LA DEROGACIÓN DE NORMAS EN LA OBRA DE HANS KELSEN

INTRODUCCIÓN

Este trabajo versa sobre la derogación de normas. Con él, pretendo iniciar un estudio sobre una institución por la que me parece que pasan, de una manera u otra, todos los problemas relevantes que se le presentan a una teoría del Derecho normativista. Pero este trabajo versa también sobre Kelsen. En realidad, he acudido a este autor de las dos formas en que se suele acudir a los clásicos: una, utilizándolos como fuente de aprendizaje y de inspiración; y, otra, haciendo de sus obras el objeto de conocimiento mismo, esto es, analizando su evolución y su consistencia, y pretendiendo desentrañar su verdadero pensamiento a propósito de los puntos más oscuros. Así, en primer lugar, he procurado extraer de Kelsen un primer esbozo del mapa de problemas que una teoría de la derogación debe afrontar; y, en segundo lugar, he intentado intervenir en la discusión a propósito de si entre el «Kelsen del 60» y el «último Kelsen» se produce una ruptura radical o si, por el contrario, se trata del «mismo Kelsen» aunque puedan apuntarse matizaciones, rectificaciones e incluso cambios no radicales.

Es claro que en la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho* no hay ni una teoría explícita de la derogación ni un tratamiento más o menos exhaustivo de la misma. Basta con echar una ojeada a esta obra para comprobar que son contadísimas las alusiones a la derogación y que éstas se producen siempre al hilo de otras cuestiones que son las que realmente preocupan a Kelsen. Esta «laguna», que en principio no parece que pueda ser criticada, porque un libro se ocupa de lo que se ocupa y no de otras cosas, sí resulta, sin embargo, sorprendente. En la *Teoría pura* se abordan muchos problemas en los que parecería a primera vista que la derogación debería jugar un papel central. Estoy pensando, por ejemplo, en cuestiones tales como la caracterización

del orden jurídico como un sistema normativo dinámico, el estudio de los procesos de adquisición y pérdida de validez de las normas, el análisis de la legislación dentro de la «construcción escalonada del orden jurídico», etc. En definitiva, casi todos los problemas abordados en la parte relativa a la «Dinámica jurídica» dan pie para estudiar de manera sistemática la derogación, pero Kelsen no lo hace. Su interés por la derogación sólo aparecerá más adelante en el tiempo.

A pesar de ello, esto es, a pesar de la inexistencia de una teoría de la derogación en el Kelsen de la *Teoría pura,* en la primera parte de este trabajo voy a tratar de extraer sus opiniones sobre la derogación a partir de responder a las tres preguntas siguientes: 1. ¿Qué es la derogación? 2. ¿Qué tipo de normas son las normas derogatorias? 3. ¿Qué relación hay entre derogación y conflicto de normas?

A diferencia de lo que ocurre en la segunda edición de la *Teoría pura,* en obras posteriores a 1960[1] Kelsen presenta de manera explícita una teoría de la derogación. Así, en la segunda parte de este trabajo, voy a tratar de exponer esta teoría y de mostrar cómo no puede hablarse de un cambio radical en las opiniones de Kelsen sobre esta institución. Para facilitar la comparación voy a seguir la misma estrategia que en la primera parte, es decir, exponer las opiniones de Kelsen a partir de responder a las mismas tres preguntas.

I. LA DEROGACIÓN EN LA SEGUNDA EDICIÓN DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

1. ¿Qué es la derogación?

1.1 *La derogación consiste en la "eliminación" de la validez de una norma por otra.*

Escribe Kelsen:

> «Así como una norma jurídica puede limitar el dominio de validez de otra, también puede eliminar completamente la validez de otra. También esas normas derogatorias son

[1] Me refiero a Kelsen, H.: «Derogation», en *Essays in Legal and Moral Philosophy,* selección e introducción de O. Weinberger, Ed. Reidel, Dordrecht, 1973, pp. 261 y ss.; *Derecho y Lógica,* trad. de Ulises Schmill y Jorge Castro, UNAM, México, 1978; y *Teoria generale delle norme,* ed. de Mario G. Losano, trad. de Mirella Torre, Einaudi, Torino, 1985.

normas no independientes, que sólo pueden ser entendidas conjuntamente con otras que estatuyen actos coactivos[2]».

De la lectura de este párrafo –y dejando para más adelante las referencias a las limitaciones del dominio de validez de una norma por otra norma, por un lado, y a las normas no independientes, por otro– pueden extraerse dos ideas básicas sobre la derogación. La primera es la definición kelseniana de derogación. A partir de ella, (a) derogar es eliminar la validez de una norma por medio de otra norma, y de la afirmación mil veces repetida por Kelsen de que (b) la validez de una norma es su existencia específica podemos concluir que © la derogación es un procedimiento para eliminar la existencia de normas. La segunda idea es que la eliminación deliberada de normas, esto es, la eliminación de normas mediante normas de creación deliberada cae dentro de lo que para este autor es derogación. De hecho, ésta es la referencia más clara de la expresión «norma derogatoria». Hasta aquí no hay nada particularmente problemático[3], ni tampoco especialmente interesante. Podría decirse que estas dos ideas constituyen simplemente lugares comunes sobre la derogación.

A partir de estas dos ideas, la cuestión que se impone resolver es la de ver si otras formas de pérdida de validez de una norma, distintas de la edición deliberada de una norma derogatoria, son también para Kelsen supuestos de derogación. En particular, interesa detenerse en dos de ellas: por un lado, en la mal llamada, en opinión de Kelsen, «declaración de nulidad» y, por otro, en la pérdida de eficacia. Aquí, en este epígrafe, sólo voy a ocuparme de la segunda de ellas. La primera, «la declaración de nulidad», será objeto de estudio en el marco de los conflictos de normas.

---

[2] Kelsen, Hans: *La teoría pura del Derecho* (trad. de Roberto J. Vernengo). ed. UNAM, México, 1982, p. 68.

[3] Naturalmente, esta afirmación debe entenderse exclusivamente circunscrita a lo que a la derogación se refiere. Como es sabido, la práctica totalidad de categorías kelsenianas, y entre ellas, sin duda, la de validez, han generado una extensa literatura, pues todas ellas resultan altamente problemáticas. En este trabajo, sin embargo, aunque voy a referirme a muchas de esas categorías, no me detendré para dar cuenta de su problematicidad salvo en el caso de que resulte imprescindible para entender las opiniones de Kelsen sobre la derogación.

