, 2005[1965], p. 71).
303 (Kelsen, 1962, p. 353) y (Kelsen, 1991[1979], p. 126). Kelsen reconoce la influencia de Merkl sobre este punto.

irresolubles en los casos en que el principio derogatorio no es establecido expresamente ni es presupuesto como sobreentendido[304].

En los casos en que el principio forma parte del ordenamiento, es posible recurrir a él cuando dos normas jurídicas, de la misma jerarquía y dictadas en tiempos diversos, son incompatibles, caso en el cual la norma más reciente suprime la validez de la norma anterior. En cambio, se aplicará el principio *lex prior derogat posteriori* cuando la norma posterior es de una jerarquía inferior a la norma anterior. A su vez, si las normas fueran simultáneas, mediante la interpretación, el tribunal podrá elegir entre una de ellas, pero en caso contrario, ambas normas suprimen su validez recíprocamente. No obstante, según Kelsen, una oposición entre normas no puede ser resuelta mediante la interpretación, ya que lo único que realizan los tribunales es elegir entre una de las dos normas, pero el conflicto entre ellas se mantiene. Por lo cual, la resolución del conflicto solo corresponde a la autoridad de creación, la cual, mediante una tercera norma, puede suprimir la validez de una o de ambas normas en conflicto[305].

En importante enfatizar que, para Kelsen, el principio *lex prior derogat posteriori* induce pensar erróneamente que la derogación (*Derogation*) es una función desempeñada por una de las normas en conflicto, lo cual es equivocado, porque las normas en conflicto refieren a ciertos comportamientos, y ninguna de las ellas refiere a la validez de la otra.

Los conflictos normativos. En Kelsen, el conflicto entre dos normas se presenta si en la obediencia o aplicación de una de ellas la otra es necesaria o posiblemente violada, por ejemplo, cuando un mismo comportamiento es prohibido por una norma y ordenado por otra. Un conflicto normativo presupone que ambas normas son válidas, pues es el modo particular de existencia de las normas, de manera que, la validez de una de ellas puede ser revocada a través de la derogación, que no suprime su validez desde el comienzo[306].

Estos conflictos entre normas puede ser: i) bilaterales, si al obedecer o aplicar cualquiera de las normas la otra es necesaria o posiblemente violada, y unilaterales, si al obedecer o aplicar solo una de las normas la otra es necesaria o posiblemente violada; ii) necesarios, cuando en todos los casos de aplicación de una norma la otra es violada, y posibles, cuando solo en algunos casos de aplicación la otra es violada; y iii) totales, si una de las normas ordena un comportamiento que la otra prohíbe, y parciales, si el contenido de una norma es parcialmente diferente del contenido de la otra[307].

---

304 (Kelsen, 1962, p. 354) (Kelsen, 1991[1979], p. 127).

305 (Kelsen, 2001[1960], pp. 41-42), (Kelsen, 2005[1965], p. 62) y (Kelsen, 1991[1979], pp. 213-225). Bulygin (2013, p. 231) acertadamente afirma que, en este periodo, Kelsen reconoce la incompetencia de la ciencia jurídica para resolver los conflictos normativos y suprimir así la validez de una de las normas en conflicto, y de este modo, esto constituye un cambio desde lo normativo a lo descriptivo en la caracterización de los enunciados de la ciencia jurídica.

306 (Kelsen, 1962, p. 349 y 351) y (Kelsen, 1991[1979], pp. 123-124). Cabe añadir que, constituye un sin sentido cuando el legislador, mediante un mismo acto, dicta dos normas en conflicto. Además, la aceptación de la validez de ambas normas en conflicto distancia la visión *kelseniana* del tercer período de la sostenida en el segundo, ya que en este último una de las normas no era válida. En igual sentido (Aguiló, 1991, p. 251).

307 (Kelsen, 1962, p. 349) y (Kelsen, 1991[1979], pp. 123-124).

3.5.2 La derogación en el ordenamiento jurídico

a) La norma derogatoria

Para Kelsen, la derogación (*Derogation*) se sitúa dentro de los ámbitos de validez de las normas, y especialmente, dentro del ámbito de validez temporal, ya que termina (*beendet*) con la validez de la norma en el tiempo. Así, la derogación (*derogation*) solo afecta la validez de una norma y no al acto que la establece. Como el propio derecho regula su creación y destrucción, una norma jurídica puede suprimir la validez de otra norma jurídica [308].

La derogación (*Derogation*) es una función normativa consistente en suprimir (*Aufhebung*) la validez de una norma jurídica mediante otra. Como no presenta un carácter excluyente, no impide que las normas jurídicas puedan perder su validez de otros modos, por ejemplo, cuando la norma no es aplicada ni observada en un prolongado periodo de tiempo, o bien, cuando la propia norma u otra determina el tiempo de su validez[309].

En el caso de una norma simplemente derogatoria su función es levantar (*hebt*) el carácter obligatorio de un comportamiento decretado hasta ahora como válido. En ella no se dicta un deber, sino el no-deber de una acción u omisión establecida como obligatoria en otra norma, y este no-deber no coincide con la función desempeñada por una norma que establece como obligatoria la omisión de un comportamiento ordenado. El no-deber establecido por la norma derogatoria no puede ser expresado a través de un imperativo u oración de deber, ya que este sirve para decretar qué conductas son obligatorias, pero no expresar el no-deber de una conducta. Por ejemplo, si frente a la norma «*A* debe hacer *p*» el legislador dicta «*A* debe hacer *no-p*», con esta última no ha suprimido la validez de la primera, únicamente se ha puesto una segunda norma en conflicto con la primera, y en cambio, una norma derogatoria (*derogierenden Norm*) no está en conflicto con la norma cuya validez suprime (*aufhebt*). Por lo mismo, las normas derogatorias se presentan más bien en la forma de afirmaciones del tipo: «la validez de la norma: "*A* debe hacer *p*" es suprimida por medio de la presente», aunque la función de estas afirmaciones sea prescriptiva, y no descriptiva, pues son normas dirigidas a los jueces[310].

b) La reviviscencia

En su carácter de norma dependiente, la validez de una norma derogatoria depende de la norma cuya validez suprime (*aufhebt*) (norma derogada), de modo que, cuando esta última pierde (*verloren*) su validez, también la pierde (*verliert*) la norma derogatoria, pues su validez dependía de la norma cuya validez ha suprimido (*aufgehoben*). En consecuencia, no puede ser derogada (*derogierbar*) la norma derogatoria en relación con la norma cuya validez ha suprimido (*aufgehoben*). Así, resultan infructuosos los intentos de suprimir la validez de la norma derogatoria en relación con la norma derogada (*derogierte Norm*), de modo que, una segunda norma derogatoria nunca produce la reviviscencia (*werden*) de la primera norma derogada, incluso cuando reproduce el contenido de la primera norma derogada, pues en este último caso se convierte en válida una nueva norma con el mismo contenido. No

[308] (Kelsen, 1962, p. 340) y (Kelsen, 1991[1979], p. 107).
[309] (Kelsen, 2001[1960], pp. 39-40), (Kelsen, 1962, p. 339) y (Kelsen, 1991[1979], p. 106).
[310] (Kelsen, 1962, p. 339 y 441) y (Kelsen, 1991[1979], p. 106 y 108).

obstante, es posible suprimir (*aufgehoben*) la validez de la norma derogatoria mediante otra cuando no se produce simultáneamente el establecimiento de la norma derogatoria con la supresión (*Aufhebung*) de la validez de la norma derogada, v.gr., por existir un plazo[311].

c) La inderogabilidad

Según Kelsen, la derogación puede afectar a normas individuales, v.gr., cuando la decisión de un tribunal es suprimida (*aufgehoben*) por la decisión de un tribunal superior sin entrar a resolver el asunto. No obstante, en virtud del principio de cosa juzgada, que impide suprimir la validez de las normas individuales (sentencias judiciales o decisiones administrativas) mediante normas derogatorias, se consagra la inderogabilidad de estas. Así, cuando la validez de una sentencia judicial o decisión administrativa puede ser suprimida (*aufgehoben*) la cosa juzgada existe en un sentido relativo y no absoluto, pero su validez solo puede ser suprimida antes que ella sea ejecutada, pues ocurrido esto ella pierde su validez[312].

Como las normas jurídicas pueden regular no solo comportamientos humanos, sino también su validez, se debe admitir la posibilidad de normas inderogables (*nicht-derogierbare*). En este sentido, como una norma puede determinar su validez (espacial, temporal, personal y material), no existe impedimento para que la consagre para siempre y que establezca que se mantendrá aún frente a los conflictos con otras normas. Así también, puede establecer las condiciones específicas de su derogación, como asimismo, que su validez no podrá ser suprimida (*aufgehoben*) por ninguna norma del mismo estrato. Sin embargo, si se presenta un conflicto entre una norma inderogable y otra que regula de manera diversa el objeto regulado por la primera, este conflicto puede ser solucionado mediante la derogación de la segunda norma, o bien, revocando la validez de la cláusula que dota de inderogabilidad a la primera, pues así, en conformidad con el principio de *lex posterior derogat priori*, la segunda norma puede revocar la validez de la primera[313].

Cabe añadir que, la inderogabilidad no garantiza que una norma pueda perder su validez como consecuencia de una pérdida de su eficacia o a raíz de la eficacia adquirida por otra norma que regula el mismo objeto de manera diferente. Este último caso no constituye una excepción a la inderogabilidad, porque todas las normas del ordenamiento pueden perder su validez como consecuencia de la pérdida de su eficacia.

d) La retroactividad

Se habla de efectos retroactivos cuando las normas regulan comportamientos ocurridos antes de su validez (pasados). Si las normas jurídicas vinculan una consecuencia jurídica a un comportamiento determinado, en el caso de retroactividad se está ante dos normas generales. La primera regula comportamiento ya ocurridos, mientras que la segunda, con base en la primera, establece una consecuencia jurídica a comportamientos pasados.

Ahora bien, una norma puede suprimir retroactivamente la validez de una norma jurídica general dictada con anterioridad a su validez, caso en que la validez de esta última norma

311 (Kelsen, 1962, pp. 340-341) y (Kelsen, 1991[1979], pp. 107-108).
312 (Kelsen, 1962, pp. 343-345) y (Kelsen, 1991[1979], p. 108 y 110).
313 (Kelsen, 1962, pp. 343-344) y (Kelsen, 1991[1979], p. 109 111).

no solo es revocada para el futuro, sino también para el pasado. Por ejemplo, una consecuencia jurídica cumplida con base en una norma general anterior, con la promulgación de una norma retroactiva es despojada (*entkleidet*) de su carácter de castigo o premio, y los comportamientos que fueron la condición de dicha consecuencia son despojados (*entkleidet*) retroactivamente de su calificación jurídica[314].

Sin embargo, si bien las normas jurídicas individuales establecen consecuencias jurídicas a comportamientos realizados con anterioridad a su validez, en estos casos no se habla de retroactividad, porque la norma individual aplica una norma general que era válida al momento de ocurrir dichos comportamientos. Por la cual, solo se estará ante el efecto retroactivo de una norma individual, si dicha norma aplica una norma general que adquiere su validez con posterioridad a los hechos regulados[315].

e) Los tipos de derogación

Kelsen propone entender la distinción romana entre «*abrogatio*» y «*derogatio*», no como generalmente es entendida, en el sentido de supresión total y parcial (*ganzar und teilweiser Aufhebung*) de una norma jurídica, sino como supresión total o parcial de su validez. Los ámbitos de validez de una norma pueden ser restringidos o ampliados, y con ello modificado su contenido, motivo por el cual, cuando se habla de supresión total (*ganzer Aufhebung*) se alude a la supresión de la validez de una norma, i.e., su existencia específica. En cambio, cuando se habla de supresión parcial (*teilweiser Aufhebung*) se alude a la modificación parcial de su contenido, específicamente, de sus ámbitos de validez[316].

Como todo cambio en los ámbitos de validez de una norma constituye un cambio en su contenido, después de una supresión parcial no se mantiene la misma norma suprimida con un cambio parcial de su contenido, más bien la validez de la norma es suprimida y reemplazada por otra norma cuyo contenido es parcialmente diferente del suyo. La razón de esto se encuentra en que las normas no pueden ser cambiadas como objetos físicos, por lo cual, resulta impropio hablar del cambio parcial del contenido de una norma que continúa siendo válida, pues aquello que acontece es: i) la primera norma continúa siendo válida sin cambios en su contenido y se presenta un conflicto normativo con la segunda, o bien, ii) la validez de la primera norma es suprimida por la segunda con base en el principio positivo *lex posterior derogat priori*, y solo esta última es válida con un contenido parcialmente diferente al de la primera[317].

La supresión parcial de una norma debe ser diferenciada de la modificación legislativa (*Gesetzes-Änderung*), ya que, si bien no es posible suprimir parcialmente (*teilweiser Aufhebung*) una norma singular, si es posible suprimir totalmente (*ganzer Aufhebung*) una norma singular que forma parte de una ley integrada por muchas normas. La validez de una ley compuesta de varias normas está constituida por la validez de sus componentes, de modo que, en los casos de modificación o enmienda no se produce una revocación parcial de la ley, sino únicamente la supresión de la validez de una de las normas que integran la ley. Asimismo, cuando se dicta una nueva norma que regula de un modo diverso el objeto regulado por

314 (Kelsen, 1991[1979], p. 145).
315 (Kelsen, 1991[1979], p. 146).
316 (Kelsen, 1962, pp. 345-346) y (Kelsen, 1991[1979], pp. 111-112).
317 (Kelsen, 1962, pp. 346-347) y (Kelsen, 1991[1979], p. 112).

una de las normas que integran la ley, no se produce una incorporación de esta última en la ley, sino que la validez de la nueva norma se une a la ley. Para Kelsen, esto último inclusive sucede en los casos en que el legislador dispone cláusulas de sustitución o reemplazo, puesto que en estos casos se produce una nueva ley, una integrada por todas las normas de la antigua ley más un contenido parcialmente distinto. En definitiva, toda derogación de leyes o normas jurídicas significa la supresión total de la validez de una norma integrante de una ley o bien una norma singular, con independencia de si para ello se utiliza una modificación o sustitución, en el primer caso, o un cambio de contenido, en el segundo[318].

f) La derogación y los permisos

Kelsen sugiere que un permiso positivo se presenta cuando en un orden jurídico la validez de una norma jurídica que manda un comportamiento determinado es suprimida (*aufgehoben*) por una norma derogatoria (*derogierende Norm*), ya que dicho comportamiento deja de estar ordenado o prohibido y pasa a estar permitido. También, se está ante un permiso positivo cuando la validez de una norma es restringida (*eingeschrankt*) por otra norma derogatoria (*derogierende Norm*). En estos casos, «permitir» es la función de una norma que suprime o restringe (*Norm aufhebenden oder einschränkenden*) la validez de una primera norma, esto es, la función de la norma derogatoria[319].

Como la función del permiso positivo consiste en suprimir o restringir la validez de una norma que prohíbe determinado comportamiento, de acuerdo con Kelsen, tal función es reducible al derogar (*Derogierens*), entendida como la función de suprimir o restringir la validez de una norma que ordena o prohíbe un determinado comportamiento. En otras palabras, permitir en sentido positivo es la función indirecta de una norma que suprime o restringe la validez de otra, ya que el comportamiento pasa a estar permitido como consecuencia de la derogación de la norma que lo prohibía[320].

g) La derogación y el conflicto normativo

No existe conflicto normativo en los casos en que la autoridad de creación normativa considera como indeseada la validez de una norma válida, y en consecuencia, la suprime (*aufheben*) mediante un acto cuyo sentido es la derogación (*Derogación*), ya que solamente se presenta una norma positiva cuya única función es la derogación (*Derogation*). No hay conflicto normativo entre la norma derogatoria y la norma cuya validez suprime[321].

El conflicto normativo se presenta cuando hay una incompatibilidad en aquello que cada norma establece como obligatorio y no es posible aplicar el principio *lex posterior derogat priori*. Aquí el legislador puede resolver el conflicto mediante una norma derogatoria (*derogierenden Norm*) que suprime (*aufgehoben*) la validez de una de ellas, ya que el hecho de que dos normas no puedan ser aplicadas juntamente no proporciona razones para asumir que una de ellas suprime la validez de la otra. Así, la derogación (*Derogation*) solo se presenta cuando la autoridad creadora de derecho la establece, pues no es una de las dos normas en

318 (Kelsen, 1962, p. 348) y (Kelsen, 1991[1979], p. 113).
319 (Kelsen, 2001[1960], p. 21), (Kelsen, 2005[1965], p. 54) y (Kelsen, 1991[1979], pp. 98-99).
320 (Kelsen, 2005[1965], pp. 55-56) y (Kelsen, 1991[1979], p. 99).
321 (Kelsen, 1962, p. 341) y (Kelsen, 1991[1979], p. 107).

conflicto, sino la función de una tercera norma, que en caso de un conflicto entre dos normas, establece que una de ellas o ambas pierden su validez[322].

La derogación se puede utilizar en conflictos de normas del mismo nivel o entre normas de niveles diferentes, si sus actos de creación normativa son temporalmente diversos. En los conflictos entre normas del mismo estrato, una tercera norma puede estipular (no es obligatorio) que la primera de ellas pierde su validez, y en los casos de normas de estratos diversos, la tercera norma puede estipular que la norma inferior pierda su validez. También, es posible que una misma ley contenga dos normas en conflicto, caso en el cual los órganos de aplicación deben elegir cuál de las dos aplicar, o también, se puede recurrir a la validez de una tercera norma que establece que ambas normas en conflicto pierdan su validez[323].

Por consiguiente, no hay razones para asumir que una norma deroga a otra solo porque ambas no pueden ser aplicadas conjuntamente, pues esto no responde qué norma deroga y cuál es la norma derogada. Por ende, para que se presente la derogación es necesaria una regulación positiva, porque ninguna de las normas en conflictos levanta *(hebt)* la validez de la otra, y la supresión de la validez (*Aufhebung der Geltung*) de una o de ambas normas, solamente puede ser el resultado de un acto de creación normativa (una norma derogatoria) –desde el cese de validez de una la otra pasa a ser válida–[324].

La derogación (*Derogation*) solo puede presentarse dentro de un mismo orden jurídico, ya que cuando el conflicto es entre normas de diversos órdenes, el orden jurídico no puede disponer que la norma no jurídica pierda su validez (*Geltung verliert*), así como tampoco, el orden no jurídico puede disponer la supresión de la validez de la norma jurídica[325].

En definitiva, los conflictos de normas deben ser diferenciados de la relación entre una norma y la norma derogatoria que suprime su validez (*Geltung aufhebenden derogatorischen Norm*), pues la derogación (*Derogation*) es necesaria para resolver algunos casos de conflictos normativos, pero también puede darse cuando estos no se presentan, v.gr., cuando se suprime la validez de una norma sin poner otra en su reemplazo, y cuando pasa a ser válida una norma con un contenido idéntico al de otra norma jurídica hasta ahora válida[326].

h) La derogación y las fuerzas sociales

Kelsen reconoce expresamente la posibilidad de crear normas jurídicas a través de las fuerzas sociales, esto es, a partir del hecho de que las personas estén acostumbradas a comportarse en una manera determinada, y consecuentemente, aceptan que el derecho positivo incluya normas consuetudinarias. No obstante, en su visión, la costumbre solo puede crear normas jurídicas si en el orden jurídico hay una disposición constitucional que mande comportarse conforme con la costumbre, y el acto que faculta a la Constitución

322 (Kelsen, 1962, p. 351) y (Kelsen, 1991[1979], pp. 108, 109 y 125).
323 (Kelsen, 1962, p. 352) y (Kelsen, 1991[1979], p. 125).
324 (Kelsen, 1991[1979], p. 214).
325 (Kelsen, 1962, p. 353) y (Kelsen, 1991[1979], p. 126).
326 (Kelsen, 1962, p. 349) y (Kelsen, 1991[1979], p. 114 y 216).

para crear derecho presupone una norma básica fundamental que establece el deber de comportarse de acuerdo con lo prescrito por la Constitución[327].

En consecuencia, la validez de las normas puede ser suprimida (*aufgehoben*) mediante una promulgación de la autoridad normativa o de la costumbre jurídica. No obstante, no puede surgir de la costumbre una norma derogatoria que prescriba un comportamiento determinado contrario al establecido en la norma promulgadas por la autoridad (consuetudo). Por ejemplo, una norma consuetudinaria que prescribe la omisión de una acción hasta ahora ordenada por una norma válida, o bien, prescribe la acción hasta ahora prohibida por una norma válida. Como el surgimiento de la norma consuetudinaria implica la inobservancia e inaplicación en el tiempo de la norma hasta ahora válida, no se produce un conflicto normativo. Por ende, no se produce la derogación de una norma hasta ahora válida, sino la pérdida de su validez como consecuencia de la pérdida de su eficacia[328].

Finalmente, lo anterior no se opone al hecho de que una costumbre negativa o desuetudo pueda producir la pérdida de eficacia de una norma válida, y consecuentemente, la pérdida de su validez, ya que, como ha sido señalado, si durante un periodo prolongado de tiempo la norma no es observada por sus destinatarios, ni tampoco es aplicada en los casos de inobservancia, esta perderá su validez como consecuencia de la pérdida de su eficacia.

3.5.3 Un balance de la visión conceptual

La mayor precisión conceptual en relación con los elementos que configuran la reconstrucción de la dinámica de los ordenamientos jurídicos no garantiza un mayor número de propuestas complementarias a las cuestiones surgidas desde la práctica jurídica. Sin embargo, esta precisión conceptual entrega respuestas más claras y detalladas a las citadas cuestiones. Así, como el contenido de estas soluciones ya ha sido desarrollado, recurro simplemente a una presentación esquematizada de las mismas[329].

En relación con la estructura dinámica del orden jurídico, Kelsen sugiere que la preferencia por las normas posteriores solamente procede cuando esta es establecida por el propio orden, ya que en caso contrario los posibles conflictos entre normas anteriores y posteriores se mantienen irresolubles. Esta preferencia, contenida en el principio *lex posterior derogat priori*, puede ser establecida de manera expresa, o bien, estar presupuesta como un contenido sobreentendido dentro del orden jurídico. Así, este principio de preferencia de las normas posteriores puede ser aplicado cuando las normas en conflicto son de la misma jerarquía, ya que cuando la norma anterior es de una jerarquía superior a la posterior se debe aplicar el principio *lex prior derogat posteriori*. Además, la preferencia por la norma posterior no debe ser considerada como una función derogatoria de la norma posterior, ya que tanto la anterior como la posterior refieren a comportamientos humanos y no a la validez de otra norma. Por lo cual, en los casos en que procede aplicar este principio, el legislador mediante una tercera norma (derogatoria) puede resolver el conflicto con la supresión de la validez de una o ambas normas. En estos casos es estrictamente necesaria

[327] (Kelsen, 2005[1965], p. 73) y (Kelsen, 1991[1979], pp. 2, 257 y 331).
[328] (Kelsen, 1962, p. 343) y (Kelsen, 1991[1979], p. 109 y 139).
[329] Aguiló (1991, p. 249) también piensa que en este tercer periodo Kelsen aporta una mayor precisión a sus ideas sobre la derogación.

una regulación positiva o nueva norma (derogatoria), ya que ninguna de las normas en conflictos suprime la validez de la otra, y esta nueva norma, solo puede presentarse dentro de un mismo orden jurídico y en el mismo nivel u otro nivel normativo.

En relación con las fuerzas sociales, Kelsen sostiene que, dentro de un orden jurídico la costumbre, entendida como consuetudo, puede crear normas jurídicas cuando una disposición constitucional ordena comportarse conforme a ella, y esta Constitución deriva su validez de la norma básica fundamental. Así, en estos casos la validez de las normas puede ser suprimida mediante una norma promulgada o surgida de la costumbre; salvo, los casos en que esta última establece un comportamiento contrario al establecido en las normas escritas. En este último caso, la norma consuetudinaria no suprime la validez de la norma escrita, porque, como su surgimiento implica la inobservancia e inaplicabilidad generalizada de la norma escrita, la consuetudo produce la pérdida de la eficacia de la norma, y solo de manera derivada, genera la pérdida de su validez. En consecuencia, si la eficacia se manifiesta a través de la observancia y aplicación de las normas, y además, la eficacia constituye una condición de la validez de las normas, no se pueden desconocer los casos de desuetudo, ya que en ellos durante un periodo prolongado de tiempo una norma no es observada ni aplicada, lo cual produce la pérdida de su validez como consecuencia de la pérdida de su eficacia. Así, la costumbre negativa o desuetudo debe ser considerada en toda reconstrucción de los órdenes jurídicos[330].

Acerca de la composición del orden jurídico, Kelsen se refiere casi exclusivamente a las normas, entendidas como el sentido del acto de voluntad que la crea. Al igual que en los periodos anteriores, la existencia específica de las normas es su validez, de manera que, al cesar esta termina su existencia y con ello deja de ser obligatoria y necesaria tanto su observancia como aplicación. Dentro del orden jurídico, las normas obtienen su validez cuando son autorizadas por una norma válida preexistente, y una vez existen, proyectan su validez hacia el futuro regulando las situaciones que acontecerán después de que han obtenido su validez. Solo en algunos casos esta validez se proyecta hacia el pasado con el objeto de regular las circunstancias ocurridas antes de que la norma exista. Asimismo, las normas pueden perder su validez por la derogación u otras circunstancias como la desuetudo, la consuetudo o el vencimiento de un plazo.

Cuando una norma individual específica las condiciones abstractas de una norma general, esta última pasa a ser incondicionalmente válida, y para estas situaciones la norma se vincula de manera permanente con los casos regulados por ella. Por lo mismo, cuando se dicta una norma simplemente derogatoria, ella tiene la función de eliminar el carácter obligatorio de un comportamiento decretado hasta ahora como válido, pero la norma derogada aún debe ser aplicada a los casos ocurridos antes de su derogación y respecto de los cuales es incondicionalmente válida.

En las normas derogatorias se dicta el no-deber de una acción u omisión establecida como obligatoria por la norma anterior. Generalmente, este no-deber se presenta en la forma de afirmaciones del tipo: «la validez de la norma: "*A* debe hacer *p*" es suprimida por medio de la presente», y se caracteriza por estar dirigido prescriptivamente a los jueces. En el orden jurídico, estas normas derogatorias tienen la función indirecta de generar permisos positivos cuando suprimen o restringen la validez de las normas que prohíben u obligan la

[330] Igual distinción entre consuetudo y deseutudo en (Aguiló, 1991, p. 246).

realización de una conducta. Además, como la validez del las normas derogatorias depende de la norma cuya validez suprimen, al perder su validez la norma derogada, la norma derogatoria también pierde la suya. De ahí que, no es posible la reviviscencia de la norma derogada al ser derogada su norma derogatoria, ya que esta última, al ya no ser válida, no puede ser derogada, i.e., no puede ser suprimida su validez.

Relación con la clasificación tradicional entre derogación total y parcial, Kelsen sugiere entenderla como una distinción entre supresión total o parcial de la validez de una norma jurídica. Así, cuando se habla de supresión total se alude a la supresión de la validez o existencia específica de la norma, y al hablar de supresión parcial se mienta a la modificación de su contenido, específicamente, sus ámbitos de validez (temporal, personal, materia y territorial). No obstante, Kelsen igualmente reconoce que en ambos casos la norma anterior deja de existir, ya sea directamente mediante la pérdida de su existencia a través del cambio de contenido, siempre se produce su supresión. Esto en función de que, al ser las normas entidades ideales, todo cambio en su contenido produce una nueva norma; de ahí que, una derogación parcial suprime una norma por otra que posee un contenido parcialmente diferente al de la primera.

A su vez, Kelsen precisa que en los caso de una modificación legislativa, es posible suprimir totalmente una norma singular que integraba una ley. Si bien la validez de una ley está formada por la validez de las normas que la componen, en estos casos, solamente ocurre la supresión de la validez de una de las normas que integraba dicha ley, y no una revocación parcial de la ley. En cambio, cuando una nueva norma regula de manera diversa un contenido regulado por una o más normas de una ley, se produce una nueva ley integrada por todas las normas de la antigua ley más un contenido parcialmente distinto.

En cuanto a los conflictos normativos, Kelsen considera que estos se presentan cuando dos normas no pueden ser obedecidas o aplicadas sin que de manera necesaria o posible una de las dos sea violada, y además, sea posible aplicar el principio *lex posterior derogat priori*. En los casos de conflicto, como ambas normas son válidas, la autoridad puede resolverlos mediante una norma derogatoria, i.e., un acto cuyo sentido es la derogación, y de este modo, suprimir la validez de una o ambas normas en conflicto. En estos casos no se presenta oposición entre la norma derogatoria y la norma cuya validez es suprimida, ya que mientras la función de una es suprimir la validez de la otra, la función de esta última la es regular el comportamiento humano. Por tanto, al poder observar o aplicar una de ellas sin producir la violación necesaria o posible de la otra, no hay conflicto normativo.

Finalmente, según Kelsen, las normas derogatorias están dirigidas a los tribunales, los cuales tienen el deber de no considerar como obligatoria o prohibida la acción u omisión regulada por la norma derogada. En estos casos los tribunales, al hacer uso de la norma derogatoria, realizan su aplicación, ya que, igual que con los permisos y las facultades, al no poder ser observadas o violadas, las normas derogatorias son aplicadas mediante su uso. Además, los tribunales no resuelven los conflictos normativos al elegir entre una de las normas en oposición, pues solamente la autoridad de creación puede resolver el conflicto mediante una tercera norma que suprima la validez de una o ambas normas.

3.6 Conclusiones

La exhaustividad e importancia de la obra de Hans Kelsen resultan claves no solo para comprender los derechos estatales modernos o discernir las relaciones que se dan entre estos y el derecho internacional, sino también, para entender los derroteros de la teoría del derecho. La presentación de la obra *kelseniana* a partir del prisma derogatorio posibilitó mostrar no solo cómo Kelsen complementa las cuestiones surgidas desde la práctica jurídica, sino además, explicitar cuáles eran las cuestiones relevantes para él.

Asimismo, dentro del panorama de propuestas complementarias desarrolladas en cada periodo, se presentan tanto similitudes como diferencias en el tratamiento realizado de la dinámica del ordenamiento jurídico y la derogación. Así, dentro de las similitudes más destacadas se encuentra la idea de validez como existencia específica de las normas que se adquiere al cumplir todos los requisitos establecidos en el orden jurídico y el tratamiento de la derogación como uno de los mecanismos por las cuales las normas pueden perder su validez. También, en las similitudes, se deben señalar las ideas transversales a su obra, como son las nociones de obligatoriedad, persona, orden coactivo, la distinción entre sentido objetivo y subjetivo de un acto, y presentar el derecho como dirigido únicamente al comportamiento humano. Por su parte, entre las diferencias más relevantes se encuentra el paso desde una reconstrucción estática a una dinámica del orden jurídico y la manera en la cual abordar los conflictos normativos dentro del orden, junto con una oscilante caracterización del estatus del principio *lex posterior derogat priori*. No obstante lo anterior, considero que, en materia de derogación, al presentarse un mayor cantidad de coincidencia que de diferencias, cada uno de los cambios de la obra de Kelsen no constituyen quiebres radicales dentro de la misma, sino más bien procesos de precisión, armonización o explicitación de sus propuestas[331].

Por otra parte, dentro de las temáticas propiamente *kelsenianas*, se encuentra un marcado interés por las cuestiones metodológicas vinculadas con la teoría jurídica, más que con una simple descripción del funcionamiento de los derechos positivos. Es Kelsen, quien bajo la aspiración de que el estudio del derecho se convirtiera en una disciplina autónoma, sostiene de manera consistente a lo largo de su obra ideas acerca del objeto y método de estudio de una ciencia jurídica o teoría del derecho. No obstante este tinte metodológico, en las temáticas *kelsenianas* es posible encontrar planteamientos adicionales que contribuyan a enriquecer la presente investigación, a saber: i) en su periodo estático, Kelsen muestra especial interés en explicar por qué es posible aplicar una ley derogada, en desplazar la consideración de la costumbre (consuetudo y deseutudo) como derecho y en refutar consideraciones que se encuentren fuera de los establecido en el orden jurídico; ii) en su periodo dinámico, al intentar elaborar una ciencia jurídica unitaria y coherente, Kelsen se interesa por las relaciones entre los diferentes sistemas normativos (estatal e internacional) y los distintos estratos de cada sistema, junto explicitar diferentes elementos que contribuyen a la coherencia del ordenamiento y su reconstrucción; y iii) en su periodo conceptual, Kelsen centra su atención en los proceso de eliminación de normas a partir de la consideración de los conflictos normativos dentro de su reconstrucción, para lo cual se preocupa por detallar aún más las noción de norma y los denominados atributos de esta

[331] Aunque por razones distintas, igualmente, Aguiló (1991, p. 248) considera que no se presenta un cambio radical en la obra de Kelsen, principalmente, entre el segundo y tercer periodo.

(eficacia, validez, aplicabilidad y observancia), así como también, precisar las distintas funciones que realizan las normas dentro del ordenamiento.

En definitiva, junto con enunciar las propuestas *kelsenianas* que complementan las cuestiones surgidas en la práctica jurídica y presentar algunas problemáticas propiamente *kelsenianas*, considero relevante enfatizar que la teoría del derecho, al no considerar los primeros trabajos de Kelsen como un material relevante para el estudio de la derogación, ha incurrido en una omisión difícilmente excusable, ya que las ideas contenidas en este primer periodo y parte del segundo son de una riqueza tal, que permiten realizar una presentación esquemática y armónica del fenómeno derogatorio. Asimismo, creo importante acentuar mi elección terminológica, que se ha mostrado de suma utilidad para diferenciar entre la supresión (*Aufgehoben*) de la validez de una norma y cómo esta se realiza, ya que las normas pueden ser derogadas (*derogiert*) o anuladas (*vernichtet*). Ambas contribuciones contribuyen a mostrar una visión *kelseniana* más completa y coherente, principalmente, en relación con la dinámica de los órdenes jurídicos y sus mecanismos de exclusión normativa.

CAPÍTULO 4
LA DEROGACIÓN EN ALCHOURRÓN Y BULYGIN

4.1 Introducción

Una de las contribuciones más significativas a la teoría del derecho de la segunda mitad del siglo XX es la realizada por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Esta contribución se estructura, principalmente, en torno a la complejidad de la noción de sistema jurídico, la cual constituye el eje central de su obra, pues a partir de ella los autores desarrollan armónicamente otros planteamientos y temáticas que integran y recorren sus trabajos[332].

Para Alchourrón y Bulygin, la actividad teórico-jurídica consiste fundamentalmente en describir y analizar el derecho positivo de una manera ordenada (sistemática), con el propósito de facilitar el conocimiento y la utilización del derecho por parte de sus destinatarios. Con esta finalidad, su obra se caracteriza por estar centrada, principalmente, en las reconstrucciones y sistematización de derechos positivos propios de un modelo estatal de producción normativa, de manera que, están preocupadas por el derecho emanado de actos deliberados de creación normativa, fundamentalmente, el derecho constitucional y legislativo, y su aplicación por parte de los tribunales de justicia[333].

Bajo estas consideraciones, Alchourrón y Bulygin desarrollan una noción de sistema jurídico que abarca sus aspectos estático y dinámico. El primero presenta sistemas estructurados por relaciones de consecuencia lógica, esto es, conjuntos determinados de normas que contienen todas sus consecuencias lógicas. Por su parte, el aspecto dinámico refiere a los sistemas estructurados por relaciones genéticas, es decir, conjuntos determinados de normas que en el transcurso del tiempo se integran por nuevas normas o excluyen las existentes. Así, la reconstrucción de los planteamientos de los autores en materia de derogación centra su atención en el aspecto dinámico de los sistemas jurídicos.

Esta visión dinámica de los sistemas jurídicos enfatiza, como un rasgo fundamental de los derechos positivos modernos, la estrecha dependencia entre la calificación normativa de las conductas de los miembros de una comunidad y los actos de su autoridad normativa, principalmente, mediante actos de promulgación y derogación. En este sentido, es posible interpretar la obra de Alchourrón y Bulygin como una continúa explicitación de los criterios de racionalidad que determinan los actos de introducción (promulgación) y eliminación (derogación) de normas en un sistema jurídico. Esta racionalidad es entendida como un tipo de lógica (en sentido amplio) capaz de establecer las bases para diversos desarrollos, los cuales pueden ser asimilables a cálculos de sistemas jurídicos dinámicos.

---

332 En palabras de Josep Aguiló (1992, p. 262) «La obra de Alchourrón y Bulygin constituyen hitos capitales de la teoría del derecho contemporánea, la evidencia de la relevancia de dicha obra es tal que hace superflua cualquier justificación de su estudio». Una introducción a la obra de Alchourrón y Bulygin a partir de fragmentos de su obra en (Mendonca, 2011).

333 (Alchourrón & Bulygin, 1974, p. 113) y (Bulygin, 2007b). Si bien en toda la obra de Alchourrón y Bulygin se reconoce el papel del derecho consuetudinario, ellos nunca desarrollaron sus alcances, v.gr., (Alchourrón & Bulygin, 1976) y (Alchourrón & Bulygin, 1979, p. 11).

A su vez, en la obra de Alchourrón y Bulygin, centrada en el aspecto dinámico de los sistemas jurídicos, se observa la adopción de concepciones diversas acerca de la naturaleza de las normas. En sus trabajos, esta diferencia ontológico se plasma, al menos, en dos sentidos: i) los autores presentan y consolidan una distinción entre dos posiciones acerca del estatus ontológico de las normas: concepción hilética y concepción expresiva de las normas; y además, ii) a lo largo de su trayectoria intelectual realizan un tránsito desde la concepción hilética hacia la expresiva, para finalmente regresar a la concepción hilética. Por tanto, en un trabajo dedicado a la derogación como corresponde en este caso, entendida esta como un procedimiento de eliminación normativa, la adopción de una u otra concepción acerca de la naturaleza de las normas resulta sumamente determinante para establecer qué es eliminado y cómo se presenta dicha eliminación. Por ende, esta distinción ontológica determina la presentación de las principales ideas de los autores en dos reconstrucciones de sus propuestas, las desarrolladas dentro de una concepción hilética y las enmarcadas dentro de una concepción expresiva.

Por consiguiente, al igual que en el capítulo anterior y en armonía con los propósitos de la presente investigación, a partir de cada una de estas reconstrucciones (hilética y expresiva) se buscan herramientas teóricas o conceptuales que permitan descifrar y mejorar la compresión de las problemáticas propias de la derogación en los ordenamientos jurídicos actuales. Por tanto, como señalé en la Recapitulación a la parte I, cada uno de estas concepciones de las normas se estructura bajo el denominado prisma derogatorio, a saber: i) el ordenamiento jurídico, cómo el autor concibe los ordenamientos jurídicos, sus componentes, las relaciones y atributos de estos, y fundamentalmente, cómo reconstruye el aspecto dinámico de los mismos, y dentro de este, qué mecanismos de cambio normativo reconoce en su reconstrucción y cuáles son sus fundamentos; y ii) la derogación, cómo el autor presenta la derogación, sus tipos, requisitos, funciones, efectos y fundamentos. De esta forma, de la misma manera que se hizo en el capítulo anterior, el prisma derogatorio tiene la función de descomponer la obra de los autores en los citados niveles de análisis para así explicitar de manera estructurada las soluciones propuestas por la teoría del derecho a los problemas surgidos en la práctica jurídica.

En definitiva, en lo que sigue el capítulo se estructura en tres apartados: 3.2 Presenta los planteamientos desarrollados dentro de una concepción hilética; 3.3 Contiene los desarrollos realizados en el marco de una concepción expresiva; y 3.4 Entrega las conclusiones de las principales ideas y problemas desarrollados en el capítulo.

4.2 La concepción hilética

Si es posible aplicar en el terreno de las prescripciones algunas distinciones empleadas en relación con las afirmaciones; entonces, es posible diferenciar distintos sentidos del término «norma»: i) norma-comunicación, consistente en el acto por el cual se prescribe; ii) norma-

prescripción, para aludir a aquello que es prescrito en dicho acto; y iii) norma-sentido, como la prescripción de un estado de cosas (exigido, prohibido o permitido) [334].

En vista de esta distinción, al considerar como rasgo típico de las normas jurídicas su existencia temporal, i.e., comienzan a existir en un momento determinado y dejan de existir en otro, resulta necesario determinar las condiciones de existencia de cada uno de los sentidos de la palabra «normas», ya que de otro modo no se satisface este rasgo típico. Así, por una parte, las condiciones de existencia de una norma-comunicación y una norma-prescripción son determinadas de manera no controvertida, en el primer caso en atención a si se establece o no una relación entre la autoridad y el destinatario de la norma (la recepción del mensaje), y en el segundo caso, en consideración a si se ha producido un acto de promulgación, esto es, un acto lingüístico (serio) mediante el cual una autoridad formula una norma. En cambio, por otra parte, la existencia de una norma-sentido resulta controvertida, puesto que, mientras algunos rechazan su existencia al negar la posibilidad de que haya algo que pueda considerarse como proposiciones-normativas, otros autores afirmar que lo normativo se presenta en el nivel semántico, es decir, reconocen la existencia de algo así como proposiciones-normativas[335].

De este modo, en esta última controversia descansa parte de la discusión acerca de la naturaleza de las normas, la cual ha sido capturada por Alchourrón y Bulygin bajo las etiquetas de una posición «hilética» y «expresiva». La primera propone que lo normativo se presenta en el nivel «semántico», es decir, que habría algo así como proposiciones cuyo contenido conceptual contiene lo normativo, y por ende, habría normas-sentido o algo así como proposiciones-normativas. Y la segunda posición, afirma que el elemento normativo se presenta únicamente en relación con un determinado «uso» que se realiza de las proposiciones o las oraciones que las expresan, y por lo tanto, no en el nivel semántico, i.e., no hay proposiciones con sentido normativo o normas-sentido. Por lo cual, en lo que sigue desarrollo los planteamientos hiléticos en materia de ordenamiento jurídico y derogación.

4.2.1 El ordenamiento jurídico

Como he señalado, toda derogación necesita para su ocurrencia de un ordenamiento jurídico, el cual le proporciona un contexto de desarrollo vinculado con sus componentes y relaciones normativas. Además, como la derogación solo se presenta en ordenamientos jurídicos dinámicos, este aspecto de los ordenamientos permite vincularla con otros mecanismos de exclusión normativa y así explicitar algunos de sus presupuestos.

a) El sistema y el orden jurídico

Sistema jurídico. Un sistema (deductivo) es como un conjunto de enunciados que contiene sus consecuencia lógicas, de manera que, existe un subconjunto de enunciados (axiomas) a partir de los cuales todos los demás enunciados del sistema puedan ser

[334] (Alchourrón & Bulygin, 1979, pp. 13-17). La presentación de las concepciones hilética y expresiva se realiza solo con base en los planteamientos de Alchourrón y Bulygin, y no constituye una reconstrucción de estas concepciones más allá de la posición de estos autores.
[335] (Alchourrón & Bulygin, 1979, pp. 19-38).

derivados como sus consecuencias (teoremas). Así, desde la noción de sistema deductivo, un sistema jurídico es un conjunto de enunciados que contiene sus consecuencias lógicas, y que por lo menos uno de sus enunciados de la base (axioma) es una norma[336].

El sistema jurídico se compone de elementos situados en la base del sistema y las consecuencias lógicas de estos. Los enunciados que fueron objeto de un acto expreso de promulgación se encuentran en la base del sistema, y se denominan «normas formuladas», mientras que, las consecuencias lógicas o implicaciones de los enunciados del primer tipo, se denominan «normas derivadas». A partir de ambos tipos de normas o enunciados se obtienen dos criterios de pertenencia de las normas a un sistema jurídico: legalidad e deducibilidad. Según el criterio de legalidad, una norma N_2 pertenece al sistema si es creada por una autoridad *O* competente del sistema, y una autoridad *O* es competente dentro de un sistema, cuando existe una norma N_1 en dicho sistema que autoriza a la autoridad *O* a dictar N_2 (bajo ciertas circunstancias). Por su parte, de acuerdo al criterio de deducibilidad, una norma pertenece al sistema cuando es consecuencia lógica o deducible de las normas pertenecientes a él, i.e., una norma N_2 tiene relación de deducibilidad con la norma N_1, si y solo si, N_2 es una consecuencia lógica o está implicada en N_1. Estos criterios de pertenencia determinan la estructura del sistema jurídico y configuran tanto las relaciones entre sus componentes como su identificación[337].

Así, la reconstrucción del sistema se base en las normas generales, y los criterios de legalidad y deducibilidad son el reflejo de las pautas que generalmente son utilizadas por los juristas para identificar a este tipo de normas. Por ende, Alchourrón y Bulygin conciben el derecho como el conjunto de las normas generales que correlacionan casos genéricos con soluciones genéricas, sin considerar en su reconstrucción las normas individuales que correlacionan cierta descripción de un caso individual con una solución individual, v.gr., sentencias judiciales. De ahí que, una especificación de las normas generales vigentes en un sistema jurídico en un tiempo determinado resulta satisfactoria como reconstrucción del mismo, sin considerar sus normas individuales[338].

Sin embargo, Alchourrón y Bulygin también reconocen la posibilidad de que los tribunales de justicia creen normas jurídicas generales cuando justifican su decisión mediante una norma general que no emana del legislador (entendido como la autoridad de creación normativa). Estas situaciones se presentan cuando se resuelven casos de lagunas y antinomias, porque, mientras en los primeros se dicta una norma general que correlaciona un caso genérico (al cual pertenece el caso individual del litigio) con una solución genérica, en las antinomias, se modifican las normas existentes en el sistema, o bien, estas son

336 (Alchourrón & Bulygin, 1979, p. 58) y (Bulygin, 1991, p. 257). Expresamente los autores señalan que esta noción de consecuencia lógica es tomada de Tarski (1956), en especial en sus capítulos III, V y XII.

337 (Alchourrón & Bulygin, 1977, p. 300), (Alchourrón & Bulygin, 1979, pp. 59-63) y (Bulygin, 1991, p. 261). Cabe destacar que, los autores utilizan de manera sinónima los términos «implicación» y «consecuencia lógica», y también, que el reconocimiento de normas derivadas debilita la relación entre la existencia de una norma y su necesaria formulación expresada por la autoridad normativa.

338 (Bulygin, 1991, p. 262) y (Bulygin, 2003, pp. 7-12) Un caso individual es un evento protagonizado por un individuo concreto en el tiempo y el espacio; en cambio, un caso genérico es una propiedad o conjunto de propiedades que pueden ejemplificarse en un número indefinido de casos individuales. A su vez, las soluciones individuales son acciones u omisiones realizadas por individuos determinados en un tiempo y espacio, y calificadas de obligatorias, permitidas y prohibidas; mientras que, una solución genérica es una clase de acciones caracterizadas normativamente como obligatoria, prohibida o permitida.

ordenadas jerárquicamente para la solución del conflicto. Solo en estos casos se deben considerar las sentencias judiciales para la reconstrucción del derecho positivo[339].

En este contexto, cuando la autoridad competente promulga una nueva norma N_2 el sistema jurídico compuesto por la norma N_1 pasa a ser $Cn(N_1+N_2)$, es decir, al sistema jurídico se añaden las consecuencias N_1, las consecuencias de N_2 y las consecuencias de N_1 más las consecuencias de N_2, y no solo la suma de las consecuencias de ambas normas. Por ende, para determinar las normas que son introducidas en un sistema como consecuencia de un acto de promulgación es necesario no solo considerar la norma recién promulgada, sino también todas las preexistentes y la suma de las consecuencias de ambas. De este modo, la promulgación de una nueva norma siempre es unívoca, porque genera sistemas jurídicos determinados[340].

Ahora bien, los criterios de legalidad y deducibilidad por sí mismos producen circularidad en la reconstrucción, ya que presuponen la existencia de otras normas para hacer efectiva la pertenencia al sistema jurídico tanto de las normas formuladas como de las derivadas. En consecuencia, Alchourrón y Bulygin introducen otro tipo de normas, las normas independientes. Estas normas independientes pertenecen al sistema de manera directa, de modo que, su pertenencia no está condicionada por la pertenencia de otras normas al sistema, y por consiguiente, no resulta apropiado predicar de ellas validez, pues este atributo se presenta cuando unas normas permiten atribuir a otras su validez dentro del sistema. Por tanto, un sistema jurídico debe contener, al menos, dos tipos de normas y tres criterios de pertenencia, i.e., las normas «independientes» que por definición se vinculan de manera directa al sistema y solo pueden ser concebidas como normas formuladas; y las normas «dependientes», que pueden ser tanto normas «formuladas» como normas «derivadas», una vez han satisfecho los criterios de «legalidad» en el caso de las formuladas, y «deducibilidad» para el caso de las normas derivadas[341].

En definitiva, el sistema jurídico es un conjunto de enunciados normativos vinculados a una estructura, esto es, un conjunto de enunciados que contiene sus consecuencias lógicas y cuyos componentes están condicionados por ciertas relaciones definidas en el conjunto. Así, la identidad de los sistemas se define extensionalmente, es decir, el sistema jurídico es definido como un conjunto de normas (independientes, formuladas y derivadas) vinculadas a una estructura (criterios de pertenencia directa, legalidad y deducibilidad). Por lo cual, cualquier cambio en los elementos o en la estructura del conjunto produce a un nuevo sistema jurídico distinto del anterior.

Orden jurídico. Esta definición extensional impide concebir el sistema jurídico con carácter dinámico, es decir, como un sistema que en el tiempo está sujeto a cambios producidos por la introducción y eliminación de las normas que pertenecen a él, ya que cualquier cambio en el contenido o la estructura produce un nuevo sistema. Por esto, los autores realizan una distinción entre «sistema jurídico» (en adelante *Sj*), concebido como un

339 (Bulygin, 1991[1966], pp. 366-369), (Bulygin, 2003, p. 25) y (Bulygin, 2005a, p. 34 y 43). Las consideración de estas normas judiciales para reconstruir el sistema jurídico presenta algunos inconvenientes y limitaciones en relación con su continuidad en el tiempo y fuerza vinculante.

340 (Alchourrón & Bulygin, 1976, págs. 9-10), (Alchourrón & Bulygin, 1977, pp. 302-303), (Alchourrón & Bulygin, 1979, p. 68 y 75) y (Alchourrón, 1982, p. 52).

341 (Alchourrón & Bulygin, 1979, pp. 64-65) y (Bulygin, 1991, p. 262). Estas normas independientes son igualmente denominadas supremas o soberanas.

conjunto estructurado de normas, y «orden jurídico» (en adelante *Oj*), entendido como una secuencia de sistemas jurídicos. De esta manera, una norma jurídica pertenece a un *Sj*, y a su vez, un *Sj* pertenece a un *Oj*, pero en razón del carácter no transitivo de la relación de pertenencia, las normas jurídicas no pertenecen a ningún *Oj*[342].

De este modo, el aspecto dinámico se atribuye al *Oj* integrado por una secuencia de *Sj*, los cuales se producen en la medida en que la autoridad competente realiza actos exitosos de promulgación y/o derogación de normas. Estos actos de incorporación y eliminación normativa determinan la creación de nuevos sistemas dentro de un *Oj*, y también, la pertenencia de los sistemas al *Oj*, ya que cuando los actos de promulgación y derogación satisfacen el criterio de legalidad se generan nuevos sistemas pertenecientes al *Oj*. De ahí que, para producir un nuevo Sj_2 que pertenezca a un Oj_0 la autoridad debe respetar las normas pertenecientes al sistema anterior Sj_1, porque en este último están las normas que facultan a dicha autoridad para promulgar o derogar una norma, y así producir un nuevo sistema Sj_2 que pertenezca a Oj_0. En consecuencia, como los actos de promulgación y derogación deben cumplir con el requisito de legalidad, resulta necesaria la existencia de un conjunto de normas independientes situadas en la base de todo *Oj*, las cuales, al constituir aquello que origina un *Oj*, son definidas extensionalmente, v.gr.,$\{No_1, No_2, No_3,\ldots,No_n\}$[343].

Lo anterior produce que todo *Oj* esté integrado, al menos, por dos tipos de sistemas i) uno originario (Sj_0), formado por normas independientes, entre las cuales, al menos, una de ellas atribuya potestades jurídicas a las autoridades del sistema (norma de competencia) para promulgar nuevas normas y, eventualmente, derogar las existentes; y ii) los sucesivos sistemas (Sj_1, Sj_2, Sj_3…Sj_n), originados a partir del sistema inmediatamente anterior mediante adición o sustracción de normas y, en primera instancia, a partir del Sj_0. De esta manera, las operaciones de promulgación y derogación determinan el surgimiento de nuevos sistemas, y además, a cada intervalo temporal entre dichas operaciones corresponde un *Sj*, configurándose así el carácter dinámico de los sistemas jurídicos[344].

Por consiguiente, las operaciones de promulgación y derogación determinan el surgimiento y el contenido de los diversos *Sj* que integran la secuencia que compone un *Oj*, de modo que, las normas que integran un *Sj* continúan integrando los *Sj* sucesivos del *Oj* hasta que sean derogadas por la autoridad competente. Igualmente, las normas derivadas, que de acuerdo con el criterio de deducibilidad integran un *Sj* originario o sucesivo, continuarán integrando los siguientes *Sj* hasta que ellas sean derogadas o las normas que les sirven de base. Lo anterior, muestra que, para Alchourrón y Bulygin, lo relevante son los mecanismos que producen el cambio del sistema mediante la eliminación o agregación de normas, con independencia de quién o cómo se realizan estas actividades. Así, la «derogación» pasa a ser el nombre utilizado para designar toda eliminación normativa acontecida dentro de un *Oj*.

---

342 (Alchourrón & Bulygin, 1977) y (Bulygin, 1991). Alchourrón y Bulygin (1976, pág. 8) sugieren esta distinción a partir de la diferenciación entre sistemas momentáneos y no-momentáneos realizada por Joseph Raz (1970). Un resumen de las diferencias entre la propuesta de Raz y la de Alchourrón y Bulygin en (Moreso & Navarro, 1998, p. 277).

343 (Alchourrón & Bulygin, 1976, pág. 16), (Alchourrón & Bulygin, 1979, pp. 62-63), (Bulygin, 1982b, p. 133) y (Bulygin, 1991, pp. 262-263).

344 (Bulygin, 1991, p. 263). Esta reconstrucción no impide la realización de actos de promulgación y derogación simultánea, como en los casos en que una norma es derogada mediante otra que la reemplaza.

Estas consideraciones motivan en Alchourrón y Bulygin la formulación de un criterio de identificación de un *Oj* mediante un esquema definicional formado por cinco reglas genéricas:

> «1. El conjunto de normas [N_1, N_2…N_3] es el sistema originario (primera constitución) de O_i [un orden jurídico determinado].
>
> 2. Si una norma N_j es válida en un sistema S_t que pertenece a O_i, y N_j faculta a la autoridad x a promulgar la norma N_k y x promulga en el momento t la norma N_k, entonces N_k es válida en el sistema S_{t+1} (es decir, en el sistema correspondiente al momento siguiente a t) y S_{t+1} pertenece a O_i.
>
> 3. Si una norma N_j es válida en un sistema S_t que pertenece a O_i, y N_j faculta a la autoridad x a derogar la norma N_k que es válida en S_t y x deroga N_k en el momento t, entonces N_k no es válida en el sistema S_{t+1} (correspondiente al momento siguiente a t) que pertenece a O_i.
>
> 4. Las normas válidas en un sistema S_t que pertenece a O_i que no han sido derogadas en el momento t, son válidas en el sistema S_{t+1} de O_i (que corresponde al momento siguiente a t); y
>
> 5. Todas las consecuencias lógicas de las normas válidas en un sistema S_t, que pertenece a O_i también son válidas en S_{t+1} …» (1991, pp. 263-264)[345].

Las reglas de este esquema definen el *Oj* y determinan su estructura del siguiente modo: i) regla 1 establece un criterio de pertenencia de normas independientes al primer sistema del orden Sj_0 (criterio de pertenencia directa), y también, establece un criterio de identificación de un *Oj,* porque los elementos del Sj_0 diferencian a distintos *Oj*, ya que estos en sus estructuras son idénticos; ii) reglas 2 y 3 aportan los criterios de ingreso y egreso de normas que determinan la secuencia dinámica de *Sj* dentro de un *Oj*, y consecuentemente, la forma de sucesión entre los *Sj*; iii) regla 4 proporciona un principio de persistencia de los enunciados normativos que integran un *Sj*, ya que permite a estos integrar los sistemas sucesivos dentro de un *Oj*; y finalmente, iv) regla 5 constituye una cláusula de pertenencia de las normas derivadas[346].

En definitiva, a partir de estas cinco reglas pueden desprenderse algunas consideraciones que caracterizan, de manera global, un *Oj* y la secuencia de *Sj* que lo integran. En primer lugar, las normas independientes de un *Sj* son identificadas extensionalmente, mientras que las derivadas se identifican intencionalmente al satisfacer ciertas condiciones. En segundo lugar, si bien la identidad del *Oj* descansa en Sj_0, esto no significa que las normas independientes que integran este último no puedan ser derogadas, de manera que, la identidad del *Oj* igualmente depende de la identidad del procedimiento de generación y eliminación de normas, esto es, la legalidad del cambio de un sistema a otro. En tercer lugar, la pertenencia de las normas a un sistema puede ser entendida como su validez, mientras que no procede predicar validez de la pertenencia de un *Sj* a un *Oj*. Finalmente, en

---

345 Josep María Vilajosana (1998) y (2009) cuestiona estos criterios formales de identificación del *Oj* y sus *Sj*. A sus vez, José Juan Moreso y Pablo Navarro (1992) critican de este esquema definicional su incapacidad para explicar la existencia de normas inválidas, como las leyes inconstitucionales, frente a lo cual proponen una aproximación más descriptiva del *Oj* a partir de la noción de vigencia.

346 (Bulygin, 1991, p. 264). Antecedentes de estas ideas en (Alchourrón & Bulygin, 1976, pág. 8) y (Alchourrón & Bulygin, 1979, p. 60 y 66). Moreso y Navarro (1993, pp. 49-73) enriquecen este esquema definicional mediante una visualización vertical de los sistemas, y un mayor detalle de las reglas sobre la eliminación, la estructura y la persistencia de las normas en los *Sj* que componen el *Oj*.

cuarto lugar, las normas inválidas no pertenecen a los *Sj* sucesivos ni producen un nuevo sistema, y solamente las modificación ilegal de las normas de la Constitución originaria, que regulan el procedimiento de sucesión de *Sj*, producen un nuevo *Oj*[347].

b) Las relaciones en el ordenamiento jurídico

En la obra de Alchourrón y Bulygin, los *Sj* y *Oj* son conjuntos estructurados de normas y sistemas, respectivamente. Esta estructura se compone de los criterios de pertenencia y persistencia previamente presentados, y además, por relaciones entre las normas y los sistemas. Estas relaciones determinan la existencia de la norma al *Sj* (pertenencia), su aplicación en él (aplicabilidad), y también, el lugar de la norma en el mismo (distribución).

Además, vinculado con lo anterior, se presentan los tradicionales problemas estructurales de los *Sj*, como lagunas e incoherencias, ya que estos solo pueden ser predicados de conjuntos estructurados de significados de formulaciones normativas. El carácter de los problemas estructurales deriva de que, la completitud y la consistencia del sistema constituyen exigencias de racionalidad del mismo, porque si no son satisfechas, los *Sj* no pueden realizar su función primordial: regular y guiar el comportamiento humano. En el primer caso por la ausencia de solución normativa, y en el segundo, por la incompatibilidad de las soluciones. Por lo mismo, parece inevitable que la solución a dichos problemas estructurales genere un nuevo *Sj,* en un caso porque se suprime o desplaza una de las normas en conflicto y en el otro porque se añade una nueva norma[348].

De este modo, se desarrollan las relaciones de pertenencia, aplicabilidad y distribución, y solamente se presentan las ideas en torno a la incoherencia y la oposición normativa por su directa relación con una explicación de la derogación[349].

Pertenencia y aplicabilidad. Cuando se afirma la «pertenencia» de una norma a un *Sj* se realiza una afirmación descriptiva y relativa a una relación diádica entre una norma y un sistema, lo cual distinto de aseverar la «aplicabilidad» de una norma jurídica, ya que, pese al carácter descriptivo de ambas afirmaciones, la aplicabilidad alude a una relación tríadica entre una norma N_1 que prescribe aplicar otra norma N_2 a un determinado caso C[350].

---

347 (Alchourrón & Bulygin, 1977, p. 301), (Alchourrón & Bulygin, 1979, pp. 59-60) y (Bulygin, 1991, p. 265) Un estudio crítico de las nociones de conjunto y sistema desarrolladas por los autores argentinos en (Barberis, 1997), y un detallado análisis de las nociones de sistema y orden jurídico en Ricardo Caracciolo (1988), (1994) y (1996).

348 (Bulygin, 1991[1986], p. 478), (Alchourrón & Bulygin, 1996, p. 135), (Bulygin, 2003, p. 16), (Bulygin, 2007b, p. 208) y (Bulygin, 2010, p. 292). Para hablar de completitud y consistencia es necesario previamente haber interpretado y dotado de un significado definido a las formulaciones normativas que integran el conjunto estructurado a partir de las emisiones de la autoridad. Esto en razón de que la completitud y consistencia presuponen la existencia de relaciones lógicas entre los componentes del *Sj* (implicación, contradicción y consecuencia), y estas relaciones únicamente se presentan entre normas (formulaciones interpretadas).

349 Sobre las nociones de lagunas y completitud ver (Alchourrón & Bulygin, 1976, págs. 17-19), (Alchourrón & Bulygin, 1977, p. 292), (Bulygin, 1991[1986], p. 478 y 480), (Alchourrón & Bulygin, 1991[1989], p. 308) (Bulygin, 2005a), (Bulygin, 2005b) y (Alchourrón, 2010b[1996], p. 161).

350 (Bulygin, 1982a, p. 65). A partir de esta diferenciación, (Moreso & Navarro, 1998) proponen un sistema normativo abierto que permitirían explicar los casos de normas no pertenecientes pero aplicables en un sistema, como los casos de derecho internacional privado y leyes inconstitucionales, entre otros.

Una norma pertenece a un Sj_1 una vez que la autoridad ha cumplido los criterios establecidos en un Sj_0 anterior para su exitosa promulgación (directa, legalidad o deducibilidad), y esta pertenencia se extiende a los sistemas sucesivos (Sj_2 Sj_3 Sj_4…Sj_n) hasta que ella es derogada en cumplimiento de los requisitos igualmente establecidos en su *Sj* correspondiente. Por ende, como únicamente pertenecen a un *Sj* las normas que cumplen los requisitos establecidos dentro de la secuencia de sistemas que compone el *Oj*, todas aquellas formulaciones emanadas de la autoridad que no cumplen estos requisitos quedan excluidas de la reconstrucción, i.e., no se consideran las normas inválidas o irregulares.

A partir de esta noción de pertenencia, Alchourrón y Bulygin distinguen entre el «tiempo externo» y el «tiempo interno» de las normas, para diferenciar de manera más precisa las nociones de pertenencia y aplicabilidad. Se denomina «tiempo externo» de la norma a todo el tiempo durante el cual ella pertenece a distintos sistemas de un *Oj* y a cada intervalo de tiempo se corresponde con un *Sj*, salvo los casos de indeterminación lógica del sistema. Así, la pertenencia o existencia de las nomas es caracterizada como la secuencia de todos los momentos temporales externos en los cuales estas pertenecen a algún *Sj* de un *Oj*. Esta pertenencia puede ser continua en sistemas sucesivos, o bien, interrumpida por agrupar diversos reingreso de la norma a sistemas discontinuos del mismo *Oj*. Por su parte, el «tiempo interno» de una norma está compuesto por la secuencia de todos los momentos temporales en los cuales la norma es aplicable a algún caso, y esto ocurre cuando las situaciones contenidas en la norma se presentan, ya que la ocurrencia de estas es determinante para predicar la aplicabilidad de dichas normas a tales situaciones. Por tanto, como el tiempo externo es una función de pertenencia y el tiempo interno es una función de aplicabilidad, ambos son independientes entre sí y no es necesaria su coincidencia, de modo que, las normas que una autoridad aplica a un caso en un momento determinado pueden pertenecer o no al *Sj* correspondiente a ese momento. Entonces, si la aplicabilidad de una norma no implica su pertenencia al *Sj* presente ni su pertenencia implica su aplicabilidad, es posible obtener cuatro posibilidades: i) aplicables y pertenecientes, ii) aplicables y no pertenecientes, iii) no aplicables y pertenecientes, y iv) no aplicables y no pertenecientes, los cuales presentan el cuadro de posibilidades en que estas se pueden presentar[351].

En consecuencia, el momento temporal más relevante para la determinación de las normas aplicables a un caso concreto es el tiempo presente T_p, es decir, el momento en el cual el caso es considerado para tomar una decisión. Este tiempo T_p determina un sistema privilegiado Sj_p, ya que para tomar la decisión o dictar la sentencia el juez debe considerar los criterios de aplicabilidad que pertenecen a este Sj_p. Lo anterior no excluye la posibilidad de que en un Sj_p existan criterios de aplicabilidad de los criterios de aplicabilidad, es decir, existan criterios de aplicabilidad de un nivel superior o criterios últimos de aplicabilidad, caso en el cual estos últimos no presentan una coincidencia entre su tiempo interno y externo, pues cada vez que pertenecen a un sistema deben ser aplicados[352].

---

[351] (Bulygin, 1982a, p. 67). Sobre la indeterminación lógica del sistema revisar el apartado 3.2.2 del presente capítulo. Cabe destacar que, el último tipo de norma (no perteneciente ni aplicable) es irrelevante para cualquier intento de reconstrucción, porque no presenta ningún mecanismo de identificación o reconocimiento, razón por la cual lo excluyo del análisis.

[352] (Bulygin, 1982a, p. 70). Es importante explicitar que los autores no dicen nada acerca de los criterios de pertenencia que deben cumplir los criterios de aplicabilidad para ingresar a un sistema, aunque citan como ejemplos de estos últimos artículos del Código Penal argentino.

En los *Oj*, los criterios de aplicabilidad pueden variar de una rama del derecho a la otra y pueden provenir de distintos componentes del mismos (Constitución, legislación, reglamentos e inclusive dogmática y jurisprudencia). Además, los criterios de aplicabilidad, pueden entenderse como directivas dirigidas a los jueces, destinados a determinar que normas deben ser utilizadas para resolver un caso, y en este sentido, constituyen normas que se refieren a la aplicabilidad de otras normas. Como directivas, los criterios de aplicabilidad determinan los momentos temporales a los que corresponden los sistemas que deben ser considerados por el juez, y en esta determinación se deben considerar las relaciones de preferencia existentes entre las normas que integran los diferentes *Sj*, v.gr., relaciones de especialidad, temporalidad y jerarquía. Por lo tanto, los criterios de aplicabilidad determinan los momentos relevantes a los cuales corresponden los *Sj* que contienen las normas que deben ser aplicadas, pero como no son aplicables todas las normas pertenecientes a estos sistemas, los propios criterios proporcionan relaciones de preferencia entre las normas, para así determinar cuáles deben ser aplicadas, puesto que imponen a los jueces el deber de aplicar aquellas normas que resulten preferentes[353].

Es adecuado enfatizar que, el conjunto de normas aplicables a un caso es únicamente una selección de normas formada a partir de los criterios de aplicabilidad pertenecientes al Sj_p. Estos criterios pueden establecer el deber de aplicar normas pertenecientes a distintos *Sj* y con existencia temporal diversa. Generalmente, estas normas corresponden a los momentos relevantes para la resolución del caso, v.gr., el tiempo en el cual se cometió un delito y el tiempo en que dicta sentencia[354].

Distribución de normas. Una manera en la cual se manifiesta la estructura de los *Sj* es mediante los diversos grados en los cuales se pueden encontrar las normas de *Sj,* ya que estos posibilitan su distribución o graduación escalonada. Generalmente, estas relaciones de graduación son utilizadas por los juristas para resolver los conflictos entre norma y entre actos normativos, y aunque no constituyen medios lógico de resolución, su utilidad práctica resulta incuestionable, v.gr., los criterios de *auctoritas o lex superior, posterior y specialis*[355].

Para Alchourrón y Bulygin, estas relaciones de distribución integran los criterios de aplicabilidad de las normas al establecer un tipo de gradualidad entre ellas, y además, por imponer a los jueces el deber de utilizar con preferencia la distribución escalonada de las normas obtenida a partir de la utilización de estas relaciones. Por ende, los criterios de aplicabilidad que contienen las relaciones de distribución se componen de: i) la formulación de un criterio de distribución que determina la preferencia de una norma frente a otras; y ii) una norma de nivel superior que impone el deber de elegir las normas situadas en la parte superior de la distribución escalonada, y en consecuencia, aplicar la norma que resulte superior conforme a esa distribución escalonada. Esta composición manifiesta que los

353 (Bulygin, 1982a, pp. 68-71).

354 (Bulygin, 1982a, pp. 78-79). Probablemente el poco desarrollo que tienen las nociones de aplicabilidad y *Sp* en el global de la obra de Alchourrón y Bulygin es lo que provoca la crítica de Josep Aguiló (1992, p. 278) a la utilidad práctica de la noción de *Sj*, entendido como conjunto de normas promulgadas y derogadas.

355 (Alchourrón & Bulygin, 1976, pág. 21), (Alchourrón & Bulygin, 1977, p. 299), (Bulygin, 1982a, p. 71) y (Bulygin, 1982b, p. 133). La elección de los términos «graduación» y «distribución» en perjuicio de los generalmente utilizados por los autores, «jerárquicas» y «ordenación», deriva de la ambigüedad de estos últimos en ciertos contextos, por ejemplo, el primero puede ser confundido con un tipo de criterios de distribución, a saber, el criterio jerárquico o de *lex superior*; y a su vez, el segundo puede producir confusión en relación a la actividad de ordenar como prescribir. Cabe precisar, que Alchourrón y Bulygin no utilizan el término «graduación», y la palabra «distribución» solo se encuentra en (Alchourrón & Makinson, 1981).

criterios de aplicabilidad no son normas, sino conjuntos de ellas integradas por un enunciado normativo que establece una preferencia entre las normas que integran el *Sj*, y una norma que establece la obligación de reconocer y aplicar la norma preferente[356].

En relación con estos criterios de distribución o preferencia, existen algunas reglas tradicionalmente reconocidas y utilizadas por los operadores jurídicos, las cuales, según Alchourrón y Bulygin son: *lex superior, posterior* y *specialis*, y respecto de ellas sostienen que[357]:

i. En sistemas con autoridades de jerarquía diversa, la «regla *lex superior*» señala que el acto de la autoridad de jerarquía superior (promulgación o rechazo) prevalece sobre, y vincula a, los actos normativos realizados por las autoridades inferiores. Por lo cual, los actos normativos realizados por las autoridades normativas superiores constituyan limitaciones a la competencia de las autoridades inferiores, por ejemplo, estas no pueden derogar o modificar el estatus normativo de los comportamientos regulados por las superiores[358].
ii. La «regla *lex posterior*» cede ante la regla *lex superior,* de modo que, solo se aplica supletoriamente en relación con el criterio *superior* y respecto de actos realizados en momentos diferentes. La regla *lex posterior* consiste en que si un mismo comportamiento *p* es regulado mediante dos actos normativos distintos, ordenar y permitir, prevalece el acto realizado con posterioridad sobre el acto anterior. Según los autores, esta regla de preferencia está conceptualmente vinculada con la noción de competencia, entendida esta como la facultad de realizar los actos normativos que modifican el estatus deóntico de ciertas acciones, de manera que, esta regla no es contingente sino necesaria en la medida en que hay una autoridad normativa dotada de la competencia para cambiar la calificación deóntica de las acciones[359].

El limitado alcance de estos criterios resulta no controvertido, pues es claro que no resuelven todos los conflictos posibles dentro de un *Sj*, de manera que, en la resolución de los casos que se encuentran fuera de su alcance, cualquier decisión que se adopte no tendrá consenso. Además, los criterios recién reseñados no son las únicas reglas de distribución que puede contener un ordenamiento jurídico, puesto que, en áreas específicas del derecho es posible encontrar acuerdo respecto de otras reglas, las cuales pueden alterar la distribución escalonado obtenida a partir de las primeras, v.gr., los principios *in dubio pro reo* e *in dubio pro operario* frente a la regla de *lex posterior derogat priori.*

Como enunciados normativos, las reglas de distribución producen importantes consecuencia normativas para la configuración del sistema, puesto que un cambio en la preferencia normativa de los elementos produce automáticamente un nuevo *Sj*. Su importancia y función distributivo-selectiva deriva de la existencia en el mismos *Sj* de otras reglas que prescriben cómo manejar sus normas cuando concurren este tipo de relaciones de distribución. Estas relaciones, al determinar el peso específico de cada uno de los componentes del sistema, no solo entregan criterios de solución frente a la elección de dos

356 (Bulygin, 1982a, p. 71).
357 No es posible reconstruir el criterio *lex specialis,* porque en la obra de Alchourrón y Bulygin no se encuentren explicaciones o desarrollos sobre este criterio.
358 (Alchourrón & Bulygin, 1979, p. 81) y (Alchourrón & Bulygin, 1991[1985], p. 244). Un desarrolla de las limitaciones en relación a los actos de promulgación y derogación en (Navarro, 1993a) y (1993b).
359 (Alchourrón & Bulygin, 1979, p. 81), (Bulygin, 1988, p. 287) y (Alchourrón & Bulygin, 1991[1985], p. 242).

o más de sus elementos, sino que además proporcionan una serie de relaciones de distribución entre sus componentes, pues estas relaciones no presentan igual importancia[360].

Coherencia y conflictos normativos. Dentro de los problemas estructurales de los *Sj*, las incoherencias, probablemente, es el que tiene una relación más estrecha con la derogación, en concreto, con la que he denominado «derogación por oposición». En consecuencia, paso a desarrollar cómo Alchourrón y Bulygin conciben este problema.

Los conflictos normativos solo se presentan entre los significados atribuidos a las formulaciones normativas (normas) que pertenecen a un mismo *Sj*, y se determinan a partir de las nociones de observancia o cumplimiento de las normas de un sistema. Así, dos normas pertenecientes al mismo sistema están en conflicto cuando la observancia de la una excluye lógicamente la observancia de la otra. Por ejemplo, en el Sj_1 la norma obligatorio p (en adelante Op) y prohibido p (en adelante Phpd) se encuentran en oposición, porque resulta imposible que sus destinatarios pueden cumplir ambas, es decir, hagan lo que hagan los destinatarios siempre violarán alguna de las normas. Asimismo, si un Sj_1 contiene las normas permitido p (en adelante Pp) y Php, estas se encuentran en oposición, puesto que la satisfacción de la prohibición hace imposible hacer uso de la permisión y viceversa. Lo anterior, solamente muestra que ambos pares de normas son «incompatibles», pero en ningún caso que un *Sj* no pueda contener las señaladas normas. Sin embargo, como no resulta apropiado hablar del cumplimiento o incumplimiento de las normas permisivas, en ellas el conflicto normativo se presenta cuando la observancia o cumplimiento de una obligación o prohibición hace lógicamente imposible hacer uso de ellas, y viceversa. Por tanto, el conflicto normativo se presenta cuando un *Sj* sobredetermina la regulación de un comportamiento mediante dos o más norma que producen resultados incompatibles, lo cual hace fracasar la función de los *Sj* de guiar la conducta humana, porque finalmente no logra determinar dicha conducta al no prescribe ningún estado de cosas[361].

