

## LA DEROGACIÓN Y LA ANULACIÓN COMO MODALIDADES DEL ÁMBITO TEMPORAL DE VALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS

### 0.- Introducción

**E**ste ensayo tiene por objeto presentar una hipótesis explicativa, diversa a las que tradicionalmente han sido publicadas, sobre la problemática relacionada con la derogación y la anulación de las normas jurídicas. Consta de tres apartados: el primero contiene la exposición de la tesis fundamental del ensayo y, adicionalmente, breves referencias a las teorías de Hans Kelsen y de los autores argentinos Alchourrón y Bulygin; el segundo, resume las tesis centrales que Kelsen presentó en su ensayo «Derogation» y un comentario sobre cada una de ellas, hecho desde el punto de vista contenido en el primer apartado; el tercero es una breve presentación de las tesis de Alchourrón y Bulygin y la exposición de varias críticas que formulo al respecto.

### 1.- Tesis de este ensayo

Las normas integrantes de un orden jurídico tienen, como es de sobra conocido, cuatro ámbitos de validez: el material, el personal, el espacial y el temporal. Esto significa que las normas que regulan la conducta humana especifican a ésta en las cuatro determinaciones mencionadas. Si una norma establece una conducta como obligatoria, para que esa determinación sea completa, tiene que especificar la clase o el tipo de conducta que establece con esa modalidad deóntica (ámbito material: AM), quién es la persona o el individuo que debe realizar esa conducta (ámbito personal: AP), el lugar o los lugares en donde debe ser realizada (ámbito espacial: AE) y el tiempo de realización de la conducta (ámbito temporal: AT). Esta es la representación normal y completa de una norma jurídica.

«Con arreglo al sentido de las normas del derecho, un hombre debe realizar en cierto lugar, en determinado espacio y en alguna ocasión, en un momento determinado, un cierto hecho, como condición de que en cierta ocasión y en cierto lugar se realice otro, consecuencia del primero. La validez de las normas constitutivas del orden del Estado es, pues, una validez tempo-espacial, en el sentido

de que dichas normas tienen como contenido determinados acontecimientos, encuadrados espacial y temporalmente». (TGE. p. 180)

En principio, estas determinaciones deberían estar contenidas en cada norma jurídica. Pero esto no acontece así. Las determinaciones espaciales se encuentran establecidas de una sola vez en el derecho positivo, generalmente en la Constitución del Estado. Es una función esencial de ella la especificación del territorio, i.e., del espacio en el que vale el orden jurídico del Estado. Con esta determinación, todas las demás normas, salvo casos excepcionales, pueden prescindir de los contenidos espaciales, en virtud de que esos contenidos ya se encuentran, en general, establecidos en la norma fundamental del ordenamiento jurídico. Si una ley carece del contenido referente al espacio en el que vale, no por ello sería correcto afirmar que no tiene un ámbito de validez espacial (AE), pues el mismo ya está determinado de antemano en la Constitución del Estado. Algo similar puede decirse en cuanto al tiempo de la validez del orden jurídico, aunque aquí existen una serie de modalidades, que intentaremos parcialmente exponer en este ensayo.

Puede partirse de un principio generalísimo, un tipo ideal, en el sentido de Weber, que es el siguiente:

«Pero, puesto que los momentos espacial y temporal, esenciales a la norma, son ilimitados *a priori*, la validez de la misma se extiende a todo tiempo y lugar, mientras ella misma no se imponga limitaciones. En cualquier lugar y en cualquier momento que se realice el hecho condicionante, debe seguir la consecuencia jurídica, sin limitaciones. Tal es el sentido de la norma, cuando no contiene ninguna determinación especial concerniente a los ámbitos espacial y temporal de su validez. No es que la norma posea vigencia fuera del tiempo y del espacio, sino que no se circunscribe ni a un determinado espacio ni a un determinado tiempo» (TGE. pp. 180-1)

Como dijimos, es función de la Constitución la determinación de estos ámbitos de validez. Incluso, puede válidamente afirmarse que en el caso de que dichos contenidos sobre los ámbitos de validez espacial y temporal no existiesen en la Constitución, estarían determinados por el derecho internacional, una de cuyas funciones esenciales es, precisamente, la especificación de esos ámbitos para los Estados miembros de la comunidad internacional. Esta determinación se encuentra contenida en el *principio de efectividad*, como norma positiva del derecho internacional general o consuetudinario. El Estado vale sobre cierto territorio determinado por la costumbre internacional de los Estados, la que considera que su AE está condicionado por la efectividad del orden normativo del Estado. Asimismo, el Estado nace en cierto momento y continúa vigente hasta que sea sustituido por otro, ya sea por una revolución o golpe de Estado o por la fusión o desmembramiento de dos Estados.

Es claro que cada norma general que se legisle en un Estado debe contener una disposición que especifique la fecha desde la cual comienza a regir, i.e., la fecha desde la que inicia su validez, fecha que se encuentra dentro

del periodo de existencia del Estado, determinado por la propia Constitución o por el derecho internacional, en su defecto.

Es un fenómeno digno de observación y reflexión detenida que los contenidos normativos que especifican los ámbitos de validez de las normas jurídicas, en ocasiones se encuentran parcialmente indeterminados. Esto ha producido situaciones jurídicas que hacen surgir la necesidad de completar, de diversos modos, esos ámbitos parcialmente indeterminados, lo que ha dado lugar a fenómenos jurídicos muy interesantes. A continuación veremos dos de estos casos de determinación parcial de los ámbitos de validez.

## **2.- Indeterminación del ámbito personal (AP)**

Hay un fenómeno general en el derecho positivo que ha sido observado, como fenómeno parcial, por Kelsen. Me refiero a la función de obligar y facultar a una persona jurídica o moral, sea ésta del orden interno de un Estado, sea del orden internacional. En estos casos, lo que se observa es que la norma que establece una obligación u otorga un derecho o facultad a una persona moral o jurídica tiene por contenido el «qué» de la conducta, i.e., el ámbito material (AM) de la norma y, por lo que se refiere al ámbito personal, éste queda indeterminado, porque la norma no especifica el individuo que ha de realizar la conducta, ya sea de cumplimiento de la obligación o de ejercicio de la facultad. Obligar o facultar a una persona moral nacional o internacional significa que la norma jurídica deja indeterminado el ámbito personal de validez de la norma y delega en otro orden normativo, esa determinación individual del sujeto que con su conducta ejecutará la norma en cuestión. Dice Kelsen:

«Que el orden jurídico estatal singular obligue o faculte a una persona jurídica, significa que convierte en deber o en derecho la conducta de un hombre sin determinar el sujeto mismo. Su determinación es dejada, por delegación de parte del orden jurídico estatal, al orden jurídico parcial cuya unidad se expresa en la persona jurídica. Hay una obligación y facultamiento mediatos de hombres individuales, es decir, por intermedio del orden jurídico parcial. Esa división de funciones entre los órdenes jurídicos total y parcial es posible, debido a que en la conducta humana que constituye el contenido de la norma jurídica y, por tanto, del deber o de la facultad jurídicas, pueden distinguirse un elemento personal (subjetivo) y uno material (objetivo): el sujeto de la acción u omisión, y la acción u omisión misma, «quién» hace u omite algo y «qué» es hecho u omitido. La norma integral determina entre ambos. Pero es posible que una norma, y por tanto la obligación o la facultad con ella dados, sólo contenga uno de los dos elementos. En ese caso es incompleta, y ha menester del complemento de otra norma que lleve a cabo la determinación del elemento de que aun se carece. Las normas que, como suele expresarse, obligan y facultan a una persona jurídica a una cierta conducta, son normas que sólo determinan inmediatamente el elemento objetivo, es decir, un hacer o dejar de hacer, pero que con respecto a la determinación del elemento subjetivo, o sea, con respecto al individuo que ha de

prestar la conducta normada, hacen delegación en otra norma. Por lo tanto, que una persona jurídica sea obligada o facultada no significa, en manera alguna, que ningún hombre individual sea obligado y facultado, sino solamente, que los individuos son obligados o facultados de modo mediato». (LTPD. pp. 87-88)

### 3.- Generalidad de la indeterminación de ámbitos

El problema de la indeterminación de uno de los elementos de la norma va más allá de lo dicho por Kelsen. No se restringe al ámbito de validez personal de las normas. Es un problema más general, que genera una serie de fenómenos y explicaciones dispares, por el hecho de que no se ha logrado una comprensión completa del fenómeno.

### 4.- Indeterminación del ámbito temporal (AT)

Algo similar a la indeterminación del ámbito personal de validez de una norma, ocurre con el ámbito temporal de validez: salvo casos excepcionales, como en el caso de algunas leyes presupuestales y de ingresos del Estado que restringen su validez a un tiempo determinado, (como la Ley de Ingresos o el Presupuesto de Egresos en el derecho positivo mexicano), en todos los demás, el **ámbito temporal está indeterminado** por lo que respecta a la fecha de terminación del mismo. Este se deja indeterminado para que otro órgano o el mismo que emitió la norma, lo colme señalando cuál es la fecha de terminación de la validez de la norma en cuestión.

Pongámonos de acuerdo en cierta terminología:

1. Llamaremos **fecha inicial de vigencia** al contenido normativo que especifica la fecha de iniciación de la vigencia de una norma.

2. Llamaremos **fecha final de vigencia** al contenido normativo que especifica la fecha de terminación de la vigencia de una norma.

3. Llamaremos **plazo de vigencia** de una norma el periodo o el tiempo comprendido entre la fecha inicial y la final de vigencia de una norma.

4. Llamaremos **determinación completa del plazo de vigencia** de una norma al contenido normativo que establece tanto la fecha inicial como la final de vigencia de una norma.

