

V. COMENTARIO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO AL AMPARO EN REVISIÓN 196/2013

*Dr. Jaime Cárdenas Gracia**

1. INTRODUCCIÓN

En el amparo en revisión, resuelto el 7 de agosto de 2013, es decir, antes de la reforma energética en vigor,¹ la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ocupó de la validez jurídica de disposiciones generales que fueron emitidas por la Comisión Reguladora de Energía (RES/250/2009 y RES/304/2011), con posterioridad a la obtención de un permiso de almacenamiento que había obtenido la parte quejosa años atrás, para instalar y operar una Planta de Suministro de Gas L.P. (30 de marzo de 2004). El citado permiso le confirió derechos a su titular para recibir, almacenar y vender Gas L.P.

* Investigador titular "B" de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ La reforma constitucional energética se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 2013. La legislación secundaria energética se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el día 11 agosto de 2014. Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime, *Crítica a la reforma constitucional energética de 2013*, México, UNAM, 2014; y, Cárdenas Gracia, Jaime, "La nueva legislación secundaria en materia energética de 2014", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, número 143, 2015.

La parte quejosa argumentó que las resoluciones materia del amparo, que contenían disposiciones generales de la Comisión Reguladora de Energía, violaban los artículos 16 y 133 de la Constitución, porque la autoridad responsable había vulnerado los principios de reserva de ley, jerarquía normativa y subordinación jerárquica, al haber expedido normas generales sin congruencia con las normas jurídicas superiores. Se adujo violación, entre otras, a los siguientes ordenamientos: Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, Ley de la Comisión Reguladora de Energía, Ley Federal de Procedimiento Administrativo y, fundamentalmente a los artículos 2o, 14, 47, 49, 52 y 54 del Reglamento de Gas Licuado de Petróleo de 28 de junio de 1999.

El problema jurídico medular consistió en determinar si un permiso de almacenamiento para suministro, como el de la quejosa, podía comprender también las actividades de almacenamiento para depósito. La diferencia estriba en que el permiso de almacenamiento para suministro permite a su titular comprar, almacenar y vender el gas licuado de petróleo, y el permiso de almacenamiento para depósito faculta a recibir, almacenar o custodiar un gas de un tercero y regresarlo al depositario o a quien él indique. La parte quejosa manifestó que las regulaciones generales posteriores a su permiso de 2004, emitidas por la Comisión Reguladora de Energía, ampliaban o modificaban el tipo de permiso que se le había otorgado, que era de suministro y no de depósito, y con ello, se infringían los principios de reserva de ley, jerarquía normativa y subordinación jerárquica.

2. POSICIÓN DE LA SEGUNDA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En la resolución del amparo en revisión, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación da la razón a la parte quejosa, con los siguientes argumentos:

1. Las resoluciones RES/250/2009 y RES/304/2011 pretenden ser cláusulas habilitantes, que son normas administrativas generales, que tienen por objeto pormenorizar cuestiones de carácter técnico que por su complejidad o minucia es conveniente que sean desarrolladas por la autoridad administrativa debido a su elevado nivel de especialización.
2. En la contradicción de tesis 84/2001, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó los límites de las cláusulas habilitantes:
 - a) Las reglas generales administrativas, al ser expedidas con base en una habilitación legal o reglamentaria, se encuentran por debajo de las leyes del Congreso de la Unión o de las legislaturas locales, así como de los Reglamentos del Presidente de la República o de los Gobernadores.
 - b) Al encontrarse sujetas al principio de primacía de la ley y al diverso de primacía reglamentaria, las referidas reglas administrativas no pueden derogar, limitar o excluir lo previsto en las disposiciones de observancia general contenidas en los actos formalmente legislativos o formalmente reglamentarios.

- c) La habilitación para expedir disposiciones de observancia general no puede conferirse en una materia que constitucionalmente esté sujeta al principio de reserva de ley.
 - d) Las reglas generales administrativas son emitidas por órganos del Estado y, por ende, sin rebasar lo dispuesto en la respectiva cláusula habilitante, pueden vincular a los gobernados y precisar el alcance de los deberes y obligaciones que legalmente les corresponden.
 - e) La emisión de reglas generales administrativas puede sujetarse por el órgano que establezca la respectiva cláusula habilitante al desarrollo de un procedimiento previo en el que se cumplan determinadas formalidades que estime convenientes el órgano habilitante.
3. De acuerdo con el principio de división de poderes previsto en el artículo 49 de la Constitución, en ningún caso, salvo las excepciones de los artículos 29 y 131 constitucionales, un órgano del Estado diverso al Congreso de la Unión o de las legislaturas locales, puede ejercer las atribuciones que corresponden al legislativo.
4. El principio de primacía de la ley, derivado del artículo 72, inciso H), de la Constitución Federal, indica que las normas inferiores no pueden derogar, limitar o excluir lo dispuesto en los actos formalmente legislativos, pues éstos tienen fuerza derogatoria y activa sobre las normas de menor rango.

5. El Reglamento de Gas Licuado de Petróleo establece en su articulado que el almacenamiento de este gas puede realizarse en plantas de suministro y en plantas de depósito. Los permisos para operar ambos tipos de plantas son diversos. El permiso de almacenamiento para suministro, permite a su titular, comprar, almacenar y vender el gas licuado de petróleo, y el permiso de almacenamiento para depósito lo faculta a recibir, almacenar o custodiar gas de un tercero y regresarlo al depositario o a quien él indique.
6. Las regulaciones generales posteriores al permiso de suministro de la quejosa de 2004, emitidas por la Comisión Reguladora de Energía, amplían y modifican el tipo de permiso otorgado, el cual es de suministro y no de depósito, y las regulaciones generales reclamadas, le impiden a la reclamante dedicar el cien por ciento de sus instalaciones al almacenamiento de gas licuado de petróleo de su propiedad para su venta, en tanto que la obliga a destinar un porcentaje de su capacidad de almacenamiento (del gas que compró para su venta) a la custodia o depósito a favor de terceros, lo que no se permite en el título del permiso que obtuvo.
7. En este sentido, las reglas administrativas reclamadas no pueden ir más allá de lo dispuesto en la ley que reglamentan, ni ser contrarias a la ley ni al Reglamento de Gas Licuado de Petróleo.
8. En virtud de los argumentos expuestos, la resolución de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ampara y protege a la parte quejosa.

3. EL VOTO PARTICULAR DEL MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS

El Ministro sostiene que las situaciones previstas en el Reglamento de Gas Licuado de Petróleo de 28 de junio de 1999, se modificaron con el nuevo Reglamento expedido el 5 de diciembre de 2007.² Este último Reglamento en su artículo 2o, fracción II, define al almacenamiento como la actividad de recibir y conservar Gas L.P., a granel, para su posterior suministro, para consumo propio, o para su posterior devolución de terceros. En la tercera hipótesis el combustible no le pertenece al almacenista sino sólo lo tiene en depósito y, por ello, tiene que restituirlo al propietario.