Alchourrón y Bulygin complementan esta noción de consistencia a través de otra caracterizada por presentarse vía determinados hechos: «consistencia condicionada». Una inconsistencia normativa condicional es una generalización de la noción de inconsistencia normativa que muestra un tipo de conflicto normativo surgido en un *Sj* coherente, pero que vía determinado hechos puede llegar a ser incoherente. Un conjunto de normas **æ** es inconsistente vía un conjunto de hechos posible *F* (conjunto de enunciados descriptivos) cuando el conjunto unión de **æ** y F (*a***U***F*) es inconsistente. Por ejemplo, en un sistema consistente compuesto por dos normas: i) obligatorio castigar a quienes han cometido delito N_1 y ii) no se debe castigar a los menores de edad N_2, es posible un conflicto normativo bajo determinados hechos, si X cometa un delito H_1 y X es menor de edad H_2, ya que al momento de decidir el caso la obligación establecida por N_1 se opone a la de N_2. Ante este conflicto, una manera de solucionarlo es mediante una revisión de las normas que lo generan, porque un *Sj* solo puede ser usado en todas las situaciones en que es consistente vía los hechos del caso, pero no cuando es inconsistente vía ciertos hechos, es

360 (Alchourrón, 1982, p. 57).

361 (Alchourrón, 1972, p. 455), (Alchourrón & Bulygin, 1976, págs. 20-21), (Alchourrón & Bulygin, 1977, pp. 296-297), (Alchourrón & Bulygin, 1984b, pág. 359), (Alchourrón, 1991[1988], p. 294 y 301), (Bulygin, 1995, pp. 136-137) y (Alchourrón, 2010b[1996], p. 163).

decir, la vinculación entre las relaciones de distribución y los criterios de aplicabilidad permiten determinar las posibles soluciones a los casos de inconsistencia condicionada[362].

Este tipo de conflictos normativos (vía determinados hechos) es uno de los principales problemas que se presenta al momento de intentar formalizar las normas condicionales, porque frecuentemente en los *Sj* se establecen obligaciones opuestas para situaciones fácticas independientes. Así, un primer paso en la superación de dicha formalización es mediante la aceptación de las normas jurídicas como obligaciones *prima facie*, es decir, que las normas no excluyen la posibilidad de que situaciones no contempladas cancelen el deber establecido en ellas. De esta manera, y a partir del ejemplo recién señalado, en el cual un *Sj* contiene las normas N_1=p→Oq (obligatorio castigar a quienes han cometido delito) y la norma N_2=r→O¬q (no se debe castigar a los menores de edad), es posible mostrar el conflicto y su posible solución[363].

Así, cuando este sistema se enfrenta a una situación en la cual concurre las circunstancias p y r (un homicidio cometido por un menor de edad) se presenta un conflicto de obligaciones entre N_1 y N_2, es decir, se presenta un conflicto de deberes porque del *Sj* se obtienen dos condicionales con idéntico antecedentes pero consecuentes opuestos, i.e., (p∧r) →Oq) y (p∧r)→O¬q). Frente a este conflicto se propone una solución a través de cierta distribución o preferencia entre las normas involucradas, v.gr., N_2 tiene prioridad sobre N_1, de modo que, la preferencia intuitiva de N_2 sobre N_1 para el caso de concurrir (p∧r) es una relación de ordenación definida en el propio *Sj*, y de acuerdo con la cual N_2>N_1, es decir, la norma N_2 tiene prioridad > sobre la norma N_1. Por consiguiente, una manera razonable de superar un conflicto de obligaciones consiste en desplazar las normas menos importantes que contribuyen a generarlo, esto es, frente a un caso de incompatibilidad vía determinados hechos se pueden descartar las normas menos importantes (N_1) y luego, considerar lo que está implicado por el resto de normas (N_2 implica (p∧r)→O¬q) y niega (p∧r)→Oq)). En definitiva, esto contribuye a justificar la afirmación de que es obligatorio no castigar en las condiciones de un homicidio cometido por un menor de edad O(¬q **|**(p∧r) y negar que sea obligatorio castigar en las condiciones de un homicidio cometido por un menor de edad O(q **|** (p∧r). Adicionalmente, esto muestra cómo cambian las obligaciones determinadas en un sistema cuando se alteran sus relaciones de distribución u otro tipo de relación definida en él, aunque sus normas no sean modificadas, porque lo obligatorio en un sistema estaría determinado por: el contenido conceptual de la norma y su orden jerárquico[364].

Sin embargo, la aplicación de relaciones de distribución para la solución de los conflictos normativos requiere de la noción de «relevancia» para su aplicación, ya que la distribución de elementos de un *Sj* cumple su función de solucionar el conflicto normativo vía determinado hechos solo una vez se ha utilizado un concepto de relevancia. Cuando de la

---

362 (Alchourrón & Makinson, 1981, p. 134) y (Alchourrón, 1991[1988], pp. 293-301). El símbolo «**æ**» es utilizado para enfatizar que el *Sj* está formado a partir de las enunciaciones realizadas por autoridad del mismo, de manera que, la expresión «**æ**p» significa que *p* es obligatorio en **æ**, véase (Alchourrón, 1972, pp. 454-456), (Alchourrón, 1991[1969], pp. 26-44) y (Bulygin, 1995, pp. 134-136).

363 (Alchourrón & Makinson, 1981, p. 135) y (Alchourrón, 1988, p. 244).

364 (Alchourrón, 1996, p. 10) y (Alchourrón, 1988, pp. 252-254). El símbolo '**|**', tomado de Bengt Hansson, significa «en las condiciones», y permite representar una concepción puente de las normas condicionales, ya que representa la conexión que realizan estas entre lo que es o podría ser el caso con lo que debe ser; de ahí que, una expresión O(*Q***|***P*) se lea: *Q* es obligatorio en las condiciones *P*, véase (Alchourrón, 2010a[1996], pp. 131-134) y (Alchourrón, 1996, pp. 8-17).

parte de un *Sj* que es relevante para resolver la cuestión se desprenden (implican) directamente fallos contradictorios, como p y su negación ¬p, es necesario previamente determinar si aquella parte del *Sj* puede ser considerada como relevante para resolver la cuestión, y solo una vez esto ha sido establecido, es posible apreciar si se presentan o no inconsistencias en esta parte del sistema. Asimismo, aunque en algunas situaciones la determinación de la relevancia sea realizada mediante las relaciones de distribución involucradas, resulta más adecuado tratarlas como cuestiones distintas[365].

Ahora bien, Alchourrón y Bulygin definen el conflicto normativo en términos de observancia, es decir, dos normas pertenecientes al mismo sistema están en conflicto cuando la observancia de una excluye lógicamente la observancia de la otra. Por lo cual, resulta necesario realizar algunas precisiones adicionales sobre las normas que presentan una forma condicional, ya que una de las características más relevantes de estas es su derrotabilidad, la cual repercute en la determinación de cuándo debe o no ser observada.

Algunas normas jurídicas presentan una construcción condicional de la forma «si…(antecedente)…entonces…(consecuente)…». Al formular estas se admite una serie de presupuestos aceptados en el contexto de su emisión, los cuales son unidos a sus antecedentes para formar una condición suficiente del consecuente. Así, en los casos en que alguno de los presupuestos implícitos unidos al antecedente no concurre, la de construcción condicional es «derrotada». Que sea derrotada significa la verdad de «*A* pueda ser obligatoria en caso el *B*» y la falsedad de «*A* pueda ser obligatoria en los casos *B* y *C*», ya que la presencia de *C* cancela el consecuente, porque cuando no concurren las excepciones implícitas del condicional o concurren otras este es derrotado[366].

El conjunto de presupuestos vinculados al contexto de emisión y unidos al antecedente está directamente vinculado con la noción de normalidad, la cual es relativa al conjunto de creencias del emisor y al contexto de la enunciación. El carácter relativo de esta noción es lo que dificulta la confección detallada de una lista de excepciones implícitas, pues convierte en ambiguas muchas de estas situaciones desde el punto de vista del intérprete. No obstante, en el terreno jurídico, en ocasiones una interpretación sistemática de las normas condicionales puede contribuir a determinar sus excepciones implícitas, ya que estas pueden encontrarse en otras formulaciones normativas del sistema. En consecuencia, para la determinación de estas excepciones implícitas, Alchourrón y Bulygin consideran más adecuado un enfoque disposicional, porque presenta una mayor vinculación con algunos problemas de interpretación jurídica, y también, posibilita capturar el carácter relativo de estas excepción, las cuales puede variar entre distintos emisores de la misma formulación y diversos tiempos en los cuales esta es emitida. Sin embargo, este carácter relativo no significa que los presupuestos o excepciones implícitas dependan de la formulación particular utilizada, pues ellos dependen únicamente del contenido conceptual expresado a través de dichas formulaciones[367].

De acuerdo con el enfoque disposicional, una condición C en relación a una afirmación condicional «si A entonces B» formulada por una autoridad X en un tiempo T puede ser: i) una «excepción implícita», cuando existía una disposición de la autoridad a rechazar «si A y C entonces C», de manera que, C debe ser incluida como excepción en el contenido

365 (Alchourrón & Makinson, 1981, pp. 138-139).
366 (Alchourrón, 1996, p. 6) y (Alchourrón, 2010b[1996], p. 167).
367 (Alchourrón, 2010a[1996], pp. 135-137) y (Alchourrón, 2010b[1996], pp. 167-169).

conceptual del condicional, pues es verdadero X al tiempo T hubiese hecho tal excepción al considerar la concurrencia de A y C como antecedentes del condicional; ii) una «no-excepción implícita», cuando existía una disposición de X a aceptar «si A y C entonces C», de manera que, C debe ser excluida del contenido conceptual del condicional, pues es falso X en el tiempo T hubiese hecho tal excepción al considerar la concurrencia de A y C como antecedentes del condicional ; y iii) «indeterminada» como excepción, cuando no existía una disposición de la autoridad a rechazar o aceptar «si A y C entonces C», de manera que, C pasa estar indeterminado[368].

La importancia de determinar el rol que puede desempeñar C en una norma formulada condicionalmente se presenta cuando los jueces, en la aplicación y evaluación de la derrotabilidad de esta formulación, pueden establecer una nueva norma y consecuentemente generar un nuevo *Sj*. Así, cuando un tribunal considera a C como una excepción implícita y según el enfoque disposicional C efectivamente desempeña esta función para el legislador, la norma aplicada por el tribunal es idéntica a la norma dictada por el legislador. A su vez, cuando un tribunal considera a C como una excepción implícita y de acuerdo con el enfoque disposicional C no desempeña esta función para el legislador, la norma aplicada por el tribunal es una nueva norma, incompatible con la dictada por el legislador, de modo que, se ha generado un nuevo *Sj*. Por su parte, cuando un tribunal consideran a C como una excepción implícita y de acuerdo con el enfoque disposicional C estaría indeterminada para el legislador, la norma aplicada por el tribunal no es idéntica a la norma dictada por el legislador, pues constituye un contenido normativo más preciso y compatible con la norma previa, de modo que, al poseer propiedades distintas es una nueva norma que genera un nuevo Sj[369].

c) Los componentes del ordenamiento jurídico

Los actos de introducción y eliminación de normas jurídicas realizados por las autoridades normativas producen los cambios de *Sj*, y estos actos pueden afectar tanto a las normas independientes como a las normas dependientes (formuladas o derivadas). No obstante, aún se debe determinar cómo se crean, identifican, describen y cuáles son los atributos de las normas jurídicas. Además, como para determinar algunos casos de derogación es necesario diferenciar entre los distintos tipos de normas, se deben señalar los reconocidos por los autores. En consecuencia, la presentación de las condiciones de creación, identificación, descripción y los atributos de las normas, junto con la exposición de los distintos tipos de normas resulta clave para una adecuada presentación de las ideas de Alchourrón y Bulygin.

Creación. Una condición necesaria para considerar que se ha creado una norma es que la autoridad normativa al prescribir emane una «formulación normativa» cuyo significado es una «norma», es decir, las normas son los significados de las formulaciones normativas usadas por una autoridad para prescribir. En consecuencia, solo una vez se han

[368] (Alchourrón, 1996, p. 12) y (Alchourrón, 2010b[1996], pp. 167-168). Alchourrón argumenta que no debe resultar extraño situarse hipotéticamente en el lugar de la autoridad al momento de dictar la norma condicional, pues como se está tratando de comprender el contenido conceptual de una acto de habla, es adecuado considerar el conjunto de creencias fácticas y valorativas de la autoridad, lo cual implica considerar su disposición y reacción frente a determinadas circunstancias.
[369] (Bulygin, 2007b, p. 182) y (Alchourrón, 2010b[1996], pp. 169-170).

interpretado las formulación normativas se puede hablar de una norma, formulaciones normativas diversas pueden expresar la misma norma y todo cambio en la interpretación de dichas formulaciones normativas puede acarrear el surgimiento de una nueva norma. Por ende, cuando el contenido de una formulación normativa es idéntico al de alguna norma ya perteneciente al *Sj*, no se ha creado ninguna nueva norma, solo se añade una formulación normativa, la cual expresa de manera redundante una norma ya existentes en el *Sj*[370].

En una concepción hilética, el aspecto normativo debe ser entendido como un tipo de entidad abstracta parecida a las proposiciones que forman parte del contenido conceptual de algunas expresiones. Por ende, estas expresiones tienen un sentido normativo puramente conceptual independiente del lenguaje en el cual son expresadas y de su formulación por alguna autoridad normativa, ya que al ser entendidas como una especie de proposición poseen una existencia atemporal. Por lo cual, como esta caracterización de las normas se opone directamente a la idea de una existencia temporal de las normas jurídicas, Alchourrón y Bulygin proponen vincular esta idea de existencia temporal con la noción de «pertenencia» de las normas a un ordenamiento jurídico dinámico, es decir, a la secuencia de *Sj* que integran un *Oj*. De este modo, como la pertenencia a un *Sj* constituye una noción temporal, la existencia de las normas jurídicas es reconducida hacia su pertenencia a los sistemas, para así dar cuenta de la idea de una existencia temporal[371].

Atributos. Como señalé, esta noción de existencia de las normas jurídicas, como pertenencia a un *Sj*, se caracteriza por su carácter relacional, descriptivo y relativo. Adicionalmente, Alchourrón y Bulygin predican de las normas jurídicas su validez, obligatoriedad, vigencia y eficacia bajo distintas condiciones, a saber: i) la «validez» se presenta cuando una norma ha sido dictada por una autoridad competente, es decir, una autoridad autorizada por una norma superior para dictar dicha norma; ii) la «obligatoriedad» se da cuando los destinatarios de las normas y sus órganos de aplicación tienen el deber de cumplirlas y aplicarlas –utilizarlas como fundamento de sus decisiones–; iii) la «vigencia» constituye un tipo de existencia fáctica de las normas manifestada cuando hay ciertos hechos que se corresponden con ella, v.gr., cuando existen buenas razones para afirmar que sería aplicada en caso de que se dieren las condiciones para su aplicación; y finalmente, iv) la «eficacia» se presenta cuando las normas son de hecho obedecidas por sus destinatarios y/ o aplicadas por las autoridades jurídicas del ordenamiento jurídico[372].

Identificación. Si las normas están contenidas o son expresadas por las formulaciones normativas emanadas de la autoridad resulta fundamental su identificación, la cual puede ser caracterizada como la actividad que obtiene las normas jurídicas a partir del derecho escrito emanado de la autoridad y/o el derecho consuetudinario generado por una comunidad. En el caso del derecho escrito la formulación normativa proporciona una mayor certeza, aunque la determinación de qué norma es expresada por tal formulación es una cuestión abierta que depende de los usos que la comunidad de hablantes dé a las palabras que integran la formulación y a sus reglas de composición (gramaticales). Por

370 (Bulygin, 1991[1966], p. 360), (Alchourrón & Bulygin, 1996, pp. 134-138) y (Bulygin, 2007b, p. 208)
371 (Alchourrón & Bulygin, 1979, pp. 15-58), (Alchourrón & Bulygin, 1981, p. 96) y (Alchourrón, 1991[1988], p. 297)
372 (Alchourrón & Bulygin, 1979, p. 61), (Bulygin, 1991[1966], p. 364) y (Alchourrón & Bulygin, 1996, p. 136).

tanto, a cada formulación normativa no corresponde una único sentido (norma), y además, dichos sentidos pueden cambiar con el paso del tiempo y de comunidad en comunidad[373].

Así, para Alchourrón y Bulygin, la identificación de una norma jurídica se obtiene a partir de la identidad de su significado, de modo que, al cambiar el significado cambia la norma aunque no haya cambiado la formulación que la expresa, v.gr., si un tiempo T_1 un objeto era embargable, y luego, en un tiempo T_2 deja de serlo, la norma que determina qué bienes son embargables ha cambiado con el paso del tiempo aunque su formulación normativa no haya sido modificada, como acontece generalmente en los derechos positivos actuales. La importancia de este ejemplo, generalmente utilizado por los autores, muestra su inclinación por una visión *fregeana* del significado, ya que en ella, al estar integrado el significado de los términos por la connotación y denotación, cualquier cambio en uno de ellos produce un nuevo significado, es decir, una nueva norma[374].

En consecuencia, la adopción de una noción de identidad de las normas resulta fundamental para su identificación, y consecuentemente, para la observancia que deben realizar de ellas sus destinatarios, ya que sin su identificación no es posible obedecerlas, cumplirlas, aplicarlas o derogarlas.

Descripción. El uso de términos normativos como «obligatorio», «prohibido» y «permitido» puede tener por objeto expresar una norma (prescribir) o expresar una afirmación acerca de una norma (describir), y en este último caso aquello que se formula es una proposición normativa que describe las normas válidas de un sistema, i.e., una proposición que solo informa sobre la existencia (pertenencia) de una norma en un *Sj* a partir de la satisfacción de ciertos criterios de validez.

Es importante precisar que, en la obra de Alchourrón y Bulygin, la expresión «proposición normativa» puede resultar ambigua, ya que en relación con la distinción hilético-expresiva alude a un contenido conceptual específico (prescriptivo) manifestado en el nivel semántico, cuya existencia es negada por una concepción expresiva de las normas. En cambio, en el contexto de la descripción de las normas de un sistema refiere contenido de las afirmaciones que describen la pertenencia o existencia de una norma o más normas a un *Sj*. Como este último sentido es el que domina su obra, de ahora en adelante, será este último el significado atribuido a la expresión «proposición normativa», i.e., una proposición que solo informa sobre la existencia (pertenencia) de una norma a un *Sj*.

La distinción entre los distintos usos que se hace de los términos normativos es relevante, porque los usos prescriptivo o descriptivo tienen propiedades diferentes, por ejemplo, las normas no son verdaderas o falsas, pero sí pueden ser válidas/inválidas, eficaces/ineficaces o justas/injustas; en cambio, las proposiciones normativas pueden ser verdaderas o falsas, pero no es posibles predicar de ellas atributos específicamente normativos como validez, eficacia, obligatoria, vigencia, entre otros. Así, las proposiciones serán verdaderas cuando el *Sj* contiene una norma que obliga, prohíbe o permite una determinada acción y falsa en

---

373 Esta influencia *wittgensteniana* en: (Alchourrón & Bulygin, 1983, p. 15), (Bulygin, 1998b, p. 46) y (Bulygin, 1991[1986], p. 466 y 470). Como señalé en la introducción, Alchourrón y Bulygin solo reconocen al derecho consuetudinario como elemento de los derechos positivos, pero nunca desarrollaron sus alcances.

374 (Alchourrón & Bulygin, 1983, p. 15) y (Alchourrón, 2010b[1996], p. 172). No obstante esta presentación estándar de la identidad de la normas dentro de una concepción hilética, Bulygin (1982a) añade como criterio adicional el ámbito de aplicabilidad, ya que sostiene estar frente a normas distintas cuando este cambia.

caso contrario. Esto último, destaca el carácter particular de este tipo de proposiciones, el cual se manifiesta en que su contenido puede expresar el carácter obligatorio de algunas acciones, a través de reconducirlo a una aserción acerca de la existencia de las normas[375].

A partir de esta distinción y desde sus inicios Alchourrón y Bulygin proponen la existencia de dos tipos de lógicas normativas diferentes entre sí. Una lógica de norma preocupada por presentar las propiedades y relaciones lógicas existentes entre ellas a partir de la semántica de los términos normativos, y una lógica de proposiciones normativas centrada en las propiedades y relaciones lógicas presentes entre las proposiciones normativas a partir de los actos normativos de una autoridad determinada. Ambas tipos de lógica recorren toda su obra y están directamente relacionadas con las explicaciones que ellos desarrollan de las concepciones de las normas jurídicas que ellos adoptan en distintos momentos[376].

Tipos de normas. Una distinción generalmente aceptada sobre los diversos tipos de normas que pueden ser expresados por las formulaciones normativas diferencia entre: i) las «normas de conducta» que prescriben la realización de una cierta acción o la producción de un cierto estado de cosas, generalmente, divididas entre normas imperativas (órdenes y prohibiciones) y normas permisivas; ii) las «reglas conceptuales» que tienen por función definir conceptos o modelos de conducta que no existen fuera de esas reglas; y iii) las «reglas técnicas» que refieren a los medios que han de ser usados para lograr un fin determinado. A partir de esta distinción, los autores otorgan a las normas de conducta un rol fundamental a lo largo de toda su obra, las cuales se fuerzan por diferenciar de «otros enunciados normativos», como reglas conceptuales, técnicas o de otro tipo. Así, las primeras son ejemplificadas mediante las formulaciones que expresan obligación, prohibición o permisión, y las segundas, a través de definiciones legales, normas de competencia y disposiciones derogatorias[377].

Por consiguiente, las normas de conducta o normas en sentido estricto son los sentidos normativos que ordenan, prohíben o permiten la realización de una conducta o la producción de un estado de cosas, y dentro de la obra de Alchourrón y Bulygin, son piezas claves para construir una lógica de normas. De este modo, una concepción hilética solamente necesita admitir un acto lingüístico: afirmar o aseverar, pues el carácter normativo forma parte del contenido conceptual de la proposición, i.e., basta con usar ciertas expresiones para que concurra lo normativo. En otras palabras, el contenido conceptual de las normas está compuesto de proposiciones descriptivas y operadores normativos que modalizan a las primeras. Las primeras contienen las acciones o estados de

---

375 (Bulygin, 1982b, p. 31), (Bulygin, 1991[1961], pp. 334-338), (Alchourrón & Bulygin, 1991[1989], pp. 315-320), (Bulygin, 1995, p. 132), (Alchourrón & Bulygin, 1996, p. 141), (Bulygin, 2003, p. 16) y (Bulygin, 2005a, p. 36). Para los autores, las «proposiciones normativas» siempre son simplemente descriptivas, y no dicen nada acerca de la aceptación de la regla respecto de la cual afirman su existencia, ni tampoco acerca de cuál es su regla de reconocimiento.

376 Pese a que no desarrollaré directamente los desarrollos lógicos de los autores, es importante señalar que ellos se sitúan entre quienes dudan de la posibilidad de atribuir verdad o falsedad a las normas, y a la vez, sostienen que la lógica tiene un ámbito más amplio que la verdad, por ejemplo, esta posición se encuentra en: (Alchourrón & Bulygin, 1991[1989]), (Alchourrón & Martino, 1987/88), (Bulygin, 1995), y (Bulygin, 2007b, p. 189), y una visión contraria en (Alchourrón, 1995).

377 (Alchourrón & Bulygin, 1976, pág. 5), (Alchourrón & Bulygin, 1979, p. 74), (Bulygin, 1991[1988], pp. 487-494) y (Alchourrón & Bulygin, 1996, p. 138). Alchourrón y Bulygin toman la primera distinción de (von Wright G. , 1963, pp. 1-15), y dentro de la segunda, únicamente presentan como tipos de otros enunciados normativos a las definiciones, las reglas de competencias y las disposiciones derogatorias.

cosas afectados por el carácter normativo expresado en los operadores normativos, de modo que, la expresión que sigue al operador deóntico no debe ser otra norma[378].

Cabe añadir que, a partir de la distinción entre norma y proposición normativa es posible distinguir para el caso de la permisión entre un concepto prescriptivo y dos descriptivos del mismo. El primero es utilizado para permitir una conducta en circunstancias determinadas, en cambio el segundo es un concepto relativo que describe una relación entre un estado de cosas o acciones y una norma o conjunto de ellas. En este sentido, los conceptos descriptivos derivan del hecho de que el término «permitido» al ser usado en proposición normativa puede tener dos significados: i) permiso «negativo», afirma que el sistema **æ** no contiene ninguna norma que prohíba la acción o estado de cosas Ph p, es decir, la expresión «permitido *p*» significa que la norma Php$\notin$**æ;** y ii) permiso «positivo», afirma que el sistema **æ** contiene una norma que permite la acción o estado de cosas p, esto es, la expresión «permitido *p*» significa que la norma ¬Php$\in$**æ**[379].

A su vez, el conjunto de contenidos significativos que no son normas en sentido estricto, denominado «otros enunciados normativos», está conformado por distintos contenidos significativos, dentro de los cuales, Alchourrón y Bulygin únicamente desarrollan los siguientes: i) las definiciones, ii) las normas de competencias y iii) las disposiciones derogatorias.

Las «definiciones» desarrollan una función primordial en la actividad de determinar el significado de las formulaciones normativas. En los casos en que el legislador se aparta del uso común de las palabras o expresiones, generalmente, introduce disposiciones definitorias de dichas palabras o expresiones para así explicitar el sentido que les atribuirá. Por ende, una definición legal pueden ser introducida por la autoridad para: i) ampliar el alcance de un término o expresión y así incluir en él casos que no están claramente cubiertos por su significado común; ii) restringir el alcance de un término o expresión para excluir de él casos que están claramente cubiertos por su significado común; y iii) introducir un término nuevo que no tiene un uso en el lenguaje común[380].

Todos estos propósitos perseguidos por la autoridad normativa contribuyen a que las definiciones puedan desempeñar su función de contribuir a la identificación de las normas (en sentido amplio) que figuran en los términos definidos. Quien desea guiar su comportamiento por lo establecido en las normas debe necesariamente identificarlas para poder realizar su observancia, para lo cual necesita recurrir las definiciones legislativas. De este modo, las definiciones son entendidas como reglas técnicas que establecen las condiciones necesarias para alcanzar un determinado fin (la identificación de normas), ya que quién no las utilice probablemente podría identificar otras normas. Sus efectos jurídicos se relacionan con la modificación del estatus normativo de algunas acciones o estados de cosas que son dependientes de la modificación de las definiciones del sistema,

---

[378] (Alchourrón & Bulygin, 1979, p. 52) y (Alchourrón, 1991[1988], p. 293). Sin entrar en el problema de los operadores deónticos reiterados, considero que Alchourrón y Bulygin tienden a negar esta posibilidad.

[379] (Alchourrón, 1972, p. 452), (Alchourrón & Bulygin, 1977, p. 295), (Bulygin, 1995, p. 133), (Bulygin, 2003, p. 16), (Bulygin, 2005a, pp. 36-37) y (Bulygin, 2010, pp. 284-285). La relación entre esta distinción y la derogación se desarrolla en la letra g) del punto 4.2.2, y también, en la letra f) del punto 4.3.2.

[380] (Alchourrón & Bulygin, 1983, p. 29) y (Alchourrón & Bulygin, 1996, p. 139). Las definiciones legales estipulan el significado de algunas palabras o expresiones, y no informan acerca de sus usos lingüísticos. En consecuencia, las definiciones legales no pueden ser calificadas de verdaderas o falsas.

v.gr., si la definición D1 permite identificar la norma N_1 y la definición D2 permite la identificación de N_2 resulta evidente que diversas definiciones identifican distintas normas, las cuales al producen diferentes *Sj*[381].

En relación con las «normas de competencia», Alchourrón y Bulygin sugieren que estas deben ser caracterizadas como reglas conceptuales, ya que definen ciertos tipos de conductas. En un *Sj*, las normas de competencia o normas que confieren potestades hacen posible que una persona mediante sus actos pueda producir ciertos efectos jurídicos, ya que definen las formas en que, por ejemplo, deben ser celebrados los contratos o matrimonios para que sean válidos, o bien, establecen los límites dentro de los cuales es válida una decisión de la autoridad. En su carácter de reglas conceptuales, las normas de competencias crean imposibilidades, pues no es posible atribuir el carácter de lo definido a las cosas que se encuentran fuera de su definición. Además, dan lugar a la nulidad cuando no son satisfechas las condiciones establecidas en ellas para que una norma, acto o documento sea considerado válido. Así, al constituir la nulidad una parte integrante de estas normas, resulta más sencillo diferenciarlas de las reglas de conducta, que no producen este efecto[382].

Finalmente, las «disposiciones derogatorias» no pueden ser clasificadas como reglas de conducta, ni como reglas conceptuales o técnicas, de modo que, constituyen otro tipo de norma aún no determinado. Este tipo de enunciados tampoco definen modelos de conducta que no existen fuera de esas reglas, y menos aún refieren a los medios que han de ser usados para lograr un fin determinado. Además, las disposiciones derogatorias no obligan, prohíben o permiten ninguna acción o estado de cosas, ya que no constituyen órdenes destinadas a remover una norma o enunciado del sistema, pues con independencia a si la orden es obedecida o no, la norma o enunciado objeto de la disposición es igualmente derogado. Además, aunque la disposición derogatoria refiera a una norma, ella no es una norma, sino más bien constituye la formulación lingüística de un acto de rechazo que produce efectos jurídicos mediante la eliminación de normas o enunciados normativos, como consecuencia de su introducción en el *Sj*. Si se considera el rol fundamental que desempeña la derogación en la visión que presentan Alchourrón y Bulygin de los *Sj* dinámicos, resulta sumamente curioso que nunca hayan desarrolla una propuesta en torno al carácter de las disposiciones derogatorias –en adelante utilizaré el término «norma» para aludir tanto las normas de conducta como a los otros enunciados normativos, salvo excepciones explícitas–[383].

4.2.2 La derogación

Del producto de todas las promulgaciones se obtiene un conjunto formado por todo el material normativo emanado desde la autoridad creadora de derecho. Este conjunto puede ser dividido en dos grandes subconjuntos, uno compuesto por los elementos que satisfacen ciertos requisitos establecidos por el *Sj* y otro constituido por su clase complementaria, i.e.,

381 (Alchourrón & Bulygin, 1983, pp. 22-29) y (Alchourrón & Bulygin, 1996, p. 139). Aunque los autores caracterizan como la función principal de las definiciones la identificación de las normas en sentido estricto, es posible ampliar esta labor de identificación a la de otros enunciados normativos.
382 (Bulygin, 1991[1988], pp. 487-497) y (Alchourrón & Bulygin, 1996, p. 139).
383 (Alchourrón & Bulygin, 1979, p. 74), (Alchourrón, 1982, p. 52) y (Alchourrón & Bulygin, 1996, p. 139). Una interesante propuesta explicativa de las actos derogatorios y sus disposiciones en armonía con las propuesta de Alchourrón y Bulygin en (Mendonca, 1993).

aquellos que no satisfacen dichos requisitos. Así, el primer subconjunto y sus elementos son utilizados por Alchourrón y Bulygin para construir su teoría de los *Sj*, y consecuentemente, sus planteamientos en torno a la derogación. Por ende, es este primer subconjunto, el aludido en la definición de *Sj*, y sus elementos, aquellos productos de una promulgación que han satisfecho algunos de los criterios de pertenencia al mismo (pertenencia directa, legalidad y deducibilidad), en los cuales se produce la derogación.

Por tanto, como todo elemento del sistema es necesariamente válido, en la obra de estos autores, no tienen sentido las nociones de nulidad o anulabilidad, como componentes de una reconstrucción de los ordenamientos jurídicos. No obstante, sus ideas sobre la aplicabilidad y distribución normativa sí constituyen desarrollos que ayudan a explicar los casos de inaplicabilidad, entendida esta como un mecanismo de exclusión normativa. A su vez, los desarrollos son bastante amplios respecto de la derogación, ya que, como señalé, para Alchourrón y Bulygin, este fenómeno es entendido como toda eliminación de normas. Por lo cual, es central dentro de su reconstrucción de los *Sj* y el *Oj*, pues a través de la derogación y promulgación se produce y explica la dinámica normativa.

a) Derogación: acto de rechazo y eliminación

De acuerdo con las cinco reglas genéricas formuladas como esquema definicional para la identificación de un *Oj*, es adecuado sostener que, para responder la pregunta de ¿cuáles son las normas que integran un *Sj* en un momento determinado T_1?, es necesario conocer no solo cuáles son las normas independientes, las normas promulgadas válidamente y aquellas que se derivan de ambas, sino también, qué normas han sido eliminadas del sistema antes de T_1. Por lo cual, la derogación es un elemento fundamental para determinar el contenido de los *Sj* que pueden integrar un *Oj*.

Alchourrón y Bulygin sugieren descomponer la derogación en dos aspectos: i) un acto de rechazo realizado por la autoridad normativa, y ii) la eliminación de ciertas normas con base en el acto de rechazo. El rechazo es un acto esencialmente lingüístico realizado por la autoridad y se opone a la promulgación, pues mediante él la autoridad manifiesta su voluntad de que una norma no sea, i.e., que no esté exigido o permitido lo establecido en la norma. Por su parte, la eliminación es una operación de sustracción regulada por ciertas reglas, las cuales tienen por objeto determinar qué normas deben ser sustraídas del sistema como consecuencia del acto de rechazo[384].

Acto de rechazo. Al igual que en el caso de la promulgación, es necesario que la autoridad sea competente y que lo derogado sea una norma para que se manifieste el carácter dinámico del *Oj*, es decir, se necesita que una norma autorice a la autoridad para realizar tal acto, y además, que lo derogado (eliminado) sea una norma y no la formulación de una norma. En este último caso la autoridad únicamente decide eliminar una de las formulaciones que expresan una misma norma, de manera que, su eliminación solamente produce una presentación más económica del sistema al eliminarse el elemento superfluo. Así, se distingue entre una «derogación formal», que afecta únicamente a la formulación de

[384] (Alchourrón & Bulygin, 1979, p. 74).

una norma y produce la simplificación de la base del *Sj*, y la «derogación material», que está dirigida a una norma del *Sj* –en adelante se desarrolla únicamente la derogación material[385].

En una concepción hilética la autoridad rechaza del sistema una norma-sentido, y la eliminación de ese contenido conceptual rechazado acarrea consigo la eliminación de todas las normas y conjuntos de normas que lo implican, pues de otro modo la norma rechazada continuaría integrando la secuencia de sistemas subsiguientes al acto de derogación. Por lo tanto, como una norma deja de pertenecer a la secuencia de *Sj* de un *Oj* cuando es derogada, la noción de sistema se ajusta a un momento temporal determinado, i.e., un *Sj* en un tiempo T_1 es el conjunto de todas la normas que pertenecen al sistema con anterioridad a T_1, en el mismo tiempo y que aún no han sido derogadas por la autoridad[386].

Como en un mismo momento es posible realizar un acto de promulgación y otro de rechazo, resulta oportuno distinguir entre: i) un acto de «rechazo simple», cuando únicamente se deroga una norma sin añadir ninguna otra en su lugar; y ii) un acto de «rechazo complejo», cuando se deroga una norma y se sitúa otra en su lugar. Estos tipos de rechazo deben ser diferenciados de otros actos similares reconocidos por los autores, como las enmiendas y las reformas. Una «enmienda» consiste en reemplazar una parte de una formulación normativa por otra, de modo que, igualmente está compuesta de dos elementos, una eliminación y una agregación, pero como la enmienda se realice en un nivel sintáctico y no semántico, su realización no implica necesariamente un cambio en este último, y consecuentemente, un cambio en el *Sj*. A su vez, una «reforma» puede consistir en la supresión de un artículo o disposición, en añadir nuevas palabras, oraciones o párrafos a este, o bien, en reemplazarlo completamente por otro[387].

Igualmente, se distingue entre el acto de rechazo dirigido a normas formuladas del destinado a normas derivadas, así se diferencia entre: i) el «rechazo explícito» que rechaza normas formuladas; y ii) el «rechazo implícito» que rechaza todos los subconjuntos de las normas formuladas que implican a la norma rechaza. De manera excepcional, el rechazo explícito solo conlleva la eliminación de los elementos rechazados explícitamente (abrogación simple), pues en la mayoría de los casos lo eliminado no es únicamente los elementos rechazados de manera explícita, sino también cualquier otro elemento que esté implicado en ellos, situación en la que se está ante una «derogación». Sin embargo, en ocasiones Alchourrón y Bulygin diferencian entre «revocar» y «rechazar», la primera se presentaría cuando únicamente se excluye de la base del sistema la formulación normativa que expresa una norma sin la intención de rechazar la norma expresada por esta, v.gr., revocar el artículo X de la ley Y, es decir, solamente se abroga la formulación de la norma y consecuentemente la norma expresada por esta, pero como la misma norma puede estar expresada en otra formulación o ser derivada de otras normas del sistema, la norma en sí misma no es necesariamente eliminada del sistema cuando se presenta la «revocación». En cambio, cuando se presenta una «rechazo» aquello que debe ser excluido del *Sj* es una norma, de modo que, para satisfacer el rechazo se sustrae dicha norma del sistema

385 (Alchourrón & Bulygin, 1977, p. 303), (Alchourrón & Bulygin, 1979, p. 76) y (Alchourrón, 1982, p. 53). Como acertadamente sostienen Moreso y Navarro (1992, p. 140) y (1993, p. 99) estas afirmaciones debilitan la relación entre acciones de la autoridad de *Sj* y cambios en este. Además, lo mismo puede ser predicado de una promulgación redundante.

386 (Alchourrón & Bulygin, 1979, p. 85) y (Bulygin, 1982a, p. 71).

387 (Alchourrón & Makinson, 1981, pp. 130-131), (Alchourrón, 1982, p. 52), (Bulygin, 1982a, p. 73) y. (Bulygin, 2008, p. 228).

mediante la exclusión de las formulaciones que la contienen y la eliminación de las normas que pueden servir de base para derivarla[388]

Por consiguiente, como toda derogación implica un rechazo, a cada acto de derogación corresponde un conjunto rechazado. Este es el conjunto de todos los conjuntos rechazados expresa o implícitamente, y que conlleva alguna de las normas expresamente rechazadas. En relación con la base del sistema, es el conjunto de todos los subconjuntos de las normas formuladas del sistema que son rechazadas. De este modo, lo rechazado es siempre un conjunto de conjuntos, y no un conjunto de normas como en el caso de la promulgación, i.e., se rechaza una familia de normas[389].

Operación de eliminación. Con base en un acto de rechazo aquello que debe ser eliminado es un conjunto de conjuntos, y esto se puede realizar mediante la eliminación de solo alguno de sus elementos y no de todo el conjunto. Como los conjuntos se definen extensionalmente basta con la eliminación de uno de sus elementos para obtener un nuevo conjunto. Así, al poder eliminar solo uno o alguno de sus elementos es posible evitar la eliminación de todo el sistema por la derogación de una sola de sus normas. Por tanto, las condiciones que debe cumplir una eliminación son: i) se debe eliminar por los menos una norma de cada conjunto rechazado, y ii) no tienen que ser eliminadas más normas que las estrictamente necesarias para satisfacer la primera condición («derogación minimal»)[390].

Así, Alchourrón y Bulygin entienden por derogación:

> «…lo que vamos a llamar *una derogación* en α con base en π, donde α es el conjunto de todas las normas formuladas del sistema y π el conjunto de las normas expresamente rechazadas: es el conjunto formado tomando *por lo menos* una norma de cada conjunto rechazado de α…» (1979, p. 90)

Lo rechazado es un «conjunto de conjuntos» y este puede ser eliminado mediante la sustracción de alguno de sus elementos, de manera que, si se desea satisfacer la segunda condición señalada, será necesario restar normas de los conjuntos rechazados hasta que ninguno de sus elementos puedan ser restados sin que dichos conjuntos dejen de ser rechazados, obteniendo así «conjuntos rechazados mínimos» cuyas normas son necesarias para la implicación de la norma expresamente rechazada. Entonces, para satisfacer la primera condición resulta necesario eliminar todos los conjuntos rechazados mínimos, esto es, eliminar al menos una norma de cada uno de ellos, para obtener de esta manera una «derogación minimal». Esta derogación minimal se presenta cuando es posible formar un conjunto de normas o una selección de conjuntos rechazados mínimos caracterizada por dejar de ser una derogación cuando se le resta alguno sus elementos. En definitiva, la regla de eliminación a partir de un conjunto rechazado establece que, para cumplir las

---

388 (Alchourrón & Bulygin, 1979, pp. 83-86), (Alchourrón & Makinson, 1981, p. 130) y (Bulygin, 1988, p. 290). Como estas distinciones, no siempre presentes de manera expresa en la obra de Alchourrón y Bulygin, han motivado a Aguiló (1992, pp. 267-271) a sostener que los autores no realizan diferencias sustanciales entre la eliminación de una formulación normativa y la derogación de una norma formulada, y además, que la noción de rechazo no da cuenta de la derogación por incompatibilidad.

389 (Alchourrón & Bulygin, 1979, pp. 85-87) y (Alchourrón, 1982, p. 54). Una trabajo que asimila la promulgación y derogación dentro del *Sy*, en (Navarro, 1993a) y (1993b), y una posición que sugiere la indeterminación lógica del sistema para actos de promulgación, una se reconoce la posibilidad de normas derivadas inválidas, en (Oronesu, Rodríguez, & Sucar, 2001, pp. 39-40).

390 (Alchourrón & Bulygin, 1979, pp. 87-88) y (Alchourrón, 1982, p. 54).

condiciones de la eliminación deben ser eliminadas todas las normas que pertenecen a una derogación minimal, es decir, un acto de derogación requiere la eliminación del *Sj* de todos los elementos de una derogación minimal y nada más[391].

b) Indeterminación lógica del sistema

De acuerdo con Alchourrón y Bulygin, los criterios de identificación de los *Sj* no solo determinan la identidad del *Oj*, sino también la unidad de este, ya que en su aplicación resulta posible obtener en cada momento un *Sj* determinado o determinables; y esta noción de unidad se manifiesta en la idea de que los *Sj* pertenecientes a un *Oj* forman una secuencia lineal distribuida en el tiempo.

En un *Sj* compuesto por las normas formuladas: N_1 (Pp∧Pq∧Pr), N_2 (Op) y N_3 (Oq), esto es, Cn(N_1, N_2 y N_3), la derogación de una de sus normas formuladas N_3 (Oq) produce la eliminación, junto a ella, de todas las normas que derivan de ella (Pq) y aquellas que la necesitan para su derivación (Pp∧Pq, y Pr), i.e, las normas Pq, Pp∧Pq y Pr resultan eliminadas. En esta situación la derogación es unívoca, es decir, como la derogación de una norma formulada de un Sj_1 produce siempre un Sj_2 igualmente determinado, la unidad del *Oj* no resulta afectada[392].

En cambio, en la derogación de una norma derivada el resultado no siempre es un *Sj* determinado, ya que puede resultar una pluralidad de sistemas alternativos indeterminados. Un caso de indeterminación se presenta cuando en el mismo *Sj* Cn(N_1, N_2 y N_3) es derogada la norma derivada Pp∧Pq (obtenida de la unión de las normas derivadas Pp y Pq que se derivan de Op y Oq respectivamente), ya que si bien es clara la derogación de la norma derivada Pr, que necesita de ella para ser derivada, no resulta igualmente clara la derogación de Pp o Pq, pues ambas normas por separado permiten su eliminación del sistema. Por tanto, como solo es necesario derogar una de ellas para evitar su derivación, y no hay criterios lógicos que contribuyan a tomar una decisión, surge la pregunta ¿qué norma debe ser derogada? Como la respuesta a esta pregunta no puede ser proporcionada mediante criterios lógicos, el resultado de la derogación de Pp o Pq produce dos sistemas alternativos que rompen con la unidad del *Oj* al generar *Sj* alternativos[393].

En un caso como el recién señalado, es posible aplicar la regla de eliminación a dos o más derogaciones minimales, es decir, como dos o más conjuntos de normas satisfacen las condiciones de la eliminación, existen diversas maneras de practicar la derogación, y consecuentemente, hay diferentes *Sj* resultantes de la eliminación. En otras palabras, la derogación mininal no es un conjunto de normas sino que constituye más de un conjunto, porque los conjuntos rechazados mínimos tienen más de una norma, y así surgen diversas maneras de construir una derogación minimal. Por lo cual, cuando la derogación minimal es una familia de conjuntos la eliminación puede ser satisfecha de diferentes formas, pero al no existir un criterio para elegir entre estas diferentes formas, la derogación se encuentra indeterminada, y consecuentemente, su resultado igualmente pasa a estar indeterminado. La

[391] (Alchourrón & Bulygin, 1979, pp. 89-94) y (Alchourrón, 1982, p. 55). Los trabajos de Navarro (1993a) y (1993b) revisan en mayor detalle las diferencias entre los elementos eliminados por ser rechazados expresamente y los que son eliminadas como consecuencia de los primeros.
[392] (Alchourrón & Bulygin, 1976, págs. 11-13) y (Alchourrón & Bulygin, 1977, p. 304).
[393] (Alchourrón & Bulygin, 1976, págs. 13-14) y (Alchourrón & Bulygin, 1977, pp. 305-306).

producción de una familia de conjuntos de normas rompe la secuencia lineal de sistemas y convierte al *Oj* en una ramificación de *Sj* formada en atención a cuantas maneras existan de satisfacer la eliminación. En esta situación, denominada «indeterminación lógica del sistema», la autoridad normativa rechaza ciertas normas, pero no logra determinar su eliminación, de modo que, únicamente fija el marco dentro del cual es posible realizar la derogación (eliminación), i.e., solo determina las condiciones para que esta sea practicada[394].

Alchourrón y Bulygin sugieren subsanar los efectos indeseables de la indeterminación y restablecer la unidad y sucesión de sistemas mediante un acto decisional. Este consiste en establecer expresamente cuáles son las normas pertenecientes al sistema y cuáles no, lo que significa optar por uno de los sistemas alternativos. Una vez realizada esta selección y efectuada la eliminación, el resultado vuelve a ser unívoco, es decir, se disuelve la ramificación y se continúa la secuencia lineal de sistemas. Adicionalmente, solo cabe destacar que, esta situación muestra el carácter asimétrico de las operaciones de promulgación y derogación, ya que, como fue señalado, la primera de ellas produce resultados perfectamente definidos, es decir, una situación en la cual es posible identificar tanto las normas promulgadas como el sistema resultante de su incorporación[395].

c) Derogación y formulación normativa

Otra manera de evitar los efectos indeseables de la indeterminación lógica del sistema es mediante la reformulación del mismo, esto es, proponer una base axiomática nueva pero equivalente a la anterior, ya que, como demuestra Risto Hilpinen, dos sistemas normativamente equivalentes pueden ser sustancialmente diferentes cuando se presenta la derogación de uno de sus componentes. Por lo cual, para la derogación, puede resultar relevante el cambio de las formulaciones normativas que las expresan las normas del *Sj*[396].

A partir de la base axiomática de un sistema se puede obtener un código normativo constituido por un conjunto de normas que no contiene ninguna regulación que es consecuencia lógica de otras regulaciones de la base axiomática. Frente a dos códigos normativos equivalentes, porque correlacionan exactamente las mismas soluciones con los mismos casos, sean estos: Cd_1 formado por las normas N^1 (X debe trabajar todos los días de la semana entre 10 y 18 horas) y N^2 (X no debe tomar alcohol mientras trabaja), y Cd_2 integrado por las normas N^3 (X debe trabajar todos los días de la semana entre 10 y 18 horas) y N^4 (X no debe tomar alcohol entre las 10 y 18 horas), es posible mostrar sus diferencias a partir de la derogación. Si la autoridad de Cd_2 decide dictar una nueva norma N^5 (X puede beber alcohol los sábados entre 10 y 18 horas) producirá la derogación de las normas anteriores incompatibles con ella, pero esta nueva norma genera un nuevo sistema determinado, en el cual N^5 es reemplazada por N^6 (X no debe tomar alcohol entre las 10 y las 18 horas, excepto los sábados), ya que la excepción levanta aquella parte de la

394 (Alchourrón & Bulygin, 1976, págs. 15-16), (Alchourrón & Bulygin, 1979, pp. 95-99) y (Alchourrón, 1982, p. 55). Alchourrón y Bulygin reconocen expresamente que Thomas Cornides (1969) es el primero en mostrar el problema de la indeterminación lógica del sistema, aunque, a diferencia de ellos, no desarrolla sus alcances.

395 (Alchourrón & Bulygin, 1976, págs. 15-16), (Alchourrón & Bulygin, 1977, p. 306) y (Alchourrón & Bulygin, 1979, p. 97) y (Alchourrón, 1982, p. 53). Si bien en (Sauca, 2001, pp. 15-76) se encuentra un detallado análisis de la indeterminación lógica del sistema, desde mi punto de vista este autor desacierta al no dar mayor relevancia a las distintas concepciones de las normas adoptadas por los autores.

396 En Alchourrón y Bulygin, estas ideas surgen a partir del trabajo de Risto Hilpinen (1981), el cual muestra la importancia de las formulaciones normativas.

prohibición establecida por N^5 en función de que esta última es incompatible con N^4 pero compatible con N^3. En cambio, si es la autoridad de Cd_1 la que introduce la misma norma N^5 en su código normativo la situación es diversa, ya que N^5 es solo incompatible con la conjunción de N^1 y N^2, pero compatible con cada una de ellas por separado. Por lo cual, si lo derogado debe ser la conjunción ($N^1 \wedge N^2$), es posible satisfacer la eliminación mediante la derogación N^1 o N^2, caso en el cual se presenta la indeterminación lógica del sistema, porque la derogación produce dos sistemas alternativos, sin que exista un criterio para decidir entre ellos[397].

Este ejemplo muestra claramente cómo la indeterminación lógica del sistema puede igualmente estar vinculada con la particular formulación del sistema o conjunto de normas, y que la derogación no debe ser analizada únicamente en relación con sistemas normativos (en un sentido estrictamente semántico), sino también en relación con una formulación determinada del mismo, ya que la equivalencia normativa resulta insuficiente para explicar situaciones como las descritas, salvo que se adopte una concepción sintáctico-semántica de las normas. Por todo lo cual, la importancia de la reformulación de la base axiomática del sistema puede resultar crucial para evitar situaciones de indeterminación y abordar otras cuestiones prácticas como un mejor manejo del sistema (representar mejor la intención del legislador o reducir y simplificar la base).

d) Derogación y distribución normativa

La distribución en la indeterminación. Como señalé, una adecuada representación del material normativo de una comunidad debe considerar que las fuentes del derecho proporcionan no solo normas u otros enunciados normativos, sino también criterios de distribución para determinar la importancia relativa o el peso específico de los componentes de un *Sj*. Por ende, la identificación de los componentes de un *Sj* en un momento determinado debe incluir estas relaciones que establecen el peso específicos de cada uno de sus elementos, v.gr., los criterios basados en el nivel jerárquico de la autoridad que pronuncia la norma, el momento temporal en el cual fue dictada o su especialidad[398].

Así, el carácter ordenado de los *Sj* induce a considerar en su reconstrucción una serie de relaciones ordenadas que proporcionan diversas distribuciones entre sus elementos, de modo que, resulta más apropiada una caracterización de los *Sj* como una «tupla» [Cn, $>_1$… $>_2$], en la cual el primer elemento (Cn) es el conjunto de normas y el resto ($>_1$… $>_2$) las diferentes relaciones de distribución entre las normas que lo integran. Cada distribución constituye un orden parcial estricto, transitivo y simétrico, y su función es selectiva respecto de los elementos que integran el sistema, desplazando, en ciertas circunstancias, a un elemento por otro. Como señalé, la eficacia de esta selección de un elemento en desmedro de otro está condicionada por la existencia de un segundo nivel normativo que prescribe cómo deben ser manipuladas las otras normas del sistema cuando hay relaciones de distribución entre ellas (criterios de aplicabilidad)[399].

---

397 (Bulygin, 1991[1986], pp. 473-476)

398 (Alchourrón, 1982, p. 56)

399 (Alchourrón, 1982, p. 57). Una «tupla» es una secuencia ordenada de objetos, es decir, una lista con un número limitado de objetos. Un orden parcial es «estricto» '>' cuando es una relación binaria irreflexiva, transitiva y asimétrica. Una relación binaria R sobre un conjunto C es «irreflexiva» cuando ningún elemento

Para el caso de la «indeterminación lógica del sistema» los criterios de distribución constituyen elementos útiles en la elección entre *Sj* alternativos, puesto que pueden eliminar o atenuar dicha indeterminación al considerar las diferentes relaciones de graduación aplicables a las normas que pertenecen a *Sj* alternativos y remanentes. Así, será posible preferir aquel que contiene las normas de un grado superior.

En concreto, de acuerdo con Alchourrón y Bulygin, si se produce la indeterminación al aplicar la derogación D en el Sj_1, integrado por las normas (N_1, N_2, N_3,…N_n) y una secuencia de distribución ($>^1$, $>^2$, $>^3$,…$>^n$) resulta apropiado seguir los siguientes pasos:

i) Tomar la primera distribución de la secuencia ($>^1$) y comparar con base en ella los diferentes pares de elementos (N_1) del primer sistema remanente (Sr_1) con los elementos de los otros sistemas remanentes (Sr_2 integrado por N_2 y Sr_3 integrado N_3) para verificar cuál par de normas es superior a los elementos de los otros sistemas remanentes;
ii) Si se encuentra un conjunto de elementos de grado superior, el proceso ha terminado generándose el Sn_2 integrado por N_1, que se corresponde con el que posee la norma superior, en el cual $N_1 >^1 N_2$ y $N_1 >^1 N_3$;
iii) Si no existe ninguna norma superior a otra se debe emplear la segunda distribución de la secuencia ($>^2$) y proceder del mismo modo;
iv) Si el primer paso no tuvo éxito, pero existe una norma N_1 que solo es superior a otra N_3 se debe emplear la segunda distribución de la secuencia y comparar a N_1 con N_2, si la respuesta es positiva el procedimiento termina, pero en caso de que sea negativa se debe proceder del mismo modo con la tercera distribución y así sucesivamente[400].

Este procedimiento permite construir una relación gradualmente ordenada fuera de la secuencia de distribución, con la finalidad de verificar si hay alguno elemento superior a todos los otros en función de las relaciones construidas. Además, satisface la intuición jurídica de preservar los elementos más importantes de un *Sj* (aquellos de mayor grado).

Para los casos en que resulta insuficiente la comparación de normas ($N_1 >^1 N_2$) y es necesario establecer la importancia relativa de conjuntos normativos en un sentido global, v.gr., los *Sr* como un todo, a partir de las relaciones de distribución, es posible obtener relaciones «ultradistributivas». Estas son construidas como una función de las secuencias de distribución que relacionan a las normas de estos conjuntos y proporcionan criterios para optar por uno de ellos. En la aplicación de estas relaciones ultradistributiva no se elige el remanente que detenta la norma de grado superior, más bien se inducen a descartar el o los conjuntos que conservan la norma inferior, en función de los criterios de distribución que relacionan a cada una de estas normas dentro del *Sj*. Alchourrón caracteriza una relación ultradistributiva derivada de una distribución determinada como:

---

de C está relacionado mediante R. Una relación binaria R sobre un conjunto C es «transitiva» cuando un elemento A está vinculado a un elemento A, y A es uno por uno vinculado a un elemento C, entonces A está también vinculado a A, y finalmente, una relación binaria R sobre un conjunto C es «simétrica» si para todo A y B en C, que si A está vinculado a B entonces B está vinculado con A.

[400] (Alchourrón, 1982, p. 59). La sigla «*Sr*» alude a los sistemas remanentes o alternativos provocados por la derogación.

> «...Let $>_1$ be a hierarchy: we shall say that a set C_1 is more important tan another set C_2 (in symbols $C_1>_1C_2$) is and only if for each norm N of C_1 there is a norm N' of C_2 such that $N>_1N'$, and C_1 is not void...» (1982, p. 61)

Definida en estos términos, toda relación ultradistributiva es transitiva, y además, en el caso en que esta se deriva de conjuntos finitos también posee el carácter de asimétrica, de manera que, al igual que las relaciones de distribución estas relaciones constituyen órdenes parciales estrictos. Por ejemplo, si la derogación D en el Sj_1, integrado por las normas (N_1, N_2 y N_3) y una secuencia de distribución ($>^1$, $>^2$ y $>^3$) produce los siguientes conjuntos remanentes: $Sr_1(N_1, N_2,)$, Sr_2 (N_1, N_3), $Sr_3(N_2, N_3)$, es oportuno desechar el Sr_3 porque no contiene la norma más importante N_1, y así centrar el procedimiento en Sr_1 y Sr_2. Como ambos remanentes contienen la norma más importante el procedimiento continúa con el descarte del remanente que contiene la peor norma (inferior)[401].

Adicionalmente, para saber si una secuencia de distribución ($>^1$, $>^2$, $>^3$,…$>^n$) es suficiente para elegir uno de los *Sr* se debe solamente introducir dos ajustes a los pasos del primer ejemplo: i) cada referencia temporal fue hecha para una jerarquía ($>^n$) y la correspondiente ultradistributiva ($>^n$) debe ser sustituida por esta, ya que la comparación es entre conjuntos; y ii) para determinar si $Sr_1>^nSr_2$ es necesario comparar los elementos de los conjuntos remanentes y revisar si para cada norma del primer conjunto hay una norma menos importante en el segundo de acuerdo con la distribución señalada ($>^n$)[402].

Por consiguiente, a partir de las relaciones de distribución entre las normas de un sistema, se debe pensar en más de un criterio para la selección de uno de los *Sr* de una derogación, el cual una vez es determinado contribuirá a desaparecer o atenuar una posible indeterminación lógica del sistema en un *Sj* cuyos elementos están distribuidos. No obstante, en términos generales, se puede formular el criterio obtenido a partir de las relaciones de distribución entre normas, como aquel en el cual se debe elegir el remanente cuya elección sea más importante que la elección de los otros remanentes. De este modo, y a través de estos procedimientos, es posible explicitar y utilizar los elementos propios del razonamiento jurídico en el tratamiento de la indeterminación.

Distribución como derogación. Existe una exacta correspondencia entre los procesos de distribución parcial de un conjunto de normas de un *Sj* y el proceso de seleccionar un conjunto remanente a partir de una derogación, y también, en un conjunto de normas inconsistente existe una correspondencia exacta entre la distribución y la selección de un remanente de la derogación de un conjunto no vacío. En otras palabras, una distribución del sistema o cualquier modificación a dicho orden son equivalentes a una derogación de las normas descartadas por aplicación de un criterio jerárquico. De ahí que, la derogación y la distribución sean dos operaciones sustancialmente equivalentes, puesto que a cada distribución corresponde una derogación y a cada derogación corresponde una distribución con resultados equivalentes[403].

---

401 (Alchourrón, 1982, p. 61).

402 (Alchourrón, 1982, p. 62).

403 (Alchourrón & Makinson, 1981, p. 146) y (Bulygin, 1991[1986], p. 479). Por esta equivalencia, Moreso y Navarro (1992, p. 135; 1993, p. 108; 1998, p. 290) sostienen de manera poco afortunada que el término «derogación» tendría dos sentidos, uno de eliminación de normas y otro de cese de aplicabilidad.

Cuando frente a un conflicto normativo no resultan aplicables los criterios de distribución de los *Sj*, los jueces suelen imprimir una nueva distribución al conjunto de normas y así luego aplicar la norma que resulte superior a las demás. Esta construcción conlleva una serie de pasos, en los cuales la distribución escalonada de normas es construida mediante la consideración de pares relevantes de elementos del sistema, a partir de las razones que permiten considerar a una regulación del sistema más sólida y relevante que la otra. Una vez se ha establecido la nueva distribución escalonada, ella produce efectos similares o equivalentes a los provocados por una derogación, ya que produce un nuevo *Sj* en el cual la aplicación de la norma inferior resultará siempre desplazada. Por cuanto, la actividad de la distribución de normas rebasa la competencia tradicional de los tribunales invadiendo ámbitos propios del poder legislativo, como es la exclusión de normas del *Sj*[404].

La importancia de la distribución de normas dentro de un *Sj* y sus similitudes con la derogación se aprecia en el siguiente ejemplo. Un conjunto de normas A unido a una distribución parcial forma una graduación de regulaciones, la cual es un par en donde A es un conjunto no vacío de normas y ≤ la ordenación parcial de A. Este conjunto puede tener varios subconjuntos, v.gr., B y C, de modo que, cada elemento de B y C es también elemento de A (B,C⊆A), lo cual implica que para cada subconjunto B, C de normas cada elemento de las consecuencias de B, C es también un elemento de las consecuencias de A, Cn(B), Cn(C)⊆Cn(A). Así, toda ordenación parcial ≤ desempeña una doble función, por un lado, distribuye los elementos del conjunto A o de sus subconjuntos, y por otro, proporciona una manera de distribuir los subconjuntos de A, ya que con base en la distribución que proporciona para cada b∈B hay un c∈C con c≤b, y para cada b∈B hay un c∈C con un c que es menor que b (c<b), i.e., hay una ordenación parcial entre c y b (c≤b), pero c no es igual a b (c≠b) y los subconjuntos de A se distribuyen a partir de la ordenación parcial ≤[405].

Por una parte, en este conjunto de normas A que implica la proposición x, la derogación se presenta cuando la autoridad del sistema decide eliminar x, y con ello rechazar implícitamente cada elemento de A que implica x con la intención de mantener únicamente un sistema remanente. Así, si algunos elementos de C implican x, es posible elegir de A aquellos elementos que individualmente implican x para formar el conjunto D (derogado), que permite obtener un remanente a partir de A menos el conjunto D, i.e., un conjunto que tiene todos los elementos de A que no están en D. Así, x resulta excluido del conjunto A[406].

Por otra parte, cuando los subconjuntos B y C (B,C⊆A) en relación a determinados hechos empíricos verdaderos sobre el mundo implican sentencias diversas, v.gr. B implica x y C implica ¬x, un juez puede utilizar un procedimiento de distribución de los elementos del conjunto de normas para seleccionar un remanente B∈A ⊥ {x ∧ ¬x}. De este modo, a partir de las relaciones de distribución existentes entre las normas de un sistema, o bien, con base en las relaciones elaboradas por el juez es posible en algunas ocasiones resolver este tipo de problemas. Por lo tanto, la distribución puede producir un efecto similar a la

404 (Alchourrón & Makinson, 1981, p. 132) y (Bulygin, 2008, p. 230).

405 (Alchourrón & Makinson, 1981, pp. 125-127).

406 (Alchourrón & Makinson, 1981, p. 128). En este contexto A implica *x* es representado mediante *x* ∈ Cn(A). Además, ante un conjunto cualquiera de proposiciones Y, la familia de todos los subconjuntos maximales *B*⊆*A* que no implica ningún elemento de Y es (A ⊥ Y), ya que cada conjunto remanente después de una derogación Y es B ∈ Cn(A ⊥ Y), pues el proceso de A a (A ⊥ Y) es la derogación de Y en A (Alchourrón & Makinson, 1981, pp. 127-128).

derogación si la decisión del juez es seguida por sus pares, ya que uno de los dos conjuntos B o C siempre será excluido en la aplicación[407].

Por tanto, dentro de un sistema, las relaciones de distribución proporcionan criterios para superar contradicciones implícitas en un cuerpo de legislación sin necesidad de modificar las normas contenidas en él, así como también, entregan criterios para elegir uno de los conjuntos maximales (remanentes) en caso de indeterminación lógica del sistema[408].

e) Derogación y rechazo anticipado

Según Alchourrón y Bulygin, dentro de la derogación, diferenciar entre acto de rechazo y operación de eliminación permite tener claridad respecto de la imposibilidad de eliminar normas inexistentes (no pertenecientes a un *Sj*) y la posibilidad de rechazar anticipadamente ciertos contenidos normativos aún no existentes. En este último caso, en conformidad con la regla *Auctoritas superior* el acto de rechazo de una norma inexistente realizado por una autoridad superior impide la introducción de dicha norma por parte de las autoridades inferiores –esto podría ser entendido como una prohibición de promulgar dicha norma dirigida a la autoridad inferior y/o como una limitación de la competencia de esta[409].

Por ejemplo, los actos de permitir p realizados por la autoridad del sistema pueden desempeñar la función de derogar las prohibiciones en torno a p, y a su vez, dentro de un sistema de normas distribuidas escalonadamente, esta derogación tiene consecuencias adicionales, ya que las autoridades inferiores del sistema quedan vinculadas por dicha permisión en conformidad con la regla *lex superior*, pues carecen de competencia para cambiar el estatus jurídico de dicha conducta.

f) Derogación y normas permisivas

La citada vinculación de las autoridades inferiores a través de la inclusión de una permisión en el sistema es utilizada por los Alchourrón y Bulygin para entregar un sentido adicional a la permisión en los casos en que ella no deroga ninguna norma prohibitiva. Además, con la derogación, los autores pretenden mostrar la importancia de las permisiones dentro del sistema y lo equivocado de una posición que intente mostrar una equivalencia pragmática entre ella y la no prohibición o la ausencia de regulación, o también que no reconozca un estatus independiente a la permisión, e igualmente, su tratamiento como irrelevante[410].

Frente a dos Sj_1, que contiene una norma permitido Pp, y el sistema Sj_2, que no regula la acción p, si se añadiese en ambos una nueva norma (prohibido Php) evidentemente no

---

407 (Alchourrón & Makinson, 1981, p. 134). Como la equivalencia entre derogación y distribución de normas se funda en la similitud de sus efectos prácticos, pierde un poco de sentido la crítica de Aguiló (1992, p. 274) en torno a sostener que la única ordenación que produce efectos idénticos a la derogación es la fundada en el criterio *lex posterior derogat priori*.

408 (Alchourrón & Makinson, 1981, pp. 136-138) y (Alchourrón, 1996).

409 (Alchourrón & Bulygin, 1979, pp. 83-84). Al hacer equivalentes el acto de rechazo con la derogación, Aguiló (1992, p. 272) atribuye de manera infundada a Alchourrón y Bulygin la posibilidad de derogar normas aún no promulgadas, pues con base en la distinción entre rechazo y eliminación como componentes de la derogación, es que se habla de rechazo anticipado de contenidos normativos.

410 (Bulygin, 1988, p. 285).

deberían presentarse las mismas consecuencias en cada uno de los sistemas. Mientras en el Sj_1 se produce un conflicto en Pp y Php, en el sistema Sj_2 únicamente se añade una nueva norma Php. Todo lo cual muestra la inexistencia de una equivalencia pragmática entre las normas permisivas y la no prohibición de una acción o estado de cosas, y también, evidencia que el estatus normativo de las acciones reguladas en un *Sj*, es el resultado de la interacción de normas imperativas y permisivas, y no solamente de las primeras[411].

Además, de conformidad con la regla *lex posterior derogat priori*, cuando un comportamiento p prohibido es posteriormente permitido, esta última permisión de la autoridad normativa no solo convierte a p en un comportamiento permitido, sino además resulta claro que dicha permisión no se obtiene como resultado de la permisión «originaria» del destinatario, y derivada del hecho de que los seres humanos somos metafísicamente libre (ausencia de regulación). Por tanto, no es adecuado inferir que las conductas no prohibidas están reguladas como permitidas, pues al permitirse una conducta p esta no regresa a su estado original, en virtud de las diferencias entre una permisión positiva y algo así como una ausencia de regulación[412].

En definitiva, lo anterior confirma la inexistencia de una equivalencia pragmática entre las normas permisivas y la ausencia de regulación de una acción o estado de cosas. En palabras de Alchourrón y Bulygin:

> «…una cosa es que en ciertas situaciones la ausencia de regulación y la permisión sean equivalentes para el sujeto y otra muy distinta que haya una equivalencia pragmática en todas las situaciones y que las normas permisivas sean normativamente irrelevantes o superfluas en el sentido de que son reducibles a normas imperativas» (2010, p. 290)

g) Derogación y efectos generales

En concreto, la derogación de las normas produce que estas dejen de existir porque son privadas de su pertenencia a los *Sj* subsiguientes. No obstante, esta eliminación no impide la aplicación de normas inexistentes en el tiempo T_2 y en el *Sj* correspondiente al tiempo de su aplicación, ya que dicha norma derogada existe en el *Oj* a través de su pertenencia a uno de sus *Sj* (anterior) en un tiempo T_1 u otro. Esto último tiene sentido en la medida en que los criterios que imponen el deber de aplicar la norma derogada, pertenecen al *Sj* presente al momento de la decisión T_2, y los criterios de pertenencia y aplicabilidad de las normas sean independientes del momento de su aplicación.

El carácter dinámico del derecho significa que este cambia a través del tiempo debido a la eliminación de sus normas y/o la agregación de nuevas. Por ende, el derecho únicamente puede cambiar por una «expansión» o «contracción» del *Sj*, si se considera a la «revisión» como una eliminación unida a una agregación (contracción y expansión). En consecuencia, en estos términos, lo relevante para la obra de Alchourrón y Bulygin es el estudio en

411 (Bulygin, 1988, p. 289), (Alchourrón & Bulygin, 1991[1985], pp. 242-245) y (Bulygin, 2010, pp. 287-288).
412 (Bulygin, 1988, p. 288), (Alchourrón & Bulygin, 1991[1985], pp. 242-245) y (Bulygin, 2010, pp. 287-288).

general de los mecanismos que producen el cambio del sistema mediante la eliminación o agregación de normas, con independencia de quién o cómo se realizan estas actividades[413].

4.2.3 Un balance de la concepción hilética

En relación con la estructura del ordenamiento jurídico dinámico, las propuestas de Alchourrón y Bulygin enriquecen considerablemente el entramado conceptual que permite su reconstrucción sistemática. Así, destaca la presentación de la dinámicas de los ordenamientos jurídicos a través de las nociones de un *Oj* integrado por una secuencia de *Sj*, los cuales se generan a partir de los actos de creación y eliminación normativa, para así capturar el carácter dinámico de los derechos positivos. Los *Sj* constituyen conjuntos estructurados de normas, y esta estructura se integra por diversos criterios de pertenencia que deben satisfacer las normas para ingresar a los mismos y así obtener su existencia. Según la estructura del *Sj*, la satisfacción de estos criterios de pertenencia no siempre coincide con el cumplimiento de las relaciones o exigencias de aplicabilidad de las normas para casos concretos. Esta diferenciación entre pertenencia y aplicabilidad permite sostener que, para Alchourrón y Bulygin, las normas existen en, y pertenecen a, un sistema solo una vez han cumplido algún criterio de pertenencia, por lo cual su *vacatio legis* no afecta su existencia y pertenencia, solamente repercute en su aplicabilidad. Además, la estructura se compone de relaciones de distribución que permiten ordenar gradualmente sus componentes en atención a su importancia relativa.

Los *Sj* están compuestos únicamente por normas jurídicas, las cuales se generan cuando la autoridad emana una formulación normativa cuyo significado es una norma. Estas normas pueden ser de diferente tipo: reglas conceptuales, reglas técnicas, reglas de conducta y otros enunciados normativos, como definiciones legales, normas de competencias y disposiciones derogatorias. Cada una de estas normas, en atención a consideraciones normativas y factuales, puede presentar distintos atributos normativos como: la validez, la eficacia, la obligatoriedad y la vigencia. Sin embargo, solamente pueden pertenecer a *Sj* las normas dictadas por una autoridad que ha sido autorizada para promulgarla, es decir, solo las normas válidas integran los *Sj* que forman el *Oj*; de ahí que, no se presentan y analizan mecanismos de depuración normativa. En cambio, a partir de las relaciones de pertenencia y aplicabilidad de las normas, junto con clarificar el tipo de relación que determina la exclusión normativa dentro del *Sj,* la inaplicabilidad resulta conceptualmente clarificada.

La derogación es entendida como toda eliminación de normas y se puede presentar: i) simplemente derogando, sin añadir una nueva norma en lugar de la derogada; y ii) derogando una norma y situando otra en su lugar. Son situaciones similares que no implican necesariamente una derogación por producirse en un nivel sintáctico y no semántico: i) la enmienda (reemplazar una parte de una formulación normativa por otra), y ii) la reforma (la supresión de un artículo o disposición, o bien, en reemplazarlo completamente por otro). Además, de acuerdo a su alcance la derogación puede afectar a normas formuladas, normas derivadas o ambas, así como también, en ocasiones únicamente excluye la formulación de una norma, y consecuentemente, la norma expresada

[413] Esta distinción entre expansión, contracción y revisión se funda en el influyente trabajo escrito por Carlos Alchourrón, Peter Gärdenfors y David Makinson (1982) en el cual sientan las bases de una teoría de cambio de creencias (AGM). De manera explícita esta conclusión en (Bulygin, 2007b, pp. 206-207).

por ella, pero sin que esta norma deba ser excluida del sistema, caso en el cual se denomina «revocación».

Para que se presente la derogación, la autoridad que la produce debe ser competente, pues solo así podrá dictar una norma válida que derogue a otra norma válida ya existente o perteneciente a un *Sj*. Si la derogación es exitosa generará un nuevo Sj_2, en el cual no existirá la norma derogada N_1 pero si la norma derogatoria N_2, de modo que, la derogación únicamente produce efectos en *Oj* y no en los sistemas. Esto en razón de que solamente priva a la norma derogada N_1 de su persistencia en los sucesivos *Sj,* en esto caso de su pertenencia al Sj_2 de la norma derogatoria, pues N_1 sigue siendo válida y perteneciendo al sistema anterior Sj_1. Por ende, esto muestra que no hay derogación sin una doble promulgación, es decir, la derogación solo se manifiesta mediante la promulgación de una norma derogatoria, y para que esta tenga sentido debe haber en el sistema alguna norma previamente promulgada[414].

Cuando no concurren las disposiciones derogatorias, se deben considerar las ideas en torno a la identificación e identidad de las normas jurídicas, puesto que estas contienen el sustrato necesario para luego determinar si procede preguntarse qué deroga a qué. Una vez identificada la norma y su tipo se tiene un sustrato necesario para detectar casos de oposición normativa, y consecuentemente, de derogación por oposición. En el proceso de detección se deben considerar también las relaciones entre los componentes del *Sj*, principalmente, las reglas de aplicabilidad y distribución, pues ellas en algunos casos disuelven o evitan la oposición entre las normas. Por ejemplo, las relaciones de ordenación, como componentes de los criterios de aplicabilidad, entregan elementos para determinar los casos de derogación, y no únicamente porque entre ellos se encuentra la regla «*lex posterior derogat priori*», sino, fundamentalmente, porque la distribución de las normas de un sistema es precisamente lo que permite determinar su fuerza excluyente, y consecuentemente, el mecanismo de exclusión correspondiente a cada una de ellas. Adicionalmente, es adecuado enfatizar que, para los autores, la regla *lex posterior* está conceptualmente vinculada con la noción de competencia, pues limita la facultad para modificar el estatus normativos de las acciones, de modo que, necesariamente ella se presenta cuando hay una autoridad dotada de la competencia para cambiar la calificación normativa de las acciones. Solo cabe resaltar que, pese al rol fundamental desempeñado por la derogación en la reconstrucción del aspecto dinámico de los sistemas jurídicos, Alchourrón y Bulygin, no desarrollan planteamientos en torno a cuál es el carácter de las disposiciones derogatorias.