5.- Llamaremos **norma derogatoria** el contenido normativo que establece la fecha final de vigencia de una norma.

6.- Llamaremos **norma derogada** a la norma cuya validez se extingue cuando se cumplen las condiciones establecidas en la norma derogatoria.

El fenómeno que es objeto de este trabajo se presenta cuando queda indeterminada la fecha final de vigencia de una norma. Este es un caso muy común, cuyas consecuencias han sido muy poco estudiadas. Intento mostrar en este ensayo que muchas de las teorías que se han elaborado sobre ciertas instituciones jurídicas, que más adelante se especificarán, son modalidades de la determinación o indeterminación del ámbito temporal (AT), sin que los juristas se hayan percatado de ello.

### 5.- Determinación completa del plazo de vigencia

Determinar de manera completa el ámbito temporal de validez es especificar, en el contenido de la norma, tanto la fecha inicial, como la fecha final de la vigencia o validez de la norma en cuestión. En otros términos, consiste en la determinación completa del plazo de vigencia de la norma.

Ahora bien, la determinación completa del plazo de vigencia de una norma no siempre se presenta, sino que es dable observar que en multitud de ocasiones la determinación del ámbito temporal (AT) se lleva a cabo de manera incompleta. Generalmente, las leyes, en sus artículos transitorios, contienen una disposición que determina la fecha inicial de vigencia de la ley en cuestión, dejando en la indeterminación, por omisión, la fecha final de la vigencia de la norma. Es claro porqué acontece esto: el legislador, salvo raras ocasiones, al emitir una ley señala la fecha inicial de vigencia, pues a partir de ese momento la conducta humana se encontrará regulada por las normas emitidas y se considera que la ley o norma general continuará en vigor de manera indefinida, hasta el momento en que sea simplemente derogada o sustituida por otra legislación más adecuada a las condiciones que se presentarán en el futuro.

Generalmente, las normas que determinan el proceso de creación de otra norma o normas, como la Constitución de un Estado, dispone que las leyes se crean y se derogan siguiendo el mismo proceso legislativo. Esto es lógico, pues la derogación de una ley es el contenido de otra ley y si la primera fue creada siguiendo un proceso específico por parte de un órgano determinado, el Congreso o el Parlamento, su derogación debe seguir el mismo proceso realizado por el mismo órgano. Este es un hecho que más adelante aduciremos en contra de la tesis que sostiene que es necesario un acto específico de «rechazo» o una función jurídica *sui generis* para privar de su validez a una norma. Sin embargo, no sólo este método es posible.

### 6.- Derogación como parte de la norma derogada

**La derogación es una parte del acto de establecimiento de la norma, en el que se completa el ámbito temporal de validez por lo que se refiere a su fecha final de vigencia.** Ha existido un desdoblamiento del acto legislativo: en vez de que en un sólo y único acto legislativo se especifique tanto la fecha inicial como la final de vigencia de la ley en cuestión, en el caso de la determinación incompleta del plazo de vigencia, por omisión de la fecha final de la vigencia de la norma, el acto legislativo se divide y se necesita, en consecuencia, un acto legislativo específico que determine la fecha final de vigencia de la norma cuyo AT fue fijado de manera incompleta. Ello explica porqué las constituciones determinan que para la derogación de la ley debe seguirse el mismo proceso legislativo: se trata de la especificación de un elemento de la ley, en cuanto a su AT, que en el acto

primero de legislación se omitió especificar. Pareciera que este segundo acto legislativo tuviera una función especial y *sui generis*, distinta de la legislación y que consistiera en una legislación con características peculiares, como veremos a continuación.

### **7.- Norma derogatoria no regula la conducta humana**

Kelsen afirma que la norma que deroga otra norma no regula la conducta humana, pues no establece una conducta determinada con una modalidad deóntica, sino que se refiere a otra norma para privarla de su validez. Es una norma dependiente. Las anteriores afirmaciones son completamente irregulares y extrañas: la norma derogatoria se refiere a otra norma con el objeto de identificarla, por el hecho de que se ha desdoblado el acto de establecimiento de los ámbitos de validez en varios actos parciales, separados en el tiempo y por diversas personas, pues generalmente la norma derogatoria es producida por personas distintas de aquellas que emitieron la norma original incompleta en cuanto a la fecha final de su AT. Para conseguir la derogación de la norma, es decir, para establecer la fecha final del AT, es necesario identificar la norma que se va a completar o integrar y eso produce la impresión de ser una meta-norma o una norma que se refiere a la validez de otra norma y no una cuya función normal es establecer una conducta determinada con una modalidad deóntica específica. La norma derogatoria no contiene de manera directa la determinación de conducta alguna, porque ésta se encuentra contenida en la norma cuyo AT se integra o complementa.

### **8.- Función creadora de la norma derogatoria**

La derogación de una norma es un acto de establecimiento, similar al de la norma derogada, en el que se determina o se completa la regulación sobre el ámbito temporal de validez que se había dejado indeterminado en cuanto a su fecha final de vigencia. Por ello, no se requiere afirmar la existencia de una norma específica de derogación con características *sui generis* (Kelsen) o de un acto específico de «rechazo» (Alchourrón y Bulygin) que lleve a cabo esa función normativa, como ya tuvimos oportunidad de observar brevemente más arriba.

### **9.- La derogación como norma *sui generis***

Según Kelsen la norma derogatoria no regula la conducta humana, pues no establece obligación, facultad, prohibición o permisión de una conducta determinada, sino que es una norma no independiente que se refiere a la validez de otra norma y cuyo efecto es hacer que ésta termine su validez. El contenido de la norma derogatoria se refiere a la validez de otra norma. Por

ello, es una función normativa *sui generis*, distinta de las demás funciones de las normas, como la de obligar, prohibir, etc., contenidos normativos, todos ellos, que se refieren a la conducta humana, para regularla en sentidos específicos. Kelsen en sus últimas obras adiciona a las funciones normativas de permitir, prohibir, obligar, etc., la función específica de derogar.

Habrá que preguntar la razón por la cual se sostienen estas opiniones tan heterodoxas, que están en contradicción con las afirmaciones generales de cualquier teoría sobre el derecho, considerado como un conjunto de normas que regula la conducta humana de manera característica, que no es el caso explicitar en este lugar. La razón se encuentra o estriba en que la norma derogatoria no es una norma completa, sino su contenido se restringe a la especificación de la fecha final del AT de la norma a la que deroga. Esta norma puede haber sido dictada, como generalmente acontece, mucho tiempo atrás, pero, como ya se ha observado, había dejado indeterminado el elemento importante de fenecimiento de su validez, i.e., había dejado indeterminada la fecha final de vigencia y sólo contenía, como la mayoría de las normas, la determinación de la fecha inicial de vigencia del AT. Es claro que la derogación, en estas circunstancias, necesita estar contenida en una cláusula específica, a la que se confunde con una norma completa, la que, por no referirse a conducta alguna, constituye una anomalía y se la considera como una función específica de las normas, distinta de las demás. Adicionalmente, como se ha desdoblado el proceso de creación de la norma y se requiere que éste se lleve a cabo de nuevo para derogar la norma que va a ser derogada, existe la proclividad a considerar a la norma derogatoria como una norma completa, pero dependiente. Esto explica las afirmaciones expuestas con anterioridad de Kelsen.

La norma derogatoria tiene que especificar cuál es la norma cuyo AT complementa en cuanto a su fecha final de vigencia. Es por ello que se considera que es una especie de meta-norma, cuya función es privar de validez a otra norma. La norma derogatoria se refiere aparentemente a otra norma, a su validez, para ser más precisos, pero esto sólo es una apariencia. Se refiere a otra norma para identificarla y completar el AT de la misma en la parte que se encuentra omisa. En ésta se contiene la fecha de entrada en vigor de la misma y se deja en la indeterminación la fecha en que dejará de tener validez la norma en cuestión. La determinación completa del AT de la norma debe comprender tanto la fecha inicial de la validez de la norma como la fecha final de la validez de la norma.

## 10.- Hipótesis heurística

Como hipótesis heurística puede afirmarse que todo orden normativo tiende a completar la totalidad de sus ámbitos de validez y esto lo hace por medio del establecimiento positivo de los mismos, desde la generalidad hasta

la individualidad. La positividad del orden jurídico es la complementación hasta la individualidad de los ámbitos de validez de las normas que lo integran. Podría postularse la hipótesis, para comprender la unidad del orden jurídico, de la complementación de los ámbitos de validez, desde la norma general hasta la individual. En otras palabras, los ámbitos existen en la norma general, pero estos ámbitos determinados de manera general sólo son condiciones para la determinación individual de esos ámbitos, hasta llegar a las determinaciones más concretas, de un tiempo y un lugar determinados concretamente, con un sujeto con nombre y apellido y la realización de una conducta señalable empíricamente.

### **11.- La derogación como norma general**

En «La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. (La Justicia Constitucional)» Kelsen afirma que

«anular una ley es dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo y, por tanto, una función legislativa. Un tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del poder legislativo. La anulación de las leyes por un tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón más como un reparto del poder legislativo entre dos órganos que como una intrusión en el poder legislativo». (GJC. p. 130).

Esta tesis no es tan definitiva como está expresada. Veamos porqué.