Según su punto de vista, el artículo 48 del Reglamento de 2007 establece, de manera expresa, que el almacenamiento mediante planta de suministro comprende la actividad de recibir y conservar Gas L.P. para su venta o entrega a permisionarios, de lo que se infiere que la definición anterior, contempla la posibilidad de que el permisionario no enajene únicamente el combustible, sino que también lo entregue a otros permisionarios, supuesto en el que el titular de las instalaciones estaría prestando un servicio de almacenamiento a un tercero propietario del gas.

Agrega que el artículo 49, fracción II, del Reglamento de Gas Licuado de Petróleo de 2007, indica que el servicio de almacenamiento debe prestarse en condiciones no discriminatorias y de conformidad con las directivas que emitan la Secretaría de Energía o la Comisión Reguladora de Energía.

² Ambos reglamentos quedaron abrogados el 31 de octubre de 2014, al publicarse en el *Diario Oficial de la Federación* el Reglamento de las actividades o que se refiere el Título Tercero de la Ley de Hidrocarburos.

Estima que, aunque el permiso de la quejosa se expidió bajo las reglas de otro Reglamento, está obligada a cumplir con las disposiciones legales aplicables, entre las que se encuentra la nueva normativa emitida por la Comisión Reguladora de Energía.

Concluye que las resoluciones impugnadas no cambian el objeto del permiso de la quejosa, pues sólo se establece una carga adicional para que proporcione a otros permisionarios servicios de almacenamiento, sobre todo cuando la planta de la quejosa forma parte de las terminales de importación o distribución.

4. PROBLEMAS JURÍDICOS INVOLUCRADOS

Los asuntos jurídicos planteados estuvieron relacionados con los principios de reserva de ley, jerarquía normativa y subordinación jerárquica. Me referiré a ellos, y a otros que considero también pudieron ser parte de la decisión. Así, me ocuparé de la validez jurídica, la unidad del ordenamiento, la coherencia del ordenamiento, la prohibición de la aplicación retroactiva, la crisis de la ley y las cláusulas habilitantes, así como a las implicaciones de la derogación.

a) Principio de reserva de ley

El artículo 73, fracción X, de la Constitución Federal establece un principio de reserva de ley en materia de hidrocarburos. El Congreso de la Unión tiene una competencia exclusiva para legislar en este ámbito y ningún otro poder o instancia puede intervenir en la esfera de libertad de una persona en relación con los hidrocarburos si ese supuesto de limitación no está previsto en la ley.

La reserva de ley implica que todos los actos de intervención de la autoridad en la esfera de la libertad que corresponde a las personas, dentro del constitucionalismo democrático, son competencia exclusivamente del legislativo. No pueden limitarse ni restringirse derechos humanos en disposiciones administrativas. Sólo por ley puede aceptarse una limitación a un derecho fundamental. Por eso, los delitos, las penas, los tributos y, en general, la limitación de los derechos fundamentales, debe establecerse en ley formal y materialmente. De otra suerte, la restricción a los derechos podría determinarse por autoridades sin representación democrática y sin legitimidad democrática de origen.³

En el caso concreto, y dado que la regulación en materia de hidrocarburos es competencia del Congreso de la Unión, la intervención reguladora de la autoridad administrativa debe ser muy cuidadosa, principalmente cuando esa regulación impone obligaciones, deberes o restricciones al ejercicio de un derecho. La quejosa recibió un permiso para instalar una planta de suministro y, de acuerdo al Reglamento de Gas Licuado de Petróleo de 1999 que estaba en vigor al momento del otorgamiento del permiso —2004—, su autorización la facultaba para comprar, almacenar y vender el gas licuado de petróleo, pero no para recibir, almacenar o custodiar un gas de un tercero y regresarlo al depositario o a quién éste indicara. En este sentido, la permissionaria quejosa tiene razón, al igual que la mayoría de los Ministros de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

³ Ventura, Manuel E., y Zovatto, Daniel, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios 1982-1987*, Madrid, Civitas, 1989, p. 170.

Más discutible, desde mi punto de vista, es la aceptación en el derecho mexicano de las cláusulas habilitantes. Éstas parecen una necesidad por el crecimiento del aparato administrativo del Estado y por los requerimientos para pormenorizar cuestiones de carácter técnico que, por su complejidad o minucia, es conveniente que sean desarrolladas por la autoridad administrativa debido a su elevado nivel de especialización. Sin embargo, las posibilidades de deslegitimación jurídica o de invalidez que conlleva su aprobación son muy grandes, porque al regularse asuntos de detalle, aparentemente "técnicos", se pueden violentar no sólo los principios de reserva de ley, jerarquía normativa y subordinación jerárquica, sino expulsar del sistema jurídico a las normas habilitantes en cuestión.

b) La jerarquía normativa

Consecuencia de la violación al principio de reserva de ley y de reglamento, se infringió también la jerarquía normativa. Las normas generales de la Comisión Reguladora de Energía no pueden estar por encima de un Reglamento del titular del Poder Ejecutivo, y menos por encima de las leyes o de la Constitución. En el caso analizado por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es palpable la violación al principio de jerarquía contemplado en el artículo 133 constitucional, porque la Comisión Reguladora de Energía pretende que sus normas generales de menor rango modifiquen el Reglamento de Gas Licuado de Petróleo.⁴

⁴ López Olvera, Miguel Alejandra, *Tratado de la Facultad Reglamentaria*, México, Porrúa, 2007, pp. 96-112.

c) Subordinación jerárquica

Las normas generales de la Comisión Reguladora de Energía están por debajo de todo el ordenamiento jurídico superior, incluyendo y empezando por el Reglamento de Gas Licuado de Petróleo. Una norma inferior de carácter administrativo, salvo las consideraciones sobre el parámetro constitucional y convencional,⁵ no puede ir más allá de la norma superior ni menoscabar o limitar derechos adquiridos de las personas.

d) La validez jurídica

Uno de los conceptos más ambiguos del derecho es el de la validez de las normas. Tiene relación con otros como vigencia, eficacia y justicia o legitimidad de las normas. Ante la ambigüedad del concepto, Carlos Santiago Nino propone seis significados de validez;⁶ otros autores, como Capella, sostienen la inutilidad del concepto porque se diluye en los otros de vigencia, eficacia o justicia.⁷ Uno de los que ha intentado establecer una clasificación más o menos completa de la validez es Ramón Soriano,⁸ que distingue entre validez formal, normativa, sociológica y axiológica, y que, posteriormente es seguida por otros autores.⁹

⁵ Astudillo, César, "El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en Carbonell, Miguel y otros (coords.), *Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y Vida Universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional*, tomo IV, vol. 1, México, UNAM, 2015, pp. 117-168.

⁶ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1988, pp. 132-133.

⁷ Capella, Juan Ramón, *El Derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968, pp. 104-106.

⁸ Soriano, Ramón, *Compendio de teoría general del Derecho*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1993, p. 122.

⁹ Martínez Roldán, Luis y Fernández Suárez, Jesús A., *Curso de teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 141-154.