En este contexto, a partir de la distinción entre rechazo y eliminación, como componentes de la derogación, se analiza con mayor detalle los alcances y funciones de la derogación dentro del ordenamiento. Ejemplos de los alcances y las funciones se presentan en torno a la indeterminación lógica del sistema, la vinculación entre derogación y distribución de normas, la derogación anticipada y las relaciones entre derogación y permisión. Además, considero muy importante la crítica a de Hilpinen, que muestra la importancia de las formulaciones normativas dentro de cualquier reconstrucción de los ordenamientos jurídicos, y así no solo centrar la atención en las normas expresadas por ellas.

[414] Como recuerdan Moreso y Navarro (1992, p. 134) este tipo de consideraciones ha llevado a algunos teóricos a sostener que las normas derogatorias no pertenecen a ningún sistema o que tienen una existencia fugaz.

En definitiva, los autores centran su atención en la dinámica de los ordenamientos jurídicos, y reconstruyen esta a partir de dos actos normativos (promulgación y derogación), los cuales pueden producir, fundamentalmente, dos efectos en el mismo (expansión o contracción). Por lo cual, al ser entendida la derogación como toda eliminación normativa, esta pasa a constituir una pieza clave en su obra, y no solo para explicar la dinámica del sistema sino también para otras cuestiones comprendidas en los ordenamientos jurídicos dinámicos.

4.3 La concepción expresiva

Otra manera de presentar la distinción entre una concepción hilética y otra expresiva consiste en destacar el consenso existente en torno a la composición de las normas jurídicas, ya que los autores acuerdan que están compuestas de un elemento descriptivo y otro normativo. Respecto del primero, existe consenso que está formado por una proposición acerca de una acción o estado de cosas, sin embargo, en relación con el segundo no existe acuerdo acerca de cuál es su carácter. Los partidarios de una concepción hilética sugieren que el componente normativo integra el contenido conceptual de las normas, de modo que, lo normativo es el significado de un enunciado prescriptivo, el cual puede ser representado mediante los símbolos O, Ph y P. En cambio, los partidarios de una concepción expresiva consideran que el componente normativo se obtiene de la fuerza pragmática producida al emitir un enunciado, de manera que, el carácter normativo se produce cuando quien emite un enunciado realiza el acto de prescribir, consecuentemente, al ser las normas actos que usan enunciados para prescribir, su representación se realiza mediante un nuevo símbolo '!', el cual es utilizado como indicador de la fuerza pragmática de dicha enunciación[415].

Así, Alchourrón y Bulygin consideraron que, el fuerte sabor platónico de las respuestas hiléticas, a las preguntas sobre el sentido y las condiciones en las cuales existe una norma-sentido, son las que inclinan a filósofos de corte empirista (como ellos) a una concepción expresiva de las normas. Este sabor platónico se presenta, principalmente, en la consideración de las normas como entidades abstractas e independientes de los usos lingüísticos que se realizan de las formulaciones que las contienen. Por lo cual, cuando se sostiene que hay oraciones con un sentido prescriptivo específico, se está negando que solo en el nivel pragmático del uso del lenguaje sea posible diferenciar entre normas, aserciones o preguntas, conjeturas, etc., y así se está refutando que las normas son el resultado de un cierto uso del lenguaje, i.e., el uso prescriptivo[416].

4.3.1 El ordenamiento jurídico

En los planteamientos expresivistas acerca del ordenamiento jurídico se aprecia un fuerte parecido de familia con los previamente presentados dentro de una concepción hilética, sin

[415] (Alchourrón & Bulygin, 1984a, p. 454), (Bulygin, 1985, pp. 147-148) y (Caracciolo, 1993, pp. 505-506).
[416] (Alchourrón & Bulygin, 1979, p. 37) y (Bulygin, 1982b, p. 131).

embargo, por limitaciones propias de la concepción expresiva, estos planteamientos son menos exhaustivos y detallados que los primeros. Así, únicamente se desarrollan ideas en torno a la dinámica de los sistemas a partir de las nociones de existencia y pertenecía de las normas, y se muestran las relaciones entre las normas, las proposiciones ordenadas y las oraciones que describen esta situación. Cabe señalar que, respecto de las relaciones entre los componentes del ordenamiento jurídico, los autores presuponen los desarrollados realizados en la concepción hilética, pero reconocen expresamente esta situación[417].

a) El ordenamiento jurídico

Existencia, pertenencia y dinámica. Generalmente, en un sistema jurídico, la promulgación representa el acto de ordenar que es necesario para el surgimiento de una norma, ya que las normas son oraciones significativas utilizadas de manera imperativa **!**p cuyo contenido es la proposición expresada por p. La promulgación de diversas normas por parte de una autoridad genera el conjunto A de las proposiciones ordenadas por ella, y cada vez que es promulgada una norma, el conjunto se incrementa con la nueva proposición ordenada, de manera que, cada vez que se añade una nueva proposición se forma un nuevo conjunto. Para captura la dinámica y la persistencia en el tiempo de las normas y sistemas normativos, los diversos conjuntos forman una secuencia (A_1 A_2 … A_n) que plasma la existencia de la normas en el tiempo, porque una vez que una proposición ordenada integra un conjunto continuará integrando los conjuntos sucesivos. En consecuencia, la noción de existencia de las normas se equipara con su pertenencia al conjunto de los contenidos normativos ordenados, ya que la instantaneidad del acto de ordenar es suplida con la pertenencia del contenido proposicional ordenado a diversos conjuntos que forman una secuencia en el tiempo. Esta idea de secuencia permite determinar los contenidos proposicionales que son ordenados en diversos momentos temporales, y la diferencia entre los conjuntos que integran la secuencia depende de los actos de promulgar, que al añadir nuevas proposiciones al conjunto forma uno nuevo –esto porque la identidad de cada conjunto depende de sus elementos integrantes–[418].

De este modo, la presentación expresiva de la dinámica de los sistemas logra superar las dificultades que tiene en explicar la duración de las normas en el tiempo, ya que los actos de ordenar, que son utilizados como base de la normatividad, tienen una existencia instantánea. Por tanto, mediante una secuencia de conjuntos integrados por contenidos proposicionales es que resulta posible explicar la duración de las normas en el tiempo de un modo expresivista; aunque, finalmente solo sea una manera de hablar, pues las normas ¡*p* igualmente tienen una existencia instantánea[419].

[417] Un trabajo sobre la repercusión de las relaciones jerarquías entre las normas derivadas de las diferentes competencias de las autoridades del sistema norma, dentro de un concepción expresiva en (Navarro & Redondo, 1990). Igualmente, un estudio del concepto de eficacia dentro de una concepción expresiva en (Navarro, 1990)

[418] (Alchourrón & Bulygin, 1981, pp. 100-101)y (Alchourrón & Bulygin, 1984a, p. 455).

[419] Una propuesta que sugiere complementar la noción de promulgación más allá de una suma de contenidos proposicionales en (Navarro & Redondo, 1990).

b) Los componentes del ordenamiento jurídicos

Tipos de actos. Como el lenguaje puede ser usado de manera diversa (descriptiva, prescriptiva o interrogativa) solo en el nivel pragmático, y no en el semántico, es en donde se presenta la diferencia entre los diversos tipos de lenguaje. Por tanto, el elemento normativo de las oraciones está en el uso prescriptivo del lenguaje, en aquello que el sujeto hablante hace con el lenguaje. De este modo, las oraciones y expresiones son diferenciadas mediante los usos que se hace del lenguaje y esta diferencia puede ser representada a través de diferentes indicadores, a saber, si p es una proposición cualquiera: \p indica que p fue afirmado, **!**p indica que p fue ordenado y **?**p indica que p fue interrogado. Así, se representa el hecho de que, solo una vez es utilizado el lenguaje es posible determinar si se está afirmando, interrogando u ordenando algo. Además, mediante estos símbolos (\, **!** y **?**) únicamente se indica qué hace el hablante cuando formula ciertas palabras en un momento determinado, de modo que, esto no puede ser dicho por él en el mismo momento, y solo puede ser mostrado, pues fuera de este acto no hay norma alguna[420].

En consecuencia, la dinámica de los sistemas y la persistencia de las normas en el tiempo, se reconstruye a través de las proposiciones que son ordenadas, pues son estas las que forman distintos conjuntos, los cuales forman una secuencia (A_1 A_2 … A_n), en términos similares a lo que acontece entre *Sj* y *Oj*. Así, en una concepción expresiva el único componente de los ordenamientos son las proposiciones que han sido ordenadas por la autoridad, y no hay posibilidad de diferenciar entre diversos tipos de estas sin incrementar excesivamente los usos del lenguaje. Por ejemplo, un expresivista-imperativista acepta únicamente como acto normativo al uso prescriptivo del lenguaje: «exigir u ordenar».

Dictada la proposición ordenada, es posible formular «oraciones deónticas» acerca de qué ha sido ordenado. Si la autoridad normativa ha ordenado **!**p, la oración deóntica «p es obligatorio» resulta verdadera al expresar aquello que es ordenado, pues señala que una determinada acción p es obligatoria de acuerdo con una autoridad determinada. Por ende, al ser un tipo de oración descriptiva, las oraciones deónticas pueden ser verdaderas o falsas y constituir un tipo de oración metalingüística en relación con el lenguaje en el cual son expresadas las normas[421].

Consecuencias lógicas. Como entre los hechos no hay relaciones lógicas y la existencia de las normas depende de los actos de promulgación, a diferencia de una concepción hilética, en una expresiva no hay posibilidad para una lógica de normas. No obstante, si es posible una lógica de proposiciones normativas, porque los conjuntos están formados por las proposiciones normativas que son el contenido de las normas, de manera que, es posible

[420] (Alchourrón & Bulygin, 1979, pp. 37-40), (Alchourrón & Bulygin, 1981, p. 96) y (Bulygin, 1985, p. 147). Estos símbolos (\, **!** y **?**) al no expresar ninguna proposición carecen de valor de verdad, no pueden ser negados, y no es posible combinarlos mediante operadores proposicionales. Además, estos indicadores no contribuyen al contenido conceptual de las expresiones u oraciones, ni tampoco forman parte de lo que el hablante dice, sino únicamente indican que se está haciendo el hablante con el lenguaje.

[421] (Alchourrón & Bulygin, 1979, p. 41), (Alchourrón & Bulygin, 1981, p. 97), (Alchourrón & Bulygin, 1984a, p. 453) y (Alchourrón & Bulygin, 1988, p. 231). Los autores para distinguir entre oraciones normativas y deónticas siguen la propuesta de Weinberger (1984, p. 466).

determinar la verdad de que una proposición «p es obligatoria en A», si p ha sido ordenada (promulgada) por la autoridad y pertenece a A[422].

Además, la verdad de que p es obligatoria en A también puede ser determinada mediante la noción de consecuencia lógica, ya que la autoridad puede no haber promulgado expresamente p, pero si haber ordenado otra proposición p∧q de la cual p es una consecuencia lógica. Por ende, como p es una consecuencia lógica de una proposición expresamente ordenada p∧q, es verdad que p es obligatoria y pertenece al conjunto A. De este modo, en una concepción expresiva no solo es posible aceptar los contenidos proposicionales que han sido objeto de un acto expreso de la autoridad, sino también contenidos implícitos, entendidos estos como las consecuencias lógicas de los primeros[423].

Para Alchourrón y Bulygin la noción de contenidos implícitos u órdenes derivadas se vincula con la idea de aserción implícita, ya que se puede decir que una persona afirma algo en dos sentidos: i) uno psicológico, en el cual lo que se afirma es la oración emitida; y otro ii) no psicológico, en el que lo afirmado no solo es una proposición, sino además, de modo implícito todas las proposiciones que son consecuencias de la expresamente afirmada. Por ende, las proposiciones afirmadas u ordenadas pueden implicar proposiciones no necesariamente deseadas, ni mucho menos pensadas, porque se afirman u ordenan todas las proposiciones que son consecuencias de las proposiciones expresamente aseveradas[424].

En consecuencia, cuando una autoridad ordena un comportamiento p, ordena igualmente todas las oraciones de acción que son necesaria para satisfacer p, pues si estas oraciones de acción no fueran ordenadas junto con p no sería posible satisfacer el comportamiento expresamente ordenado. Así, se establece una relación de ordenar **O** entre la autoridad x y el conjunto de proposiciones ordenadas (p,…n), la cual puede ser expresada mediante la proposición normativa **O**xp, es decir, p es obligatorio conforme a las órdenes de x. No obstante, como no solo se ordena p sino todas sus consecuencias lógicas, se establece un «principio de obligatoriedad» según el cual, conforme a las órdenes emanadas de x es obligatorio realizar todas las acciones que son lógicamente necesarias para satisfacer todas las obligaciones establecidas expresamente por las órdenes de x[425].

Por lo tanto, el conjunto A está formado por todas las proposiciones expresamente ordenadas, y estas constituyen la base axiomática del sistema normativo, ya que esta última está formada por todas las proposiciones que son consecuencias de las expresamente promulgadas Cn(A). De ahí que, como el sistema normativo no está integrado por normas, sino por contenidos proposicionales, las condiciones de verdad de las oraciones deónticas

---

422 (Alchourrón & Bulygin, 1979) y (Alchourrón & Bulygin, 1981, pp. 101-102). Generalmente, una lógica de proposiciones normativas se construye a partir de las proposiciones normativas formuladas sobre las normas dictadas por una autoridad. En ella se utilizan los siguientes símbolos para los operadores normativos descriptivos '**P**$^{+}$', **P**$^{-}$', '**O**$^{+}$' y '**Ph**$^{+}$', y a su lenguaje se debe añade un parámetro 'x' para representar dicha autoridad y 'N' para relacionar la autoridad con la norma dictada, de manera que, la expresión 'NxOp' significa que la autoridad *x* ha dictado la norma que se obligatorio *p*. Véase (Alchourrón, 1972, pp. 454-456), (Alchourrón & Bulygin, 1988, p. 231), (Alchourrón, 1991[1969], pp. 26-44) y (Bulygin, 1995, pp. 134-136). Para una crítica a estas ideas ver Weinberger (1984), y también, Opalek & Wolénski (1986), quienes destacan la noción de consecuencia lógica *tarskiana* de los autores argentinos.

423 (Alchourrón & Bulygin, 1979, p. 45), (Alchourrón & Bulygin, 1981, p. 101).

424 (Alchourrón & Bulygin, 1981, p. 102).

425 (Alchourrón & Bulygin, 1984a, pp. 455-456). Una crítica a este principio de obligatoriedad propuesto por los autores en (Weinberger, 1984, pp. 472-473).

sea: p es obligatorio conforme a las órdenes dictadas por x, si y solo si, p pertenece a las consecuencias del conjunto ordenado A (**O**xp sii p∈Cn(A)), y por su parte, p está prohibido conforme a las ordenas dictada por x, si y solo si, ¬p pertenece a las consecuencias del conjunto ordenado A (**O**x¬p sii ¬p∈Cn(A)). Por ende, una proposición p puede ser expresa o implícitamente ordenada o prohibida por la autoridad x, y así integrar el sistema normativo del conjunto A. Además, como A forma parte de una secuencia de conjuntos, se deben derivar las consecuencias de cada uno de los conjuntos (A_1, A_2, etc.), y también, todas las proposiciones que son consecuencias de la conjunción de los conjuntos involucrados ($A_1 \wedge A_2$) y el resto de posibles combinaciones entre conjuntos. En consecuencia, el sistema normativo se presenta integrado por las consecuencia $Cn(A_1)$ y $Cn(A_2)$ más las consecuencias de ambos $Cn(A_1+A_2)$[426].

4.3.2 La derogación

La reconstrucción del carácter dinámico de los ordenamientos jurídico se realiza a través de diversos sistemas normativos formados por las proposiciones acerca de acciones o estados de cosas que son ordenados por la autoridad. Por ende, en este contexto, la derogación tiene por objeto la exclusión de estas proposiciones del sistema, pues de otro modo estas seguirían formando parte de los sistemas sucesivos. Al igual que en una concepción hilética, el sistema normativo está integrado únicamente por proposiciones cuyo acto de promulgación ha cumplido al menos un criterio de pertenencia, de modo que, no hay normas inválidas ni mecanismos de purificación normativa como la nulidad o anulación[427].

a) Sistema, derogación y rechazo

Dentro de la concepción expresiva, una posición imperativista no puede dar cuenta de la derogación ni de la permisión, porque únicamente acepta como acto normativo el uso prescriptivo del lenguaje: «exigir u ordenar», y de este acto solo se pueden obtener órdenes y prohibiciones, mediante ordenar la realización de **!**p o prohibir su realización mediante ordenar su omisión **!**¬*p*. En consecuencia, para superar esta limitación, Alchourrón y Bulygin, reconocen un acto normativo adicional: los actos de rechazo, pues mediante ellos es posible dar cuenta de tanto de las derogaciones como de las permisiones. Por ende, junto a los actos de ordenar se encuentran los actos de rechazar contenidos proposicionales previamente ordenados. Cuando una autoridad normativa decide eliminar ciertos contenidos proposicionales de un conjunto, primero identifica el contenido que desea eliminar, y luego, realiza la sustracción de dicho contenido. Así, esta actividad se compone de un acto de rechazo y las reglas que gobiernan la eliminación del contenido normativo[428].

---

[426] (Alchourrón & Bulygin, 1981, p. 102), (Alchourrón & Bulygin, 1984a, p. 456) y (Bulygin, 1985, pp. 157-159). Todas estas consideraciones son las que permiten fundar una lógica de proposiciones normativas, pues muestran la existencia de relaciones lógicas entre ellas. Para una crítica a la propuesta lógica de los autores centrada en sus dificultades para representar normas condicionales u oraciones normativas hipotéticas en (Weinberger, 1984, p. 472). Finalmente, Bulygin reconoce que esta crítica fue fundamental para abandonar una concepción expresiva de las normas, ver (Caracciolo, 1993).

[427] Sobre este punto los autores no son lo suficientemente claros respecto de si es o no posible predicar la «validez» de las proposiciones ordenadas y las normas, y consecuentemente, los otros atributos normativos.

[428] (Alchourrón & Bulygin, 1981, p. 104) y (Alchourrón & Bulygin, 1984a, pág. 460).

Al existir dos tipos de actitudes proposicionales, descriptivas y prescriptivas, las proposiciones, como el contenido de un acto de rechazo, pueden ser usada para describir o prescribir. En el primer caso, el rechazo descriptivo (↯) se opone a una afirmación (\), y en el segundo, el rechazo prescriptivo (¡) se oponen a una orden (!). No obstante, rechazar una proposición no es equivalente a negarla, porque en este último caso se afirma u ordena una proposición (¬p), que es la negación de otra (p). A su vez, mediante un acto de rechazo no se afirma ninguna proposición, únicamente, a través del indicador (¡) se señala el uso que se da a la proposición (¡p), i.e., el indicador determina el acto lingüístico cuyo contenido es una proposición sin integrar el contenido conceptual del acto[429].

De este modo, la «derogación» es entendida como el rechazo de ciertos contenidos normativos integrantes de un sistema, unido a la operación de eliminación de dichos contenidos normativos rechazados. Este acto de rechazo y derogación no se presentan cuando una autoridad simplemente excluye una formulación de una norma, por ejemplo, cuando la autoridad elimina una redundancia mediante la exclusión de una de las oraciones normativas usadas para prescribir, porque con este acto la autoridad no rechaza un contenido normativo, simplemente elimina la redundancia. Igualmente, no puede haber rechazo de los actos de ordenar o rechazar, pues solo se rechazan contenidos proposicionales. Así, solamente es posible afirmar que ha sido derogada la norma (!p) en los casos en que el acto de rechazo (¡p) elimina un contenido normativo (p) del sistema[430].

En consecuencia, los actos de ordenar y rechazar son fundamentales para la configuración del sistema normativo, y además, constituyen los únicos hechos relevantes para determinar la verdad de una proposición acerca de la existencia de una norma. Las normas comienzan a existir cuando son promulgadas por una autoridad y dejan de existir cuando son derogadas por esta. Una vez que es ordenado un contenido proposicional (!p), este pasa a integrar para siempre un conjunto normativo (A_1), y para el caso que la misma autoridad dicte una nueva orden (!q) se crea un nuevo conjunto (A_2), el cual estará integrado de manera definitiva por ambos contenidos proposicionales, y así igualmente, para el caso de un acto de rechazo de uno de estos contenidos (¡p), el cual también genera un nuevo conjunto A_3, el cual solo estará integrado por (!q). Consecuentemente, la verdad o falsedad de las proposiciones acerca de la existencia de las normas dependa de su inclusión o exclusión en determinados conjuntos normativos[431].

b) Derogación, detraer normas e indeterminación lógica

Dentro de la concepción expresiva, Alchourrón y Bulygin igualmente diferencian entre: el acto de rechazo de ciertos contenidos normativos, la operación de eliminación de dichos contenidos rechazados, el *derogandun* integrado por las proposiciones expresamente rechazadas, las proposiciones implícitamente rechazadas y el *derogans* formado por las proposiciones y conjuntos rechazados[432].

---

429 (Alchourrón & Bulygin, 1981, p. 104). Para una crítica la propuesta de un acto de rechazo dentro de la concepción expresiva, véase (Weinberger, 1984, pp. 473-474).
430 (Alchourrón & Bulygin, 1981, p. 105) y (Alchourrón & Bulygin, 1984a, pág. 460).
431 (Alchourrón & Bulygin, 1981, p. 106) y (Alchourrón & Bulygin, 1984a, pág. 460).
432 (Alchourrón & Bulygin, 1981, pp. 109-111).

A partir de la idea de consecuencia lógica y mediante la atribución de un sentido no psicológico a los actos de rechazo realizados por el legislador, cuando la autoridad rechaza un contenido normativo (¡p), aquello que pretende eliminar no es únicamente la proposición expresamente rechazada (*derogandun*), sino también todas las proposiciones y todos los conjuntos de proposiciones que implican la proposición expresamente rechazada (rechazadas implícitamente), porque la autoridad pretende erradicar del sistema la proposición rechazada (¡p). Por ende, en un sistema normativo lo rechazado está integrado por el conjunto de proposiciones expresamente rechazadas (*derogandum*) y la familia de conjuntos de proposiciones implícitamente rechazadas. Esta última característica constituye una clara diferencia entre la promulgación y la derogación, porque la primera constituye un conjunto de proposición, y en cambio, la segunda una familia de conjuntos[433].

A partir del presupuesto de que no es deseable sustraer todos los elementos de los conjuntos rechazados, se utilizan dos condiciones de adecuación para la operación de eliminación: i) no deben permanecer en el sistema ninguna proposición o conjunto rechazado; y ii) solo deben ser sustraídas las proposiciones cuya eliminación es estrictamente necesaria para satisfacer la primera condición. Así, después de la aplicación de estas condiciones a un conjunto A se obtiene un remanente integrado por un subconjunto máximo de todas las proposiciones compatibles con la derogación, y también, se obtiene un *derogans* compuesto por un subconjunto mínimo de todas las proposiciones cuya eliminación era necesaria para satisfacer el acto de rechazo[434].

Como la identidad de los conjuntos se define extensionalmente, basta con eliminar las proposiciones expresa o implícitamente rechazadas para eliminar el conjunto. De modo que, se debe tomar por lo menos una proposición de todos los conjuntos rechazados, y en el caso de que dichos conjuntos contengan más de un elemento, cualquiera de ellos puede ser utilizado para la construcción del *derogans*. Cuando al *derogandum* corresponde un solo *derogan*, y consecuentemente, un solo remanente, la derogación presenta una correspondencia unívoca, pero si existen diversas maneras de construir el *derogan*, y por consiguiente, diversos remanentes, la derogación tiene una correspondencia multívoca que se manifiesta en que tanto los posibles remanentes como *derogans* forman una familia de conjuntos. Cuando existen diferentes maneras de realizar la sustracción, porque a un *derogandum* corresponden más de un *derogan*, lo rechazado es una familia de conjuntos, y como desafortunadamente para estos casos no se cuenta con un criterio lógico para preferir algunos de estos *derogans,* se debe enfrentar la «indeterminación lógica del sistema»[435].

Esta posibilidad de construir diversos *derogans* no impide la satisfacción de los criterios de adecuación, ya que basta con sustraer solo uno de ellos para obtener un remanente sin ningún conjunto rechazado. Además, la sustracción de un *derogan* puede conllevar la eliminación de algunas proposiciones que pertenecen al sistemas normativo Cn(A) como consecuencias lógicas de la base axiomática. En estos casos el conjunto de las proposiciones eliminadas (consecuencias lógicas) puede ser más grande que el conjunto de las proposiciones sustraídas (base axiomática). Por lo tanto, todo acto de rechazo identifica

433 (Alchourrón & Bulygin, 1981, p. 109) y (Alchourrón & Bulygin, 1984a, pág. 461).
434 (Alchourrón & Bulygin, 1981, pp. 110-111).
435 (Alchourrón & Bulygin, 1981, p. 111) y (Alchourrón & Bulygin, 1984a, pág. 461). Una propuesta de ajuste a los casos de indeterminación lógica del sistema a partir de la diversa jerarquía de sus componentes en (Navarro & Redondo, 1990).

un *derogandum* que exige la sustracción de un *derogan* para obtener un remanente compatible con dicho acto de rechazo[436].

En definitiva, un acto de derogación rechaza una proposición y no una norma, y de este modo son cancelados los efectos normativos de un acto de prescribir. No obstante, en un sistema normativo con actos de prescripción y permisión, cuando la autoridad rechaza una proposición ¡p surge dudas acerca de si aquello que ha querido rechazar es la exigencia de p o la permisión de p. Por lo cual, una concepción expresiva debe admitir la existencia de dos actos de rechazo: el rechazo de una exigencia y el rechazo de una permisión[437].

c) Derogación, oposición y distribución normativa

Oposición normativa. La oposición entre dos afirmaciones se presenta cuando ambas no pueden ser a la vez verdaderas o falsas, en cambio dos órdenes son contradictorias cuando es lógicamente imposible satisfacerlas, por ejemplo, las órdenes **!**p y **!**¬p no puede ser satisfechas al mismo tiempo. En este sentido, como las autoridades pueden dictar normas contradictorias, los sistemas normativos puede ser inconsistentes, situación en la cual se debe resolver el conflicto entre los contenidos normativos en conflicto.

La autoridad x puede ser calificada de «normal» cuando se presenta una coincidencia entre la oración normativa que ordena y sus intenciones reales. En general, estas intenciones consisten en que todas sus órdenes sean cumplidas, y por consiguiente, que se haga todo lo ordenado. No obstante, este propósito se ve alterado cuando las órdenes no pueden ser cumplidas por razones lógicas, porque los elementos que integran el conjunto A son proposicionalmente incoherentes, por ejemplo, cuando la autoridad actúa contra sus intenciones (irracionalmente) al ordenar **!**p y **!**¬p. En estos casos el conflicto normativo, se presenta en virtud de la razonabilidad práctica, y con relativa independencia de si las normas pueden ser o no satisfechas por razones lógicas o empíricas[438].

Adicionalmente, la noción de incoherencia normativa está basada también en el hecho de que las proposiciones incoherentes integren el conjunto de las proposiciones ordenadas por la autoridad, porque si bien la incoherencia proposicional implica la imposibilidad de satisfacer dos normas que contengan dichos contenidos, esto no conlleva que estas normas sean incoherentes. Por ejemplo, si estas proposiciones p y ¬p integrasen el conjunto de las

---

436 (Alchourrón & Bulygin, 1981, p. 111).

437 (Alchourrón & Bulygin, 1979, pp. 54-55). Los autores sugieren que, el rechazo de una permisión implicaría también el rechazo del acto de permitir, lo cual resulta problemático, porque no existe claridad acerca de si un acto de rechazo puede tener por contenido otros actos de rechazo. A su vez, una interesante tratamiento de los contenidos rechazados como promulgados, en relación con su existencia y pertenencia a un sistema en (Navarro & Redondo, 1990).

438 (Alchourrón & Bulygin, 1984a, p. 458) y (Bulygin, 1985, pp. 152-154). En cambio para Weinberger (1984, pp. 469-470), se debe distinguir entre incompatibilidad derivada de las reglas de un lenguaje e insatisfacción sobre la base de consideraciones empíricas, y en el primer caso, se debe diferenciar entre aquella derivada de la imposibilidad de sostener tal estado de cosas (por ejemplo, p∧¬p) de aquellas derivadas de la definición de los términos. En ambos casos sugiere que la incompatibilidad normativa debe ser definida con algo más que la simple incompatibilidad proposicional.

proposiciones permitidas B no se presentaría un caso de incoherencia normativa[439]. En palabras de Alchourrón y Bulygin:

> «Not all meaning is semantic meaning; it is the pragmatic dimension that makes normative inconsistency different from mere propositional inconsistency» (1984a, pág. 458)

A su vez, cuando la misma proposición normativa es ordenada **!**p y rechazada **¡**p se está ante un «conflicto de ambivalencia», porque ambas actitudes proposicionales refieren al mismo contenido normativo. Esto es distinto de la «oposición normativa» que se presenta cuando las mismas actitudes refieren a contenidos proposicionales diversos (**!**p y **!¬**p)[440].

Distribución normativa. Bajo una noción clásica de consecuencia lógica, toda proposición pertenece a un sistema normativo incoherente, ya que de dos proposiciones contradictorias es posible derivar cualquier proposición. De este modo, si la autoridad de creación normativa desea solucionar la oposición, para que el sistema recobre la coherencia, puede derogar uno o ambos elementos en oposición, o también, derogar cualquier otra proposición, ya que al derivarse de la oposición cualquier proposición, basta con derogar una proposición cualquiera, para que se sustraiga la proposición de la cual se deriva. En este sentido, la derogación como eliminación de contenidos proposicionales suprime los conflictos de oposición[441].

En los casos en que una autoridad de aplicación se enfrenta a un problema de oposición normativa puede recurrir a las relaciones de distribución que gobiernan los sistemas normativos. Estas relaciones pueden ser establecidas por la autoridad de creación, o bien, ser generalmente reconocidas, v.gr.: i) *lex superior*, basada en la competencia de la autoridad de creación, ii) *lex posterior,* sustentada en la fecha de promulgación de las normas, y iii) *lex specialis*, fundada en el grado de generalidad de las normas. Estas relaciones necesariamente complementan la definición extensional de los sistemas normativas, ya que no solo cualquier cambio en sus elementos produce un nuevo conjunto distinto del anterior, sino que también como conjunto ordenado de contenidos normativos, cualquier cambio en las relaciones de distribución entre los elementos genera un nuevo conjunto[442].

Por su parte, para resolver los conflictos de ambivalencia se utilizan ciertos criterios de preferencia similares a los empleados en el caso de oposición, los cuales permiten determinar cuál actitud proposicional o acto debe tener prioridad en relación con el contenido proposicional que ambos refieren. Tradicionalmente, las reglas de preferencia utilizadas por los juristas son: i) *autoritas superior,* el acto realizado por una autoridad superior (ordenar o rechazar) siempre tendrá preferencia sobre el acto realizado por una autoridad inferior; ii) *autoritas posterior,* el acto realizado posteriormente en el tiempo (ordenar o rechazar) tendrá preferencia sobre el acto realizado con anterioridad –sea

---

439 (Alchourrón & Bulygin, 1984a, pp. 457-458) y (Bulygin, 1985, p. 152). Esta precisión es adoptada desde (Weinberger, 1985). Además, Weinberger (1984, p. 468) enfatiza que, esta idea expresada por Alchourrón y Bulygin, permite siempre atribuir algún tipo de significado al operador normativo, por lo cual: «…to conceive of the normative operator as a meaningless indicator of a certain pragmatic function is mesleading».

440 (Alchourrón & Bulygin, 1981, p. 107).

441 (Alchourrón & Bulygin, 1981, pp. 112-114) y (Alchourrón & Bulygin, 1984a, pág. 460).

442 (Alchourrón & Bulygin, 1981, pp. 114-116). Alchourrón y Bulygin reconocen que, para los casos en que los criterios disponibles dentro de un sistema normativo no solucionan los supuestos de oposición, es posible recurrir a otras consideraciones basadas, por ejemplo, en la justicia o los valores involucrados en la cuestión.

ordenar o rechazar –al aplicarse a actos de igual jerarquía es suplementaria a la primera; y iii) *auctoritas specialis*, el acto cuyo contenido normativo sea más específico (ordenar o rechazar) tendrá preferencia sobre el acto cuyo contenido normativa es más general. Cabe destacar que, los criterios recién señalados no solucionan todos los casos posibles de ambivalencia, de manera que, en ocasiones es necesario recurrir a otras consideraciones[443].

Por lo tanto, al igual que en una concepción hilética, Alchourrón y Bulygin reconocen la importancia de enfatizar que, la modificación de las relaciones de distribución es tan fundamental como la derogación de los contenidos normativos. Esto en función de que, los contenidos desplazados por otros, de acuerdo con la ordenación, resultarían tan inaplicables como si fuesen derogados, y también, la permanencia de una ordenación puede ser similar a la de una derogación, si con posterioridad otros jueces siguen tal criterio. Por lo cual, los autores sugieren la posibilidad de considerarlos como procedimientos sustancialmente equivalentes, pues a cada derogación corresponde un conjunto de ordenaciones, y a su vez, a cada ordenación corresponde una derogación.

d) Derogación y rechazo anticipado

A partir de la regla de preferencia *autoritas superior*, Alchourrón y Bulygin sugieren la noción de rechazo anticipado. Si una autoridad superior ordena un contenido normativo, las autoridades inferiores no podrán rechazarlo, ya que si fuese rechazada por estas, este rechazo no modificaría el sistema normativo. A su vez, cuando la autoridad superior rechaza ciertos contenidos normativos impide que las autoridades inferiores puedan ordenar dichos contenidos, porque realiza un rechazo anticipado de los contenidos normativos aún no promulgados, esto es, impide su ingreso en el sistema normativo, y consecuentemente, previene el ingreso de proposiciones rechazadas en el conjunto ordenado o permitido[444].

En consecuencia, para Alchourrón y Bulygin, ordenar p no implica rechazar (anticipadamente) ¬p, pues es posible afirmar que ordenar y rechazar p (caso de ambivalencia) no constituye un supuestos de ordenar p y ¬p (caso de oposición), puesto que si se aceptase que ordenar p constituye rechaza ¬p, las autoridades normativas constantemente actuarían en contra de sus propósitos o intención cuando modifican el sistema normativo, pues siempre incurrirían en oposición[445].

e) Derogación y permisiones

Permisos a partir de la derogación. Como señalé, una posición expresivo-imperativista propone la inexistencia de las normas permisivas al solo reconocer en el acto de ordenar un carácter prescriptivo. Cuando esta posición asume una «tesis refleja», propone que todas las

---

443 (Alchourrón & Bulygin, 1981, pp. 108-109). La diferencia con las reglas *lex superior, lex posterior* y *lex specialis* se encuentra en que estas últimas establecen preferencias entre normas, no entre los actos de la autoridad.

444 Los autores para referirse a este fenómeno utilizan en (1979) «rechazar una norma que no pertenece», luego en (1981) usan «*this act derogate it [rejected norm-content]*», y finalmente, en (1984a) hablan de «*rejection "in advance"*». En resumen, finalmente, consideran más coherente hablar de «rechazo anticipado», porque que solo de este modo tiene sentido la distinción entre derogación y rechazo, y entender el rechazo como un elemento de la derogación.

445 (Alchourrón & Bulygin, 1984a, pág. 461).

normas son imperativas, de manera que, la permisión únicamente es entendida como la no prohibición y la prohibición como la no permisión, es decir, las normas permisivas se constituyen con la ausencia de la exigencia de ordenar p o su omisión ¬p[446].

No obstante, el *a priori* reconocimiento exclusivo del acto de ordenar, esta posición desarrolla una explicación sobre las normas permisivas a partir de la aceptación de otro acto normativo: el acto de rechazo. Así, con su solo aceptación reconoce la posibilidad de un conflicto entre ambos (ambivalencia), y a partir de él es posible sostener la existencia de «permisos negativos», entendidos como la ausencia de una prohibición, y «permisos positivos», concebidos como la derogación de una prohibición. De esta manera, a partir de la derogación se pueden establecer las condiciones de verdad de una oración deóntica que expresa un permiso positivo, a saber: ¬p está permitido positivamente conforme a las ordenas dictada por x, si y solo si, la autoridad x ha rechazado expresa o implícitamente ¡p (**P**$^{+}$x¬p sii x ¡p), y también, p está permitido positivamente conforme a las ordenas dictada por x, si y solo si, la autoridad x ha rechazado expresa o implícitamente ¡¬p, esto es, la negación u omisión de p (**P**$^{+}$xp sii x ¡¬p)[447].

Derogación de permisos. Igualmente dentro de una concepción expresiva, otra manera de explicar las normas permisivas es a través del reconocimiento del acto lingüístico de permitir. De este modo, esta concepción pasa a aceptar la existencia de, al menos, tres actos normativos: ordenar, rechazar y permitir, y así atribuye los calificativos de obligatorio, prohibido y permitido a las normas cuando sus contenidos proposicionales son utilizados de manera imperativa o permisiva, pues las prohibiciones surgen de ordenar la omisión de las acciones[448].

Esta posición expresiva considera la existencia de «permisos fuertes» (**P**^{f}), incompatibles con las prohibiciones, y «permisos débiles» (**P**^{d}), consistentes con la ausencia de regulación. El reconocimiento de los primeros modifica considerablemente la configuración del sistema normativo, ya que si el carácter imperativo o permitido de p se atribuye en función del uso realizado de la proposición, la obligación de p no podría integrar el mismo conjunto que la permisión de p, pues serían indistinguibles dentro de los conjuntos integrados por contenidos proposicionales. Por ende, si no se desea tener un conjunto A para las órdenes y otro conjunto B para los permisos, para su unificación se necesita sustraer de A las negaciones de las proposiciones que forman parte de B, i.e., cada vez que es promulgada una permisión p se debe sustraer ¬p del conjunto de las órdenes[449].

Cabe señalar que, tanto permisos positivos y negativos como permisos fuertes y débiles se presentan en el metalenguaje que describe las normas dictadas por una autoridad; de ahí

---

[446] (Alchourrón & Bulygin, 1981, p. 99), (Alchourrón & Bulygin, 1984b, p. 350) y (Alchourrón & Bulygin, 1984a, p. 456). Resulta importante recordar que en escritos anteriores Alchourrón y Bulygin (1979, pp. 50-51) rechazaban la posibilidad de explicar las normas permisivas dentro de una concepción expresiva.

[447] (Alchourrón & Bulygin, 1979, p. 41), (Alchourrón & Bulygin, 1981, p. 117) y (Alchourrón & Bulygin, 1984a, pp. 456-457). Además, es oportuno enfatizar que los autores traducen como equivalentes el permiso fuerte con el positivo y el permiso débil con el negativo (1991, p. 215), pero esta equivalencia no se encuentra en el artículo original «*Permission and permissive norms*» (1984b, p. 349).

[448] (Alchourrón & Bulygin, 1981, p. 118). Adicionalmente, Alchourrón y Bulygin (1984b) y (1988) consideran como un caso de permisión fuerte los casos en los cuales la autoridad ha establecido como obligatorio p (**P**^{f} xp) y cuando ha establecido como prohibido ¬p (**P**^{f} x¬p).

[449] (Alchourrón & Bulygin, 1981, p. 118), (Alchourrón & Bulygin, 1984b, p. 353) y (Alchourrón & Bulygin, 1988, p. 232)

que, en estos casos el término «permitido» figure en una proposición normativa. Por lo cual, ambas parejas de permisos únicamente pueden formularse una vez se ha establecido o acordado cuál es el contenido del sistema normativo. Adicionalmente, estas distinciones ($\mathbf{P}^{+}$ y $\mathbf{P}^{-}$; $\mathbf{P}^{f}$ y $\mathbf{P}^{d}$) únicamente tienen sentido en sistemas normativos inconsistentes y/o incompletos, ya que en un sistema completo todas las acciones o estados de cosas relevantes están regulados, de modo que, no se presentan permisos negativos, positivos ni en sentido débil, y a su vez, como en un sistema normativo coherente una misma acción o estado de cosas no está al mismo tiempo prohibido y permitido en sentido fuerte, los estados de cosas o acciones permitidos en sentido fuerte implican a los permitidos en sentido débil, i.e., $\mathbf{P}^{d}$ xp implica al $\mathbf{P}^{f}$ xp[450].

Derogación equivalente a permisión. Como fue señalado, cada vez que se promulga $\mathbf{P}^{f}p$ se debe sustraer $\neg p$ del conjunto de los imperativos. Por lo cual, en una concepción expresiva que acepta la existencia de actos de permitir, resulta claro establecer una equivalencia entre el acto de permitir y el acto de rechazar un contenido normativo, en razón de: i) un conflicto de ambivalencia surge tanto de permitir ¬p, una vez esté ordenado p, como de rechazar p cuando fue ordenado; ii) los conjuntos de proposiciones rechazadas son idénticos al conjunto de las negaciones de las proposiciones permitidas, pues se construyen del mismo modo; y iii) en la permisión y el rechazo la identidad del remanente está determinada por el sustraendo. Por lo anterior, Alchourrón y Bulygin reconocen la fecundidad del concepto de derogación y su importancia para la teoría del derecho[451].

Por otra parte, las normas permisivas pueden establecer excepciones a las normas de obligación (órdenes y prohibiciones), ya que para levantar una prohibición u obligación solo se puede recurrir a una permisión y no a otra prohibición u obligación. De este modo, para Alchourrón y Bulygin, las normas permisivas a menudo realizan la función de derogar parcialmente o establecer excepciones a las normas imperativas del sistema. Por lo cual, si las normas permisivas en algunos casos constituyen expresiones de actos de derogación o rechazo, no es posible ni resulta adecuado reducirlas a normas imperativas[452].

A su vez, la «permisión positiva», entendida como la derogación de una prohibición, necesariamente depende de los actos de rechazo realizados por la autoridad normativa. En consecuencia, se presenta cierta equivalencia entre, por un lado, las proposiciones rechazadas y las permitidas positivamente, y por otro, las órdenes y las prohibiciones, puesto que si p es rechazado ¬p estará permitido positivamente, y si p está prohibido ¬p fue ordenado. Aunque, como fue señalado, esta equivalencia únicamente se presentaría en sistemas normativos completos y coherentes.

Es importante añadir que, las permisiones descriptivas (positivas o negativas y fuertes o débiles) no pueden ser derogadas porque al constituir contenidos proposicionales formulados a partir de un sistema normativo determinado, no constituyen normas sino más bien enunciados acerca de un sistema de normas. Por lo tanto, aquello que puede ser

---

450 (Alchourrón & Bulygin, 1984b, p. 353).

451 (Alchourrón & Bulygin, 1981, pp. 118-119), (Alchourrón & Bulygin, 1984b, págs. 369-370) y (Bulygin, 1985, pp. 158-159) y (Bulygin, 1988, p. 290). El tipo de ejemplo que utilizan Alchourrón y Bulygin para justificar la consideración de los permisos fuertes muestra cierta afinidad con sus críticos Opalek y Woleński (1986, p. 83).

452 (Alchourrón & Bulygin, 1984b, pág. 368).

derogado son las normas permisivas y no tiene sentido hablar de la derogación de una proposición normativa[453].

4.3.3 Un balance de la concepción expresiva

En una concepción expresiva, las normas son instantáneas, porque consisten en el uso normativo del lenguaje, de modo que, son las proposiciones ordenadas en ellos las que integran los sistemas normativos junto con sus contenidos implícitos o consecuencias lógicas. Así, estos sistemas normativos, a través de la creación y eliminación de proposiciones ordenadas, forman distintos conjuntos, los cuales constituyen una secuencia en la medida en que, desde su creación, las proposiciones y sus consecuencias lógicas persisten en los sistemas sucesivos hasta su eliminación.

Generalmente, como en esta concepción se evita la multiplicación de usos del lenguaje, únicamente se acepta un uso prescriptivo del lenguaje: «exigir u ordenar». Aunque, también se acepta un acto de rechazo, y solo algunos, actos de permisión. En consecuencia, en una concepción expresiva laxa es posible obligar, prohibir, rechazar y permitir, lo cual permite que el sistema esté integrado únicamente por proposiciones ordenadas (p o ¬p) y permitidas, las cuales pueden ser rechazadas.

En este contexto, la derogación constituye el rechazo de ciertos contenidos normativos unido a la operación de eliminación de dichos contenidos normativos rechazados. Más bien, la derogación tiene por objeto la exclusión de las proposiciones de la secuencia de sistemas, por lo cual, afecta únicamente a la posibilidad de que los contenidos rechazados pertenezcan a los sistemas sucesivos.

La oposición normativa, que podría servir como sustento de una derogación por oposición, se presenta tanto en el plano de los contenidos prescritos como en el de los actos de prescribir. En el primer caso se debe considerar la imposibilidad de satisfacer los contenidos prescriptos (p y ¬p), junto con el tipo de acto que las crea, ya que el conjunto de las órdenes no es igual al de las permisiones, dentro del cual pueden presentarse p y ¬p sin oposición. En cambio, en el segundo caso, la oposición de presenta en los actos de ordenar y permitir frente a los actos de rechazar, puesto que distintas actitudes proposicionales tienen por objeto el mismo contenidos proposicional, v.gr., **!**p y **¡**p. En ambos casos, para determinar si procede o no la derogación, se debe recurrir a las relaciones de distribución reconocidas en el ordenamiento tanto para los actos de las autoridades como los contenidos ordenados por ellas.

En una concepción expresiva, los actos lingüísticos de ordenar y rechazar configuran los sistemas normativos y constituyen los únicos hechos relevantes para determinar la verdad de una proposición acerca de la existencia de una norma. De este modo, la derogación se presenta como el rechazo de ciertos contenidos normativos más el proceso de su eliminación. A partir de la distinción y las relaciones de distribución en los componentes del sistema, se reconstruye el fenómeno del rechazado anticipados, y por su parte, desde la noción de consecuencia lógica derivada de los contenidos prescritos se explican los casos de indeterminación lógica del sistema. Asimismo, especialmente esta concepción, enfatiza

[453] (Alchourrón & Bulygin, 1984b, p. 357).

la afinidad entre los actos de rechazar y permitir, lo derogado con lo permitido, proporcionando un cuadro detallado de las relaciones entre la derogación y los permisos.

Sin embargo, pese a sus ventajas empiristas, la concepción expresiva presenta limitaciones al momento de explicar los diversos tipos de relaciones entre los contenidos normativos que integran el sistema. También, presenta inconvenientes para reconocer diversos tipos de contenidos normativos, pues no es recomendable añadir nuevos tipos de actos normativos o usos prescriptivos del lenguaje, lo cual constituye un problema difícil de sobrellevar, si se considera la pluralidad y diversidad de formas jurídicas que integran los ordenamientos jurídicos.

En definitiva, dentro de esta concepción, los autores igualmente continúan recurriendo a la derogación como engranaje fundamental en la reconstrucción de la dinámica de ordenamientos jurídicos, y en especial, si se considera que ella es entendida como toda eliminación normativa de un sistema.

4.4 Conclusiones

La riqueza y precisión de la obra de Alchourrón y Bulygin entrega un conjunto de herramientas conceptuales que permiten mejorar nuestra compresión de la derogación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, junto con afrontar algunas de las cuestiones que presenta la derogación en este contexto. Todo lo cual se destacó en el balance realizado a cada concepción, a partir de la presentación clara y coherente que se ha realizado de la obra de los autores en materia de ordenamientos jurídicos dinámicos y derogación.

Adicionalmente, la presentación de la obra de Alchourrón y Bulygin a partir del prisma derogatorio posibilita mostrar no solo cómo logran complementar la visión de la práctica jurídica, sino también, permite conocer cuáles eran las cuestiones relevantes para los autores. Estas temáticas propiamente *bulyrronianas* se caracterizan por aspirar a construir una lógica capaz de proporcionar una estructura del lenguaje jurídico, en la cual sea absolutamente preciso el significado de cada elemento y su articulación entre sí. Esto en virtud de que los autores abogan por una actividad filosófica consistente en la clarificación lógica de las proposiciones a través de la traducción o paráfrasis, desde un lenguaje menos explícito o confuso a otro más explícito o clarificado. Como señalé, su obra constituye una continua explicitación de los criterios de racionalidad o de la lógica de los sistemas jurídicos dinámicos con el objetivo de determinar los actos de introducción (promulgación) y eliminación (derogación). De este modo, algunos temas en los cuales muestran un especial interés son: i) la posibilidad de una lógica de normas; ii) qué son las normas jurídicas; iii) las relaciones entre los componentes del sistema; iv) la derrotabilidad de las normas condicionales; v) los diversos tipos de oposición o conflictos normativos; vi) la identidad de los sistemas y órdenes jurídicos; vii) la reconstrucción racional de los aspectos dinámicos y estáticos de los ordenamientos jurídicos; y viii) los desarrollos de una teoría de cambio de creencias; entre muchos otros.

Por su parte, la revisión de la obra de Alchourrón y Bulygin ha permitido agudizar el panorama de las temáticas asociadas con la derogación, puesto que su oscilación en torno a

la naturaleza de las normas jurídicas muestra la complejidad de la pregunta ontológica y la necesidad de tomar una posición al momento de presentar una teoría de la derogación, ya que sin una posición acerca de qué son las normas jurídicas no se puede saber qué deroga, qué es derogado y cuáles son sus efectos dentro de un ordenamiento jurídico. Asimismo, su distinción sin carácter exhaustivo entre los distintos tipos de normas (en sentido estricto y enunciados normativos) genera preguntas acerca de cuáles son todos los diferentes tipos de enunciados normativos que integran nuestros ordenamientos jurídicos, y en este sentido cuáles son las condiciones de su oposición normativa, puesto que la obra de los autores está centrada fundamentalmente en explicitar los criterios del conflicto normativo entre normas en sentido estricto. A su vez, su omisión acerca de qué carácter tienen las disposiciones derogatorias genera la inquietud general de elaborar una tipología de normas junto con una explicitación de sus condiciones de oposición, entendidas estas últimas como la base de una derogación por oposición[454].

En definitiva, pese a la relevancia y profundidad de la obra de Alchourrón y Bulygin, aún quedan algunos temas de la derogación, en el contexto de los ordenamientos jurídicos actuales, que no han sido los suficientemente desarrolladas, a saber: i) las relaciones entre distintos mecanismos de exclusión normativa, ya que los autores nunca refieren a la nulidad o anulabilidad; ii) las relaciones entre distintos *Oj* o más allá cómo podría ser las relaciones entre órdenes estatales o internacionales; iii) el estudio y análisis del fundamento de la derogación en este contexto; iv) una explicitación y desglose de los diferentes procesos de exclusión normativa agrupados bajo el rótulo de «derogación»; y v) una exposición de los requisitos o procedimiento necesarios para que la derogación o sus diferentes manifestaciones se presenten.

[454] Una inquietud similar en (Moreso & Navarro, 1998, p. 281), quienes explicitan algunos problemas en la determinación de la oposición entre normas de competencia o permisiones, en relación con el surgimiento de un *Sj* u *Oj* a partir de una derogación por oposición.

CAPÍTULO 5
LA DEROGACIÓN EN RICCARDO GUASTINI

5.1 Introducción

Parafraseando a Daniel Mendonca, creo no debería haber dudas acerca de que la obra de Riccardo Guastini es una de las más influyentes en la filosofía del derecho italiana y continental de nuestros días, probablemente, en Italia sus trabajos tienen una influencia semejante a la que solo han ejercido en su tiempo Norberto Bobbio y Giovanni Tarello[455].

Durante su trayectoria intelectual, a grandes rasgos, Guastini ha realizado trabajos de filosofía del derecho en un sentido amplio, pues sus escritos abarcan temas de filosofía política, teoría del derecho, teoría del estado, interpretación y argumentación jurídica e inclusive derecho constitucional. Si bien en ocasiones los límites entre estos diferentes campos de estudios no son lo suficientemente claros, la obra *guastiniana* se caracteriza por una marcada deferencia al derecho positivo a través de una continua atención a lo que efectivamente realizan sus creadores, aplicadores e intérpretes.

Por consiguiente, para Guastini, el conocimiento del derecho puede ser puramente factual, ya que puede consistir en conocer lo señalado por el legislador, detectar la manera en que son interpretadas las formulaciones emanadas del legislador, y predecir qué decisiones serán asumidas por los jueces y administración. Asimismo, se muestra mucho más inclinado a realizar una filosofía del derecho de juristas, que una de filósofos, es decir, prefiere una actividad centrada en los problemas conceptuales surgidos en el interior de la experiencia jurídica, utilizando para su resolución el análisis lógico del lenguaje jurídico y adoptando como presupuestos los conceptos de derecho y de justicia[456].

De este modo, el autor genovés concibe la teoría jurídica como un metalenguaje centrado en el discurso generado por la dogmática jurídica, la cual se preocupa por el lenguaje de la autoridad normativa. Sin embargo, si bien para fines expositivos y didácticos la distinción entre un lenguaje (legislador), un metalenguaje (dogmática) y un meta-metalenguaje (teoría del derecho) es suficientemente útil, Guastini reconoce explícitamente que entre el lenguaje del derecho y el lenguaje de la dogmática es imposible trazar un distinción nítida, ya que entre ellos se produce un proceso de continua ósmosis, el cual se refleja en que los juristas modelan y enriquecen continuamente su objeto de estudio[457].

Además, en Guastini, este meta-metalenguaje descriptivo se caracteriza por centrar la reconstrucción de los discursos en los casos difíciles, oscuros o problemáticos, puesto que para el autor no resulta interesante elaborar una teoría de la interpretación jurídica sustentada en los casos fáciles, claros e incuestionables. Esto por la buena razón de que las discusiones doctrinales y los enfrentamientos jurisprudenciales, precisamente tienen por

---

455 (Mendonca, 2002).

456 (Guastini, 1999a, p. 279) y (Guastini, 2012a, pp. 7-26).

457 (Guastini, 1986b, pp. 295-296) (Guastini, [1996]1999, pp. 15-28), (Guastini, 2008a, pp. 254-255), (Guastini, 2012a, pp. 26-42), (Guastini, 2013a, p. 53 y 176) y (Guastini, 2014, p. 8). En este capítulo tanto «legislador» como «ley» son entendidos en un sentido material como la autoridad normativa con el poder para crear y eliminar normas y como todo texto que produce o expresa normas jurídicas.

objeto los casos difíciles, los textos oscuros y las soluciones problemáticas. Por ende, como lo relevante e interesante consiste en reconstruir conceptualmente estas prácticas de los operadores jurídicos, inevitablemente se debe reconocer que el lenguaje jurídico es equívoco, es decir, que las formulaciones o textos normativos expresan una pluralidad de significados (normas), los cuales, además, pueden variar en el tiempo, con lo cual la interpretación desempeña un papel fundamental[458].

Por lo tanto, al haber desacuerdo respecto de qué normas son expresadas por las formulación normativas, y consecuentemente, sobre la manera en la cual la dogmática jurídica moldea y enriquece su objeto de estudio, la reconstrucción del ordenamiento jurídico no se debe presentar únicamente como un conjunto estructurado de normas, sino más bien como igualmente integrado por los textos normativos y los actos de interpretación. Esto último en razón de que, por un lado, los actos habitualmente considerados como «normativos» (v.gr., los actos legislativos), bajo esta concepción, no producen normas sino más bien textos normativos. Y por otro lado, que si cada uno de estos textos está sujeto a interpretaciones sincrónicamente múltiples y diacrónicamente cambiantes, para su reconstrucción se debería considerar solo un subconjunto de ellas, esto es, el subconjunto del derecho vigente. Por lo cual, el derecho vigente es entendido como aquel conjunto formado por las normas generales y efectivamente aplicadas por los tribunales y la administración (interpretación dominante), en el sentido de utilizadas para motivar sus decisiones tanto respecto del pasado como del futuro, y en cuya formación la dogmática jurídica desarrolla un rol preponderante[459].

Así, al igual que en los capítulos anteriores y en armonía con los propósitos de la presente investigación, a partir de la visión de la filosofía del derecho y la composición de los ordenamientos jurídicos presentada por Guastini se buscan en sus trabajos herramientas teóricas o conceptuales que permitan descifrar y mejorar la compresión de las problemáticas propias de la derogación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Por tanto, como señalé en la Recapitulación a la parte I, la obra del autor se estructura bajo el denominado prisma derogatorio, a saber: i) el ordenamiento jurídico, cómo el autor concibe los ordenamientos jurídicos, sus componentes, las relaciones y atributos de estos, y fundamentalmente, cómo reconstruye el aspecto dinámico de los mismos, y dentro de este, qué mecanismos de cambio normativo reconoce en su reconstrucción y cuáles son sus fundamentos; y ii) la derogación, cómo el autor presenta la derogación, sus tipos, requisitos, funciones, efectos y fundamentos. De esta forma, al igual que en los dos capítulos anteriores, el prisma derogatorio tiene la función principal de descomponer la obra de cada autor en los citados niveles de análisis, para así explicitar de manera estructurada las soluciones teórico-jurídicas propuestas a los problemas surgidos en la práctica jurídica.

En definitiva, en lo que sigue, el capítulo se estructura en cuatro apartados: 5.2 Presenta las propuestas centrales acerca de la conformación y reconstrucción de los ordenamientos jurídicos; 5.3 Desarrolla los planteamientos de Guastini sobre la derogación que se insertan en su concepción de los ordenamientos jurídicos; 5.4 Realiza un balance de las principales ideas de una teoría *guastiniana* del ordenamiento y la derogación; y 5.5. A modo de

458 (Guastini, 1999a, p. 279).

459 (Guastini, [1996]1999, pp. 347-348), (Guastini, 1998a, pp. 136-138), (Guastini, 2000, pp. 265-267) y (Guastini, 2013a, pp. 152-173).

conclusión, contiene algunas reflexiones en torno a las principales ideas y problemas desarrollados a lo largo del capítulo.

5.2 El ordenamiento jurídico

Una de las bases del escepticismo ante las normas defendido por Guastini se sustenta en el carácter indeterminado de los ordenamientos jurídicos y sus normas, ya que en el lenguaje jurídico concurren una diversidad de factores que otorgan a los enunciados normativos un carácter equívoco. Por ende, si bien el derecho moderno es principalmente un fenómeno lingüístico que se compone del discurso del «legislador», en virtud del significado indeterminado o carácter equívoco de los enunciados normativos, el derecho también depende de la actividad interpretativa (entendida en un sentido amplio) que es realizada por los operadores jurídicos[460]. En consecuencia, en el apartado 5.2.1 se desarrollan las ideas vinculadas con las actuaciones destinadas a la formulación de las normas y los criterios para su clasificación.

Además, desde el realismo jurídico defendido por Guastini, la ciencia jurídica debe ser descriptiva, y en consecuencia, estudiar el comportamiento humano productor de normas y guiado por ellas. Por lo mismo, al describir las normas y el ordenamiento se debe centrar la atención en la interpretación dominante de un documento normativo y/o en prever las decisiones judiciales, pues solo así se sabrá cuáles son las normas existentes en un ordenamiento determinado, es decir, cuáles son las normas efectivamente aplicadas por los tribunales de justicia o las instancias administrativas[461]. Por consiguiente, en el apartado 5.2.2 se desarrollan las propuestas sobre qué normas integran un ordenamiento y cómo se organizan entre sí. Finalmente, el apartado 5.2.3 constituye una explicitación de los principales rasgos de los ordenamientos jurídicos dentro de una visión *guastiniana.*

5.2.1 Los componentes del ordenamiento

Guastini reconstruye el ordenamiento jurídico como un conjunto estructurado de normas derivado de la combinación de las formulaciones normativas de la autoridad y los actos de interpretación realizados por los operadores jurídicos. Así, para desarrollar una visión *guastiniana* de sus componentes es necesario precisar: i) el acto lingüístico del legislador, su contenido y carácter (el legislador); ii) los actos de los operadores jurídicos y su sustento (los intérpretes); y iii) el producto de la combinación de ambos (las normas).

[460] (Guastini, 2001a, p. 7), (Guastini, 2008c, pp. 28-29), (Guastini, 2010, p. 3), (Guastini, 2011, pp. 146-162), (Guastini, 2013a, pp. 170-173) y (Guastini, 2014, p. 25). En pocas palabras, el escepticismo ante las normas se sustenta en el reconocimiento de que, al menos, son posibles una pluralidad de interpretaciones de un mismo texto normativo y que no existe un criterio de verdad persuasivo para los enunciados interpretativos.
[461] (Guastini, 1990, p. 56), (Guastini, [1996]1999, p. 346), (Guastini, 2008a, p. 260) y (Guastini, 2014, p. 64).

a) El legislador

Generalmente, una afirmación del tipo «el legislador ordena x» puede ser entendida tanto como el acto por medio del cual la autoridad ordena x, así como también, el contenido del acto de ordenar, de modo que, resulta apropiado diferenciar claramente ambos sentidos.

El acto lingüístico. Un acto lingüístico es aquel que solo se ejecuta a través del lenguaje al proferir ciertos enunciados. Por ejemplo, al decir «yo juro», generalmente, se está jurando algo, y no hay otra manera de jurar si no es profiriendo dichas palabras, mientras que, decir «yo escribo» no es escribir, sino más bien describir o hablar acerca de mi escritura, pues «escribir» es un acto no-lingüístico. Dentro de los actos lingüísticos se encuentran los «actos productivos», caracterizados por generar o de cierto modo afectar algunos estados de cosas. Así, los «actos normativos» constituyen un tipo de acto lingüístico productivo caracterizado por cumplirse a través de proferir ciertos enunciados dirigidos a modificar la conducta humana y/o producir o alterar un estado de cosas. Son ejemplos del primer tipo las normas de conducta, y ejemplos del segundo las disposiciones derogatorias[462].

El contenido del acto. Cuando una autoridad realiza un acto normativo, el producto de dicho acto está integrado por «enunciados», expresiones lingüísticas de forma gramaticalmente completas cuyo significado son las «normas». Como generalmente los enunciados emitidos por la autoridad se contienen en textos normativos, que constituyen un conglomerado de enunciados del discurso prescriptivo, estos enunciados se denominan «disposiciones». Por ende, al ser las normas los significados de los enunciados o disposiciones usados para prescribir, es posible decir «tal enunciado o disposición expresa tal norma». Sin embargo, la relación entre textos normativos, enunciados y normas no es coincidente, ya que una autoridad puede «enunciar» con significados diversos un mismo enunciado, y ni las disposiciones y menos aún las normas coinciden con la distribución general de los textos normativos, v.gr., artículos, apartados o párrafos de una ley[463].

Por consiguiente, para Guastini, se promulgan los enunciados o disposiciones y no las normas, mientras que, solo estas últimas son obligatorias y no los enunciados o disposiciones. Además, las premisas de los razonamientos jurídicos son los documentos normativos y no las normas, ya que respecto de ellos se presentan las controversias interpretativas en torno a su significado. Así, las normas se caracterizan por depender del lenguaje en un doble sentido, puesto que necesitan tanto un acto lingüístico de formulación como otro acto lingüístico de interpretación[464].

El carácter prescriptivo. Aquello que diferencia a los actos normativos de los otros actos lingüísticos productivos es su carácter prescriptivo derivado de que sus enunciados están

---

462 (Guastini, 1986a, pp. 495-496), (Guastini, 1987a, pp. 3-5), (Guastini, 1988, p. 630), (Guastini, 1990, pp. 67 y 239-243) y (Guastini, 2014, pp. 26-27).

463 (Guastini, 1979a, pp. 20-28), (Guastini, 1989, p. 10 y 74), (Guastini, 1990, p. 17), (Guastini, 1992, pp. 52-53) (Guastini, [1996]1999, p. 100), (Guastini, 2008c, p. 20), (Guastini, 2010, p. 36) y (Guastini, 2013a, pp. 137-143). En ocasiones, Guastini utiliza como equivalentes los términos «norma» y «proposición», aunque reconoce que es solo un modo metafórico de expresarse (Guastini, 1991, p. 447).

464 (Guastini, 1979c, pp. 276-277). Es importante destacar que, para Guastini, el concepto de «promulgación» no puede ser generalizado, ya que al referir a una fuente específica dentro de un ordenamiento, no es un concepto teórico general, sino más bien de derecho positivo, ver (Guastini, [1996]1999, pp. 365-367) y (Guastini, 1998a, pp. 154-156)

dirigidos a influir en la actitud y el comportamiento de los seres humanos. Por lo cual, las normas se producen en la emanación o formulación prescriptiva de ciertos enunciados, es decir, mediante actos lingüísticos productivos que cumplen la función de dirigir, influenciar o modificar la conducta humana[465].

Para determinar el carácter prescriptivo de un discurso, Guastini sugiere no hablar de «enunciados prescriptivos», sino más bien de «enunciaciones prescriptivas» concretas, realizadas por alguien en determinadas circunstancias, pues el carácter prescriptivo es una propiedad de las enunciaciones y no de los enunciados, es decir, una propiedad que se presenta en el aspecto pragmático del lenguaje. En otras palabras, un enunciado no es prescriptivo en cuanto tal (*type-sentence*), sino más bien en su uso o enunciación concreta (*token-sentence*) por alguien bajo ciertas circunstancias. Por lo cual, el discurso normativo, entendido como el discurso de las fuentes de derecho en la producción de normas, es prescriptivo cuando un enunciado es usado para llevar a cabo un acto lingüístico de prescribir, esto es, un acto que cumple la función de dirigir, influenciar o modificar la conducta humana[466].

b) Los intérpretes

Guastini reconoce que, en el ámbito jurídico, el término «interpretación» es utilizado para designar una gran variedad de actividades diversas entre sí, pero que, fundamentalmente, conviene distinguir entre la «interpretación en sentido estricto» y la «construcción jurídica». El primer sentido alude a la actividad de atribuir un significado a los textos normativos, mientras que el segundo refiere al conjunto de actuaciones realizadas por los operadores jurídicos a partir de dichos textos normativos. En consecuencia, en un sentido amplio, el término «interpretación» puede indicar el conjunto de actividades destinadas a formular las normas de un ordenamiento jurídico y establecer los presupuestos para dicha formulación, siempre en relación con las formulaciones normativas emanadas de la autoridad[467].

Interpretación. En virtud del carácter equívoco del lenguaje jurídico no se presenta una correspondencia unívoca entre disposiciones y normas, lo cual deriva del significado de las palabras, el contexto de las enunciaciones y los códigos interpretativos utilizados por los operadores jurídicos.

Según el significado de las palabras, la relación multívoca entre disposición y norma se presente porque: i) muchas disposiciones tienen un contenido significativo complejo, de modo que, expresan una multiplicidad de normas; ii) cada disposición es más o menos vaga y ambigua, de manera que, al tolerar la atribución de significados diversos pueden corresponder a ella una multiplicidad de normas; iii) es posible que dos disposiciones sean sinónimas, y en consecuencia, expresen la misma norma; iv) puede ocurrir que dos disposiciones expresan conjuntos de normas que se traslapan parcialmente entre ellos; y v)

---

465 (Guastini, 1990, pp. 68-70), (Guastini, 2010, p. 4) y (Guastini, 2014, pp. 26-27). Para resaltar las peculiaridades el discurso prescriptivo se presenta en contraposición al discurso descriptivo, entendido este como aquel que cumple la función de formular y transmitir creencias, información o conocimientos.

466 (Guastini, 1990, pp. 37-47), (Guastini, 2010, pp. 6-13) y (Guastini, 2014, pp. 28-36).

467 (Guastini, 1990, pp. 85-90), (Guastini, 1992, pp. 30-33), (Guastini, 2011, p. 144) y (Guastini, 2013a, p. 42). Excluyo de esta reconstrucción el tratamiento de la argumentación jurídica por exceder el ámbito de esta investigación y solo realizo referencias tangenciales a ella.

en los ordenamientos jurídicos pueden haber nomas implícitas (inexpresadas), esto es, atribuidas a una pluralidad de disposiciones combinadas entre sí, o bien, obtenidas de todo el ordenamiento o una porción de este. A su vez, de acuerdo con el contexto de enunciación, entendido como el conjunto de las partes del discurso en que se insertan los enunciados unido a las circunstancias extralingüísticas en que el enunciado es emitido, dos enunciaciones de un mismo enunciado pueden tener significados diversos, v.gr., tienen un significado diverso las formulaciones de una ley cuando están en la propia ley, en un manual de derecho o en una sentencia judicial. Además, los operadores jurídicos tienden a no seguir las reglas semánticas, sintácticas y pragmáticas de los lenguajes ordinarios y más bien interpretan las formulaciones normativas con base en sus códigos interpretativos, los cuales incluyen métodos interpretativos estrictamente jurídicos, tesis dogmáticas preconstituidas, y también, sus sentimientos de justicia[468].

De este modo, si cada enunciado admite diversas interpretaciones, la atribución a estos de un significado en perjuicio de las otras posibilidades comporta una actividad arbitraria que requiere de una valoración, elección y decisión. Así, esta atribución es relativamente arbitraria, porque en cada comunidad jurídica los enunciados normativos toleran atribuciones de más de un significado, pero no de cualquier significado, pues ellos tienen un rango de significados posibles formado por sus usos lingüísticos, los métodos interpretativos aceptados y las tesis dogmáticas. Por ende, si las disposiciones son el objeto de la interpretación y las normas el producto de las misma, estas últimas no preexiste a la interpretación de parte de un destinatario determinado, estas solo tienen el significado que les atribuyen quienes las interpretan, y consecuentemente, su significado es algo que en cada decisión interpretativa en alguna medida es arbitrario y puede cambiar[469].

Por consiguiente, resulta adecuado diferenciar entre diversos tipos de interpretación: i) «decisoria» cuando se elige de manera más o menos arbitraria el significado de una disposición determinada; ii) «cognoscitiva» cuando se identifican los diversos significados posibles de un texto normativos (el rango de significados posibles); y iii) «creadora» cuando se atribuye a una disposición un significado nuevo no comprendido dentro del rango de posibilidades. Por ende, las interpretaciones decisoria y creadora son constitutivas del significado de una disposición, y a su vez, la interpretación cognoscitiva es descriptiva de los significados expresados por una disposición. Mientras en las primeras actividades «interpretar» es producir normas en virtud de la decisión o creación, en la segunda es conocer las posibles normas en razón de los significados predeterminados, v.gr., la interpretación judicial nunca es una interpretación cognoscitiva, sino más bien una interpretación decisoria y excepcionalmente creadora[470].

---

468 (Guastini, 1979b, pp. 36-39 y 74-75), (Guastini, 1982, pp. 179-181), (Guastini, 1990, pp. 25-33), (Guastini, 1992, pp. 58-61), (Guastini, [1996]1999, pp. 101-104), (Guastini, 2001a, pp. 27-30), (Guastini, 2008c, pp. 19-24), (Guastini, 2010, pp. 36-39), (Guastini, 2011, pp. 148-149) y (Guastini, 2013a, pp. 166-167). Guastini añade que, de acuerdo con distintos conceptos de normas es posible encontrar casos de disposición sin norma, por ejemplo, en virtud de un concepto que solo considera como tales a las normas de conducta.

469 (Guastini, 1979a, pp. 28-34), (Guastini, 1989, p. 74), (Guastini, 1990, pp. 15-18 y 86), (Guastini, 2010, p. 55) (Guastini, 2011, p. 159) y (Guastini, 2013a, pp. 167-168). En ocasiones, Guastini realiza un interesante paralelo entre las actividades interpretar en sentido estricto y definir, por ejemplo, ver ([1996]1999, pp. 201-210) y (2008c, p. 20).

470 (Guastini, 1989, pp. 74-81), (Guastini, [1996]1999, pp. 203-204), (Guastini, 2008c, pp. 24-25), (Guastini, 2011, pp. 142-159) y (Guastini, 2013a, pp. 42-43). Para Guastini, qué significado debe ser elegido, es una

Es importante añadir que, el discurso de los intérpretes se compone de enunciados interpretativos generalmente presentados bajo la forma estándar «"T" significa S», en la cual la primera variable representa el texto normativo (disposición) y la variable S el significado atribuido a ella (la norma). De este modo, de acuerdo con Guastini, tanto disposiciones como normas son enunciados, puesto que la única manera de expresar una norma es mediante su formulación a través de otro enunciado, y en consecuencia, la interpretación jurídica consiste en la reformulación de los textos normativos mediante el establecimiento de relaciones de sinonimia entre dos enunciados: una disposición y una norma. Así, la norma, el enunciado interpretativo y la disposición son entidades ontológicamente homogéneas pero de diferente tipo, puesto que la disposición es un enunciado del discurso de las fuentes, la norma es un enunciado del discurso del intérprete y el enunciado interpretativo es el puente entre ambos[471].

Construcción jurídica. En un sentido amplio, la construcción jurídica incluye una serie de operaciones intelectuales entre las cuales destacan: i) la creación de lagunas; ii) la concretización de principio; iii) la creación de jerarquías axiológicas; iv) la ponderación de principio; v) la creación de antinomias: y vi) la elaboración de normas implícitas. Por su especial importancia en los ordenamientos jurídicos y en la obra de Guastini, en lo que sigue la expresión «construcción jurídica» se entenderá en un sentido restringido, es decir, únicamente referida a las operaciones que tienen por objeto acreditar la existencia en el ordenamiento de una o más normas implícitas (salvo excepción explícita)[472].

Por consiguiente, en los derechos positivos se debe distinguir entre las normas explícitas y las implícitas, según si ellas constituyen o no el significado de un enunciado normativo formulado en las fuentes de derecho, es decir, si pueden o no ser atribuidas a una precisa disposición como su significado. Así, las normas implícitas son formuladas por los operadores jurídicos mediante diversos procedimientos: i) inferidas a partir de las normas explícitas según esquemas de razonamiento lógico sin premisas adicionales, caso en el cual al estar lógicamente implícitas en las normas expresas, la formulación de las normas implícitas es meramente cognoscitiva; ii) inferidas de normas explícitas mediante añadir premisas adicionales, como asunciones teóricas del tipo: teoría del delito y teoría del contrato, entre muchas otras; y iii) persuasivamente inferidas a partir de las normas explícitas según esquemas de razonamiento argumentativos, v.gr., analogía, combinación de disposiciones, interpretación sistemática, etc.[473].

Por lo tanto, mientras las normas explícitas son puestas por el legislador, las normas implícitas son el producto de los operadores jurídicos a través de los procedimientos de integración o complementación del derecho (construcción jurídica). Pese a ello, desde una

---

cuestión normativa irrelevante para una teoría descriptiva de la interpretación, pero vinculada con los tradicionales argumentos jurídicos que son utilizados para justificar dicha decisión.

471 (Guastini, 1986b, p. 299), (Guastini, 1986c, p. 215), (Guastini, 1989, p. 74), (Guastini, 1990, pp. 15-19) y (Guastini, 2008c, pp. 16-17). Probablemente, la ausencia de todas las distinciones previamente señaladas y contenidas en la obra de Guastini, es lo que induce a José Juan Moreso y Josep María Vilajosana (2004, p. 160) a clasificar la posición del autor genovés simplemente como no cognoscitivista.

472 (Guastini, 1992, pp. 30-33), (Guastini, 2010, p. 55), (Guastini, 2011, p. 144) y (Guastini, 2013a, pp. 42-45). Guastini utiliza el par normas «expresadas» o «inexpresadas» como sinónimo de normas «explícita» e «implícita», sin embargo, como en su concepción una norma no formulada no existe, me inclino por el segundo par de términos.