1.2. *Derogación y pérdida de eficacia: ¿Hay diferencia entre "matar" y "dejar morir"?*

Como es bien sabido, Kelsen distingue entre validez y eficacia de una norma. La validez, que no es algo que ocurra en el mundo del «ser», es la forma específica de existencia de la norma[4] y tiene cuatro «dominios»: espacial, temporal, personal y objetivo (o material)[5]. La eficacia, por el contrario, radica en que la norma sea aplicada (que los jueces apliquen la sanción prevista para la conducta ilícita) y obedecida o acatada (que los ciudadanos cumplan con la obligación que de la norma se deriva) en la realidad[6]. Asimismo, Kelsen sostiene que entre validez y eficacia se da una cierta relación: «la eficacia es condición de la validez (de la conservación de la validez) en la medida en que la eficacia debe aparecer para que la norma no pierda su validez»[7]. Es decir, la validez y la eficacia son conceptualmente distintas y además no coinciden en el tiempo (una norma puede ser válida antes de que haya podido llegar a ser eficaz), pero la segunda se configura como condición de la conservación de la primera. Para ilustrar esta relación entre validez y eficacia Kelsen recurre a la siguiente figura:

> «Una condición no puede ser idéntica con lo que condiciona. Así, un hombre, para vivir [validez de la norma], tiene que haber nacido [instauración de la norma]; pero para permanecer en vida, debe satisfacerse otras condiciones, como, por ejemplo, debe recibir alimentos [eficacia]. Si esa condición no es cumplida, perderá su vida. Pero la vida no se identifica ni con el nacer, ni con el alimentarse»[8].

Como vemos, pues, para Kelsen la pérdida de eficacia de una norma es una forma de perder su validez. La cuestión, como ya he dicho anteriormente, es averiguar qué relación existe entre las dos formas de perder validez aquí contempladas: la derogación mediante la edición de una norma derogatoria y la pérdida de eficacia. La respuesta de Kelsen sobre este particular va a ser clara y rotunda: la pérdida de validez de una norma mediante su pérdida de eficacia, la llamada desuetundo, es un caso de

---

[4] Kelsen, Hans: *La teoría pura...,* ob. cit., p. 23.
[5] *Ibidem,* pp. 26 y ss.
[6] *Ibidem,* p. 24.
[7] *Ibidem,* p. 25.
[8] *Ibidem,* p. 223. Los corchetes son míos.

derogación de una norma por otra. En este sentido escribe sin dejar lugar a dudas:

> «La *desuetudo* es una suerte de costumbre negativa, cuya función esencial reside en eliminar la validez de una norma existente. Si la costumbre, en general, es un hecho productor de Derecho, entonces también el Derecho escrito puede ser derogado por un Derecho consuetudinario. Si la eficacia, en el sentido desarrollado arriba, es condición de la validez, [...] entonces la función productora de Derecho de la costumbre no puede ser excluida por la legislación escrita, por lo menos en la medida en que se tome en cuenta la función negativa de la *desuetudo*»[9].

En este punto podría decirse, siguiendo con la metáfora de la vida antes expuesta, que, en materia de pérdida de validez, Kelsen no observa ninguna diferencia entre «matar» y «dejar morir» a una norma. Tan derogación es acabar con la validez de una norma mediante otra norma «conscientemente impuesta», esto es, «matando» a la norma anterior, como acabar con su validez por falta de aplicación y obediencia, esto es, «dejándola morir». Pero el alcance de esta opinión de Kelsen va más allá de la simple ampliación de los límites normalmente aceptados del concepto de derogación.

Como causa de esta visión de la derogación está la idea de que la costumbre es una «fuente» necesaria de Derecho y como consecuencia de ella la de que dentro de un ordenamiento no cabe hablar de normas inderogables o, dicho en términos más fuertes, que la no existencia de normas inderogables es una característica necesaria de cualquier sistema jurídico.

1. 3. *La costumbre es una fuente "necesaria" de Derecho y no existen normas inderogables*

Conviene, como cuestión previa, aclarar que por fuente «necesaria» de Derecho entiendo aquella fuente que está presente en todos los ordenamientos jurídicos y que no puede ser positivamente excluida (esto es, excluida mediante la edición de normas positivas) de ninguno de ellos[10].

---

[9] *Ibidem,* p. 224.

[10] En este punto, tal vez no esté de más recordar que, para Kelsen, la legislación no goza de ese carácter de necesariedad. Así, por ejemplo, para

Según Kelsen, para que un acto presuntamente creador de Derecho pueda ser considerado como tal debe reunir básicamente dos condiciones. La primera es que el sentido subjetivo de ese acto sea el de crear una norma, esto es, el de exigir, permitir o autorizar una determinada conducta[11]. La segunda es que esa norma (ese sentido subjetivo) pueda ser interpretada como objetivamente jurídica. Ello quiere decir que debe ser el resultado de un acto conforme con la norma superior que lo autoriza. En otras palabras: esa norma tiene que ser jurídicamente válida y su validez tiene que provenir, en última instancia, de la norma básica[12].

Pues bien, siguiendo esta idea general respecto de los actos creadores de Derecho, Kelsen se refiere a la costumbre dando la impresión de que no hay una diferencia sustancial entre las condiciones de validez de ésta y la de otras formas de creación jurídica:

> «... con la costumbre que los individuos constituyen con su actuación, surge la voluntad colectiva de que así debe uno comportarse. Entonces, el sentido subjetivo del hecho constitutivo de la costumbre es un deber; el sentido de que de ese modo debe uno comportarse según costumbre. En tanto norma jurídica válida objetivamente, el sentido subjetivo del hecho consuetudinario sólo puede ser interpretado en tanto el hecho así caracterizado es instaurado en la constitución como un hecho productor de normas»[13].

Las dos condiciones de todo acto creador de Derecho a las que antes me refería parecen, pues, ser también exigidas por Kelsen en relación con la costumbre: el sentido subjetivo del hecho consuetudinario es un deber, y su sentido objetivo proviene de su reconocimiento en la constitución. Hasta aquí todo parece indicar que, como el resto de fuentes, la costumbre es meramente contingente. El problema surge porque, cuando Kelsen alude a la constitución, en realidad se refiere tanto a la constitución en sentido jurídico-positivo como en sentido lógico-jurídico (norma básica). El siguiente párrafo, por ejemplo, es una buena prueba de ello:

Kelsen la habitual articulación en tres niveles (constitución, legislación y procedimientos judiciales y administrativos) «no es inevitable. Es posible que la constitución no prevea ningún órgano legislativo [...]». *Ibidem,* p. 235.