La validez formal de la norma jurídica equivale a vigencia. Hay vigencia cuando se dice que una norma existe. Ello ocurre cuando se cumplen los dos siguientes requisitos: 1) Haber sido creada en la forma y siguiendo el procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico para la creación de normas; y, 2) Cuando la norma, además de haber sido creada en la forma y siguiendo el procedimiento establecido, es dictada o aprobada por una autoridad competente. Algunos agregan, con muchas críticas de otros, un tercer elemento para la validez formal o vigencia que alude a un requisito de coherencia. Es decir, para que la norma sea válida no sólo debe ser promulgada por los órganos competentes y siguiendo el procedimiento y la forma establecida, sino que además su contenido no puede oponerse a las normas de mayor rango, principalmente las constitucionales, pero se aclara que la coherencia funciona como criterio lógico y no axiológico, lo que resulta un contrasentido, porque la coherencia no sólo puede ser referida a elementos lógicos sino principalmente axiológicos o de contenido de las normas superiores, ya sean constitucionales o convencionales.

Ante esta crítica, autores como Ferrajoli distinguen entre validez formal o vigencia que se da cuando se cumplen los dos primeros requisitos, y denomina validez sustancial o material cuando ésta comprende a los tres requisitos, en el entendido de que la coherencia de las normas secundarias con las normas constitucionales y convencionales no es sólo lógica, sino material o de contenidos, lo que permite la crítica interna al derecho por Jueces y autoridades, es decir, el cuestionamiento del derecho formalmente válido o vigente, pero materialmente inválido.¹⁰

¹⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1989, pp. 871-874.

El segundo significado de validez es el de validez normativa. Éste entiende a la validez como fuerza obligatoria de la norma. En este sentido, la fuerza obligatoria no tiene que ver con su racionalidad, justicia o bondad, sino que deviene de su existencia dentro de un determinado sistema jurídico. De tal suerte que si la norma es creada y reconocida por las autoridades como perteneciente al sistema jurídico es norma válida y, como tal, debe ser aplicada por los órganos del Estado. Esto es, la validez deriva de las autoridades y no de los ciudadanos, lo que históricamente ha favorecido que regímenes no democráticos sostengan la obediencia y validez de normas jurídicas que riñen con los derechos humanos y la voluntad de las personas y, eso no puede admitirse en el contexto de un Estado democrático de derecho.

La validez sociológica entendida como eficacia, como vigencia social o práctica de la norma. En esta validez lo decisivo no es el estudio de lo que los órganos de poder o los juristas denominan derecho positivo o vigente, sino el conocimiento del derecho que regula efectivamente la conducta de una sociedad determinada, por ser el realmente vivido y acatado por sus destinatarios. La eficacia puede predicarse en relación al nivel de cumplimiento voluntario de las normas por los ciudadanos y también se puede analizar desde la actividad de las autoridades que aplican el derecho, es decir, de su nivel de aplicación u observancia forzosa. Es obvio que el derecho será más fuerte y sólido en sociedades en donde existe el cumplimiento voluntario de los ciudadanos a sus normas y no en aquéllas en donde es impuesto. También debe tenerse en cuenta que una validez puramente fáctica representa una zona intermedia que no permitiría ni el cumplimiento total a las normas —la confusión con las leyes de la naturaleza— ni su incumplimiento absoluto —la inexistencia de positividad del derecho—.

Finalmente, hay quien sostiene una validez desde el plano axiológico, en donde ésta viene dada por los contenidos de las normas, pero no los contenidos jurídicos de las normas constitucionales y convencionales, sino los externos al orden jurídico relacionados con el nivel de justicia, de solidaridad, de libertad o igualdad que una norma o conjunto normativo promueve. Para realizar el análisis, es obvio que necesitaremos un catálogo de valores externos al derecho que nos permitan evaluarlo. Estos análisis son propios de las distintas teorías del derecho natural, pero también de otras posiciones jurídicas como el marxismo, la teoría del uso alternativo del derecho o los *Critical Legal Studies*.

En Brasil, Miguel Reale,¹¹ y en México, entre otros, García Máynez, han combinado los diversos sentidos de la validez; así, Reale ha elaborado su teoría tridimensional: El derecho no es puro hecho, ni pura norma, ni puro valor; el derecho es el hecho social en la forma que le da una norma jurídica de acuerdo con un determinado sistema de valores éticos. García Máynez ha concebido la teoría de los tres círculos en la cual destacan siete diversos tipos de normas: 1) formalmente válidas, sin eficacia (García Máynez utiliza como sinónimo positividad y eficacia) y sin valor intrínseco; 2) intrínsecamente valiosas, dotadas de vigencia o validez formal, pero carentes de eficacia; 3) normas intrínsecamente válidas, pero no formalmente válidas y carentes de eficacia; 4) formalmente válidas, sin valor intrínseco, pero eficaces; 5) normas eficaces, formal e intrínsecamente válidas; 6) normas intrínsecamente válidas, eficaces, pero sin validez formal; y, 7) normas eficaces, sin vigencia formal ni validez intrínseca.¹²

¹¹ Reale, Miguel, *Teoría tridimensional del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 69-116.

¹² García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1978, p 45.

La validez de las cláusulas habilitantes es discutible desde el punto de vista formal, porque su reconocimiento es fundamentalmente jurisprudencial y, aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha intentado cuidar que dichas cláusulas no transgredan el principio de reserva de ley o de reserva reglamentaria, lo cierto es, como en este caso, que las cláusulas habilitantes suelen limitar, restringir y menoscabar derechos fundamentales, así como principios y procedimientos democráticos incidiendo en su validez material. Las cláusulas habilitantes no nacen de un órgano representativo y se procesan y aprueban mediante procedimientos que no son públicos, que obedecen a pretendidas razones técnicas, que no siempre son compatibles con el marco constitucional y convencional del Estado. Por eso, el empleo de las cláusulas habilitantes no puede ser libérrimo y, para tener la mínima legitimidad democrática y jurídica, es necesario que estén plenamente justificadas, derivar de la jerarquía normativa superior, y de parámetros constitucionales y convencionales indudables.

e) *La unidad del ordenamiento jurídico*

Hay problemas de identidad y problemas de estructura. En el primer caso, se plantea el problema de pertenencia a un sistema de normas independientes; en el segundo, se analizan los criterios de pertenencia de las normas dependientes. Los criterios de pertenencia determinan la unidad de los sistemas jurídicos que consisten en identificar si una norma *N* pertenece al sistema *S*. Las normas independientes son aquellas que su pertenencia a un sistema no está condicionada por la previa pertenencia de otras normas a ese sistema —la norma fundamental o la regla de reconocimiento son ejemplo de normas independientes—. Las normas dependientes presuponen la existencia previa de otras

normas que pertenecen a ese sistema, ya sean independientes o dependientes (desde las normas constitucionales a la sentencia y el contrato).

En general, se acepta que el término validez se emplee para expresar la pertenencia a un sistema de las normas dependientes, pues no tiene sentido predicar la validez de las normas independientes; la validez versa, principalmente, sobre una relación entre normas y no sobre los criterios que permiten distinguir un sistema jurídico de otro.¹³

Una de las primeras teorías sobre la pertenencia de las normas a un sistema es la de John Austin (1790-1859). Austin señaló que una norma pertenece a un sistema jurídico si ha sido dictada directa o indirectamente por un legislador soberano. Las normas jurídicas son imperativas o mandatos emanados de un soberano y dirigidos a los súbditos en el ámbito de una sociedad política independiente. Un mandato es la expresión de un deseo de que alguien haga u omita algo, acompañado de la previsión de un daño en el caso de que tal deseo no sea satisfecho. Esta posición fue criticada por Hart en *El concepto de Derecho*, pues el modelo de Austin no puede dar cuenta de algunas normas como la costumbre y no puede explicar la continuidad del derecho cuando un soberano sucede a otro, ni puede identificar al soberano en muchos Estados modernos.¹⁴

En Kelsen, la validez o pertenencia de una norma jurídica se fundamenta en otra superior y así sucesivamente hasta llegar

¹³ Caracciola, Ricardo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 57.