473 (Guastini, 1990, pp. 205-208), (Guastini, 1995a, p. 259), (Guastini, [1996]1999, p. 358), (Guastini, 2001b, p. 63), (Guastini, 2010, pp. 23 y 39-41), (Guastini, 2013a, pp. 48-50) y (Guastini, 2014, pp. 48-49).

visión realista, estas normas implícitas forman parte del derecho, porque efectivamente son utilizadas por los órganos de aplicación en la justificación de sus decisiones, de modo que, son formuladas por los operadores jurídicos, y regularmente, utilizadas por los órganos de aplicación. Así, al estar los ordenamientos jurídicos compuestos por normas explícitas e implícitas, resulta sumamente relevante para su determinación las decisiones interpretativas realizadas por los operadores jurídicos, ya que cuando estas decisiones interpretativas varían, igualmente, varía el contenido del ordenamiento[474].

Cabe precisar que, aunque no distingue claramente, Guastini diferencia entre las normas implícitas de las «implicadas» en otras normas. Estas últimas solo es posible obtenerlas mediante inferencias lógicas, v.gr., una norma N_2 está implicada en N_1 cuando su contenido está lógicamente implicado en N_1, de modo que, la realización de N_1 necesariamente comporta la realización de N_2. Por lo cual, como una norma solo puede estar implicada en otra preexistente, estas últimas pueden ser los posibles significados de una disposición, o bien, el fruto de la construcción jurídica realizada por la dogmática[475].

Fuente de derecho. La expresión «fuentes de derecho» es ambigua y, al menos, alude a dos cuestiones: a las fuentes de producción normativa y a las fuentes de conocimiento de las normas. Las primeras designan a todos los actos, hechos o procedimientos idóneos para producir derecho, mientras que, las segundas refieren a los documentos y las publicaciones oficiales mediante las cuales es posible conocer el derecho. Asimismo, el uso inconstante de la expresión «fuentes de producción» hace que mediante ella se pueda aludir, al menos, a los tres elementos del proceso de producción de derecho: i) la autoridad normativa; ii) el acto normativo realizado por ella; y iii) el documento normativo producido por dicho acto, así como también, en ocasiones, es utilizado para aludir al contenido de significación del documento normativo[476].

Para Guastini la autoridad normativa solo produce textos normativos y mediante la actividad de los operadores jurídicos se determinan las normas expresadas por ellos, así como también, a partir de estas últimas se elaboran nuevas normas, i.e., las normas nacen de la combinación de la legislación, la interpretación y la construcción jurídica. Por ello, en su visión, la expresión «fuente de derecho» tiene un significado complejo, ya que los actos o procedimientos normativos de creación son fuentes de los textos, mientras que los propios textos unidos a los actos de interpretación y construcción son fuentes de las normas. No obstante, Guastini tiende concebir las «fuentes de derecho» a veces como los textos normativos, y otras, como los actos de creación normativa de dichos textos.

En este sentido, es importante añadir que, según Guastini, en los ordenamientos jurídicos actuales, las normas se distinguen por la fuente de la cual emanan, mientras que cada fuente

474 (Guastini, 1989, pp. 73-89), (Guastini, 1990, p. 72), (Guastini, [1996]1999, p. 357), (Guastini, 2008a, p. 260), (Guastini, 2010, p. 56) y (Guastini, 2013a, p. 47).

475 (Guastini, 1990, pp. 144-148).

476 (Guastini, 1989, pp. 9-10), (Guastini, 1992, pp. 51-53) y (Guastini, 2014, pp. 109-114). Estas distinciones se realizan con expresa abstracción del derecho consuetudinario. Además, para reconocer una fuente de derecho, Guastini se inclina por una concepción mixta, generalmente utilizada por los juristas, y según la cual son fuentes de derecho todos los hechos o actos que producen normas generales y abstractas que modifican el derecho existente en un momento determinado (concepción formal), y todos los actos o hechos a los cuales una norma jurídica positiva preexistente los reconoce como creadores de derecho (concepción material). Así, según esta concepción, son fuentes de derecho tanto las normas singulares como las normas implícitas, ver (Guastini, [1996]1999, pp. 85-86), (Guastini, 1999b, pp. 167-173) y (Guastini, 2010, pp. 45-53).

se diferencia por su nombre propio y el régimen jurídico correspondiente a dicho nombre. Por un parte, son nombres propios de normas: leyes ordinarias estatales, leyes constitucionales, leyes regionales y reglamentos parlamentarios, entre muchos otros, y por otra parte, el régimen jurídico de una fuente es el conjunto de las normas que, para todas las fuentes que tienen el mismo nombre, determinan su ámbito material de competencia, su eficacia jurídica, su ámbito de aplicación, su régimen procesal, etc. Además, el régimen jurídico determina la «fuerza» de cada norma, i.e., determina la posición de cada fuente en la jerarquía material del ordenamiento. Por cuanto, el régimen jurídico establece la capacidad de cada fuente para derogar otras fuentes y resistir la derogación por parte de otras, las cuales pasan a ser inferiores al poder ser derogadas por ella[477].

En definitiva, a partir de la opinión generalizada de la dogmática y la jurisprudencia, Guastini propone un listado no taxativo de las principales fuentes del derecho italiano, entre las cuales destaco: la Constitución, las leyes de revisión constitucional, las leyes ordinarias del estado, los decretos legislativos delegados, los decretos-leyes, el referéndum abrogativo, el reglamento del gobierno, los reglamentos ministeriales e interministeriales, los estatutos de las regiones, las leyes regionales, los reglamentos regionales, los usos y costumbre, y las denominadas fuentes comunitarias[478].

c) Las normas

Las normas que integran un ordenamiento pueden ser clasificadas de diversas maneras, sin embargo, Guastini se inclina por cuatro criterios, de acuerdo con los cuales las normas puede ser: i) explícitas e implícitas; ii) en sentido estricto y sentido amplio; iii) simplemente normas o metanormas; y iv) reglas o principios. Además, en la mayoría de sus explicaciones, el autor genovés sostiene que todas (o casi todas) las normas jurídicas pueden ser reconstruidas como enunciados condicionales del tipo «Si A, entonces C», en los cuales el antecedente A denota una clase de supuesto de hecho y el consecuente C denota una clase de consecuencia jurídica. También, junto con diferenciar los distintos tipos de normas y su eventual reformulación condicional, el autor diferencia dentro del contenido normativo de una norma entre: i) el objeto que disciplina, aquella clase de hechos o acciones que regula; y ii) el modo en que tal objeto es regulado. Además, como en ocasiones el contenido de un acto normativo es la parte que señala quién debe realizar qué cosa en qué circunstancias, se debe añadir como parte del contenido de una norma a los sujetos a los cuales la norma refiere[479].

Normas en sentido restringido o prescripciones. Son aquellas que refieren al comportamiento humano y tiene una forma deóntica o parafraseable a una forma deóntica. Así, las «normas en sentido estricto o restringido» son prescripciones dotadas de una estructura condicional con un contenido general y abstracto. Su carácter prescriptivo proviene de calificar la conducta humana como obligatoria o prohibida. Además, todas ellas pueden ser reconstruidas bajo la estructura condicional «Si A entonces C», en la cual el

[477] (Guastini, [1996]1999, p. 325 y 340), (Guastini, 2010, pp. 27-28), (Guastini, 2013a, p. 148) y (Guastini, 2014, p. 105).
[478] (Guastini, 1998a, pp. 80-82).
[479] (Guastini, 1990, pp. 68-70 y 142-143), (Guastini, 1993, pp. 24-26), (Guastini, [1996]1999, p. 341), (Guastini, 1998b, p. 107), (Guastini, 1999b, p. 173), (Guastini, 2004a, pp. 250-253) y (Guastini, 2008b, p. 145). La primera distinción entre normas explícitas e implícitas fue trazada al explicar la construcción jurídica.

antecedente fáctico A representa la conducta (acción u omisión) y el consecuente C la calificación jurídica (obligatorio o prohibido). También, estas normas son generales, al tener por objeto una clase de hechos o situaciones, y abstractas, al proyectarse hacia situaciones futuras[480].

El hecho de que las prescripciones refieran a ciertos sujetos y/o ciertos comportamientos humanos proporciona cierta referencia semántica a este tipo de normas (la conducta cuya ejecución es exigida). Esta referencia permite hablar de obediencia o violación de las prescripciones, y consecuentemente, un enunciado normativo desprovisto de referencia semántica no puede cumplir ninguna función prescriptiva. Asimismo, al proyectarse o «disponer» hacia el futuro, esto es, decir *ex ante* una clase de hechos o situaciones futuras, las prescripciones se oponen a las normas que «proveen» (*provvedere*) *ex post facto* consecuencia jurídicas a situaciones o hechos ya verificados, pues mientras «disponer» se relaciona con actuar de manera preventiva y general, «proveer» es regular caso a caso[481].

Normas en sentido amplio o remanentes. El carácter de «remanente» de las normas en sentido amplio deriva de que ellas no refieren directamente al comportamiento humana, por lo cual, no pueden ser obedecidas ni violadas, y tampoco, pueden cumplir una función prescriptiva. Además, todas ellas no pueden ser reconstruidas de manera condicional, como es el caso de las normas derogatorias, normas interpretativas, normas definitorias. No obstante, las normas remanentes que sí pueden ser presentadas bajo esta forma condicional, en su consecuente no se presenta una calificación deóntica, sino, por ejemplo, la adquisición de un estatus, la adquisición de un situación jurídica subjetiva, la validez de una acto, entre muchas otras.

En la visión de Guastini, estas normas remanentes constituyen «fragmentos de normas», porque solo pueden ser usadas en combinación con normas prescriptivas, ya que son funcionalmente dependientes de ellas, en el sentido de que solo mediante ellas puede referir indirectamente a la conducta humana. Sin pretensiones de exhaustividad, el conjunto de las normas remanentes está integrado por:

i. Normas de competencia, establecen una autoridad por el hecho de conferirle el poder para crear y eliminar normas, y muestran su dependencia funcional cuando otorgan un poder a la autoridad para dictar prescripciones;
ii. Normas permisivas, califican un determinado comportamiento como permitido, facultativo o libre (permitido y facultativo), en atención a si refiere a acciones (permisos) u omisiones (facultades). Ellas son funcionalmente dependientes de las prescripciones cuando derogan o *derogano* una prescripción preexistente, en un ordenamiento en que rige el principio *lex posterior derogat priori*, o bien, prohíben la creación de una prescripción por parte de una

[480] (Guastini, 1986a, pp. 495-496), (Guastini, 1987a, p. 4), (Guastini, 1988, p. 630), (Guastini, 1990, pp. 240-241) y (Guastini, 2001a, pp. 7-17). (Guastini, 2010, pp. 12-18) y (Guastini, 2014, pp. 34-40). No es del todo claro por qué Guastini no considera al operador deóntico permitido como apto para prescribir conductas.
[481] (Guastini, [1996]1999, p. 94), (Guastini, 2010, p. 8 y 17) y (Guastini, 2014, p. 30 y 41). Cabe precisar que, si bien las prescripciones están dirigidas al comportamiento humano, no tiene sentido regular cualquier comportamiento, porque tanto las acciones imposibles como las acciones necesarias no deben ser objeto de regulación. En el primer caso porque la acción no se puede cumplir, y en el segundo, porque es imposible no cumplirlas, ver (Guastini, 2010, p. 12) y (Guastini, 2014, p. 34).

autoridad futura, en un ordenamiento en que rige el principio *lex superior derogat inferiori*[482];

iii. Normas definitorias, determinan el significado de un término o grupo de términos usados en la formulación de una norma. Así, manifiestan su dependencia funcional cuando precisan el significado de las prescripciones;

iv. Normas interpretativas, determinan el significado de un enunciado usado en la formulación de una norma precedente y desempeñan su función de fragmento de normas cuando determinan el contenido de las prescripciones preexistentes;

v. Normas de reenvío, indican a los órganos de aplicación (tribunales de justicia e instancias administrativas) en qué fuente o disposición deben buscar la regulación de una situación determinada. Por ende, son funcionalmente dependiente de las prescripciones cuando indican a los órganos de aplicaciones cuáles son las normas en sentido restringido que deben ser aplicadas[483];

vi. Normas sobre la eficacia de otras normas, delimitan los efectos jurídicos de otras normas en el tiempo y el espacio. Así, estas normas desarrollan su dependencia funcional cuando determinan el ámbito de eficacia de las normas en sentido restringido;

vii. Normas sobre conflictos entre normas, indican a los órganos de aplicación qué norma deben preferir y aplicar para los caso de incompatibilidad. Por lo cual, su dependencia funcional consiste en señalar a los órganos de aplicación cuáles son las prescripciones que deben preferir en casos de conflicto entre ellas; y

viii. Normas derogatorias, aunque son desarrolladas en el apartado 5.3, muestra su dependencia funcional cuando derogan normas en sentido estricto[484].

Guastini afirma que, a menudo, una gran parte de los fragmentos de normas son abordados bajo el nombre de «normas constitutivas» y que, si bien esta expresión presenta múltiples significados, al menos, las normas remanentes son constitutivas en dos sentidos: i) no prescriben una conducta determinada, sino que realizan directamente el efecto pretendido, v.gr., las normas derogatorias, que sin prescribir una conducta, producen inmediatamente la derogación de la norma a la cual refieren; y ii) establecen las condiciones de algo, sean condiciones necesarias, suficientes o necesarias y suficientes. Al primer sentido se puede añadir que, las normas constitutivas no toleran una reformulación en términos deónticos y al estar privadas de destinatarios no requieren obediencia ni admiten violación. Por lo tanto, las normas constitutivas pueden ser entendidas como opuestas a las normas prescriptivas, y además, las normas en sentido amplio pueden ser denominadas normas constitutivas en algunas circunstancias[485].

Metanormas. Las normas que tienen por objeto otras normas, disposiciones o actos normativos son denominadas «metanormas». Su carácter de metaenunciados deriva del hecho de que refieren a otras normas, generalmente, sobre la producción, la estructura, la

---

[482] En ocasiones, Guastini considera a los permisos como normas prescriptivas, y en consecuencia, las normas usadas en combinación a ellas son fragmentos de normas, por ejemplo, (Guastini, 2010, p. 39).

[483] Un reenvío puede ser «recepticio» cuando tiene por objeto una disposición o grupo de disposiciones determinada, y «móvil» en los casos en que tiene por objeto un tipo de fuente.

[484] (Guastini, 1990, p. 206 y 222), (Guastini, [1996]1999, pp. 97-107) (Guastini, 2001a, pp. 17-24), (Guastini, 2010, pp. 19-21) y (Guastini, 2014, pp. 43-46 y 56-57). No es claro cómo Guastini entiende los casos en que estas normas remanentes refieren a otras normas remanentes, es decir, cuando se establece una dependencia funcional únicamente entre normas remanentes.

[485] (Guastini, [1996]1999, p. 99), (Guastini, 2010, p. 22) y (Guastini, 2014, pp. 46-47). Una acabada revisión de las normas jurídicas y su relación con las normas constitutivas en la primera parte de (Guastini, 1985).

organización o la competencia dentro de los ordenamientos jurídicos, oponiéndose así a las normas que regulan directamente el comportamiento. Su función principal deriva de que, para crear o eliminar derecho mediante un hecho o acto es necesaria la existencia de normas que regulen dicha creación o eliminación normativa[486]. En los ordenamientos jurídicos el conjunto de las metanormas está integrado por una amplia pluralidad de elementos, los cuales pueden ser clasificados en dos grandes grupos: normas sobre la producción jurídica y normas que regulan las relaciones entre las distintas fuentes de derecho.

Las «metanormas sobre la producción jurídica» son las que confieren al acto de prescribir la etiqueta institucional de legislación mediante la regulación de los aspectos formales y materiales de la creación de otras normas:

i. Las metanormas formales sobre la producción comprenden las normas que:
   a. Confieren una competencia normativa a un sujeto para crear normas jurídicas. Generalmente, están integradas por normas que especifican el nombre propio (*nome iuris*) o el estatus del documento normativo que pueden crear, y consecuentemente, el régimen jurídico al cual se debe someter el sujeto (un órgano determinado puede crear una fuente específica); y
   b. Regulan el ejercicio de una competencia normativa determinada mediante el establecimiento de un procedimiento para la creación de un cierto tipo de fuente, de modo que, dicha competencia no puede ser ejercida fuera del procedimiento señalado;

ii. Las metanormas materiales sobre la producción comprenden las normas que:
   a. Limitan el objeto de la competencia atribuida circunscribiéndola a una materia, v.gr., las normas que enumeran las materias que una fuente está autorizada a regular, o también, las normas que reservan una determinada materia a una fuente dada, de modo que, otra fuente no puede regular dicha materia; y
   b. Determinan el propio contenido de la regulación a través de impedir que se creen normas que tengan un determinado contenido, o bien, imponiendo a ellas la producción de normas de un contenido determinado. En el primer caso establecen un rango de acción, en el sentido de que cada fuente está autorizada para disciplinar exclusivamente ciertas materias, por ejemplo, una norma de rango constitucional puede determinar que las leyes estatales no están autorizadas a regular determinadas materias, como asimismo, que las leyes regionales solo pueden regular ciertas materias[487].

Por su parte, las «metanormas que regulan las relaciones entre las diversas fuentes del derecho» se caracterizan por regular los casos de conflicto normativo del siguiente modo:

i. Los conflicto entre normas provenientes de fuentes diversas. Las normas que constituyen una jerarquía entre las distintas fuentes pueden realizar esto de

[486] (Guastini, 1979b, p. 83), (Guastini, 1990, p. 209) (Guastini, 1992, p. 51), (Guastini, [1996]1999, p. 109), (Guastini, 2010, pp. 22-23), (Guastini, 2013b, p. 64) y (Guastini, 2014, p. 48). Las metanormas se deben distinguir de las normas supraordenadas o superiores, ya que no existe una coincidencia exacta entre ellas, al derivar estas últimas de un tipo de jerarquía normativa. Asimismo, se aprecia claramente, cómo la mayoría de las normas remanentes, al versar sobre otras normas, pueden ser entendidas como «metanormas».

[487] (Guastini, 1992, pp. 63-69 y 124-126), (Guastini, [1996]1999, pp. 309-310), (Guastini, 2010, pp. 25-31) y (Guastini, 2014, pp. 104-107).

maneras diversas. Por ejemplo, que las normas de F_2 no puedan oponerse a las de F_1, que el órgano O tiene la competencia para controlar que F_2 esté en conformidad con F_1 y en caso contrario pueda inaplicar o anular F_2. Así, en caso de conflicto entre normas de diferentes fuentes prevalecen las normas de una fuente jerárquicamente superior, es decir, la norma inferior es inválida y la superior debe ser preferida en sede de aplicación;

ii. Los conflictos entre normas provenientes del mismo tipo de fuente, pero promulgadas en tiempos diversos[488].

Principios de derecho. Pese a que la noción de «principio» es escurridiza y controvertida, los principios constituyen un tipo específico de norma jurídica que integran los ordenamientos[489]. Por lo cual, aunque no es posible trazar una distinción nítida entre los principios y los otros tipos de normas, al menos, es posible reconocer que el término «principio» es utilizado para aludir a seis conceptos distintos, a saber:

i. Normas de un alto grado de generalidad en todo el ordenamiento jurídico o en una parte de él. La generalidad de una norma se presenta cuando mayor es el potencial número de circunstancias concretas en las cuales ella puede ser aplicada, v.gr., el principio dispositivo en el derecho civil;

ii. Normas de un alto grado de vaguedad. La vaguedad de una norma se aprecia cuanto mayor es la indeterminación semántica de los términos utilizados en su antecedente, v.gr., el trabajo es tutelado en todas sus formas;

iii. Normas que tienen un carácter programático. Caracterizadas por estar dirigidas al legislador o la administración para que persigan una finalidad o adopten un valor, sin aludir a los medios para su satisfacción o adopción, v.gr., se protege la salud como un derecho fundamental del individuo;

iv. Normas de una elevada jerarquía. Distinguidas por la posición que ocupan dentro del ordenamiento jurídico en su conjunto o en una parte específica de este, v.gr., son casos paradigmáticos de estos principios los explícita o implícitamente formulados a partir de disposiciones constitucionales;

v. Normas que desempeñan un rol fundamental o importante en el ordenamiento jurídico o en un parte de este. El carácter fundamental o la importancia se determinan cuando la ausencia del principio produce un cambio de identidad del ordenamiento o en un parte de este. Asimismo, una norma puede ser considerada como principio por servir de fundamento a otras en múltiples sentidos: a) cuando N_2 puede ser lógicamente deducida de N_1; b) cuando N_1 establece un fin que es ejecutado o realizado mediante N_2; c) cuando N_2 es dictada por una autoridad en virtud de N_1; d) cuando N_1 entrega un fundamento axiológico (ético-político) a otras normas (N_2, N_3, N_4,… N_n); y e) cuando N_1 no tiene o no necesita un fundamento axiológico, porque es percibida como una norma evidentemente justa o correcta;

[488] (Guastini, 1992, pp. 63-69 y 124-126). Si bien en la RAE solo se reconoce el verbo «desaplicar», su significado no se relaciona con la aplicación de normas jurídicas, por lo cual, opto por utilizar «inaplicar» y su participio «inaplicada(o)», pese a no ser reconocidas por la misma, pero estar vinculadas más estrechamente con la inaplicabilidad de las normas.

[489] (Guastini, 1995b, pp. 113-116) y (Guastini, 2001a, p. 31)

vi. Normas dirigidas a los órganos de aplicación y que determinan las normas o disposiciones que deben ser aplicadas por ellos, v.gr., el principio de jerarquía de las fuentes o los criterios de solución de antinomias[490].

Como los principios son un tipo de norma, igualmente se distingue entre principios explícitos e implícitos, en atención a si existe o no en el lenguaje legislativo una disposición que constituya una formulación adecuada y exhaustiva del principio en cuestión. Una diferencia adicional entre principios explícitos e implícitos se encuentra en las razones aducidas para fundamentar su validez, ya que, en el primer caso, se habla de por qué los operadores jurídicos justifican la elevación de una norma al rango de principio, a lo cual se aducen los seis conceptos señalados; mientras que, en el segundo caso, se habla de la manera en que los operadores jurídicos justifican la validez material de los principios implícitos, a lo cual se aducen las disposiciones que son utilizadas para deducirlos, o bien, las doctrinas ideológicas, políticas o jurídicas empleadas para fundarlos. En este sentido, se debe añadir que, si bien los principios implícitos no se obtienen únicamente de una disposición, es perfectamente posible que ellos sean deducidos de varias disposiciones del ordenamiento, y asimismo, que los ordenamientos contengan distintas disposiciones para su aplicación o concretización. Además, los principios implícitos derivados de diferentes disposiciones deben ser diferenciados de los principios implícitos derivados de «la Constitución material», el «ordenamiento jurídico en su conjunto» o inclusive de otros principios implícitos, v.gr., en la mayoría de los ordenamiento jurídicos el principio de «conservación de documentos normativos» tendría este último carácter[491].

En los ordenamientos jurídicos, los principios son utilizados de diversas manera, a saber: i) en la producción del derecho, como parámetro de legalidad o legitimidad de las autoridades subordinadas a la que ha formulado el principio, pues circunscribe materialmente la competencia de la autoridades inferiores; ii) en la exposición del derecho, como instrumentos de organización y sistematización del material normativo, o también, como un tipo de explicación de las normas subyacente; iii) en la interpretación del derecho, como el fundamento de la elección entre las interpretaciones posibles por encontrarse esta en conformidad con el principio; iv) en el establecimiento de excepciones implícitas, como la fuente de estas excepciones que presentan las normas remanentes; v) en la integración del derecho, como la fuente de las normas particulares implícitas que pueden llenar la laguna; y vi) en la coherencia del ordenamiento, como criterio para la selección de una de las normas en conflicto mediante la prevención del surgimiento de antinomias[492].

Finalmente, no se debe olvidar que para Guastini, interpretar una disposición como expresando un principio o atribuir a una norma el carácter de principio no es una cuestión dada, sino más bien algo que depende de los juicios de valor (valoraciones) realizados por los operadores jurídicos. Al ser estos últimos los que mediante una valoración atribuyen a

---

490 (Guastini, 1989, pp. 91-92), (Guastini, 1990, pp. 112-121), (Guastini, 1992, p. 139), (Guastini, 1995b, p. 116), (Guastini, 2001a, p. 31) y (Guastini, 2014, pp. 68-69) Igualmente, Guastini en otros trabajos presenta una clasificación parcialmente diferente de los principios, ver (1995b, pp. 117-125), (2001a, pp. 32-37) y (2004a, pp. 255-259).

491 (Guastini, 1989, p. 92), (Guastini, 1990, pp. 120-131), (Guastini, 1995b, pp. 125-127) y (Guastini, 2014, pp. 74-75). Cabe precisar que, los principios implícitos derivados de otros principios implícitos encuentran su fundamento, preferentemente, en las ideologías y las doctrinas políticas y/o jurídicas, de modo que, para su formulación completa es necesaria un exposición de la ideología y/o doctrina que les sirven de base.

492 (Guastini, 1989, pp. 93-94), (Guastini, 1990, pp. 131-137), (Guastini, 1995b, pp. 134-139) y (Guastini, 2013a, p. 35).

una norma o disposición ese carácter especial, dicho carácter deriva de la caracterización realizada por ellos. Por lo cual, cuando ellos usan el término «principio» imprimiéndole un fuerte componente axiológico, reconocen en las normas que presentan este carácter algo especial desde un punto de vista axiológico[493].

5.2.2 Las relaciones en el ordenamiento

En la visión de Guastini, los ordenamientos jurídicos se caracteriza por: i) reconocer una pluralidad de relaciones jerárquicas entre las normas; ii) diferenciar de manera clara los atributos jurídicos, generalmente, predicados de las normas (existencia, validez, pertenencia, eficacia, aplicabilidad y vigencia); y iii) exponer detalladamente los denominados «problemas de los ordenamientos jurídicos», en concreto, lagunas y antinomias (por su directa relación con la derogación solo presento estas últimas).

a) Jerarquías normativas

Para Guastini, en los ordenamientos jurídicos actuales se entrelazan una multiplicidad de relaciones jerárquicas entre las normas, de modo que, en el vértice de cada ordenamiento habrá una o más normas en relación con cuál sea la relación jerárquica a la que se haga referencia. Así, resulta adecuado diferenciar entre:

i. Jerarquía formal o estructural. Esta es una relación entre las normas y las metanormas que regulan su producción, y la jerarquía deriva del hecho de que las metanormas de producción son lógicamente anteriores a las normas producidas con base en ellas, i.e., son superiores en virtud del hecho de que unas tiene por objetos a las otras. En ocasiones se faculta a un órgano para controlar esta correspondencia entre normas emanadas de fuentes diversas;
ii. Jerarquía material o sustancial. Esta relación se presenta cuando una tercera norma N_3 establece que una norma N_2 no puede ser incompatible con N_1 o que tampoco puede modificarla o derogarla. Además, N_3 puede establecer que para los casos de conflicto entre N_1 y N_2, esta última puede ser inaplicada o anulada por los órganos de aplicación;
iii. Jerarquía lógica. Es una relación entre normas establecidas únicamente por la estructura del lenguaje utilizado por las fuentes, ya que se presenta cuando una norma versa sobre otra. En un sentido amplio, metalingüísticamente una norma puede versar sobre otras normas, y también, sobre actos normativos. Así, las normas derogatorias se sitúan en un plano lógicamente superior al de las disposiciones derogadas, ya que refieren a ellas, circunscribiendo su eficacia en el tiempo, así como también, las definiciones legales y las leyes interpretativas;
iv. Jerarquía axiológica. Consiste en una relación jerárquica establecida por los intérpretes a través de la valoración que realizan cuando tratan a una norma N_1 como el fundamento, justificación o la *ratio* de otra N_2, o bien, consideran que N_2 será modelada de acuerdo con N_1 (interpretación conforme o excepciones

[493] (Guastini, 1995b, pp. 126-129) y (Guastini, 2013a, p. 34). El hecho de que la valoración realizada por los intérpretes sea obvia o compartida por todos ellos, no priva a esta de su carácter de juicio de valor.

implícitas). Así, en caso de oposición entre ellas N_1 puede ser inaplicada o considerada inválida, v.gr., cuando los intérpretes reconocen a una norma el valor de «principio» y como tal asumen su superioridad sobre otras normas[494].

En atención a cada jerarquía los ordenamientos pueden presentar como supremas a distintas normas, de manera que, se debe precisar la norma suprema N_S según cada jerarquía. De acuerdo con la jerarquía formal la N_S es aquella que confiere el poder normativo más alto, como ocurre con la norma que confiere el poder de revisión constitucional en un régimen de Constitución rígida y dentro del poder constituido. Según la jerarquía material la N_S es aquella que ninguna otra norma puede válidamente contradecir, de manera que, en los ordenamientos jurídicos actuales no hay una N_S, sino más bien una fuente suprema: la Constitución, en ordenamientos con Constitución rígida, y la ley, en ordenamientos con Constitución flexible. En virtud de la jerarquía lógica la N_S se sitúa en el nivel más alto del lenguaje respecto de las otras normas del ordenamiento, como hace la metanorma constitucional al fijar los criterios de existencia de todas las demás normas del ordenamiento. Y en razón de la jerarquía axiológica, la N_S es la norma más importante en término axiológico dentro del ordenamiento, de manera que, en los ordenamientos jurídicos actuales no hay solo una N_S, sino una serie de valores y principios axiológicamente supremos, los cuales confieren justificación y congruencia al ordenamiento[495].

En pocas palabras, para Guastini, las normas que establecen una relación jerárquica entre las normas o las fuentes son aquellas que establecen que una determinada fuente o norma prevalece sobre otra en caso de conflicto. Así, al momento de aplicar el principio *lex superior derogat inferiori* se debe determinar previamente cuál es la jerarquía normativa que presentan las normas o fuentes en cuestión, y luego, establecer si la norma N_2 no debe estar en oposición con N_1, o bien, si es necesario inaplicar o anular N_2 por estar en conflicto con N_1. Por lo cual, como las relaciones jerárquicas no preexisten a la interpretación, los intérpretes desempeñan un rol fundamental en su identificación, y en consecuencia, en calificar a una fuente o norma de inferior, por estar destinada a sucumbir cuando entra en conflicto con otra fuente o norma[496].

b) Atributos normativos

En relación con los atributos normativos que presentan los componentes del ordenamiento jurídico, Guastini reconoce en diversas instancias el carácter problemático de los múltiples sentidos atribuidos a las palabras existencia, validez, pertenencia, eficacia, aplicabilidad y vigencia, por parte de la literatura jurídica en general y teórico–jurídica en particular. Por lo cual, se preocupa por delimitar claramente el sentido de cada uno de ellos[497].

---

494 (Guastini, 1992, pp. 136-139), (Guastini, 1995a, pp. 260-261), (Guastini, [1996]1999, pp. 376-378), (Guastini, 1998a, pp. 121-123), (Guastini, 2000, pp. 270-271), (Guastini, 2004a, pp. 264-266), (Guastini, 2013b, pp. 58-61) y (Guastini, 2014, pp. 231-237).

495 (Guastini, 1995a, pp. 261-270), (Guastini, [1996]1999, pp. 378-384) y (Guastini, 1998a, pp. 126-128).

496 (Guastini, 1998a, pp. 124-125) y (Guastini, 2013b, pp. 63-64).

497 Mario Jori (1987a, p. 48), en un crítica a Guastini, destaca la importancia de diferenciar los diferentes sentido del término «validez», para así explicar las situaciones en que las normas siendo inválidas continúan produciendo efectos jurídicos.

Existencia. Una norma existe jurídicamente cuando es efectiva y deliberadamente dictada mediante un acto que cumple, al menos, «algunas» de las metanormas que regulan su producción normativa, en concreto, las metanormas formales de producción. Así, una norma existe en un ordenamiento jurídico cuando es deliberadamente emanada en conformidad con algunas de las normas que regulan la producción jurídica[498].

Por consiguiente, la existencia jurídica es una conformidad (validez) formal, al menos, *prima facie*, ya que la violación de algunas de las metanormas formales que regulan la producción jurídica conllevaría la inexistencia jurídica. Es inexistente la fuente, disposición y/o norma que no satisface los requisitos mínimos para pertenecer al ordenamiento, de manera que, son «nulos» sin necesidad de actos de anulación. Sin embargo, Guastini reconoce que no se puede afirmar con precisión cuáles o cuántas normas formales sobre la producción jurídica deben ser cumplidas para superar el umbral de la existencia jurídica, es decir, no se puede determinar claramente cuál es el conjunto de «normas cruciales», cuya observancia garantiza la existencia jurídica de una fuente, disposiciones o normas[499].

Como la conformidad se debe presentar en relación con las metanormas formales de producción, resulta más apropiado hablar de la «pertenencia» de una fuente a un ordenamiento, que de una norma a este. No obstante, una vez se ha determinado la pertenencia de una fuente a un ordenamiento es posible concluir la pertenencia de las normas formuladas en ellas al mismo. A su vez, entendidas las normas como los significados de una disposición, se debe añadir a sus requisitos de existencia los actos lingüísticos de adscripción de significado (interpretación), pues las formulaciones normativas se caracterizan por expresar un rango de significados posibles. Para Guastini, este acto interpretativo es de suma relevancia, ya que solo cuando hay una interpretación dominante (una norma es general y efectivamente aplicadas por los tribunales y la administración) es posible afirmar que una norma pertenece a un ordenamiento jurídico[500].

Validez. Una norma, disposición o fuente es válida cuando presenta una conformidad formal, esto es, su acto de producción se ajusta a las metanormas que confieren poder normativo y regulan su ejercicio, junto con una conformidad material, es decir, existe una compatibilidad entre la norma y las metanormas que determinan el ámbito de la competencia y el contenido de la regulación. De este modo, la validez se predica de las normas, disposiciones y fuentes que presentan una conformidad absoluta con todas las metanormas que regulan su producción (formales y materiales)[501].

---

498 (Guastini, 1990, pp. 255-256), (Guastini, [1996]1999, p. 311). (Guastini, 1998a, p. 131) y (Guastini, 2013a, pp. 147-151) Guastini distingue esta existencia jurídica de la «existencia empírica» de una norma, la cual se presenta, simplemente, cuando alguien la formula. Además, prefiere hablar de un «acto de producción normativa» para simplificar la presentación de sus ideas, pues reconoce que la producción de normas se trata más bien de una secuencia de muchos actos distintos.

499 (Guastini, 1992, p. 124), (Guastini, 1998a, pp. 134-135) y (Guastini, [1996]1999, p. 323).

500 (Guastini, [1996]1999, p. 312), (Guastini, 1998a, pp. 169-170) y (Guastini, 2013a, pp. 147-152). Es importante enfatizar que la interpretación dominante es igualmente o sobre todo el producto de la actividad de la dogmática, pues los juristas siempre contribuyen a la creación del derecho vigente.

501 (Guastini, 1992, pp. 123-124), (Guastini, [1996]1999, pp. 313-322), (Guastini, 1998a, pp. 129-130), (Guastini, 2001b, pp. 60-62) y (Guastini, 2013a, pp. 132-134 y 150-151) y (Guastini, 2014, p. 245). Solo se debe precisar que, según Guastini, los vicios de incompetencia material (falta de conformidad con las metanormas que regulan el objeto de la competencia) constituyen más bien una categoría autónoma que no puede ser satisfactoriamente reconducida a una invalidez formal o material.

Así, la «invalidez» se reserva a las fuentes, disposiciones y normas que presentan algún tipo de vicio, es decir, en su producción se han violado una o más normas sobre la producción normativa. Las normas inválidas eventualmente puede pertenecer al ordenamiento (si satisfacen los requisitos mínimos para que sea reconocida su existencia jurídica), y además, son susceptible de anulación por parte de los órganos competentes, lo cual produce su expulsión del ordenamiento. En consecuencia, un ordenamiento jurídico puede estar integrado por normas inválidas, pero una norma formalmente inválida es nula (inexistente), mientras que una materialmente inválida es anulable (jurídicamente existente)[502].

Como la validez (al igual que la existencia) es una relación de conformidad entre las normas, ella no tienen una duración en el tiempo, sino una vez es obtenida se mantiene pese al paso del tiempo. Sin embargo, resulta más apropiado distinguir entre la conformidad formal y material de las normas, ya que solo en el primer caso la conformidad perdura en el tiempo. Por ende, una norma no puede perder su validez por razones formales cuando cambian las metanormas que la regulan, porque todo acto de producción normativa está regulado por las normas que están en vigor en el momento en que el acto fue realizado (*tempus regit actum*). En cambio, una norma puede perder su validez por razones materiales cuando cambian las normas jerárquicamente superiores a ella, y consecuentemente, ya no responde a los criterios materiales de validez del ordenamiento, de modo que, la norma incurre en una invalidez material sobrevenida[503].

Adicionalmente, resulta adecuado diferenciar distintas condiciones de validez: i) la validez de una acto normativo se determina en que ha sido realizado por el sujeto a quien la metanorma atribuye competencia para su producción y este ha ejercido la competencia a través de los procedimiento prescritos (validez formal); ii) la validez de las normas explícitas e implícitas se determina en su conformidad con las normas superiores en la jerarquía de las fuentes (validez material); y iii) la validez de las disposiciones depende de la validez de los actos normativos que las producen y de las normas expresadas por ellas (en virtud del principio de conservación del material normativo, la disposición debe expresar, al menos, una norma que no esté en oposición con las superiores). Cabe precisar que, por un lado, una norma explícita es válida cuando es el significado de una disposición producida por un acto normativo válido y no está en contradicción con alguna de las normas jerárquicamente superiores a ella. Y por otro lado, una norma implícita es válida cuando es extraída de una disposición o conjunto de disposiciones válidas y ella no está en oposición con alguna norma de jerarquía superior. Por lo cual, solo se puede hablar de validez material de las normas implícitas, puesto que al no ser formuladas por la autoridad normativa, siempre son formalmente inválidas, y solamente las disposiciones válidas son objeto de interpretación para extraer normas explícitas o implícitas[504].

Pertenencia de las normas. Una autoridad jurídica puede ser tal, porque es creadora de derecho, o bien, porque es creada por el derecho. En el primer sentido, una autoridad es de *facto*, y al ejercer su «poder constituyente» (no regulado ni conferido mediante normas

[502] (Guastini, 1990, p. 202 y 255), (Guastini, 1992, p. 124) y (Guastini, [1996]1999, pp. 321-323). Se entiende por vicio el efecto de la violación de una norma sobre la producción jurídica.
[503] (Guastini, [1996]1999, pp. 372-378), (Guastini, 1998a, p. 134 y 172), (Guastini, 2010, pp. 282-283) y (Guastini, 2013b, p. 62). Para Guastini, las jerarquías formal y material están vinculadas con la validez, ya que son inválidas las normas que no son producidas en conformidad con las normas formalmente supraordenadas o en oposición a las materialmente supraordenadas.
[504] (Guastini, 1990, pp. 206-212).

jurídicas) sus normas son consideradas derecho en virtud de su efectividad. En cambio, en el segundo caso, una autoridad es instituida por el derecho y al ejercer su «poder constituido» (conferido y regulado a través de normas jurídicas previamente establecidas) sus normas son consideradas derecho en virtud de las normas preexistentes[505].

Por consiguiente, a partir de las distinciones previamente realizadas, distintos tipos de normas pueden pertenecer a un ordenamiento jurídico, en virtud de diferentes criterios de pertenencia, a saber:

i. Normas originarias. Pertenecen al ordenamiento en virtud del principio de efectividad, según el cual una norma debe considerarse jurídicamente existente cuando es generalmente aceptada y observada por sus destinatarios. Así, su existencia y pertenencia no depende de la existencia previa de otras normas, v.gr., la primera Constitución fruto del ejercicio del poder *extra ordinem*;
ii. Normas derivadas. Pertenecen al ordenamiento en virtud de su conformidad total o parcial con las metanormas que regulan su producción, v.gr., todas las otras normas de un ordenamiento[506].

Asimismo, en un ordenamiento jurídico existen normas originarias o supremas, normas válidas y normas materialmente inválidas, salvo aquellas que han sido declaradas inválidas con efectos *erga omnes*, ya que en este caso las normas anuladas, y consecuentemente, expulsadas del ordenamiento (sacadas del grupo de las normas existentes). Así también, en los ordenamientos en que la derogación produce los mismos efectos de la anulación, se deben excluir todas las normas derogadas. Además, en los ordenamientos que reconocen los actos de «convalidación» con eficacia *erga omnes*, se deben añadir las normas cuya validez ha sido declarada o reconocida por el órgano competente (normas convalidadas), ya que el conjunto de las normas convalidadas no necesariamente coincide con el conjunto de las normas válidas o inválidas, en razón del carácter falible de todo órgano. Igualmente, se deben considerar las normas efectivamente aplicadas por los tribunales o la administración, puesto que estas normas pueden existir en el ordenamiento perteneciendo a otro (derechos internacional privado), o bien, ser directamente inexistentes (normas ilegitimas)[507].

Eficacia y aplicabilidad. Principalmente, la «eficacia» de una norma puede ser entendida como su capacidad para producir efectos jurídicos, v.gr., la subsunción de un caso particular, la adquisición o pérdida de un derecho, la imposición de una sanción, etc., o también, puede ser concebida como su aplicabilidad, esto es, la posibilidad o el deber de aplicar dicha norma[508].

Además, en el contexto de la teoría o sociología jurídica, la «eficacia» de una norma o disposición se presenta cuando ella es general y efectivamente obedecida, utilizada, aplicada

505 (Guastini, 2007, p. 119).
506 (Guastini, 2000, pp. 267-268), (Guastini, [1996]1999, p. 88) (Guastini, 2010, p. 61 y 64) y (Guastini, 2014, p. 115 y 119). Cabe añadir que, igualmente, las normas implícitas pertenecen al ordenamiento *extra ordinem*, ya que es en virtud de criterios materiales de identificación que se consideran fuentes de derecho.
507 (Guastini, [1996]1999, pp. 358-362) y (Guastini, 1998a, pp. 149-153). Generalmente, al declarar o reconocer la validez de una norma, se excluye una posterior declaración de invalidez de la misma, salvo que cambien sus normas superiores o incurra en una invalidez sobrevenida.
508 (Guastini, [1996]1999, p. 321 y 340), (Guastini, 1998a, pp. 132-133), (Guastini, 2001a, p. 100) y (Guastini, 2014, pp. 249-250). Guastini reconoce un sentido adicional de «eficacia» como la «fuerza» de una norma, es decir, su ubicación dentro de la jerarquía material del ordenamiento.

o usada. Una norma es «obedecida» cuando al establecer una obligación esta es seguida, o bien, cuando al establecer una prohibición esta es observada. A su vez, una norma no prescriptiva es «utilizada» cuando la competencia normativa que ella confiere es realmente ejercida y las prescripciones emanadas en conformidad a ella son generalmente obedecidas por sus destinatarios. Por su parte, una norma es «aplicada» cuando es tomada como una premisa mayor de un silogismo normativo para inferir una norma individual. En cambio, «aplicar» un principio es concretizarlo, es decir, extraer una o más normas implícitas mediante un razonamiento en el cual: las premisas son el principio en cuestión junto con algunas asunciones teóricas, y la conclusión es la formulación de la norma implícita. Por último, una disposición es «usada» generalmente, cuando es empleada para derivar de ella la norma utilizada en el razonamiento normativo, y en última instancia, consiste en mencionarla en la motivación y aducirla para la justificación de la norma elegida[509].

Al inclinarse Guastini por los dos primeros sentidos de eficacia, sostiene que basta con la existencia jurídica para que una norma pueda producir efectos jurídicos y ser aplicada por los tribunales y la administración. Por un lado, como la «aplicabilidad» surge cuando los órganos de aplicación tienen el deber de aplicar la norma en cuestión, se deben revisar las metanormas que regulan la eficacia de otras normas para verificar su ocurrencia. Por ejemplo, generalmente, con la publicación o transcurrida la *vacatio legis* las normas «entran en vigor», y consecuentemente, deben ser observadas por sus destinatarios y aplicadas por los órganos jurisdiccionales o administrativos. Y por otro lado, si se entiende el «ámbito de eficacia» de una norma como el conjunto de los actos o hechos en presencia de los cuales la norma produce sus efectos jurídicos, el tiempo de eficacia de una norma es el lapso de tiempo durante el cual deben verificarse dichos actos o hechos para que se sigan la consecuencias contenidas en la norma. Así, no necesariamente coincide la aplicabilidad de una norma con su ámbito de eficacia, ya que ambos representan dos problemas, generalmente, desarrollados bajo el nombre de «eficacia de las normas en el tiempo»[510].

Vigencia. Se denomina «vigente» a una norma existente en el ordenamiento jurídico y que aún no ha sido derogada, de modo que, una norma no está vigente una vez es derogada. De esta manera, el tiempo de la vigencia de una norma se inicia cuando esta adquiere su existencia jurídica en un ordenamiento, pero no coincide con su pertenencia a este, ya que la derogación termina con la vigencia, pero no con su pertenencia. Asimismo, la vigencia de una norma tiende a coincidir con su aplicabilidad, salvo los casos en que las normas derogadas deben ser aplicadas a los casos ocurridos antes de su derogación[511].

c) Oposición normativa

A través de los actos normativos de creación se pueden formular disposiciones cuyos contenidos estén en oposición con los contenidos de otras disposiciones previamente formuladas. Si bien la incompatibilidad normativa no resulta deseable e incluso puede ser considerada irracional, el hecho de que un legislador realice promulgaciones de este tipo es lógicamente posible y lamentablemente frecuente. En estos casos, el conflicto se presenta

[509] (Guastini, 1986a, p. 502), (Guastini, 1987a, p. 18), (Guastini, 1988, pp. 639-640), (Guastini, 2010, pp. 64-65), (Guastini, 2013a, pp. 51-52 y 66-68) y (Guastini, 2014, pp. 119-120).
[510] (Guastini, 1989, p. 60) (Guastini, 1990, pp. 155-157), (Guastini, 1992, p. 78), (Guastini, [1996]1999, p. 321), (Guastini, 1998a, p. 133 y 148), (Guastini, 2010, pp. 283-286) y (Guastini, 2014, pp. 250-255 y 303-306).
[511] (Guastini, 1998a, pp. 170-171), (Guastini, 2010, pp. 281-282) y (Guastini, 2014, pp. 301-302).

entre normas y no entre las disposiciones que las contienen o entre los actos que las formulan, ya que toda oposición, conflicto o incompatibilidad normativa se presenta entre los significados y no entre los hechos o los textos[512].

Estas situaciones de oposición, conflicto o incompatibilidad normativa se denominan «antinomias» y se presentan cuando dos normas disponen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí para un mismo acto o hecho especificado en su antecedente. Dos consecuencias jurídicas son incompatibles entre sí cuando ambas no pueden ser exigidas, cumplidas, satisfechas u observadas, al menos, simultáneamente, puesto que la ejecución, cumplimiento, satisfacción u observancia de una involucra la violación de la otra o viceversa. En pocas palabras, se presenta una antinomia cuando un caso concreto es disciplinado de manera diversa e incompatible por dos o más normas, de modo que, un ordenamiento es antinómico cuando se presenta, al menos, una de las situaciones señaladas[513].

Clasificación. Un reflejo del alto grado de complejidad que presentan los ordenamientos jurídicos actuales es la asignación de un ámbito de competencia material definido y una posición en la jerarquía material del ordenamiento a cada fuente de derecho. De este modo, las antinomias se pueden clasificar en: i) contigua, cuando las normas provienen de los mismos documentos normativo; ii) congénere, cuando las normas provienen de dos textos (temporalmente diversos) que pertenecen a la misma fuente; iii) homogénea, cuando las normas provienen de fuentes que ocupan la misma posición en la jerarquía del ordenamiento y el mismo ámbito de competencia; y iv) heterogénea, cuando las normas provienen de fuentes que no ocupan la misma posición en la jerarquía del ordenamiento (jerárquicamente heterogéneas), y/o, cuando provienen de fuentes que no tienen el mismo ámbito de competencia (competencialmente heterogéneos)[514].

Adicionalmente, Guastini propone diferenciar entre antinomias en abstracto y en concreto. Las primeras se presentan cuando dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a supuestos de hecho abstractos (clases de supuestos de hecho concretos) que se superponen conceptualmente en todo o parte, v.gr., una norma que prohíbe el auxilio al suicidio mientras otras lo permiten en algunos casos. Por su parte, se está ante una antinomia en concreto cuando dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles para un mismo supuesto de hecho concreto, es decir, un supuesto de hecho concreto cae simultáneamente bajo dos clases de supuestos de hecho conceptualmente independientes y para los cuales el derecho establece consecuencias incompatibles, v.gr., cuando una norma prohíbe detenerse frente a un recinto militar y otra obliga detenerse

---

512 (Guastini, 1990, p. 72 y 226) y (Guastini, 1993, p. 410). Guastini sustenta su posición a partir de que son los actos normativos de la autoridad y los operadores jurídicos, y no las reglas lógicas o de racionalidad, los que contribuyen a configurar el ordenamiento.

513 (Guastini, 1986b, p. 300), (Guastini, 1989, p. 89), (Guastini, 1990, pp. 60-72 y 150), (Guastini, 1992, pp. 95-96), (Guastini, [1996]1999, p. 321), (Guastini, 1998a, pp. 215-216) y (Guastini, 2014, pp. 283-284). Para Guastini, la determinación o reconocimiento de una antinomia a partir de la contraposición del contenido de las normas en cuestión no constituye un juicio de valor.

514 (Guastini, 1998a, pp. 216-217), (Guastini, 2001a, pp. 107-109) y (Guastini, 2010, pp. 366-370). En algunas reconstrucciones Guastini añade las antinomias entre normas estatales y derecho comunitario, y entre los principios constitucionales. Las primeras solucionadas mediante la inaplicación (*accantonata*) de la norma estatal, salvo los casos en que la norma estatal es un principio constitucional supremo, y las segundas decididas mediante la ponderación de los principios, que establece entre ellos una jerarquía axiológica y móvil.

frente a un semáforo en rojo, y se da el caso de que hay un semáforo frente a un recinto militar[515].

Además, los supuestos de hecho (antecedentes) de las normas en oposición se pueden superponer de forma total o parcial. Es «total» cuando a la misma clase de supuestos de hecho se conectan consecuencias jurídicas incompatibles, y es «parcial» en los casos en que el supuesto de hecho regulado por una norma está enteramente incluido en la clase de supuesto de hecho regulado de forma incompatible por otra (parcial unilateral), así como también, cuando algunos de los supuestos de hecho regulados por una norma coinciden con algunos de los supuestos de hecho regulados por otra norma de manera incompatible con la primera (parcial bilateral) [516].

Prevención. Para Guastini la identificación de las antinomias, como también de las lagunas, las zonas claras y de penumbra o los casos fáciles y difíciles, son fruto de la decisión o discrecionalidad interpretativa de los operadores jurídicos. Por ende, las antinomias no anteceden a la interpretación, más bien la preceden, porque dada una interpretación determinada, las antinomias se presentan o no, i.e., las antinomias pueden ser evitadas, creadas o resueltas en sede de interpretación (si no es siempre, al menos, en la mayoría de los casos). Por tanto, la identificación de una antinomia no es una constatación factual, sino más bien un proceso que depende de los textos normativos elegidos por el intérprete, las normas extraídas de dichos textos y la cuestión que se trata de resolver [517].

Entre las técnicas interpretativas idóneas para prevenir las antinomias destaca la interpretación «sistemática», que consiste en la elección de uno de los significados contenidos en una disposición, por su adecuación con las demás normas del ordenamiento. Cuando la interpretación sistemática hace un texto internamente coherente se denomina «conforme», por ejemplo, al excluir la atribución de un significado N_2 a una disposición D_2 para evitar un conflicto con una norma N_1 previamente extraída de una disposición D_1, si D_1 y D_2 provienen del mismo texto normativo. En cambio, cuando las normas provienen de fuentes jerárquicamente distintas se denomina «interpretación adecuadora (*adeguatrice*)», v.gr., si una disposición D_1 expresa las normas N_1 y N_2, de las cuales solo N_1 está en conformidad con un principio general o norma superior en la jerarquía material N_0, se debe elegir la norma N_1 por su conformidad con N_0, ya que así se produce la conservación de los documentos normativos dictados por la autoridad[518].

De manera similar, los operadores jurídicos recurren al criterio de especialidad (*lex specialis derogat lex generali*) para evitar las antinomias entre normas relacionadas como regla general y

[515] (Guastini, 2001a, pp. 103-104), (Guastini, 2004a, pp. 279-280) y (Guastini, 2014, pp. 284-285) Mientras las antinomias en abstracto se vinculan con la interpretación en abstracto y dependen de la estructura conceptual del discurso del legislador, las antinomias en concreto se relacionan con la interpretación en concreto y dependen de la estructura del mundo.

[516] (Guastini, 1998a, pp. 218-219), (Guastini, 2001a, pp. 104-105), (Guastini, 2004a, p. 281), (Guastini, 2010, pp. 357-358) y (Guastini, 2014, pp. 286-287).

[517] (Guastini, 1990, pp. 80-87) y (Guastini, 2013a, p. 167) Solamente se podría hablar de claridad respecto de un texto cuando los intérpretes están de acuerdo en su significado, pero aún así continúa siendo fruto de una decisión interpretativa, y no de una propiedad de los textos.

[518] (Guastini, 1986b, p. 298), (Guastini, 1990, pp. 155-156), (Guastini, 1993, pp. 411-412), (Guastini, 1998a, pp. 222-224), (Guastini, 2000, p. 272) y (Guastini, 2013a, p. 29). También, una antinomia puede ser evitada mediante una «interpretación restrictiva» de las disposiciones, para así extraer de ellas normas de una menor alcance, generalmente, justificada a través del argumento de la disociación.

excepción. Así, en virtud del criterio de especialidad, una norma (general) N_G, que regula un caso concreto C, es *derogata* por una norma (excepción) N_E que disciplina un caso concreto C_1 (subconjunto de C) de manera incompatible con ella. Esto significa que la norma más específica se constituye en una excepción de la norma general, lo cual conlleva a que ambas continúen con su validez y vigencia, pero ahora N_G no encuentra aplicación (*è derogata*) en donde es aplicada N_E. También, el criterio de especialidad es utilizado cuando el campo de aplicación de las normas se traslapa parcialmente, i.e., solo algunos de los casos regulados por N_1 coinciden con algunos de los casos disciplinados de manera incompatible por N_2. En este caso, al ser dos normas que simplemente intersecan sus campos de aplicación, para aplicar el criterio de especialidad se debe establecer previamente una jerarquía axiológica entre las normas, pues solo así se podrá determinar cuál es la norma excepcional que *deroga* a la general[519]

Solución. Si bien de manera general e indiscriminada se recurre a los criterios *lex specialis derogat lex generali*, *lex posterior derogat priori* y *lex superior derogat lex priori* para resolver las antinomias, Guastini propone, en primer lugar, explicitar que ellos no producen el mismo efecto ni tampoco se encuentran en el mimo nivel. Por un lado, la norma especial «*deroga*» a la norma general, la norma posterior produce la «derogación» de la norma anterior y la norma superior hace «inválida» a la norma inferior, mientras que por otro lado, el criterio de especialidad contribuye a evitar las antinomias, y los criterios cronológico y jerárquico más bien contribuyen a solucionar las antinomias[520].

Los criterios cronológico y jerárquico resuelven las antinomias mediante supuestos de producción normativa negativa, es decir, mediante el establecimiento de la ineficacia total o parcial de una norma, en atención a si su aplicación es sustraída total (anulación) o parcialmente (derogación). Además, a diferencia de las soluciones mediante interpretación, en estos casos los criterios pueden ser aplicados tanto a disposiciones como a normas. En el primer caso se considera derogada o inválida la disposición, de manera que, ya no es susceptible de expresar normas eficaces, mientras que, en el segundo caso, al considerar derogada o inválida una norma, la disposición que la expresa puede continuar expresando normas plenamente eficaces En los casos en que es eliminada una norma explícita del ordenamiento por derogación o anulación, es necesaria una norma implícita cuyo contenido se corresponda con la derogación o anulación de la norma en cuestión. De este modo, la derogación (tácita) de normas explicitas se realiza mediante la adición de una norma no expresada por el discurso legislativo, pero formulada por los operadores jurídicos y añadida por ellos en dicho discurso. En definitiva, solo cabe explicitar que, la oposición entre normas de diferentes jerarquías no es estructuralmente distinta de la que se presenta entre normas de igual rango, pero en atención a cuál es la relación entre las normas en conflicto se producen efectos jurídicos distintos dentro del ordenamiento[521].

Guastini añade que, en los ordenamientos en que opera una distribución horizontal de competencias, como los casos del derecho italiano y español, no operan los criterios jerárquicos y cronológicos para la solución de las antinomias que se presentan entre normas provenientes de fuentes con una competencia exclusiva para regular una materia

[519] (Guastini, 1998a, pp. 226-228) y (Guastini, 2014, pp. 295-298). Guastini añade que, el criterio de especialidad no se aplica cuando se presenta una antinomia jerárquicamente heterogénea.
[520] (Guastini, 1993, pp. 410-411) y (Guastini, 1998a, pp. 231-234).
[521] (Guastini, 1986b, p. 304), (Guastini, 1990, pp. 157-158), (Guastini, [1996]1999, pp. 272-273) y (Guastini, 2002-2003, p. 414).

determinada. En estos casos se emplea el criterio de competencia, según el cual la norma proveniente de la fuente competente para regular la materia en cuestión prevalece sobre la norma proveniente de la fuente incompetente. Esta prevalencia deriva de que la norma de una fuente incompetente contraviene una norma superior que distribuye la competencia entre las distintas fuentes del ordenamiento, y en consecuencia, esta preferencia se manifiesta a través de la invalidez de la norma incompetente[522].

5.2.3 La estructura del ordenamiento

Como señalé, Guastini presenta los ordenamientos jurídicos como conjuntos estructurados de normas obtenidos de la combinación de las formulaciones normativas y la interpretación (entendida esta última en un sentido amplio). Esta concepción de los ordenamientos jurídicos debe ser complementada con una noción restringida de los mismos, según la cual estos son conjuntos de normas dentro de los cuales al menos una de ellas es una prescripción –generalmente Guastini utiliza esta noción para definir las normas remanentes–. Así, los ordenamientos jurídicos están constituidos por un vasto y finito conjunto de disposiciones, cada una de las cuales es susceptible de expresar un rango finito de interpretaciones posibles, de modo que, el número de normas expresadas por el discurso legislativo es sumamente numeroso pero finito, y a este se deben añadir las normas implícitas formuladas por los operadores jurídicos[523].

Por consiguiente, de acuerdo con la configuración de los ordenamientos jurídicos realizada por Guastini, estos son el producto tanto del actividad del legislador como de los operadores jurídicos. Estos están integrados por normas explícitas e implícitas que pueden ser válidas, inválidas o simplemente efectivas, y las cuales se presentan de manera estructurada, principalmente, a través de las relaciones jerárquicas y de fundamentación que presentan entre ellas. Adicionalmente, el autor genovés plantea cuatro rasgos propios de los ordenamientos jurídicos actuales: su complejidad, sus aspectos sincrónico y diacrónico, sus relaciones con otros ordenamientos y su inevitable carácter incompleto e inconsistente[524].

Complejidad. Para Guastini, un rasgo fundamental de los ordenamientos jurídicos actuales, como el derecho italiano, es su alto grado de complejidad. Este deriva de una pluralidad de autoridades normativas no solo jerarquizadas, sino más bien situadas en el mismo grado y con competencias exclusivas para producir normas sobre diversas materias. Por lo que, en estos ordenamientos, el régimen jurídico se caracteriza por asignar de cada fuente: i) un ámbito de competencia definido, v.gr., solo ella es competente para regular una materia o dentro de un territorio determinado, y ii) una fuerza determinada, i.e., una posición en la jerarquía material del ordenamiento[525].

---

[522] (Guastini, 1989, pp. 21-22), (Guastini, 1993, pp. 413-414) y (Guastini, 1998a, p. 235). En virtud de estas consideraciones, Guastini sugiere que el criterio de competencia es dependiente (*parassitario*) del criterio cronológico, porque si la prevalencia competencial se manifiesta a través de la invalidez de la norma que no es competente, ella únicamente deriva de contravenir una norma superior, i.e., la norma que distribuye la competencia entre las distintas fuentes del ordenamiento.

[523] (Guastini, 1986a, pp. 495-496), (Guastini, 1986c, p. 214), (Guastini, 1987a, p. 4), (Guastini, 1988, p. 630), (Guastini, 1990, p. 146), (Guastini, 2004a, p. 249) y (Guastini, 2010, p. 12).

[524] (Guastini, 1990, pp. 214-215), (Guastini, 2004a, p. 254) y (Guastini, 2014, p. 267).

[525] (Guastini, 1998a, pp. 163-167), (Guastini, 2004a, pp. 266-267) y (Guastini, 2014, pp. 274-275).

Aspectos sincrónico y diacrónico. El aspecto sincrónico muestra a los ordenamientos como conjuntos estáticos de normas, mientras el aspecto diacrónico los presenta como una secuencia dinámica de conjuntos de normas. El primero observa a los ordenamientos en un momento determinado y el segundo en su devenir histórico. De este modo, una norma N_1 da fundamento a otra norma N_2 en dos sentidos: i) dinámico, cuando N_1 da competencia a una autoridad para dictar N_2; y ii) estático, cuando N_2 se deriva con instrumentos lógicos o argumentativos de N_1. En consecuencia, Guastini considera que los ordenamientos jurídicos actuales son dinámicos y estáticos al mismo tiempo (mixtos), ya que, entre otras cosas, sus normas tienen tanto un fundamento dinámico como estático[526].

Relaciones con otros ordenamientos. Para Guastini, distintos ordenamientos se pueden relacionar entre sí mediante la subordinación, la coordinación o la independencia. Un ordenamiento O_2 está subordinado a otro O_1 cuando su norma suprema pertenece a este último O_1, de modo que, O_2 pasa a ser un ordenamiento parcial de O_1, el cual es el ordenamiento supraordenado y total. Cuando dos o más ordenamientos (O_2, O_3, O_4,… O_n) están subordinados a un ordenamiento total O_1, se dice que ellos se relacionan entre sí mediante la coordinación. Y a su vez, dos ordenamientos son independientes entre sí cuando la norma suprema de uno no pertenece al otro, y viceversa[527].

Incompleto e inconsistente. De acuerdo con Guastini, los ordenamientos jurídicos pueden ser incompletos e inconsistentes por diversas razones, las cuales van desde la necesaria formulación lingüística de las normas hasta el devenir histórico de los ordenamientos, pasando por las limitaciones de los mismos para llenar sus lagunas o evitar las antinomias. Sin embargo, en el tratamiento realizado por el autor genovés, el rasgo más característico es que la completitud y la consistencia no son propiedades intrínsecas a los ordenamientos, sino más bien posteriores a la interpretación de los mismos, puesto que el material normativo que sirve de base al ordenamiento puede ser interpretado de manera que sean evitadas las lagunas y las antinomias. Por ende, las lagunas y las antinomias no dan lugar a problemas de interpretación, sino de otra índole, porque ellas se presentan cuando la interpretación ya se ha llevado a cabo, y porque, para colmar una laguna se debe crear una norma y para resolver una antinomia se debe eliminar una de las normas en conflicto[528].

En definitiva, a partir de esta caracterización, Guastini prefiere utilizar la locución «ordenamiento jurídico» y evitar el empleo de «sistema jurídico», ya que este último alude preferentemente a un conjunto ordenado de normas, lógicamente coherente, axiológicamente cohesionado y tal vez completo, características que no detenta su reconstrucción del derechos positivo. Sin embargo, Guastini reconoce expresamente que, el derecho positivo o los ordenamientos jurídicos pueden transmutar en un «sistema» como producto de la actividad de sistematización realizada por los operadores jurídicos[529].

---

526 (Guastini, 1998a, pp. 141-143), (Guastini, 2004a, pp. 267-269), (Guastini, 2010, pp. 62-63) y (Guastini, 2014, pp. 268-278). Son «dependientes» las normas con un fundamento dinámico y/o estático, aquellas con un fundamento dinámico son las normas explícitas y las con solo un fundamentos estático son las normas implícitas. Estas normas se oponen a las «originarias» creadas únicamente a partir de los poderes constituyentes o de facto, y que obtienen su fundamento del principio de efectividad.

527 (Guastini, 2004a, pp. 275-276) y (Guastini, 2014, pp. 280-281). Guastini reconoce tomar esta clasificación de los trabajos de Norberto Bobbio, por ejemplo, ver (Guastini, 2004b).

528 (Guastini, 2004a, pp. 270-282).

529 (Guastini, 1998a, pp. 143-144) y (Guastini, 2014, pp. 224-227).

5.3 La derogación

Una tratamiento *guastiniano* de la derogación se caracteriza por su apego al derecho positivo, y un reflejo de esta característica se encuentra en la calificación del debate en torno a cuál es su fundamento como baladí. Esto en virtud de que, por un lado, en la mayoría de los casos el poder normativo se confiere de manera permanente o por un tiempo indeterminado a un órgano, y por otro, en que la derogación está prevista y regulada en el derecho positivo en muchos ordenamientos jurídicos. Por lo cual, qué sentido tiene preguntarse acerca del fundamento de la derogación, cuando en la mayoría de los ordenamientos una norma de derecho positiva establece, regula y da fundamento a la derogación[530].

5.3.1 Actos y disposiciones derogatorias

Guastini destaca que, el término «derogación» es usado para designar tanto la acción (el acto derogatorio) como el efecto de derogar (el efecto derogatorio derivado del acto derogatorio). Así, el adjetivo «derogatorio» se puede predicar tanto del acto como del efecto producido por este. Luego, a partir de esta distinción, elabora una teoría de la derogación sustentada en el acto derogatorio, la cual aborda sus efectos en atención a cada tipo de acto[531].

a) El acto derogatorio

El acto derogatorio es un acto lingüístico productivo, es decir, un acto que solo se cumple o ejecuta al proferir ciertos enunciados que expresan normas en sentido amplio. De este modo, un acto derogatorio se realiza mediante proferir una disposición derogatoria que expresa una norma derogatoria, i.e., las normas derogatorias son los significados expresados por las disposiciones cuya enunciación ejecuta el acto derogatorio. En consecuencia, Guastini enfatiza el hecho de que la derogación no es lo que generalmente aparenta, pues no solo es una sustracción de normas o disposiciones del ordenamiento, sino más bien consiste en la adición a tal ordenamiento de una disposición o norma derogatoria, la cual puede tener por objeto cualquier tipo de norma o disposición[532].

La presentación de las normas derogatorias como un tipo de norma remanente se ve reforzada por las diferencias que presentan frente a las normas prescriptivas. Por ejemplo, el verbo «derogar» no admite como complemento objeto una conducta humana, sino más bien exige la designación de una disposición o norma. Así, las disposiciones derogatorias no pueden expresar normas prescriptivas, sino únicamente normas derogatorias reconducibles a fragmentos de la norma derogada[533].

---

530 (Guastini, 1998a, p. 189).
531 (Guastini, 1986a, p. 495), (Guastini, 1987a, p. 3), (Guastini, 1988, p. 629) y (Guastini, 1990, p. 239).
532 (Guastini, 1986a, pp. 495-496), (Guastini, 1986b, p. 303), (Guastini, 1987a, pp. 3-5), (Guastini, 1987b, pp. 110-111) y (Guastini, 1990, p. 242).
533 (Guastini, 1986a, p. 496), (Guastini, 1987a, p. 5) y (Guastini, 1990, p. 244),

b) Los tipos de actos derogatorios

Guastini funda su distinción entre distintos tipos de actos derogatorios, principalmente, en el artículo 15 de la Preleggi y los trabajos dogmáticos realizados en torno a este. De este modo, sugiere dos géneros y tres especies de actos derogatorios, junto con una cuarta especie aparentemente autónoma de las otras, a saber: i) derogación expresa: nominada e innominada, y ii) derogación tácita: por incompatibilidad y por nueva disciplina.

La derogación se dice «expresa» cuando es realizada mediante una declaración expresa del legislador, es decir, a través de la emanación de una disposición derogatoria explícita, la cual identifica con precisión su objeto. Este tipo de derogación no regula los hechos disciplinados por la norma derogada y únicamente se limita a suprimir una disciplina preexistente, de modo que, en el plano de los órganos de aplicación, actúa como una precisa prohibición de usar las disposiciones derogadas para extraer normas aplicables al caso mediante interpretación. Sin embargo, como las disposiciones derogatorias explícitas pueden ser de dos tipos se distinguen dos especies de derogación expresa: nominada e innominada. Es «nominada» la derogación expresa que se realiza mediante una disposición derogatoria que identifica con precisión su objeto, v.gr., es derogado el artículo x de la ley y; y es «innominada» la derogación expresa que se presenta mediante una disposición derogatoria con un objeto indeterminado, v.gr., son derogadas todas las leyes incompatibles con la presente ley. Por consiguiente, mientras la derogación nominada está dirigidas a ciertas disposiciones, la innominada, al dirigirse a normas aún no identificadas, tendría solo la apariencia de derogación expresa, puesto que no identifica con precisión su objeto, como ocurre en los supuestos de derogación tácita, en los cuales los intérpretes deciden cuando una norma se considera derogada por su incompatibilidad con una norma posterior[534].

A su vez, el «acto derogatorio tácito» se realiza mediante la formulación de disposiciones que no son derogatorias, presentándose de dos maneras diversas: por incompatibilidad o por nueva disciplina. Se produce una «derogación por incompatibilidad» cuando se formula una disposición que, respecto de un caso concreto, contiene normas incompatibles con las expresadas por una disposición anterior para el mismo caso. Si las disposiciones provienen de fuentes de igual jerarquía, la disposición anterior o la norma expresada por ella se considera derogada, pese a la ausencia de un acto derogatorio expreso en tal sentido. En cambio, se presenta una «derogación por nueva disciplina» cuando se dicta una serie de disposiciones que forman la nueva regulación de toda una materia (un conjunto de casos conectados entre sí), la cual deroga a las disposiciones preexistente que regulaban la misma materia, sin la necesidad de una oposición entre las normas expresadas por ellas, y sin la ocurrencia de un acto derogatorio explícito. Por ende, la derogación tácita se caracteriza por constituir una nueva regulación que sustituye a una preexistente, más que por un acto de derogar, y en rigor, únicamente por realizar una nueva regulación, ya que la determinación de si las normas o disposiciones anteriores serán o no consideradas como derogadas depende, principalmente, de los órganos de aplicación[535].

---

534 (Guastini, 1986a, p. 497), (Guastini, 1987a, pp. 7-8), (Guastini, 1988, pp. 631-632), (Guastini, 1989, p. 112) (Guastini, 1990, pp. 244-247), (Guastini, 1992, pp. 91, 97 y 98), (Guastini, 1993, pp. 291-300) y (Guastini, 1998a, pp. 189-198).

535 (Guastini, 1986a, p. 497), (Guastini, 1987a, pp. 7-8), (Guastini, 1988, pp. 631-632), (Guastini, 1989, p. 106), (Guastini, 1990, pp. 244-247), (Guastini, 1992, pp. 91-93), (Guastini, 1993, pp. 292-293) y (Guastini, 1998a,

Guastini problematiza esta distinción al sugerir que, si los actos derogatorios son actos lingüísticos normativos, no es claro si estos pueden ser tácitos, es decir, realizados mediante el silencio. Reconoce como no controvertido que la derogación tácita requiera de una formulación realizada por el legislador, pero cuestiona el hecho de que esta no sea estrictamente derogatoria, de que, en principio, ella no sea idónea para realizar un acto derogatorio. Por ejemplo, si en un tiempo T_1 un legislador dicta «el comportamiento x está prohibido», y luego, en un tiempo T_2 promulga «el comportamiento x está permitido», lo único que se desprende de sus actos es que mediante el último ha permitido x, y nada más, de modo que, él nunca ha establecido un acto derogatorio adicional y no hay nada que se pueda percibir en este último sentido. Si lo anterior es correcto, la derogación se presentaría como un instrumento para eliminar las antinomias surgidas a partir de un cambio legislativo, ya que cuando el legislador dicta la segunda norma (permitir x) crea una antinomia más que resuelve una. Sin embargo, en los casos en que la derogación acontece porque la autoridad reconoce el criterio cronológico, el acto derogatorio pasa a ser superfluo, porque el efecto derogatorio se produce en virtud de dicho criterio, sin la necesidad de un acto específicamente derogatorio y únicamente como resultado de un acto normativo posterior de carácter distinto. Así, cuando las disposiciones derogatorias no identifican su objeto y el legislador reconoce el criterio cronológico, se presenta una delegación permanente a los jueces de parte del legislador, la cual se renueva continuamente y puede ser formulada como: «los jueces están autorizados a considerar derogadas, y en consecuencia, no aplicar todas las disposiciones o normas que aparecen incompatibles con disposiciones o normas posteriores»[536].

Por consiguiente, mientras la derogación expresa nominada es un acto normativo realizado completamente por el legislador, la derogación expresa innominada y la derogación tácita son actos normativo derogatorios completados por los jueces en virtud de la señalada delegación legislativa. Así, la derogación nominada, al cumplir con la sola emanación de la disposición por parte del legislador, se podría denominar «derogación legislativa», al completarse únicamente mediante actos del legislador. En cambio, la derogación innominada y la tácita, al no presentar un acto derogatorio del legislador y cumplirse al recabar del discurso del legislador una disposición derogatoria implícita, se puede denominar «derogación jurisprudencial», ya que son los jueces quienes se inmiscuyen en el discurso legislativo a través de la elaboración de una disposición derogatoria que determina qué es derogado y qué lo deroga[537].

c) Los tipos de disposiciones derogatorias

Guastini distingue rigurosamente entre disposición derogatoria (*disposizioni abrogatrici*) y disposiciones sobre la derogación (*disposizioni sull'abrogazione*), mientras las primeras exigen actos y consiguen efectos derogatorios, las segundas tiene por objeto disciplinar los actos y los efectos derogatorios. Mientras las disposiciones derogatorias expresan metanormas

pp. 190-192). Cabe enfatizar que, las normas sobre la derogación no deben ser entendidas como un tipo de norma derogatoria.

536 (Guastini, 1986a, pp. 497-498), (Guastini, 1987a, pp. 8-9), (Guastini, 1988, pp. 632-633) y (Guastini, 1990, pp. 247-249).

537 (Guastini, 1986a, p. 498), (Guastini, 1987a, pp. 10-11) y (Guastini, 1988, p. 633). Claudio Luzzati (1987, p. 73) critica esta denominación, pues comporta un total escepticismo semántico de la indeterminación de los enunciados normativos, el cual desconoce que no en todos los casos surgen dudas acerca de si una determinada expresión resulta aplicable o no.

respecto de las normas o disposiciones que derogan, las disposiciones sobre la derogación expresan metanormas respecto de las disposiciones derogatorias. Por ende, ambos tipos constituyen metanormas al referir a otras normas o disposiciones[538].