Se expide una ley por el órgano legislativo y en un artículo transitorio de la misma se dice que entrará en vigor en una fecha determinada, por ej., el 10 de enero de 1996. Aparentemente se trata de una norma individual, en tanto que determina una fecha concreta en que se inicia la validez de la ley y llegada esa fecha, deja de tener función alguna. La norma continúa en vigor de manera indefinida. Sin embargo, debemos concebir ese artículo transitorio de acuerdo con la tesis que hemos expuesto en este ensayo: es la fijación de la fecha inicial de vigencia de la norma y, por tanto, debe concebirse de manera sistemática con los otros ámbitos de validez de la norma general, la que se agota en el establecimiento general de esos ámbitos. La ley determina de manera general la conducta regulada y se refiere a un conjunto indeterminado de personas que pueden caer bajo sus supuestos. Por tanto, en cuanto al AM y al AP la ley es general. Lo mismo puede decirse en cuanto al AE, pues se refiere a cualquier punto del espacio o del territorio en que debe llevarse a cabo la conducta regulada. No se refiere a un punto del espacio específico. Es, por tanto, general en cuanto al AE. Con este mismo tipo de razonamiento, puede afirmarse que se refiere a cualquier punto en la línea temporal en que se fijó el inicio de la vigencia. Por ello, puede afirmarse que esa norma, en apariencia individual, es, en realidad, general,



pues forma parte de uno de los elementos de la norma general. Como dice Kelsen es producción de la norma general con «signo negativo».

¿Qué acontece en relación con la norma derogatoria? Es parte integrante de la norma general en cuanto determina el AT en la fecha final de su vigencia y, por tanto, no puede desprenderse de su carácter de pertenecer a la norma general que está determinando sus ámbitos de validez.

Si la norma que anula o deroga una ley, con efectos generales, es una sentencia de un tribunal constitucional, las afirmaciones de Kelsen están plenamente justificadas. No hay necesidad de insistir en ello.

Si la norma que anula o deroga una ley, con efectos particulares para la persona que ejerció la acción procesal de inconstitucionalidad, es una sentencia de un tribunal constitucional, habrá que hacer algunas distinciones. La sentencia, en principio, es una norma individual y particular. Sin embargo, un análisis más fino de lo que acontece nos puede llevar a considerar que esa sentencia es individual por lo que respecta a ciertos ámbitos de validez y general por lo que respecta a otros. Por lo que se refiere al ámbito personal de validez de la sentencia, en relación con la persona que ejerció la acción de inconstitucionalidad, es una norma individual, pues sólo se refiere a ella y no beneficia a nadie más. Por cuanto hace al ámbito personal en relación con las autoridades encargadas de la aplicación de la ley, la sentencia del tribunal constitucional es una norma general, puesto que impide jurídicamente que autoridad alguna (todas aquellas que deban intervenir en su aplicación) puedan legítimamente, en el futuro, aplicar esa norma anulada para el caso del actor. En cuanto al ámbito temporal es una norma general, pues regula de manera general que en cualquier tiempo futuro (generalidad) pueda legítimamente aplicarse esa norma anulada. Tenemos, entonces, el caso de que una norma puede ser general en cuanto a cierto ámbito de validez y particular en cuanto a otro u otros ámbitos de validez. Sin embargo, es posible pensar en una solución alternativa: también para la persona que ejerció la acción de inconstitucionalidad es relativamente general, como correlato de la generalidad con respecto a las autoridades obligadas a no aplicar la norma anulada. Se trata de una generalidad de nivel inferior, sin la amplitud de la norma de la ley, anulada para el caso concreto del sujeto beneficiado con la decisión del tribunal.

## **12.- Condicionamiento de la norma derogatoria (anulación)**

Ahora bien, con lo anterior hemos determinado el significado jurídico de la derogación y hemos podido comprender que ella no es la función específica de una norma y que la norma derogatoria no tiene características *sui generis* que la hagan ser distinta, de manera completa, a las demás normas jurídicas. Hemos podido explicar, adicionalmente, las razones por las

cuales la norma derogatoria aparece a la consideración jurídica con esas peculiares características.

Ahora quiero expresar que una norma no sólo puede perder su validez por medio de otra norma de la misma categoría y nivel normativo, i.e., por medio de una norma derogatoria, sino también por otras normas de **nivel normativo inferior y de modo condicionado**. Para referimos a esta función, que parcialmente hemos introducido en la sección anterior y que esencialmente es la misma que hemos explicado, es decir, determinar la fecha final del AT, usaremos la palabra **anulación**. Es claro que la anulación de una norma es la función de otra norma. La norma anulatoria, generalmente, no consiste en una determinación simple y llana de la fecha final de la vigencia de otra norma, sino que esa determinación está sujeta a diversas condiciones. Es una determinación de la fecha final de vigencia de carácter condicionado.

El acto que determina la fecha final del AT de la norma puede estar condicionado de diversas maneras, con modalidades del AP, el AE y el AM. Que la derogación o anulación se encuentre condicionada nada tiene de extraño, pues ello podría estar previsto desde el inicio de la vigencia de la norma, como aparece en los contratos muy a menudo, cuando se establecen cláusulas que contienen condiciones o términos resolutorios. Estas cláusulas resolutorias son la especificación de la fecha final del AT de la norma contractual, sujeta a una serie de condiciones, que pueden adquirir una sofisticación verdaderamente sorprendente.

### **13.- Condicionamiento de la norma derogatoria (anulación)**

Cuando se tiene N/AM (nulidad condicionada por una modalidad del ámbito material), entonces la fecha final de vigencia del AT está condicionada a que la norma tenga un contenido determinado específico, i.e., contrario, por ejemplo, a la constitución o la ley (inconstitucionalidad o ilegalidad) o cualquier otra irregularidad de carácter material. Es el caso de los conflictos normativos entre normas de diverso grado, establecido por el órgano competente, en el procedimiento especificado por el Derecho. Si se establece que N/AM por conflicto normativo, esto va unido a un procedimiento realizado por ciertas personas.

### **14.- N/AP (ilegitimidad de origen)**

En este caso estamos frente a la anulación de una norma por considerar que el sujeto que la creó o estableció ha arribado a su carácter de órgano de una manera irregular, es decir, el sujeto que se ostenta como órgano competente para dictar la norma anulada no ha llegado a esa posición jurídica de manera regular. La anulación de la norma se produce por ciertos defectos

en la ejecución de los contenidos normativos constitutivos del AP de validez de las normas que establecen al órgano del Estado y la forma y requisitos para nombrar a su titular.

### **15.- La derogación o nulidad como sanción**

**En esta concepción, la nulidad no es una sanción, aunque sí es la consecuencia de ciertas condiciones establecidas normativamente. Es la determinación de la fecha final de vigencia del AT de la norma.**

### **16.- Control jurisdiccional de la constitucionalidad como modalidad de la indeterminación del ámbito temporal**

El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes o de la regularidad de cualquier norma, se entiende desde este punto de vista de la siguiente manera: la ley tiene indeterminada la fecha final de vigencia del AT, por lo que debe ser completada. La anulación de la ley (de manera general, i.e., con efectos erga omnes, o de manera individual) se condiciona a lo siguiente:

a. contradicción con una disposición constitucional. Se trata de un conflicto normativo entre normas de diversa jerarquía normativa

b. que se siga un procedimiento específico

c. que lo determine así un órgano judicial.

Pueden establecerse muchos otros condicionantes, todos los cuales se encuentran especificados en las normas que regulan el ejercicio del control de la regularidad.

Como ya se dijo, la anulación de la norma puede ser general o específica sólo para el caso concreto.

### **17.- Ámbitos de validez de la norma anulatoria o derogatoria**

¿Puede una norma derogatoria o anulatoria tener ámbitos de validez? ¿Puede la norma derogatoria o anulatoria tener un AM distinto de la determinación de la fecha final del AT? ¿Puede tener un AP? ¿Un AE? Pensemos en los siguientes casos:

a. la norma derogatoria condiciona su efecto extintivo de la validez de la norma a la que se refiere identificándola, de la realización de ciertos acontecimientos que ella misma prevé. Ej.: una Ley de Inversión Extranjera perderá su validez y quedará derogada una vez que entre en vigor un Tratado de Libre Comercio (TLC) entre dos Estados. Es claro que aquí existe una regulación específica del ámbito de validez material de la norma derogatoria.

b. la norma derogatoria condiciona su efecto anulatorio de la norma que identifica a que el TLC mencionado entre en vigor con anterioridad a una fecha determinada.

En general, puede decirse, que la norma derogatoria o anulatoria puede tener ámbitos de validez específicos en la medida en que la realización de su función estén condicionados por ciertos hechos o actos, que deben estar determinados en sus aspectos materiales, temporales, espaciales y personales, que se convierten, entonces, en los ámbitos de validez de la norma derogatoria. Lo cual no debe llevarnos a afirmar que la norma derogatoria o anulatoria es una norma independiente, con todos sus ámbitos de validez determinados, pues sería un error, si nuestra tesis de la norma derogatoria o anulatoria es correcta.