¹⁴ Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, México, Nacional, 1980, pp. 63-97.

a la norma fundamental. El sistema jurídico es dinámico y en él existe una delegación de autoridad, no por razón de contenidos, sino de autorizaciones entre las normas superiores y las inferiores, de tal suerte que éstas son consecuencia de la ejecución o cumplimiento de las superiores. Para ello, la autoridad prevista en las superiores ha seguido el procedimiento establecido en éstas y crea o establece las nuevas normas inferiores.

El problema obvio de la teoría kelseniana reside en la norma primera o fundamental. La norma fundamental carece también de contenidos e historia; es en Kelsen una hipótesis lógico-epistemológica y podría enunciarse en los siguientes términos: "Es preceptivo comportarse de acuerdo con lo que la Constitución prescribe".¹⁵ La norma fundamental no puede, por tanto, hacerse confundir con la Constitución, ya que es anterior y fundamenta la validez de la primera Constitución.

Kelsen ha sido cuestionado por su teoría sobre la norma fundamental y, en algunas de sus obras admite que no puede ser totalmente formal, que requiere de algún elemento o principio de eficacia para que haga viable el sistema dinámico a que da lugar su teoría. Además, Kelsen ha sido refutado porque intenta darle carácter normativo a la norma fundamental cuando no lo tiene, pues es un presupuesto lógico-epistemológico según su teoría.

La regla de reconocimiento en la teoría de Hart, es aquella que especifica alguna característica o características que han de poseer las demás normas para ser reglas válidas parte del sistema.

¹⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1981, p. 210.

En las sociedades primitivas, la regla de reconocimiento puede consistir en una lista o texto escrito de reglas. En las sociedades más desarrolladas, las características para identificar las normas válidas son variadas: se puede hacer referencia a un texto revestido de autoridad del que derivan las demás; al hecho de haber sido sancionada por una autoridad específica; a su larga vigencia consuetudinaria; a su relación con ciertas decisiones judiciales; a los requisitos para su elaboración, etcétera.

Entre las características de identificación pueden surgir conflictos, por lo que será necesario jerarquizarlos o escoger uno de ellos como el básico. Hart, sin embargo, no habla de diferentes reglas de reconocimiento sino de la Regla de Reconocimiento, la que para él consiste en el reconocimiento concordante de los tribunales y funcionarios al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios y apreciar críticamente las desviaciones propias y ajenas.¹⁶ El reconocimiento es entendido como un criterio común y público de decisiones correctas y que engloba el reconocimiento de los particulares de obedecerlas.

La regla de reconocimiento hartiana es por tanto fáctica, sociológica, no pretende ser normativa, no pretende tener validez, porque ella misma es el criterio de validez. Según Ruiz Manero, la regla de reconocimiento tiene las siguientes características: 1) Es una regla última, en el sentido de que ella es la que proporciona el criterio de validez de todas las demás y no está sometida a ningún criterio de validez establecido por otras normas; 2) Al ser ella el criterio de validez, su validez no es cuestionable; 3) Su existencia no es como la de los demás, ya que

¹⁶ Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, op. cit., nota 14, p. 137.

consiste en un hecho fáctico o sociológico; 4) La regla que proporciona los criterios de identificación de las demás reglas del sistema, bien puede ser considerada como una característica definitoria del sistema y, por ello, digna de ser llamada derecho.¹⁷

En el caso de los Jueces y autoridades, la regla de reconocimiento se acepta y forma parte de lo que Hart denomina el punto de vista interno del derecho. Frente a los que elaboran enunciados internos, desde el derecho, existe el punto de vista externo que consideran al derecho como un fenómeno, un hecho social o cultural. Así, para Jueces y autoridades la regla de reconocimiento es el derecho y para los que estudian éste desde una perspectiva externa al mismo, la regla de reconocimiento es un hecho sociológico.

Raz propuso un criterio de pertenencia de las normas al sistema que se fundamenta en la conducta que, efectivamente, realizan los órganos de aplicación y no la conducta que éstos deban realizar. Los Jueces y autoridades cuando aplican normas a los casos concretos, reconocen su existencia y su validez. Ese dato implica que se reconocen esas normas como pertenecientes al sistema. Las críticas a Raz señalan que el autor no toma en cuenta las instituciones que promulgan normas (legisladores), en cuanto aplicadores de normas previas para producir otras y, tampoco advierte que ciertos individuos —árbitros— son competentes para resolver controversias y también aplican normas previas para generar otras nuevas.¹⁸

¹⁷ Ruiz Manero, Juan, *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 113 y ss.

¹⁸ Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford University Press, 1970, pp. 49-70.

En la teoría de Dworkin, se indica que el punto de partida erróneo del positivismo jurídico ha consistido en pretender que el derecho sólo son normas o reglas, cuando en los casos difíciles hay que acudir a principios. Éstos pertenecen a la moralidad positiva de una determinada comunidad, y el derecho, por tanto, debe entenderse como un campo integrado por normas o reglas jurídicas institucionales, exigencias morales o principios y directrices políticas. Esta concepción jurídica pone en entredicho la existencia de criterios descriptivos y conceptuales de identificación de normas, ya que en Dworkin lo más importante es la justificación de las decisiones jurídicas y judiciales, lo que abre al derecho a un universo valorativo que lo configura como una práctica política colectiva. Aspecto que, indudablemente, dificulta las posibilidades de identificación de normas con los criterios positivistas tradicionales.¹⁹

En cuanto a los problemas de estructura, vinculados a normas dependientes, en general se acepta que las normas jurídicas dependen de otras previas y superiores, lo que explica la jerarquía normativa entre las normas y el carácter dinámico del ordenamiento, de manera que una norma es válida por haber sido creada por un órgano competente conforme al procedimiento establecido por otra; el fundamento de validez proviene de las normas superiores.

El carácter dinámico del ordenamiento explica las relaciones de jerarquía entre las normas, pues la norma que regula la creación de otra es superior a ésta y la creada de acuerdo con tal regulación es inferior a la primera. Además, el escalonamiento

¹⁹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 99-101.

entre las normas y la manera en la que se van produciendo por delegación de autoridad de superiores a inferiores y no por su contenido, también permite distinguir a las normas jurídicas de otras, pues las normas morales o convencionalismos sociales, no participarían del esquema de derivación y de creación entre normas —de delegación de autoridad— que es propio sólo de los ordenamientos jurídicos.