Por un lado, las disposiciones sobre la derogación pueden expresar conjuntamente una pluralidad de normas que confieren el valor o sentido de derogatorio a ciertos actos, junto con establecer ciertas normas dirigidas a los jueces para la aplicación de las disposiciones y/o normas derogatorias. Por ende, estas disposiciones expresan metanormas respecto de ciertos actos normativos, las disposiciones derogatorias y las eventuales normas expresadas por ellas. Por otro lado, las disposiciones derogatorias son condiciones suficientes de la producción del efecto derogatorio y su análisis se debe realizar a partir de la diferencia entre derogación nominada e innominada. La primera, bajo la forma «Se derogada el artículo x de la ley y» expresa metanormas que refiere a las disposiciones que pretende derogar, y las disposiciones de una derogación innominada, bajo la forma «Son derogadas todas las normas incompatibles con la presente ley», expresan metanormas que no refieren a disposiciones sino más bien a normas, es decir, al significado normativo expresado por algunos segmentos del discurso legislativo[539].

Según Guastini, las tres maneras en que han sido reconstruidas las normas derogatorias no son excluyentes entre sí (fragmento de norma, normas de conducta y norma constitutiva), pues iluminan distintos aspectos de la misma problemática. De este modo, se puede sostener que las normas derogatorias expresan fragmentos que deben añadirse a las normas derogadas para modificar su esfera temporal de aplicación. Asimismo, las normas derogatorias pueden ser entendidas como normas de conducta dirigidas a los órganos de aplicación sobre la esfera temporal de aplicación de las normas y/o disposiciones derogadas, cuyo contenido sería: «las normas o disposiciones derogadas solamente deben ser aplicadas a los casos acaecidos con anterioridad a su derogación y aún no resueltos». Así, un juez incurre en una violación de la norma derogatoria cuando aplica la norma o disposición derogada fuera de los casos previstos, pues en esta concepción la norma derogatoria es una metanorma dirigida a los órganos de aplicación. A su vez, en tres sentidos distintos, las disposiciones derogatorias son reconstruidas como normas constitutivas porque: i) realizan directamente su efecto (la derogación), no ordenan a nadie ninguna conducta, no tienen destinatarios y no requieren ejecución ni son susceptibles de violación; ii) su emanación es condición suficiente para la producción de un estado de cosas determinado: el efecto derogatorio; y iii) adscriben un sentido o calificación normativa a un objeto determinado al ser reconducibles a la forma «X tiene el valor de Y», en la cual X designa una parte del discurso legislativo (disposiciones o normas), mientras Y alude a calificaciones metalingüísticas que se adscriben a disposiciones o normas (derogadas)[540].

Como el propio Guastini reconoce, la reconstrucción más acorde con su posición es aquella que considera a las disposiciones derogatorias como fragmentos de normas que se añaden a la norma derogada para modificar su esfera temporal de aplicación. Además,

---

538 (Guastini, 1990, pp. 257-266) y (Guastini, 2014, p. 5). Un interesante paralelo entre esta distinción y las distintas normas constitutivas propuestas por Carcaterra en (Azzoni, 1987).

539 (Guastini, 1986a, pp. 504-505), (Guastini, 1987a, pp. 22-23), (Guastini, 1987b, p. 112), (Guastini, 1988, p. 643), (Guastini, 1990, p. 266) y (Guastini, 2013a, p. 16).

540 (Guastini, 1986a, pp. 505-506), (Guastini, 1987a, pp. 23-26), (Guastini, 1988, pp. 644-645) y (Guastini, 1990, pp. 267-271).

critica la segunda reconstrucción por forzar el sentido de las disposiciones derogatorias, al considerarlas como dirigidas a comportamientos, pues parece incontestable el hecho de que ellas aludan más bien a otras disposiciones o normas. Así también, critica los tres sentidos de normas constitutivas señalando que: i) el primero no explica que los jueces pueden infringir las normas sobre las derogación al aplicar normas derogadas; ii) el segundo no refiere a los actos normativos que producen las normas derogatorias y equivocadamente atribuye a las disposiciones derogatorias la producción inmediata de efectos como su rasgo diferenciador; y iii) el tercero no entrega elementos suficientes para diferenciar a las normas derogatorias de todas las otras normas remanentes. Sin embargo, el autor genovés igualmente plantea que este tercer sentido puede ser reinterpretado considerando a las «disposiciones derogatorias» como fragmentos de normas de las «disposiciones sobre la derogación», es decir, como una parte de las (meta)normas que regulan los efectos derogatorios y atribuyen un significado a la calificación de «derogado»[541].

5.3.2 Los efectos derogatorios

A partir de su distinción entre disposición y norma, y la clasificación de los distintos tipos de actos derogatorios, Guastini desarrolla los efectos de la derogación distinguiendo entre generales y específicos. No obstante, para desarrollar los efectos generales adopta la suposición de que el efecto derogatorio es un fenómeno unitario que opera sobre las normas; mientras que, al hablar de los efectos jurídicos específicos de cada acto derogatorio desecha esta suposición[542].

a) Los efectos generales

Para Guastini, derogar significa revocar una disposición o norma, es decir, poner fin a su vigencia, por lo que, mediante ella se circunscribe en el tiempo la eficacia y aplicabilidad de las disposiciones o normas derogadas. En virtud del principio general de irretroactividad, generalmente, las leyes actúan o se proyectan hacia el futuro (*ex nunc*), de manera que, en los casos en que no hay una declaración expresa del legislador en sentido contrario, las leyes derogatorias solo deben afectar a las situaciones que se verifiquen con posterioridad a su entrada en vigor. Así, las normas derogadas no deben ser aplicadas a los hecho ocurridos con posterioridad a su derogación, pero si deben ser aplicadas a las situaciones instauradas con anterioridad a su derogación y que aún no estén consumados. Por ende, la norma derogatoria no priva completamente de aplicabilidad o eficacia a la norma derogada, sino que tiene el efecto de reducir o circunscribir en el tiempo su eficacia y aplicabilidad[543].

---

541 (Guastini, 1986a, pp. 505-509), (Guastini, 1987a, pp. 23-27), (Guastini, 1988, pp. 644-651), (Guastini, 1990, p. 267) y (Guastini, 2010, p. 59).

542 (Guastini, 1986a, p. 499), (Guastini, 1987a, p. 11), (Guastini, 1987b, p. 99), (Guastini, 1988, p. 634) y (Guastini, 1990, p. 251 y 261). Tecla Mazzarese (1987, pp. 80-89) objeta esta posición y sostiene que, los diversos tipos de normas derogatorias no comportan una distinción entre diversos actos derogatorios, y además, que tampoco existe una relación entre la manera en la cual se realiza la derogación y sus efectos. Por ejemplo, sostiene que, si bien una derogación pueda tener por objeto a una o más disposiciones, esto no cambia el hecho de que el efecto de la derogación sea solamente privar de validez a las normas.

543 (Guastini, 1990, p. 259), (Guastini, 1992, p. 94), (Guastini, 1993, pp. 291-296) y (Guastini, 1998a, pp. 188-195). Solo cabe precisar que, en Italia, el principio de irretroactividad tiene rango legal, salvo en materia penal.

Por consiguiente, es inapropiado sostener que la norma derogada es eliminada, ya que es extraño presentar a las normas inexistentes como aplicadas a los casos acaecidos antes de su derogación, y además, si la existencia de una norma depende de su conformidad con al menos algunas metanormas del ordenamiento, no es claro cómo la derogación puede afectar dicha conformidad, y consecuentemente, eliminar a la norma del ordenamiento. Por ende, parece más apropiado considerar a las normas derogadas como aún existentes en el ordenamiento jurídico, pues, en caso contrario, sería sumamente difícil explicar cómo o por qué las normas derogadas aún pueden ser anuladas. Así, la derogación tampoco afectaría la pertenencia de la norma al ordenamiento, ya que al derivar esta de una relación de conformidad con las metanormas del ordenamiento, únicamente podría ser revocada mediante la anulación, por invalidez originaria o sobrevenida. De este modo, Guastini rechaza las tesis de que la derogación conlleva la expulsión de la norma del ordenamiento (tesis pertenencia) y la tesis de que la derogación significa la eliminación de la norma (tesis existencia), puesto que la derogación afecta solo la aplicabilidad de las normas al modificar el antecedente de la norma derogada, circunscribiendo en el tiempo a las casos condicionantes mediante la formulación de la norma derogatoria[544].

b) Los efectos específicos de cada acto derogatorio

Para precisar la determinación de los efectos producidos por la derogación se retoma la distinción entre derogación expresa nominada, por un lado, y derogación expresa innominada y tácita, por el otro, pero además, como la derogación afecta la aplicabilidad, se utiliza la distinción ya formulada entre usar una disposición y aplicar una norma.

La «derogación nominada» actúa mediante la emanación de una disposición expresamente derogatoria que identifica con precisión el objeto de la derogación. Por ende, ella refiere a todas las disposiciones expresamente señaladas en la disposición derogatoria, y no a las normas expresadas por estas, al menos, no directamente. Así, la derogación nominada produce el efecto de circunscribir en el tiempo la posibilidad de usar ciertas disposiciones, con independencia de cuál es o son las normas expresadas por ellas, porque estas normas solo resultan afectadas como consecuencia de la derogación de la disposición que las contiene. Por lo cual, se puede sostener que la aplicación de estas normas, expresadas por las disposiciones derogadas, también queda limitada en el tiempo. En definitiva, esta derogación actúa frente a los órganos de aplicación normativa como una prohibición de usar tal disposición derogada en la motivación de decisiones judiciales o administrativas con el carácter de fuente de normas que regulen casos particulares[545].

Por su parte, en la derogación innominada y la derogación tácita al realizarse sin la formulación de una disposición derogatoria, en principio, ninguna disposición preexistente es derogada. Así, estos tipos de derogación refieren solamente a las normas y no necesariamente a las disposiciones que las contienen, de modo que, estas derogaciones actúan como una prohibición a los intérpretes de usar las disposiciones anteriores para

[544] (Guastini, 1986a, pp. 501-502), (Guastini, 1987a, pp. 15-17), (Guastini, 1987b, p. 104), (Guastini, 1988, pp. 637-639) y (Guastini, 1990, pp. 257-259). Ante esta presentación, por un lado, Amadeo Conte (1987) explicita las relaciones que él considera existentes entre derogación y validez, y por otro, Mario Jori (1987a), entre otras cosas, se pregunta: si para Guastini las normas son el significado de un enunciado normativo ¿en qué sentido estos pueden ser modificados?

[545] (Guastini, 1986a, p. 503), (Guastini, 1987a, pp. 18-19), (Guastini, 1988, p. 640), (Guastini, 1990, p. 261), (Guastini, 1993, p. 294) y (Guastini, 1998a, pp. 192-193).

extraer normas que estén en oposición con aquellas que pueden ser extraídas de las disposiciones contenidas en la nueva regulación, o bien, interpretadas como regulando la misma materia disciplinada por ellas. De este modo, estos tipos de derogación constituyen una delegación a los intérpretes para decidir cuáles normas, y eventualmente, cuáles disposiciones están en oposición con la nueva ley, y en consecuencia, deben considerarse derogadas. Sin embargo, como la interpretación de las disposiciones anteriores y posteriores puede ser sincrónicamente múltiple y diacrónicamente cambiante, el efecto derogatorio no está garantizado en este tipo de derogaciones, v.gr., si en un momento determinado, a partir de una interpretación dada, un tribunal reconoce la ocurrencia de la derogación, esta decisión (salvo excepciones) solo producirá un efecto entre las partes[546].

Guastini sugiere que, solo en algunos casos tanto la derogación innominada como la derogación tácita por incompatibilidad pueden actuar directamente sobre las disposiciones, por ejemplo, cuando los operadores jurídicos sostiene de manera unívoca que una disposiciones anterior D_1 solo expresa la norma N_1 y la disposición posterior D_2 solo expresa la norma N_2 y ambas normas se encuentran en oposición, de modo que, en estos casos es probable que se considere derogada a la disposición anterior. Por lo mismo, en todos los otros casos, en que es posible extraer más de una norma de las disposiciones en cuestión, se deben considerar derogadas únicamente las normas anteriores en oposición con las posteriores, ya que las compatibles con estas últimas pueden aún ser aplicadas, y consecuentemente, la disposiciones que las contiene pueden ser usadas por los tribunales para extrae de ellas normas compatibles con las posteriores en el tiempo[547].

c) La reviviscencia de la norma derogada

Tradicionalmente, se discute si la derogación de una disposición derogatoria conlleva la reviviscencia de la disposición o norma derogada por ella, ante lo cual Guastini sugiere realizar previamente algunas distinciones:

i. Efectos jurídicos. La «derogación» limita la eficacia de las normas de manera *ex nunc*, en cambio, la «anulación» limita la eficacia de las normas con efectos *ex tunc*; excepto, los casos de derogaciones retroactivas;
ii. Tipos de derogación. Por un lado, la derogación puede ser nominada, y por otro, expresa innominada o tácita, pero además, la derogación nominada puede presentarse de manera: «simple», cuando no se acompaña de una regulación sustancial, nueva y diversa de los casos disciplinados por la norma derogada, o bien, «compleja», cuando sí se acompaña de esta nueva regulación[548].

A partir de estas distinciones, Guastini desarrolla, al menos, seis hipótesis en las cuales se relacionan una norma N_1 que regula una materia determinada, N_2 que deroga a N_1 y N_3 que deroga o anula a N_2, a saber, las hipótesis son:

---

546 (Guastini, 1986a, p. 503), (Guastini, 1987a, pp. 19-20), (Guastini, 1987b, p. 111), (Guastini, 1988, pp. 640-641), (Guastini, 1990, pp. 262-263), (Guastini, 1993, p. 294) y (Guastini, 1998a, pp. 193-194). Este tipo de derogaciones, por un lado, presenta un claro paralelismo con los efectos producidos por una interpretación conforme, y por otro, Guastini reconoce expresamente sus efectos indeseables, al producir en el ordenamiento jurídico graves efectos de indeterminación.

547 (Guastini, 1986a, p. 504), (Guastini, 1987a, p. 21) y (Guastini, 1988, p. 641).

548 (Guastini, 1998a, pp. 203-204) y (Guastini, 2010, pp. 311-313).

i. Derogación nominada simple de una disposición derogatoria nominada simple. Se produce la reviviscencia de N_1, porque ninguna de las disposiciones derogatorias (N_2 y N_3) realiza una regulación sustancial de los casos regulados por N_1;
ii. Anulación de una disposición derogatoria nominada simple. Se produce la reviviscencia de N_1, ya que si N_2 fue inválida desde su origen debe ser tratada como si nunca hubiese producido efectos derogatorios. Además, también se debe considerar si la anulación de N_2 producirá o no una laguna perjudicial para el ordenamiento;
iii. Derogación nominada simple de una norma tácitamente derogatoria. Se puede argumentar a favor de que la autoridad desea restaurar N_1, así como también, que debe intenta sustraer de la regulación dicha situación o caso concreto;
iv. Anulación de una norma tácitamente derogatoria. Al igual que en el segundo caso, los efectos *ex tunc* de la anulación produce la reviviscencia de N_2;
v. Derogación tácita de una norma tácitamente derogatoria. Al consistir en una nueva regulación que reemplaza a una preexistente, no hay razón para pensar que pueda revivir a la regulación derogada en primera instancia;
vi. Derogación tácita de una disposición derogatoria nominada simple. Es difícil determinar cómo se puede derogar tácitamente una disposición derogatoria nominada simple. Sin embargo, esto puede ocurrir mediante la restauración de la norma derogada en primera instancia, o bien, a través de la regulación del caso concreto en el mismo modo en que lo hacía la primera regulación, pero en estos casos no hay problemas de reviviscencia[549].

Consecuentemente, Guastini afirma que es sensato reconocer la reviviscencia de las normas cuando el propio legislador así lo dispone de manera expresa o tácita, v.gr., en los casos de anulación, o bien, en los casos en que suceden dos disposiciones nominales simplemente derogatorias, sin que ninguna de ellas realice una regulación sustancial de una materia que sustituya a la regulación previamente derogada[550].

5.3.3 Elementos de la derogación

a) *Lex posterior derogat priori*

El criterio de preferencia de la ley posterior está dirigido a los órganos de aplicación y establece la obligación de aplicar las normas posteriores en el tiempo e inaplicar las anteriores para los casos en que dos normas provenientes del mismo nivel jerárquico y formuladas en tiempos diversos se encuentran en conflicto. Así, este criterio hace aparentemente superflua la derogación expresa y confiere a los órganos de aplicación el poder para decidir cuándo una norma debe ser considerada como derogada por su incompatibilidad con una norma posterior. Además, como los tribunales son los que

[549] (Guastini, 1998a, pp. 202-207) y (Guastini, 2010, pp. 313-315).
[550] (Guastini, 1989, p. 117), (Guastini, 1992, p. 100) y (Guastini, 1993, pp. 302-303).

determinan la ocurrencia de la derogación, no está garantizada una jurisprudencia uniforme al respecto, puesto que, generalmente, las sentencias producen solo efectos *inter partes*[551].

Este criterio cronológico puede ser utilizado tanto en una disposición como en una norma. En el primer caso, al considerar derogada la disposición anterior, ella no es susceptible de uso alguno, es decir, no puede ser utilizada para extraer normas que pueden ser usadas en la regulación de un caso ni tampoco en la motivación de resoluciones jurisdiccionales o administrativas en relación con los casos acaecidos con posterioridad la derogación. En cambio, si se considera derogada la norma antecedente, ella no puede ser utilizada para regular las situaciones acaecidas con posterioridad a la derogación, lo cual no conlleva necesariamente la derogación de la disposición que la contiene, pues está última aún puede ser utilizada, con tal que no sea interpretada en el sentido de expresar la norma que se opone a las posteriores (derogada). Según Guastini, en virtud del principio de conservación de los documentos normativos, generalmente, el criterio cronológico es utilizado en normas, salvo los casos en que no se puede extraer de la disposición antecedente ninguna norma compatible con las precedentes, pues aquí lo derogado es la disposición[552].

Adicionalmente, se considerar que el criterio cronológico no se aplica en los siguientes casos: i) cuando se presentan normas de jerarquías distintas, ya que siempre se debe preferir a la norma superior con independencia de su relación temporal; ii) cuando concurre el criterio *lex posterior generalis non derogat priori*, pues siempre se debe preferir la norma especial o excepcional con independencia de su ubicación temporal; y iii) cuando se presenta el criterio competencial, puesto que, en materias reservadas a ciertas fuentes, las normas provenientes de estas prevalecen frente a las otras normas que pretendan regular la misma materia, aunque sean temporalmente posteriores a ellas, ya que estas últimas están en violación de la distribución de competencias efectuada por una norma superior[553].

En torno a estas limitaciones del criterio cronológico, Guastini realiza algunas precisiones en relación con su interacción con otros criterios aplicados en la resolución de antinomias:

i. Criterio cronológico y jerárquico. Cuando se interponen estos criterios, para determinar cómo se manifiesta la prevalencia de las normas superiores se diferencian dos situaciones: a) cuando una norma posterior e inferior se opone a otra anterior y superior, pacíficamente prevalece el criterio jerárquico, de modo que, la primera norma es inválida y susceptible de anulación; y ii) cuando una norma posterior y superior se opone a otra anterior e inferior, ambos criterios concurren, de manera que, la primera norma puede derogar o invalidar a la norma anterior e inferior;
ii. Criterio cronológico y de especialidad. Cuando ambos principios se interponen puede acontecer que: a) la norma especial sea anterior, caso en el cual se puede sostener que la norma anterior *deroga* a la norma general y posterior, pero igualmente se debe considerar en sede de interpretación si la norma posterior tolera o no excepciones; o ii) la norma especial sea posterior, caso en que la

[551] (Guastini, 1989, p. 109), (Guastini, 1992, p. 95), (Guastini, 1993, pp. 296-297) y (Guastini, 1998a, pp. 195-196). En ocasiones, Guastini presenta *lex posterior derogat priori* como un principio caracterizado como una norma con un supuesto de hecho cerrado y aparentemente no derrotable, ver (2004a, pp. 255-259).
[552] (Guastini, 1988, p. 642), (Guastini, 1989, p. 111), (Guastini, 1990, pp. 264-265), (Guastini, 1992, pp. 96-97), (Guastini, 1993, pp. 298-299) y (Guastini, 1998a, pp. 197-198).
[553] (Guastini, 1989, p. 110), (Guastini, 1992, p. 95), (Guastini, 1993, pp. 297-298) y (Guastini, 1998a, p. 196).

norma especial igualmente *deroga* a la norma general, aunque, igualmente, se debe determinar en sede de interpretación si la norma especial y posterior produce la derogación o no a la norma general y anterior[554].

b) El objeto de la derogación

Entendidas como metanormas, las disposiciones derogatorias pueden tener por objeto tanto normas como disposiciones. Así, como ya señalé, mientras una derogación nominada refiere a disposiciones y solo indirectamente a normas, una derogación innominada o una derogación tácita refiere a normas y solo excepcionalmente a disposiciones. Esto último es igualmente aplicable a los casos en que es utilizado el criterio *lex posterior derogat priori*.

Sin embargo, si el objeto de una norma es la acción o el hecho regulado por ella, o también, el sujeto gramatical del enunciado, y para su identificación, no es posible sustraerse del examen del enunciado que la formula y expresa. Ocurre que, en el caso de la derogación nominada, las propias disposiciones derogatorias son una condición suficiente de su objeto, v.gr., si el enunciado «Deróguese la norma X» tiene una estructura del tipo «X tiene el valor D», puede ser reformulado como «La norma X tienen el valor de derogada D», por lo que, la norma derogatoria es condición suficiente de la derogación misma, aunque la derogación constituye el efecto y no el objeto de la norma derogatoria[555].

c) El alcance de la derogación

De acuerdo con el principio general de irretroactividad, las normas derogatorias no deben ser retroactivas, sino más bien, deben ser proyectadas hacia el futuro. Por ende, las normas derogadas no deben ser aplicadas a las situaciones que se verifican con posterioridad a su derogación, pero si a las situaciones acaecidas con anterioridad a ella. Así, la derogación solo limita en el tiempo la eficacia de las normas derogadas a los casos ocurridos antes de la derogación y presenta efectos *ex nunc*, salvo los casos en que el legislador expresamente le atribuye un carácter retroactivo a las normas derogatorias[556].

Para Guastini, las normas sobre la derogación, como el art. 15 de la Preleggi, están dirigido a los órganos de aplicación, ya que regulan algunos casos en que los jueces pueden inaplicar una ley, y además, disciplinan la sucesión de leyes en el tiempo, al establecer el principio de preferencia de la ley posterior frente a la anterior como un criterio de selección de normas. Por lo tanto, los órganos de aplicación están obligados a aplicar todas las leyes que no han sido derogadas por otras posteriores, salvo en los casos de las normas anuladas por invalidez y aquellas cuyo tiempo de aplicación está determinado por un plazo o condición[557].

---

554 (Guastini, 1993, pp. 418-421) y (Guastini, 1998a, pp. 238-242).

555 (Guastini, 1986c, pp. 216-220).

556 (Guastini, 1986a, p. 499), (Guastini, 1987a, p. 11), (Guastini, 1987b, p. 99), (Guastini, 1988, p. 634), (Guastini, 1989, pp. 107-108), (Guastini, 1990, p. 251), (Guastini, 1992, p. 91), (Guastini, 2010, p. 20) y (Guastini, 2014, p. 45).

557 (Guastini, 1989, pp. 105-107). En principio, esta idea de Guastini puede ser trasladable a los ordenamientos que regulan la derogación, generalmente, a través de disposiciones de un código civil.

En relación con la retroactividad, la eficacia debe entenderse específicamente como el lapso de tiempo durante el cual deben verificarse los actos o hechos regulados en la norma para que se sigan las consecuencias jurídicas contenidas en ella. Así, la retroactividad conecta las consecuencia jurídicas con casos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor y que aún no han sido decididos en sede jurisdiccional (retroactividad débil), o bien, que ya han sido decididos en esta sede (retroactividad fuerte). En los derechos positivos actuales, el principio de irretroactividad es reconocido como un fundamento del estado de derecho y es considerado como un elemento esencial de la civilidad jurídica y una *conditio sine qua non* de la certeza del derecho. Salvo excepciones constitucionales, este principio detenta rango legal, de modo que, solo tiene un carácter directivo al legislador, es decir, su observancia depende de la valoración realizada por este. Así, es posible la *deroga* del principio por parte de una ley retroactiva, ya que en virtud del criterio cronológico, esta última plasma su prevalencia sobre las anteriores mediante su modificación, *deroga* o derogación[558].

5.3.4 La derogación en el ordenamiento

a) La derogación en las fuentes

Dentro de las principales fuentes de derecho reconocida por Guastini, se encuentra la legislación, los reglamentos y la costumbre. Como respecto a ellos es posible realizar una puntualización en relación con la derogación, presentaré estos aspectos adicionales.

La legislación. Las locuciones «fuerza de ley» y «valor de ley» presentan cierta equivalencia y son usadas para conferir igual carácter a determinadas fuentes o actos. Ellas presentan cierta equivalencia con la posición que ocupa una ley formal dentro de la jerarquía de las fuentes, v.gr., los decretos legislativos y los decretos leyes. Generalmente, esta posición se caracteriza por la idoneidad de la ley para modificar o derogar cualquier disposición vigente en el ámbito material de su competencia, y consecuentemente, por ser modificada o derogada mediante solo una ley sucesiva, dentro del ámbito de su competencia material. En ambos casos se exceptúan las normas o disposición de rango constitucional, ya que la legislación está jerárquicamente subordinada a ellas[559].

Los reglamentos. Tradicionalmente, el término «reglamento» alude a los actos del poder ejecutivo que son dotados de contenido normativo, es decir, que están provistos de los rasgos de generalidad y abstracción. Habitualmente, estos actos y los productos de ellos se clasifican en reglamentos: i) de ejecución, actúan en el ámbito ya regulado de manera más o menos completa por una ley con el objetivo de concretizar, clarificar, integrar o dar actuación a ella; ii) independientes, regulan materias no disciplinadas por las leyes; iii) de organización, establecen la organización interna de la administración; iv) delegados, facultados para integrar, *derogare*, modificar o derogar las disposiciones legislativas anteriores, previa autorización legislativa. Salvo este último tipo de reglamento, en general, en caso de conflicto entre reglamentos y leyes prevalecen estas últimas, pues una condición

[558] (Guastini, 1989, pp. 66-67), (Guastini, 1992, pp. 83-85) y (Guastini, 1998a, pp. 177-188). De ahí que, toda ley retroactiva produzca la derogación retroactiva de las leyes anteriores y contrarias a ella.
[559] (Guastini, 1989, p. 31) y (Guastini, 1992, pp. 74-77).

de la validez de los reglamentos es su no contrariedad con las leyes, de modo que, ellos no puede *derogare* o derogar (*abrogare*) las leyes[560].

La costumbre. La costumbre es un comportamiento social constante, repetido uniformemente en el tiempo y acompañado de la convicción de observar las norma o regla de conducta generada por ella, o bien, de la expectativa de reciprocidad. Así, la costumbre constituye un hecho normativo, porque de manera involuntaria e inconsciente es fuente productora de normas, siempre y cuando, en virtud de una norma jurídica positiva que regula la producción del derecho, le sea atribuido tal carácter, y además, mediante actos lingüísticos de los tribunales se formulen las normas producidas mediante ella[561].

Sobre el derecho consuetudinario, Guastini considera que es posible que una norma legal o reglamentaria derogue una norma consuetudinaria, en virtud de los principios que regulan la jerarquía de las fuentes, mientras que excluye la posibilidad de que una ley pueda ser derogada por la desuetudo o consuetudo. Esta posición deriva de que, al menos, en el derecho italiano, la costumbre está subordinada a la ley, de manera que, solo puede actuar dentro de los límites que la propia ley le establece. No obstante, en principio, no se descarta la posibilidad de que la costumbre pueda operar con una fuente *extra ordinem*[562].

b) La derogación en algunas normas

Dentro de la pluralidad de normas que componen un ordenamiento jurídico, las normas «interpretativas» y las normas «implícitas», requieren una precisión adicional por su relación con la derogación. En los ordenamientos jurídicos actuales, un caso paradigmático de las primeras son las «leyes interpretativas», generalmente, pronunciadas cuando se presenta la aplicación contradictoria de una ley. El contenido de la ley interpretativa es la atribución de significado a la ley interpretada (precedente), es decir, las leyes interpretativas se limitan a clarificar el significado de una ley preexistente, para que ella sea interpretada y aplicada en tal modo. Así, las leyes interpretativas se caracterizan por: i) su dependencia con las leyes interpretadas para los casos en que deben ser aplicadas; ii) el carácter retroactivo de sus eficacia; y iii) su incapacidad para innovar o derogar el derecho, pues únicamente dan un contenido significativo determinado a la ley anterior[563].

Por su parte, en relación con las normas implícitas, se debe precisar que, las normas explícitas presentan un fundamento dinámico y las normas implícitas tienen un fundamento estático. Así, una norma explícita no deja de pertenecer al ordenamiento por el hecho de que sea derogada o sustituida la norma de competencia de la cual obtienen su fundamento. En cambio, una norma implícita sale del ordenamiento cuando la norma de la cual obtienen su fundamento es derogada o sustituida, ya que en ausencia de la norma que es utilizada para construirla, su existencia en el ordenamiento no puede ser argumentada[564].

---

560 (Guastini, 1989, pp. 38-42).
561 (Guastini, 1989, pp. 53-54).
562 (Guastini, 1989, pp. 106-107), (Guastini, 1992, p. 93), (Guastini, 1993, p. 293) y (Guastini, 1998a, p. 192 y 650). Se excluye de esta presentación el derecho internacional consuetudinario.
563 Sobre leyes interpretativas ver (Guastini, 1989, pp. 69-71) y (Guastini, 1992, pp. 88-89).
564 (Guastini, 2014, pp. 268-269).

c) El *referendum abrogatorio*

El derecho italiano reconoce una manera especial de realizar la derogación: el «*referendum abrogativo*». Este consiste en una consulta a los electores acerca de si desean o no derogar una o más disposiciones (o normas) preexistentes, es decir, se habilita al cuerpo electoral para revocar total o parcialmente disposiciones o leyes (y otras fuente equiparadas a ellas). Así entendido, el *referendum abrogativo* constituye un «contrapoder» de democracia directa, ya que mientras el parlamento ejercita el poder legislativo, el cuerpo electoral ejercita un control político sobre el ejercicio del poder legislativo, pudiendo, en ciertos casos, hacer prevalecer su voluntad sobre la voluntad del parlamento[565].

A través del referéndum solo se puede realizar una derogación nominada simple, de modo que, no es posible introducir nuevas disposiciones, no se puede otorgar un carácter retroactivo a esta derogación y ella solo puede tener por objeto disposiciones. Además, como la derogación a través del referéndum manifestaría una voluntad definitiva e irrepetible, las normas que deroga no pueden ser restauradas mediante una ley del parlamento, en concreto, las normas explícitas expresadas por las disposiciones objeto del referéndum[566].

Asimismo, como toda derogación, el *referendum abrogativo* determina un ajuste del ordenamiento, de modo que, no puede introducir nuevas disposiciones, pero si nuevas normas. Al no poder establecer una distinción nítida entre derogar, sustituir e introducir una nueva norma, la derogación puede acarrear una nueva norma en el ordenamiento en los siguiente casos: i) al derogar una disposición se produce un cambio en la interpretación de las disposiciones sobrevivientes, v.gr., en una interpretación sistemática; ii) al derogar una norma se produce que los casos regulados por ella pasen a ser regulados por normas preexistentes, v.gr., si es derogada la norma excepcional; e iii) al realizar la derogación parcial de una disposición, el significado (norma) expresado por ella tiende a ser distinto del anterior, v.gr., con la derogación de la palabra «no» a una disposición[567].

d) La derogación y legislación futura

La cuestión de si una ley puede prohibir o no su propia derogación se inserta dentro del problema general acerca de si es o no posible establecer límites a un legislador futuro. Para dar respuesta a estas preguntas, Guastini sugiere diferenciar cuatro hipótesis en las cuales una ley o una Constitución flexible pueden establecer: i) normas procesales acerca de la legislación futura; ii) límites materiales a la legislación futura; iii) normas sobre la eficacia de las leyes futuras; o iv) la imposibilitad de que la legislación futura pueda derogar o *derogare*[568].

---

565 (Guastini, 1993, pp. 137-138), (Guastini, 1998a, pp. 446-448) y (Guastini, 2010, pp. 321-323) El objeto del referéndum es total cuando alude a una o más leyes y es parcial en los casos en que refiere a una parte cualquiera de un texto legislativo, por pequeño que este sea.

566 (Guastini, 1993, p. 139), (Guastini, 1998a, pp. 448-453) y (Guastini, 2010, pp. 323-324).

567 (Guastini, 1993, pp. 142-143), (Guastini, 1998a, pp. 454-455) y (Guastini, 2010, pp. 324-326) Para revisar un caso en que interactúan la reviviscencia y el *referendum abrogativo*, ver (Guastini, 2012b).

568 (Guastini, 1998a, p. 207).

En la primera hipótesis, si bien el legislador tendría la potestad para derogar o *derogare* las limitaciones procesales, él no puede transgredir dichos procedimientos establecidos por las normas anteriores, es decir, el legislador puede cambiar el procedimiento legislativo, pero no puede contravenirlo hasta que no la haya cambiado. Por ende, si el legislador puede cambiar el procedimiento legislativo, pero no puede aprobar una nueva legislación sin seguir lo establecido en él, es adecuado diferenciar nítidamente entre: i) una derogación de las normas mediante una nueva regulación de la materia disciplinada por las anteriores, y ii) la transgresión de las normas procedimentales mediante un acto legislativo que no se ajusta a lo establecido en ellas. Por tanto, ninguna norma puede ser derogada o *derogata* por una conducta, pues para derogar es necesaria otra norma y para crear una norma derogatoria es necesario seguir un procedimiento previamente establecido, inclusive para cambiar este procedimiento. Así, en ausencia de una jerarquía material entre las normas, el legislador puede derogar o *derogare* las normas legislativas precedentes, pero no las puede transgredir sin haberlas derogado previamente, pues en caso contrario, las normas antecedentes no desarrollarían ninguna función normativa[569].

En la segunda hipótesis existe consenso entre los autores acerca de que una ley no puede establecer límites al contenido de una legislación futura, ya que si una ley posterior regula de manera diversa una materia previamente regulada por una ley anterior, esta última resultaría tácitamente derogada o *derogata*. No obstante, resulta más adecuado diferenciar entre una norma anterior N_1 que regula el contenido de las leyes futuras y otra norma posterior N_2 que disciplina una situación determinada, ya que en estos casos no es claro que exista necesariamente una oposición entre ambas normas (requisito de la derogación tácita), puesto que ellas no regulan la misma materia de manera incompatible[570].

En la tercera hipótesis se presenta una jerarquía lógica, en la cual la metanorma que regula la eficacia de las leyes futuras debe ser entendida como dirigida a los órganos de aplicación y no al legislador, por ser una metanorma sobre la aplicación y no acerca de la producción normativa. En consecuencia, esta metanorma debe ser entendida como cualquier norma que puede ser derogada o *derogata* por normas o metanormas, cuando estas regulan de manera diversa todas o algunas de las situaciones reguladas por ella[571].

En la cuarta hipótesis se debe distinguir adicionalmente entre: i) una ley que pretende excluir su propia derogación, en función del carácter inagotable de la función legislativa, no está destinada a producir efectos; y ii) una ley que dispone no producir la derogación o *deroga* tácita de otra ley, tampoco vincula a un legislador futuro y debe ser entendida como una directiva dirigida a los operadores jurídicos, para que interpreten de manera sistemática las disposiciones de ambas leyes[572].

---

569 (Guastini, 1989, pp. 17-18), (Guastini, 1998a, p. 208), (Guastini, 1998b, pp. 109-111) y (Guastini, 2013b, pp. 65-66). Como destaca Guastini, algunos autores consideran que en el caso de Constituciones flexibles, es posible declarar la inconstitucionalidad o ilegitimidad de las leyes cuando no se ajustan a los procedimientos establecidos en las normas constitucionales.

570 (Guastini, 1998a, p. 209) y (Guastini, 2010, pp. 317-318)

571 (Guastini, 1998a, pp. 209-210) y (Guastini, 2010, pp. 318-319)

572 (Guastini, 1998a, pp. 210-211) y (Guastini, 2010, pp. 318-319)

e) Límites a la revisión constitucional

Generalmente, en los ordenamientos jurídicos actuales, las constituciones establecen mecanismo de revisión constitucional, pero asimismo instauran limitaciones a estos procedimientos de revisión. Dentro de los límites a la revisión, se pueden presentar limitaciones contingentes, vinculadas con el derecho positivo, y limitaciones necesarias, conectadas con los límites lógicos de toda modificación constitucional.

Entre las restricciones positivas o contingentes se encuentran: i) limitaciones en relación con el procedimiento que debe ser seguido para realizar la revisión constitucional; y ii) limitaciones de contenido, porque se prohíbe la revisión de determinadas materias. Sin embargo, se debe diferenciar claramente entre una norma N_1 que regula una materia o procedimiento determinado y otra norma N_2 que prohíbe la revisión de N_1, ya que en este último caso sería posible modificar N_1 para revisar N_2; excepto que otra norma N_4 establezca una prohibición a la revisión de N_2[573].

Por su parte, generalmente, se plantean, al menos, tres limitaciones lógicas a la revisión: i) unos sostienen que no se deben cambiar o enmendar las normas que regulan la revisión constitucional; ii) otros consideran que una revisión constitucional no puede modificar los principios supremos que caracterizan y distinguen a una Constitución de las otras, pues en este casos se instaura una nueva Constitución; y iii) algunos afirmar que la revisión constitucional, al ser un poder constituido, en ningún caso puede sustituir al poder constituyente. Por su parte, al inclinarse por un definición intencional de la Constitución, la cual identifica a cada Constitución a partir de los principios supremos que la caracteriza, Guastini sugiere que estos principios no son susceptibles de revisión constitucional sin instaurar una nueva Constitución. Además, añade que, en relación con la modificación de las normas que establecen la revisión constitucional, únicamente se debe determinar si la revisión es consentida por el ordenamiento, pues en este caso también es posible cambiar o modificar las normas sobre revisión constitucional[574].

f) La derogación y los mecanismos de expulsión normativa

Derogación y deroga. Guastini aconseja diferenciar claramente la derogación de la *deroga*, ya que *derogare* significa realizar una excepción a una regla general. Por ejemplo, una norma N_1, que establece una consecuencia jurídica para una clase de hechos, es *derogata* cuando una norma N_2 establece una consecuencia jurídica diversa para una clase de hechos o un hecho concreto que está incluido en la clase de hechos previstos en N_1. Por ende, solo una regla general puede ser *derogata*, mientras que una derogación puede afectar a cualquier tipo de norma, y además, la *deroga* únicamente circunscribe el ámbito de eficacia y la aplicabilidad de la norma general, pero no afecta a su vigencia, como ocurre con la derogación[575].

En consecuencia, el «ámbito de eficacia» de una norma está formado por los diversos componentes de cada uno de los casos determinados en su antecedente, a saber: i) personal o subjetivo, alude a los sujetos en función de los cuales la norma produce sus efectos; ii)

[573] (Guastini, 1998b, pp. 113-114).
[574] (Guastini, 1995a, pp. 269-270), (Guastini, [1996]1999, pp. 301-302 y 384-385) y (Guastini, 1998b, p. 114).
[575] (Guastini, 1998a, pp. 198-199).

material u objetivo, refiere a las circunstancias en las cuales la norma produce sus efectos; iii) territorial, relacionada con el espacio geográfico en el cual la norma produce sus efectos; y iv) temporal, alude a el intervalo de tiempo dentro del cual la norma produce sus efectos. De modo que, la *deroga* puede circunscribir el ámbito de eficacia de una norma de diversas maneras cuando restringe o reduce la clase de sujetos, las circunstancias, el espacio geográfico o el intervalo de tiempo en función de los cuales la norma produce sus efectos[576].

Derogación y anulación. La anulación de una norma es un acto normativo típicamente jurisdiccional que se presenta a través de una declaración que constituye el reconocimiento de la invalidez de una norma y cuyos efectos consisten en su expulsión del ordenamiento jurídico. Así, la norma declarada inválida pierde completamente su aplicabilidad y capacidad para producir efectos jurídicos, desde el momento en el cual se presentó su invalidez (originaria o sobrevenida). La anulación de una norma en virtud de su invalidez presenta tres aspectos relevantes: i) la conformidad, el órgano competente funda su dictamen en la disconformidad de la norma inválida con las metanormas que regulan su producción; ii) la pertenencia, la norma deja de formar parte del ordenamiento jurídico una vez se ha constatado su disconformidad con la metanorma de producción normativa, por lo que, la sentencia se presenta como constitutiva de la expulsión de la norma inválida; y iii) la aplicabilidad, es a través de la declaración de invalidez que se revoca completamente la aplicabilidad de la norma. Por ejemplo, para Guastini, la sentencia de un tribunal constitucional que acoge una declaración de inconstitucionalidad es «declarativa» de la invalidez de la ley en relación con la Constitución, pero es «constitutiva» respecto de la eficacia de ley inconstitucional, ya que en virtud de ella deja de producir efectos jurídicos[577].

Una manera de mostrar las diferencias entre derogación y anulación consiste en enfatizar sus efectos. Así, las normas derogadas conservan su existencia mientras su aplicabilidad resulta reducida; en cambio, las normas anuladas no conservan su existencia en el ordenamiento y mucho menos su aplicabilidad. Una vez es declarada la anulación de una norma, ella no debe ser aplicada a caso alguno, hayan estos acaecidos antes o después de la declaración; mientras que, si se produce la derogación de una norma, ella aún puede ser aplicada a los supuestos de hecho ocurridos con anterioridad a la derogación En consecuencia, una norma derogada es susceptible de ser anulada, pues, como aún puede ser aplicada por los tribunales u órganos administrativos en relación con los casos acaecidos con anterioridad a su derogación, continúa latente la posibilidad de que estos órganos se pregunten por la validez de la norma derogada. También, mientras la derogación es principalmente una decisión política adoptada por los órganos legislativos, la anulación se caracteriza por ser una decisión jurídica adoptada por un órgano jurisdiccional. Por lo cual, si anulación puede ser caracteriza como la cancelación jurisdiccional de una norma, la derogación se identifica como un acto legislativo que cancela una norma mediante la producción de otra norma (derogatoria)[578].

---

576 (Guastini, 1998a, p. 199).

577 (Guastini, 1987a, pp. 12-17), (Guastini, 1988, p. 639), (Guastini, 1989, pp. 114-115), (Guastini, 1990, pp. 233-234), (Guastini, 1992, pp. 98-99), (Guastini, [1996]1999, p. 371) y (Guastini, 1998a, p. 160).

578 (Guastini, 1986a, p. 499), (Guastini, 1987a, pp. 12-17), (Guastini, 1987b, pp. 103-104), (Guastini, 1989, pp. 114-115), (Guastini, 1990, p. 252), (Guastini, 1992, pp. 98-99), (Guastini, 1993, pp. 300-301), (Guastini, [1996]1999, p. 361 y 373), (Guastini, 1998a, pp. 200-201), (Guastini, 2001b, p. 62) y (Guastini, 2013a, p. 134).

Sin embargo, en atención a los rasgos propios de cada ordenamiento jurídico, puede que no exista una diferencia entre la derogación y la anulación, o bien, solamente se reconozca a la derogación sin contemplar algo parecido a la invalidación de las normas. Además, en los ordenamientos en que la derogación y la anulación producen efectos distintos es posible atenuar sus diferencias al enfatizar que, existen algunos casos en los cuales la derogación produce efectos *ex tunc*, como al aplicarse el principio de la ley penal más benigna o cuando la derogación es retroactiva. Asimismo, la diferencia se atenúa al señalar las ocasiones en que la anulación produce efectos *ex nunc*, como al declarar una invalidez sobrevenida, o bien, cuando el propio órgano confiere a su decisión únicamente efectos hacia el futuro[579].

Si se considera a la declaración de inconstitucionalidad como un tipo de anulación, otra manera de delinear la diferencia entre la derogación y la anulación se aprecia a partir del análisis del estatus jurídico de las normas preconstitucionales contrarias con una nueva Constitución. La promulgación de una nueva Constitución no produce la derogación de todas las normas dictadas bajo la Constitución precedente, sino solo la exclusión de las normas que la contradicen sustancialmente o que violan alguna prohibición constitucional dirigida al legislador (en virtud de los criterios *lex posterior derogat priori* y *lex superior derogat inferiori*). Así, las normas que se encuentran fuera de estos casos pueden continuar presentes en el ordenamiento jurídico mientras no sean derogadas expresa o tácitamente por normas posteriores en el tiempo del igual nivel jerárquico y/o mientras no sean anuladas por el órgano competente con base en su incompatibilidad con las normas de rango constitucional[580].

En concreto, la diferencias entre derogar o anular las normas preconstitucionales radica en considerarlas derogadas tácitamente por la nueva Constitución con base en el principio de *lex posterior derogat priori*, o bien, en obtener su anulación por parte de un tribunal en virtud del principio *lex superior derogat inferiori*. Si se opta por la derogación tácita, todos los tribunales están facultados para controlar la constitucionalidad de las leyes preconstitucionales, pero las normas consideradas como derogadas aún pueden ser aplicadas a los casos surgidos con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Constitución, y además, no está garantizada la constatación de la derogación con una jurisprudencia uniforme en tal sentido. En cambio, si se opta por la anulación, una eventual declaración de invalidez produciría efectos *erga omnes*, por lo que, la noma anulada no sería más aplicable a ningún caso, con independencia de si los hechos regulados por ella han surgido antes o después del pronunciamiento del tribunal[581].

Piero Pollastro (1987, p. 93) afirma que «è propio sulla analisi comparativa di annullamento ed abrogazione che Guastini fonda la tesi che l'abrogazione verta su altro che la validità di norma».

579 (Guastini, [1996]1999, pp. 359-371) y (Guastini, 1998a, pp. 150-151). Guastini destaca que, generalmente, en la teoría jurídica la derogación se presenta como la revocación de la validez de una norma, lo cual hace indistinguible la derogación de la anulación.

580 (Guastini, 1998b, pp. 112-113) y (Guastini, 1989, pp. 14-15).

581 (Guastini, 1986a, p. 500), (Guastini, 1987a, pp. 13-14), (Guastini, 1988, pp. 635-636), (Guastini, 1989, pp. 115-116), (Guastini, 1990, pp. 253-254), (Guastini, 1992, p. 99), (Guastini, 1993, pp. 301-302), (Guastini, 1998a, pp. 201-202) y (Guastini, 2013a, p. 31).

5.4 Un balance de la visión *guastiniana*

En una concepción *guastiniana*, distintos hechos son los que contribuyen a la formación del ordenamiento jurídico, a saber: las formulaciones normativas realizadas por el legislador, las formulaciones interpretativas y de construcción jurídica efectuadas por los intérpretes, y las actuaciones de aplicación efectivamente realizadas por los órganos de aplicación. Consecuentemente, la descripción del ordenamiento comprende una explicación más pormenorizada de estos actos que le dan forma. Así, dentro del discurso del legislador se diferencia entre el acto lingüístico normativo (enunciación), el producto de dicho acto (enunciado o disposición) y el significado de dicho producto (norma). Asimismo, en relación con los intérpretes se diferencian las actuaciones interpretativas (atribuir significado a un enunciado), la construcción jurídica (formular normas implícitas, entre muchas otras) y los proceso de argumentación jurídica que entregan sustento a las anteriores (interpretación y construcción). Así también, a partir de la osmosis existente entre el discurso del legislador y los intérpretes, junto con el reconocimiento de la falta de una correspondencia unívoca entre enunciados normativo y normas, se explica por qué el ordenamiento jurídico debe ser entendido como fruto de la combinación de las actuaciones del legislador y de los intérpretes u operadores jurídicos.

De este modo, las normas que componen un ordenamiento pueden ser explícitas o implícitas en atención a si pueden o no ser atribuidas a una sola disposición como su significado; pero también, las normas de un ordenamiento pueden ser clasificadas en sentido restringido o amplio en consideración a si están o no dirigidas al comportamiento humano y tienen un contenido deóntico. Asimismo, en atención a si tienen por objeto otras normas es posible diferenciar entre metanormas y normas, y por su parte, con base en seis criterios distintos se puede diferenciar un principio de las otras normas del ordenamiento. Como los distintos tipos de normas son simplemente diferentes modos de clasificar el material normativo de los ordenamientos, y no son criterios ontológicos, es posible intercambiar las diferentes clasificaciones, es decir, el significado de una disposición puede ser a la vez y sin contradicciones una norma explícita, en sentido amplio, metanorma y principio jurídico. Sin embargo, si bien los significados de los enunciados normativos pueden ser clasificados de maneras diversas, ellos se distinguen por la fuente de la cual emanan, ya que las fuentes se diferencian por su nombre propio y el régimen jurídico correspondiente a dicho nombre. Así, mientras las normas admiten diversas clasificaciones, las fuentes de las cuales provienen se encuentran condicionadas por su régimen jurídico, v.gr., en virtud del régimen jurídico se determina la «fuerza» de cada norma, es decir, su lugar en la jerarquía material del ordenamiento (establece su capacidad para derogar otras fuentes, por ello mismo inferiores, y de resistir a la derogación por parte de ellas).

Si bien, generalmente, Guastini destaca y utiliza la jerarquía material del ordenamiento, igualmente, él considera tres tipos adicionales de jerarquías en virtud de la relación existente entre una norma y la metanorma que regula su producción (jerarquía forma), entre una norma y la metanorma que versa sobre ella (jerarquía lógica) y entre una norma y otra que de acuerdo con los intérpretes le proporciona fundamento, justificación o *ratio*. Asimismo, junto con las diferentes jerarquías normativas, un rasgo típico de la visión *guastiniana* es la diferenciación detallada de los distintos atributos jurídicos que, generalmente, pueden ser predicados de las normas: existencia, validez, pertenencia, eficacia, aplicabilidad y vigencia. Así también, otro aspecto destacado dentro de la obra del autor genovés es su tratamiento

de las antinomias, el cual establece una estrecha relación entre estas y la interpretación, y también incluye la importante distinción entre prevención y solución de las mismas, junto con un detallado análisis de las relaciones entre los criterios jerárquico, cronológico y de especialidad.

De acuerdo con estos atributos y la conformación del ordenamiento, es suficiente que una norma tenga existencia empírica para existir en el ordenamiento jurídico, ya que en este pueden haber normas originarias que no detentan existencia jurídica, pero sí constituyen una manifestación del principio de efectividad, y también, normas ilegitimas que tampoco detentan existencia jurídica, pero sí son aplicadas por los tribunales y/o la administración. Por lo cual, en un ordenamiento jurídico existen normas válidas e inválidas (ley inconstitucional), eficaces e ineficaces (norma en desuso), aplicables e inaplicables (norma *derogata*), vigentes y no-vigentes (norma derogada), y pertenecientes y no-pertenecientes (derecho internacional privado). Todo lo cual está en perfecta armonía con la idea *guastiniana* de que tanto las lagunas como las antinomias pueden presentarse en los ordenamientos, pues estas son creaciones humanas, de carácter contingente, que no responden a criterios lógicos o de racionalidad.

De este modo, a partir de estas consideraciones y con una especial deferencia tanto al derecho positivo como a la dogmática jurídica, Guastini propone su teoría de la derogación. En ella distingue minuciosamente el acto derogatorio del producto de dicho acto, y luego, vuelve a distinguir distintos tipos de actos derogatorios (derogación expresa nominada e innominada y derogación tácita por incompatibilidad y nueva regulación) y diferentes tipos de productos de dicho acto (disposiciones derogatorias con un objeto derogatorio determinado o indeterminado). Adicionalmente, como un tipo de metanorma diferencia entre las normas derogatorias y las normas sobre la derogación, en virtud de si tienen por objeto la derogación de una norma o regular la derogación en sí misma.

Dentro de su esquema conceptual, la derogación tiene el efecto de poner fin a la vigencia de una normas mediante circunscribir en el tiempo su eficacia y aplicabilidad. Así, por regla general, la norma derogada es aplicada a los casos ocurridos antes de su derogación, salvo los casos en que establece un carácter retroactivo a la norma derogatoria. Específicamente, los casos de derogación nominada limitan en el tiempo la posibilidad de usar las disposiciones derogadas y solo indirectamente la eficacia y aplicabilidad de las normas expresadas por ellas. En consecuencia, establece una prohibición dirigida a los órganos de aplicación de usar tal disposición derogada en la motivación de sus decisiones judiciales o administrativas. En cambio, los supuestos de derogación innominada y tácita limitan directamente la eficacia y aplicabilidad de las normas anteriores y solo eventualmente el uso de las disposiciones que las contienen. Por lo cual, estos tipos de derogación actúan como una prohibición a los intérpretes de extraer de las disposiciones las normas que estén en oposición con aquellas que pueden ser extraídas de las disposiciones contenidas en la nueva regulación, o bien, interpretadas como regulando la misma materia disciplinada por ellas. Asimismo, al abordar la reviviscencia de las normas Guastini introduce una serie de distinciones que contribuyen a clarificar algunos supuestos centrales en su análisis, y consecuentemente, en la respuesta que debe proporcionar ante la posibilidad de su ocurrencia. Él se decanta por reconocer la reviviscencia de las normas cuando el propio legislador lo dispone de manera expresa o tácita, como ocurre en los caso de anulación, o bajo su consideración, cuando se suceden dos disposiciones nominales simplemente derogatorias.

En relación con el tratamiento clásico del criterio *lex posterior derogat priori*, derivado de su entramado conceptual, Guastini añade a su análisis la diferenciación entre si este criterio es utilizado en una disposición o en una norma, lo cual arroja consecuencias distintas. Además, a las habituales excepciones a su utilización, agrega la concurrencia del principio competencial, propio de los ordenamientos jurídicos actuales. Así también sugiere un cuadro de posibilidad y soluciones cuando se interpone este principio con el criterio jerárquico y el criterio de especialidad.

A su vez, en virtud del reconocimiento de un principio de irretroactividad, generalmente, todas las normas proyectan sus efectos hacia las situaciones futuras. Por lo cual, como las normas derogatorias igualmente proyectan sus efectos hacia el futuro, solo limitan en el tiempo (hacia el futuro) la eficacia y aplicabilidad de las normas derogadas, pues así estas últimas rigen desde su entrada en vigor hasta su derogación (periodo de vigencia). No obstante, cuando el legislador decide *derogare* el principio de irretroactividad mediante una ley retroactiva, los efectos de esta ley se proyectan tanto al pasado como al futuro, de manera que, fundamentalmente, se amplía hacia antes de su entrada en vigor el tiempo durante el cual se deben verificar los actos o hechos regulados en dicha norma para que se sigan las consecuencia jurídicas que ella dispone. Por lo que, toda legislación retroactiva constituye una derogación retroactiva de las leyes anteriores y contrarias a ella, así como también, de las que regulan su misma materia.

A todo lo anterior, a través de su obra, Guastini introduce algunas precisiones adicionales a las relaciones o instancias en las cuales se presenta la derogación en los ordenamientos jurídicos. Así, el autor explicita que las locuciones «fuerza de ley» y «valor de ley» presentan cierta equivalencia con la jerarquía material detentada por las leyes formales del ordenamiento, de modo que, las normas de las cuales se predican dichas locuciones son idóneas para modificar o derogar cualquier disposición en el ámbito material de su competencia, y solo pueden ser modificadas o derogadas mediante otra norma sucesiva de igual carácter, cuando se encuentran dentro del ámbito de su competencia material; salvo, las disposiciones y nomas constitucionales.

Además, el autor genovés diferencia distintos tipos de reglamentos para así determinar su relación con las leyes, ante lo cual se inclina por reconocer la prevalencia general de la ley frente a los reglamentos para el caso de conflicto entre ellos (excepto los reglamentos delegados), ya que una condición de validez de estos últimos es su conformidad con la ley; de ahí que, los reglamentos no puedan *derogare* o derogar (*abrogare*) las leyes. Asimismo, Guastini solo reconoce la posibilidad del derecho consuetudinario (consuetudo y desuetudo) de *extra ordinem*, ya que, en el derecho italiano, al estar la costumbre subordinada a la ley, esta última pueda derogar o modificar a la primera pero no viceversa.

También, se realizan algunas consideraciones en torno a las leyes interpretativas y las normas implícitas, ya que las primeras presentan un carácter retroactivo, pero tienen la capacidad para innovar o derogar el derecho por su dependencia de la ley interpretada. A su vez, las normas implícitas salen del ordenamiento, cuando las disposiciones o normas que les proporcionan su fundamento son derogadas, anuladas, modificadas o sustituidas, puesto que ante su ausencia las normas implícitas han perdido su base.

Al desarrollar algunas idas en torno al *referendum abrogatorio*, Guastini, junto con delinear los rasgos fundamentales de esta institución propia del derecho italiano, introduce algunas

propuestas centrales en torno cómo la derogación puede repercutir en el ordenamiento. Como el *referendum abrogativo* no puede introducir disposiciones al ordenamiento, puesto que es una derogación expresa nominada simple, Guastini sugiere que quizás inevitablemente sí pueda introducir normas en el ordenamiento cuando se deroga una disposición que modifica la interpretación realizada de otras disposiciones, en los casos en que se deroga una norma, y los casos regulados por ella pasan a ser disciplinados por las normas preexistentes, y también, cuando se deroga o modifica parcialmente una disposición, pues en estos casos el significado (norma) expresado por ella tiende a ser distinto del anterior a la derogación o modificación. Todo esto último derivado de la imposibilidad de diferenciar claramente entre derogar, sustituir e introducir una nueva norma.

A su vez, en relación con las posibilidades que tendrían las autoridades futuras de modificar el derecho preexistente, Guastini trata de manera separada las limitaciones a un legislador futuro de los límites a una revisión constitucional. En ambos casos la cuestión es, en qué medida las normas posteriores pueden derogar o modificar a las anteriores, pero diferenciable al considerar la legislación y las constituciones flexibles por un lado, y los regímenes de constitución rígida por el otro. En el primer supuesto, junto con diferenciar diversos tipos de leyes anteriores (procesales, materiales, sobre la eficacia y que impiden la derogación), se diferencian también distintos tipos de leyes posteriores (derogatorias, de contenido diverso o inválidas), pues de este manera se entrega una respuesta más precisa a la cuestión. Por su parte, en el segundo supuesto diferencia entre limitaciones contingentes de carácter positivo y limitaciones necesarias de carácter lógico, para así igualmente entregar una respuesta más precisa a la cuestión. En relación con este último aspecto de la cuestión, Guastini se inclina por una definición intencional de Constitución, y desde ahí sugiere que los principios supremos que caracterizan a una Constitución no pueden ser susceptibles de revisión constitucional sin instaurar una nueva Constitución.

Como un ejercicio de explicitación adicional, es posible encontrar la diferenciación conceptual entre derogación y *deroga*, así como también, entre derogación y anulación. La primera diferenciación, directamente vinculada con la explicación acerca de los criterios de prevención y resolución de antinomias *lex specialis derogat generalis* y *lex posterior derogat priori*, enfatiza que la *deroga* no acaba con la vigencia de las normas, sino únicamente establece una excepción a la norma general, la cual reduce su ámbito de eficacia y aplicabilidad, de modo que, ambas normas continúan siendo válidas y vigentes. Así, si bien la derogación igualmente circunscribe el ámbito de eficacia y aplicabilidad de una norma, lo hace de un modo diverso, pues la *deroga* puede reducir la clase de sujetos, las circunstancias, el espacio geográfico o el intervalo de tiempo en función de los cuales las normas producen sus efectos, pero sin terminar con su vigencia*,* como hace la derogación.

A su vez, la diferenciación entre derogación y anulación se sustenta en diversos criterios vinculados con el juicio de conformidad que sustenta la anulación, el órgano encargado de realizar la declaración de invalidez, los efectos de la declaración y sus alcances dentro del ordenamiento. Así, a diferencia de la derogación, la anulación se sustenta en un juicio de disconformidad de una norma inferior con otra superior, realizado por un órgano jurisdiccional, cuyos efectos consisten en producir la expulsión de la norma inválida del ordenamiento, lo cual conlleva la pérdida absoluta de su aplicabilidad, eficacia y vigencia, generalmente, desde el momento en que surge la invalidez (originaria o sobrevenida), y también, cuyos alcances dependerán de qué órgano jurisdiccionales realiza la declaración (Tribunal Constitucional o tribunales ordinarios).

5.5 Conclusiones

En Guastini, la base de su compleja y pormenorizada explicación de los ordenamientos jurídicos y la derogación, se encuentra en su compromiso con una teoría del derecho que efectivamente sea un metalenguaje del discurso del legislador y de los operadores jurídicos, probablemente, derivado de su realismo jurídico, el cual, igualmente, se plasma en su escepticismo en torno a las normas. De este modo, la complejidad de la reconstrucción *guastiniana* deriva de considerar no solo cuestiones estrictamente normativas (normas y sus relaciones), sino también, y en mayor medida, proviene de consideraciones derivadas de las prácticas jurídicas efectivas (lingüísticas, empíricas y conceptuales), lo cual conlleva que su explicación constituya una descripción más detallada de cómo se obtienen las normas y cómo se estructuran en el contexto de los ordenamientos jurídicos actuales. A su vez, el carácter pormenorizado de su explicación se plasma en un sin número de distinciones que permiten escamondar las distintas cuestiones que concurren en el tratamiento de un tema, para así propiciar una comprensión más clara, ajustada y didáctica de cómo funcionan los ordenamientos jurídicos en, y a partir de, las complejas prácticas jurídico-sociales. Además, una visión *guastiniana* se caracteriza por la trabazón interna de sus elementos, lo cual se manifiesta en el manera en que cada una de sus piezas conceptuales se engarzan entre sí, y también, se distingue por su consistencia a lo largo del tiempo, plasmada de modo incuestionable en una constante labor de perfeccionamiento y desarrollo de los presupuestos de un tipo de realismo jurídico, denominado por algunos «genovés».

Al igual que con los otro teóricos del derecho, la elaboración de una visión *guastiniana* de los ordenamientos jurídicos dinámicos y la derogación a partir del prisma derogatorio, no solo permite descomponer sus ideas para dar respuesta y complementar la visión obtenida desde la práctica jurídica en torno a estas temáticas, sino también entrega un perspectiva desde la cual comprender cuáles son las problemáticas propiamente *guastiniana.* A partir de sus trabajos estudiados pertenecen a este último grupo: i) el carácter del discurso jurídico en relación con el lenguaje (sintácticas, semánticas y pragmáticas), los actos lingüísticos (asertivos o realizativos) y clasificaciones normativas (prescriptivas y constituidas); ii) la equivocidad del discurso jurídico vinculada con la determinación del rango de posibilidades de cada enunciado y los criterios de justificación para la elección de los significados situados dentro o fuera del rango de posibilidades; iii) la osmosis entre el discurso del legislador y de los operadores jurídicos, conectado con cómo estos últimos moldean y complementan el discurso del primero, al punto de no poder establecer una distinción nítida entre ambos discursos; iv) las normas que efectivamente existen o integran un ordenamiento jurídico derivadas de los actos del legislador, los operadores jurídicos y los órganos de aplicación; v) la pluralidad de relaciones que realmente se presentan entre los componente de un ordenamiento, en virtud de la diversidad de criterios establecidos por el legislador, los sugeridos por los operadores jurídicos, o bien, los utilizados por los órganos de aplicación; y vi) las relaciones entre la interpretación, las lagunas y las antinomias. Temáticas todas directamente vinculadas con una compresión global de los mecanismos de exclusión normativo, y concretamente, de la derogación.

Adicionalmente, de manera integral, Guastini explicita, analiza, desarrolla e integra en su teoría diversas variables de la reconstrucción jurídica emanadas propiamente desde la dogmática jurídica y que son utilizadas por los órganos de aplicación. La consideración e inclusión de estos elementos en su reconstrucción, probablemente, es una de las cuestiones

más atractivas para un tratamiento de los ordenamientos jurídicos y la derogación, ya que en su teorización no solo se deben considerar los elementos provenientes de la autoridad, la lógica y la racionalidad, sino también, y quizás principalmente, los derivados de la propia práctica jurídica. A este respecto, la constante alusión al principio de conservación del material normativa constituye un caso paradigmático, puesto que este condiciona e influye en los mecanismos de prevención (interpretación sistemática) y solución de las antinomias (criterios jerárquicos, cronológico y de especialidad), y también, en la determinación de los supuestos de la derogación expresa innominada y la derogación tácita. Asimismo, de manera más general, este principio debe inspirar cada actividad interpretativa y de construcción jurídica, lo cual, dentro de una visión *guastiniana*, repercute en toda la configuración de los derechos positivos.

En definitiva, la riqueza de una visión *guastiniana* y su apego a la práctica jurídica hacen difícil determinar qué aspectos quedan por desarrollar o complementar, ya que prácticamente responde a todas las cuestiones surgidas desde la práctica jurídica en la primera parte de esta tesis, y además, adopta una posición teórica clara en relación con cómo reconstruir y relacionar ambos aspectos del prisma derogatorio. No obstante, podría señalarse que en los trabajos estudiados no se aprecia el desarrollo de una posición en torno a las relaciones inter e intrasistemáticas presentes en los ordenamientos jurídicos, así como tampoco acerca de una posible finalidad de los mecanismos de exclusión normativa, y adicionalmente, pese a considerar la certeza como un aspecto fundamental de los ordenamientos jurídicos, Guastini no expone ideas en torno a cómo pueden aumentar los niveles de seguridad jurídica en el contexto de los ordenamientos jurídicos contemporáneos[582].

[582] Por ejemplo, en este sentido, para Guastini (2014, p. 68 y 340), la certeza del derecho es uno de los valores presupuestos en los ordenamientos jurídicos, el cual se debe manifestar en la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las propias acciones y la estabilidad de las relaciones jurídicas.

RECAPITULACIÓN PARTE II
LA DEROGACIÓN EN LA TEORÍA DEL DERECHO

R.II.1 La derogación en Hans Kelsen

En el tercer capítulo de la presente tesis mostré los rasgos centrales de la reconstrucción *kelseniana* del cambio normativo y la derogación en el contexto de los ordenamientos jurídicos surgidos a partir de los derechos estatales modernos. Además, a partir de un espíritu exhaustivo, puede constatar que la consideración y el tratamiento de la derogación, por parte del autor vienés, no surge en la década de los sesenta, como cree una parte considerable de los autores, sino más bien, ya desde sus primeros trabajos en teoría del derecho, la derogación tiene un papel preponderante. En consecuencia, en atención a la extensión de la obra *kelseniana* y a algunos cambios de perspectivas surgidas a lo largo de los años, justifiqué y establecí una periodización de la misma, la cual efectivamente permite realizar afirmaciones más sutiles y depuradas del trabajo teórico del autor. Así también, a partir de una mayor fidelidad con la obra del autor, sugiero traducir dos términos estrictamente vinculados con la derogación («*Aufgehoben*» y «*Derogiere*») de una manera que, según tengo entendido, solo ha sido realiza antes por Eugenio Bulygin, y en virtud de la cual tienen mucho más sentido sus planteamientos en torno a los mecanismos de exclusión normativa.

Como resultado del estudio de la obra de Hans Kelsen se obtienen una serie de planteamientos que complementan o reformulan algunas de las cuestiones surgidas en la práctica jurídica presentadas en la primera parte de esta tesis. Entre estos destacan: i) el tratamientos de las relaciones inter e intrasistemáticas dentro del orden jurídico (derecho internacional y estatal junto con los diferentes estratos normativos); ii) las propuestas acerca de los conflictos normativos tanto en la reconstrucción unitaria y coherente del material jurídico (segundo periodo) como en un intento describir este material jurídico (tercer periodo); iii) la constante búsqueda de un fundamento al orden jurídico, a las relaciones entre sus componentes, al cambio normativo y a la teorización en torno a ellos; y también, quizás, fundamentalmente, iv) la necesidad de escamondar el objeto de conocimiento de una ciencia y teoría jurídica, para así centrar la atención en lo estrictamente normativo.

R.II.2 La derogación en Alchourrón y Bulygin

En la presentación de los planteamientos de Alchourrón y Bulygin en torno a la dinámica de los ordenamientos jurídicos y la derogación enfaticé el hecho de que sus trabajos son una reconstrucción sistemática de los derechos positivos estatales modernos. Además, que sus trabajos se caracterizan por centrar la atención, fundamentalmente, en los actos deliberados de creación normativa y presentar estos como provenientes, únicamente, de la legislación y/o la Constitución. También, enfaticé que su obra se funda en la explicitación o reformulación de los criterios de racionalidad que guían los actos de introducción (promulgación) y eliminación (derogación) de normas en un sistema jurídico. Así, pese las

diversas concepciones ontológicas adoptadas por los autores en relación con las normas, fue posible presentar su obra a través del prisma derogatorio como atravesada por la noción del cambio normativo, y en consecuencia, preocupada por determinar y delimitar tanto la ocurrencia de este cambio como sus efectos dentro de un sistema y orden jurídico.

Por consiguiente, a partir de esta presentación y de un estudio exhaustivo de su obra, pude explicitar una serie de ideas o propuestas que, sin ser formuladas expresa o intencionadamente por los autores, puedan derivarse de manera coherente de su entramado teórico. Entre estas explicitaciones destaco una caracterización conjunta de los atributos normativos (validez, obligatoriedad, vigencia y eficacia), el tratamiento de la derrotabilidad como un aspecto a considerar al momento de determinar los supuestos de conflicto normativo, la marcada inclinación por las normas de conducta y la construcción de los ordenamientos a partir de ellas, la presentación completa de los actos de eliminación (rechazo, enmienda, reforma y revocación) y los tipos de rechazo (simple y complejo, explícito e implícito, y abrogación simple o derogación), y asimismo, la marcada trascendencia que tienen las relaciones normativas para las explicaciones acerca del cambio normativo, y dentro de este, la eliminación de normas.

A estas ideas y propuestas se pueden añadir algunos de los planteamientos centrales de Alchourrón y Bulygin que contribuyen a complementar las cuestiones surgidas desde la práctica jurídica, a saber: i) la ontología de las normas y sus implicaciones; ii) las relaciones inter e intrasistemáticas a partir de las nociones de conjuntos estructurados o sistemas normativos, sus consecuencias lógicas y familias de conjuntos o sistemas; iii) la representación de la dinámica normativa como una secuencia de sistemas estáticos (orden jurídico); iv) la importancia de los actos de una autoridad de creación normativa para la configuración del orden jurídico (promulgaciones y derogaciones); y v) las implicaciones y alcances de la promulgación y derogación, como actos normativos que configuran el sistema, así como también, de los productos de dichos actos (obligación, prohibición, permisión u otro enunciado normativo).

R.II.3 La derogación en Riccardo Guastini

La exposición de las ideas centrales de Riccardo Guastini en lo tocante a los ordenamientos jurídicos y la derogación manifiesta la deferencia que tiene el autor hacia los operadores jurídicos (dogmática jurídica, tribunales y administración) y las disposiciones efectivas de los derechos positivos (principalmente el derecho italiano), al momento de emprender su teorización. En consecuencia, el derecho se presenta como el producto de una continua interacción entre ciertos actos y sus productos, realizados por el legislador y los intérpretes, entendidos estos últimos en sentido amplio. A su vez, la obra del autor se circunscribe igualmente al análisis de los derechos positivos propios de los estados modernos, con la importante salvedad de que algunos de sus trabajos incluyen el estudio y la incorporación del denominado «derecho comunitario», lo cual es un claro paso hacia ampliar el «paradigma estatal».

La importancia *per se* de realizar una reconstrucción de la obra de Riccardo Guastini acerca de los ordenamientos jurídicos y la derogación deriva de su creciente influencia en la teoría

del derecho continental, y además, de la vastedad de páginas que ha dedicado al estudio de la derogación. Por lo cual, la pertinencia y la necesidad de elaborar una visión *guastiniana* en torno a estos temas resulta incuestionable. Adicionalmente, hasta donde mis conocimientos alcanzan, previamente no se ha realizado una reconstrucción de este tipo de la obra de Riccardo Guastini, como sí acontecía con los trabajos de Hans Kelsen, y de Alchourrón y Bulygin, lo cual no solo justifica aún más su realización, sino también, sitúa a esta presentación de su obra como una contribución a la teoría del derecho.

Dentro de la obra de Guastini, destacan sus propuestas explicativas de los ordenamientos jurídicos dinámicos, a saber: i) la osmosis entre el discurso del legislador y los intérpretes en la producción normativa; ii) los diversos tipos de normas que integran el ordenamiento jurídico; iii) los distintos tipos de jerarquías normativas que pueden estructurar o distribuir dichas normas; iv) la presentación detallada de los principales atributos normativos y su vinculación con los mecanismos de exclusión normativa; y v) las distinciones vinculadas con las antinomias, su prevención y solución. Asimismo, en relación con la derogación, dentro de sus planteamientos destacan: i) la diferenciación entre acto derogatorio, disposición derogatoria y normas sobre la derogación; ii) los diversos tipos de derogación (nominada, innominada, por incompatibilidad y por nueva regulación); iii) la distinción entre los efectos generales de la derogación y los efectos propios de cada tipo de derogación, junto con una propuesta de reviviscencia; iv) algunas explicaciones en torno a los fundamentos y alcances de la derogación; y finalmente, v) la explicación de situaciones en las cuales la derogación se presenta en relación con otras instituciones jurídicas dentro del ordenamiento jurídico.

R.II.4 Hacia una teoría de la derogación

La presentación en bloques de la obra de los autores se justificó en virtud de que cada una de sus teorías utiliza distintos criterios para reconstruir el material normativo de los derechos positivos. Por ende, tanto la configuración de los ordenamientos como la identificación de sus componentes varía en atención a los criterios empleados por cada autor para la teorización o reconstrucción de los derechos positivos.

Pese a sus diferencias, los teóricos del derecho están interesados en generar instancias de diálogo entre sus distintas reconstrucciones. Así, de manera tradicional, entre las distintas teorías, estas instancias se dan a partir de una presentación panorámica de las diferentes propuestas sobre un tema o cuestión debatida, junto con una exposición de sus puntos de contacto, alcances y limitaciones, para finalmente, proponer algún planteamiento complementario, rectificador o crítico a las mismas. Por consiguiente, la manera en la cual se configuran estas instancias de diálogo determina que cualquier contribución, con la pretensión de ingresar en la discusión de una materia determinada, deba considerar y trascender a los argumentos pasados si desea adquirir el estatus de elemento imprescindible para futuros participantes en nuevas instancias del mismos. En palabras de von Wright:

> «…A well-argued contribution to philosophy is an element in a dialogue which the next contributor cannot by-pass if he is to be *au niveau* with developments […] Thanks

> to this fact one can speak of *progress* in philosophy, even though there is no away of *settling* the basic disagreements…» (1989, p. 52)

En el tratamiento de la derogación, este diálogo se presenta cuando los autores utilizan las mismas nociones o presentan similares consecuencia respecto de determinadas partes del fenómeno derogatorio. A modo de ejemplo, el rechazo anticipado presentado por Alchourrón y Bulygin se encuentra también en Kelsen al tratar cómo la Constitución determina los contenidos futuros dentro de una visión dinámica del ordenamiento. Igualmente, en Kelsen se encuentra la distinción entre permisos positivos y negativos, y su relación con la derogación, ideas que posteriormente son desarrolladas por Alchourrón y Bulygin con igual denominación. Así también, la noción *kelseniana* de norma general, entendida como un marco de significados, es utilizada por Guastini para explicar el rango de significación de una formulación normativa.