Podemos decir, en general, que la norma derogatoria o anulatoria puede estar condicionada resolutoriamente. Una norma puede dejar de valer, i.e., de existir, además del caso en que el propio creador establece su fecha de extinción de la validez de la norma, por la realización de un acto o hecho específicos, previsto en la propia norma derogatoria o anulatoria. Este acontecimiento o hecho debe estar previsto en la norma derogatoria y aparece como una modalidad de la fijación de la fecha final de vigencia de la misma. Estamos hablando del término **extintivo** y de la **condición resolutoria**, hechos que han sido estudiados prolijamente en los tratados de derecho civil. Esto no debe extrañarnos, pues la convención o el contrato deben entenderse como normas jurídicas específicas y, como tales, la gran experiencia jurídica de la humanidad, ha construido las diversas maneras como la convención o el contrato extinguen su validez. Así como la ley puede tener una *vacatio legis*, de la misma manera puede tener una *vacatio* la norma derogatoria o anulatoria. Cuando esto acontece, la norma derogatoria entra en vigor de inmediato y lo que se difiere es la realización de los efectos de dicha norma a un tiempo determinado en el futuro o a la realización de un hecho futuro e incierto. Mientras dicho término no llegue o se cumpla el acontecimiento futuro e incierto en que consiste la condición resolutoria, la norma que va a ser derogada permanece en vigor, como una norma plenamente válida. Dejará de serlo en el momento de la llegada del día fijado o de la realización de la condición. La norma derogatoria o anulatoria entra en vigor de inmediato, pues sólo de esa manera puede ser entendido que produzca sus efectos y lleve a cabo su función en el momento previsto por ella. Si se considerara que la norma derogatoria o anulatoria no es válida en el momento en que se formula, no podría considerarse que dispone válidamente la fecha final del AT de la norma. Generalmente en los contratos y en los tratados existe una cláusula que especifica las causas de terminación de la convención y que debe entenderse en el sentido de ser una norma derogatoria o anulatoria, tal como las hemos definido.

Las soluciones dadas a las modalidades de las obligaciones son aplicables en su integridad a la norma derogatoria o anulatoria que se encuentre

condicionada. Una norma derogatoria condicionada es parte de una norma que establece una obligación sujeta a condición resolutoria.

### **18.- AP de las normas anulatorias condicionadas por el conflicto normativo entre normas de diversa grada jerárquica**

En relación con el tema de la anulación de la norma, condicionada al hecho de la comprobación jurídica de la existencia de un conflicto normativo entre normas de diversa jerarquía normativa, surge la pregunta del AP de la norma que establece la anulación condicionada, es decir, surge la pregunta, de gran importancia, sobre quién ha de examinar y decidir (esta es la terminología kelseniana), sobre la regularidad de la norma que ha de ejecutarse y, en su caso, anularla como consecuencia. Esta pregunta debe responderse diciendo que sólo

«dos respuestas son posibles: o bien aquel que ha de ejecutar la norma, o bien una instancia diferente, que pudiera ser el que creó la norma.» (TGE. p. 374)

Si el que ha de ejecutar la norma está facultado para anularla después de examinar su regularidad, estamos en presencia de la forma **descentralizada** de ejercer el control de la regularidad; si es una instancia diferente, estaremos en presencia de una forma **centralizada** de ejercer ese control.

En un orden jurídico plenamente evolucionado y con un sistema centralizado en la jurisdicción u otro tipo de órgano, por lo que respecta al control de la regularidad, el sentido de las normas jurídicas en su conjunto, no puede ser otro que el siguiente:

**Existen órganos centralizados jurídicamente para anular normas o actos, es decir, para fijar la fecha final de su vigencia, después de examinar su regularidad, en relación con normas superiores, de cualquier índole o nivel normativo que sean, siempre y cuando se haya planteado la pretensión de oficio o a través del ejercicio de una acción procesal ante el órgano jurisdiccional o político, o de otro tipo, competente.**

Este es el principio fundamental que informa la estructura de todos los regímenes jurídicos modernos, los cuales se encuentran relativamente centralizados en cuanto al ejercicio de las facultades de anulación de las normas o actos que son irregulares en relación con cualquier norma de cualquier nivel normativo. Este principio significa que, como lo dice el artículo 17 de la Constitución mexicana,

«ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial».

Es de observarse que este principio de la centralización del control de la regularidad tiene que estar establecido positivamente. No es un principio de

derecho natural ni de la lógica, sino que es un contenido normativo específico que estructura a un orden jurídico de la manera centralizada que estamos describiendo.

La centralización de la anulación de las normas por irregularidad o conflicto normativo entre normas de diverso grado jerárquico, excluye el principio que rige en los órdenes en donde no existe disposición expresa estableciendo ese control centralizado de la regularidad. Este principio de la centralización excluye la posibilidad de que el control de la regularidad, en general, y, en especial, de la regularidad constitucional, pueda ser ejercida de manera descentralizada, o sea, por todos aquellos que consideren que sus intereses se encuentran afectados por alguna norma o acto. Esta manera descentralizada de ejercer el control de la regularidad se presentaría dentro de un orden que no contuviera normas como la que se acaba de transcribir.

En un párrafo muy importante, Kelsen expresa lo que acontecería en el caso de que el legislador no estableciera la centralización del control de la regularidad. Dice:

«Si se investiga sin prejuicios y según principios puramente positivistas la situación jurídica que resulta, en el caso del silencio del legislador, para el sujeto que tiene frente a sí una pirámide de normas: constitución, ley, reglamento, disposición individual, cada una de las cuales le exige obediencia, el sentido de todas ellas no puede ser otro que el siguiente: «obedece una disposición individual, pero no una disposición arbitraria; acata solamente aquella que ha sido dictada conforme a la norma general de la ley, pues sólo tal disposición es una norma obligatoria, y sólo a ella pretende la ley que le prestes obediencia; y qué sea una ley, que hecho has de respetar como tal ley, eso no puede determinarse sino con arreglo a la constitución». El derecho positivo puede limitar este examen y puede orientarlo en determinadas direcciones. Si falta esta limitación -acerca de cuya necesidad o conveniencia política nada hemos de decir-, la teoría no puede llegar a otro resultado que éste: aquel que ha de ejecutar la norma, ha de examinar y decidir también si es o no una norma regular y, por tanto, ejecutable.» (TGE. p. 375)

En otro término se está frente a la situación que ha sido denominada «control difuso de la regularidad de la norma a ejecutar». Kelsen expresa de esta manera las consecuencias que se derivan del principio mencionado:

«Cuando por silencio de la ley, el que ha de ejecutar la norma está autorizado para examinar y decidir su regularidad, es indudable que si estima que ella es irregular, no ha de cumplirla ni ejecutarla. Está autorizado para tratar la norma en un caso concreto como nula. Si se considera el acto con el que se examina la norma para decidir que es irregular; si se tiene en cuenta, por otra parte, que sólo está autorizado para declarar la nulidad de la norma para sí y para el caso en cuestión, pero no para los otros ni para todos los casos posibles en los que la norma hace valer su sentido subjetivo de exigibilidad de obediencia -para esa ampliación haría falta un precepto positivo-, la competencia examinadora del órgano ejecutivo significa lo siguiente: que puede anular para el caso concreto la norma que, subjetivamente, exige de él ejecución.» (TGE, p. 376)

Como es fácilmente perceptible, este principio está relacionado con la anulabilidad y los conflictos normativos entre normas de diversa jerarquía y significa que:

**La determinación de la fecha final del AT de la norma se deja al sujeto que ha de ejecutarla, i.e., el órgano ejecutor es el facultado para anular, i.e., establecer la fecha final del AT de la norma que pretende ejecución, aunque sea de manera individual y provisional.**

Kelsen habla de un «derecho de examen y decisión de la regularidad». ¿Por qué es un derecho? Sí lo es, porque el sujeto participa en la creación de uno de los elementos de la norma que pretende ejecución: establece la fecha final de vigencia de la norma. Esta participación en el acto creador de ese elemento es una facultad o derecho que tiene el sujeto ejecutor de la norma.

Por otra parte, esta posibilidad de descentralización en cuanto a la regularidad de una norma se encuentra en forma larvada, durante el proceso de individualización del orden jurídico, con carácter provisional y transitorio, pues no es posible excluir de manera absoluta el ejercicio de la facultad de anular la norma que se considera irregular a cualquier individuo o persona al que se le exige obediencia. La desobediencia o negativa a ejecutar una norma, general o individual, puede entenderse como el ejercicio de ese derecho, que es una forma descentralizada de ejercer el control de la regularidad, aunque sea de manera provisional, transitoria e individual y concreta.

Es importante enfatizar que la irregularidad de una norma con respecto a otra de nivel superior, i.e., el conflicto normativo entre normas de diverso grado jerárquico no está DADO, sino que tiene que estar establecido positivamente, por un acto de anulación, por más transitorio que éste sea. Antes de ello, sólo hay pretensiones de irregularidad, no el establecimiento positivo, por medio de actos con validez jurídica.

La irregularidad de una norma en relación con la superior que fija las condiciones de su creación y su contenido, no está dado ni puede ser dado por la ciencia jurídica o la opinión de los particulares. La regularidad o irregularidad de una norma es un problema planteado al órgano ejecutor y que debe resolverse de manera jurídica, i.e., de manera normativa y positiva, o sea, por medio de una función normativa establecida por un órgano jurídico. La afirmación de la ciencia jurídica sobre la irregularidad o regularidad de un acto es una opinión subjetiva en relación con el orden jurídico, porque por más lógica que se utilice y por más fuertes que sean los argumentos que se aduzcan para demostrar su irregularidad, eso siempre será subjetivo, hasta que el más mínimo de los jueces lo establezca, lo que tendrá dimensiones normativas. Aquél que haya tenido la más mínima experiencia jurídica, como litigante o como juez, sabe con toda claridad que la irregularidad de una norma con la constitución, por ejemplo, no es clara y que el órgano encargado de decidir la cuestión muchas veces cambia de criterio y las discusiones sobre el tema en ocasiones se vuelven interminables y de una complicación rabelaisiana. Nadie puede saber de antemano sobre la forma

en que el órgano decidirá sobre su irregularidad o regularidad: en el juicio correspondiente sólo hay las opiniones del actor y del demandado en sentidos, generalmente, contradictorios, pues mientras uno sostiene la irregularidad de un acto o una norma el otro sostiene lo contrario.

## II.- TEMAS TRATADOS EN EL ARTÍCULO DE KELSEN

En lo que sigue presentaremos las tesis fundamentales de Kelsen, contenidas en su ensayo «Derogation» y, a continuación, haremos un comentario sobre cada una de ellas, con base en el punto de vista aportado en la primera parte de este trabajo.