[11] *Ibidem,* p. 65.

[12] *Ibidem,* p. 63.

[13] *Ibidem,* p. 236.

> «...el Derecho consuetudinario sólo puede ser aplicado por los órganos de aplicación del Derecho, cuando puede considerarse que esos órganos están facultados para ello. Si tal autorización no estuviera concedida por la constitución, en sentido jurídico-positivo [...], entonces, debería considerarse conforme a Derecho la aplicación del Derecho consuetudinario [...], sólo de admitirse que la instauración de la costumbre como un hecho productor de Derecho se ha cumplido ya en la norma fundante básica, como constitución en sentido lógico-jurídico. Es decir, tiene que darse por presupuesta una norma fundante básica que no sólo establezca como hecho productor de Derecho al hecho constituyente, sino también al hecho de una costumbre calificada»[14].

Parece, pues, que, según Kelsen, caben sólo dos posibilidades: Primera, que la constitución jurídico-positiva reconozca el hecho consuetudinario como hecho productor de Derecho. En este caso, el contenido de la norma básica se limitaría a reconocer el hecho constituyente como hecho jurídico. Segunda, que la constitución no reconozca o no autorice la costumbre. En este segundo caso, dirá Kelsen, hay que presuponer que el reconocimiento del hecho consuetudinario proviene directamente de la norma básica. Pero, en realidad, Kelsen va a ir más allá y acabará sosteniendo, a propósito de la costumbre, dos tesis bastante antiintuitivas: a) la costumbre tiene una competencia derogatoria universal, b) ninguna norma jurídico-positiva, salvo –como se verá más adelante– las normas individuales dictadas por los tribunales, puede limitar el contenido de las normas consuetudinarias. Estas dos tesis están relacionadas con la idea de que la validez de la costumbre proviene básicamente de su eficacia. Y ello sólo encaja en el esquema kelseniano presuponiendo que la norma básica reconoce como hecho productor de Derecho al hecho consuetudinario.

Escribe Kelsen a propósito de lo que he llamado la competencia derogatoria universal de la costumbre:

> «El Derecho legislado y el Derecho consuetudinario se derogan recíprocamente según el principio *lex posterior*. Mientras, sin embargo, que una norma constitucional, en sentido formal, no puede ser eliminada o enmendada por una ley simple, sino sólo mediante una norma de nivel constitucional, el Derecho consuetudinario tiene efecto derogatorio también con respecto de una norma constitucional formal,

[14] *Ibidem,* p. 236.

hasta con respecto de la norma constitucional que expresamente excluya la aplicación del Derecho consuetudinario»[15].

A propósito de la segunda tesis, que ninguna norma jurídico-positiva puede limitar el contenido de las normas consuetudinarias, puede leerse:

«[...] la constitución no puede excluir determinado contenido de las normas producidas consuetudinariamente, puesto que la constitución misma –inclusive la constitución escrita, en sentido formal– puede ser modificada por normas jurídicas producidas consuetudinariamente[16]».

En el fondo, lo que Kelsen está haciendo con esta visión de la costumbre es intentar integrar dentro de la teoría pura un evento irregular en la vida del Derecho. Me refiero al caso de desobediencia e inaplicación generales de una norma jurídica. La estrategia kelseniana en este caso es semejante a la que sigue con respecto a otros fenómenos irregulares y consiste en presuponer que la norma básica les confiere validez jurídica. Se ha escrito bastante sobre las consecuencias «disolutorias» que para la teoría pura tiene esta estrategia argumentativa y sobre ellas volveré más adelante. Ahora me interesa únicamente resaltar que esta forma de entender la costumbre (esto es, relacionándola, al menos en su vertiente negativa, con la desuetudo e integrando dentro de esta última los fenómenos de desobediencia e inaplicación generales de una norma) lleva de manera ineludible a la conclusión de que no existen normas inderogables en el interior del ordenamiento jurídico.

1.4. *¿En qué momento se produce la derogación de una norma por pérdida de eficacia?*

Si, como hemos visto, la pérdida de validez de una norma por falta de eficacia o desuetudo no es, en opinión de Kelsen, otra cosa que el efecto derogatorio de la costumbre, entonces la pregunta acerca de en qué momento se produce dicha pérdida de validez no es otra que la pregunta acerca de en qué momento puede decirse que existe (es válida) la norma consuetudinaria.

Kelsen, siguiendo a la doctrina tradicional, considera que el

---

[15] *Ibidem,* p. 237.
[16] *Ibidem,* p. 242.

hecho consuetudinario se reconoce a partir de las tres condiciones siguientes:

> «[...] en cuanto los hombres pertenecientes a una comunidad jurídica se comportan bajo ciertas condiciones iguales, en manera determinada igual; en que ese comportamiento se produce durante un tiempo suficientemente largo; que de ese modo, con la costumbre que los individuos constituyen con su actuación, surge la voluntad colectiva de que así debe uno comportarse»[17].

Esto es, generalidad, duración por un tiempo suficientemente largo y voluntad colectiva (u *opinio iuris* u *opinio necesitatis*). Aquí no voy a entrar a criticar la vaguedad de estas tres condiciones[18] porque, vagas o no, nuestro interés está en la incorporación de la costumbre al ordenamiento y, en este punto, la opinión de Kelsen es clara: «la pregunta de si efectivamente se ha dado el hecho de una costumbre productora de Derecho, sólo puede ser resuelta por el órgano de aplicación del Derecho». La costumbre «sólo se convierte en norma jurídica a través de su reconocimiento por el tribunal que la aplica», lo que supone que «las normas del Derecho consuetudinario son producidas solamente por los tribunales». Pero esta relación de los tribunales «con las normas del Derecho consuetudinario, no es distinta a la que tienen con las normas del Derecho legislado», puesto que el juez siempre tiene que resolver los problemas de la determinación del Derecho; en cualquier caso tiene que «establecer la existencia de la norma aplicable»[19]. Esta determinación del Derecho –tanto el legislado como el consuetudinario– por parte del juez tiene un carácter constitutivo: «El hecho [productor de Derecho] vale a partir del momento establecido por el órgano de aplicación, y no justamente a partir del momento en que el órgano [edictor, esto es, el legislador o la comunidad de sujetos sometidos al orden jurídico] lo establece», aunque esta determinación constitutiva «se produce con fuerza retroactiva»[20].