A su vez, estas instancias de diálogo se ven facilitadas por algunos aspectos comunes presentes en las teorías de los autores. Por ejemplo, en todos ellos la costumbre (desuetudo o consuetudo) desempeña un papel secundario en la reconstrucción, frente a la relevancia del derecho estatal, así también, todos ellos comparten el reconocimiento de un derecho *extra ordinem* en el caso de una primera constitución o derecho originario. También, aunque en diversos grados, los autores distinguen entre las formulaciones normativas o disposiciones y las normas o significados expresados por estas, y admiten distintas relaciones de distribución o jerarquías dentro del ordenamiento, así como también, aceptan la posibilidad de distintos conjuntos estructurados dentro del mismo.

En consecuencia, pese los distintos criterios utilizados por los autores para reconstruir el material normativo de los derechos positivos, es posible sugerir la existencia de diversas instancias de diálogo entre las teorías respecto de diferentes aspectos de la dinámica de los ordenamientos jurídicos y la derogación. Asimismo, dentro de la teoría del derecho y en materia de derogación, se presentan instancias de este tipo no solo entre los citados autores, sino también entre «*i suoi allievi*», porque, en virtud de su prestigio e influencia, su manera de reconstruir los ordenamientos jurídicos y la derogación no debe ser vista como desarrollos individuales, sino más bien como «modelos» de análisis y teorización del fenómeno jurídico, los cuales son adoptados y seguidos por distintos teóricos del derecho en la actualidad.

En definitiva, a lo largo de la presente investigación, siguiendo la senda de la teoría del derecho analítica o conceptual he centrado mi estudio en el concepto de derogación: i) cómo es utilizado en los ordenamientos jurídicos contemporáneos; ii) cómo es configurado por la dogmática jurídica; y iii) cómo se ha teorizado en torno a él, con la finalidad o pretensión de obtener una mejor comprensión o entendimiento de nuestras prácticas sociales de carácter jurídico en general, y de la dinámica de los ordenamientos jurídicos y la derogación en particular[583].

[583] Diversos autores distinguen dentro de la teoría del derecho entre: i) teorías predictivas o científico social, aquellas que ofrecen una visión general o comprensiva de las prácticas actuales; ii) teorías analíticas o conceptuales, hacen proposiciones acerca de la naturaleza necesaria o intrínseca de alguna práctica o institución; y iii) teorías normativas, dirigida a considerar o abordar cuestiones de justificación o reforma del derecho y la práctica legal, ver (Bayles, 1990), (Giudice, 2005) y (Bix, 2009). Curiosamente, pese a sus diferencias, diversos teóricos del derecho de manera prácticamente unánime atribuyen a los trabajos

Asimismo, para realizar esta presentación conceptual he optado por un análisis conceptual conectivo de inspiración *strawsoniana*, ya que a través de su utilización fue posible conocer las relaciones y funciones del concepto de derogación en su interacción con otros conceptos jurídicos dentro de la red del cambio normativo, y también, la ubicación de cada uno de los conceptos dentro de la red conceptual (tanto desde la práctica como de la teoría jurídica). Por lo tanto, creo que la labor conceptual realizada por todos los autores previamente citados junto con los planteamientos de la dogmática jurídica son más que suficiente para tener una adecuada compresión y entendimiento de un aspecto de la realidad jurídica (la dinámica de los ordenamientos jurídicos), y particularmente, de la «derogación», por lo cual resulta incuestionable que se encuentra satisfecha la finalidad de un análisis conceptual del concepto de derogación.

Sin embargo, pese a haber cumplido los objetivos planteados en la Introducción de esta tesis, aún es posible que algunos teóricos del derecho citados en la misma Introducción, continúen sosteniendo que los trabajos sobre la derogación siguen siendo insuficientes, como asimismo, aún es altamente probable que la práctica jurídica continúe manifestado el carácter problemático de algunas cuestiones en torno a la derogación. Por lo tanto, ¿cómo es posible dar un sentido a estos incesantes requerimientos?

conceptuales la citada finalidad, v.gr., (Bayles, 1990, p. 24), (Hart, 1994, p. 240), (Raz, 1995, p. 256), (Leiter, 1998, p. 537), (Halpin, 1998, pp. 191-193) y (Dworkin, 2004, p. 5).

PARTE III
HACIA UNA TEORÍA DE LA DEROGACIÓN

«…there are some structural features of our experience which are essential to any conception (comprehensible to us) of the experience of self-conscious beings…» (Strawson P. F., 1959)

CAPÍTULO 6
BASES PARA UNA TEORÍA DE LA DEROGACIÓN

6.1 Introducción

Desde la elección de la derogación como temática relevante para realizar esta investigación, hasta la predilección por una perspectiva de estudio centrada en la práctica jurídica, se manifiesta mi inclinación por una filosofía y/o teoría del derecho interesada en examinar problemas concretos, y a su vez, despreocupada por la búsqueda de soluciones simplificadas o la elaboración de doctrinas generales. También, lo anterior exhibe mi interés por una actividad teórica deferente con las distinciones y conexiones propias del lenguaje forjado en la práctica jurídica e indiferente con las construcciones teóricas o filosóficas que no consideran el lenguaje, o su contenido, y su utilización como una primera palabra en las investigaciones propias de la filosofía o teoría jurídica[584].

En consecuencia, en este capítulo desarrollo una contribución al análisis de la derogación desde el lenguaje y las problemáticas propias de la práctica jurídica, en concreto, desde las particularidades de los ordenamientos jurídicos contemporáneos y las problemáticas de la dogmática jurídica. Por lo cual, utilizo las propuestas teóricas solo en la medida en que contribuyen a clarificar el lenguaje y solucionar cuestiones propias de la práctica jurídica, con la pretensión de poder emplearlas sin adoptar un compromiso con todas las asunciones adoptadas por sus autores.

Esta perspectiva de análisis se ve reforzada con la sugerencia de algunos teóricos del derecho de no simplificar las categorías jurídicas, y a su vez, intentar teorizar sobre el fenómeno jurídico reflejando el sentido que estas categorías tienen en la práctica jurídica. Por ejemplo, hace prácticamente un siglo, Adolf Merkl consideraba que existía una perniciosa y clara tendencia de la teoría jurídica a reducir todo el derecho a una única o a algunas pocas formas iguales e equivalentes, puestas en el mismo nivel o plano; y en igual sentido, hace casi una década, Josep Aguiló sugirió desarrollar una teoría dinámica del derecho que se sitúe en un nivel de abstracción en el cual no prescinda de las categorías comúnmente usada por la dogmática jurídica[585]

Sin embargo, esta manera de abordar la teorización de una temática jurídica, no debe ser entendida como un modo correcto y excluyente de otras posibilidades, ya que no creo en una única manera de explicar o presentar el derecho. Al considerar que una teoría jurídica puede ser valorada en relación con su mayor o menor adecuación al fenómeno que intenta explicar, como también en virtud de su mayor o menor utilidad a fines heurísticos, la valoración de las teorías pasa a ser una cuestión gradual. Además, si las teorías jurídicas, sobre el aspecto dinámico de los derechos positivos, no tienen por finalidad únicamente realizar una reconstrucción descriptiva de las situaciones involucradas, ya que muchas de ellas se mantienen en el tiempo pese al continuo surgimiento de pruebas en contrarío de las

[584] Estas ideas hacen eco de las palabras formuladas por J. L. Austin (1962, p. 38) «…we must at all costs avoid over-simplification, which one might be tempted to call the occupational disease of philosophers if it were not their occupation» y ([1956-1957]1970, p. 185) «ordinary language is *not* the last word: in principle it can everywhere be supplemented and improved upon and superseded. Only remember, it is the *first* word».
[585] (Merkl, 1987c[1918], p. 106) y (Aguiló, 1996, p. 178).

hipótesis formulada a partir de ellas, la valoración de las teorías tampoco debe olvidar la finalidad perseguida por cada una de ellas. Por consiguiente, considero, por un lado, que en relación con un fenómeno jurídico determinado pueden concurrir diversas teorías capaces de explicar satisfactoriamente distintos elementos o aspectos del mismo, y por otro lado, que para valorar adecuadamente las propuestas teórico-jurídicas en torno a un fenómeno, se deben considerar junto con las pruebas destinadas a probar su falsación, aquellas vinculadas con su plausibilidad o verosimilitud en relación con el objeto de la teorización, y también, se debe constatar en qué medida fue satisfecha la finalidad que se pretendía alcanzar[586].

En definitiva, en el presente capítulo, mi contribución al análisis de la derogación consiste en proporcionar algunas bases o consideraciones filosóficas relevantes para su teorización. Así, para satisfacer este objetivo, el presente capítulo está distribuido en los siguientes apartados: 6.2 Un balance de consideraciones; 6.3 Las bases para una teoría de la derogación; 6.4 Los alcances de las bases para una teoría de la derogación; y 6.5 Conclusiones

6.2 Un balance de consideraciones

Es posible extraer de las dos primeras partes de esta tesis un complejo de problemáticas en torno a la derogación. Siguiendo la estructura de los capítulos que conforman cada una de las partes, estos complejos de cuestiones pueden ser agrupados de manera sinóptica a partir de los aspectos propios de la derogación, por un lado, y los elementos del prisma derogatorio, por el otro. Así, es posible apreciar de manera comparativa los intereses, inquietudes y propósitos de la práctica y teoría jurídica al momento de formular o sugerir cada una estas consideraciones.

6.2.1 Consideraciones prácticas

A partir de la caracterización de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, junto con presentar las particularidades del contexto en el cual se presenta la derogación en la actualidad, destaqué cinco aspectos propios de la derogación en este contexto, a saber: fundamentos, denominación, ámbito de aplicación, determinación y utilidad de la derogación (Capítulo 1) . Luego, al estar directamente determinados por los planteamientos de la dogmática jurídica, desarrollé estos aspectos a través de las propuestas dogmáticas en materia de derogación, y a partir de ellas surgieron problemáticas adicionales, propiamente dogmáticas, vinculadas con la derogación (Capítulo 2)[587].

---

[586] (Luzzati, 1987, p. 65), (Caracciolo, 1988, p. 24) y (Barberis, 1997, pp. 28-30). Estas consideraciones reconocen la sugerencia de Navarro & Redondo (2002), consistente en afirmar que la búsqueda de criterios para evaluar las soluciones a un problema filosófico constituye en sí mismo un problema filosófico, y en consecuencia, solo constituyen una toma de posición en torno a esta cuestión.

[587] Recuerdo que, de la práctica jurídica, recurro a la dogmática en virtud de que, en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, la derogación presenta: i) un fundamento sucinto, ii) una regulación escasa, ii) una

Por consiguiente, como el primer y segundo grupo de temáticas se vinculan con la justificación e identificación de la derogación en los ordenamientos jurídicos actuales y su determinación en relación con los otros mecanismos de exclusión normativa (nulidad e inaplicabilidad), es posible presentar de manera esquemática ambos grupos a partir de los cinco aspectos derogatorios y mediante su formulación en forma de preguntas, las cuales fusionan algunas temáticas en una sola trama, a saber:

i. Los fundamentos de la derogación. ¿Qué motiva el cambio normativo?, ¿qué funda la preferencia o elección del derecho posterior (ley, norma o forma jurídica) frente al anterior?, ¿cómo se determina esta preferencia en la relación existente entre el derecho internacional y el derecho estatal, y entre este último y el derecho consuetudinario?, ¿cómo explicar las reglas del cambio normativo surgidas más allá del derecho positivo?, y ¿por qué normas positivas de rango inferior regulan el cambio normativo de normas superior y/o inclusive posteriores en el tiempo?;
ii. La denominación de la derogación. ¿Qué es expresado o cuál es el contenido expresado por el término «derogación»?, ¿cuáles son los criterios utilizados para predicar la «derogación»?, y ¿cómo se diferencia la derogación de los otros mecanismos de exclusión normativa?;
iii. El ámbito de aplicación de la derogación. ¿Cómo identificar la ocurrencia de la derogación en la complejidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos?, ¿qué tipo de acto es la derogación?, ¿qué atributo normativo resulta afectado por la derogación y cuándo cesa definitivamente este atributo?, ¿cuántos tipos de derogación pueden ser diferenciados y con base en qué criterios?;
iv. La determinación de la derogación. ¿Cuáles son las condiciones de aplicación o los requisitos de la derogación?, ¿cuáles son los efectos que produce la derogación en el ordenamiento jurídico?, ¿cómo se produce la reviviscencia de la ley derogada?, ¿cómo se produce una derogación por derivación?, ¿cuáles son los requisitos de aplicación y efectos producidos por cada tipo de derogación?, ¿cuáles son y cómo se elaboran los criterios para determinar la presencia de una oposición normativa?, y ¿cuáles son y cómo se elaboran los criterios para determinar el supuesto de la nueva disciplina de una materia?;
v. La utilidad de la derogación. ¿Cómo mejorar la implementación de la derogación en los ordenamientos jurídico contemporáneos para aumentar los niveles de seguridad jurídica o certeza dentro del mismo?, ¿cómo mejorar el desempeño de la derogación como mecanismos de actualización y eliminación normativa?, y ¿cómo la autoridad de creación normativa concretiza su ocurrencia? Además, la diversidad de problemas específicos surgidos dentro de este aspecto aconseja presentarlos de manera diferenciada en torno a un rótulo:
    a. Proceso legislativo. ¿Qué partes del derecho existente serán derogadas por la leyes, normas o formas jurídicas posteriores?; ¿qué sentido tiene introducir una cláusula derogatoria en las leyes posteriores?, y ¿qué conlleva delegar en los órganos de aplicación la determinación de la ocurrencia de la derogación?;
    b. Tipos de leyes y principios. ¿Cuál es la fuerza derogatoria de las leyes programáticas?, ¿cuál es la fuerza derogatoria del texto único, refundido o

determinación sustentada en la práctica jurídica, y iv) que el lenguaje de la dogmática es el utilizado para la transmisión del conocimiento jurídico.

articulado?, ¿cuándo las leyes interpretativas pueden convertirse en derogatorias de la ley que interpretan?, ¿cómo diferenciar entre leyes especiales y general, o leyes comunes y generales frente a leyes excepcionales?, y ¿cuándo y cómo los principios jurídicos pueden derogar a las leyes?;

c. Leyes y Constitución. ¿En qué casos no se deroga ni anulan las leyes, normas o formas jurídicas anteriores a una nueva Constitución?, y ¿cómo y bajo qué criterio la nueva Constitución puede derogar y/o anular a todas o algunas de las leyes anteriores a ella?, ¿cuáles son criterios utilizados para preferir uno u otro mecanismos de exclusión?, ¿cuáles son los efectos de una reforma constitucional en el ordenamiento jurídico?, y ¿qué efectos produce la declaración de nulidad de una ley, norma o forma derogatoria en relación con la ley que derogaba?

Así, la presentación conjunta y la agrupación por temáticas de las problemáticas propias de la práctica jurídica, explicita un acervo de consideraciones derogatorias marcadamente interesadas en la identificación y la justificación de la derogación en el contexto de los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

6.2.2 Consideraciones teóricas

En esta investigación, el acervo de consideraciones prácticas se complementa con el acervo de consideraciones teóricas, y viceversa. Este último se presentó en los capítulos que conforman la parte teórica a través del prisma derogatorio, con el objeto de reconducir la obra de los autores hacia la derogación, expresar su pensamiento de la manera más fiel a la original y descomponer sus propuestas en diferentes elementos que conforman su posición en torno al fenómeno derogatorio. Por cuanto, a partir de este último aspecto, es posible presentar las principales problemáticas teórico-jurídicas en torno a la derogación bajo la forma de preguntas:

i. El ordenamiento jurídico.
   a. La estructura dinámica. ¿Cómo se debe presentar el aspecto dinámico del ordenamiento: a partir de los actos de creación y aplicación o desde la creación y eliminación normativa?, ¿cuál es el fundamento de la unidad o la estructura de un ordenamiento dinámico?, y ¿cómo representar la dinámica del ordenamiento?;
   b. Los componentes. ¿Qué y cómo se conforma un ordenamiento jurídico?, ¿cómo los ordenamientos pueden estar integrados por conjuntos, sistemas o complejos de normas?, ¿cómo se relacionan entre sí estos conjuntos, sistemas o complejos de normas?, ¿cuál es la relación entre las normas y las disposiciones que las expresan?, ¿cómo se determinan los significados o normas de una disposición?, ¿cuántos tipos de normas pueden integran un ordenamiento?, ¿cuál es el estatus ontológico de las normas?, y ¿cómo las consecuencias lógicas de las normas pueden integrar el ordenamiento?;
   c. Los atributos. ¿Qué atributos normativos deben ser considerados en el ordenamiento?, ¿cómo diferenciar entre sí cada uno de los distintos atributos normativos: existencia, validez, vigencia, eficacia, observancia,

aplicabilidad y obligatoriedad?, y ¿qué componentes del ordenamiento pueden detentar qué atributos dentro del mismo?;

d. Las relaciones. ¿Cómo se relacionan los derechos estatal y consuetudinario, y el derecho estatal con el internacional?, ¿cómo se relacionan intrasistema cada uno de los componentes de los derechos (estatal, consuetudinario e internacional) e intersistema?, ¿qué elementos contribuyen a la coherencia del ordenamiento?, ¿cómo es posible determinar las antinomias en un ordenamiento?, ¿cómo se relacionan los componentes del ordenamiento en sede de aplicación normativa?, y ¿cómo y en virtud de qué criterios las normas se distribuyen o estructuran dentro del ordenamiento?;
e. Los mecanismos de exclusión. ¿Qué mecanismos son reconocidos en el ordenamiento: derogación, anulación, nulidad y *deroga*?, ¿cómo diferenciar entre sí cada uno de los mecanismos reconocidos?, ¿cómo preferir entre la derogación y la inconstitucionalidad de las leyes preconstitucionales?, y ¿cómo preferir entre la derogación y la anulación por invalidez sobrevenida?;

ii. La derogación.

a. Tipos. ¿Qué relación hay entre el acto derogatorio y el efecto derogatorio?, ¿cuántos tipos de derogación se presentan en el ordenamiento jurídico?, ¿qué tipos de derogación pueden presentarse intrasistema, intersistema y extrasistema?, ¿qué tipos de derogación se presentan en el tiempo?, ¿cómo diferenciar entre una derogación simple, una modificación, una enmienda, una reforma y una sustitución?, y ¿cómo se diferencia entre una derogación expresa, nominada, por incompatibilidad y nueva regulación?;
b. Requisitos. ¿Qué exigencias se deben considerar: estrictamente de derecho positivo o también las establecidas por los operadores jurídicos?, ¿cuál es el carácter del acto derogatorios?, ¿cuál es el carácter de las disposiciones derogatorias, cláusulas derogatorias y normas sobre la derogación?, ¿cómo pueden condicionar la derogación las relaciones y la distribución de los componentes del ordenamiento?, ¿qué componentes del ordenamientos pueden ser derogados?, y ¿qué limitaciones se pueden presentar a la derogación?;
c. Funciones. ¿Cómo la derogación establece una nueva regulación dentro del ordenamiento?, ¿cómo la derogación elimina otros componentes del ordenamiento?, y ¿cómo la derogación limita o modifica a los otros componentes del ordenamiento?;
d. Efectos. ¿Qué es o puede ser derogado?, ¿cómo determinar el o los componentes derogados?, ¿por qué debe ser aplicada una ley derogada?, ¿qué órgano está encargado de establecer la derogación y cuál de reconocerla?, ¿cómo se relacionan la derogación y la retroactividad?, ¿por qué puede tener cabida la reviviscencia en el ordenamiento?, y ¿cómo se relacionan la derogación y los permisos dentro del ordenamiento?;
e. Fundamentos. ¿Cuál es el fundamento de la derogación?, ¿cuál es el estatus del criterio cronológico?, ¿cuáles son los requisitos y el ámbito de aplicación del criterio cronológico?, ¿cómo la creación y/o con la eliminación normativa se vincula con el criterio cronológico?, y ¿cómo el principio de eficacia puede fundar la derogación?

A diferencia de las problemáticas propias de la práctica jurídica, estas consideraciones teóricas presentan una marcada preocupación acerca de qué elementos considerar en la teorización y cómo estructurar estos elementos dentro de una explicación, lo cual muestra, al menos parcialmente, los distintos intereses, inquietudes y/o propósitos de estos actores jurídicos al tiempo de formular o sugerir sus problemáticas.

6.2.3 El balance de las consideraciones

A partir de esta presentación esquematizada de ambos complejos de consideraciones, es posible apreciar de manera clara algunas de las diferencias exhibidas por la práctica y la teoría jurídica al momento de estudiar el fenómeno jurídico y problematizar sobre su teorización o explicación. Presumiblemente, la situación que mejor ejemplifica estas diferencias se presenta en relación con los componentes de un ordenamiento jurídico, ya que, la dogmática, a partir de una noción compartida de ley, problematiza sobre cómo algunos tipos de ley afectan la determinación de la derogación; mientras que, la teoría jurídica se pregunta por la ontología de las normas, entendidas como el componente básico de los ordenamientos. Así, entre ambas disciplinas jurídicas se aprecia una manifiesta diferencia en el grado de generalidad, abstracción y alcances de sus propuestas.

Algunas de estas diferencias pueden resultar insalvables si se toma en consideración que cada problemática es el producto del conjunto de aspectos que la configuran. Sin pretensiones de exhaustividad, algunos de estos aspectos son:

i. Un trasfondo de ideas. El pensamiento es guiado hacia ciertos y determinados fenómenos en desmedro de otros en virtud de un trasfondo de ideas. Este estimula la visualización de los problemas, y al mismo tiempo, condiciona la gama de soluciones que se desea encontrar. Por ejemplo, cada enfoque o perspectiva (práctica o teórica) tiene sus propias ideas acerca de qué es una explicación y cuándo esta es adecuada;
ii. Una realidad. Algunas problemática presuponen la existencia de algún tipo de realidad, ya sea absolutamente independiente de la actividad humana o construida por ella. No obstante, si bien el acceso a la realidad está determinado por el trasfondo de ideas, es necesario presuponer que en la interacción de la realidad con el trasfondo de ideas surgen problemáticas, pues en caso contario estas últimas colapsarían dentro de dicho trasfondo;
iii. Un propósito. Cuando teóricos o dogmáticos razonan sobre del derecho no realizan una actividad intelectiva absolutamente libre, sin rumbo, realizando reflexiones aleatorias sobre distintas materias, sino más bien, realizan una actividad que siempre busca cierta información específica. En consecuencia, en la investigación y en la producción de algún de tipo conocimiento resulta clave cierta estructura teleológica, principalmente, cuando es detectada alguna problemática y se pretende establecer una agenda para su resolución;
iv. Una evaluación. Al considerar tal o cual cosa como un problema se realiza siempre algún tipo de evaluación de alguna situación. Así, ante la insuficiencia de consideraciones descriptivas para realizar una evaluación, esta se sustenta en

> consideraciones normativas (en sentido amplio), las cuales dan cierta parcialidad al reconocimiento de una problemática[588].

Estos cuatro aspectos, que contribuyen a configurar toda problemática, explicitan más nítidamente las importantes diferencias que se pueden presentar entre la teoría y la práctica jurídica al momento de presentar una explicación, sugerir un problema y evaluar sus soluciones. Por lo cual, antes de intentar algún tipo de teorización en torno a la derogación, resulta más acertado adoptar una posición propia y no simplemente continuar reproduciendo patrones teórico-explicativos[589].

Si se pretende construir una teoría que, al menos, considere algunas de las problemáticas previamente esbozadas, es necesario adoptar una decisión metodológica, fundada en la estrecha vinculación entre objeto, finalidad y método, al momento de elaborar una teoría con pretensiones de generar algún tipo de conocimiento. Cuando se tiene la pretensión de producir conocimiento surge la necesidad de adoptar alguna manera de proceder para obtener tal resultado, de modo que, pasa a ser necesario elegir algún objeto, propósito y método para desarrollar la actividad teórica. En consecuencia, se debe dar una respuesta a las siguientes preguntas: ¿cuál es el objeto de la teorización?, ¿cuál es el método utilizado? y ¿cuál es el propósito que se pretende alcanzar?[590].

Por consiguiente, una teorización sobre la derogación que pretenda dar respuesta a algunas de las problemáticas surgidas en la práctica y teoría jurídica debe mantener el objeto de estudio adoptado a lo largo de la presente investigación, esto es, la derogación, entendida como un fenómeno propio de la práctica social llamada «derecho». A su vez, para aprovechar la riqueza conceptual detalladamente presentada en los capítulos anteriores, corresponde también continuar con el método ya empleado, i.e., un análisis conceptual conectivo de inspiración *strawsoniana*. Sin embargo, respecto de la finalidad pretendida necesariamente se debe tomar un rumbo diferente, pues como señalé, ya es posible tener una buena comprensión y entendimiento de la derogación. Por lo cual, construyo este nuevo rumbo o finalidad a partir de las siguientes palabras de G.E. Moore en torno a la existencia del tiempo:

> «If, indeed, it were true that nothing does exist in Time, nothing whatever could have any practical importance at all. For what we mean by saying that a thing has practical importance is that it has results, in the *future*, which are important. And obviously, if there is no Time, nothing can have any results of any sort at all, good or bad […] » (1953, p. 202)

El énfasis entregado por Moore a la relación entre el tiempo y la importancia práctica de las cosas repercute directamente en mi elaboración teórica de la derogación, ya que, si esta

---

588 Algunas de estas ideas en: (Boas, 1937, pp. 197-198), (Nickles, 1981, p. 88), (Nozick, 1981, p. 18) y (Schmidt, 2011, pp. 257-262). Resulta curioso constatar que dentro de la filosofía analítica no exista un gran número de trabajos importantes acerca de ¿qué es un problema?

589 La vinculación entre los diversos aspectos es tal, que la presentación escalonada de cada uno de ellos satisface más bien a consideraciones didácticas, puesto que al ser aspectos íntimamente entrelazados, al explicitar o desarrollar alguno de ellos se comienzan a determinar los otros

590 (Cabanchik, 2010). La estrecha relación entre objeto, finalidad y método se presenta, por ejemplo, en que toda variación en el método está en función de la finalidad a alcanzar y el objeto sobre el cual se ha de aplicar, y viceversa. Además, esta estrecha relación ya era destacada por Kelsen (1974[1911], pp. 31-42) y (1988c[1916], p. 76 y 135).

institución jurídica constituye el ejemplo arquetípico de las relaciones entre el tiempo y el derecho, parece más relevante considerar, al momento de iniciar su reconstrucción teórica, cuáles son sus consecuencias o cuál es su importancia práctica, ya que solo a partir de ellas tiene sentido el establecimiento y la utilización de la derogación.

En consecuencia, como desarrollé en el primer capítulo, en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, básicamente, la utilidad de la derogación consiste en contribuir a establecer los procesos de actualización normativa, es decir, configurar cómo y cuando un nuevo derecho ingresa al ordenamiento excluyendo al antiguo, así como también, cómo y cuándo se produce la expulsión de determinados componentes del ordenamiento. Por ejemplo, en el derecho comunitario, su importancia en este sentido se muestra en algunos fragmentos de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el cual establece una obligación a los Estados miembros de «derogar» el derecho interno contrario al derecho de la UE, a saber:

> «…el mantenimiento sin cambios, en la legislación de un Estado miembro, de un texto incompatible con una disposición del Tratado, aunque sea directamente aplicable en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, da lugar a, una situación de hecho ambigua que mantiene a los sujetos de derecho interesados en una situación de incertidumbre en cuanto a sus posibilidades de recurrir al Derecho comunitario y que dicho mantenimiento constituye, por lo tanto, en lo que se refiere a dicho Estado, un incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado […] La incompatibilidad de la legislación nacional con las disposiciones del Tratado, aunque sean directamente aplicables, sólo puede quedar definitivamente eliminada mediante disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo valor jurídico que aquellas que deben modificarse» (15 de octubre de 1986)

> «Se deduce de ello que la República Federal de Alemania tenía la obligación no sólo de no incluir en su legislación normas contrarias a las disposiciones comunitarias, sino además la de derogar tales normas inmediatamente después de su adopción» (26 de abril de1988)

Asimismo, en este contexto, la utilidad práctica de la derogación cobra mayor importancia cuando la inaplicabilidad es el mecanismo de exclusión normativa mayoritariamente utilizado para plasmar la fuerza excluyente de las formas jurídicas que lo integran. Por lo tanto, la derogación desempeña un rol clave, puesto que a través de su utilización es posible acendrar el contenido del ordenamiento jurídico mediante la exclusión de los elementos que producen incertidumbre, distorsión, complejidad e inconsistencias, junto con garantizar el ingreso de los nuevos elementos al ordenamiento.

En definitiva, una vez presentada la derogación como el objeto de la investigación y el análisis conceptual conectivo como su método de trabajo, el nuevo rumbo o sentido que pretendo imprimir a mi teoría consiste en su elaboración a partir de la importancia práctica que tiene o pretende tener la derogación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Por lo mismo, en lo que sigue, la corrección o conveniencia de los planteamientos estará en relación con los propósitos de la presente teorización, al igual que la selección de las problemáticas (prácticas y/o teóricas) vinculadas con su realización.

En armonía con todo lo anteriormente señalado se encuentran las siguientes palabras de Ludwig Wittgenstein:

> «88. […] "Inexacto" es realmente un reproche, y "exacto" un elogio. Pero esto quiere decir: lo inexacto no alcanza su meta tan perfectamente como lo exacto. Ahí depende, pues, de lo que llamamos "la meta". ¿Soy inexacto si no doy nuestra distancia del Sol con 1 metro de precisión; y si no le doy al carpintero la anchura de la mesa al milímetro?
> No se ha previsto un *único* ideal de precisión; no sabemos lo que debemos imaginarnos bajo este apartado –a no ser que tú mismo estipules lo que debe llamarse así…» (1953, p. 111)[591]

6.3 Las bases para una teoría de la derogación

Si un propósito mínimo de toda autoridad normativa consiste en guiar la conducta de sus destinarios, se presupone que estos pueden conocer y comprender las leyes dictadas por dicha autoridad, ya que esto constituye un presupuesto para el seguimiento de la leyes, es decir, solo una vez estas son conocidas y comprendidas es posible su consideración como guía de conducta.

En los ordenamientos jurídicos contemporáneos se recurre básicamente a la derogación para plasmar los procesos de actualización normativa, es decir, las maneras en que el nuevo derecho ingresa al ordenamiento excluyendo al mismo tiempo el anterior, así como también, se recurre a la derogación para llevar a cabo simples procesos de eliminación normativa. En la actualidad, esta última función se encuentra en directa relación con un creciente aumento de las situaciones de indeterminación normativa, derivadas de que el derecho positivo, en un momento determinado, presenta diversos cursos de acción a partir de los diferentes conjuntos normativos que pueden regular una misma situación en modo opuesto. Por lo tanto, en este tipo de ordenamientos y respecto de esta clase de problemas, la derogación desempeña o se pretende que desempeñe un rol preponderante, pues a través de su utilización es posible acendrar el contenido de los ordenamientos jurídicos mediante la exclusión (efectiva) de los elementos que producen redundancias, distorsión, complejidad e incoherencias[592].

En consecuencia, la derogación debe ser entendida como un mecanismo de exclusión normativa caracterizado por tener como finalidad práctica la actualización y eliminación normativa. Por ende, al momento de teorizar acerca de la dinámica de los ordenamientos jurídico contemporáneos, y en concreto, respecto de la derogación, efectivamente se deben considerar las consecuencias prácticas que pretende desempeñar, de modo que, realmente pueda contribuir a la disminución de los niveles de incerteza o indeterminación normativa. Así, parece imprescindible tener que entregar una nueva perspectiva acerca de los constituyentes de la relación de derogación: ¿qué deroga? y ¿qué es derogado?, porque se necesita una visión acerca de cómo pueden ser identificados estos constituyentes.

Otra de las características que presenta la derogación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, consiste en que la autoridad de creación normativa o legislador

[591] De manera similar, John Searle sostiene: «Nord oes the maneuver with the notion of *exactness* offer any help; for, as Wittgenstein point out, exactness is relative to some purpose» (1969, pp. 9-10)
[592] Para un mayor detalle y extensión de estas ideas, ver Capítulo 1.

necesariamente debe emitir una formulación lingüística para constituir o establecer una derogación. Así, en la mayoría de los casos, la derogación se instaura a través de las técnicas legislativas utilizadas por los legisladores, entre estas destacan, principalmente, las disposiciones derogatorias (v.gr., «Quedan derogadas las siguientes leyes o disposiciones X, Y y Z») y las cláusulas derogatorias (v.gr., «Todas las leyes o disposiciones anteriores en oposición con la presente ley o disposición quedan derogadas»). Sin embargo, también la derogación se presenta por la sola formulación de una ley o disposición cuyo contenido se opone al establecido en leyes o disposiciones anteriores (derogación por oposición), o bien, cuando su contenido disciplina una materia previamente regulada en otras leyes o disposiciones (derogación por absorción). Por ende, la derogación no solo se presenta mediante emisiones manifiestamente derogatorias de parte del legislador, sino también a través de actos que no son estrictamente derogatorio, cuando en el ordenamiento se reconoce y utiliza el criterio o principio cronológico[593].

En consecuencia, en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, la derogación se caracteriza porque necesita para su ocurrencia de una promulgación, y además, porque le son atribuidas como funciones o finalidades práctica el acendrar el ordenamiento y garantizar su actualización normativa[594]. De esta manera, al vincular estas características con el propósito mínimo de toda autoridad (guiar la conducta de sus destinarios), se muestra la importancia de conocer ¿cómo es posible identificar el derecho dictado por ella?, ¿cómo se configuran los procesos de eliminación (derogación)?, y ¿cómo se plasma dicha eliminación?

En concreto, es necesario proporcionar criterios para identificación de los casos en que la derogación ocurre (ejemplificación) dentro de nuestros ordenamientos jurídicos, pues solo así será posible contribuir a la efectiva realización de sus funciones dentro del mismo. Por consiguiente, en lo sigue se desarrollan, en primer lugar, algunas ideas en torno a cómo identificar ejemplificaciones de un concepto abstracto, como derogación (epígrafe 6.3.1), y en segundo lugar, se proporciona una caracterización del concepto de derogación, entendido como un tipo de relación (epígrafe 6.3.2).

6.3.1 La identificación de un concepto

El lenguaje es un fenómeno social desarrollado en comunidades lingüísticas por usuarios que coinciden en la práctica. Es el acceso compartido (o capaz de ser compartido) a las circunstancias en las que, por lo general, los miembros de la comunidad lingüística acuerdan en la aplicación de una expresión, lo que genera su test de corrección de uso. Así, para la aplicación de dicha expresión deben haber bases públicamente observables. En esta forma de vida compartida, el hablante aprende el significado de una expresión y la aplica de manera natural guiado por «normas». Es en la práctica lingüística donde se produce el

[593] Las tablas de derogaciones son omitidas porque constituyen conglomerados de disposiciones derogatorias, y eventualmente, de cláusulas derogatorias. La estrecha relación entre derogación y promulgación es también enfatizada por: (Guastini, 1986a), (Guastini, 1987a), (Guastini, 1986b), (Navarro & Redondo, 1990), (Aguiló, 1994) y (Aguiló, 1996).

[594] Para una explicación sobre estas características de la derogación ver Capítulo 2.

acuerdo común públicamente observable, capaz de configura criterios de corrección de uso o aplicación[595].

Cuando un hablante emplea un término general o predicado a un objeto observado, resulta irrefutable que tal experiencia está empapada por los conceptos. Aquello que es percibido constituye una relación interna entre el objeto visto y otros objetos, «ver-como» conlleva «pensar-algo-como», y también, pensarlo «relacionado internamente con otro objetos» de percepción actual o posible. El mero hecho del reconocimiento perceptivo contiene implícitamente la capacidad de distinguir en el pensamiento entre los objetos particulares que ejemplifican tipos generales, y a su vez, los tipos generales de caracteres que ellos ejemplifican. Todo lo cual permite pensar en estos últimos de manera abstracta, como objeto del pensamiento y no de la percepción[596].

De este modo, la noción de test de corrección de una expresión presupone la posibilidad (y el hecho) de reconocer que se está diciendo la misma cosa en la misma clase de situaciones, bajo el riesgo de negar la posibilidad de hablar de uso correcto de una expresión, y consiguientemente, abandonar los intentos por una teoría del significado. De ahí que, sea necesaria la idea de los tipos generales o conceptos, los cuales pueden ser ejemplificados una y otra vez en casos distintos o ejemplificaciones. Por lo cual, el «reconocimiento práctico», entendido como la capacidad para distinguir e identificar particulares individuales, depende de la capacidad para distinguir e identificar tipos generales. En consecuencia, no se puede pensar acerca de, o percibir en un sentido pleno, cualquier cosa natural (objetos o eventos), sin pensamientos o percepciones acerca de estos, determinados bajo algún aspecto general, como ser tal o cual, o bien, a través de tener algún carácter general o ser de alguna clase general[597].

En principio, un concepto es capaz de ser ejemplificado un indetermiando número de veces por diferentes casos particulares. Sin embargo, la ejemplificación necesariamente ocurre o acontece en algún tiempo y lugar dentro de nuestro entramado especio-temporal compartido. Por lo cual, necesariamente la aprehensión de un concepto incluye la de sus ejemplificaciones, de manera que, debe ser posible encontrar en la experiencia casos particulares diferenciables y distinguibles entre ellos como distintos, mientras que se reconoce entre ellos un parecido, al ser casos que caen dentro del mismo concepto[598].

Por lo tanto, si el concepto de derogación solo puede ser aprehendido en la medida en que son aprehendidas sus ejemplificaciones, es decir, se captan en la experiencia (espacio-temporal) casos individuales de la misma, es necesario responder cómo se identifican en la experiencia casos individuales de derogación. Así, para dar respuesta a esta interrogante necesariamente se debe explicitar: i) el rol de los particulares; ii) la importancia de un marco espacio-temporal compartido; y iii) el carácter de los conceptos.

---

595 (Strawson P. F., 1985, p. 77). Además, si la atribución de objetividad a un particular depende de su condición de objeto público, se presupone la idea de que las personas disfrutan de la experiencia y de entornos compartidos, ya que no podrían hablar los unos con los otros sobre lo privado, sino pudieran hablar los unos con los otros sobre lo público (Strawson P. F., 1959, p. 69).

596 (Strawson P. F., 1974a, pp. 17-19) y (Strawson P. F., 1985, p. 83). Este reconocimiento teórico de los conceptos como objetos del pensamiento, no es un hipótesis explicativa de coherencia dudosa o perniciosa (platonismo), sino más bien, el reconcomiento de algo implícito en nuestra experiencia cotidiana y evidente.

597 (Strawson P. F., 1985, pp. 84-85) y (Strawson P. F., 2000, pp. 55-61).

598 (Strawson P. F., 1959, p. 130), (Strawson P. F., 1974a, pp. 15-17) y (Strawson P. F., 1992, p. 55).

Los particulares. El uso fundamental de los conceptos está en la formación o posesión consciente de creencias sobre lo que es el caso, es decir, los conceptos son empleados primordialmente cuando de manera consciente se forma o mantiene una creencia acerca de qué es, qué ha sido, o qué será el caso en el mundo. De este modo, si pretendemos formarnos creencias verdaderas, cuya veracidad depende de cómo son las cosas en el mundo, nuestros juicios deben estar determinados por cómo son las cosas en el mundo. Por lo cual, es imprescindible establecer cómo los usuarios de los conceptos forman sus juicios sobre el mundo[599].

La relación entre conceptos, juicios y experiencia, en el caso de los conceptos de lo real se manifiesta en que, solo cuando estos se relacionan directa o indirectamente con una posible experiencia de lo real tienen significado para sus usuarios. Así, sin una experiencia de lo real los conceptos no adquieren su sentido y no es posible formarse creencias verdaderas sobre lo real, puesto que estas creencias se forman en los casos en que los conceptos de lo real son aplicables a situaciones de posible experiencia. En consecuencia, la comprensión de un concepto de lo real incluye admitir la posibilidad de un número arbitrario de ejemplificaciones del mismo, como también, la posibilidad de su aplicación[600].

El sentido de lo anterior deriva de la estrecha relación entre las nociones de espacio y tiempo con las diversas ejemplificaciones de un concepto, lo cual es un rasgo general de nuestra estructura conceptual, v.gr., no puede haber dos hojas que difieran en algún aspecto, pero que sean espacio-temporalmente indistinguibles. De este modo, la posibilidad de creer en la existencia de individuos espacio-temporales denominados «particulares» deriva de la relación entre nuestra estructura conceptual y su ontología en activo, ya que, al constituir el paradigma de lo genuinamente real, los particulares deben ser entendidos como objetos cuya identidad es inseparable de la posibilidad de distinguirlos espacio-temporalmente de todos los otros miembros de su clase. Así, los particulares deben ser tratados como los objetos fundamentales de referencia de todo discurso sobre la realidad, y a su vez, como los sujetos de predicación[601].

Además, la relación entre la experiencia, los juicios y los conceptos esta determinada por las nociones de percepción sensible y dependencia causal de la experiencia. Son estas nociones las que posibilitan pensar en juicios objetivos, porque la experiencia del mundo de un sujeto no es solo una experiencia de algo en un parte del mundo (espacio) y su historia (tiempo), sino también, una experiencia del mundo (un entramado espacio-temporal compartido). Por ende, si bien toda experiencia depende de la región espacial ocupada por el sujeto, es posible pensar en el mundo como algo objetivo a través de su visualización como algo independiente de cualquier juicio particular sobre él[602].

Para que se produzca la experiencia es necesario que la sensibilidad adopte la forma de conocimiento consciente de su entorno, es decir, se necesita que los sujetos empleen conceptos para formar juicios sobre el mundo, de manera que, los juicios son el resultado

---

599 (Strawson P. F., 1992, pp. 36-67).
600 (Strawson P. F., 1992, pp. 52-55).
601 (Strawson P. F., 1974a, pp. 14-18) y (Strawson P. F., 1992, pp. 57-59). Se habla de ontología en activo porque antes de cuestionarla es necesaria una comprensión previa de «la manera en que realmente son usados los conceptos», ya que esta no es más que la ontología general que se encuentra en activo. Un amplio desarrollo de algunas de estas ideas en (Strawson P. F., 1959).
602 (Strawson P. F., 1992, pp. 60-61).

de la experiencia tenida en la percepción sensible. De este modo, los conceptos empleados en los juicios perceptivos sobre el mundo obtienen su sentido «en» y «de» la experiencia perceptiva, mientras que esta última adquiera su carácter de los conceptos desplegados en los juicios perceptivos, i.e., el carácter de la experiencia perceptiva está totalmente impregnada de los conceptos empleados en los juicios[603].

> «…For example, the best way, indeed normally the only way, of giving a veridical description of your current visual experience –of the visual experience which you, my reader, are having at the moment– is to describe what you take yourselves to be seeing out there is the world in front of you […] The point is that the concept which are necessary for the experience description are precisely those which are necessary for the world description…» (Strawson P. F., 1992, p. 64).

Por consiguiente, es erróneo afirmar que los juicios se construyen con base en la experiencia, puesto que tanto los juicios como los conceptos y la experiencia están fundidos entre sí. Los conceptos de los particulares entran en los juicios de una manera íntima e inmediatamente vinculada con la experiencia común del mundo, ya que a través de ellos se experimenta el mundo como diversas ejemplificaciones, cuando se ven las cosas y las situaciones como casos de ellos, y a su vez, de manera correlativa, la experiencia es consciente del mundo como variadas ejemplificaciones de estos conceptos[604].

Un marco espacio-temporal. Para que nuestros juicios perceptivos del mundo tengan pretensiones de verdad, los conceptos utilizados en ellos deben ser, al menos, del género de cosas que están realmente en el mundo, de las propiedades que esas cosas realmente tienen, o bien, de las relaciones en las cuales efectivamente pueden entrar. Así, desde un aspecto espacial de la percepción, los conceptos del mundo objetivo son acerca de cosas que tienen propiedades y posiciones espaciales, y que además, con independencia del estándar utilizado para adscribirles cualidades sensibles, siempre es posible hablar de la misma cosa. Esta posibilidad de la identidad descansa en el carácter intersubjetivamente acordado del criterio de corrección para la adscripción de las grandes características espaciales de la posición, tamaño y forma (ocupar cierta región espacial) al momento de utilizar un canon de lo real o de la realidad[605].

En consecuencia, para dotar de contenido experiencial a la noción de perspectiva espacial de un mundo objetivo, es necesario que el sujeto sea capaz de tener y de aplicar empíricamente la noción de identidad persistente a algunos de los objetos que caen dentro del alcance de sus cambios de percepción, ya que estos cambios derivan de la existencia de objetos que persisten a través de las variaciones. Así, el concepto de identidad integra aquel grupo de conceptos ordinarios indispensables para la explicación verídica de la experiencia sensible. El hecho de que la identificación tenga un doble aspecto, temporal y espacial,

---

603 (Strawson P. F., 1992, p. 62)

604 (Strawson P. F., 1974a, pp. 14-15), (Strawson P. F., 1974b, p. 57) y (Strawson P. F., 1985, pág. 82).

605 (Strawson P. F., 1992, pp. 65-67). El canon de lo real («realismo científico») se sustenta en la explicación de las teorías físicas, incluida toda adscripción de cualidades en la descripción de las cosas a partir de un modo sensorial dado. En cambio, el canon de la realidad («realismo del sentido común»), se apoya en las condiciones normales de observación para establecer un estándar mediante el cual corregir a los otros todas aquellas adscripciones de cualidades sensibles que le son asociadas. Ver (Strawson P. F., 1985, p. 31 y ss).

resulta de la relación exhibida entre los cuerpos materiales, la cual se caracteriza por tener un aspecto temporal mientras pasan a través de diversos lugares[606].

Así, estos individuos o particulares (cuerpos materiales o personas), que ocupan un espacio y conservan su identidad frente a los cambios y el paso del tiempo, detentan una posición fundamental en nuestra estructura conceptual, ya que proporcionan «el marco espacio-temporal unitario» de nuestro mundo. Este único marco espacio-temporal deriva de nuestro entramado general de referencia a particulares, ya que a partir de ellos este se conforma con una dimensión temporal y tres espaciales (posición, tamaño y forma). Solo los particulares pueden suministrar ocupantes del espacio duraderos, con relaciones suficientemente estables para satisfacer, y por ello crear, las necesidades con las cuales nos enfrenta el uso de este marco espacio-temporal. Asimismo, al reconocer la posición de estos individuos dentro de nuestra estructura conceptual se admite cierto orden ontológico, pues ellos son los referentes primarios de nuestros nombres y frases nominales, y cualquier otro nombre o frase nominal es en general y gramaticalmente su derivado[607].

Los conceptos. En conformidad con lo anterior, los pensamientos acerca del mundo involucran conceptos, y el uso primario de estos ocurre en el pensamiento acerca del mundo, más específicamente en los juicios. La capacidad para formular juicios o formar creencias sobre la realidad con pretensiones de verdad deriva de la experiencia, porque la consciencia de la realidad se obtiene en la experiencia de mundo, y es esta experiencia la que posibilita el uso de los conceptos en la formulación de juicios acerca del mundo.

En la marco de la experiencia espacio-temporal, la noción de diferentes ejemplificaciones distinguibles y localizables de un concepto se vincula con la noción de distintos objetos particulares distinguibles y susceptibles de ser comunicados en los términos de este marco. Por lo que, los conceptos que ingresan en nuestras creencias básicas y juicios fundamentales son únicamente aquellos que entran en nuestra experiencia del mundo de la manera más íntima e inmediata. Estos conceptos permiten experimentar el mundo como sus ejemplificaciones, de modo que, nuestra experiencia es consciente del mundo como las ejemplificaciones de tales conceptos. Por lo cual, a partir del marco espacio-temporal, es posible diferenciar variadas ejemplificaciones de un mismo concepto, ya que dos particulares pertenecientes a la misma categoría ontológica o concepto sortal no pueden ocupar exactamente el mismo tramo espacio-temporal[608].

En este sentido, si se afirma que los conceptos vienen en gamas es posible extender metafóricamente el marco espacio-temporal, ya que los conceptos vendrían en un espacio lógico dividido entre cada uno de ellos cuando conforman el marco. Este marco es elaborado bajo la noción de exclusividad lógica mutua dentro de una misma gama, pues de este modo los conceptos se diferencian recíprocamente mediante el espacio-lógico que ocupan dentro de la gama. Además, los conceptos de una gama constituyen principios de

606 (Strawson P. F., 1959, p. 54) y (Strawson P. F., 1992, pp. 67-69).

607 (Strawson P. F., 1992, p. 70), (Strawson P. F., 1959, p. 14 y 56) y (Strawson P. F., 2000, p. 55). Strawson (1974a, p. 4) destaca que los nombres pueden cambiar «designators», «definite singular terms», «names», «logical-subject-expressions», «subject-term», y por otro lado, «predicate-expressions», «predicate-terms», pero finalmente cada grupos de términos expresa un rol.

608 (Strawson P. F., 1974a, pp. 14-16) y (Strawson P. F., 2006, p. 301). Una categoría ontológica o concepto sortal se presenta cuando dos individuos diferentes, ocupando exactamente el mismo espacio y tiempo, no pueden caer bajo el mismo concepto sortal o categoría ontológica.

distinción entre los particulares que están en esa gama, mientras que los conceptos que son miembros de esa gama se encuentran en competencia lógica a través de su campo de aplicación a los particulares. En otras palabras, un particular que ejemplifica un miembro de un concepto-gama está lógicamente excluido de la ejemplificación de los otros miembros de la misma gama, y aunque, se presentan casos híbridos y/o limítrofes, su reconocimiento sirve para enfatizar la función de los conceptos como principios de distinción dentro de una misma gama[609].

Es así como los conceptos se constituyen en principios de «colección» y «distinción» de particulares, pero solo son diferenciables entre sí por su rol como principios de distinción entre particulares, es decir, los particulares son identificados y diferenciados a partir de sus relaciones dentro del marco espacio-temporal, mientras que los conceptos son diferenciables entre sí como principios de distinción entre particulares. De este modo, como los particulares no tienen una esencia individual útil para su identificación, los conceptos nos proporcionan un «principio de identidad» necesario para llevar a cabo tal actividad. Además, no existe la necesidad de un «principio de identidad» común para todos los conceptos, como una clase general a la cual pertenezcan, ya que su individualidad está capturada en la capacidad de reconocer ejemplificaciones de los mismos. No obstante, esta explicación no se opone a que un particular pueda ser una parte física de otro, o incluir a otro como una de sus partes, y tampoco imposibilita que un concepto puede ser totalmente incluido en el espacio lógico ocupado por otro o inclusive contener a otro dentro de una parte de su espacio lógico[610].

En virtud de lo anterior, es posible distinguir y agrupar otras cosas (no-particulares), tales como: números, palabras, composiciones musicales o normas, en función de que los conceptos puedan igualmente estar agrupados bajo conceptos superiores situados en una relación contrastiva. Así, al estar agrupadas bajo conceptos, estas cosas abstractas vienen en grupos de incompatibilidad e implicación entre los conceptos de la misma gama, pero ellas no vienen en tales grupos vis-a-vis los conceptos. Por ejemplo, una pieza musical viene en grupos de incompatibilidad e implicación entre los conceptos de la música dramática (opera, opereta, zarzuela, musical, entre otros), pero ella no viene en tales grupos vis-a-vis los conceptos, puesto que puede ser clasificada tanto por función (religiosa, profana o dramática) como por instrumentación (vocal o instrumental)[611].

De lo anterior, se sigue una dependencia general en cuanto a la identificación de los particulares de un tipo más sofisticado (abstractos), respecto de los particulares de un tipo menos sofisticado (materiales). Esta dependencia significa que no podemos hablar de, y por ello identificar, particulares abstractos a no ser que sea posible hablar de, y por ello identificar, particulares materiales. Por lo cual, si se acepta la posibilidad de referencias identificadoras de estos objetos inobservables, es necesario aceptar que, para ello se necesita identificarlos últimamente a través de alguna referencia identificadora a cuerpos observables, v.gr., no sería posible tener el concepto de «huelga» sin tener previamente los conceptos de «hombre», «herramienta», «empresa», etc. Sin embargo, esta dependencia identificadora no impide referir directamente los objetos inobservables, v.gr., «la huelga»,

609 (Strawson P. F., 1974a, pp. 17-18).
610 (Strawson P. F., 1974a, p. 19) y (Strawson P. F., 2000, pp. 3-4).
611 (Strawson P. F., 1974a, pp. 35-36).

pese a que, una referencia identificadora a un particular abstracto debe ser mediada a través de una referencia identificadora a un particular material[612].

En definitiva, si existir es formar parte del mundo natural, los conceptos o universales no existen, aunque sus ejemplificaciones pueden existir en este mundo natural constituido por particulares materiales. Las ejemplificaciones son en principio perceptibles, es decir, son objetos posibles de percepción sensible, pese a que los conceptos en sí mismos no están en nuestro marco espacio-temporal, ya que son entidades abstractas, objetos del pensamiento y no de la percepción. Asimismo, los α-particulares (materiales) son ontológicamente anteriores a los β-particulares (abstractos), porque estos no pueden identificarse sin referencia a los primeros, mientras que los primeros si pueden identificarse sin referencia a los segundos. Por ende, la capacidad para hablar de β es dependiente de la capacidad para hablar de α, pero no viceversa[613].

Algunas consecuencia. Si lo anterior es utilizado para identificar en la experiencia casos individuales del concepto de derogación, tiene sentido afirmar que, la derogación se presenta en grupos de incompatibilidad e implicación entre los mecanismos formales de eliminación normativa (derogación, abolición y modificación), pero ella no se presente en tales grupos vis-a-vis los con los otros conceptos, puesto que es posible su clasificación como un mecanismo formal de cese (suspensión o eliminación), en consideración a su carácter de mecanismo externo (material o formal), o también, en función de su caracterización como productor de efectos hacia el futuro (interno o externos)[614].

Además, parece apropiado considerar que, si bien es posible referir directamente a la derogación, para su identificación se debe recurrir a alguna referencia identificadora de cuerpos observables. Esto en función de que solo es posible identificar y hablar de particulares abstractos, como la derogación, en la medida en que es posible identificar y hablar de particulares materiales. Por lo cual, es necesario determinar qué particulares materiales pueden contribuir a la identificación de la derogación. En igual sentido, es importante puntualizar que, como la aprehensión de un concepto incluye la de sus ejemplificaciones, es imprescindible identificar dentro del marco espacio-temporal compartido casos individuales o ejemplificaciones del concepto de derogación, pues solo así será posible su aprehensión. Por ende, resulta inevitable establecer a través de qué particulares materiales la derogación puede ejemplificarse.

En otras palabras, si los particulares materiales son ontológicamente anteriores a los particulares abstractos, no resulta posible identificar la derogación ni sus ejemplificaciones sin referencia a particulares del primer tipo. Por lo cual, se debe entender que la capacidad para hablar de la derogación depende de la capacidad para hablar particulares materiales, de modo que, se debe responder ¿cuáles son los tipos fundamentales que ejemplifican la derogación y permiten su identificación? Sin embargo, con carácter previo a dicha interrogante, resulta imperioso esclarecer qué tipo de concepto es la derogación, ya que su respuesta a esta segunda pregunta proporciona la base necesaria para responder la primera.

---

612 (Strawson P. F., 1959, pp. 15-58). La posibilidad de hacer referencia identificadora a estos objetos inobservables puede ser tanto de manera individual como en grupos o colecciones de ellos, pues de no ser posible esta referencia perderían su estatus de particulares admitidos.

613 (Strawson P. F., 1959, p. 17), (Strawson P. F., 1987, p. 404), (Strawson P. F., 1998, p. 360) y (Strawson P. F., 2006, p. 307).

614 Para un mayor detalle de la red conceptual del cambio normativo, ver Capítulo 2.

6.3.2 El tipo de concepto

Al entender los conceptos como entidades que pueden ser simultáneamente ejemplificadas por diferentes objetos, es posible también diferenciar distintos tipos de estas entidades, ya que dichas ejemplificaciones puede manifestarse de diferente forma. Así, generalmente, se distingue entre los conceptos que abarcan las propiedades que las cosas poseen, la clase a la cual pertenecen y las relaciones en que entran. Por ejemplo, es posible expresar: i) una propiedad como vigente, de modo que, al afirmar «L está vigente» se expresa que un objeto dado ejemplifica la propiedad a través de poseerla; ii) una clase como las normas, de manera que, al sostener «N es una norma» se expresa que un objeto dado ejemplifica tal clase a través de su pertenencia a ella; y iii) una relación como la derogación, de tal manera que, al decir «L_1 deroga a L_2» se expresa que un particular par de objetos ejemplifica tal relación a través de su entrada en ella[615].

A partir de lo anterior, afirmaciones como las recién señaladas son verdaderas, cuando el concepto expresado por el predicado (propiedad, clase o relación) es ejemplificado mediante los objetos a los cuales aluden los sujetos de la oración. En otros términos, en una expresión lingüística de un nivel básico se distinguen tres roles desempeñados por las partes de las oraciones y la oración en sí misma: i) especificar el particular concerniente (sujeto); ii) especificar el concepto concerniente (predicado); y iii) presentar el particular y el concepto como asignándose el uno al otro, pues así se obtienen una combinación proposicional verdadera cuando el particular ejemplifica al concepto[616].

Además, a partir de su caracterización dentro de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, la derogación debe ser entendida como una «relación», ya que en este contexto siempre necesita de una emisión del legislador para presentarse. Así, como la derogación de una ley L_1 necesita de la promulgación de otra ley L_2, al afirmar «L_2 deroga a L_1» se está diciendo que un particular par de objetos constituye la relación de la derogación a través de su entrada en ella. Por lo tanto, como el concepto de derogación siempre pone en relación dos o más objetos, debe entenderse como una entidad relacional o «relación»[617].

Sin embargo, adicionalmente al carácter de relación de la derogación, para su análisis deben ser consideradas dos relaciones más para su análisis, las cuales provienen de los requisitos generalmente exigidos para su ocurrencia, como son: i) una relación cronológica entre los objetos involucrados en la relación, de modo que, se debe presentar una L_{1A} anterior frente a otra L_{2P} posterior; y ii) una relación jerárquica entre los constituyentes de la relación, la cual se puede satisfacer de dos maneras: si L_{2C} es de igual jerarquía que L_{1C} (son elementos congéneres al ser de la misma clase o jerarquía) o si L_{2S} es jerárquicamente superior a L_{1I}. Cabe destacar que, si bien ambas relaciones pueden darse de manera independiente, para el

615 (Loux, 2006, pp. 17-26).
616 (Strawson P. F., 1974a, p. 22) y (Loux, 2006, pp. 17-26).
617 Si bien existe un debate ontológico en torno a la existencia o no de las relaciones, considero que, junto con su carácter irreductible para diversas situaciones, resulta innegable y crucial su capacidad explicativa para diversos fenómenos jurídicos, ver (Russell, 1984 [1913], pp. 79-84), (Balazs, 2004) y (Swoyer & Orilia, 2011).

caso de la derogación deben presentarse de manera confluente, esto es: $L_{2PC/S}$ posterior debe ser igual o superior que $L_{1AC/I}$ anterior de igual o menor jerarquía[618].

En consecuencia, el análisis de la relación de derogación debe comprender la consideración separada y conjunta de las relaciones que sirven de base a su ocurrencia, pues de esta manera será posible realizar un examen más atento del uso actual de la derogación en los ordenamientos jurídicos. Así, la revisión de estas consideraciones puede ser estructurada de acuerdo con los criterios generalmente empleados para clasificar a las relaciones, a saber: i) el grado (número) de cosas que relaciona; ii) la propiedad ordenada que exhibe; iii) el carácter que presenta y iv) la diferencia entre la relación y sus propiedades[619].

El grado. La relación establecida mediante la derogación se puede presentar entre más de dos objetos, de modo que, es posible que se configuren relaciones triádicas o poliádicas entre más de dos objetos, así como también, relaciones de multigrado entre un variado número de objetos. Por ejemplo, la derogación es poliádica cuando una ley deroga un conjunto de leyes, disposiciones o normas, y es de multigrado cuando son derogadas todas las leyes contrarias a la ley posterior. La diferencia entre ambos tipos de relación se encuentra en que las primeras (poliádicas) son ejemplificadas por objetos determinados, v.gr., «L_5 deroga a L_1, L_2 y L_3», y en cambio las relaciones de multigrado pueden ser ejemplificadas por un variado número de objeto, v.gr., «L_2 deroga a todas las leyes anteriores contrarias a ella». Sin embargo, pese a la posibilidad de una multiplicidad de objetos relacionados mediante la derogación, es posible realizar el análisis de esta como un todo, porque, precisamente, su carácter de relación proporciona captarla como un solo complejo que integra a sus constituyentes[620].

Por su parte, tanto la relación temporal entre L_{2P} posterior y L_{1A} anterior como la relación jerárquica entre L_{2C} y L_{1C} de igual jerarquía (congéneres), o bien, entre L_{2S} y L_{1I} de superior e inferior jerarquía respectivamente, participan del mismo grado que la relación de derogación. Si bien en la relación temporal solo puede haber un antes y un después (excluida la simultaneidad), es posible que entren en esta relación diversos constituyentes (triádica, poliádica o de multigrado), v.gr., en una derogación por absorción es perfectamente posible que la relación temporal se presente entre múltiples constituyentes anteriores o posteriores. Asimismo, la relación jerárquica puede darse entre numerosos constituyentes de jerarquía igual o diversa, v.gr., en una derogación por oposición es perfectamente posible que en virtud de una pluralidad de constituyentes superiores resulten derogados uno o más constituyentes inferiores[621].

La propiedad ordenada. Como requisito básico de la derogación, el aspecto o requisito temporal de sus constituyentes debe ser revisado. Así, el carácter anterior o posterior de dos objetos L_1 y L_2 deriva de un mismo hecho integrado de dos eventos situados en una sucesión, y no proviene de hechos distintos. Por lo cual, al derivarse del mismo hecho, la diferencia entre los constituyentes L_1 (anterior) y L_2 (posterior) se presenta en la imposibilidad intercambiarlos en oraciones verdaderas, esto es, si L_1 es anterior a L_2 no se puede afirmar que L_2 es anterior a L_1, pero si se puede inferir que L_2 es posterior a L_1. Así,

618 Sobre los requisitos y condiciones de la derogación ver, principalmente, apartado 2.5 La determinación: ocurrencia y efectos de la derogación.
619 (Kim, Sosa, & Rosenkrantz, 2009, p. 545).
620 (Russell, 1984 [1913], pp. 79-80), (Balazs, 2004), (Loux, 2006, pp. 17-45) y (Swoyer & Orilia, 2011).
621 Sobre los distintos tipos de derogación ver apartado 2.4 El ámbito de aplicación: concepto y clasificación.

la anterioridad de L_1 y la posterioridad de L_2 expresan un mismo hecho: la sucesión entre L_1 y L_2. En otras palabras, afirmaciones como «L_1 precede a L_2» son verdaderas cuando la relación «precedencia de L_1 a L_2» es ejemplificada por sus constituyentes, y solo puede ser ejemplificada en la medida en que la relación asigna tal rol a sus constituyentes y ellos mantienen dicho rol[622].

Al derivarse de un mismo hecho, no se presentan diferenciar entre «L_1 es anterior a L_2» y «L_2 es posterior a L_1», pero resulta ineludible que es completamente distinto hablar de «L_2 es anterior a L_1», pese a que se utiliza la misma relación (temporal) y los mismos constituyentes (L_1 y L_2). Aquí, al igual que para la relación de derogación, la relación temporal entre L_1 y L_2 debe ser entendida como un par ordenado, es decir, dichos constituyentes solo deben ser tomados en ese orden, porque en virtud de la relación (temporal o derogatoria) tienen diferentes posiciones. Por ende, la derogación y la temporalidad, entendidas como tipos de relaciones, se caracterizan por ser asimétricas, puesto que indican la posición relativa de dos o más objetos en un orden. Por ejemplo, si L_2 deroga a L_1, no se puede afirma que L_1 deroga a L_2, y de igual modo, si L_1 precede a L_2, no se puede afirma que L_2 precede a L_1[623].

En las relaciones asimétricas se asume la existencia de dos relaciones especiales P_R y A_R para cada relación **R**, de manera que, al decir «L_2 deroga L_1» o «L_2 sucede a L_1» se sostiene que L_2 está en una relación P_R con cierto objeto, mientras que L_1 está en una relación A_R con el mismo objeto. Asimismo, al decir «L_1 es derogado por L_2» o «L_1 precede a L_2» se sostiene que L_2 está en una relación P_R con cierto objeto, mientras que L_1 está en una relación A_R con ese mismo objeto. En ambos casos (derogar/suceder y derogado/preceder), el objeto con el cual tienen la relación es el complejo formado por $L_1\mathbf{R}L_2$, sea **R** la relación de derogación o temporalidad[624].

Al entender la derogación como un par ordenado de objetos, es factible mirar la misma situación (la derogación de L_1 por L_2) desde el punto de vista de cualquiera de los constituyentes en las relación. Al mirar la derogación desde el punto de vista de uno de ellos, por ejemplo, L_2 se obtiene una relación asimétrica «L_2 deroga a L_1», mientras que al mirarla desde el punto de vista del otro constituyente L_1 se obtiene la relación opuesta «L_1 es derogada por L_2». Por lo mismo, cuando se sostiene que «L_2 deroga a L_1» o que «L_1 es derogada por L_2», lo expresado es que, la relación central **R** «derogación», constituida por dos o más objetos diferentes e incompatibles, es siempre la misma. Probablemente, en las limitaciones lexicales presentes en el idioma español se encuentre un reflejo de esto, ya que únicamente contiene palabras para aludir a la relación (nexo) **R** «derogación» y los objetos constituyentes «derogatorio» y «derogado»[625].

---

622 (Russell, 1984 [1913], pp. 84-86).

623 (Russell, 1984 [1913], pp. 86-88), (Strawson P. F., 1952, p. 204), (Strawson P. F., 1974a, p. 87), (Loux, 2006, pp. 17-45) y (Swoyer & Orilia, 2011). Desde otra perspectiva, una afirmación del tipo «L_2 deroga a L_1» debe ser entendida como dependiente de la dirección en la cual están relacionados los constituyentes que la integran, pues toda relación asimétrica está intrínsecamente dotada de una dirección. Por lo cual, es esta dirección la que impide cualquier lectura en un dirección opuesta, v.gr., afirma que «L_2 es anterior a L_2».

624 (Loux, 2006, p. 20).

625 (Strawson P. F., 1974a, p. 91) y (Loux, 2006, pp. 17-45). En relación con este punto se presentan similitudes entre los idiomas español, italiano e inglés, ya que en los tres se utiliza un sustantivo para hablar de la relación (derogación, *abrogazione* y *repeal*), y también, en todos ellos se emplea el participio pasado para predicar el estado producido, a saber: derogado, *abrogato* y *repealed*. En cambio, para hablar del constituyente

No obstante, si bien todo lo afirmado acerca del orden asimétrico exhibido por las relaciones temporal y derogatoria puede ser utilizado para explicar los casos en que los constituyentes de la derogación presentan una jerarquía diversa, resulta insatisfactorio para precisar las situaciones en que los constituyentes presentan el mismo nivel jerárquico. Por ejemplo, es correcto afirma que, si L_{2S} es jerárquicamente superior que L_{1I}, no puede sostenerse que L_{1I} es jerárquicamente superior que L_{2S}, pues entre ellos se da una relación asimétrica, pero no es adecuado trasladar este razonamiento a las situaciones en que L_{1C} tiene la misma jerarquía que L_{2C}. Por ende, los casos en que la relación jerárquica se presenta entre constituyentes jerárquicamente iguales (congéneres) deben ser entendida como una «relación simétrica», y como tal sus componentes son intercambiables. Esto significa que, al no haber una ordenación entre los constituyentes, estos no pasan a ocupar una posición determinada cuando entran en la relación, de manera que, es indiferente afirmar que, «L_{1C} tiene igual jerárquica que L_{2C}» o «L_{2C} tiene igual jerárquica que L_{1C}»[626].

El carácter. El sentido que detenta una relación no se encuentra solamente en ella o en sus constituyentes, sino más bien en la vinculación que adquieren los constituyentes en el todo que determina su posición en la relación. Por lo mismo, al estudiar la derogación, resulta adecuado diferenciar su carácter de relación externa o interna en la cual se puede encontrar ella y las otras relaciones concurrentes (temporalidad y jerarquía). Se presenta una relación externa cuando no necesitan estar relacionados los objetos que ella relaciona, mientras que, se da una relación interna en los casos en que los constituyentes de la relación necesitan estar relacionados de alguna manera. Ante la ausencia de una relación externa los constituyentes de una relación no resultan afectados; mientras que, ante la falta de una relación interna entre los constituyentes uno de ellos se puede verse privado de su existencia[627].

Consecuentemente, un estudio del carácter de las relaciones y la derogación debe diferenciar entre la relación temporal entre L_{1A} (anterior) y L_{2P} (posterior), la relación de derogación presente entre L_{1D} (derogada) y L_{2T} (derogatoria), y los dos tipos de relación jerárquica entre L_{1I} (inferior) y L_{2S} (superior) o L_{1C} (congénere) con L_{2C} (congénere) concurrente al momento de presentarse a la derogación.

En el caso de la relación temporal entre L_{1A} y L_{2P} se da un carácter externo, ya que la ausencia de un constituyente no priva de su existencia al otro. En cambio, la relación de derogación entre L_{1D} y L_{2T} detenta un carácter interno, pues L_{1D} es derogada solo si ha sido dictada una L_{2T} derogatoria de ella. Esto último no significa que L_{1D} necesite para su existencia de L_{2T}, sino únicamente que para ser derogada necesita de una L_{2T} derogatoria. A su vez, la relación jerárquica entre elementos congéneres (L_{1C} y L_{2C}) o jerárquicamente distintos (L_{1I} y L_{2S}) tiene un carácter interno, porque solo es posible ser congénere, superior o inferior cuando se presenta otro elemento congénere, inferior o superior respectivamente. De esta manera, las diferencias de carácter entres las relaciones concurrentes deriva de que, en el primer caso, una relación temporal es siempre contingente entre sus constituyentes; mientras que, una relación de derogación o jerarquía es siempre conceptual entre los objetos que entran en ella.

---

que produce el mecanismo de exclusión estos idiomas recurren a un adjetivo formado mediante la adición de un sufijo al sustantivo (–torio, *–tore/trice* y *–ing*), por ejemplo, disposición derogatoria, *disposizione abrogatrice* y *clause repealing*. Ver, (Dardano & Trifone, 1995), (Swan, 2005) y (RAE, 2010).

626 (Russell, 1984 [1913], pp. 111-112).

627 (Moore, [1919-1920]1922, pp. 276-309) y (Balazs, 2004, pp. 234-235).

La relación y las propiedades. Un nombre es un término singular que selecciona a su portador y nada más; en cambio, los predicados son término generales, y como tales, entran en una relación referencial con cada uno de los objetos de los cuales pueden ser predicados, es decir, los predicados son satisfechos mediante aquellos objetos, y cuando ellos entran en esta relación finaliza su función como nombres de universales[628].

De este modo, «derogación» es el nombre de un universal capaz de desempeñar el rol de sujeto en una oración cuando refiere al ítem que nombra, v.gr., «una análisis de la derogación», mientras que cuando entran en una relación referencial con algún caso que la ejemplifique deja de ser el nombre de un universal (relación), v.gr., «la derogación de L_1 por L_2». Asimismo, «derogación» se vincula con otras expresiones que desempeñan el rol de predicados, como son los términos generales «derogatorio(a)» y/o «derogado(a)», de modo que, al hablar del «efecto derogatorio» se nombra un universal (propiedad) y al sostener «L_1 es derogada» o «L_2 es derogatoria» se refiere a un objeto que satisface el predicado correspondiente. Así, en este último caso, dichos predicados dejan de nombrar a sus universales y pasan a estar en una relación referencial con el o los objetos que los ejemplifican.

En consecuencia, los términos generales «derogación», «derogatorio» y «derogado» son satisfechos por todas aquellas relaciones u objetos que los ejemplifican, y adicionalmente, presentan una estrecha vinculación entre sí, ya que, ordinariamente, las oraciones sujeto-predicado de la forma «L_1 está derogada» o «L_2 es derogatoria» pueden ser parafraseadas mediante oraciones de la forma «L_1 y L_2 ejemplifican una derogación». En otras palabras, aplicar los predicados «derogatorio» o «derogado» a un objeto «L» no es simplemente identificar un objeto determinado como miembro de un conjunto de objetos, sino también, al mismo tiempo, significa identificar el concepto «derogación» en virtud del cual los objetos pertenecen al complejo formado por la relación de derogación. En otras palabras, tanto la relación (derogación) como las propiedades derivadas de ella (derogada y derogatoria) hablan acerca de la misma cosa o situación, v.gr., las oraciones «La derogación de L» y «L es derogada» afirman el mismo contenido pese a sus diferencias lexicales. Por lo cual, dentro de los universales, la expresión de un «concepto-relación» o de una «propiedad» es simplemente alternativa para clasificar cosas dentro de una misma clase de universales[629].

Algunas consecuencia. Un análisis de la derogación como relación y de las relaciones exigidas para su ocurrencia muestra la pluralidad de situaciones que puede ocultar un mecanismo de exclusión normativa como la citada derogación. Por lo mismo, al momento de teorizar se debe resistir a la presión o la tentación de reducir la complejidad de las relaciones y propiedades concurrentes en una ejemplicación de derogación o de cualquier otro mecanismos de exclusión dentro de la dinámica de los ordenamientos jurídicos[630].

También, un estudio de la relación de derogación explicita el carácter subyacente de las distintas relaciones que confluyente junto a ella, para propiciar su ocurrencia. Todo lo cual explica por qué no hay una fórmula única o simple a través de la cual se ejemplifique la

---

628 (Loux, 2006, pp. 17-45).

629 (Strawson, P. F., 1987, pp. 405-407).

630 Sobre la importancia del estudio de las relaciones, Balazs afirma: «The major lesson emerging out of these analyses is, to repeat, that in many cases "the" relation that links up two (or possibly more) particulars may conceal other relations that coincide with it and revealed in certain contexts, but not in others» (2004, p. 238).

derogación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Consecuentemente, como es sabido, para que se presente una ejemplicación de derogación es necesaria la concomitancia, al menos, de un constituyente L_{1AI} (anterior e inferior) y otro L_{2PS} (posterior y superior), o bien, de L_{1AC} (anterior y congénere) frente a L_{2PC} (posterior y congénere), para recién ahí atribuir a L_{1AI} o L_{1AC} la posición de derogada (L_{1D}), y a L_{2PS} o L_{2PC} la posición de derogatoria (L_{2T}).