Se insiste, dentro de los problemas de estructura normativa, en distinguir entre deducibilidad y legalidad. Se entiende el criterio de deducibilidad como un criterio de pertenencia propio de sistemas estáticos como el de la moral, cuando se considera como condición necesaria y suficiente de pertenencia de las normas al sistema. Ese criterio se podría enunciar de esta forma: "Si N pertenece a S y N1 es una consecuencia lógica de N o es una consecuencia lógica de N y del enunciado E, entonces N1 pertenece a S". En cambio, el criterio de legalidad, propio de los sistemas dinámicos —del derecho— se basa en la autorización y se puede enunciar de la siguiente forma: "Si N pertenece a S y N autoriza a X la promulgación de N1, y X ha promulgado N1, entonces N1 pertenece a S".

En el criterio de legalidad, la relación de dependencia está constituida por la autorización de la acción normativa que proporciona la norma superior para constituir o crear una norma inferior, tal como se insiste en el positivismo kelseniano, y no por el contenido normativo entre las normas.²⁰

²⁰ Caracciolo, Ricardo, *El sistema jurídico. Problemas actuales...*, op. cit, nota 13, pp. 57 y ss.

En el caso de las normas o cláusulas habilitantes, la autorización debe ser clara, referirse a aspectos técnicos, que no vayan más allá de lo previsto en las normas o preceptos que habilitan y que, además, no violenten los fundamentos del bloque y parámetro de constitucionalidad. La categoría de cláusula habilitante no conlleva elementos mágicos que la doten, por sí misma, de validez jurídica. En este caso, es evidente que el Reglamento de Gas Licuado de Petróleo estableció dos tipos de permiso de almacenamiento: de suministro y de depósito con propósitos distintos. Las resoluciones de la Comisión Reguladora de Energía —cláusulas habilitantes— no pueden sustituir, cambiar o transformar lo determinado en el Reglamento y en las leyes del que emana éste, ni vulnerar derechos fundamentales ni alterar la estructura democrática del Estado.

f) La coherencia del ordenamiento jurídico

Existe en el ordenamiento la pretensión de que las normas que lo integran no sean incompatibles entre sí, que no se opongan entre ellas. A esta aspiración se le denomina coherencia. La realidad, sin embargo, es distinta y es bastante común encontrar entre las normas de un ordenamiento diversas contradicciones, de suerte que los intérpretes y aplicadores de las mismas, en el caso de las reglas, tienen que optar por alguna de ellas a través de algunos criterios de preferencia y, en el caso de los principios, intentan armonizarlas dentro del ordenamiento o establecer una jerarquía móvil entre los principios de acuerdo al caso concreto a través del principio de proporcionalidad.²¹

²¹ Cárdenas Gracia, Jaime, "Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, núm. 139, 2014, pp. 65-100.

En la teoría del derecho se ha señalado que la solución de antinomias de reglas se resuelve acudiendo a los famosos criterios de jerarquía, especialidad y cronológico.

Bobbio, en particular, recoge las enseñanzas del derecho romano y explica cómo, desde el *Digesto*, se argumentaba en contra de la posibilidad jurídica de incompatibilidades de normas dentro del sistema. ¿Qué es una antinomia? Es una colisión entre normas, cuando éstas se relacionan bajo el esquema siguiente:

- 1) Norma obligatoria vs. norma prohibitiva.
- 2) Norma obligatoria vs. permiso negativo.
- 3) Norma prohibitiva vs. permiso positivo.
- 4) Norma obligatoria vs. permiso positivo.
- 5) Norma prohibitiva vs. permiso negativo.
- 6) Norma que establece un permiso positivo vs. norma que establece un permiso negativo.²²

La colisión de normas (reglas) es producto de normas contrarias, contradictorias, subcontrarias o subalternas. La antinomia para que se dé, exige también dos condiciones:²³ a) Las dos normas deben pertenecer al mismo ordenamiento y, b) las dos normas deben tener el mismo ámbito de validez (temporal, espacial, personal y material).

Por tanto, la antinomia jurídica es una situación en la que dos normas son incompatibles a condición de que ambas pertenezcan

²² Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1992, pp. 189-219.

²³ Govazzi, G., *Delle antinomie*, Giappichelli, Torino, 1959, p. 53. Govazzi señala que los presupuestos de las antinomias son: que sean normas jurídicas, que se encuentren vigentes, que pertenezcan al mismo sistema, y que formen parte del mismo ordenamiento jurídico.

al mismo ordenamiento y estén dentro de similar ámbito de validez.

La incompatibilidad puede clasificarse atendiendo a su grado o nivel de contradicción; así existen antinomias:

Total – total.

Parcial – parcial.

Total – parcial.²⁴

La antinomia total – total, ocurre cuando la incompatibilidad es absoluta y radical. Por ejemplo: una norma que prohibiera la huelga y otra que la permitiera.

La antinomia es parcial – parcial, cuando cada una de las normas tiene un campo de aplicación que está en conflicto con el de la otra, y un campo de aplicación en el que el conflicto no existe.

La antinomia total – parcial, se da cuando su ámbito de validez es en parte igual, y en parte diverso con relación a la otra. Hay antinomia total de la primera norma respecto a la segunda y, sólo parcial de la segunda respecto a la primera. La primera norma no puede ser aplicada en caso alguno sin entrar en conflicto con la segunda; la segunda tiene un ámbito de aplicación que no entra en contradicción con la primera.

Las antinomias se resuelven con tres criterios clásicos: cronológico, jerárquico y de especialidad. El criterio cronológico

²⁴ *Ibid.*, pp. 69-73.

nos dirá que la ley posterior deroga a la anterior (*Lex posterior derogat priori*). El criterio jerárquico establece que frente a dos normas incompatibles prevalece la norma jerárquicamente superior (*Lex superior derogat inferiori*). Finalmente, el tercer criterio determina que la ley especial deroga a la general (*Lex specialis derogat generali*).

¿Qué ocurre cuando los criterios anteriores son insuficientes? ¿Cuándo ambas normas son contemporáneas, están en el mismo nivel y son las dos generales? El cuarto criterio nos dirá que apliquemos la norma más favorable y no la odiosa. En otras palabras, la norma que concede una libertad y no aquella que impone una obligación (*Lex permissiva es favorabilis*, y una *Lex imperativa* es odiosa).

Se ha sumado a los criterios anteriores, el de competencia y el de prevalencia. El primero implica resolver la antinomia atendiendo al análisis sobre el órgano que emita la norma o el acto. Las características básicas del criterio de competencia son tres: se ha de dar un conflicto entre normas provenientes de fuentes diferentes; entre las dos fuentes en cuestión no ha de haber una relación de jerarquía y; cada una de las normas en conflicto por razón de la materia debe tener una esfera de competencias exclusivas y regular unas materias concretas. Sin estas tres condiciones, no tendría virtualidad este criterio, sino que bastaría con la aplicación del criterio jerárquico tradicional.

Algunos sostienen que el criterio de competencia no es un método de resolución de antinomias, sino una relación de jerarquía indirecta mediatizada por una norma interpuesta que es la

Constitución.²⁵ En nuestro derecho, por ejemplo, un caso de esta antinomia se daría en el conflicto de competencias coincidentes en el ámbito del derecho federal, en donde la solución a un posible conflicto antinómico podría remitirse a los tres anteriores criterios tradicionales.