Si conectamos todo esto con lo visto anteriormente a propósito de la competencia derogatorio universal de la costumbre, estaremos en condiciones de entender una idea aceptada por

---

[17] *Ibidem,* p. 236.

[18] Para una exposición y crítica de la costumbre en la teoría pura, véase Ricardo A. Guibourg: *Derecho, sistema y realidad,* ed. Astrea. Buenos Aires, 1986, pp. 27 y ss.

[19] Kelsen, Hans: *La teoría pura...,* ob. cit., p. 238.

[20] *Ibidem,* p. 238.

Kelsen y que apunta hacia el más radical de los judicialismos. Me refiero a que, según Kelsen, la validez del Derecho consuetudinario se encuentra limitada exclusivamente por las normas individuales que representan las sentencias judiciales[21].

2. ¿Qué tipo de normas son las normas derogatorias?

2.1. *Las normas derogatorias son normas no independientes*

Como hemos tenido ocasión de ver, según Kelsen, las normas derogatorias, esto es, las que eliminan completamente la validez de otra norma, son normas no independientes[22]. En este punto, se impone aclarar las dos cuestiones siguientes: ¿qué cabe entender por normas derogatorias en el contexto en que se producen estas afirmaciones kelsenianas? y ¿qué quiere decir y qué consecuencias tiene que esas normas sean caracterizadas por Kelsen como no independientes?

En relación con lo primero, aunque Kelsen no precisa el sentido en que utiliza la expresión «normas derogatorias», creo que puede afirmarse que se refiere a las normas que se expresan a través de lo que usualmente se denomina una cláusula derogatoria expresa. Es decir, a las normas que se expresan en fórmulas como la siguiente: «queda derogada(o) la ley X, o el titulo Z de la ley Y, o el artículo W de la ley R, etc.». La razón de ello radica en que éste es el único caso en que la derogación no se produce por incompatibilidad entre normas (conflicto de normas) y por aplicación del principio *lex posterior*. No hay conflicto de normas entre la norma derogatoria, en el sentido expuesto, y la norma derogada, entre otras cosas, porque, como se verá algo más adelante, según Kelsen, los conflictos de normas, si es que puede hablarse de tales, se dan sólo entre normas independientes.

2.2. *La teoría de la norma jurídica no independiente*

En la teoría pura, Kelsen caracteriza al orden jurídico como un orden de la conducta humana[23], coactivo[24] y normativo[25].

---

[21] *Ibidem,* pp. 238 y 239.
[22] Véase supra cita 2.
[23] *Ibidem,* p. 46.
[24] *Ibidem,* pp. 46 y 47.
[25] *Ibidem,* p. 57.

Junto a ello, Kelsen sostiene que al ser concebido el orden jurídico como un orden coactivo, la norma jurídica tiene que o bien estatuir un acto coactivo o bien estar en una relación esencial con una norma que lo estatuya porque en otro caso la norma no podría ser interpretada como objetivamente jurídica. A partir de esta idea, Kelsen articula la distinción entre normas jurídicas independientes y normas jurídicas no independientes[26]. Las primeras son las que establecen una conducta como obligatoria al estatuir la conducta contraria como condición para una sanción; y son independientes porque ellas participan de la propiedad que caracteriza al orden jurídico y que es tomada como relevante para la construcción de esta distinción, esto es, la nota de la coactividad. Frente a estas normas independientes, Kelsen habla de normas jurídicas no independientes. Su carácter de no independientes les viene de que ellas no participan de la referida propiedad del orden jurídico y, por tanto, necesitan estar en una relación esencial con una norma que estatuya un acto coactivo. Si no pudiera verificarse esa relación esencial, la norma no podría ser interpretada como objetivamente jurídica; pasaría a ser considerada como «jurídicamente irrelevante»[27]. En otras palabras, esa norma no podría ser interpretada como válida.

Dentro de las llamadas normas no independientes, Kelsen alude a, y en algunos casos analiza, las siguientes especies:

a) Normas que simplemente imponen deberes u obligaciones. Como el resto de normas no independientes, si no están en una relación esencial con una norma que estatuya la coacción, habrá

[26] En relación con la teoría de la norma no independiente interesa aquí llamar la atención sobre dos cuestiones: a) Como se verá enseguida la asunción de esta teoría por Kelsen va a implicar el abandono de la tesis, sostenida por este autor en escritos anteriores, de que todos los enunciados jurídicos que no responden a la forma canónica de la norma deben interpretarse o como normas incompletas o como fragmentos de normas. Cfr. Alchourrón, C. y Bulygin, E.: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas, y sociales,* Ed. Astrea, Buenos Aires, 1 Reimpresión 1987, pp. 104 y ss. b) Esta misma teoría va a permitir a Kelsen sortear la falacia de la distribución en la que había incurrido a propósito de estos problemas en escritos anteriores. Un ejemplo claro de ello lo puede constituir la siguiente cita: «El orden jurídico es un sistema de normas de Derecho [...]. Aquí debe investigarse la naturaleza del todo, tal como se refleja en cada una de sus partes; pues cada norma jurídica, para serlo, tiene que reflejar la naturaleza del Derecho, considerado en su totalidad. Si el Derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción». Kelsen, H.: *Teoría general del Estado* (trad. de Luis Legaz Lacambra), Editora Nacional, México, 1979, pp. 61 y 62. La falacia consiste en tratar a las partes respecto de un todo como a las especies respecto de un género.