Asimismo, si tanto «derogación» como «derogatorio» y «derogado» son términos generales que nombran un relación y unas propiedades determinadas, las cuales puede ser satisfechas por un sinnúmero de situaciones en las cuales pueden ser ejemplificadas, es necesario que los objetos relacionados mediante la derogación presenten ciertas caracteristicas inalterables, pues solo así será posible concebir distintas ejemplificaciones de la relación y las propiedades que se derivan de ella. Así, en virtud de nuestro marco espacio-temporal compartido, es posible considerar la ubicación espacio-temporal de los objetos relacionados mediante la derogación como la caracteristica inalterable de los mismos, y de esta manera, reconocer cierta individulidad a cada relación de derogación, a partir de la ubicación espacio-temporal de los objetos que entran en ella. Esta afirmación encuentra sustento en que dos particulares de un mismo tipo no pueden ocupar el mismo tramo espacio-temporal, y también, en el hecho de que los particulares abstractos no pueden identificarse sin referencia a los particulares materiales[631].

En las relaciones, principalmente en las asimétricas, es importante destacar que cada constituyente refleja una estado diverso, es decir, si bien en una relación asimétrica el carácter de los objetos que entran en ella deriva de un mismo hecho, la posición ocupada por ellos refleja un estado o situación diversa (derogado o derogatorio). Por ende, el estado de «derogado» no es equivalente al estado de «derogatorio», a diferencia de lo que acontece cuando los constituyentes en la relación detentan la misma jerarquía, pues en este caso ambos objetos están en la mismo estado o situación[632].

También, como en las relaciones asimétricas la posición ocupada por los constituyentes es la vez una relación en y con el complejo formado a partir de la «relación», se debe considerar que, si un constituyente es «derogado» en el complejo de una relación de derogación determinada $\mathbf{R}_1$, perfectamente puede ser «derogatorio» en otra relación $\mathbf{R}_2$. Así, el hecho de que un constituyente sea «derogado» o «derogatorio» es esencialmente relativo a un complejo determinado, de manera que, puede resulta más preciso hablar de «L_1 es derogado en el complejo D por L_2», o bien, «L_2 deroga en el complejo D a L_1»[633].

Cabe destacar que, las precisiones recién presentadas, respecto al «estado» en que se encuentran los constitiyentes de una relación y la importancia del «contexto» para que se presente o no dicho estado, son perfectamente predicable de las relaciones subyacentes a una derogación, como son la relación temporal (anterior o posterior) y la relación jerárquica (superio, inferior e congéneres) con las precisiones señaladas. Así como también, resulta apropiado enfatizar que ambas precisiones vuelven a destacar la importancia de la identificación de las ejemplificaciones de la derogación, pues solo una vez se ha identificado alguna de ellas es posible determinar el contexto, y luego, el estado de cada uno de sus constituyentes.

631 (Strawson P. F., 1974a, pp. 16-17) y (Balazs, 2004, pp. 230-239).
632 (Balazs, 2004, pp. 238-239).
633 (Russell, 1984 [1913], pp. 111-112).

Finalmente, el balance de la utilización de las relaciones para el análisis de la derogación explicta aún más la importancia de la identificación de las ejemplificaciones de la misma para su propia identificación y aprehensión, pero también muestra la complejidad de los factores que deben concurrir para que esta presente. Por lo cual, si el nexo establecido entre los objetos que entran en una relación de derogación es irrepetible, porque está fijado en algún punto de nuestro marco espacio-temporal, queda por explicar qué aspectos adicionales se deben presentar para que la derogación se presente. Así, se hace necesaria la alusión al contexto jurídico en el cual se desenvuelve, ya que este proporciona el conjunto de normas positivas y convenciones decisivas en las identificación de las posibles ejemplificaciones de la relación de derogación.

6.4 El alcance de las bases para un teoría de la derogación

Una vez expuestas las bases filosóficas centrales de una teoría de la derogación resulta necesario explicitar cómo estas repercuten en la elaboración teórica. Por lo cual, presento tres aspectos que considero primordiales en cualquier teoría sobre los conceptos jurídicos en general y en el concepto de derogación en particular: i) cómo se realiza el análisis; ii) cómo entender el concepto; y iii) cómo identificar sus ejemplificaciones.

6.4.1 El análisis del concepto de derogación

El conocimiento jurídico, elaborado históricamente a partir de la aplicación de los supuestos de una doctrina positivista (filosofía), posee como elemento clave las nociones en torno al derecho, pues en virtud de ellas este aparece bajo la forma de una determinación real, como un ordenamiento efectivo de la convivencia social en un momento histórico determinado. De este modo, el estudio del derecho se centra en aquel fenómeno histórico, concreto y mutable que se manifiesta en una realidad social determinada y que obtiene su contenido de la estructura de la comunidad. Así, son estas nociones acerca del derecho las que establecen los cimientos sobre los cuales construir el conocimiento jurídico científico o teórico, puesto que entrega un objeto de estudio relativamente homogéneo y delimitado que permite a los juristas o teóricos elaborar sus planteamientos con cierta semejanza a los obtenidos desde las ciencias naturales[634].

En consecuencia, generalmente, el objeto de estudio de la teoría del derecho es caracterizado como el conjunto de normas que tienen un origen humano, es decir, se estudia el derecho cuya existencia depende de las acciones de los miembros de un grupo social. Por ende, la preocupación por el derecho positivo, como objeto de estudio susceptible de conocimiento, presenta un presupuesto ontológico consistente en reconocer que su existencia depende de la existencia de determinados hechos sociales[635].

[634] (González, 1979, p. 54), (Fassò, 1988, pp. 152-153) y (Priel, 2013) Sobre la filosofía positivista véase (Kolakowski, 1988[1966]).
[635] Un presentación de estas ideas en la Recapitulación parte I.

Por lo tanto, este acuerdo entre los autores acerca de cuál es el objeto de estudio de la teoría del derecho se sustenta en un conjunto de ideas compartidas acerca de qué es el derecho, puesto que para explicarlo o identificarlo es necesaria la posesión previa de algunas nociones acerca de qué cuenta como tal. Por ende, este conjunto de ideas tiene algún contenido referencial en la medida en que representa algunos rasgos del mundo real, los cuales descansan en los aspectos fundamentales de nuestra manera de entender ciertas prácticas sociales. Así, este conjunto puede ser entendido como el concepto de un *artefact*, en el sentido de que su existencia depende de las actividades humanas previstas para crearlo[636].

En este sentido, los conceptos jurídicos, como el de derogación, forman una parte fundamental de nuestra cultura y tradición al contribuir al entendimiento que las personas tienen de sus acciones y las de terceros, y también, al permitir una conceptualización de la realidad social a través de ellos, aunque la cultura y tradición que integran no les otorguen contornos definidos ni ejes identificables[637].

Esta estrecha relación entre los conceptos y la realidad direcciona cualquier pretensión de comprender y explicar los fenómenos sociales que configuran el derecho hacia el análisis de los conceptos vinculados a ellos, ya que su estudio contribuye a mejorar el autoentendimiento que tenemos de nuestras prácticas sociales de carácter jurídico. Así, cuando la actividad filosófico-jurídica adopta como objetivo contribuir a nuestro autoentendimiento, podría presentar dicho análisis como sostiene Strawson:

> «…that of getting a clear view of our most general working concept or types of concepts, of their mutual relations and interdependences, and of their place in our lives. We should aim, in a word, at general human conceptual self-understanding…» (2011, p. 226)

Por tales motivos, resulta sencillo vincular una manera de realizar la teoría del derecho, centrada en las prácticas sociales que configuran su objeto de estudio, con el análisis de los conceptos jurídicos bajo la pretensión de que esta actividad contribuye a mejorar nuestro autoentendimiento de las prácticas sociales propiamente jurídicas[638].

Sin embargo, resulta sorprendente constatar que no siempre los teóricos del derecho han proporcionado respuestas acerca de ¿qué son los conceptos?, ¿cómo surgen en sociedad? y ¿cuál es la manera de analizarlos? Por lo que, al proporcionar o adoptar algún tipo de respuesta a estas preguntas se realiza un significa contribución a la determinación de las posibilidades, alcances y presupuestos de esta actividad[639].

Así, los planteamientos presentados a lo largo de esta tesis, acerca de los conceptos y su análisis, proporcionan las bases necesarias para realizar un análisis de los conceptos jurídico, y en concreto, del concepto de derogación, puesto que responden

---

636 (Leiter, 1998, p. 536), (Bayón, 2010), (Comanducci, 2010, p. 179) y (Leiter, 2011, p. 666).

637 (Raz, 1995, p. 237).

638 Entre los autores que consideran al estudio de los conceptos jurídicos como una parte de teoría del derecho destacan: (Austin J. , 1906), (Austin J. , 1913), (Ross, 1958, p. 25), (Hart, 1983, p. 92), (Nino, 1980, p. 166), (Bix, 1995), (Raz, 1995), (Coleman, 2002), (Hernández, 2002, p. 19), (Dworkin, 2006), (Leiter, 2007) y (Bayón, 2010), entre muchos otros. Además, algunos sostiene que el análisis conceptual es el *modus operandi* dominante dentro de la teoría jurídica, ver (Bix, 1995, p. 465) y (Leiter, 1998, p. 535).

639 Preguntas y sugerencias similares en (Himma, 2009, p. 3) y (Shapiro, 2011, p. 13).

satisfactoriamente las interrogantes acerca de qué son los conceptos, cómo identificarlos y cómo realizar su análisis. Todo lo cual se realiza sin olvidar la deferencia positiva a los hechos o prácticas sociales que configuran el derecho, entendido este como el objeto de estudio por excelencia de una teoría jurídica

Es de destacar, que mi posición en torno a estas cuestiones deriva del estudio de las diversas interconexiones presentes en la obra de P. F. Strawson en relación con los conceptos. Esto me ha permitido elaborar y adoptar una «imagen *strawsoniana*» apoyada en distintos fragmentos de su obra, todos los cuales generan entre sí una dependencia reciproca y un ajuste inteligible en materia de conceptos y su análisis[640].

6.4.2 El concepto de derogación

Como anticipaba Kelsen en relación con las ficciones jurídicas, una teoría del derecho que se propone tener por objeto a los hechos reales, debe ser cuidadosa al momento de duplicar la realidad con la finalidad de capturar de mejor manera su objeto de estudio. Por lo cual, antes de incluir algo como parte del objeto de estudio o la teorización es necesario preguntar por la necesidad de su existencia, es decir, si hay buenas razones para creer en su existencia[641].

Ante esta pregunta ontológica acerca de qué hay en el mundo (jurídico), la teoría del derecho ha oscilado en sus respuestas. No obstante, en múltiples ocasiones los teóricos parecen asumir sin inconvenientes la existencia de entidades intencionales o abstractas, en la medida que estas facilitan la comprensión y explicación de su objeto de estudio. Por ejemplo, una parte considerable de los trabajos teórico-jurídicos se relacionan con afirmaciones del tipo: el dominio de cierto concepto, la identificación de determinada propiedad y/o la distinción por clases de los objetos. En consecuencia, como anticipaba Kelsen, la teoría jurídica continúa dicha inclinación a reconocer la existencia de entidades que están más allá de la naturaleza, del mundo de los objetos, los sucesos y los procesos en el espacio y el tiempo.

En esta tesis, y particularmente en este capítulo, se ha reconocido la existencia de los conceptos como universales, entendidos estos como objetos de nuestro pensamiento. Como este reconocimiento es consciente de las aversiones que suscita hablar de «universales», he pretendido enfatizar la importancia del reconocimiento práctico, ya que la capacidad para distinguir e identificar particulares individuales (cuerpos materiales o personas) depende de la capacidad para distinguir e identificar tipos generales y propiedades (universales). De modo que, esta capacidad práctica de reconocer universales únicamente tiene importancia en relación con nuestra capacidad de reconocer sus

[640] Sobre la unidad del pensamiento *strawsoniano*, Snowdon (2009) señala: «…he produced a continuous flow of original and profound, and elegantly expressed, philosophy dealing with a very broad range of topics». Además, utilizo la locución «imagen *strawsoniana*» porque explicita que mi reconstrucción es una imagen sugerida por los escritos de Strawson y no la expresión de sus intenciones.
[641] (Kelsen, 2006[1919], pp. 26-28).

ejemplificaciones como tales. Así, en el reconocimiento del hecho o la posibilidad de que los universales sean ejemplificados se está reconociendo el hecho de su existencia[642].

Si es posible aceptar un rango de ítems en cuya existencia inevitablemente debemos creer. Este rango debería estar compuesto por aquellas cosas que encontramos indispensables para expresar nuestras creencias como sujetos de nuestra predicación u objetos de referencia, y además, nada debería contar como entidad, a menos que, haya un claro principio general de identidad para todas las cosas de su tipo. En consecuencia, solo existirían aquellas cosas respecto de las cuales hay un principio común de identidad, el cual sirve para todas las cosas de la clase a la cual pertenece la cosa cuya existencia es pretendida[643].

Entonces, de acuerdo con lo señalado, si se aplican las exigencias recién presentadas a los particulares materiales, resulta que, en la búsqueda de un principio de identidad para ellos se recurre a los tipos generales o universales, ya que para este propósito se invoca un concepto sortal que los cubra como un principio general de identidad para todas cosas abarcadas por dicho concepto. Por tal motivo, no resulta posible pensar o percibir cualquier cosa del mundo natural sin pensar o percibir esta como bajo algún aspecto general, es decir, como siendo tal o cual algo (concepto).

Por su parte, al emplear dichas exigencias a los universales se debe considerar que, captar el sentido de un predicado es capturar el principio de identidad del universal empleado, de manera que, se debe rechazar la posibilidad de un principio general de identidad común para los todos universales de un mismo tipo. Por el contario, los universales existen en la naturaleza solamente cuando, y en el sentido que, sus ejemplificaciones existen en la naturaleza, es decir, solo en la medida en que los universales están en los particulares (ejemplificaciones) es posible encontrarlos y reconocerlos en el mundo natural. Por lo tanto, como los universales se presentan a través de sus ejemplificaciones, se debe refutar la posibilidad de que los universales (la cosa abstracta) exista en la naturaleza, ya que en su carácter irremediablemente abstractos únicamente son objetos de nuestro pensamiento[644].

La manera en la cual se reconocer y justificar la existencia de los conceptos, entendidos como universales, entrega un explicación sumamente afín con los presupuestos de una teoría jurídica de corte positivista. Además, a partir de la importancia que se da a las ejemplificaciones de los conceptos, dentro de la explicación y justificación de su existencia, se suministran algunas «bases» fundamentales para la teorización de los conceptos jurídicos, y en particular, para el caso de la derogación. Por ejemplo, si los conceptos no son entendidos simplemente mediate su descripción, sino más bien a través de un inmediato conocimiento de ellos en una secuencia espacio-temporal, es decir, mediante sus ejemplificaciones, es clave poder determinar ejemplificaciones del concepto de derogación, y no solo por las finalidades o funciones prácticas que este desempeña como mecanismos de exclusión normativa dentro de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, sino más

642 (Strawson P. F., 2011, pp. 54-55)

643 Con esta formulación aludo a la paráfrasis crítica de W. O. Quine, destinada a determinar el rango de los ítems respecto de los cuales inevitablemente debemos creer en su existencia: i) ser es ser el valor de una variable, y ii) no hay entidad sin identidad. Véase, (Strawson P. F., 1992, p. 44) y (Strawson P. F., 2000, pp. 55-56).

644 (Strawson P. F., 2011, pp. 56-61). Si bien las cosas abstractas son objetos del pensamiento al igual que pueden serlo las cosas naturales, estas últimas no son solo del pensamiento.

bien, y fundamentalmente, su aprehensión y aplicación sin la intervención de entidades que no pueden satisfacer la exigencia para ser reconocidas como entidades.

Además, este reconocimiento de los universales dentro del discurso jurídico permite entregar una explicación intuitivamente satisfactoria del fenómeno de la referencia abstracta, sumamente recurrente en el discurso jurídico práctico y teórico, y que habitualmente se realiza a través de términos singulares abstractos como (v.gr., derogación, anulación o revocación). Estos últimos se caracterizan por poder desempeñar el rol de sujetos, y además, por tender a emparejarse con términos generales que pueden jugar el rol de predicados, de modo que, se presenta «derogación» junto con «derogatorio» y «derogado» (el nombre y los adjetivos). Por lo cual, los términos singulares abstractos sirven como un mecanismo para seleccionar una cierta relación y los términos generales emparejados con ellos parecen ser expresiones satisfecha por todos y solamente aquellos objetos que ejemplifican tal propiedad o estado. Por lo tanto, los casos de referencia abstracta deben ser entendidos a partir del rol desempeñado por los términos singulares abstractos, esto es, como recursos para referir a universales[645].

6.4.3 Las ejemplificaciones de la derogación

La caracterización de la derogación como un relación o concepto relacional contribuye claramente a independizar, para su estudio, a sus constituyentes del nexo o relación.

Los constituyentes de la relación. Al aceptar la posibilidad de realizar referencias identificadoras a objetos o particulares abstractos, es admisible que la derogación, como término singular abstracto, refiera a un universal, es decir, constituya el nombre de una relación. Sin embargo, lo anterior es posible, en la medida en que, se acepta que, particulares abstractos, como la «derogación», pueden ser identificados mediante alguna referencia identificadora a cuerpos observables. Esto en virtud de la dependencia ontológica existente entre particulares materiales y abstractos en relación con la identificación de estos últimos. En consecuencia, solo se puede hablar de, y por ello identificar, la derogación en la medida en que es posible hablar de, y por ello identificar, particulares materiales.

Así, como la derogación se caracteriza por poner en relación dos objetos, formando así un todo o complejo (la relación de derogación), y aquello que se debe identificar son sus ejemplificaciones, parece necesario recurrir a los objetos que se ponen en relación para localizar los particulares materiales que son identificables en nuestro marco espacio-temporal unificado. No obstante, en la práctica y teoría jurídica la caracterización de los constituyen de una derogación resulta sumamente controvertida, a saber:

i. Formas jurídicas. La necesidad de estructurar los ordenamientos jurídicos contemporáneos con base en la fuerza excluyente de sus componentes motivó la elección de las «formas jurídicas» como los constituyentes de la derogación. Locución que alude tanto al formato como al contenido que puede presentar el derecho cuando emana de una autoridad normativa;

[645] (Loux, 2006, pp. 26-27). Como fue señalado, en el caso de la derogación se presentan dos adjetivos por ser esta una relación.

ii. Leyes. Al reconstruir los planteamientos de la dogmática jurídica los constituyentes de la derogación son las leyes, entendidas estas como todo documento jurídico que expresa o contiene normas generales y abstractas;
iii. Precepto jurídico. Durante su primer periodo, Kelsen sostuvo que tanto lo derogatorio como lo derogado necesariamente son preceptos jurídicos, esto es, aquello que contiene a la norma jurídica. En otras palabras, la derogación siempre afecta tanto a la orden vinculante emanada de la autoridad estatal competente como al precepto jurídico que la contiene, y asimismo, para establecerse requiere de un precepto jurídico y una norma contenida en él;
iv. Sentido de un acto. Una norma jurídica es el sentido de un acto intencionalmente dirigido al comportamiento de otro, mediante el cual se ordena, permite o autoriza un comportamiento. Este sentido puede cambiar su significado a partir de los diferentes contenidos significativos presentes en su marco de posibilidades. De este modo, en el segundo y tercer periodo, Kelsen sostiene que entran en una relación de derogación normas, concebidas estas como el sentido de un acto[646];
v. Significados. En una concepción hilética, lo normativa se presenta en el nivel semántico del lenguaje, de modo que, aquello que deroga o es derogado es satisfecho por algo así como proposiciones cuyo contenido conceptual contiene lo normativo, i.e., normas entendidas como el sentido de una formulación normativa;
vi. Proposiciones. Desde una posición expresiva, el elemento normativo se presenta únicamente en relación con un determinado «uso» que se realiza de las proposiciones o las oraciones que las expresan. Por ende, aquello que resulta derogado de un sistema jurídico son las proposiciones ordenadas o permitidas, mientras que lo derogatorio son solo los acto de rechazo ejecutados por la autoridad;
vii. Enunciados. Pueden tener el carácter de derogatorias o derogadas las disposiciones, los enunciados jurídicos y las normas. Las primeras entendidas como los textos normativos del discurso del legislador, los segundos considerados como los enunciados normativos del discurso de los interpretes, y las terceras concebidas como los significados de los anteriores. Así, los constituyentes de la relación siempre son enunciados[647].

La diversas de caracterizaciones acerca de qué entra en una relación de derogación, y además, respecto de a qué clase pertenece cada constituyente produce, al menos, seis posibles grupos de combinaciones entre ellos:

i. Textos. La derogación se produce entre formulaciones del lenguaje, de manera que, tanto el constituyente que ocupa la posición de derogado como de derogatorio se presenta como disposición o formulación jurídica;
ii. Actos. Los constituyentes que forman una relación de derogación son actos del lenguaje, de modo que, lo derogatorio es un acto de rechazo y lo derogado puede ser tanto un acto de rechazo como un acto de ordenar o permitir;

[646] El sentido del acto de voluntad tiene una existencia ideal que deriva del hecho de que las normas son contenidos significativos de un acto de voluntad.
[647] Cabe recordar que para Guastini la norma, el enunciado interpretativo y la disposición son entidades ontológicamente homogéneas.

iii. Normas. Los significados de las formulaciones del lenguaje normativo son los elementos que entran en la relación de derogación;

iv. Textos y actos. El término general «derogatorio» puede ser satisfecho tanto por un texto como un acto, al igual el término «derogado», o bien, ambos constituyentes se pueden presentar a través de objetos compuestos como «un acto vinculado la formulación que produce»;

v. Texto y norma. El término general «derogatorio» puede ser satisfecho tanto por un texto como por una norma, al igual que el término «derogado». También, es posible entender que ambos constituyentes se dan a través de objetos compuestos como «un texto vinculado a un significado», o también, «un texto vinculado a una pluralidad o rango de significados»;

vi. Actos y normas. Los términos generales «derogatorio» y «derogado» puede presentar por tanto un acto como un norma, o igualmente, podrían ser satisfechos por objetos de carácter compuestos como «un acto vinculado a un significado», o también, «un acto vinculado a una pluralidad o rango de significados».

Finalmente de los seis posibles grupos de combinaciones emanan diez subtipos de combinaciones posibles entre los textos, los actos y las normas como constituyentes de una relación de derogación, a saber:

	Grupo	**Derogado**	**Derogatorio**
1	Texto	texto	texto
2	Acto	acto	acto
3	Norma	norma	norma
4	Texto – Acto	texto o acto	texto o acto
5	Texto – Norma	texto o norma	texto o norma
6		texto y una norma	texto y una norma
7		texto y múltiples normas	texto y múltiples normas
8	Acto – Norma	acto o norma	acto o norma
9		acto y una norma	acto y una norma
10		acto y múltiples normas	acto y múltiples normas

FIGURA 3. **Tabla de posibles combinaciones entre los constituyentes de una derogación**

Es interesante constatar, por ejemplo, que el subtipo número 10 corresponde con los planteamientos de Kelsen en su segundo y tercer periodo, mientras que el subtipo número 6 sería más ajustado con su concepción estática. Así también, que el subtipo número 7 refleja mayoritariamente la posición adoptada por Guastini, ya que las disposiciones tendrían un rango de significado, mientras que, el subtipo número 6 alude a su noción de norma implícita. Por su parte, igualmente es relevante consignar que, el subtipo número 8 es un reflejo parcial de la concepción expresiva defendida por Alchourrón y Bulygin, porque en esta lo derogatorio es siempre un acto mientras que lo derogado es una proposición (no una norma), pero resulta que, el subtipo número 3 parece representar adecuadamente la concepción hilética de los citados autores. Finalmente, resultan ser los

subtipos número 6 y 7 aquellos que están más cercanos a encarnar las noción de «ley» y «forma jurídica».

Así, a partir de la presentación del desacuerdo entre los autores, es posible dar una respuesta a cuáles son los particulares materiales que nos permiten identificar una ejemplificación de derogación por entrar en ella. En primer lugar, resulta apropiado mantener la diferenciación entre textos, actos y normas, ya que esta captura las distintas categorías a las cuales pertenecen estos objetos. En segundo lugar, es claro que los textos y los actos constituyen objetos materiales, en el sentido de identificables a través de nuestro marco espacio-temporal compartido, mientras que las normas son entidades o particulares abstractos. En tercer lugar, si bien es posible combinar entre sí estos objetos, las combinaciones no siempre pueden arrojar el mismo número de variables, por ejemplo, las composiciones entre texto y norma o entre acto y norma presentan tres maneras de combinarse cada una, a diferencia de la combinación entre texto y acto que presenta solo una variable (el subtipo número 4). En cuarto lugar, la imposibilidad de realizar diversas combinaciones en el caso del binomio texto-acto se funda en nuestro marco espacio-temporal, ya que, al ser ambos particulares materiales, no pueden ocupar exactamente el mismo tramo espacio-temporal, es decir, dos particulares pertenecientes a la misma categoría ontológica (dos actos o dos texto) no pueden ocupar exactamente el mismo tramo espacio-temporal, de modo que, es un sinsentido sostener, por ejemplo, que un acto esta vinculado con múltiples textos, puesto que como cada uno de estos textos ocupa un tramo espacio-temporal, la combinación no puede ser entendida como un todo. Y en quinto lugar, si la pretensión es identificar ejemplificaciones del concepto de derogación a través de los constituyentes que entran en ella, al menos, los objetos que pueden proporcionar esta identidad son solo los textos y actos, en razón de que solo estos constituyen categorías ontológicas identificable a partir de lugar que ocupan en el marco espacio-temporal. Así también, a través de las combinaciones de estas categorías ontológicas (textos y actos) con las normas (texto-normas y acto-normas) igualmente es posible obtener la identidad necesaria en virtud del carácter material de uno de los componentes del binomio[648].

En consecuencia, reducido el campo de los objetos que pueden entrar en una relación de derogación es necesario tomar partido por uno de ellos más allá de las consideraciones metafísicas. Por cuanto, un primer conjunto de criterios adicionales los proporciona nuestra red conceptual del cambio normativo, ya que en ella se encuentran los elementos necesarios para reducir aún más el conjunto de los posibles constituyentes de la derogación[649].

El sustrato compartido de nuestra red conceptual del cambio normativo, forjado en la concepción de los derechos estatales modernos, establece la exigencia de algún tipo de manifestación o expresión lingüística de la autoridad de creación normativa, la cual debe plasmarse en un texto para satisfacer las exigencia de la certeza. Por ende, si en los

[648] Si bien se podría objetar a esta posición el hecho de que es posible vincular a un solo acto de promulgación un sinnúmero de textos, por ejemplo, al dictar un código civil. Este tipo de ejemplos varía o confunde la referencia identificadora, ya que no esta identificando el acto y los textos como un todo, sino más bien a partir de la identificación de un acto determina la de los textos, pues cómo sería la identificación de un mixto formado por un acto más varios textos, si necesariamente cada texto ocupa un lugar diversos dentro del marco espacio-temporal.

[649] Sobre la red conceptual del cambio normativo ver Capítulo 2.

ordenamientos jurídicos contemporáneos la derogación se caracteriza por necesitar de una promulgación para su ocurrencia, y esta última necesariamente debe ser establecida por escrito, parece apropiado desestimar como constituyentes de una derogación a los actos y la combinación entre actos y normas[650].

Por su parte, en función de una porción de la red conceptual del cambio normativo es posible sostener que, la distinción entre «derogación» y «modificación» proporciona una precisión adicional, puesto que, mientras la primera implica la eliminación del texto o palabras de la ley y solo indirectamente un cambio en los significados que derivan de ella; la segunda, refiere exclusivamente a un cambio en el significado, finalidad o maneras en las cuales es aplicada una ley, sin la intervención de un pronunciamiento formal de la autoridad de creación normativa. Por lo cual, dentro de nuestra red conceptual del cambio normativo, se acepta la existencia de ambos mecanismos formales de eliminación, lo cual conlleva reconoce que: i) el objeto de la derogación no es simplemente las normas, entendidas como los significados de formulaciones normativas, pues en este caso sería indistinguible de una modificación; pero tampoco, ii) el objeto de una derogación simplemente es las disposición o formulaciones normativa (textos), ya que en esta situación no sería posible establecerla, pues las relaciones de oposición o inconsistencia solo se dan entre contenidos significativos, no entre textos. Por lo tanto, se deben considerar como constituyentes de una derogación los objetos que presenten la combinación texto-norma.

Reducido el conjunto de los posibles constituyentes de la relación de derogación a la combinación presente entre textos y normas, es todavía oportuno introducir una precisión adicional, para tomar partido por una de las posibles variables dentro de esta composición (los subtipos número 6, 7 y 8 de la Figura 3). Así, resulta oportuno considerar los supuestos de prevención de antinomias presentados por Guastini, ya que la técnica de interpretación sistemática (conforme o adecuadora) desempeña un rol clave en la determinación de los casos de derogación. Especialmente, si es puesta en relación con dos de los denominado «criterios o principios supranormativos» que determinan las condiciones de posibilidad y limitaciones del cambio normativo dentro de los ordenamientos jurídico actuales (el principio de permanencia legislativa y el principio de compatibilidad legislativa)[651].

En consecuencia, en razón del criterio de «permanencia legislativa» las formulaciones emanadas de la autoridad normativa deben perdurar en el tiempo y ser conservadas hasta que la propia autoridad manifieste de manera clara y expresa un sentido contrario. En esta línea, el criterio de «compatibilidad legislativa» exige interpretar las citadas formulaciones normativas de manera compatibles, para así evitar la oposición entre formulaciones diversas, y consecuentemente, preservar todo el material normativo emanado de la autoridad de creación. Por lo cual, solo debe recurrir a la derogación en última instancia, esto es, solo una vez no ha sido posible compatibilizar formulaciones diversas. Así es como las técnicas de interpretación sistemáticas desempeñan un papel determinante al tiempo de establecer si se presentan o no casos de derogación, por ejemplo, mediante una interpretación conforme o adecuadora que atribuyen a una formulación un significado (norma) compatible con otras normas previamente extraídas de otras formulaciones pertenecientes al mismo u otro documento normativo.

---

650 A esto se puede añadir lo ininteligible que pueden resultar expresiones como: «derogar un acto» o «el acto derogado», entre otras.

651 En mayor profundidad, véase los epígrafes 2.5.1 Las condiciones y requisitos de aplicación y 5.2.2 Las relaciones en el ordenamiento.

Por tanto, si en los ordenamientos se reconocen y aplican los citados criterios supranormativos a través de las señaladas técnicas de interpretación, en ellos se admite que las formulaciones normativas expresan más de un significado, es decir, que las disposiciones pueden contener más de una norma. En caso contrario, no tendrían sentido las interpretaciones sistemáticas ni menos aún la exigencia de compatibilidad legislativa vinculada con el criterio de permanencia. En consecuencia, las disposiciones o formulaciones normativas pueden expresar diversas normas, pero deben ser interpretadas en conformidad con las normas contenidas en otras formulaciones normativas, para así evitar la oposición entre ellas, de modo que, este tipo de casos no deben ser entendidos como supuestos de derogación, sino simplemente como casos de aplicación de un interpretación sistemática. Por ejemplo, si una disposición D_1 expresa o puede expresar las normas N_1, N_2, N_3 y N_4, y solamente las normas N_1 y N_4 están en conformidad con la normas N_5 y N_6 expresadas por otra disposición D_2; entonces, el hecho de excluir las normas N_2 y N_3 no debe ser entendido como su «derogación», sino únicamente como un caso en el cual la disposición D_1 es interpretada de manera sistemática[652].

En definitiva, los únicos candidatos para ocupar el puesto de constituyente en una relación de derogación son los casos en que un texto está vinculado a una o más normas. No obstante, las ocasiones en que son excluidas algunas normas expresadas por una disposición no deben ser entendidas como derogación, sino más bien como la aplicación de ciertas técnicas de interpretación. Por ende, solo los preceptos entran en una relación de derogación capaz de ser identificada por su ejemplificación, es decir, únicamente los textos unidos a uno o un rango de significados posibles (entendidos como un todo) son los objetos relacionados mediante la derogación.

Probablemente, esto no es una enunciación novedosa, pues el propio Kelsen ya en 1911 sostenía una idea similar. Así, resulta innovadora en su fundamentación, presentación y conexión con la red conceptual del cambio normativo la explicación y justificación de por qué solo se deben predicar los términos «derogatorio» y «derogado» de los preceptos jurídicos.

Adicionalmente, la elección de los preceptos jurídicos como constituyentes de la relación de derogación se encuentra en armonía con los agudos comentarios realizados por Hilpinen en torno a la relevancia de las formulaciones o disposiciones para la configuración de un sistema jurídico integrado únicamente por normas. Según el filósofo finés, la derogación no debe ser analizada únicamente en relación con sistemas de normas, sino también en relación con las formulaciones que expresan las normas del mismo, ya que la equivalencia normativa resulta insuficiente para explicar algunas situaciones, a menos que, se adopte una concepción «sintáctico-semántica de las normas», es decir, se construyan los sistemas a partir de los preceptos[653].

En definitiva, a todo lo señalado anteriormente, se debe añadir que, en los ordenamientos jurídico contemporáneos se pretende disminuir los niveles de incerteza o indeterminación normativa existentes a través de la derogación. Por lo que, al momento de teorizar sobre esta institución se deben considerar las consecuencias prácticas pretendidas o atribuidas a dicha institución. Por lo cual, se muestra más apropiado pensar la derogación como un

[652] Es importante añadir que las interpretaciones de las formulaciones normativas pueden ser sincrónicamente múltiples y diacrónicamente cambiantes.
[653] En mayor detalle ver epígrafe 4.2.2 La derogación.

complejo integrado por un nexo (la relación) y dos constituyentes (derogatorio y derogado), los cuales solo son satisfechos por los preceptos, entendidos estos como formulaciones normativas que expresan una o más normas. Solo se comienza a asegurar la certeza y cobrar sentido las recomendaciones del Tribunal de Justicia Europeo, si efectivamente resultan excluidos del ordenamientos los textos y sus significados, pues únicamente en este escenario, ciertos conjuntos de formulaciones normativas y las normas expresadas por ellas dejan de ser considerados como parte del derecho.

Los tipos de nexo o relación. Junto con la pretensión de alcanzar o acercarse al ideal de certeza y la exigencia de preservar el material jurídico dictado por la autoridad, en los ordenamientos jurídicos actuales, se reconoce y aplica el principio o criterio cronológico, según el cual, las formulaciones posteriores prevalecen frente a las anteriores, excluyéndolas del ordenamiento. Así, como ya señalé, en este contexto de tensión entre los criterios de preservación y cronológico, parece apropiado reconstruir las propuestas dogmáticas clasificatorias de la derogación como un conjunto de criterios destinados a responder ¿qué motiva la derogación de L_1 anterior por parte de L_2 posterior?, o bien, ¿qué funda que L_1 anterior no sea derogado por L_2 posterior?, pues a través de su respuesta se dan elementos de delimitación para la aplicación de los citados criterios en tensión (preservación y cronológico) [654].

Por consiguiente, a partir de los planteamientos dogmáticos, en el Capítulo 2, formulé tres respuestas a las preguntas recién formuladas: i) una declaración expresa y determinada; ii) la oposición normativa entre las leyes posteriores y anteriores; y iii) la nueva regulación de una materia. Luego, a partir de ellas presenté los distintos tipos de derogación generalmente aceptados, a saber:

i. Derogación por disposición. Cuando el legislador en una ley posterior L_{2P}, establece mediante términos expresos, que una o más leyes determinadas cesan de tener vigor, es decir, cuando nombra en términos perfectamente precisos y determinantes la ley anterior L_{1A} que es derogada –incluye los casos de casos de «sustitución» o «reemplazo–;
ii. Derogación por oposición. Cuando de la autoridad emanan una o más leyes cuya subsistencia es incompatible con la subsistencia simultánea de una o más normas preexistentes, i.e., cuando una ley posterior L_{2P} deroga a toda ley anterior L_{1A} que contiene disposiciones que son manifiestamente contrarias a ella, sin la necesidad de abrogarlas expresamente –incluye los casos de derogación por cambio de estatus–; y
iii. Derogación por absorción. Cuando la ley posterior L_{2P} regula con pretensiones de exhaustividad una materia previamente normada, es derogada todas ley anterior L_{1A} que regulaban dicha materia, porque su área ahora está cubierta por L_{2P}, y esta derogación procede sin que sea necesaria la existencia de conflicto entre la ley posterior L_{2P} y la anterior L_{1A}.

En los términos en los cuales está formulada esta clasificación se entrega un elemento adicional a la teorización acerca de la derogación, puesto que, si en los ordenamientos jurídicos actuales, esta se caracteriza por desempeñar las finalidades prácticas de actualización y eliminación normativa, en la medida en que su clasificación esté centrada en

[654] Para un mayor desarrollo de estas ideas, ver apartado 2.4 El ámbito de aplicación: concepto y clasificación.

explicitar por qué tal o cual elementos debe ser considerado como derogado, se está más cerca de cumplir dicha finalidad.

Ahora bien, determinados los constituyentes y los diversos tipos de relación de derogación, es posible responder cómo se instituye esta relación, para lo cual resulta apropiado diferenciar entre las exigencias y particularidades que presenta cada tipo de derogación para su establecimiento:

i. Derogación por disposición. Generalmente, se presenta a través de disposiciones del tipo: «Quedan derogadas L_1 L_2 y L_3» (derogación por oposición simple), «En el artículo A_1 sustitúyase la palaba, expresión, inciso, etc., X por la palabras, expresión, inciso, etc., Y» (sustitución) y «El artículo A_1 de L_1 es reemplazado por cuanto está establecido L_2» (reemplazo) y «Queda derogada L_2 y se restablece L_1» (derogación por oposición complejas)[655];
   En estas disposiciones el elemento compartido es una referencia identificadora a un particular (ley, artículo, párrafo, etc.), de modo que, la autoridad de creación normativa a través de estas formulaciones capacita a los destinatarios para identificar el particular al cual refiere;
ii. Derogación por oposición. A diferencia de la derogación por disposición, esta relación derogatoria se establece con independencia de la promulgación de cláusulas derogatorias del tipos «Se deroga todo el derecho en oposición con la presente L_2», ya que la derogación del derecho anterior en oposición al posterior se presentará indefectiblemente en virtud del criterio cronológico. En este caso la relación se establece para preservar la consistencia entre los componentes del ordenamiento, ya que, si nuestras creencias sobre el mundo están estrechamente vinculadas con nuestras implicaciones prácticas del mismo, se hace necesaria una exigencia u objetivo de coherencia.
   Es importante notar que la aplicación de expresiones como: inconsistencia, consecuencia lógica, implicación o equivalencia, solo se vinculan con los sentidos o significados expresados por los preceptos, pues constituyen tipos de relaciones entre ideas. Además, si los criterios involucrados en la aplicación de expresiones como ilógico o no se sigue, reflejan una crítica interna obtenida de la manera en la cual los enunciados son formulados, el desajuste entre los enunciados igualmente se produce por la manera en la cual estos son hilvanados. Así, las inconsistencias se pueden presentar a partir del significado de las expresiones utilizadas, o también, de la manera en que estas son hilvanadas dentro del discurso jurídico[656];
iii. Derogación por absorción. Al igual que en el caso anterior, la relación entre los constituyentes necesariamente se da a partir de los contenidos significativos de los preceptos, puesto que no se presentan relaciones en virtud de la materia

[655] Sobre las maneras en la cual se plasma la derogación ver apartado 2.6 Utilidad: implementación de la derogación.

[656] (Strawson P. F., 1952, pp. 1-8), (Strawson P. F., 1985, pp. 86-93) y (Strawson P. F., 1992, p. 86). De este modo, toda antinomia, por definición, se presenta en el plano de los contenidos significativos de las formulaciones normativas, de manera que, su estudio puede ser perfectamente vinculado con el análisis de la noción de inconsistencia desarrolladas por Strawson, ya que esta noción, igualmente, se presenta entre contenidos significativos, pero fundamentalmente más centrada en el estudio de las formulaciones del lenguaje ordinario. Por ende, únicamente las inconsistencia o las antinomias pueden ser predicadas de contenidos significativos en relación con otros contenidos significativos (predicado relacional), i.e, solamente unos enunciados pueden ser inconsistentes respecto de otros.

> entre los textos o las disposiciones. Por ende, la relación establecida entre diversos preceptos a partir de la materia regulada por ellos, constituye otro tipo de relación entre las ideas. No obstante, este tipo de derogación no deriva de la pretensión por preservar la consistencia dentro del ordenamiento, sino más bien, únicamente en razón de la prevalencia del derecho posterior, y probablemente, criterios de economía o simplificación legislativa[657].

Por consiguiente, en atención a las diversas particularidades que presentan los distintos tipos de derogación, es posible preguntar cuándo esta es establecida, es decir, los constituyentes entran en la relación simplemente al dictarse el nuevo derecho, o bien, solo una vez los destinatarios (ciudadanos y/o órganos de aplicación) identifican la relación de derogación. Por ejemplo, para Guastini, se puede hablar de una «derogación legislativa» cuando el propio discurso del legislador determina qué es derogado y qué lo deroga (derogación por disposición), mientras que se presenta una «derogación jurisprudencial» cuando a partir del discurso del legislador los jueces formulan una disposición derogatoria que determina qué es derogado y qué lo deroga (derogación por oposición y absorción)[658]. Para determinar entonces cuándo se establece una relación de derogación se deben considerar algunos pro y contras de instituir la relación a partir de la necesaria promulgación para la ocurrencia de la derogación, o bien, en la actividad judicial de determinación del derecho aplicable al caso.

Si al igual que en el discurso ordinario pueden haber dos sentidos de identificación, uno en el cual el emisor menciona o refiere a una cosa y otro en que el destinatario efectivamente identifica lo mencionado por el emisor, no resulta extraño que se presente la dualidad entre si la derogación se configura a partir del discurso del legislador o mediante su determinación por parte de los intérpretes, preferentemente, los órganos de aplicación. Sin embargo, parece acertado sostener que, solo cuando a partir de la mención realizada por el emisor el destinatario es capaz de identificar aquello de lo que se habla, el primero no solo ha realizado una referencia identificadora, sino que además a logrado identificar un objeto.

Es posible que ambos puedan identificar de qué se está hablando en virtud de compartir un marco espacio-temporal, el cual proporciona una cuadro general del mundo dentro del que es posible fijar las figuras que deseamos identificar. También, entrega un sistema de relaciones espaciales y temporales en el cual cada particular se puede relacionar singularmente con otros. Asimismo, facilita puntos de referencia común a partir de los cuales es posible iniciar la descripción de una particular en el espacio y el tiempo como singularmente relacionado con dicho punto de referencia. Así, todo particular material tiene su lugar en este sistema y los particulares abstractos pueden ser identificados por referencia a los primer que tienen su lugar en él (ejemplificaciones). Por tanto, todo particular que tiene su lugar en el marco espacio-temporal tiene un único lugar en él.

En relación con en el primer tipo de derogación (por disposición), generalmente, no parece problemático sostener que, al realizar una referencia identificadora o descripción del texto o disposición que se pretende derogar, esta mención debería considerarse exitosa, sin embargo, esto no siempre es así. Por ejemplo, el legislador español afirma «Deróguese el art. 2.2 del Código Civil sobre la derogación de las leyes» en 1915, y luego, en 2015,

[657] Estas ideas puede ser complementadas con lo señalado en el epígrafe 2.2.2 Los fundamentos del cambio normativo.
[658] En mayor detalle epígrafe 5.3.1 Actos y disposiciones derogatorias.

claramente usa la misma formulación normativa, en momentos distintos y de igual manera (identificar una disposición), pero con resultados diferentes. Dicha formulación emitida en 1915 hace una mención inexacta, en cambio, al usarla en 2015 es perfectamente correcta, porque, antes de la reforma del título preliminar de 1974, el art. 5º del Código Civil español de 1886 contenía la regulación de la derogación. Por lo tanto, si aquello que nos permite afirmar el carácter inexacto de la primera formulación se sustenta en que la identificación del precepto derogado depende del contexto de la emisión (tiempo, lugar, situación y identidad del emisor, entre muchos otros) y las convenciones lingüísticas de la enunciación, no se debe considerar que basta con la simple formulación de una disposición derogatoria para que quede configurada la derogación. En otras palabras, no es simplemente la emisión de una referencia identificadora o descripción por parte del legislador lo que produce la derogación (por disposición), sino más bien su enunciación o emisión bajo ciertas circunstancias y en un contexto determinado[659].

La singularidad del ejemplo anterior muestra que, en materia de derogación, las formulaciones o descripciones que pueda realizar el legislador mediante disposiciones derogatorias, siempre dependen del contexto de su emisión para determinar su aplicación, es decir, para su aplicación siempre se restringe a lo existente al tiempo de realizar la enunciación. Y adicionalmente, enfatiza el hecho de que, solo cuando podemos situar la enunciación en algún punto del marco espacio-temporal, es posible configurar la relación de derogación, pues esta posición en dicho marco es la que proporciona los elementos necesarios para determinar e identificar qué se está derogando[660].

A su vez, en relación con la derogación por oposición y absorción, las consideraciones necesarias para determinar su configuración son sumamente variadas y complejas, por lo cual solo me centraré en cómo se realiza su identificación. Si estos tipos de derogaciones dependen de que se presenten relaciones de inconsistencia o redundancia (regulan la misma materia), y estas son esencialmente abstractas, resulta necesario que los destinatarios del derecho pueden distinguir y discriminar cuáles son los particulares materiales que sirven de sustento a los significados que entran en inconsistencia o redundancia –aquí la importancia postular que la derogación es constituida mediante preceptos y no por normas–.

Sin embargo, si la identificación descansa en la posibilidad de tener criterios o métodos para identificar un particular encontrado en una ocasión, o descrito con respecto a una ocasión, como el mismo que es encontrado en otra ocasión, o descrito con respecto a otra ocasión, es decir, si para hablar de identificación es necesario reconocer la posibilidad de reidentificación, en materia de derogación por oposición o absorción esto resulta más bien problemático. Por ejemplo, si aceptamos que el significado expresado por un precepto puede ser diacrónicamente cambiantes ¿en qué sentido un precepto sería reidentificable?, i.e., si en un tiempo T_1 el precepto P expresa las normas N_1, N_2 y N_3, y luego, si en un tiempo T_2 el mismo precepto P expresa las normas N_1, N_4 y N_5, ¿en qué sentido es el mismo precepto?

Así, a partir del entramado conceptual adoptado, una respuesta a lo anterior consiste en rechazar la idea de que la identidad del precepto depende de la identidad de las normas que expresa, puesto que estas ideas van en contra de lo planteado hasta ahora. Más bien, se

659 (Strawson P. F., 1950, pp. 325-336).

660 Así, las disposiciones derogatorias pueden ser entendidas como descripciones individualizadoras cuasipuras, en oposición a las descripciones individualizadoras puras, que no dependen del contexto.

debe recordar que, los particulares materiales (el texto del precepto) son identificados y diferenciados a partir de sus relaciones dentro del marco espacio-temporal, mientras que para los particulares abstractos (las normas del precepto) su identificación está mediada por la referencia a los particulares del primer tipo (texto), de manera que, la identificación del precepto descansa en el marco espacio-temporal y no en las normas por él expresadas. Adicionalmente, si un concepto (precepto) es diferenciable de los otros conceptos como principio de distinción de particulares, aquello que proporciona esto al precepto es agrupar los textos con uno o más significados, lo cual es diferente de simplemente un texto, o un acto capaz de expresar uno o varios significados, es decir, aquello agrupado bajo el concepto de precepto es diferente de lo agrupado bajo otros conceptos. Según Strawson:

> «…the reidentification criteria for material bodies should not be found to turn on the indetities of other particulars except such as themselves are or have material bodies, whereas the reidentification criteria for particulars of other categories should be found to turn in part on the identity of material bodies» (1959, p. 55)

Por lo tanto, si las normas expresadas por un precepto pueden cambiar a lo largo de tiempo, se debe aceptar que los casos de derogación por oposición o absorción se pueden diluir el tiempo, al pasar a ser imposible su reidentificación. No obstante, para entender e identificar este tipo de derogaciones nuevamente se debe recurrir al contexto de la enunciación, a fin de cuentas el marco espacio-temporal, ya que al igual que los sucesos o los eventos, solo será posible identificar y luego reidentificar una derogación por oposición o absorción cuando se explicita el tiempo y el lugar en el cual esta se presenta, v.gr., «el precepto P_2 deroga por oposición o absorción al precepto P_1 en el tiempo T_2 y el ordenamiento jurídico Oj_1». Adicionalmente, esta manera de entender estos tipos de derogaciones se encuentra en perfecta armonía con la práctica jurídica, la cual sin inconvenientes deja de considerar como derogada una ley o precepto una vez ha sido derogado o anulado el precepto o ley que los derogaba.

En definitiva, pese a la multiplicidad de factores que deben ser considerados para determinar si es o no establecida la relación de derogación en todos sus tipos, resulta irrenunciable la consideración de los preceptos como los constituyentes propios de la derogación, pues solo ellos pueden ser identificados y reidentificados dentro del marco espacio-temporal que entrega individualidad a los particulares materiales, y además, presentan la singularidad de expresar una o más normas, lo cual permite establecer relaciones sustentadas en los contenidos significativos. Así, se presentan criterios adicionales para la reidentificación de los preceptos en el contexto jurídico, vinculados y sustentados en el contexto de la enunciación y en el momento de en que se determina la oposición o la redundancia.

6.5 Conclusiones

A partir de la imposibilidad de armonizar o compatibilizar las temáticas y problemáticas propiamente derogatorias planteadas por la práctica y teoría jurídica, se hace neceario tomar posición en torno a cómo elaborar una teoría jurídica. Caso en el cual, he optado por presentar las bases (filosóficas) de una teoría destinada a contribuir en la realización de las

funciones atribuidas a las derogación dentro de los ordenamientos jurídicos contemporáneos (eliminación y actualización normativa).

De esta manera, se presenta el sustrato necesario para entender cómo se capturan las ejemplificaciones de concepto abstractos, como la derogación, si estos solo pueden ser aprehendidos y comprendidos en la medida en la cual somos capaces de identificar ejemplicaciones de los mismos en el mundo. Luego, para precisar aún más las caracteristicas propias del concepto de derogación, se presenta y explica este como una «relación», puesto que este carácter repercute directamente en cómo y cuándo se presentan sus ejemplificaciones.

En consecuencia, para plasmar estas consideraciones filosóficas en las bases de una teoría de la derogación se presentan tres aspectos de la misma: el análisis de los conceptos, el concepto propiamente tal y las ejemplificaciones del mismo. En el primer punto se destaca la necesidad de adoptar o plantear alguna posición en torno a los conceptos y su análisis con carácter previo a la realización de cualquier análisis conceptual, al menos, para determinar sus alcances y pretensiones. Consecuentemente, explicito mi posición en torno a los conceptos y su análisis, la cual es deudora de los trabajos de P. F. Strawson. En el segundo punto, se entregan argumentos adicionales para no sospechar de los conceptos entendidos como universales, principalmente, en el contexto de una teoría del derecho de corte positivista, y asimismo, se presentan las ventajas de recurrir a los universales en el contexto del discursos jurídico atestado de entidades abstractas. Finalmente, en el tercer punto a través de un argumento sustentado en la filosofía adoptada y la importancia de los usos de la práctica jurídica se propone entender a los preceptos como los constituyentes de una relación de derogación, y adicionalmente, se presentan diversas consideraciones para no descuidar la relación en los preceptos, el marco espacio-temporal compartido y la identficación y reidentificación de los mismos, cuando es necesario constatar el establecimiento de una relación de derogación.

Probablemente, la actividad realizada a lo largo del presente capítulo tiene algún parecido (o pretende tenerlo) con un ejercicio de «metafísica descriptiva», entendida esta como la tarea de establecer las conexiones entre los principales rasgos estructurales de nuestro esquema conceptual. Se pretende entonces entender dicho esquema como un todo coherente donde las partes se apoyan entre sí de manera mutuamente dependiente, unas a otras se engranan de manera inteligible. Y se extrae dicho esquema conceptual de la estructura efectiva de nuestro pensamiento sobre el mundo, la cual es mayormente asumida en nuestros usos del lenguaje, pero no siempre está lo suficientemente exihida por estos. Por lo cual, si bien los usos del lenguaje constituyen una primera palabra para una matafísica descriptiva, esta busca explicitar algunos elementos generales compartidos en nuestra estructrua de pensamiento, los cuales no siempre se muestran facilmente en la superficie del lenguaje[661].

[661] (Strawson P. F., 1959, pp. 9-14) y (Strawson P. F., 1985, p. 23)

Conclusioni

Il presente lavoro di ricerca sull'abrogazione è sviluppato nel contesto degli ordinamenti giuridici contemporanei, nell'ambito di un approccio integrale alla pratica e alla teoria del diritto mediante un'analisi connessiva dei concetti giuridici propri della dinamica normativa; l'insieme di questi elementi permette di proporre le basi di una teoria dell'abrogazione incentrata sulle caratteristiche e sulle problematiche attualmente proprie di tale istituto.

È possibile leggere ciascun capitolo della presente tesi come un corpus autonomo, mentre ogni capitolo in connessione con l'altri constitusce una trattazione unitaria di un medesimo soggetto. Pertanto, ritengo necessario presentare i risultati della mia ricerca di dottorato, in primo luogo, a partire dalle idee sviluppate in ogni capitolo, e in secondo luogo, ricostruendo la linea argomentativa sviluppata nel corso della trattazione generale.

§ 1 *L'abrogazione negli ordinamenti giuridici contemporanei.* Il primo capitolo presenta gli ordinamenti giuridici contemporanei come il contesto in cui necessariamente l'abrogazione si manifesta, e su tale base, concludo che:

1) Attualmente una ricostruzione piramidale del carattere dinamico degli ordinamenti giuridici è insufficiente in ragione delle varie forme e relazione giuridiche presenti nei diritti positivi contemporanei. La complessità di questi diritti impedisce di realizzare una presentazione uniforme e statica degli stessi, principalmente, per le carenze che presenta una applicazione generalizzata delle relazioni che si derivano da una distribuzione di competenze e da una catena di produzione normativa. Pertanto, se non si vuole incorrere in rappresentazioni riduttive e dal potere esplicativo limitato, si deve rifiutare qualsiasi rappresentazione basata sul modello di una piramide normativa, ed inoltre, è necessario cercare nuovi modi di rappresentare la complessità dei diritti positivi contemporanei. Ad esempio, i modelli possono avvicinarsi maggiormente alla rappresentazione mediante un diagramma o mediante una rete (con nodi, connettori e proprietà) che non attraverso una piramide;
2) È molto utile ricostruire i diritti positivi contemporanei sulla base delle relazioni di esclusione normativa presenti tra di essi. Si deve ammettere che, in tali diritti, caratterizzati da una marcata dissociazione tra le regole di produzione ed esclusione normativa, una ricostruzione sostenuta da norme di produzione non è equivalente ad un'altra elaborata sulla base della forza di esclusione degli elementi. Infatti, a seconda di quali criteri vengono utilizzati per produrre tali ricostruzioni, lo stesso componente occupa posizioni diverse all'interno della ricostruzione. Appare opportuno iniziare a ricostruire il nostro diritto positivo sulla base dell'esclusione e non su quella della creazione normativa;
3) L'abrogazione ha un ruolo fondamentale negli ordinamenti giuridici contemporanei, dal momento che mostra tutta la sua importanza e utilità nel buon funzionamento di questi ultimi. Ad esempio, secondo il diritto spagnolo, inteso come un caso emblematico di un ordinamento giuridico contemporaneo, ci sono un totale di settecentonovantatre (793) casi generici in cui è necessario scegliere tra forme giuridiche posizionate in una relazione temporale, e all'interno di questi casi, il diritto spagnolo utilizza l'abrogazione in trecentoquattro (304) occasioni

per catturare la forza di esclusione dei suoi componenti, il che costituisce quasi il quaranta per cento (38,3%) del totale dei casi generici;

4) La grande complessità dei diritti contemporanei richiede ulteriori spiegazioni in merito alla "sfera di applicazione" dell'abrogazione, dato che in molti casi il suo tradizionale campo d'azione si riduce notevolmente. Pertanto, anche il classico approccio dell'esigenza di una relazione temporale tra le sue componenti (anteriore e posteriore), insieme a una relazione gerarchica (di rango pari o superiore), necessita di essere integrato. Quindi, qualsiasi spiegazione della sfera di applicazione dell'abrogazione dovrebbe prendere in considerazione i diversi gruppi e sottogruppi presenti nei diritti attuali, unitamente alla varietà delle forme giuridiche e alle molteplici relazioni intra e inter sistematiche;
5) Il principio *lex posterior derogat priori*, inteso come uno dei principali fondamenti dell'abrogazione, presenta profonde controversie in relazione alla domanda: quali sono i suoi fondamenti? Inoltre, nei casi in cui il fondamento dell'abrogazione è attribuito alle norme positive che disciplinano il suo funzionamento, si presenta la curiosa situazione che, di solito attraverso alcune disposizioni di un codice civile o disposizioni equivalenti, si regola il cambiamento normativo di norme gerarchicamente superiori e anche norme posteriori. Così, all'interno di una teoria dell'abrogazione, è opportuno sviluppare prospettive circa cosa è e come si presenta il suo "fondamento";
6) La complessità degli ordinamenti unitamente alla scarsa regolazione dell'istituto rendono imprescindibile una trattazione dettagliata delle circostanze concorrenti al verificarsi dell'abrogazione. Dato il contesto attuale, in molti casi, l'uso dell'abrogazione dipende dalla misura in cui la pratica giuridica sia in grado di riconoscerla e proporne una spiegazione, in modo tale che una corretta comprensione di tale istituto richiede una spiegazione dettagliata dei criteri utilizzati dalla stessa pratica giuridica;
7) Negli ordinamenti giuridici contemporanei, l'abrogazione svolge un ruolo chiave attraverso il suo uso come meccanismo per sfrondare il contenuto dell'ordinamento, escludendo gli elementi che producono distorsione, complessità e incoerenze, nonché come garanzia di processi di aggiornamento normativo che consentono l'introduzione della nuova legge nell'ordinamento giuridico attraverso l'esclusione della precedente. Tale "utilità" mostrata dall'abrogazione è rafforzata se si considerano gli elevati livelli di "inquinamento legale" presenti nei diritti legislativi esistenti;
8) Il termine "abrogazione" è usato per riferirsi a diverse situazioni di cambiamento normativo, e anche varie azioni collegate con il cambiamento normativo sono collegate a tale termine. Tuttavia, non sempre ognuna di tali situazioni o azioni è specificata e distinta, fatto che ostacola una maggiormente approfondita comprensione dell'abrogazione, e al stesso tempo ne oscura il carattere complesso, dal momento che essa è applicabile ad un'ampia gamma di azioni e situazioni. Quindi, una ricerca sulla sua "denominazione" è fondamentale per la comprensione dell'istituto.

§ 2 *L'abrogazione nella dogmatica giuridica.* Il secondo capitolo illustra gli approcci della dogmatica giuridica, come un'attività tradizionalmente dedicata a studiare e sviluppare proposte sull'abrogazione, nella sua qualità di rappresentante privilegiato della pratica giuridica. Dall'analisi dei entrambi tali elementi concludo che:

9) Tradizioni giuridiche temporalmente distanti e culturalmente diverse presentano un elevato grado di omogeneità e consenso nello sviluppo di proposte sull'abrogazione. Almeno tra i diritti spagnolo, italiano, inglese e statunitense si presenta un ampio numero di caratteristiche comuni che consentono un esame comparativo degli stessi;
10) Per un'adeguata analisi e comprensione delle prospettive sull'abrogazione provenienti da diverse tradizioni giuridiche, deve essere adottate, almeno, la seguente equivalenza terminologica tra "abrogazione", "*derogación*" e "*repeal*". Pertanto, non si deve seguire la tradizionale ed erronea traduzione di "*derogation*" come il termine in lingua inglese per parlare di abrogazione;
11) Le diverse tradizioni giuridiche hanno un sostrato condiviso del cambiamento normativo, principalmente derivato dalla concezione dei moderni diritti statali. Secondo tale concezione, negli ordinamenti giuridici si persegue l'ideale della certezza, la creazione normativa è centralizzata, e l'esistenza del diritto quindi bisogno di una dimostrazione o formulazione formale dell'autorità di creazione. Così, i meccanismi del cambiamento normativo presenti negli ordinamenti giuridici contemporanei necessariamente devono essere considerati alla luce di tali elementi;
12) La ricchezza concettuale della pratica giuridica, appositamente sviluppata dalla dogmatica, permette di fare riferimento in maniera differenziata ad una pluralità di meccanismi di cambiamento normativo riconosciuti dagli ordinamenti giuridici, e altresì di non fare un uso estensivo dei termini, ad esempio, non fare riferimento a quasi tutti i tipi e classi di meccanismi di cessazione normativa mediante la parola "abrogazione";
13) L'elaborazione di una rete concettuale di cambiamento normativo permette, non soltanto di differenziare ciascuno dei meccanismi di cessazione normativa riconosciuti nel ordinamento, ma anche di stabilire le loro funzioni all'interno di esso, insieme ad una chiara determinazione della sua posizione nella rete, in base alle relazioni tra i vari meccanismi. Pertanto, nell'ambito della rete concettuale del cambiamento normativo è possibile classificare i vari meccanismi come: i) depurazione e cessazione; ii) in avanti ed all'indietro; iii) interna ed esterna; iv) materiale e formale; e v) sospensione e rimozione;
14) Frutto dell'analisi comparativa con gli altri meccanismi di cambiamento, si ottiene un contenuto concettuale proprio dell'abrogazione, che consente di differenziarla dagli altri componenti della rete concettuale sulla base della funzioni che essa adempie nella rete. Così, nel senso stretto o tecnico, abrogazione è un meccanismo formale ed esterno di cessazione degli effetti orientati al futuro che possono produrre le leggi, a partir dal rapporto stabilito tra una legge precedente con la nuova formulazione della autorità di creazione (legge posteriore);
15) Le varie proposte di classificazione dell'abrogazione sviluppate dalla dogmatica giuridica, devono essere intese come risposte alla domande su ciò che ci motiva a dire che questa vecchia legge è abrogata da una successiva, o da domande su ciò che ci motiva sostenere che tale legge preliminare non è stata abrogata da una successiva? Ciò sulla base della tensione tra il criterio di conservazione del materiale normativo e il criterio cronologico, in ragione della quale le risposte dogmatiche cercano di fornire elementi per la corretta applicazione di ambedue i criteri. Così, sulla base delle risposte dogmatiche, si può istituire una classificazione di esclusione dei vari tipi di abrogazione generalmente accettati e

utilizzati nella pratica giuridica, vale a dire: i) abrogazione per disposizione; ii) abrogazione per opposizione; e iii) abrogazione per assorbimento;

16) Per la determinazione dei casi di abrogazione negli ordinamenti giuridici, è opportuno distinguere tra le condizioni e i requisiti richiesti per l'abrogazione in generale, e quelli richiesti per ogni tipo di abrogazione in particolare. Allo stesso modo, si deve distinguere tra gli effetti generali prodotti dall'abrogazione in generale e gli effetti specifici di ciascun tipo di abrogazione;

17) Le funzioni di aggiornamento ed eliminazione normativa svolte dall'abrogazione negli ordinamenti giuridici contemporanei sono ampiamente condizionate dalle tecniche legislative utilizzate dall'autorità di creazione nel momento in cui stabilisce l'abograzione. Ad esempio, l'utilizzo di una disposizioni abrogatrici o di clausole abrogative generali, nonché di un elenco o tabella di abrogazioni, hanno ripercussioni e portate differenti;

18) Insieme con l'uniformità delle proposte dogmatiche per lo studio e la spiegazione dell'abrogazione, gli autori concordano anche su una serie di questioni direttamente legate alla trattazione dell'istituto. Quindi, è possibile parlare di una serie di problemi propriamente dogmatici dell'abrogazione, che derivano principalmente dai punti su cui si riscontra invece una mancanza di accordo tra gli autori.

§ 3 *L'abrogazione in Hans Kelsen*. Il terzo capitolo sviluppa le idee principali di Hans Kelsen sulla dinamica degli ordinamenti giuridici e dell'abrogazione, dato che la sua opera costituisce una teorizzazione compiuta dei diritti positivi come sistemi dinamici di norme, sulla base di una continua riflessione sulla formazione del moderno stato di diritto e delle sue trasformazione. In questo senso, concludo che:

19) Hans Kelsen usa sempre le parole «*Aufgehoben*» e «*Derogiere*», e tutti i termini che ne derivano, per riferirsi a situazioni legate all'abrogazione. Tuttavia, dal momento che tali termini non sempre sono stati tradotti e compresi correttamente, l'uso distinto specifico di essi non era stato messo debitamente in luce. Così, non si è riconosciuta la proposta *kelseniana* di distinguere tra l'atto e l'effetto abrogativo. Pertanto, per rispecchiare tale distinzione, ho tradotto «*Derogiere*» come "abrogazione" (derogación) ponendo maggiore enfasi sull'attività o atto, mentre di intendere «*Aufgehoben*» come "soppressione" ponendo maggiore enfasi sugli effetti dell'abrogazione –tale regola si estende ai termini derivati da essi–;

20) La trattazione dell'abrogazione, di parte di Kelsen, non si inizia negli anni sessanta, come crede una parte considerevole degli autori, ma, fin dai suoi primi lavori di teoria del diritto, l'abrogazione svolge un ruolo di primo piano. In effetti, lo stesso Kelsen attribuisce il carattere di primo nucleo della Teoria Pura del Diritto a «*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der lehre vom Rechtssatz*» (1911), ed è interessante notare che questo libro è uno di quali che presentano un maggior numero di proposte sull'aboga, insieme a «*Derogation*» (1962) e «*Allgemeine theorie der norme*» (1979);

21) I contributi della Scuola di Vienna, guidati da Kelsen, costituiscono una pietra miliare per la ricostruzione dell'aspetto dinamico dei diritti positivi. Nonostante il cambiamento dei sui componenti, è possibile parlare dello stesso ordine o sistema giuridico, perché nel ordine o sistema stratificato, le norme si collegano mediante le relazioni di creazione e applicazione normativa, e anche il suo fondamento e unità deriva da una norma fondamentale;

22) La ricostruzione *kelseniana* dell'ordinamento giuridico è molto utile per capire la concezione dello stato moderno di diritto. In tale concezione, le condizioni della creazione e il contenuto delle leggi sono stabilite dello stato attraverso altre leggi o norme che compongono l'ordine giuridico. Pertanto, è possibile il cambiamento normativo soltanto nella misura in cui il diritto stesso (statale) autorizza e regolamenta tale creazione;

23) Entro le proposte *kelseniane* sulla dinamica degli ordinamenti giuridici risaltano: i) la trattazione di relazioni intersistematiche (tra i sistemi dell'ordine) e delle relazioni intrasistemiche (tra gli strati dei sistemi); ii) la distinzione tra i vari strati che compongono i sistemi giuridici (diritto internazionale, la Costituzione, le leggi e sentenze dei tribunali); iii) la ricostruzione della dinamica normativa mediante le azioni di creazione e applicazione della legge, ricostruzione direttamente collegata ai vari strati all'interno dei sistemi e alla caratterizzazione delle norme (generali), come una cornice di significati; iv) le diverse classificazioni proposte delle norme giuridiche (primarie e secondarie, complete e incomplete, e nome che comandano, autorizzano, permettono o abrogano); iv) la ricorrente preoccupazione per le forze sociali, che si manifestano attraverso la consuetudo e desuetudo, è una considerazione del diritto al di là del quadro statale; v) la trattazione del principio *lex posterior derogat priori* come essenziale per garantire la coerenza del sistema mediante l'inclusione di nuovi elementi, perché condiziona l'autorizzazione concessa agli organismi di creazione attraverso la produzione di norme giuridiche modificabili o rimovibili; e, infine, vi) il rifiuto primo e l'accettazione poi di conflitti normativi, costituiscono un'eloquente rappresentazione delle diverse posizioni da cui si può teorizzare circo diritto;

24) In materia di abrogazione, si sottolineano le seguenti proposte di Kelsen: i) l'uso coerente di due termini per esprimere in modo differenziato l'atto di abrogare, come meccanismo di esclusione, e l'effetto di tale atto, in quanto legato alla perdita di validità delle norme; ii) la marcata distinzione tra una abrogazione formale ed altra materiale, senza però omettere di dare rilievo a quest'ultima all'interno del suo quadro concettuale; iii) la chiara distinzione tra abrogazione ed annullamento, anche se, nel suo quadro concettuale, entrambi producono lo stesso effetto (soppressione della validità delle norme); iv) lo sviluppo di varie ipotesi esplicative in cui l'abrogazione avviene, principalmente, nei rapporti tra i sistemi dell'ordino giuridico, nonché, nei rapporti tra i vari strati che compongono ciascuno dei sistemi; v) la specificazione delle diverse problematiche giuridiche direttamente collegate con l'abrogazione (reviviscenza, inderogabilità, retroattività e permessi tramite l'abrogazione); e, infine, vi) una caratterizzazione interessante della classica distinzione tra abrogazione totale e parziale sulla base della nozione di diverse sfere di validità;

§ 4 *L'abrogazione in Alchourrón e Bulygin.* Il quarto capitolo presenta le proposte di Alchourrón e Bulygin sulla dinamica degli ordinamenti giuridici e sull'abrogazione, in considerazione del fatto che tali autori hanno svolto molto il proprio lavoro concentrandosi sulla complessità della nozione di sistema giuridico. Riguardo ai due autori concludo che:

25) L'opera di Alchourrón e Bulygin è caratterizzata dall'incentrarsi sulla ricostruzione e la sistematizzazione dei diritti positivi propri di un modello statale di produzione normativa, ragion per cui essa si concentra sul diritto emanato da atti deliberati di

creazione normativa, sostanzialmente, il diritto costituzionale e il diritto legislativo, e sulla loro applicazione da parte dei giudici;

26) È possibile interpretare l'opera di Alchourrón e Bulygin come una continua spiegazione dei criteri di razionalità che determinano gli atti di introduzione (promulgazione) ed eliminazione (abrogazione) di norme in un sistema giuridico. La razionalità intesa come una sorta di logica (in senso lato) capace di stabilire le basi per vari sviluppi, paragonabile a calcoli dei sistemi giuridici dinamici;

27) Le diverse concezioni ontologiche adottate dagli autori in relazione al carattere delle norme giuridiche, mostrano la necessità di prendere una posizione quando si presenta una teoria dell'abrogazione, perché senza una posizione su quali sono le norme è difficile riconoscere ciò che abroga e ciò che viene abrogato, e quali effetti si verificano in un sistema di norme;

28) Tra le proposte di Alchourrón e Bulygin che arricchiscono la ricostruzione sistematica del cambiamento normativo sottolineo: i) l'interconnessione tra le nozioni di ordine giuridico e sistemi giuridici per cogliere la natura dinamica dei diritti positivi; ii) la comprensione dei sistemi giuridici come insieme di norme (indipendenti, formulati e derivati) legati ad una struttura, (criteri di appartenenza diretta, legalità e deducibilità), e, a sua volta, capire l'ordine giuridico come un insieme di sistemi giuridici generato sulla base degli atti di introduzione e di eliminazione di norme; iii) la trattazione dei rapporti di distribuzione dei componenti dei sistemi giuridici; iv) la trattazione dei conflitti normativi e dei loro tipi all'interno del sistema (consistenza semplice o condizionata a certi fatti), in insieme allo sviluppo della defettibilità, virtù del fatto che ambedue le nozione sono collegate all'idea di osservanza del diritto; e, infine, v) il legame concettuale tra la regola *lex posterior derogat priori* e la nozione di competenza, nella misura in cui la regola dà alle autorità la facoltà di cambiare la qualificazione normativa delle azioni;

29) Per quanto riguarda l'abrogazione, alcune delle idee più influenti degli autori sono collegate con la distinzione tra rifiuto e rimozione, come componenti dell'abrogazione. Sulla base di questa distinzione posso essere analizzata in maggior dettaglio e profondità la portata e le funzioni dell'abrogazione all'interno del'ordinamento. Prova di ciò è lo sviluppo di idee circa: i) l'indeterminatezza logica del sistema; ii) il legame tra abrogazione e la distribuzione di norme; iii) la cosiddetta abrogazione anticipata; e, infine, iv) i rapporti tra abrogazione e il permesso –questi ultimi due già anticipati nell'opera di Hans Kelsen;

30) Benché nell'opera di Alchourrón e Bulygin l'abrogazione sia caratterizzata genericamente come rimozione normativa, non sempre si esplicita il modo in cui essa avviene, cioè: i) contrazione o semplice abrogazione di una norma senza aggiungere una nuova norma al suo posto; e ii) revisione o abrogazione che aggiunge una nuova norma al posto della norma abrogata. Inoltre, a un livello sintattico, l'abrogazione può essere presentata come: i) emendamento, se si sostituisce una parte di una formulazione normativa con un'altra; o ii) riforma, se si sopprime solo una sezione o disposizione, ovvero, la si sostituisce completamente con un altro. Nondimeno, si chiama "revocazione" il caso in cui è esclusa una formulazione normativa, e di conseguenza, la norma che essa esprime, ma tale norma non è esclusa dal sistema;

31) Poiché Alchourrón e Bulygin distinguono tra norme in senso stretto e enunciati normativi, ci si può chiedere perché, se il loro obbiettivo è spiegare i criteri che guidano le azioni di introduzione e di eliminazione di nome, omettono una

caratterizzazione delle disposizioni abrogatrici, mentre invece sviluppano la propria posizione, per esempio, circa le regole di competenza e le definizioni legali.