1. La derogación es una función específica de la norma, además de mandar, permitir y autorizar.

COMENTARIO 1: La derogación sí es una función específica de la norma derogatoria, entendida conforme a la definición de ella que hemos dado en el apartado 3 de este ensayo. No podría ser de otra manera, si se aceptan los postulados básicos del positivismo. No puede existir una función normativa cualquiera si no es sobre la base de la existencia de una norma positiva. Sin embargo, la derogación no es una función de la misma categoría que lo son la permisón, la obligación, la prohibición y el facultamiento, como lo pretende Kelsen. Tiene el mismo *status* que las determinaciones correspondientes de las normas que determinan los diversos ámbitos de validez de las normas, como el AP, el AM, AE y AT. Para cada uno de estos ámbitos no se crea una función específica, que se manifiesta en el nivel de la ciencia del derecho en la existencia de un concepto jurídico fundamental

2. La derogación existe cuando se rechaza la validez de una norma por otra norma.

COMENTARIO 2: No hay tal «rechazo» de la validez de una norma. Lo que existe es la determinación de la fecha final del AT de la norma. Si se aceptara que la derogación es el rechazo de la validez de una norma, tendría que postularse una función normativa específica, como lo hace Kelsen o como lo hacen Alchourrón y Bulygin. Es más, el planteamiento del problema determina la solución que se adopte. Si se acepta que la derogación es el «rechazo» de la validez de una norma por otra norma diversa y distinta, es necesario postular una función específica de «derogación» o «rechazo».

3. La norma derogatoria no se refiere a una conducta, sino a la validez de otra norma

COMENTARIO 3: Es parcialmente cierto esto. La derogación, interpretada como se hace en este ensayo, establece la fecha final del AT de validez de la norma, por lo que no se refiere directamente a una conducta, aunque debemos reconocer que se encuentra en relación con la conducta, pues los diversos ámbitos de validez de las normas se refieren a las dimensiones de realización de las conductas. Como existe una indeterminación de la fecha



final del AT, es necesario emitir una norma que, identificando previamente la norma que carece de la fecha final del AT, determine esa fecha. En el enunciado anterior debe destacarse la frase «identificando la norma que carece de la fecha final del AT», que se refiere a la circunstancia que hace necesario afirmar que la norma derogatoria o anulatoria se refiere a la validez de otra norma y no a conducta alguna. La norma derogatoria es parte de una norma completa y, por tanto, así entendida, si regula la conducta humana.

4. La norma derogatoria no establece un deber ser, sino un no deber ser.

COMENTARIO 4: Esta es una afirmación muy fuerte e importante, que tiene profundas consecuencias para la teoría elaborada por Kelsen. Si se toma al pie de la letra, ella implica la ruptura total con su pensamiento anterior. Si el deber ser es la imputación periférica y con base en ella se dejan conceptualizar todas las funciones jurídicas o conceptos jurídicos fundamentales, como también se los llama, nos encontramos ahora con otra clase de imputación, una especie de negación de la imputación original. Si ésta se formulaba esquemáticamente «Si A es, debe ser B», la pretendida nueva función podría formularse «Si A es, no debe ser B». Con ello, A ya no es el acto antijurídico o el delito o el acto ilícito, como condición de la sanción, sino una conducta permitida, puesto que ya B no es una sanción, pues no «debe ser». Será otro acto lícito o permitido y entonces carece de sentido la fórmula pues solamente está diciendo que todo lo que se haga es lícito o permitido, tanto por parte del súbdito como por parte de la autoridad. No-A sería la conducta prohibida, por ser A una conducta permitida (se trata de la negación de lo permitido, i.e., lo prohibido).

5. La norma derogatoria es una norma dependiente.

COMENTARIO 5: Se tiene la impresión que la norma derogatoria es una norma dependiente por el hecho de que sólo constituye una parte de la norma principal, pues, como se ha dicho, fija o determina la fecha final de la AT. Las consecuencias de la tesis de que la norma derogatoria es dependiente de la norma derogada, que ha señalado Josep Aguiló (SD), son correctas y se explican más fácilmente con la hipótesis de la norma incompleta.

6. La norma derogatoria afecta la validez de una norma, no al acto de su creación.

COMENTARIO 6: Esta afirmación es completamente correcta, desde los dos puntos de vista que se están contrastando. Desde el punto de vista de la hipótesis de la norma incompleta, que aquí se sostiene, la norma derogatoria afecta la validez de la norma derogada, en tanto que establece los contenidos normativos que determinan la extinción de la validez de la norma derogada. El acto de establecimiento de la norma derogada no es afectado por ningún hecho o norma posterior, pues ese acto es un acontecimiento que existe en el pasado y, por tanto, inaccesible a cualquier hecho o conducta del presente. Lo que se ha hundido en el misterio y las brumas del pasado no puede ser tocado desde el presente.

7. Las normas derogatorias no pueden ser violadas, porque no prescriben una conducta y no pueden ser obedecidas o desobedecidas.

COMENTARIO 7: Desde el punto de vista de la tesis de Kelsen la conclusión anterior es correcta. Se parte del supuesto de que la norma derogatoria no regula la conducta humana y sólo esta puede ser considerada como obediencia o desobediencia de la norma que la regula, pues si es concordante con el contenido de la norma principal, hay obediencia; si no es concordante con ella, hay desobediencia. Una norma, como la derogatoria que, según esta concepción, no regula la conducta humana, no puede ser obedecida ni desobedecida por conducta alguna.

Sin embargo, mi opinión es en el sentido de que las normas derogatorias pueden ser desobedecidas en el caso de que una autoridad dicte una norma teniendo como fundamento de ella, la norma que ha sido derogada. En este caso, creo que puede ser afirmado que la norma derogatoria ha sido desobedecida.

8. Una vez que cumple su función de terminar la validez de una norma, la norma derogatoria también pierde su validez

COMENTARIO 8: Aquí hay un fenómeno peculiar: si una norma determina de manera completa su AT, porque establece tanto la fecha de inicio como la fecha final de su validez, al realizarse los supuestos del contenido normativo de la fecha final de vigencia, la norma se extingue, toda ella, incluyendo la que determina el AT, de la misma manera que se extingue los demás contenidos de los otros ámbitos. Como los ámbitos de validez son determinaciones normativas de las propiedades de las conductas reguladas, estos ámbitos son de carácter general cuando la norma lo es o tiene el mismo carácter y son particulares e individuales cuando la norma tiene esas características de ser particular e individual. Por tanto, el AT de una norma general es el tiempo en general en el que han de realizarse las conductas que constituyen el objeto de regulación de la norma completa.

9. La norma derogatoria no puede ser derogada en relación con la norma derogada.

COMENTARIO 9: Esto es consecuencia de la tesis número 8 anterior. Si la norma derogatoria pierde su validez en el momento en que cumple su función, es claro que ya no existe, ya no es válida y, por tanto, no puede derogarse lo que ya no es válido, porque la derogación hace que se extingue la validez de una norma.

Sin embargo, debe observarse que una norma que anula otra, por irregularidad, o sea, porque existe un conflicto normativo entre normas de diverso grado jerárquico, puede a su vez ser anulada por una instancia superior que esté facultada para revisar la regularidad de la norma anulatoria. Este es el caso que se presenta frecuentemente en los procesos jurisdiccionales, en donde es posible impugnar, por medio de recursos, las sentencias anulatorias de normas irregulares. La norma anulatoria, entonces, puede ser anulada a su vez.

10. Si se deroga una norma derogatoria que ha realizado su efecto, la norma derogada no puede volver a entrar en vigor.

COMENTARIO 10: Aquí hay una contradicción en las tesis de Kelsen. Una norma derogatoria que ha realizado su efecto, según la tesis número 8, deja de existir, deja de ser válida. Esto significa que ya no hay norma existente, i.e., válida. Entonces, no es posible afirmar lo que dice esta tesis número 10 en el sentido de que la norma derogatoria que ha cumplido su función puede ser derogada. No puede ser derogada, por la razón sencilla de que no hay norma que derogar.

Si no hay norma que derogar es claro que el intento de derogar una norma derogatoria es un intento frustráneo, pues la norma derogada no puede volver a entrar en vigor.

11. Una norma derogada no puede ser revalidada, porque se dicte otra norma con el mismo contenido del de la norma derogada.

COMENTARIO 11: La norma derogada ya no existe normativamente. No es revalidada, i.e., no vuelve a entrar en vigor la misma norma, porque se dicte otra norma con el mismo contenido. Se trata de dos normas diferentes, con el mismo contenido, no la revalidación de una y la misma norma. Son dos normas diferentes, si son completas, porque han sido creadas por dos actos diferentes creadores de normas. La igualdad de contenido no es revalidación, ni aún en el caso de que medie una derogación.

12. Si el efecto de la norma derogatoria no tiene lugar de manera inmediata, sino posteriormente, la norma derogatoria puede ser derogada.

COMENTARIO 12: Esta tesis es correcta. Si el efecto de la norma derogatoria no ha tenido lugar, es claro que la norma derogada aún es válida y también la norma derogatoria, i.e., el contenido de esa norma que determina el AT en su término final. La expedición de una norma de derogación de la norma derogatoria, significa la modificación del contenido normativo que establece ese término final. En este caso se ve la inconveniencia de hablar de «norma derogatoria» y «norma derogada».

13. Puede derogarse una norma redundante. No cambia el sistema.

COMENTARIO 13: No hay problema que solucionar con esta tesis.