[27] Kelsen, H.: *La teoría pura...,* ob. cit., p. 65.

que considerarlas sencillamente como jurídicamente irrelevantes. En el caso de que sí mantenga esa relación esencial, esa norma que impone un deber resulta «desde el punto de vista de la técnica legislativa, superflua»[28], porque todo lo que ella determina se encuentra negativamente contenido en la norma que estatuye la sanción.

b) Normas que permiten positivamente una conducta. Son no independientes porque lo único que hacen es delimitar el dominio de validez de una norma jurídica independiente que prohíbe esa conducta al enlazar a la contraria una sanción[29]. La norma permisiva, mediante la que se limita el ámbito de validez de la que estatuye el acto coactivo, es no independiente en la medida en que «sólo tiene sentido junto a ésta. Ambas constituyen una unidad. Sus contenidos pudieran haber sido expresados en una norma»[30].

c) Normas que confieren poder jurídico para producir normas jurídicas. Son no independientes porque «sólo determinan una de las condiciones a las cuales, una norma independiente, enlaza el acto coactivo. Se trata de las normas que facultan la producción de normas jurídicas generales; las normas de la constitución que regulan la actividad legislativa, o establecen la costumbre como hecho productor de normas; y también las normas que regulan los procedimientos judiciales y administrativos mediante los cuales las normas generales introducidas a través de leyes o costumbres son aplicadas por normas individuales producidas por órganos autorizados para ello»[31]. Condición de la sanción no es sólo que un individuo realice la conducta a la que se adhiere la sanción, sino también todos los requisitos procesales tanto legislativos como jurisdiccionales.

d) Normas que determinan con mayor especificidad el sentido de otras normas. Son normas que «definen un concepto utilizado en la formulación de otra norma, o interpreten de otra manera auténticamente una norma»[32].

e) Finalmente, también son no independientes las normas derogatorias. Respecto de éstas Kelsen no va más allá de la afirmación de su carácter de no independientes. Ello no significa, sin embargo, que no pueden extraerse algunas conclusiones de su adscripción a este género.

---

[28] *Ibidem,* p. 67.
[29] *Ibidem,* p. 68.
[30] *Ibidem,* p. 68.
[31] *Ibidem,* pp. 68 y 69.
[32] *Ibidem,* p. 70.

2.3. *Consecuencias de la caracterización de las normas derogatorias como normas no independientes*

A partir de la anterior caracterización de las normas no independientes, conviene, para profundizar en el análisis de las normas derogatorias, distinguir los tres casos siguientes:

a) Una norma derogatoria cuyo objeto sea una norma independiente. Si, como se ha visto, la validez de la norma no independiente depende su relación con una norma independiente, la validez de la norma derogatoria depende de la validez de la norma que deroga. Ello quiere decir que al perder validez la norma independiente pierde validez la norma derogatoria. En otras palabras, al producirse el efecto derogatorio se extingue la relación con la norma independiente y la norma derogatoria misma deja ser válida.

b) Una norma derogatoria cuyo objeto sea una norma no independiente. Como nada hace pensar que Kelsen pretenda afirmar que no cabe derogar normas no independientes, habrá que considerar que la norma derogatoria está en una relación esencial *indirecta* con la norma independiente que se pretende derogar. La norma derogatoria pierde su validez al tiempo que la pierde la norma no independiente derogada. Pero, a diferencia del caso anterior, subsiste la validez de la norma independiente. Piénsese, por ejemplo, en una norma que deroga a otra norma que regula un procedimiento creador de Derecho. La derogación de esta última no implica la derogación de las normas que habían sido creadas a través del procedimiento que ella regulaba.

c) Una norma derogatoria cuyo objeto sea «material jurídicamente irrelevante». Aquí, la norma derogatoria no podría ser interpretada como objetivamente jurídica y se limitaría a incrementar «el basurero jurídico».

Resueltos estos tres casos, queda por ver sólo qué ocurre con la doble derogación. Aquí cabe distinguir otros dos casos:

d) Una norma derogatoria cuyo objeto sea otra norma derogatoria que ya ha producido sus efectos derogatorios. En mi opinión, la doble derogación carecería, según Kelsen, de efectos jurídicos. Ello se debe a que, como se ha visto anteriormente, la segunda (en el tiempo) norma derogatoria pretendería derogar a una primera norma derogatoria que ya no sería válida. En realidad, la doble derogación así entendida nos sitúa ante el mismo caso expuesta en c).

e) Una norma derogatoria cuyo objeto sea otra norma derogatoria que todavía no ha producido sus efectos derogatorios. Ello ocurre cuando la primera (en el tiempo) norma derogatoria determina que sus efectos se producirán en un momento posterior al de su entrada en vigor. En este caso, que podríamos llamar de derogación aplazada, sí se produciría la derogación de la primera norma derogatoria siempre que tuviera lugar durante el intervalo que va desde su entrada en vigor hasta el momento fijado para la producción de sus efectos. Bien mirado, este caso, que queda fuera de lo que normalmente se entiende por doble derogación, es el mismo que el expuesto en b).

3. ¿Qué relación hay entre derogación y conflicto de normas?

3.1. *¿Cuándo estamos ante un conflicto de normas?*

A la hora de tratar los conflictos de normas, Kelsen parte de la idea de que no puede negarse la posibilidad de que «los órganos jurídicos de hecho implanten normas que se encuentren en conflicto entre sí». Además –precisa– «semejante conflicto normativo aparece cuando una norma determina una conducta como debida y otra norma obliga a una conducta incompatible con la primera»[33]. Parece, pues, que según Kelsen, el conflicto de normas puede definirse por medio del concepto de observancia o cumplimiento. Es decir, hay conflicto cuando el cumplimiento de una norma excluye el cumplimiento de otra[34]. A partir de ahí, Kelsen pone dos ejemplos de pares de normas que estarían en conflicto entre sí. Primer ejemplo: (1a) El adulterio deberá ser castigado; (1b) El adulterio no deberá ser castigado. Segundo ejemplo: (2a) El hurto debe ser castigado con la pena de muerte; (2b) El hurto debe ser castigado con la pena de prisión[35]. No habría, sin embargo, conflicto entre dos normas que establecieran respectivamente que una acción debe ser castigada y que la omisión de esa misma acción debe ser también castigada. Este caso, que desde la perspectiva del «sistema del súbdito» constituye una violación del principio de subcontrariedad (Pp v P-p) y, por tanto, un conflicto de normas, desde la perspectiva de la teoría de la norma indepen-

[33] *Ibidem,* p. 214.
[34] Cfr. Ruiz Manero, Juan: *Jurisdicción y normas,* Ed. C.E.C., Madrid, 1990, p. 52.
[35] Kelsen, H.: *La teoría pura...,* ob. cit., p. 214.

diente kelseniana no lo constituye porque el contenido de la norma es simplemente el establecimiento de sanciones[36].

Junto a lo anterior, Kelsen afirma que dos normas en conflicto no pueden ser simultáneamente válidas porque «un conflicto normativo plantea, como una contradicción lógica, algo sin sentido»[37]. Ello es debido a que, en su opinión, los principios de la lógica, en general, y el principio de no contradicción, en particular, pueden aplicarse a las normas de manera indirecta. La contradicción lógica se dará, no entre las normas en conflicto, sino entre las proposiciones de la ciencia jurídica que tratan de describirlas como simultáneamente válidas. Por ello, «como el conocimiento del Derecho, como todo conocimiento, tiene que pensar su objeto como un todo dotado de sentido, tratando de describirlo en oraciones no contradictorias, parte del supuesto de que los conflictos normativos que aparecen dentro del material normativo que le es dado (o más correctamente: que le es propuesto) pueden y tienen que ser disueltos por vía de interpretación»[38].