§ 5 *L'abrogazione in Riccardo Guastini*. Il quinto capitolo presenta una descrizione dettagliata delle idee centrali di Riccardo Guastini per quanto riguarda la dinamica dei ordinamenti giuridici e l'abrogazione. La opera di Guastini è caratterizzata da una marcata deferenza verso diritto positivo attraverso una focalizzazione su ciò che effettivamente compiono il loro creatori, interpreti e coloro che lo applicatori. Riguardo a ciò concludo che:

32) Per Guastini la ricostruzione dell'ordinamento giuridico non deve essere presentare soltanto come un insieme strutturato di norme, ma piuttosto come egualmente composta di testi giuridici ed atti di interpretazione. Gli atti considerativi come normativi non producono norme, ma piuttosto, testi normativi, e ciascuno di tali testi ammette interpretazioni sincronicamente diverse e diacronicamente mutevoli; dunque, qualsiasi ricostruzione deve considerare solo un sottoinsieme di essi, preferibilmente il sottoinsieme del diritto in vigore;
33) Il realismo giuridico difeso da Guastini suggerisce che la conoscenza del diritto può essere puramente fattuale, dal momento che può consistere in conoscere quello formulato dal legislatore, rilevare il modo in cui vengono interpretate le formulazioni provenienti dal legislatore, e prevedere quali decisioni saranno prese da parte dei giudici e dalla pubblica amministrazione. Inoltre, l'autore preferisce fare una filosofia del diritto dei giuristi, caratterizzata come un'attività incentrata sulle questioni concettuali inerenti all'esperienza giuridica;
34) Lo scetticismo circa le norme promosso da Guastini si basa sul riconoscimento che è possibile almeno una pluralità di interpretazioni dello stesso testo normativo e che non esiste un criterio di verità persuasivo per gli enunciati interpretativi. Nondimeno, in virtù del carattere ingannevole del linguaggio giuridico, non c'è una corrispondenza univoca tra le disposizioni e le norme, principalmente, sulla base del significato delle parole, del contesto degli enunciati e dei codici interpretativi utilizzati dagli operatori giuridici;
35) Data la natura equivoca del linguaggio giuridico e la pretesa di una conoscenza fattuale della legge, la nozione di un diritto in vigore, inteso come quello formato dalle norme generali efficacemente applicate dai tribunali e dalla pubblica amministrazione (interpretazione dominante), è la chiave per svolgere la ricostruzione del materiale normativo;
36) Nel lavoro di Guastini, spiccano le sue proposte sugli ordinamenti giuridici dinamici, vale a dire: i) l'osmosi tra il discorso del legislatore e il discorso degli interpreti in materia di produzione normativa; ii) i diversi tipi di norme che compongono l'ordinamento giuridico (norme di condotta, di competenza, permissive, definitorie, interpretative, di rinvio, sull'efficacia di norme, sui conflitti tra norme e norme abrogatrici, ed inoltre tra norme espresse ed inespresse, tra le altre); iii) i vari tipi di gerarchie normative che possono strutturare tale norme (gerarchia formale, materiale, logica ed assiologica); iv) la presentazione dettagliata dei principali attributi normativi (esistenza, validità, efficacia, applicabilità, vigenza ed appartenenza) e il loro legame con i meccanismi di esclusione di norme; e, infine, v) le distinzioni legate all'antinomie, alla loro prevenzione e alla loro risoluzione;

37) Per quanto riguarda l'abrogazione, entro le prospettive *guastiniane* si evidenziano: i) la differenziazione tra atto abrogativo, disposizioni abrogatrici e norme sull'abrogazione; ii) i diversi tipi di abrogazione (nominata, innominata, per incompatibilità e nuova disciplina); iii) la distinzione tra gli effetti generali della abrogazione e gli effetti specifici di ciascun tipo di abrogazione, unitamente a una proposta di reviviscenza; iv) alcune spiegazioni circa i fondamenti e la portata dell'abrogazione; e, infine, v) la spiegazione delle situazioni in cui l'abrogazione si presenta in relazione ad altri istituti giuridici all'interno dell'ordinamento giuridico (referendum abrogativo, deroga, annullamento, illegittimità costituzionale, e tra le altre);

§ 6 *Le basi per una teoria dell'abrogazione*. Il sesto capitolo offre alcune basi filosofiche per sviluppare una teoria dell'abrogazione, sulla base delle impossibilità di conciliare o armonizzare le prospettive e le preoccupazioni provenienti dalla pratica e dalla teoria giuridica. Analizzati tali concludo che:

38) Ci sono chiare differenze tra la pratica e la teoria giuridica nello studio del fenomeno giuridico, allorché tra le due discipline si constatano differenze nella generalità, l'astrazione e la portata delle loro proposte. Così, un modo in cui è possibile spiegare tali differenze presente tra le due aree di conoscenza giuridica, deriva dalla nozione di problema, giacché lo studio contribuisce a esplicitare un insieme di aspetti che devono essere condivisi e presupposti da coloro che studiano il diritto (sia del punto di vista teorico che della prattica giuridica) per configurare e risolvere un problema particolare;
39) Il collegamento diretto tra il tempo e l'importanza pratica degli oggetti può essere una base da cui partire per costruire una teoria dell'abrogazione. Siccome questo istituto giuridico è l'esempio paradigmatico del rapporto tra tempo e diritto, sembra altamente importante considerare, quanto meno nell'iniziare la sua ricostruzione teorica dell'abrogazione, quali sono le conseguenze o quale è la sua importanza pratica, perché solo queste domande permettono configurare ed utilizzare l'abrogazione;
40) Negli ordinamenti giuridici contemporanei, l'abrogazione si caratterizza mediante la necessità di una promulgazione per che essa possa verificarsi, e anche per le sue funzioni pratiche di sfrondare l'ordinamento e garantire i processi di aggiornamento. Così, quando si collegano queste caratteristiche con lo scopo minimo di una autorità normativa (guidare la condotta dei destinatari dei suoi comandi), appare chiara l'importanza di fornire criteri per individuare l'esemplificazione del concetto di abrogazione all'interno dei nostri ordinamenti giuridici, nonché di presentare una specifica caratterizzazione dell'istituto come un concetto di relazione;
41) I particolari materiali godono di una priorità ontologicamente rispetto ai particolari astratti, perché quest'ultimi non possono essere identificati senza riferimento ai particolari del primo tipo, mentre i particolari materiali possono essere identificati senza riferimento a particolari astratti. Tale dipendenza significa che non si può parlare di, e neanche individuare, particolari astratti a meno che non sia possibile parlare di, e quindi identificare, particolari materiali. Pertanto, se si accetta la possibilità di stabilire riferimenti identificativi a questi oggetti non osservabili, dobbiamo anche accettare che è necessario individuarli in ultima istanza, attraverso qualsiasi identificazione di oggetti osservabili, in quanto questi

ultimi sono quelli che possiamo identificare nella nostra struttura spazio-temporale condivisa;

42) L'analisi dell'abrogazione come relazione e anche delle relazioni necessarie per il suo verificarsi mostra la varietà di situazioni che possono nascondere un meccanismo di esclusione normativa di questo tipo. Pertanto, al momento di elaborarne una teoria si deve resistere alla tentazione di ridurre la complessità delle relazioni e delle proprietà concomitanti ad un'esemplificazione di abrogazione o d'altri meccanismi di esclusione normativa, perché la comprensione articolata di tale complessità costituisce una parte importante del contributo alla realizzazione delle funzioni abrogative;

43) Una teoria del diritto di approccio concettuale dirige la sua attività al miglioramento della nostra auto-comprensione delle pratiche sociali connesse con il diritto. Tuttavia, questa attività può essere sviluppata solamente mediante l'adozione (espressa o implicita) di una posizione filosofica, perlomeno, su quali sono i concetti e come eseguire la loro analisi. In altre parole, per affrontare la dimensione filosofica dei problemi derivanti dall'analisi dei concetti giuridici sembra ragionevole prendere in considerazione un certo tipo di posizione filosofico-concettuale, perché altrimenti è lecito chiedersi come identificare l'oggetto dello studio e come eseguire tale attività;

44) L'unico candidato per la carica di componente di una relazione di abrogazione sono i casi in cui un testo esprime una o più norme, vale a dire, i precetti giuridici. I precetti svolgono questo ruolo perché sono gli unici in grado di entrare in una relazione di abrogazioni suscettibile di essere identificata attraverso le sue esemplificazione. Pertanto, è più opportuno pensare l'abrogazione come un complesso formato da un nesso (la relazione) e due costituenti (abrogatrice e abrogata), dove questi ultimi sono soddisfatti solo dai precetti, intesi come formulazioni normative che esprimono una o più norme. Così, si inizia a assicurare la certezza ed inizia a avere senso la raccomandazioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, dal momento che se davvero sono esclusi dall'ordinamento giuridico i testi e i suoi significati, certi insiemi di formulazione normative e le norme espresse da loro non saranno più considerati come diritto;

45) La varietà di fattori che devono essere considerati per determinare se la relazione di abrogazione è stabilita o no in tutti i suoi tipi non pregiudica la considerazione dei precetti come gli elementi costitutive propri dell'abrogazione, perché solo loro possono essere identificati e re-identificati all'interno del quadro spazio-temporale che individua i particolari materiali, e inoltre, essi hanno anche la singolarità di esprimere una o più norme, il che permette di stabilire relazioni basate sui contenuti di significato. Così, si presentano criteri supplementari per la ri-identificazione dei precetti nel contesto giuridico, collegati al e supportati dal contesto di enunciazione.

§ *L'abrogazione. Un'analisi della dinamica degli ordinamenti giuridici*. Considerata globalmente, la presente tesi sviluppa un'analisi completa del concetto di abrogazione nel contesto dei diritti positivi contemporanei. La ricerca è stata effettuata attraverso lo studio della teoria e della pratica giuridica, utilizzando un modello di analisi concettuale connessiva. In tal modo, si offre un contributo significativo al miglioramento della nostra comprensione e della nostra conoscenza di tale istituto in particolare e del cambiamento normativo in generale. Inoltre, si stabiliscono le basi filosofiche per elaborare una teoria dell'abrogazione a partire dalla sua attuale configurazione nei diritti contemporanei.

In questo modo, come nota riassuntiva della mia ricerca sottolineo l'importanza di ciascuno degli elementi che integrano, strutturano e guidano lo sviluppo di questa tesi:

46) "L'ordinamento giuridico" costituisce il contesto necessario ed imprescindibile in cui i precetti giuridici esistono e si danno le varie relazioni che possono configurarsi tra di essi. Così, negli ordinamenti giuridici concreti si configurano e utilizzano diversi istituti giuridici, all'interno dei quali, in questa ricerca spicca l'abrogazione. Pertanto, solo attraverso la considerazione e l'analisi degli ordinamenti giuridici è possibile comprendere fenomeni giuridici concreti, dal momento che questi ultimi sono caratterizzati e utilizzati sulla base dei primi;
47) "Un'analisi concettuale connessiva" fornisce una rete di concetti interconnessi, in grado di spiegare la funzione di ogni elemento della rete, e della comprensione delle loro connessioni con gli altri membri di essa e il suo posto in essa. Così, sulla base delle nozioni di analisi concettuale connessiva è stato possibile: i) ricostruire un diritto positivo contemporaneo sulla base della forza di esclusione dei suoi elementi e con particolare attenzione al rapporto tra i meccanismi di esclusione normativa (abrogazione, nullità e inapplicabilità); ii) elaborare sulla base delle prospettive della dogmatica giuridica, una rete concettuale del cambiamento normativo che specifica il ruolo svolto da ciascun meccanismo di cessazione normativa in base al suo posto all'interno della rete; e iii) sviluppare, sotto la nozione di prisma abrogativo, una rete concettuale della dinamica degli ordinamenti giuridici per ciascuna delle prospettive teoriche studiate, e quindi, al suo interno, caratterizzare l'abrogazione;
48) Lo studio della "pratica giuridica" si è rivelato indispensabile ed insostituibile per una corretta analisi dell'abrogazione e della dinamica normativa, dal momento che è nella pratica che si forgiano, si utilizzano e si mettono in relazione i diversi concetti giuridici attualmente usati, intesi come una sorta di concetti tecnici. Nello sviluppo della ricostruzione di un diritto contemporaneo (quello spagnolo) è stato esplicitato come alcune variazioni hanno configurato l'abrogazione nel corso degli anni. Inoltre, sulla base delle caratteristiche distintive di questo tipo di ordinamento giuridico, unitamente con la costatazione della rilevanza che ancora ha l'abrogazione nel cambiamento normativo, è stato possibile ottenere una caratterizzazione compiuta dell'abrogazione in questo contesto. Nondimeno, lo studio della dogmatica, intesa come rappresentante privilegiato della pratica giuridica, ha fornito un corretto arricchimento concettuale per distinguere chiaramente ogni meccanismo di cessazione normativa riconosciuto attualmente. Inoltre, la revisione delle prospettive dogmatiche ha provvisto il background necessario per classificare e determinare l'abrogazione, unitamente alla indicazione della sua portata, della sua utilità e delle sue problematiche;
49) L'esame della "teoria del diritto" ha trovato alcune complementarietà tra la sua prospettiva e quella della prassi giuridica, ma soprattutto la sua considerazione ha fornito un quadro concettuale sufficientemente preciso per affrontare l'analisi della dinamica degli ordinamenti giuridici e l'abrogazione. Analogamente, questo esame ha fornito alla ricerca un insieme di temi e questioni teoriche, la cui considerazione risulta imprescindibile per lo sviluppo di una soddisfacente teoria del cambiamento normativo in generale e dell'abrogazione in particolare;
50) La presentazione e l'adozione di una "posizione filosofica" profondamente impegnata nell'analisi concettuale e nella spiegazione del suo sostrato e delle sue implicazioni ha fornito non solo un corpo di idee necessari per comprendere ed

eseguire l'analisi che guida la presente indagine, ma altresì fornito le basi (filosofiche) per: i) costruire un modello analitico di presentazione delle prospettive teoriche e pratiche relative ai concetti giuridici del cambiamento normativo in generale e dell'abrogazione in particolare; e ii) abbozzare i primi elementi di una teoria dell'abrogazione, incentrata sulla sua caratterizzazione attuale; forse questa è la prima applicazione delle prospettive filosofiche adottate, nonché delle conoscenze teoriche e della formazione pratica ottenute nel corso di questa tesi.

Bibliografía citada

Con el objetivo de realizar una reconstrucción cronológica fidedigna de los planteamientos de los autores estudiados, la presentación de las referencias se caracteriza porque, junto con exponer el año de la publicación correspondiente, se añade entre corchetes el año del texto original con el fin de explicitar la fecha de elaboración de la misma. Lo anterior se aplica en los casos en que trabajé a partir de una traducción, una segunda edición sin cambios y una republicación en un compendio de la obra original, así como también, en los casos en que existe un considerable espacio de tiempo entre la elaboración y la publicación de la obra.

Abignente, A. (1990). *La dottrina del diritto tra dinamicità e purezza. Studio su Adolf Julius Merkl.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

Aguiló, J. (1991). La derogación de las normas en la obra de Hans Kelsen. *Doxa,* (10) , 223-258.

Aguiló, J. (1992). Derogación, rechazo y sistema jurídico. *Doxa* (11), 263-280.

Aguiló, J. (1994). La derogación en pocas palabras. *Anuario de Filosofía del Derecho , XI*, 407-418.

Aguiló, J. (1996). Fonti del diritto, atti di promulgazione, e atti di abrogazione. En P. Comanducci, & R. Guastini (Eds.), *Analisi e diritto: Struttura e dinamica dei sistemi giuridici* (págs. 163-178). Torino: G.Giappichelli editore.

Albácar, J. L., & Granizo, M. (1991). *Código Civil doctrina y jurisprudencia* (Vol. I). Madrid: Trivium.

Albaladejo, M. (2002). *Derecho civil I: Introducción y parte general* (15ª ed.). Barcelona: Librería Bosch, S.L.

Alchourrón, C. (1991[1969]). Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas. En C. Alchourrón, & E. Bulygin (Eds.), *Análisis lógico y derecho* (págs. 25-49). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales [Obra original: Logic of norms and logic of normative propositions. *Logique et Analyse*, 12 (47).]

Alchourrón, C. (1972). The intuitive background of normative legal discourse and its formalization. *Journal of Philosophical Logic,* (1), 447-463.

Alchourrón, C. (1982). Normative order and derogation. En A. Martino (Ed.), *Deontic logic, computational linguistics and legal information systems*(Vol. II, págs. 51-63). New York: North-Holland Publishing Company.

Alchourrón, C. (1988). Condizionalità e reppresentazione delle norme giuridiche. En A. Martino, & F. Socci (Eds.), *Analisi automatica dei testi giuridici* (págs. 241-254). Milano: Giuffrè Editore.

Alchourrón, C. (1991[1988]). Conflicto de normas y revisión de sistemas normativos. En C.

Alchourrón , & E. Bulygin (Eds.), *Análisis lógico y derecho* (págs. 291-301). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales [Obra original: Conflicts of norms and revision of normative systems. *Congreso de Miami*.]

Alchourrón, C. (1995). Introducción: Concepciones de la lógica. En C. Alchourrón (Ed.), *Lógica* (págs. 11-47). Madrid: Editorial Trotta S.A.

Alchourrón, C. (1996). Detachment and defeasibility in deontic logic. *Studia Logica,* (57), 5-18.

Alchourrón, C. (2010a[1996]). Para una lógica de las razones prima facie. En J. Moreso, & J. Rodríguez (Eds.), *Fundamentos para una teoría general de los deberes* (págs. 129-139). Madrid: Marcial Pons. [Obra original: Para una lógica de las razones prima facie. *Análisis Filosófico*, 16 (2).]

Alchourrón, C. (2010b[1996]). Sobre derecho y lógica. En J. Moreso, & J. Rodríguez (Eds.), *Fundamentos para una teoría general de los deberes* (J. Rodríguez, Trad., págs. 155-175). Madrid: Marcial Pons. [Obra original: On law and logic. *Ratio Juris*, 9 (4).]

Alchourrón, C., & Bulygin, E. (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales.* Buenos Aires: Editorial Astrea.

Alchourrón, C., & Bulygin, E. (1976). Sobre el concepto de orden jurídico. *Crítica , VIII* (23), 3-23.

Alchourrón, C., & Bulygin, E. (1977). Incompletezza, contraddittorietà e indeterminatezza degli ordinamenti normativi. En G. Di Bernando (Ed.), *Logica deontica e semantica: Atti del convengo tenuto a Bielefeld 17-22 marzo 1975* (F. Castellani, trad.,págs. 291-306). Bologna: Società Editrice Il Mulino.

Alchourrón, C., & Bulygin, E. (1979). *Sobre la existencia de las normas jurídicas.* México, D.F.: Distribuciones Fontamara, S.A.

Alchourrón, C., & Bulygin, E. (1981). Expressive conception of norms. En R. Hilpinen (Ed.), *New studies in deontic logic. Norms, actions, and the foundations of ethics* (págs. 95-124). Dordrecht: D. Reidel Publishing Company.

Alchourrón, C., & Bulygin, E. (1983). Definiciones y normas. En E. Bulygin, M. Farrell, C. Nino, & E. Rabossi (Eds.), *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrio* (págs. 11-40). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Alchourrón, C., & Bulygin, E. (1984a). Pragmatic foundations for a logic of norms. *Rechtstheorie,* (15), 453-464.

Alchourrón, C., & Bulygin, E. (1984b). Permission and permissive norm. En W. Krawietz, H. Schelsky, G. Winkler, & A. Schramm (Eds.), *Theorie der norm* (págs. 349-371). Berlin: Duncker & Humbolt.

Alchourrón, C., & Bulygin, E. (1991[1985]). Libertad y autoridad normativa. En C.

Alchourrón, & E. Bulygin (Eds.), *Análisis lógico y derecho* (págs. 239-247). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. [Obra original: Libertad y autoridad normativa. *Boletín de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, 3 (26).]

Alchourrón, C., & Bulygin, E. (1988). Perils of level confusion in normative discourse. *Rechtstheorie,* (19), 230-237.

Alchourrón, C., & Bulygin, E. (1991[1989]). Los límites de la lógica y el razonamiento juridico. En C. Alchourrón, & E. Bulygin (Eds.), *Análisis lógico y derecho* (págs. 303-328). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. [Obra original: Limits of logic and legal reasoning. En A. Martino (eds.), *Preproceedings of the III International Conference on Logica-Informatica-Diritto*, vol. II, Fireze.]

Alchourrón, C., & Bulygin, E. (1991). *Análisis lógico y derecho.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alchourrón, C., & Bulygin, E. (1996). Norma jurídica. En E. Garzón Váldes, & F. J. Laporta (Eds.), *El derecho y la justicia* (págs. 133-147). Madrid: Edtorial Trotta.

Alchourrón, C., & Makinson, D. (1981). Hierarchies of regulations and their logic. En R. Hilpinen (Ed.), *New studies in deontic logic* (págs. 125-148). Dordrecht: Reidel Publishing Company.

Alchourrón, C., & Martino, A. (1987/88). Lógica sin verdad. *Theoria,* (3), 459-464.

Alchourrón, C., Gärdenfors, P., & Makinson, D. (1982). On the logic of theory change partial meet functions for associated revision functions. *Theoria. A Swedish Journal of Philosophy , XLVIII*, 14-37.

Andrioli, V. (1956). Questione di illegitimità costituzionale manifestamente fondata? *Rivista di Diritto Processuale , XI* (2), 229-236.

Atienza, M. (2004). Entrevista Riccardo Guastini. *Doxa,* (27), 557-473.

Atienza, M. (2012). *El sentido del derecho.* Barcelona: Ariel, S.A.

Atienza, M., & Ruíz Manero, J. (2007). *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos* (4ª ed.). Barcelona: Ariel.

Austin, J. (1906). On the uses of the study of jurisprudence. En W. J. Brown (Ed.), *The austinian theory of law* (págs. 242-253). London: John Murray, Albemarle Street.

Austin, J. (1913). *Lectures on jurisprudence.* (R. Cambell, Ed.) London: John Murray, Albemarle Street.

Austin, J. L. (1970[1956-1957]). *Philosophical papers.* Oxford: Oxford University Press.

Austin, J. L. (1962). *How to do things with words.* Oxford: The Clarendon Press.

Azzoni, G. M. (1987). Abrogazione, regole costitutive, validita. En C. Luzzati (Ed.), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico* (págs. 33-37). Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.

Balazs, Z. (2004). Moral philosophy and the ontology of relations. *Ethical Theory and Moral Practice*, (7), 229-251.

Barberis, M. (1990). Kelsen, Paulson, and the dynamic legal order. En L. Gianformaggio (Ed.), *Hans Kelsen's legal theory. A diachronic point of view* (págs. 49-58). Torino: G. Giappichelli.

Barberis, M. (1997). Conjuntos y sistemas: una objeción a Alchourrón y Bulygin. *Doxa,* (20), 23-52.

Bayles, M. D. (1990). What is jurisprudence abour? theories, definitions, concepts, or conceptions of law? *Philosophical Topic , XVIII* (1), 23-40.

Bayón, J. C. (2010 20th, 21st and 22nd-Mayo). The province of jurisprudence undertermined. *1st Conference on philosophy and law neutrality and theory of law* . Girona.

Bix, B. (1995). Conceptual questions and jurisprudence. *Legal Theory , I* (4), 465-479.

Bix, B. (20 de Abril de 2009). *Legal theory: types and purposes.* Recuperado el 27 de Abril de 2013, de Encyclopedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law: http://ivr-enc.info/index.php?title=Legal_Theory:_Types_and_Purposes

Boas, G. (1937). What is a problem? *The Journal of Philosphy , XXXIV* (8), 197-204.

Bobbio, N. (1960). *Teoría dell'ordinamento giuridico.* Torino: G. Giappichelli Editore.

Bobbio, N. (1984). *Dalla struttura alla funzione. Novi studi di teoria del diritto.* Milano: Edizione di Comunità.

Bobbio, N. (1990). *Contribución a la teoría del derecho.* (A. Ruiz Miguel, Trad.) Madrid: Editorial Debate.

Bulygin, E. (1991[1961]). Sobre la estructura lógica de las proposiciones de la ciencia del derecho. En C. Alchourrón , & E. Bulygin (Eds.), *Análisis lógico y derecho* (págs. 331-338). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. [Obra original: Sobre la estructura lógica de las proposiciones de la ciencia del derecho. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, IV.]

Bulygin, E. (1991[1966]). Sentencia judicial y creación de derecho. En C. Alchourrón, & E. Bulygin (Eds.), *Análisis lógico y derecho* (págs. 355-369). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. [Obra original: Sentencia judicial y creación de derecho. *La Ley*, 124.]

Bulygin, E. (1982a). Time and validity. En A. Martino (Ed.), *Deontic, logic, computational linguistics and legal information systems* (págs. 67-81).Amsterdam: North Holland Publishing Company.

Bulygin, E. (1982b). Norms, normative propositions and legal statements. En G. Floistad (Ed.), *Contemporary philosophy. A new survey: Philosophy of action* (Vol. III, págs. 127-152). La

Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers.

Bulygin, E. (1985). Norms and logic. *Law and Philosophy,* (4), 145-163.

Bulygin, E. (1991[1986]). Dogmática jurídica y sistematización del derecho. En C. Alchourrón, & E. Bulygin (Eds.), *Análisis lógico y derecho* (págs. 465-484). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. [Obra original: Legal dogmatics and the systematization of law. *Rechtstheorie*, (10).]

Bulygin, E. (1988). Norme permissive e sistemi normativi. En A. Martino, & F. Socci (Eds.), *Analisi automatica dei testi giuridici* (págs. 285-294). Milano: Dott. A. Giufrè Editore, S.p.A.

Bulygin, E. (1991[1988]). Sobre las normas de competencia. En C. Alchourrón, & E. Bulygin (Eds.), *Análisis lógico y derecho* (págs. 485-498). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. [Obra original: On competence norms. *Congreso de Miami.*]

Bulygin, E. (1991). Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. *Doxa,* (9), 257-279.

Bulygin, E. (1995). Lógica deóntica. En C. Alchourrón (Ed.), *Lógica* (págs. 129-141). Madrid: Editorial Trotta S.A.

Bulygin, E. (1998a). An antinomy in Kelsen's pure theory of law. En S. Paulson, & B. Litschewski (Eds.), *Normativity and norms. Critical perspective on kelsenian themes* (págs. 297-315). Oxford: Clarendon Press Oxford.

Bulygin, E. (1998b). Sobre observadores y participantes. *Doxa, 1* (21), 41-48.

Bulygin, E. (2003). ¿Los jueces crean derecho? *Isonomía,* (18), 7-25.

Bulygin, E. (2005a). Creación y aplicación del derecho. En E. Bulygin (Ed.), *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial* (págs. 29-44). Madrid: Marcial Pons.

Bulygin, E. (2005b). En defensa del dorado. Respuesta a Fernando Atria. En *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial* (págs. 73-85). Madrid: Marcial Pons.

Bulygin, E. (2007a). Josep Aguiló Regla sobre derogación, definiciones y normas derivadas. En J. J. Moreso, & C. Redondo (Eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin.* (págs. 205-208) Madrid: Marcial Pons.

Bulygin, E. (2007b). Jorge L. Rodríguez sobre la teoría de los sistemas normativos. En J. J. Moreso, & M. C. Redondo (Eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin* (págs. 189-192). Madrid: Marcial Pons.

Bulygin, E. (2008). Algunas reflexiones sobre lagunas y antinomias en 'Principia Juris'. *Doxa,* (31), 227-232.

Bulygin, E. (2010). Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición. *Doxa*

(33), 283-296.

Bulygin, E. (2013). Kelsen on the completeness and consistency of law. En L. Duarte d'Almeida, J. Gardner, & L. Green (Eds.), *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law* (págs. 225-243). Oxford and Portland: Hart Publishing.

Cabanchik, S. M. (2010). La cuestión del método en filosofía. En Ó. Nudler (Ed.), *Filosofía del filosofía* (págs. 255-281). Madrid: Editorial Trotta S.A.

Calamandrei, P. (1956). La prima sentenza della Corte Costituzionale. *Rivista di Diritto Processuale , XI* (II), 149-160.

Calsamiglia, A. (1990). *Introducción a la ciencia jurídica* (3º ed.). Barcelona: Editorial Ariel, S.A.

Calvo, R. (2007). La ineficacia de las normas jurídicas en la teoría pura del derecho. *Isonomía*, (27), 171-191.

Cannada, E. (1958). Abrogazione dell'atto amministrativo. En V. Antonuzzi, G. Gemma d'Agostino, & A. d'Angel (Eds.), *Enciclopedia del Diritto* (Vol. I, págs. 157-161). Milano: A. Giufrè Editore.

Capotosti, A. (1969). Interpretazione autentica o abrogazione tacita? *Giurisprudenza Costituzionale , Anno XIV*, 2327-2335.

Caracciolo, R. (1988). *El sistema jurídico problemas actuales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Caracciolo, R. (1993). Entrevista a Eugenio Bulygin. *Doxa,* (14), 499-513.

Caracciolo, R. (1994). *La noción de sistema en la teoría del derecho* (2ª. ed.). México, D.F.: Fontamara, S.A.

Caracciolo, R. (1996). Sistema jurídico. En E. Garzón V, & F. J. Laporta (Eds.), *El derecho y la justicia* (págs. 161-175). Madrid: Editorial Trotta.

Carbonell, M. (1997). Los objetos de las leyes, los reenvíos legislativos y las derogaciones tácitas: Notas de técnica legislativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* , 433-446.

Carbonell, M. (2000). Los objetos de las leyes, los reenvíos legislativos y las derogaciones tácitas. En M. Carbonell, & S. T. Pedroza de la Llave (Eds.), *Elementos de técnica legislativa* (págs. 209-224). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Castan, J. (1988). *Derecho civil español común y foral. Introducción y parte general* (12ª ed., Vol. I Tomo I). Madrid: Reus, S.A.

Chew, W. (1984). The doctrine of implied repeal by desuetude - A legal anachronism or viable principle? *Singapore Law Review , V*, 139-144.

Chiassoni, P. (2013). Ruling platitudes, old metaphysics, and a few misunderstandings

about legal positivism. En D. Canale, & G. Tuzet (Eds.), *The planning Theory of Law. A critical reading* (págs. 153-168). Dordrecht: Springer.

Coca, M. (1992). Artículo 2°. En M. Albadejo, & S. Díaz Alabart (Eds.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (2ª ed., Vol. I Tom I, págs. 415-487). Madrid: Revista de Derecho Privado.

Cochrane, C. (1929). "Yellow dog" abolished in Wisconsin. *The American Labor Legislation Review , XIX* (3), 315-316.

Coleman. (2002). Methodology. En J. Coleman, & S. Shapiro (Eds.), *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law* (págs. 311-351). Oxford: Oxford University Press.

Comanducci, P. (2010). *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Conte, A. G. (1987). Tre domande sull'abrogazione. En C. Luzzati (Ed.), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico* (págs. 39-45). Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.

Cornides, T. (1969). Der Widerruf von Befehlen. *Studium Generale,* (22), 1215-1263.

Couture, B. T. (1927-1928). The Michigan statute regulating aerial navigation is void in so far it is in derogation of vested rights. *University of Detroit bi-monthly Law Review , XI* (4), 159-176.

Crisafulli, V. (1957). Inconstituzionalità o abrogazione? *Giurisprudenza Italiana , Anno secondo*, 271-280.

Crisafulli, V., Esposito, C., Giannini, M., Lavagna, C., Mortati, C., & Vassalli, G. (1956). Dibattito sulla competenza della Corte Costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Constituzione. *Giurisprudenza Costituzionale , Anno primo*, 261-271.

Dardano, M., & Trifone, P. (1995). *Grammatica Italiana: con nozioni di linguistica*. Bologna: Zanichelli.

De Casso, I., & Cervera, F. (1950). Derogación. En I. De Casso y Romero, & F. Cervera y Jiménez-Alfaro (Eds.), *Diccionario de derecho privado*(Vol. I, págs. 1521-1524). Barcelona: Labor, S.A.

De Castro, F. (1955). *Derecho civil de España* (3ª ed., Vol. I Tomo I). Madrid: Thomson Civitas.

Dean, B. (1932). The roadway to prohibition repeal. *Lawyer and Banker and Central Law Journal , XXV*, 284-295.

Del Guayo, I. (2003). Las relaciones entre el ordenamiento jurídico estatal y los ordenamientos jurídicos de las comunidades autónomas. En J. Rodríguez-Arana, & P. García Mexía (Eds.), *Curso de derecho público de las comunidades autónomas* (págs. 427-466). Madrid: Montecorvo, S.A.

Delgado Echeverria, J. (2003). Las normas derogadas: validez, vigencia y aplicabilidad. *Derecho Privado y Constitución,* (17), 197-252.

DeLong, J. (1983). Repealing rules. *Regulation , VII*, 26-30.

DeMuth, L. (1935). Derogation of common law rule of contributory negligence. *Rocky Mountain Law Review , VII* (5), 1935.

Díaz, E., & Martínez, A. (1900). *El código civil interpretado por el Tribunal Supremo* (Vol. I). Bilbao: Imprenta y Encuadernación de Andrés P. Cardenal.

Diez-Picazo, L. M. (1990). *La derogación de las leyes.* Madrid: Civitas, S.A.

Donati, D. (1914). *Abrogazione della legge.* Modena: Società Tipografica Modenese.

Dworkin, R. (2004). Hart's postscript and the character of political philosophy. *Oxford Journal of Legal Studies , XXIV*, 1-37.

Dworkin, R. (2006). *Justice in robes.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Elwood, J. (1925-1926). Free speech and laws in derogation thereof. *Central Law Journal, XCIII* (20), 348-353.

Espín, D. (1982). *Manual de derecho civil español. Parte general* (8ª ed., Vol. I). Madrid: Revista de Derecho Privado.

Esposito, C. (1964[1934]). *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale.* Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. [Obra original: *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*. Padova: CEDAM]

Esposito, C. (1948). Leggi vecchie e Costituzione nuova. *Giurisprudenza Italiana , III*, 88 y ss.

Esposito, C. (1958). Illegittimita' costituzionale e abrogazione. *Giurisprudenza Costituzionale*, *Anno terzo*, 829-833.

Fassò, G. (1988). *Historia de la filosofía del derecho. Ottocento e novecento* (Vol. III). Bolonia: Società Editrice il Mulino.

Fernández, A., Forcada, I., Huesa, R., & Sánchez, Á. (2000). *Instituciones de derecho comunitario* (2ª ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Ferrajoli, L. (2004). *Epistemología jurídica y garantísmo.* (J. Moreso, Trad.) México, D.F.: Fontamara S.A.

Finnis, J. (1980). *Natural law and natural rights.* Oxford: Clarendon Press.

Fordham, J., & Russell, J. (1949-1950). Interpretation of statutes in derogation of the common law. *Vanderbilt Law Review , III* (3), 438-455.

García Castro, M. (1974). Dispensa de impedimentos matrimoniales canónicos. En C. E. Mascareñas (Ed.), *Nueva enciclopedia jurídica* (Vol. VII, págs. 589-603). Barcelona: Francisco Seix.

García de Enterría, E., & Fernández, T.-R. (2013). *Curso de derecho admisnistrativo* (16ª ed., Vol. I). Madrid: Thomson Civitas.

García, M. P. (2010). Artículo 2º. En A. Domínguez Luelmo (Ed.), *Comentarios al Código Civil* (págs. 51-54). Valladolid: Lex Nova.

Garrido, F. (1985). Disposición derogatoria. En F. Garrido Falla, L. Cazorla, R. Entrena, R. Entrena, F. Gálvez, E. Recorder, J. Santamaría, F. Santaolalla & J. Serrano, *Comentarios a la Constitución* (págs. 2463-2468). Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Gentile, F. (2001). *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad.* Madrid: Marcial Pons.

Gianformaggio, L. (1987). *In difesa del sillogismo pratico. Ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova.* Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.

Gianformaggio, L. (1994). *Estudios sobre Kelsen.* (T. Serrano, P. Larragaña, & M. Serrano, Trads.) México D.F.: Fontamara S.A.

Giudice, M. (2005). Ways of understanding diersity among theories of law. *Law and Philosophy , XXIV* (5), 509-545.

González, F. (1979). *Estudios de filosofía del derecho.* La Laguna: Facultad de Derecho Universidad de La Laguna.

Guastini, R. (1979a). Il linguaggio precettivo. En S. Castignone, R. Guastini, & G. Tarello (Eds.), *Introduzione teorica allo studio del diritto* (págs. 17-54). Génova: E.C.I.G.

Guastini, R. (1979b). Le posizioni soggettive rispetto a norme. En S. Castignone, R. Guastini, & G. Tarello (Eds.), *Introduzione teórica allo studio del diritto* (págs. 71-90). Génova: E.C.I.G.

Guastini, R. (1979c). Fare cose con regole. *Materiali per una storia della cultura giuridica , IX*, 269-277.

Guastini, R. (1982). Metateori degli atteggiamenti normativi. *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica , XII*, 167-186.

Guastini, R. (1985). *Lezioni sul linguaggio giuridico.* Torino: G. Giappichelli Editore.

Guastini, R. (1986a). A theory of derogacion (with special reference to italian law). En A. A. Martino, & F. Socci Natali (Eds.), *Automated analysis of legal texts. Logic, informatics, law.* (págs. 495-514). New York: North-Holland.

Guastini, R. (1986b). Production of rules by means of rules. *Rechstheorie* (41), 295-309.

Guastini, R. (1986c). Norme che sono condizioni sufficienti del loro oggetto? *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica , XVI* (1), 213-223.

Guastini, R. (1987a). In tema di abrogazione. En C. Luzzati (Ed.), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico* (págs. 3-31). Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.

Guastini, R. (1987b). Replica. En C. Luzzati (Ed.), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico* (págs 97-113). Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.

Guastini, R. (1988). Contributo ad una teoria dell'abrogazione. En A. Martino, & S. Fiorenza (Eds.), *Anlisi Automatica dei testi giuridici* (págs. 629-656). Milano: Giuffrè Editore.

Guastini, R. (1989). *Produzione e applicazione del diritto: Lezione sulle preleggi* (2ª ed.). Torino: G. Giappichelli Editore.

Guastini, R. (1990). *Dalle fonte alle norme.* Torino: G. Giappichelli Editore.

Guastini, R. (1991). Norme, giudizi di validità e sciencia giuridica nell'ultimo Kelsen. *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica , XXI* (2), 441-453.

Guastini, R. (1992). *Quindici lezioni di diritto costituzionale.* Torino: G. Giappichelli Editore.

Guastini, R. (1993). *Le fonti del diritto e l'interpretazione.* Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A.

Guastini, R. (1995a). Normas supremas. *Doxa*, (17-18), 257-270.

Guastini, R. (1995b). I principi nel diritto vigente. En M. Bessone, & R. Guastini (Eds.), *La regola del caso* (págs. 113-139). Padova: Casa Editrici Dott. Antonio Milani.

Guastini, R. (1999[1996]). *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho.* (J. Ferrer i Beltrán, trad.) Barcelona: Gedisa. [Obra original: *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del dirtto.* Torino: Giappichelli.]

Guastini, R. (1998a). *Teoria e dogmatica delle fonti.* Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.

Guastini, R. (1998b). La costituzione come limite alla legislazione. *Analisi e diritto* , 107-114.

Guastini, R. (1999a). Due esercizi di non-cognitivismo. *Analisi e diritto,* 277-280.

Guastini, R. (1999b). Concepciones de las fuentes de derecho. *Isonomía,* (11), 167-176.

Guastini, R. (2000). On legal order: some criticism of the received view. *Ethical Theory and Moral Practice , III* (3), 265-274.

Guastini, R. (2001a). *Il diritto come linguaggio.* Torino: G. Giappichelli Editore.

Guastini, R. (2001b). Cinco observaciones sobre validez y derogación. *Discusiones,* (2), 59-63.

Guastini, R. (2002-2003). Rigidità costituzionale e normatività della scienza giuridica. *Analisi e Diritto*, 413-416.

Guastini, R. (2004a). Un proyecto para la voz "Ordenamiento jurídico" de un diccionario. *Dox,* (27), 247-282.

Guastini, R. (2004b). Insieme strutturati di norme. Contributi di Bobbio alla teoria dei sistemi normativi. *Analisi e Diritto*, 103-117.

Guastini, R. (2007). Ernesto Garzón Valdés sobre la soberanía. Un comentario. *Doxa,* (30), 117-121.

Guastini, R. (2008a). Algunos aspectos de la metateoría de Principia Iuris. *Doxa,* (31), 253-260.

Guastini, R. (2008b). Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación. *Doxa,* (31), 143-155.

Guastini, R. (2008c). Una teoría cognoscitiva de la interpretación. *Isonomía,* (29), 15-31.

Guastini, R. (2010). *Le fonti del diritto.* Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A.

Guastini, R. (2011). Rule-Scepticism restated. En L. Green, & B. Leiter (Eds.), *Oxford studies in philosophy of law* (Vol. I). Oxford: Oxford University Press.

Guastini, R. (2012a). *Teoria del diritto. Approccio metodologico.* Modena: Mucchi Editore.

Guastini, R. (2012b). Senza argomenti. La corte sulla reviviscenza (e dintorni). *Giurisprudenza Costituzionale , Anno LVII* (1), 111-116.

Guastini, R. (2013a). *Distinguendo ancora.* Madrid: Marcial Pons.

Guastini, R. (2013b). Gerarchie normative. *Revus,* (21), 57-70.

Guastini, R. (2014). *La sintassi del diritto* (2ª ed.). Torino: G. Giappichelli Editore.

Gutiérrez, B. (1871). *Código o Estudios fundamentales sobre el derecho civil español* (3ª ed., Vol. I). Madrid: Librería de Sanchez.

Halpin, A. (1998). Concepts, terms, and fields of enquiry. *Legal Theory , IV* (2), 187-205.

Hart, H. (1983). *Essays in jurisprudence and philosophy.* Oxford: Oxford University Press.

Hart, H. (1994). *The concept of law* (2ª ed.). Oxford: Oxford University Press.

Hernández, R. (2002). *Introducción a la teoría de la norma* (2ª ed.). Madrid: Marcial Pons.

Hernando, P. (1994). Las disposiciones derogatorias en la legislación de las comunidades autónomas: un análisis de técnica legislativa. En J. M. Corona Ferrero, F. Pau Vall, & J.

Tudela Aranda (Eds.), *La ténica legislativa a debate* (págs. 57-71). Madrid: Tecnos.

Hewitt, C. (1939). Repeal. *Police Journal , XII*, 210-217.

Hilpinen, R. (1981). On normative change. En E. Morscher, & R. Stranzinger (Eds.), *Ethics: Foundation, problems and applications (Proccedings of the 5th international Wittgenstein Symposium)* (págs.155-164). Wien: Hölder-Pichler-Tempsky.

Himma, K. (2009). Reconsidering a dogma: Conceptual Analysis, the naturalistic turn, ad legal philosophy. En M. Freeman, & R. Harrison (Eds.), *Law and philosophy* (págs. 1-43). Published to Oxford Scholarship Online.

Hospers, J. (1997). *An introduction to philosophical analysis* (4ª ed.). London: Routledge.

Isaac, G. (2000). *Manual de derecho comunitario general* (5ª ed.). (G.L. Ramos Ruano, trad.) Barcelona: Ariel.

Jori, M. (1987a). Abrogazione, validità, atti linguistici. En C. Luzzati (Ed.), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico* (págs. 47-64). Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.

Jori, M. (1987b). Empirismo e dogmatica giuridica. En C. Faralli, & E. Pattaro (Eds.), *Rason in law* (Vol. I, págs. 163-192). Milano: A. Giuffrè Editore.

Kelsen, H. (1974[1911]). *Tra scienza del diritto e sociologia.* (G. Calabrò, trad.). Napoli: Guida Editori. [Obra original: *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer methode.* Tübinge: Mohr.]

Kelsen, H. (1987[1911]). *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica* (U. Schmill trad.). México, D.F.: Editorial Porrúa, S.A. [Obra original: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der lehre vom Rechtssatz.* Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr.]

Kelsen, H. (1988a[1913]). Stato di diritto e diritto pubblico (A. Carrino, trad.) En A. Carrino, *Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito* (págs. 209-219) Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane [Obra Original: Rechtsstaat und Staatsrecht. *Osterreichische Rundschau* (36)]

Kelsen, H. (1988b[1913]). Sulla dottrina della legge in senso formale e materiale (A. Carrino, trad.) En A. Carrino, *Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito* (págs. 221-234) Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. [Obra original: Zur lebre vom gesetz im formellem und materiellen simm, mit besonderer berücksichtigung der österreichischen. *Juristiche Blätter,* (42).]

Kelsen, H. (1988c[1916]). La giurisprudenza come scienza normativa o cultural. Estudio di critica metodologica (A. Carrino, trad.) En A. Carrino, *Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito* (págs. 73-136) Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. [Obra original: Die rechtswissenschaft als norm– oder als kulturwissenschaft. Eine methodenkritische untersuchung. *Scmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche* (40).]

Kelsen, H. (2006[1919]). Reflexiones en torno a la teoría de las ficciones jurídicas. Con especial énfasis en la filosofía del "como si" de Vaihinger (J. Hennequin, trad.) En D. Mendonca & U. Schmill (Eds.) *Ficciones jurídicas.* México. D.F.: Distribuciones Fontamara [Obra original: Zur theorie der juristischen fiktionen. Mit besonderer berücksichtigung von Vaihingers philosophie des Als Ob. *Annalen der Philosophie* , 1.]

Kelsen, H. (1998[1920]). *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto* (A. Carrino, trad.). Milano: Giuffrè Editore. [Obra original: *Das Problem der Souveränität und die Tehorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre.* Tübingen: Mohr.]

Kelsen, H. (1987[1923]). Prólogo a la segunda edición (U. Schmill, trad.) En H. Kelsen *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica* (págs. V-XXIII). México, D.F.: Editorial Porrúa, S.A. [Obra original: Vorrede zur zweitrn Auflage. En *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der lehre vom Rechtssatz* (2ª ed.). Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr.]

Kelsen, H. (1992a[1927]). Sulla nascita della dottrina pura del diritto. Il primo profilo autobiografico (A. Carrino, trad.). En S. Paulson (Ed.) *Formalismo giuridico e realtà sociale* (págs. 27-32). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. [Obra original: *Über die entstehung der reinen rechtslehre. Die erste autobiographische skizze.* Viena.]

Kelsen, H. (1992b[1929]). Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto (A. Carrino, trad.). En S. Paulson (Ed.) *Formalismo giuridico e realtà sociale* (págs. 39-50). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. [Obra original: Juristischer formalismus und reine rechtslehere. *Juristische Wochenschrift ,* 23.]

Kelsen, H. (2011[1934]). *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica.* (G. Robles & F. Sánchez, trad.). Madrid: Editorial Trotta. [Obra original: *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche problematik.* Leipzig und Wien: Franz Deuticke.]

Kelsen, H. (1945). *General theory of law & state.* (A. Wedberg, trad.). New Brunswick (USA) and London (U.K.): Transaction Publishers.

Kelsen, H. (1991[1958]). El concepto de orden jurídico. (M. Azaretto, trad.) En H. Kelsen. *Contribuciones a la teoría pura del derecho* (págs. 91-117). México D.F.: Fontamara S.A. [Obra original: Der Begriff der Rechtsordnung. *Logique et Analyse , 3/4.*]

Kelsen, H. (1959). On the basic norm. *California Law Review , XLVII*, 107-110.

Kelsen, H. (2009[1960]). *Teoría pura del derecho* (R. Vernengo, trad.). México.D.F.: Editorial Porrúa. [Obra original: *Reine Rechtslehre* (2ª ed.). Wien: Franz Deuticke.]

Kelsen, H. (2001[1960]). *Introducción a la teoría pura del derecho* (3ª ed.). Lima: A. P. Constitucional, Ed. [Obra orginal: Apuntes no publicados de cuatro conferencias impartidas en México.]

Kelsen, H. (1962). Derogation (K. Bushmann, trad.). En R. Newman (Ed.), *Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound* (págs. 339-355). Dordrecht: The Bobbs-Merrill

Company, Inc.

Kelsen, H. (2005[1965]). Validez y eficacia del derecho (E. Bulygin, trad.) En H. Kelsen, E. Bulygin & R. Walter, *Validez y eficacia del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea. [Obra original: Geltung und Wirksamkeit. En R. Walter, C. Jabloner, & K. Zeleny (Eds.), *Hans Kelsen stete Aktualität*. Wien: Manz.]

Kelsen, H. (1991[1979]). *General Theory of Norms* (M. Hertney, trad.). Oxford: Clarendon Press. [Obra original: *Allgemeine Theorie der Normen.* (K. Ringhofer, & R. Walter, Eds.) Wien: Manzche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Kelsen, H., & Klug, U. (1988[1981]). *Normas jurídicias y análisis lógico.* (J. C. Gardella, trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. [Obra original: Rechtsnormen und logische anlyse. Wien: Duticke.]

Kim, J., Sosa, E., & Rosenkrantz, G. (2009). *A companion metaphysics* (2ª ed.). Oxford: Blackwell Publishing Ltd.

Kolakowski, L. (1988[1966]). La filosofía positivista. Ciencia y filosofia (G. Ruiz-Ramón, trad. 3ª ed.). Madrid: Ediciones Cátedra, S.A. [Obra original: *Die philosophie des positivismus.* Warszawa: Panstwowe Wydawnictwo Naukowe.]

Lacruz, J., Sancho, F., Luna, A., Delgado, J., Rivera, F., & Rams, J. (2006). *Elementos de derecho civil I. Parte general* (4ª ed., Vol. I). Madrid: Dykinson.

Lavagna, C. (1946). L'abrogazione tacita delle leggi e le recenti norma sulla formazione delle liste elettorali. *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione. Sezioni Civili , II*, 506-516.

Leiter, B. (1998). Realism, hard positivism, and conceptual analysis. *Legal Theory , IV* (4), 533-547.

Leiter, B. (2007). *Naturalizing jurisprudence.* Oxford: Oxford University Press.

Leiter, B. (2011). The demarcation problem in jurisprudence: A new case for scepticism. *Oxford Journal of Legal Studies , XXXI* (4), 663-677.

Liebman, T. (1956). Invalidità e abrogazione delle leggi anteriori alla Costituzione. *Rivista di Diritto Processuale , XI* (2), 161-163.

Loux, M. (2006). *Metaphysics* (3ª ed.). New York: Routledge.

Luzzati, C. (1987). Abrogazione e indeterminatezza dell'ordinamento giuridico. En C. Luzzati (Ed.), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico* (págs. 65-75). Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.

Mangas, A., & Liñán, D. (2005). *Instituciones y derecho de la Unión Europea* (5ª ed.). Madrid: Tecnos.

Manresa y Navarro, J. M. (1987). *Comentarios al Código Civil español* (7ª ed., Vol. I). Madrid: Reus.

Martin, M. I. (2010). *Aspectos constitucionales y procesales de la inmunidad parlamentaria en el ordenamiento español.* Madrid: Dykinson.

Martines, T. (1954). Sulle norme eccezionali e sulla loro abrogazione da parte di norme generali. *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione. Sezioni Civili , XXXIII* (2), 415-422.

Martino, A. (1977). La contaminación legislativa. *Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas*, 47-73.

Martino, A. (1990). Auxilio computacional a la legislación ¿Hacer leyes con las computadoras? *Anuario Jurídico,* (17), 141-222.

Mascareñas, C. E. (1983a). Abolición. En C. E. Mascareñas (Ed.), *Nueva enciclopedia jurídica* (Vol. II, pág. 76). Barcelona: Francisco Seix, S.A.

Mascareñas, C. E. (1983b). Abrogación. En C. E. Mascareñas (Ed.), *Nueva enciclopedia jurídica* (Vol. II, págs. 94-95). Barcelona: Francisco Seix, S.A.

Mazzarese, T. (1987). Variazioni in tema d'abrogazione. En C. Luzzati (Ed.), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico* (págs. 77-91). Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.

Mazzarese, T. (1989). *Logica deontica e linguaggio giuridico.* Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani.

Mazzarese, T. (2007). Iuspositivismo y globalización del derecho: ¿Qué modelo teórico? En J. J. Moreso, & M. C. Redondo (Eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin* (págs. 61-71). Madrid: Marcial Pons.

Mendonca, D. (1993). Atti di abrogazione e norme abrogatrici. *Analisi e diritto*, 79-96.

Mendonca, D. (2002). Riccardo Guastini, analítico. *Isonomía,* (17), 251-257.

Mendonca, D. (2011). *Compendio de una teoría analítica del derecho.* Madrid: Marcial Pons.

Merkl, A. (1987a[1917]). L'unità giuridica dello stato austriaco. Ricerca pubblicistica alla luce della dottrina della lex posterior (C. Geraci, trad.). En C. Geraci (Ed.) *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi* (págs. 147-209). Milano: Giuffrè Editore. [Obra original: Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior. *Archiv des öffentlichen Rechts,* (37).]

Merkl, A. (1987b[1917]). L'immodificabilità delle leggi, principio normologico (C. Geraci, trad.). En C. Geraci (Ed.) *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi* (págs. 129-145). Milano: Giuffrè Editore. [Obra original: Die Unveränderlichkeit von Gesetzen - ein normologisches Prinzip. *Juristische Blätter*, (46).]

Merkl, A. (1987c[1918]). Il duplice volto del dirito (C. Geraci, trad.). En C. Geraci (Ed.) *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi* (págs. 99-128). Milano: Giuffrè Editore. [Obra original: Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aud der Erkenntnistheorie des Rechts. *Juristiche Blätter,* (47).]

Merkl, A. (1987d[1931]). Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto (C. Geraci, trad.). En C. Geraci (Ed.) *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi* (págs. 1-65). Milano: Giuffrè Editore. [Obra original: Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. En A. Vedross (Ed.), *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift Hans Kelsen zum 50*. Wien: Geburtstag.]

Michie, A. (1925-1926). Implied repeal of an implied negative in statute. *Virginia Law Register , XI*, 22-23.

Moore, G. (1922[1919-1920]). *Philosophical studies.* London: Routledge & Kegan Paul Ltd.

Moore, G. (1953). *Some main problems of philosophy.* London: George Allen & Unwin Ltd.

Moreno, F. (1974). Desuso de las leyes. In C.-E. Mascareñas (Ed.), *Nueva enciclopedía jurídica* (Vol. VII, págs 329-333). Barcelona: Francisco Seix.

Moreso, J. J. (2002). Cuestiones persistentes y microteorias. *Doxa,* (25), 629-636.

Moreso, J. J. (2004). Prólogo a Wittgenstein y la teoría del derecho. En M. Narváez (Ed.), *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico* (págs. 13-24). Madrid: Marcial Pons.

Moreso, J., & Navarro, P. (1992). Algunas observaciones sobre las nociones de orden jurídico y sistema jurídico. *Análisis Filosófico , XII* (2), 125-142.

Moreso, J. J., & Navarro, P. (1993). *Orden jurídico y sistemas jurídicos: Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Moreso, J. J., & Navarro, P. (1998). The reception of norms and open legal systems. En S. Paulson, & B. Litschewski (Eds.), *Normativity and norms: Critical perspectives on kelsenian themes* (págs. 273-291). Oxford: Claredon Press.

Moreso, J. J., & Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho.* Madrid: Marcial Pons.

Mortati, C. (1959). Ancora su inconstituzionalidà e abrogazione (osservazione a Cass. Civ., sez. I, 10 maggio 1958 n.1547). *Giurisprudenza Costituzionale , Anno quarto*, 1-7.

Mucius, Q. (1965). *Código Civil* (Vol. II Tomo XXXII). (J. Reyes Monterreal, Ed.) Madrid: Reus.

Muñoz Machado, S. (2006a). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general* (Vol. II). Madrid: Iustel.

Muñoz Machado, S. (2006b). *Derecho público de las comunidades autónomas* (2ª ed.). Madrid: Iustel.

Muñoz, H. A., & Haba, E. P. (1996). *Elementos de técnica legislativa.* San José de Costa Rica: Asamblea Legislativa: Centro para la democracia.

Murray, D. (1953). When is a repeal not a repeal? *Modern Law Review , XVI* (1), 50-58.

Navarro, P. (1990). *La eficacia del derecho.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Navarro, P. (1993a). Promulgation and derogation of legal rules. *Law and Philosophy,* (12), 385-394.

Navarro, P. (1993b). Promulgazion e abrogacione di norme giuridiche. *Analisi e diritto*, 97-104.

Navarro, P., & Redondo, C. (1990). Derogation, logical indeterminacy and legal expressivism. *Rechtstheorie,* (21), 233-239.

Navarro, P., & Redondo, C. (2002). Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho. En P. Navarro, & C. Redondo (Eds.), *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (págs. 17-31). Barcelona: Gedisa.

Nickles, T. (1981). What is a problem that we may solve it? *Synthese , XLVII* (1), 86-118.

Nino, C. S. (1978). Some confusions around Kelsen's concept of validity. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie , LXIV* (3), 357-376.

Nino, C. S. (1980). *Introducción al análisis del derecho* (2ª ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.

Nino, C. S. (1998). Some confusions surrounding Kelsen's concept of validity. En S. Paulson, & B. Litschewski (Eds.), *Normativity and norms. Critical perspectives on kelsenian themes* (págs. 253-261). Oxford: Clarendon Press Oxford.

Notes. (1937). Repeal or amendment implied from later inconsistent enactment. *Columbia Law Review , XXXVII* (2), 292-302.

Notes. (1955). Repeal by implication. *Columbia Law Review , LV* (7), 1039-1053.

Nozick, R. (1981). *Philosophical explanations.* Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge.

Opalek, K., & Woleński, K. (1986). On weak and strong permissions once more. *Rechtstheorie,* (17), 83-88.

Oronesu, C., Rodríguez, J. L., & Sucar, G. (2001). Inconstitucionalidad y derogación. *Discusiones,* (2), 11-58.

Page, B. (1956). Statutes in derogation of common law: the canon as an analytical tool.

Wisconsin Law Review, (1), 78-109.

Palmer, V. (1989). Revision of the code or regression to a digest? a rejoinder to professor Cueto-Rua. *Tulane Law Review , LXIV*, 177-186.

Parejo, L. (1981). La constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida. *Revista de Administración Pública* (94), 201-223.

Parejo, L. (2003). *Derecho administrativo.* Barcelona: Ariel.

Pastor, J. (2009). *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales* (13ª ed.). Madrid: Tecnos.

Paulson, S. L. (1981). Subsumption, derogation and noncontradiction in 'legal science'. *University of Chicago Law Review , 48* (3), 802-818.

Paulson, S. (1986). On the status of the lex posterior derogating rule. En R. Tur, & W. Twning (Eds.), *Essays on Kelsen* (págs. 229-247). Oxford: Clarendon Press Oxford.

Paulson, S. (1990). Toward a periodization of the pure theory of law. En L. Gianformaggio (Ed.), *Hans Kelsen's legal theory a diachronyc point of view* (págs. 11-47). Torino: G. Giappichelli Editore.

Peñaranda, J. L. (1983). Disposición derogatoria: Constitución y ordenamiento preconstitucional. En O. Alzaga Villaamil (Ed.), *Comentarios a la leyes políticas* (págs. 649-692). Madrid: Revista de Derecho Privado.

Peñaranda, J. L. (1989). Las disposiciones derogatorias de las leyes. En F. Sáinz, & J. C. da Silva (Eds.), *La calidad de las leyes* (págs. 229-248). Vitoria-Gasteiz: Eusko Legebiltzarra Parlamento Vasco.

Pierandrei, F. (1951). La Corte Costituzional e le "modifiche tacite" della Costituzione. *Foro Padano , IV*, 81-139.

Planas y Casals, J. M. (1913). Derogación de las leyes. En J. M. Planas y Casals, *Instituciones de derecho civil español* (págs. 158-160). Barcelona: Libreria de Agustín Bosch.

Pollastro, P. (1987). Su annullamiento e abrogazione. En C. Luzzati (Ed.), *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico* (págs. 93-96). Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.

Pons, M., & Del Arco, M. A. (1990). *Título preliminar del Código Civil.* Granada: Comares.

Priel, D. (2013). The scientific model of jurisprudence. En J. Ferrer, J. J. Moreso, & D. Papayannis (Eds.), *Neutrality and theory of law* (págs. 239-254). Dordrecht: Springer Science+Business Media.

Pugliatti, S. (1958). Abrogazione (teoria generale e abrogazione degli atti normativi). En V. Antonuzzi, G. Gemma d'Agostino, & A. d'Angel (Eds.), *Enciclopedia del Diritto* (Vol. I, págs.

141-156). Milano: A. Giufrè Editore.

Puig, F. (1974). Derogación. En C. E. Mascareñas (Ed.), *Nueva enciclopedia jurídica* (Vol. VII, págs. 111-116). Barcelona: Francisco Seix.

RAE. (2010). *Nueva gramática de la lengua española.* (R. A. Española, Ed.) Madrid: Espasa Libros, S.L.

Raz, J. (1970). *The concept of a legal system* (2ª ed.). Oxford: Oxford University Press.

Raz, J. (1995). *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics* (Revised edition). Oxford: Oxford : Oxford University Press.

Rescigno, G. U. (1958). Deroga. En V. Antonuzzi, G. Gemma d'Agostino, & A. d'Angel (Eds.), *Enciclopedia del Diritto* (págs. 303-305). Milano: A. Giufrè Editore .

Rescigno, G. U. (2006). *Abrogazione* (Vol. I). Milano: S. Cassese , Ed.

Rodríguez, A. (2002). *Lecciones de derecho internacional público* (5ª ed.). Madrid: Tecnos.

Roig, A. (2005). *La deslegalización. Orígenes y límites constitucionales en Francia, Italia y España.* Publicación online: http://app.vlex.com/#ES/sources/646: Dykinson S.L.

Roldán Barbero, F. J. (1994). Una revisión del artículo 234 del TCE. La sentencia "Levy" dictada por el TJCE el 02 de agosto de 1993. *Revista de Instituciones Europeas , XXI* (2), 481-489.

Ross, A. (1958). *On law and justice.* Londres: Stevens and Sons Limited.

Rubinstein, L. (1936-1937). Is dower abolished? *St. Jhon's Law Review , XI*, 289-293.

Rudd, M. (1954-1955). The saving clause - Some problems in construction and drfting . *Texas Law Review , XXXIII* (3), 285-310.

Russell, B. (1984 [1913]). *Theory of Knowledge.* London and New York: Routledge.

Rusell, D. (1928-1929). Civil jure should be abolished? *American Judicature Society , XII*, 137-141.

Ryle, G. (1953). Ordinary languague. *The Philosophical Review , LXII* (2), 167-186.

Ryle, G. (1964). *Dilemmas. The Tarner lectures 1953.* Cambridge: Cambridge at the University Press.

Salvador, P. (1991). Artículo 2°. En C. Paz-Ares, L. Diez-Picazo, R. Bercovitz, & P. Salvador (Eds.), *Comentario del Código Civil* (2ª ed., Vol. I, págs. 13-19). Madrid: Secretaria General Ténica Centro de Publicaciones.

Santamaría, J. (1958). *Comentarios al Código Civil* (Vol. I). Madrid: Revista de Derecho

Privado.

Santamaría, J. (1988). *Fundamentos de derecho administrativo* (Vol. I). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

Sauca, J. M. (2001). *Cuestiones lógicas en la derogaciíon de las normas.* México, D.F.: Distribuciones Fontamara, S.A.

Scarpelli, U. (1987). Premesse. En C. Luzzati (Ed.), *L'abrogazione delle legge. Un dibattito analitico* (págs. 1-2). Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.

Schmidt, J. C. (2011). What is a problem? On problem-oriented interdisciplinarity. *Poiesis & Prax , VII* (4), 249-274.

Searle, J. (1969). *Speech acts: An essays in the philosophy of lenguage.* Cambridge: Cambridge University Press.

Seeman, C. J. (1938-1939). The retroactive effect of repeal legislation. *Kentucky Law Journal , XXVII* (1), 75-94.

Serra, M. (1987). Informaciones para dispensa de ley. En C.-E. Mascareñas, & B. Pellisé (Eds.), *Nueva enciclopedia jurídica* (Vol. XII, págs. 565-568). Barcelona: Francisco Seix, S.A.

Shapiro, S. (2011). *Legality.* Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.

Snowdon, P. (16 de Septiembre de 2009). *Peter Frederick Strawson.* Recuperado el 10 de Noviembre de 2013, de Stanford Encyclopedia of Philosophy: http://plato.stanford.edu/entries/strawson/

Strawson, P. F. (1950). On referring. *Mind , LIX* (235), 320-344.

Strawson, P. F. (1952). *Introduction to logical theory.* London: Methuen & Co. Ltd.

Strawson, P. F. (1959). *Individuals. An essay in descriptive metaphysics.* London: Routledge.

Strawson, P. F. (1974a). *Subject and predicate in logic and grammar.* London: Mehuen & Co Ltda.

Strawson, P. F. (1974b). *Freedom and resentment. And other essays.* London: Methuen.

Strawson, P. F. (1985). *Skepticism and naturalism: some varieties.* London: Methuen.

Strawson, P. F. (1987). Concepts and properties or predication and copulation. *The Philosophical Quarterly , XXXVII* (149), 402-406.

Strawson, P. F. (1992). *Analysis and metaphysics: an introducition to philosophy.* Oxford: Oxford University Press.

Strawson, P. F. (1998). *The philosophy of P.F. Strawson.* (E. L. Hahn, Ed.) Chicago and Lasalle,

Illinois: Open Court Publishing Company.

Strawson, P. F. (2000). *Entity and identity: And other essays.* Oxford: Oxford University Press.

Strawson, P. F. (2006). A category of particulars. In P. F. Strawson, & A. Chakrabarti (Eds.), *Universals, concepts and qualities. New essays on the meaning of predicates* (pp. 301-307). Aldershot: Ashgate Publishing Limited.

Strawson, P. F. (2011). *Philosophical writings.* Oxford: Oxford University Press.

Suárez, F. (1968 [1612]). *Tratado de las leyes y de Dios legislador* (Edición crítica bilingüe, Vol. IV). (J. R. Eguillor, Ed., & L. Pereña, trad.) Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria.

Swan, M. (2005). *Practical english usage* (3ª ed.). Oxford University Press.

Swoyer, C., & Orilia, F. (12 de Septiembre de 2011). *Propeties.* Recuperado el 5 de Julio de 2014, de Stanford Encyclopedia of Philosophy: http://plato.stanford.edu/entries/properties/

Tarello, G. (1979). Sistema giuridico, ordinamento giuridico. En S. Castignone, R. Guastini, & G. Tarello (Eds.), *Introduzione teorica allo studio del diritto* (págs. 91-131). Génova: E.C.I.G.

Tarski, A. (1956). *Logic, semantics, metamathematics. Papers from 1920 to 1938.* (J. Woodger, trad.) Oxford: The Clarendon Press.

The National Archives. (2012). *Guide to revised legislation on legislation.Gov.UK.* Recuperado el 15 de Agosto de 2013, de Legislation.Gov.UK: http://www.legislation.gov.uk/pdfs/GuideToRevisedLegislation_Jan_2012.pdf

Vaquer, M. (2005). Derogación. En S. Muñoz Machado (Ed.), *Diccionario de derecho administrativo* (págs. 904-909). Madrid: Iustel.

Vethencourt Velazco, B. (1993). *Disposiciones finales.* Caracas: Banco Central de Venezuela.

Vilajosana, J. M. (1997). *El significado político del derecho.* México, D.F.: Fontamara , S.A.

Vilajosana, J. M. (1998). ¿Cuando cambian los órdenes jurídicos? *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (1).

Vilajosana, J. M. (2007). *Identificación y justificación.* Madrid: Marcial Pons.

Vilajosana, J. M. (2009). Más allá de la ortodoxia: validez normativa y relaciones entre sistemas jurídicos. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho,* (12), 71-97.

Vilajosana, J. M. (2010a). *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas.* Madrid: Marcial Pons.

Vilajosana, J. M. (2010b). La construcción social de la realidad jurídica. *Prisma Social* (4).

Villar, J. M. (1971). El desuso de las normas jurídicas. *Revista de Derecho Privado , LV*, 709-715.

Viver i Pi-Sunyer, C. (1986). La parte final de las leyes. En GRETEL, *La forma de las leyes: 10 estudios de técnica legisltiva* (págs. 127-195). Barcelona: Bosch.

Viver i Pi-sunyer, C. (1989). La parte final de las leyes. En GRETEL, *Curso de técnica legislativa* (págs. 135-172). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

von Wright, G. (1963). *Norm and action.* London: Routledge and Kegan Paul.

von Wright, G. H. (1989). Intellectual autobiography. En P. A. Schilpp, & L. E. Hahn (Eds.), *The philosophy of Georg Henrik von Wright* (págs. 1-55). La Salle: Open Court.

Walter, R. (1984[1974]). La estructura del orden jurídico. Disertación jurídico-teórica basada en la teoría pura del derecho (E. Volkening, trad.). Bogotá: Editorial Temis, S.A. [Obra original: *Der Aufbau der Rechtsordung.* Wien: Verlags Und Universitätsbuchhandlung.]

Weinberger, O. (1984). On the meaning of norm sentences, normative inconsistency, and normative entailment. A reply to Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin. *Rechtstheorie*, (15), 465-475.

Weinberger, O. (1985). The expressive conception of norms - An impasse for the logic norms. *Law and Philosophy,* (4), 165-198.

Wittgenstein, L. (1953). *Philosophische untersuchungen.* (G. E. Anscome, & R. Rhees, Eds.) Oxford: Blackwell.

Wittgenstein, L. (1969). *On certainty.* (G. Anscombe, G. von Wright, Eds., P. Denis, & G. Anscombe, trads.) Oxford: Basil Blackwell.

Zapatero, V. (2009). *El arte de legislar.* Cizur-Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.

Normativa citada

Normativa	Publicación o Lugar	Fecha
Derecho Internacional		
Versión consolidada Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea	Diario Oficial de la Unión Europea	09 de mayo de 2008
Protocolo n° 36 del Tratado de Lisboa	Diario Oficial de la Unión Europea	09 de mayo de 2008
Carta de las Naciones Unidas	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional	26 de junio de 1945
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados	Convención de Viena	23 de mayo de 1969
Derecho Español		
Constitución Española de 1812	Promulgada en Cádiz	Aprobada el 29 de marzo de 1812
Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para modificación del Título Preliminar del Código Civil	Boletín Oficial del Estado	21 de marzo de 1973
Constitución Española	Boletín Oficial del Estado	29 de diciembre 1978
Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional	Boletín Oficial del Estado	05 de octubre de 1979
Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas	Boletín Oficial del Estado	01 de octubre de 1980
Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio	Boletín Oficial del Estado	05 de junio de 1981
Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial	Boletín Oficial del Estado	02 de julio de 1985

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local	Boletín Oficial del Estado	03 de abril 1985
Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común	Boletín Oficial del Estado	27 de noviembre 1992
Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa	Boletín Oficial del Estado	14 de julio de 1998
Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno	Boletín Oficial del Estado	28 de noviembre de 1997
Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil	Boletín Oficial del Estado	25 de julio de 1889
Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco	Boletín Oficial del País Vasco	07 de agosto 1992
Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código civil de Cataluña	Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya	13 de enero de 2003
Ley 5/1961, de 19 de abril, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil especial de las Islas Baleares	Boletín Oficial del Estado	21 de abril de 1961
Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia	Boletín Oficial de Galicia	26 de junio de 2006
Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas	Boletín Oficial de Aragón	29 de marzo de 2011
Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra	Boletín Oficial del Estado	07 de marzo de 1973

Derecho Comparado

D.F.L. Nº 1 Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil (Chile)	Diario Oficial de Chile	30 de mayo de 2000
Regio decreto 16 marzo 1942 Códice Civile (Preleggi – Italia)	Gazzetta Ufficiale	4 de abril de 1942
Constitución Política de los Estados Mexicanos	Diario Oficial de la Federación	05 de febrero 1917
Constitución de Costa Rica	Dado en el Salón de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente	07 de noviembre de 1949
Constitución de los Estados Unidos	Adoptada por la Convención Constitucional de Filadelfia	17 de semptiembre de 1876
Civil Code of Louisina	Promulgada en la sexta legislatura del Estado de Louisiana	12 de abril de 1824
Civil Code of California	El pueblo del estado de California representado en el Senado y Asamblea promulga	21 de marzo 1872
Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABG)	Aprobado en el Imperio Austriaco de Francisco I de Austria	01 de junio de 1811

Sentencias citadas

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia Número	Asunto	Fecha
C-06/64	Costa y ENEL	15 de julio de 1964
C-24/72	International Fruit Company	12 de diciembre de 1972
C-41/174	Van Duyn y Home Office	04 de diciembre de 1974
C-106/77	Ammistrazione delle Finanze dello Stato y SpA Simmenthal	09 de marzo de 1978
C-148/78	Ministerio Fiscal y Ratti	05 de abril de 1979
C-08/81	Becker y Finanzamt Münster-Innenstadt	19 de enero de 1982
C-168/85	Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana	15 de octubre de 1986
C-74/86	Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania	26 de abril de 1988
C-158/91	Ministère public y Direction du travail et de l'emploi y Jean-Claude Levy	02 de agosto de 1993
C-617/10	Åklagaren y Hans Åkerberg Fransson	26 de febrero de 2013

Tribunal Constitucional Español

Sentencia Número	Fecha	Ponente
STS 04/1981	02 de febrero de 1981	Sr. Rafael Gómez-Ferrer Morant
STC 05/1981	13 de febrero de 1981	Sr. Francisco Tomás y Valiente
STC 09/1981	31 de marzo de 1981	Sr. Rafael Gómez-Ferrer Morant
STC 10/1981	06 de abril de 1981	Sr. Manuel Díez de Velasco Vallejo
STC 14/1981	29 de abril de 1981	Sr. Jerónimo Arozamena Sierra
STC 32/1981	28 de julio de 1981	Sr. Francisco Rubio Llorente

		Sr. Ángel Escudero del Corral Sr. Rafael Gómez-Ferrer Morant
STC 35/1982	14 de junio de 1982	Sr. Francisco Rubio Llorente
STC 71/1982	30 de noviembre de 1982	Sr. Jerónimo Arozamena Sierra
STC 84/1982	23 de diciembre de 1982	Sr. Francisco Rubio Llorente
STC 06/1983	04 de febrero de 1983	Sr. Luis Díez-Picazo y Ponce de León
STC 32/1983	28 de abril de 1983	Sr. Francisco Tomás y Valiente
STC 76/1983	05 de agosto de 1983	Sra. Gloria Begué Cantón
STC 125/1983	26 de diciembre de 1983	Sra. Gloria Begué Cantón
STC 83/1983	24 de julio de 1984	Sr. Francisco Rubio Llorente
STC 01/1985	30 de enero de 1985	Sr. Ángel Latorre Segura
STC 103/1989	08 de junio de 1989	Sr. Álvaro Rodríguez Bereijo
STC 47/1990	20 de marzo de 1990	Sr. Jesús Leguina Villa
STC 36/1991	14 de febrero de 1991	Sr. Francisco Rubio Llorente
STC 28/1991	14 de febrero de 1991	Sr. Jesús Leguina Villa
STC 64/1991	22 de marzo de 1991	Sr. Jesús Leguina Villa
STC 147/1991	04 de julio de 1991	Sr. Eugenio Díaz Eimil
STC 187/1991	03 de octubre de 1991	Sr. Fernando García-Mon y González Regueral
STC 224/1992	01 de julio de 1993	Sr. Alvaro Rodríguez Bereijo
STC 140/1995	28 de septiembre de 1995	Sr. Julio Diego González Campos
STC 163/1995	08 de noviembre de 1995	Sr. Pedro Cruz Villalón
STC 118/1995	27 de junio de 1996	Sr. Tomás S. Vives Antón
STC 213/1996	19 de diciembre de 1996	Sr. Julio Diego González Campos
STC 61/1997	20 de marzo de 1997	Sr. Enrique Ruiz Vadillo Sr. Pablo García Manzano
STC 31/2010	28 de junio de 2010	Sra. María Emilia Casas Baamonde
STC 01/2004	13 de diciembre de 2004	Sr. Vicente Conde Martín de Hijas
STC 159/2012	17 de septiembre de 2012	Sra. Adela Asua Batarrita

STC 163/2012	20 de septiembre de 2012	Sr. Manuel Aragón Reyes
STC 207/2013	05 de diciembre de 2013	Sr. Santiago Martínez-Vares García

Tribunal Supremo Español

Sentencia Número	Fecha	Ponente y Sala
STS 3877/1989	22 de mayo de 1989	Sr. Ramón López Vilas Sala de lo Civil
STS 3407/1993	10 de mayo de 1993	Sr. José María Morenilla Rodríguez Sala de lo Contencioso-Administrativo
STS 8251/1997	03 de noviembre de 1997	Sr. Jaime Rouanet Moscardó Sala de lo Contencioso-Administrativo
STS 10108/2000	26 de enero de 2000	Sr. Segundo Menéndez Pérez Sala de lo Contencioso-Administrativo
STS 6295/2000	07 de julio de 2000	Sr. Manuel Iglesias Cabero Sala de lo Social
STS 101/2012	27 de febrero de 2012	Sr. Andrés Martínez Arrieta Sala de lo Penal