Respecto al criterio de prevalencia, en algunos ordenamientos existe para resolver antinomias entre distintos ámbitos de competencia. En el caso del derecho alemán, en materia de atribuciones concurrentes, siempre prevalece el derecho federal sobre el local.²⁶ La característica principal del criterio de prevalencia es que ambas normas en conflicto son válidas y, por tanto, competentes, ya que sólo opera cuando se dan competencias compartidas, excluyéndose de su ámbito de aplicación los supuestos de competencias exclusivas. Por este motivo, el principio de prevalencia no tiene reconocido un carácter general, sino limitado o condicionado por el de competencia, ya que sólo puede aplicarse una vez que se haya constatado que no existe vicio de competencia de una de ambas normas. En tal caso, si se produce un conflicto entre una norma federal y una norma local, en donde existen atribuciones concurrentes, prevalecerá la norma federal.²⁷

En ocasiones, el conflicto entre reglas no puede ser resuelto acudiendo a los criterios mencionados. En la teoría tradicional

²⁵ Ruiz Sanz, Mario, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2002, pp. 86-89.

²⁶ Gascón, Mariana, "La coherencia del ordenamiento. El problema de las antinomias", en J. Betegón y otros, *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1997, pp. 269-284.

²⁷ En México se discute mucho por la doctrina si existen o no atribuciones concurrentes. Muchos autores como De la Cueva o Carpizo lo niegan. De seguir este punto de vista, no podría existir en nuestro derecho la aplicación del criterio de prevalencia. Cárdenas Gracia, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, UNAM, 2000, pp. 203-206.

del derecho se nos dirá que la solución se confía a la libertad del intérprete, el que valiéndose de todas las técnicas de la interpretación resuelve, y que para ello tiene tres posibilidades:

1. Eliminar una de las dos normas.
2. Eliminar las dos.
3. Conservar las dos.

La tercera vía es la que los intérpretes constitucionales siguen con más frecuencia, porque no tienen un poder abrogativo frente al legislador. Se trata de un tipo de argumentación sistemática que relaciona el sentido de una norma con el resto de normas de un ordenamiento jurídico y que, además, tiene una doble dimensión: tanto negativa, que sirve para rechazar posibles significados de una norma incompatible con otras normas del sistema; como positiva, que responde a la necesidad de atribuir el significado conforme o más adecuado de la Constitución con el resto de las normas del ordenamiento jurídico, cuando entran en conflicto o colisión de valores, principios y derechos fundamentales, tal como establece el párrafo segundo del artículo 1.º constitucional.

También puede presentarse el conflicto entre criterios. El criterio más fuerte es el jerárquico; en caso de conflicto entre éste con el cronológico, o entre el jerárquico y el de especialidad, prevalece el primero por el principio de jerarquía normativa. El segundo criterio en fortaleza es el de especialidad. El criterio más débil es el cronológico.²⁸

²⁸ Mario Ruiz Sanz, elabora el siguiente cuadro de conflicto entre criterios, incorporando los criterios de competencia y de prevalencia. Las situaciones que podrían presentarse según este autor, son las siguientes: 1) Conflicto entre el criterio jerárquico y el de competencia. Tendría lugar entre una norma superior e incompetente y otra norma inferior pero competente. Si se aplica el criterio jerárquico vale la primera norma; en cambio si se usa el de competencia, sirve la segunda.

En el caso concreto, las cláusulas habilitantes expedidas por la Comisión Reguladora de Energía, violentaron la jerarquía normativa de disposiciones superiores e, incidieron en la esfera de libertades del permisionario al establecer condiciones y obligaciones no previstas en el permiso otorgado en 2004.

g) La prohibición de la aplicación retroactiva

El Reglamento de Gas Licuado de Petróleo, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de diciembre de 2007, que estaba en vigor cuando se suscitó la controversia, establecía:

SEGUNDO.- Se abroga el Reglamento de Gas Licuado de Petróleo, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de junio de 1999.

TERCERO.- Los permisos otorgados, con fundamento en el Reglamento de Gas Licuado de Petróleo que se abroga, permanecerán en vigor hasta su extinción. Los procedimientos administrativos que se encuentren en trámite se resolverán con

2) Conflicto entre el criterio cronológico y el de competencia. Procedería entre una norma posterior e incompetente, frente a otra norma anterior y competente. Por cronología prevalece la primera; por competencia, la segunda. 3) Conflicto entre el criterio de especialidad y el de competencia. Acontecería entre una norma especial pero incompetente frente a otra norma general con respecto a la primera y competente. Por especialidad se aplicaría la primera, por competencia, la segunda. 4) Conflicto entre el criterio jerárquico y el de prevalencia. Sucedería entre una norma superior y no prevalente, frente a otra norma inferior y prevalente. Con jerarquía se aplicaría la primera norma; con prevalencia, la segunda. 5) Conflicto entre el criterio cronológico y el de prevalencia. Estaría presente entre una norma posterior y no prevalente frente a otra norma anterior y prevalente. Con cronología aplicaríamos la primera; con prevalencia, la segunda. 6) Conflicto entre el criterio de especialidad y el de prevalencia. Se daría entre una norma especial y no prevalente y otra norma general con respecto a la primera pero prevalente. Aplicando especialidad se daría la primera; con el criterio de prevalencia se priorizaría la segunda. 7) Conflicto entre los criterios de competencia y prevalencia. En caso de una norma competente y no prevalente, frente a otra norma incompetente pero prevalente. Desde competencia se tendría en cuenta la primera; desde prevalencia la segunda. Consultar: Ruiz, Sanz, Mario, *Sistemas jurídicos...*, op. cit., nota 25, pp. 91-92.

apego a las disposiciones aplicables con anterioridad a la entrada en vigor de este Decreto.

Los artículos transitorios del Reglamento de 2007 mantuvieron la vigencia de los permisos expedidos con anterioridad, como en el caso —es un permiso de 2004—, hasta la terminación de la vigencia de los permisos. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no entró a este estudio, seguramente porque la parte quejosa no lo planteó. Sin embargo, de haber entrado, hubiese quedado aún más claro que las condiciones del permiso se mantenían en sus términos y que, por tanto, el permiso de suministro no comprendía las obligaciones del permiso de depósito, que pretendió la Comisión Reguladora de Energía en sus resoluciones, por ser diferentes.

El artículo 14 constitucional prohíbe la aplicación retroactiva de las normas cuando éstas pretenden aplicarse en perjuicio de las personas. Sin embargo, la legislación secundaria establece algunas excepciones, éstas son:

En materia procesal civil hay excepciones a la prohibición de aplicación retroactiva de las normas. Así, los negocios de jurisdicción contenciosa, pendientes de resolución, al entrar en vigor la nueva ley, se sujetarán a la ley anterior y la sustanciación de los negocios de jurisdicción voluntaria, pendientes de resolverse, son conocidos conforme a la nueva ley.²⁹

²⁹ Los artículos segundo, tercero y cuarto transitorio del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dicen, por ejemplo: "Artículo segundo. La substanciación de los negocios de jurisdicción contenciosa que estén pendientes en primera o única instancia al entrar en vigor esta ley, se sujetará al código anterior, hasta pronunciarse sentencia. La tramitación de la apelación contra el fallo que se dicte en esos negocios, se sujetará a este Código; pero para la procedencia del recurso, por razón del interés, regirán las disposiciones de la ley anterior. La substanciación de los negocios de jurisdicción se acomodará desde luego a las disposiciones de este Código. Artículo tercero.