14. No puede la norma derogatoria ser expresada en un imperativo o en un enunciado de deber, porque no establece el deber de una cierta conducta o el deber de una omisión, sino un no deber ser. El deber ser no puede expresar el no deber ser.

COMENTARIO 14: Esta tesis está relacionada con la número 4. No es aceptable por las mismas razones.

15. Generalmente las normas derogatorias toman la forma de un enunciado y su función, sin embargo, es normativa.

COMENTARIO 15: Todo esto es una continuación de la tesis número 4 y de la 15 anterior.

16. La norma derogada puede ser general o particular. Ej.: una sentencia que es casada.

COMENTARIO 16: No tiene problema esta tesis.

17. La norma derogada puede ser legislada o consuetudinaria.

COMENTARIO 17: No tiene problema.

18. La norma derogatoria no puede ser establecida consuetudinariamente.

COMENTARIO 18: La conclusión dentro de la teoría de Kelsen es lógica. La costumbre crea normas que pueden hacer a una conducta obligatoria, prohibida, permitida o facultada, pero no una norma que derogue a otra norma, pues esta es considerada como *sui generis* por Kelsen. Para ello se requiere una costumbre especial, distinta de la consuetudo, que es la desuetudo.

Para nosotros, esta afirmación NO es justificable, pues la fecha final del AT se establece como parte de la norma establecida y, por tanto, SI puede ser establecida consuetudinariamente.

19. La costumbre puede crear una norma que prescriba la omisión de un acto ordenado hasta ahora por una norma válida o una acción cuya omisión era prescrita. No hay conflicto de normas, pues la costumbre que crea la nueva norma implica el hecho de que la norma válida hasta ahora ha sido desobedecida constantemente y ha perdido su eficacia y, por tanto, su validez. No hay derogación, pues la pérdida de la validez es debida a la falta de eficacia.

COMENTARIO 19: Kelsen supone que no existe un conflicto normativo, pues en este caso opera el principio de la derogación por ineficacia. Esto no es necesariamente el caso, pues si puede representarse el conflicto normativo, en mi interpretación. Las dos normas pueden ser válidas y ser de carácter consuetudinario, porque la creación consuetudinaria de una norma contradictoria con otra norma consuetudinaria no implica que una de las normas en conflicto haya establecido el término final del AT. No es esta la función de ninguna de las normas en conflicto, como el propio Kelsen lo ha manifestado. Cf. punto 27.

20. Una norma puede excluir su derogación por otra norma, pero no puede excluir la pérdida de la validez por ineficacia.

COMENTARIO 20: Si una norma excluye su derogación por otra norma, podría estar en conflicto con la norma superior que establece las condiciones de su producción. La norma inferior no puede maniatar al órgano creador establecido por la norma superior. Este sería el caso de una ley que prohibiera su derogación o anulación, es decir, que excluyera la posibilidad de fijar la fecha final de vigencia. Permanecería por siempre incompleta por lo que respecta a su AT. Esta pretensión, o mejor, el sentido de la norma es frustráneo, pues la Constitución, con base en la cual fue creada, al establecer el proceso de creación de las leyes, faculta al órgano legislativo para fijar la fecha final de vigencia de las normas generales. En consecuencia, esa disposición que excluyera su derogación estaría en contradicción con la norma superior que es su fundamento y podría ser derogada por medio del proceso legislativo seguido por el órgano competente.

Si la norma que excluye la posibilidad de su derogación es la Constitución de un Estado, de cualquier manera la tesis de Kelsen es correcta, pues esa Constitución puede ser derogada por un acto que, conforme al derecho internacional, es suficiente para considerarla como no válida, i.e., como derogada. Me refiero a un golpe de Estado o a una revolución triunfante.

21. Modalidades de la derogación. Una norma puede prescribir:

a. Ser válida por un tiempo determinado.

COMENTARIO 21 a.: No existe problema: el órgano creador de la norma determina el término final del AT.

b. Ser válida por un tiempo ilimitado.

COMENTARIO 21 b.: Este es el caso de la indeterminación, donde caben todas las modalidades del AT.

c. Que sólo será derogada siguiendo un procedimiento específico, señalado por ella o por otra norma.

COMENTARIO 21 c.: Este es el caso de la derogación condicionada

d. Que no será derogada por otra norma.

COMENTARIO 21 d.: Cf. COMENTARIO punto nº. 20.

e. Las normas emitidas por Dios no pueden ser derogadas por el hombre.

COMENTARIO 21 e.: Esto es válido en la religión o puede serlo, pero no en el derecho positivo.

22. El principio de la cosa juzgada (force of law) significa que es una norma que no puede ser derogada.

COMENTARIO 22: Sin embargo, de hecho puede ser desconocida y si se aprecia como cierto lo que se ha dicho sobre el control descentralizado de la regularidad, es claro que la inejecución implica la derogación temporal o definitiva de la norma aparentemente inderogable, lo que aparecerá en la ejecución o falta de ella.

23. Es posible rechazar una norma legal singular que es parte de un conjunto de normas.

COMENTARIO 23: No tiene problemas esta tesis. No hay inconveniente jurídico en la derogación parcial de un conjunto de normas. Simplemente dicho, se ha fijado la fecha final de la validez de algunas de las normas que integran el conjunto en cuestión.

24. La derogación es necesaria si existen normas en conflicto unas con otras.

COMENTARIO 24: No es necesaria la derogación o anulación de normas en conflicto; puede ser conveniente. De cualquier manera, pueden permanecer válidas las dos, pues el orden jurídico no es un sistema de normas consistente. Esta es una conclusión a la que tenemos que llegar. La tesis 25 se puede entender como una consecuencia de su teoría, porque Kelsen, en obras anteriores (TPD de 1960), sostenía la tesis de que dos normas en conflicto no podían ser ambas válidas, de la misma manera en que dos enunciados contradictorios no pueden ser ambos verdaderos. Kelsen mismo se ha encargado de refutar su propia tesis en su ensayo «Derecho y Lógica»

(DL). Anteriormente le concedía a la lógica un papel derogatorio, pues consideraba que una de las normas tenía que ser nula, de la misma manera como tenía que ser falso uno de los dos enunciados que se encontraban en contradicción. Posteriormente, cambió radicalmente de opinión, dando su pensamiento un giro de 180 grados. Dos normas contradictorias lógicamente tienen que ser ambas válidas y es sólo cuestión de conveniencia el que sea derogada una de las normas en conflicto.

25. La derogación tiene que estar estipulada por una autoridad facultada para crear normas.

COMENTARIO 25: Absolutamente de acuerdo, dado el carácter dinámico del derecho. (Cf. comentario tesis 24). Esta tesis aislada, fuera del contexto de las otras tesis, coincide con la sostenida en este ensayo y es la consecuencia necesaria de una concepción positivista del derecho. La derogación tiene que ser una norma positiva o, por lo menos, parte de ella.

26. La derogación NO es la función de una de las normas en conflicto, sino de una tercera norma.

COMENTARIO 26: Dos normas en conflicto, que se contradicen al regular la conducta humana, son normas válidas, como ya se mostró anteriormente, cuyos ámbitos de validez están determinados de manera completa o incompleta. La derogación de una de las normas en conflicto es la función de la norma derogatoria de una de ellas, que no existe en los momentos durante los cuales están en conflicto. Si ambas normas en conflicto tienen su AT, en cuanto a la fecha final de su vigencia, indeterminado, ambas son válidas hasta que una de ellas se extinga, porque se fije esa fecha final de vigencia por el mismo órgano que las creó o la establezca una autoridad distinta en una norma anulatoria condicionada por un conflicto normativo. La norma derogatoria o anulatoria no puede decirse que sea una «tercera norma», sino es la complementación, como se ha demostrado, del AT indeterminado en cuanto a la fecha final de su vigencia.

27. El principio **lex posterior** es «misleading» porque crea la impresión de que la derogación es una función de una de las normas en conflicto. Las dos normas en conflicto se refieren a una conducta, pero no a la validez de la otra norma.

COMENTARIO 27: Estamos parcialmente de acuerdo. El principio **lex posterior** sólo puede operar en caso de que esté positivamente establecido y se restringe sólo a aquellas normas que se encuentran en la misma grada o nivel normativo. Una ley posterior puede derogar una ley anterior, sólo en el caso de que así lo establezca o exista una norma legal o constitucional que así lo determine. No es un principio que sea evidente o de derecho natural, para aquellos que aceptan estas doctrinas. Tampoco puede derivarse de la naturaleza de las cosas o de los órdenes jurídicos.

Hay que reconocer, sin embargo, que muchos titulares de órganos jurídicos, como los jueces, guiados por doctrinas que afirman la existencia necesaria del principio **lex posterior**, de hecho lo aplican en sus sentencias y

resuelven de esa manera conflictos normativos. En este caso, debe afirmarse que el principio **lex posterior** ha sido positivizado en la sentencia del juez, puesto que de hecho lo ha aplicado y ha anulado una de las dos normas en conflicto. Esta es una de las consecuencias operantes en el derecho positivo de algunas doctrinas jurisprudenciales o iusnaturalistas. Se vuelven operantes dentro del derecho positivo en la medida en que, por conducto del juez, sirven de fundamento a resoluciones jurídicamente válidas. Esta es la misma función que intentan producir algunas lógicas normativas o deónticas, que han proliferado en los últimos tiempos.

28. No hay conflicto entre la norma derogatoria y la norma derogada, pues la validez de la primera significa la invalidez de la segunda.

COMENTARIO 28: Estamos de acuerdo con esta tesis, con las modalidades que se le debe imprimir por el punto de vista que se sostiene en este ensayo.