Ahora pues, lo que nos va a interesar es averiguar hasta qué punto y en qué casos la disolución de los conflictos de normas por vía interpretativa constituye derogación.

3.2. *Tipos de conflictos de normas y tipos de soluciones interpretativas*

El siguiente cuadro muestra los diferentes tipos de conflictos de normas estudiados por Kelsen y las distintas soluciones por él propuestas[39].

---

[36] Cfr. Ruiz Manero, Juan: ob. cit., p. 53.

[37] Kelsen, H.: *La teoría pura...,* ob. cit., p. 215.

[38] Kelsen, H.: *La teoría pura...,* ob. cit., p. 215. Aquí no voy a discutir, pues nos desviaría de nuestro objeto, la insostenible tesis kelseniana de que un conflicto de normas supone una contradicción lógica entre las proposiciones normativas que la describen. Para una crítica de la misma véase Ruiz Manero, Juan: ob. cit., pp. 53 y ss.

[39] Este cuadro es un resumen del análisis efectuado por Juan Ruiz Manero –en *Jurisdicción y normas,* ob. cit., pp. 53 y ss.– a propósito de los conflictos de normas en la teoría pura. Análisis que, por otro lado, he tenido muy en cuenta en el desarrollo de esta parte del trabajo.

Criterio solución / *Tipo conflicto*	*Lex posterior*	*Lex specialis*	*Fusión disyuntiva de las normas*	*Lex superior*	*Cláusula alternativa tácita*
Diacrónico mismo grado	X				
Sincrónico mismo grado total-parcial		X			
Sincrónico mismo grado total-total			X		
Sincrónico mismo grado parcial-parcial			X		
Distinto grado				X	X

Aquí, voy a analizar estos casos tratando de ver, en cada uno de ellos, hasta qué punto puede hablarse de derogación.

a) Conflicto diacrónico entre normas del mismo grado. Los conflictos diacrónicos, esto es, aquellos que tienen lugar entre normas promulgadas en «tiempos diferentes», se disuelven aplicando el principio *lex posterior* que supone la supresión de la validez de la norma anterior. En este sentido, escribe Kelsen: «la validez de la norma posteriormente promulgada suprime la validez de la norma anterior que la contradice, según el principio *lex posterior derogat priori*»[40]. Parece, pues, a tenor de lo dicho

[40] Kelsen, H.: *La teoría pura...,* ob. cit., p. 215. En relación con este principio puede leerse en la teoría pura lo siguiente: «como el órgano normador […] está facultado **normalmente** para establecer normas modificables y, por ende, eliminables, el principio *lex posterior derogat priori* puede admitirse como un principio incluido en ese facultamiento» (p. 215 –la negrita es mía). Apoyándose en esta cita, Luis María Díez-Picazo ha sostenido– en *La derogación de las leyes,* Ed. Civitas, Madrid, 1990– que para el Kelsen del 60 dicha máxima «constituye un principio lógico o consustancial de cualquier ordenamiento jurídico –casi podría decirse que de Derecho natural» (pp. 59 y 60). Sin embargo, esta conclusión no puede apoyarse en absoluto en la cita arriba reproducida. Entre otras cosas, porque no parece que de lo que *normalmente* ocurre pueda extraerse ningún principio lógico o consustancial de nada. Más bien, la referida cita constituye un argumento en favor de la tesis contraria, esto es, la de que el principio *lex posterior* es considerado por Kelsen

por Kelsen, que estamos ante un caso de pérdida de validez de una norma por otra norma y, si ello es así, parece también que estamos ante un caso de derogación.

Una cuestión que considero interesante es la de determinar qué tipo de norma sería el principio *lex posterior* a la luz de la teoría de la norma independiente. Es obvio que dicha norma no puede ser vista como una norma independiente, pues ella misma no estatuye ningún acto coactivo. Puede ser vista, sin embargo, como una norma no independiente; y la mejor manera de ver cómo funciona dicha norma es, en mi opinión, la de considerar que, como otras normas no independientes, establece una de las condiciones a las cuales una norma independiente enlaza el acto coactivo. Esta condición presente en la norma independiente será la de que un órgano jurídico competente no hubiera dictado otra norma posterior en conflicto con ella.

b) Conflicto sincrónico y total-parcial entre normas del mismo grado. Estamos ante un conflicto sincrónico cuando ambas normas han sido promulgadas «simultáneamente, es decir, por un mismo acto de un mismo órgano, de suerte que no pueda aplicarse el principio de la *lex posterior*»[41]. Un conflicto es total-parcial «cuando una de las dos normas no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que ésta tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera»[42]. En este caso, lo que dice Kelsen es que una norma limita la validez de la otra. Ello lleva a pensar que el conflicto se resuelve por aplicación del principio *lex specialis*[43]. Sin embargo, en relación con este tipo de conflictos conviene hacer algunas matizaciones. En primer lugar, aquí no se produce nada que pueda ser interpretado como derogación (en el sentido kelseniano) porque la alusión de Kelsen a la limitación de la validez de una norma por otra no puede ser entendida como

---

como una norma positiva (aunque implícita) y, por tanto, contingente, no necesaria. Como ha escrito Stanley L. Paulson, la teoría pura del 60 es ambigua en este punto, pues en ella pueden encontrarse argumentos tanto en favor de la tesis de la contingencia como de la de la necesariedad de dicho principio. En favor de la tesis de que es una norma contingente podrían aducirse citas como la arriba transcrita. En favor de que es una norma necesaria la idea de que la no existencia de conflictos de normas es para Kelsen un rasgo necesario de los sistemas jurídicos. Cfr. Paulson, Stanley, L.: «On the Status of *lex posterior* Derogating Rule», en Richard y William Twining (eds.): *Essays on Kelsen,* Clarendon Prees, Oxford, 1986, pp. 242 y ss.

[41] Kelsen, H.: *La teoría pura...,* ob. cit., p. 215.

[42] Ross, Alf: *Sobre el Derecho y la justicia* (trad. de Genaro R. Carrió), Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1970, pp. 124 y 125.