Otras excepciones en materia de prohibición de aplicación retroactiva de las normas, son las siguientes: 1) Las leyes interpretativas, que son las que se promulgan para precisar el sentido y alcance de una ley anterior; 2) Las leyes sobre la capacidad de las personas; 3) Las reformas a la Constitución; 4) En materia agraria pueden aplicarse retroactivamente las leyes cuando se trate de situaciones creadas con anterioridad en las que peligren los intereses económicos y nacionales; y, 5) Con relación a los derechos adquiridos de los gobernados y respecto a derechos nacidos de reglas sustantivas no es posible la aplicación retroactiva, pero sí sobre derechos surgidos de normas procesales o adjetivas.³⁰

Según la doctrina, las tres reglas básicas que debe tomar en consideración el Juez para analizar la retroactividad de las normas son: 1) Los efectos de la situación jurídica se rigen por la ley que se encuentra en vigor el día en que los mismos se produzcan; 2) Los efectos ya producidos bajo la vigencia de la ley anterior, no pueden ser afectados por la nueva ley; y 3) Los efectos que se producen después de la entrada en vigor de la nueva ley serán regidos por ésta.³¹

La tramitación y resolución de las apelaciones pendientes, al entrar en vigor este Código, se sujetarán a las prescripciones del artículo anterior. Artículo cuarto. Si para la interposición de un recurso o para el ejercicio de algún otro derecho en la tramitación de los negocios pendientes, al expedirse este Código, estuviere corriendo un término, y el señalado en él fuere menor que el fijado en la ley anterior, se observará lo dispuesto en esto último".

³⁰ Rojas Amadi, Víctor Manuel, *Filosofía del Derecho*, México, Harla, 1990, pp. 315-319.

³¹ Pereznieto Castro, Leonel y Ledesma Mondragón, Abel, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Harla, 1989, pp. 116-118.

h) La crisis de la ley y las normas habilitantes

La doctrina tradicional de las fuentes está en crisis, en parte, porque no analizó a profundidad todos los modos de producción jurídica; se concretó, principalmente, a la ley y a la costumbre como las fuentes por excelencia del derecho. La costumbre en nuestra época es una fuente residual del derecho, y la ley es una fuente en decadencia. Se dice que son básicamente dos las causas por las que la ley ha perdido hoy su posición central en el sistema de fuentes: por un lado, como consecuencia "indirecta" de la crisis de la estatalidad del derecho; por otro, como consecuencia "directa" de la atribución de carácter normativo a la Constitución, con el consiguiente desplazamiento de la ley.³²

En cuanto a la crisis de la "estatalidad" del sistema de fuentes, los fenómenos de supraestatalidad normativa —derecho de origen internacional— y de infraestatalidad del derecho de origen local y municipal llevan aparejada una pérdida de centralidad del derecho del Estado y, por consiguiente, de la ley, que era su máxima expresión normativa. El derecho de origen estatal debe convivir con otras manifestaciones jurídicas distintas: normas de organizaciones internacionales o supranacionales y con normas municipales o estatales. Además, el derecho de origen estatal participa en la regulación de las conductas con normas que tienen su origen en sindicatos, partidos, organizaciones empresariales, iglesias o hasta normas pertenecientes al ámbito deportivo.³³

³² Betegón, Jerónimo y otros, *Lecciones... op. cit.*, nota 26, p. 296.

³³ De Cabo Martín, Carlos, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 73-114.

Respecto a la crisis de la "centralidad" de la ley en el sistema estatal de fuentes, debe decirse que uno de los rasgos más relevantes del Estado Constitucional de nuestro tiempo es la asunción del valor normativo de la Constitución. Ésta, concebida como auténtica norma jurídica, ha venido a ocupar la posición de centralidad que en el Estado liberal correspondía a la ley. La consecuencia es evidente en el Estado Constitucional, la ley está sometida a un nivel más alto de derecho que es la Constitución, cuya vinculatoriedad se garantiza a través del principio de supremacía constitucional que en nuestro sistema está recogido en su artículo 133 y con los medios de control o de defensa de la Constitución.

Además de lo anterior, existe una crisis de certeza y de racionalidad de la ley, pues la sobreabundancia de leyes, ciertamente, produce dos efectos igualmente negativos: por un lado, hace que el ciudadano común y los mismos operadores jurídicos estén cada vez más desorientados ante la inflación legislativa de nuestra época, con el consiguiente déficit en el conocimiento del derecho; por otro, es evidente que la superproducción de leyes disminuye también la posibilidad de su formación esmerada y ponderada, y propicia la creación de leyes no contundentes, ambiguas, farragosas y, en este sentido, irracionales que producen inseguridad jurídica e injusticia.

La decadencia de la ley también obedece a que ésta ha perdido sus características de generalidad y abstracción. La ley que en el Estado liberal decimonónico era la expresión de la homogeneidad de valores culturales de la burguesía, tiene que ser en nuestros días la expresión de valores e intereses heterogéneos,

que a su vez son la manifestación de la pluralidad de fuerzas políticas y sociales que participan en el proceso legislativo. Las leyes se contractualizan, se negocian, se pactan y no se presumen como el producto de valores fuera de duda o conflicto, ni se estiman como capaces de representar el interés general, sino tan sólo la fuerza de las mayorías. Por lo anterior, la coherencia, generalidad, abstracción y racionalidad de la ley ceden paso a leyes sectoriales, ocasionales y temporales.³⁴

Sin embargo, aunque la ley debe ser interpretada y aplicada a la luz de los principios y valores de la Constitución y de los tratados, sigue siendo una fuente fundamental del sistema, pero sin la posición de privilegio que en el pasado tuvo. La ley está en relación con otras fuentes como la Constitución, los tratados, las decisiones judiciales y el carácter argumentativo del derecho; por tanto, las normas inferiores del sistema, como las cláusulas habilitantes no pueden contradecirla ni tampoco limitar a las normas de rango inferior que deriven directamente de ella.

De lo expuesto, queda en evidencia que la disciplina de las fuentes del derecho se extiende actualmente a la consideración del proceso global de producción y aplicación del derecho —supranacional, nacional y subnacional—, en donde las normas de producción jurídica o de cambio, en la terminología de Hart, deben ser la materia principal de objeto y de análisis de cualquier teoría de las fuentes.

Igualmente, la interpretación, la aplicación y el razonamiento jurídico desempeñan un papel central en la teoría de las fuentes,

³⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 36-37.

pues la interpretación y aplicación de las normas son fuentes en sí mismas y no pueden ser entendidas en un sentido mecanicista. El concepto de fuentes no debe limitarse a contemplar las diversas categorías normativas por su origen, sino que debe analizarlas en virtud de su relación con otras categorías, es decir, la confluencia de varios órganos, diversidad de procedimientos de producción, etcétera. Lo que significa que cualquier teoría de fuentes es parte de la teoría del ordenamiento, en la que la Constitución, como fuente principal del sistema, desempeña funciones de unificación, validación y de supremacía respecto al resto de las otras fuentes.³⁵

Debe decirse que la teoría de las fuentes del derecho pone también sobre la mesa los modelos que sobre el derecho existen. Josep Aguiló, en un ejercicio de síntesis, y a propósito de las fuentes y del modelo de derecho preferible, propone dos modelos de derecho que son antagónicos: en el primero, el derecho es visto como un conjunto de normas, y en el segundo, el derecho es considerado como argumentación, como razonamiento justificativo.³⁶

Las teorías del primer modelo —principalmente Hart— construyen la unidad del derecho desde las normas —desde arriba, desde la regla de reconocimiento—. Consideran que el legislador es el protagonista central del derecho; que el origen del deber jurídico se halla en la relación de sujeción y/o de autoridad y que el derecho tiene su origen en la autoridad del Estado.