### III.- TEMAS TRATADOS EN EL ENSAYO DE ALCHOURRÓN Y BULYGIN

En un ensayo de gran importancia, los autores argentinos analizan el sentido y las consecuencias teóricas de la que denominan «concepción expresiva de las normas». Brevemente expresado, esta concepción consiste en concebir a las normas como el resultado «del *uso prescriptivo* del lenguaje». (CEN. p. 123) Esta afirmación se encuentra, evidentemente, conectada con la concepción de los actos de habla, cuyo origen está en Wingenstein y en J. Austin. Con el lenguaje se pueden realizar una pluralidad de actos distintos: preguntar, afirmar, interrogar, prometer, ordenar, etc. Dicen que sólo a nivel pragmático pueden existir estos diversos actos derivados del uso del lenguaje.

«Para la concepción expresiva las normas son esencialmente *órdenes*» (CEN. p. 124), es decir, normas dictadas por un agente, por una autoridad. Las normas en la concepción expresiva se encuentran en una relación esencial con la conducta que la establece, de manera que la obligación que una norma establece se deriva del acto de su producción, no del sentido del contenido semántico de la norma. El siguiente párrafo muestra con claridad lo que quieren decir estos autores:

«Los signos ‘|’ y ‘!’ serán usados para indicar el tipo de acto lingüístico (aserción u orden) llevado a cabo por un hablante no especificado. Estos signos son meros *indicadores* de lo que el hablante hace cuando emite ciertas palabras, pero ellos no contribuyen al significado (esto es, al contenido conceptual) de las palabras usadas. Ellas muestran qué es lo que está haciendo el hablante, pero al hacerlo él no dice qué es lo que está haciendo; de esta manera esos indicadores no forman parte de lo que el hablante dice

o lo que sus palabras significan, del mismo modo como en el lenguaje ordinario (escrito) el punto o, los signos de interrogación o de exclamación no forman parte del significado de la oración, sino que indican qué se está haciendo con ella. La expresión  $| p$  indica que  $p$  es aseverado y ' $!p$ ' que  $p$  es ordenado». (CEN. pp. 123-4)

Por tanto, consideran que existe el acto de ordenar. Discuten si es posible la existencia de un acto de permitir, pero aceptan la existencia de un acto de «rechazo», que tiene una función muy especial. Si un monarca o un legislador ordena algo, utiliza el ejemplo de Hart de un Rex, y posteriormente desea permitir ese algo, ese resultado, no lo puede hacer con otro acto de ordenar. Si ordenó  $p$  (o lo que es lo mismo, prohibió  $| p$ ), por medio de otra orden no puede permitir  $p$ .

«Mediante una orden un estado de cosas permitido puede volverse prohibido, mas no viceversa. El cambio de una prohibición por una permisión requiere una operación de *sustracción*; la adición sola no es suficiente. Por lo tanto, para permitir  $| p$ , Rex debe derogar la norma que prohíbe  $p$  o, más exactamente, debe eliminar  $p$  del sistema. Para ello debe en primer lugar identificar aquello que quiere eliminar (es decir  $| p$ ) y, en segundo lugar, realizar la operación de sustracción de  $| p$ , de tal manera que como resultado de esa operación  $| p$  quede eliminado del sistema. Aquí también debemos distinguir entre el acto realizado por Rex, que denominaremos *acto de rechazo*, la operación de eliminación de ciertas proposiciones del sistema y los criterios que gobiernan tal eliminación». (CEN. p. 132)

No resulta claro cómo este acto de rechazo funciona y cuales son sus efectos o funciones. La eliminación de una orden de un conjunto de ellas es una función que no es posible concebir claramente. Parece una tautología afirmar la existencia de un acto de rechazo para afirmar la eliminación de una orden. *Obscurum per obscurius*. Se quiere eliminar una orden. No es entendible como pueda ser hecho, sin considerar la existencia de una norma independiente del acto de ordenar. Lo que ha sido ordenado (no olvidar que la orden es un acto) no puede ser deshecho, porque los actos del pasado son inaccesibles a cualquier modificación en el presente o en el futuro. Sólo si consideramos que un acto crea una norma o la establece y manejamos esta norma, no como un acto, sino como un significado creado por ese acto, podemos entender la eliminación de la norma, no del acto. Que para conseguir ese efecto sea necesario realizar un nuevo acto, es comprensible. Pero es necesario que se haga un corte que separe el acto de aserción o de ordenar con la construcción lingüística, para poder operar sobre esta última directamente. No es posible manejar lógicamente (porque los hechos no tienen relaciones lógicas entre sí) las aserciones con los actos correspondientes o las normas con los actos de ordenar. La lógica tiene como materia de operación los enunciados, no las aserciones. A y B han sido muy productivos en la creación de sistemas de lógica deóntica, en los que necesariamente han tenido que considerar, con independencia a las proposiciones,



de los actos en los que son formulados o estructurados. La lógica no rige a los hechos, aunque sí a los enunciados o a las proposiciones.

Estas consideraciones son las que convierten en difíciles de entender las afirmaciones contenidas en el ensayo que se comenta.

A y B, con base en sus supuestos, afirman (a mi modo de ver) correctamente, y explicitan la tesis de, que «rechazar no es lo mismo que negar» (CEN. p. 132) Negar es una operación que se efectúa a nivel semántico, no a nivel de los actos de habla.

Otra tesis, importante para nosotros, es que el rechazo no es una prescripción. Ellos creen que es, como ya se dijo antes, un nuevo acto, que no puede reducirse a la prescripción. Si para el acto de prescripción utilizaban el signo «!», para el acto de rechazo utilizan el signo «j», que es un indicador de que se ha realizado un acto lingüístico. (CEN. p. 133)

Consideran que «cuando los juristas hablan de derogación, lo que hay es rechazo de un contenido normativo». (CEN. p. 133) Aquí ya se ha dado el «corte» mencionado anteriormente, porque se habla del rechazo a un «contenido normativo», i.e., de la norma misma, considerada con independencia del acto de su establecimiento.

Dicen:

«Si como resultado de un rechazo de un contenido normativo, este último es eliminado del sistema, la norma deja de existir». (CEN. p. 133) Por lo tanto, lo que deja de existir es la norma, el contenido normativo, ya separado del acto de su establecimiento, como si fuera una entidad independiente. Esa es la teoría tradicional de los juristas sobre la función de la derogación.

Como lo anterior no están dispuestos a admitirlo los autores argentinos, porque estaría en directa contradicción con su concepción expresiva, recurren a un subterfugio muy peculiar, que les fue sugerido por Raz, según informan en su ensayo. Afirman que las normas no sólo comienzan a existir en un momento dado, sino que también dejan de existir en otro momento. Consideran que

«la existencia temporal de las normas es una mera metáfora: lo que sucede realmente es la realización de dos tipos de actos (ordenar y rechazar): estos son los únicos hechos empíricos relevantes para la existencia de la norma. No tiene porqué existir ningún otro hecho para que la proposición de que una determinada norma existe sea verdadera. Por otro lado, la afirmación de que una determinada norma deja de existir en un cierto momento puede dar lugar a confusiones. Todo lo que hay, son una serie de diferentes conjuntos de proposiciones y una proposición *p* dada puede pertenecer a algunos de tales conjuntos y no a otros. Si *p* pertenece a un cierto conjunto, nunca deja de pertenecer a él, pero puede ocurrir que no pertenezca al conjunto siguiente. Lo que hacemos es tomar en momentos diferentes conjuntos diferentes como puntos de referencia para nuestras aserciones de que ciertas proposiciones (o estados de cosas) son obligatorias, prohibidas o permitidas: esto produce la ilusión de cambio temporal. Pero en realidad las proposiciones normativas son atemporales, pues se refieren siempre a un sistema determinado. Por lo tanto, la proposición «*p* es obligatorio en

A1» es verdadera o falsa, pero si es verdadera, lo será siempre, aun después de la derogación de p. Pues si p es eliminado, estamos en presencia de un nuevo sistema A2. La proposición «p es obligatorio en A2» es, en nuestra hipótesis falsa, pero se trata de una proposición diferente. La primera proposición («p es obligatorio en A1») sigue siendo verdadera, pero uno probablemente no se interese más por ella. En este sentido los sistemas normativos son instantáneos (es decir, referidos a un momento temporal dado). Cuando los juristas hablan de sistemas jurídicos que persisten a través del tiempo (como, por ejemplo, el derecho francés o español), no se refieren a un sistema, sino a una secuencia de sistemas». (CEN. p. 134)

¡Qué complicado e inútil es todo esto! Es completamente gratuita la afirmación de que «es una mera metáfora» la existencia temporal de las normas. Es directamente contradictoria con la otra afirmación de que las normas no sólo comienzan a existir en un momento dado, sino también dejan de existir en otro momento. Podemos, actuando de buena fe, pensar que esa afirmación se convierte en la afirmación de un conjunto infinito de conjuntos de enunciados sobre normas, porque debe observarse que en la exposición que hacen los autores argentinos, no se refieren a los sistemas u órdenes normativos, sino a proposiciones sobre normas. Eso me hace suponer que a nivel de las normas no ha existido un rechazo de un «contenido normativo».

Por otra parte, el número de conjuntos de proposiciones referentes a las normas o sistemas normativos, como también los llaman, debe ser infinito o, por lo menos, tan grande y de sucesión tan rápida, que se convierte la idea en inmanejable. Pensemos en una población de ochenta millones de individuos, que llevan a cabo sus transacciones diariamente en el tráfico para vivir y no dejar vivir, como es la costumbre entre los hombres, incluso los de buena voluntad. El número de transacciones jurídicas, i.e., el número de actos jurídicos que realizan en un lapso de 24 horas, es positivamente gigantesco. Por tanto, tendríamos que afirmar que el contenido de su sucesión de los conjuntos de proposiciones descriptivas del derecho correspondiente, es inmanejable, por la gran cantidad de conjuntos presentes y por la velocidad a la que cambian en cada segundo de las horas del día. Ciertamente, son cientos de miles de millones, como una constelación de estrellas, los actos y las normas, generales e individuales, que se crean y se realizan cada día. Cada compra de un dulce hecha por niños o por una ama de casa, cada transacción en los bancos y en las bolsas de valores, etc., etc., debe ser contada.