[43] Cfr. Ruiz Manero, Juan: ob. cit., p. 59.

modificación de su validez. La norma en cuestión jamás poseyó una validez (o si se prefiere un dominio de validez) diferente de la (el) que deriva de la aplicación del principio *lex specialis*. No en vano el conflicto es sincrónico.

En segundo lugar, en términos estrictamente kelsenianos, aunque Kelsen no lo diga expresamente, ni tan siquiera podría hablarse, en este caso, de conflicto de normas. El principio *lex specialis* funciona en Kelsen no como un criterio de resolución de conflictos, sino como un principio básico de su visión sobre la individualización de disposiciones jurídicas. Ello puede verse con claridad, entre otras muchas citas posibles, cuando Kelsen –aludiendo a ejemplos por él manejados– dice que «el enunciado jurídico descriptivo del Derecho no reza: [...] todo el que comete un delito legalmente determinado, debe ser castigado y no lo deben ser las personas menores de catorce años, sino todo el que comete un delito legalmente determinado, debe ser castigado, con excepción de las personas menores de catorce años»[44].

c) Conflicto sincrónico y total-total entre normas del mismo grado. Existe un conflicto total-total cuando ninguna de las normas puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra[45]. Aquí es claro que el principio *lex posterior* no puede ser aplicado, pues ambas normas han sido promulgadas simultáneamente. Tampoco cabe el principio *lex specialis* porque no hay ley especial (ambas normas tienen el mismo grado de especialidad). La solución propuesta por Kelsen es que el conflicto debe resolverse «fundiendo disyuntivamente las dos normas en conflicto en una nueva norma que recoge a ambas como alternativas entre las que está facultado para escoger el órgano de aplicación»[46]. Así, por ejemplo, Kelsen dirá que en este caso el enunciado jurídico «no reza: si alguien comete adulterio debe ser castigado y no debe ser castigado, sino que dice: si

[44] Kelsen, H.: *La teoría pura...,* ob. cit., p. 216. Otra cita ilustrativa de lo anterior es el ejemplo que pone Kelsen a propósito de la prohibición del recurso a la fuerza por parte de los Estados miembros de las Naciones Unidas, las sanciones previstas en caso de incumplimiento y la excepción de la legítima defensa, diciendo que los artículos 2, 39 y 51 de la Carta de las Naciones Unidas «**constituyen una unidad.** La redacción pudiera haber contenido un único artículo que prohibiera todo recurso a la fuerza por parte de los Estados miembros, que no se produjera como legítima defensa individual o colectiva, haciendo del recurso a la fuerza así limitado condición de una sanción» (p. 68).

[45] Cfr. Ross, Alf: on. cit., pp. 124 y 125.

[46] Ruiz Manero, Juan: ob. cit., p. 59.

alguien comete adulterio debe ser castigado *o* no debe ser castigado»[47].

Aquí, ocurre algo semejante al caso anterior. La fusión disyuntiva más que un principio de resolución de conflictos normativos parece un criterio para la individualización de disposiciones jurídicas, pues no hay modificación alguna del dominio de validez de ninguna norma, sino tan sólo determinación del mismo.

d) Conflicto sincrónico y parcial-parcial entre normas del mismo grado. Los conflictos parcial-parcial se presentan «cuando cada una de las normas tiene un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra, pero tiene también un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos»[48]. Estos conflictos, que no son tomados en consideración por Kelsen, son, respecto de la zona en conflicto, idénticos en todo al caso anterior[49], por lo que aquí vale lo dicho en c).

3.3. *Conflicto entre normas de distinto grado, anulabilidad y derogación*

Para abordar la problemática relativa a los conflictos entre normas de distinto grado, me parece imprescindible exponer con carácter previo la visión kelseniana de la nulidad y la anulabilidad, pues ella va a determinar de manera radical su respuesta.

Según Kelsen, «dentro de un orden jurídico, no puede haber algo así como nulidad; [...] una norma jurídica perteneciente a un orden jurídico no puede ser nula, sino sólo anulable. Mas esta anulabilidad prevista en el orden jurídico puede tener distintos grados»[50]. Ello se debe a que lo que es nulo no puede ser anulado por vía del Derecho. «Anular una norma quiere decir privar a un acto, cuyo sentido subjetivo es una norma, del sentido objetivo que le da una norma; lo que equivale a decir: poner término a la validez de esa norma mediante otra norma. Cuando el orden jurídico, por cualquier razón, anula una norma, tiene previamente que dejarla valer como una norma objetivamente válida, es decir, conforme a Derecho»[51]. El razonamiento de Kelsen a propósito de la norma que anula a otra norma corre paralelo al que hemos

---

[47] Kelsen, H.: *La teoría pura...,* ob. cit., p. 216.
[48] Ross, Alf: ob. cit., p. 125.
[49] Cfr. Ruiz Manero, Juan: ob. cit., p. 59.
[50] Kelsen, H.: *La teoría pura...,* ob. cit., p. 283.
[51] *Ibidem,* p. 274.

visto ya a propósito de la norma derogatoria. Allí decíamos que la norma derogatoria que pretendiera derogar una norma no válida (por ejemplo, ya derogada) no sería ella misma considerada como válida. Aquí ocurre algo semejante: la norma que establece la nulidad de otra norma no podría ser válida si la norma a la que se refiere no lo fuera. Ello es así, porque «en este respecto, el Derecho se asemeja al rey Midas. Así como todo lo que aquél tocaba se convertía en oro, todo aquello a que el Derecho se refiere, toma carácter jurídico. Dentro del orden jurídico, la nulidad es sólo el grado superior de la anulabilidad»[52].