³⁵ Balaguer Callejón, Francisco, *Fuentes del derecho*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 51.

³⁶ Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 194-197.

Estas teorías estiman que el género subalterno en el derecho es la moral y han tratado de excluir la moral del derecho. En consecuencia, han enfatizado la distinción entre estándares jurídicos y no jurídicos, y han tendido a sostener que el carácter jurídico de un determinado estándar puede independizarse de su calidad moral. Para poder cerrar o unificar el derecho por abajo recurren a la discrecionalidad, esto es, las indeterminaciones del derecho son vistas básicamente como delegaciones de poder para que las autoridades jurisdiccionales actúen como legisladores.

En estas posiciones resulta central la idea de que el orden jurídico es un orden social, es decir, la estructura y el contenido del orden jurídico dependen del uso que la gente hace del mismo: el derecho es una práctica social. Esta práctica incorpora los criterios últimos de validez de las normas jurídicas y suele desembocar en el reconocimiento de ciertas autoridades últimas, que son las autoridades no delegadas, autoridades soberanas, como el pueblo en las Constituciones democráticas, que son autoridades reconocidas. Lo básico en el derecho es la convergencia en el reconocimiento de la legitimidad de las autoridades últimas; todo lo demás ya es secundario, interno, derivado, relativo o, en definitiva, convencional.

La función del jurista práctico es ser el guardián de las estructuras legítimas de poder normativo y, ser el reproductor de la convención social que es producto de aquéllas. Sobra decir que todas las fuentes del derecho, primer modelo, derivan de la regla de reconocimiento y de las sucesivas delegaciones normativas de autoridad que existen a partir de la misma.³⁷ Es decir, las fuentes

³⁷ *Ibid*, pp. 195-196.

del derecho en sentido técnico son las normas que regulan la producción jurídica.

El segundo modelo se distingue por construir la unidad del derecho desde las soluciones de los casos —desde abajo— y se asume que el género rector del derecho es la moral —Dworkin—. En consecuencia el protagonista central del derecho es el Juez, el sentido del deber jurídico es la protección de ciertos bienes y/o valores morales, el derecho tiene naturaleza axiológica, y son jurídicos aquellos estándares que proveen la solución correcta y coherente para el caso que se trata de resolver. En el segundo modelo se desdibuja la distinción entre moral y derecho, y el ordenamiento jurídico es una prolongación del razonamiento moral.

Estas teorías han considerado que el género subalterno en el derecho es la política y han tratado de cerrar el derecho por abajo, en la decisión judicial, a la discrecionalidad. Las supuestas indeterminaciones del derecho y las lagunas normativas no son tales, los estándares jurídicos no provienen sólo de actos de poder realizados por autoridades; el derecho se cierra por arriba a través de los elementos axiológicos que en el derecho existen o que provienen de la moral. La coherencia o la unidad valorativa es el criterio para identificar los estándares jurídicos. El carácter jurídico de una norma no puede independizarse de la moral.

El derecho también aquí es una práctica social, en donde éste es el resultado de la convergencia de los miembros de la sociedad en torno al reconocimiento de ciertos bienes y/o valores morales básicos. Los bienes y/o valores no son constituidos por el derecho, sino reconocidos por él. El papel del jurista es ser el guardián de los valores y/o bienes morales.

En cuanto a las normas y la relación entre ellas, no es que no importen, pero son un elemento secundario que depende, al fin de cuentas, de la coherencia valorativa de los elementos jurídicos. Las fuentes del derecho en este modelo son, desde luego, axiológicas y se reconocen a través del razonamiento jurídico y/o moral.³⁸ La fuente del derecho más importante en este modelo es la argumentación jurídica.

i) La derogación

La ley se encuentra en vigor mientras otra ley no la abroge o derogue. El artículo 9o. del Código Civil para el Distrito Federal indica: "La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior". La abrogación implica la supresión total de un cuerpo normativo y la derogación la eliminación de algunas partes del mismo.

Es importante señalar que la derogación afecta a la vigencia de las normas limitando o construyendo en el tiempo su aplicabilidad o capacidad regulativa. El efecto derogatorio consiste en circunscribir la eficacia de las normas derogadas desde el momento en que entra en vigor la norma derogatoria; se trata, pues, de un efecto *ex nunc* o pro futuro; por eso, las relaciones que se hayan constituido al amparo de la norma derogada antes de la derogación siguen siendo reguladas por ella. A ese fenómeno se le llama ultraactividad de las normas derogadas.

³⁸ *Ibid*, pp. 196-197.

La derogación de las normas es diferente a la anulación de las normas por declaración de inconstitucionalidad de las mismas. Entre las diferencias más importantes podemos anotar las siguientes: 1) La anulación de las leyes en los sistemas de control concentrado de constitucionalidad puede producir efectos *ex tunc* (retroactivos), la derogación opera siempre *ex nunc* (o pro futuro); 2) En la inconstitucionalidad de normas, en principio, no es posible la ultraactividad de la ley anulada; 3) Puesto que cabe aplicar ultraactivamente la ley derogada, aún es posible anularla, mientras que no tiene sentido anular (de nuevo) una ley que ha sido anulada; 4) En los sistemas de constitucionalidad concentrados, la inconstitucionalidad o anulación de las normas surte sus efectos sólo si media declaración previa del Tribunal Constitucional; en cambio, los efectos de la derogación surgen de manera automática desde la entrada en vigor de la ley derogatoria, con lo que cualquier Juez puede inaplicar, sin más, la ley derogada.

Existen distintos tipos de derogación de normas: expresa, tácita y expresa indeterminada. La derogación expresa se produce por medio de una disposición derogatoria que identifica con precisión el objeto de la derogación. La derogación tácita se produce cuando disposiciones jurídicas nuevas entran en contradicción total o parcial con las normas jurídicas previas. La derogación expresa indeterminada ocurre cuando la disposición derogatoria no señala con precisión qué norma queda derogada y sólo señala, de manera genérica, que "quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente ley".

En el caso del amparo en revisión, los permisos de suministro no fueron derogados de manera expresa, tácita o expresa indeterminada. Por el contrario, tal y como comentamos anterior-

mente, el Reglamento de Gas Licuado de Petróleo de 2007, en su artículo transitorio tercero, mantuvo la vigencia de los permisos expedidos conforme al Reglamento correspondiente de 1999. Por tanto, estableció ese artículo transitorio tercero, ultraactividad de los permisos otorgados conforme al Reglamento de 1999, tal como se desprende del caso concreto.