Como punto adicional en el desarrollo de sus tesis, afirman que deben distinguirse los «conflictos normativos» o inconsistencias, de los conflictos de los actos de promulgación y de rechazo que, siguiendo a Carnap, los denominan **ambivalencias**. Haciendo referencia a los contenidos de las afirmaciones o aserciones y a los contenidos normativos de los actos de mandar u ordenar y rechazar, dicen que las contradicción de proposiciones se dan a nivel semántico únicamente, pues dos personas pueden enunciar

proposiciones contradictorias, de las cuales si una es verdadera, la otra tiene que ser falsa y ambos enunciados existen por haber sido emitidos en actos de aserción. Igual acontece con los conflictos normativos, cuando se los considera al nivel de los contenidos normativos. Hay un conflicto normativo cuando una autoridad ordena *p* y también ordena *-p*. La ambivalencia surge cuando la misma proposición normativa es promulgada y rechazada y, para resolver estos conflictos de ambivalencia se vale de tres **critérios o reglas de preferencia**. Estas reglas son las que denominan **auctoritas superior**, **auctoritas posterior** y **auctoritas specialis**, que en realidad no son otra cosa que la adaptación de los principios que los juristas usan, con referencia a las normas, de **lex superior**, **lex posterior** y **lex specialis**. No entraremos a más detalles en relación con esto. Sólo es de observarse que ellas deben ser contenidos de normas positivas.

Por otra parte, Alchourrón y Bulygin aceptan una distinción que, en mi opinión, rompe su sistema de enunciados sobre la concepción expresiva de las normas. Me refiero a la distinción entre normas y sistemas normativos.

Dicen:

«Ordenar (en el sentido de dar órdenes) es una actividad esencialmente lingüística, un acto lingüístico. Tal acto consiste en la formulación de ciertas palabras (u otros símbolos) que tienen un determinado sentido o significado. Una norma es una oración significativa en su uso imperativo: la simbolizaremos con «*p*». De este modo el acto de ordenar puede ser descripto como el acto de *promulgar una norma*.» (CEN. p. 128)

Usando el ejemplo de Rex de Hart, dicen (es conveniente que el lector se fije muy bien en la terminología):

«En ciertas ocasiones Rex realiza la acción de ordenar una cierta proposición o un conjunto de proposiciones. Las proposiciones ordenadas por Rex forman un conjunto que llamaremos *conjunto ordenado A*.» (CEN. p. 128).

Más adelante dicen:

«Podemos definir ahora el concepto de sistema normativo como el conjunto de todas las proposiciones que son consecuencias de las proposiciones ordenadas expresamente. (Aunque estamos usando la expresión tradicional «sistema normativo», hay que tener presente que en la concepción expresiva un sistema normativo no es un conjunto de normas, sino un conjunto de contenidos normativos, esto es, de proposiciones) Esto hace posible distinguir entre el conjunto *A* (formado por todas las proposiciones ordenadas) como la base axiomática del sistema y el sistema normativo  $C_n(A)$ , que es el conjunto de las consecuencias de *A*.» (CEN. p. 129).

El lector no debe dejarse confundir con estas expresiones, pues por proposición están entendiendo nuestros autores, lo que Kelsen llama «substrato modalmente indiferente» y Alf Ross, un «tópico», en el párrafo transcrito. Sin embargo, anteriormente dijeron lo siguiente, que es contradictorio con lo dicho:

«Para la concepción expresiva las normas son esencialmente *órdenes*, pero ellas deben ser cuidadosamente distinguidas de las proposiciones que afirman la existencia de una norma de un cierto contenido o que aseveran que p es obligatorio o está prohibido, que son proposiciones normativas. Las proposiciones normativas están relacionadas con las normas del siguiente modo: si p ha sido ordenado, entonces la proposición de que p es obligatorio es verdadera». (CEN. p. 124)

Por tanto, las proposiciones pueden ser verdaderas o falsas, pues es verdadera una cierta proposición que afirma que «p es obligatorio» si p ha sido el contenido de un acto de ordenar. Sin embargo, hay un deslizamiento del uso de la expresión «proposición normativa» en el primer párrafo transcrito en esta parte, pues afirma que las proposiciones, pueden estar ordenadas y reciben el nombre de «proposiciones ordenadas», lo cual es imposible, pues una proposición que puede ser verdadera o falsa se refiere a un contenido ordenado, pero ella, la proposición verdadera o falsa, no puede ser ordenada. Si fuera una proposición ordenada, significaría que sería una norma y no una proposición. Los niveles de lenguaje están equivocados y confundidos.

Ello ha llevado a nuestros autores argentinos a considerar que el conjunto A, «formado por todas las proposiciones expresamente ordenadas», es la base axiomática del sistema normativo y éste, el sistema normativo  $Cn(A)$  es el conjunto de las consecuencias de A, consecuencias lógicas de A, se debe entender. Pero las normas no son proposiciones y no pueden, en consecuencia, ser una base axiomática, pues dijeron anteriormente

«como no hay relaciones lógicas entre los hechos, no hay cabida para una lógica de normas». (CEN. p. 129)

Estas son inconsistencias que se encuentran en el artículo de los autores argentinos y son afirmaciones que hay que «rechazar», aunque estén «promulgadas» con base en el prestigio internacional de los autores cuyo pensamiento comentamos.

Las tesis anteriores los llevan a afirmar la existencia de rechazos implícitos. Dicen:

«...la derogación de p requiere no sólo el rechazo expreso de p, sino también el rechazo de todas aquellas proposiciones de las que p es una consecuencia. (Debe decir, «sino también el rechazo de todas aquellas proposiciones que son consecuencias de p»). Diremos que esas proposiciones son *implícitamente* rechazadas por el acto de rechazo de p» (CEN. p. 138)

Con esto nos encontramos con actos de rechazo implícitos y no habrá inconveniente alguno en aceptar actos de ordenar implícitos, que serían todos aquellos que tendrían que suponerse como existentes en relación con las proposiciones que son consecuencias lógicas de p. Con esto nos encontramos en el reino de la ciencia-ficción. Recurrir a actos implícitos de ordenar o rechazar es no aceptar con rigor metódico las concepciones básicas de la teoría expresiva de las normas.

Consideran, de manera sorprendente, que

«tiene perfecto sentido rechazar un contenido normativo p, aun cuando p no pertenezca al sistema. Aunque tales rechazos no conducen a eliminación de proposición alguna, pueden producir el importante efecto de prevenir la agregación de p, si p es promulgado más tarde por una autoridad de nivel inferior. Esto es lo que ocurre con los derechos y las garantías constitucionales: la constitución rechaza por anticipado ciertos contenidos normativos (aquellos que afectan los derechos básicos), previniendo su promulgación por el poder legislativo, pues si un contenido normativo tal es promulgado por el parlamento, puede ser declarado inconstitucional por los tribunales y no será agregado al sistema». (CEN. p. 137)

En relación con esto debemos decir que no hay tal «rechazo anticipado», pues sería un golpe en el vacío. El «rechazo» es un acto que elimina un «contenido normativo» y lo excluye o elimina del sistema. Por lo tanto, ese contenido normativo debió haber sido promulgado, pues para que haya la muerte de una liebre se requiere necesariamente que haya liebre, así como cocinarla. Pero A y B pretenden hacer guisos o ir de cacería usando liebres que aún no han nacido o encontrado. No hay rechazos anticipados, los cuales, si existieran, no tendrían esa función «preventiva» de la que hablan, pues ello supondría que no hay todavía contenido normativo que pueda ser rechazado. Al final tienen que reconocer que ese contenido, rechazado anticipadamente puede ser promulgado por el parlamento y que sólo puede ser excluido del sistema por la anulación de un tribunal al ser declarado inconstitucional. Aquí se manifiesta claramente la ambigüedad con la que se manejan nuestros autores argentinos, con dos concepciones incompatibles de las normas: la «expresiva», que no admite normas no positivas y las normas «deducidas», no positivas, que de cualquier manera, forman parte del orden normativo. Habrá que preguntar si las normas deducidas necesitarían de actos de rechazo para ser eliminadas del sistema normativo Cn(A).

## BIBLIOGRAFÍA

- Kelsen, Hans. (D). *Derogation en Essays in Legal and Moral Philosophy*. Selected and Introduced by Ota Weinberger. D. Reidel Publishing Company. Dordrecht-Holland/Boston-U.S.A. 1973.
- Kelsen, Hans. (GJC). *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional) en Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*. Selección y presentación de Juan Ruiz Manero. Editorial Debate. Madrid. 1988.
- Kelsen, Hans. (TGE). *Teoría General del Estado*. Trad. Luis Legaz Lacambra. Editorial Labor, S.A. 1934
- Kelsen, Hans. (TPD). *Teoría Pura del Derecho*. Trad. Roberto J. Vernengo. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1979.
- Kelsen, Hans. (LTPD) *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Problemática Científica del Derecho*. Trad. Jorge G. Tejerina. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires. 1941.

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (CEN). *La Concepción Expresiva de las Normas*.

Aguiló, Josep. (SD). *Sobre la Derogación. Ensayo de Dinámica Jurídica*. Distribuciones Fontamara, S.A. 1995.