Kelsen aborda el problema de los conflictos entre normas de distinto nivel a partir del análisis de dos casos: la sentencia contra ley y la ley «inconstitucional». La expresión «sentencia contra ley» sólo puede querer significar que o bien el procedimiento con que la norma individual ha sido dictada no se corresponde con el procedimiento establecido por la ley, o bien que su contenido no se corresponde con el contenido de la norma general que la determina. Pero esta cuestión –dirá Kelsen– sólo puede ser resulta por el mismo tribunal, pues «si un tribunal decide un caso concreto y afirma que al hacerlo ha aplicado determinada norma jurídica general, la cuestión queda resulta en un sentido positiva, y permanece así resuelta mientras la sentencia no sea revocada por la decisión de un tribunal superior»[53]. Dicha sentencia contraria a la ley no es nula, sino tan sólo anulable, es decir, susceptible de ser anulada por uno de los procedimientos determinados por el orden jurídico. El tribunal superior (e imaginemos que último) puede hacer sólo dos cosas en relación con la misma: 1) Confirmar la sentencia. En este caso, la sentencia adquiere fuerza de cosa juzgada. Y ello significa, según Kelsen, que permanecen válidas tanto la norma general «incumplida» como la norma individual «irregular» sin que ello quiere decir que exista un conflicto de normas en el interior del orden, porque «el hecho de que el orden jurídico conceda fuerza de cosa juzgada a la sentencia judicial de una última instancia, significa que no sólo tiene validez la norma general que predetermina el contenido de la sentencia judicial, sino también una norma general según la cual el tribunal puede determinar él mismo el contenido de la norma individual que debe producir. Estas dos normas configuran una unidad; de modo que el tribunal de última instancia está facultado para producir» bien sentencias cuyo contenido se adapte a las normas generales producidas por vía legislativa o

[52] *Ibidem,* p. 284.
[53] *Ibidem,* p. 275.

consuetudinaria, o bien sentencias cuyo contenido es determinado por el tribunal mismo[54]. Es lo que se ha llamado «cláusula alternativa tácita». 2) Anular la sentencia. En este caso, la sentencia de instancia que era válida, dejará de serlo. Aquí, conviene aclarar que, según Kelsen, la anulación de la sentencia de instancia no implica reconocer que ha habido durante un tiempo una sentencia contra Derecho, puesto que «el fundamento objetivo de su anulabilidad no reside [...] en su ilegalidad [...] sino en la posibilidad prevista por el orden jurídico de otorgar validez definitiva [...] a la otra alternativa no realizada en la sentencia recurrida»[55]. La cláusula alternativa tácita, pues, aparece aquí como fundamento del hecho de que la sentencia no sea nula, sino simplemente anulable.

El otro caso estudiado por Kelsen a propósito de los conflictos de normas de distinto grado es el de la ley «inconstitucional». A la hora de abordarlo, Kelsen parte, por un lado, de que hablar de una ley válida «inconstitucional» es una *contradictio in adjectio,* pues una ley sólo puede ser válida si se funda en la constitución, y, por otro, de que no podría decirse que una ley inválida es inconstitucional, puesto que una ley inválida no sería una ley[56]. Así, afirma que la referencia de la jurisprudencia tradicional a una ley inconstitucional sólo puede significar que dicha ley «puede ser derogada, conforme a la constitución, no sólo por el procedimiento acostumbrado, es decir, mediante otra ley de acuerdo con el principio *lex posterior...,* sino mediante un procedimiento especial previsto por la constitución. Mientras no sea derogada, tiene que ser considerada válida, y mientras sea válida, no puede ser inconstitucional»[57]. Ese procedimiento derogatorio especial tiene como objeto determinar si el contenido de la ley en cuestión se corresponde o no con la constitución. A partir de ahí, Kelsen analiza dos casos: 1) Que «la constitución no delegue el examen de la constitucionalidad de las leyes en un órgano diferente del propio órgano legislativo»[58]. En este caso, sólo cabe considerar que la decisión positiva en favor de la constitucionalidad queda incluida en la implantación misma de la ley por el órgano legislativo. «Ello significa que todo aquello que el órgano legislativo emita como ley, tiene que valer como ley en el sentido de la constitución [...]. El órgano legislativo se

[54] *Ibidem,* p. 275.
[55] *Ibidem,* p. 276.
[56] *Ibidem,* p. 277.
[57] *Ibidem,* p. 277.
[58] *Ibidem,* p. 280.

encuentra entonces en posición análoga a la del tribunal de última instancia, cuya sentencia tiene fuerza de cosa juzgada. Ello significa, sin embargo, que el sentido de las normas constitucionales que regulan la legislación no es que las leyes válidas sólo pueden llegar a ser de la manera que la constitución directamente determina, sino también pueden llegar a ser a través de otra manera que el órgano legislativo mismo estableciera»[59]. De nuevo estamos ante la «cláusula alternativa tácita»: la constitución autoriza directamente al legislador a dictar normas que respeten el contenido de las normas constitucionales e indirectamente a dictar normas que no lo respeten. 2) El otro caso es que la constitución delegue en otro órgano distinto del legislativo el examen de si las leyes respetan las determinaciones constitucionales. Esta delegación puede ser a un tribunal especial, al tribunal supremo o a cualquier tribunal. En este caso, lo relevante es que la ley en cuestión es, todo lo más anulable y, mientras no se le quite la validez, debe ser aplicada. Que la ley sea anulable no implica que durante el tiempo en que es válida subsista un conflicto entre normas porque «en estos casos las disposiciones constitucionales reguladoras de la legislación tienen el carácter alternativo arriba señalado; el órgano legislativo tiene la opción por dos caminos: el directamente determinado por la constitución, o el que él mismo tenga que establecer [cláusula alternativa]. La diferencia reposa en que las leyes producidas por la segunda vía son, ciertamente válidas, pero derogables mediante un procedimiento especial»[60].

De todo lo anterior, pueden extraerse algunas conclusiones relevantes para nuestro análisis sobre la derogación:

a) Los conflictos de normas de diferente grado no son posibles, según Kelsen, porque siempre cabe, en virtud de la cláusula alternativa tácita, «reformular el contenido de las normas superiores determinantes de forma tal que resulten necesariamente inviolables por parte de los órganos de producción normativa inferior»[61].

b) Decir que una norma es anulable significa lo mismo que afirmar que es susceptible de ser derogada por un procedimiento especial. La única diferencia entre anular una norma y derogarla radica en que la primera operación tiene lugar en virtud de un procedimiento especial. Ello quiere decir que la anulación es simplemente una especie del género derogación.

---

[59] *Ibidem,* p. 279.
[60] *Ibidem,* p. 280.
[61] Ruiz Manero, Juan: ob. cit., p. 61.

c) El principio *lex superior* no es un criterio de resolución de conflictos de normas de distinto grado, pues –como se ha dicho– estos conflictos sencillamente no son posibles. Dicho principio debe ser visto, más bien, como el fundamento del procedimiento derogatorio especial que desemboca en la anulación de una norma.

d) Aunque Kelsen evita utilizar el término «derogación» en favor de expresiones como «revocación» o «anulación», su razonamiento a propósito de las relaciones entre las sentencias de instancia y las de última instancia discurre en todo paralelo al de cómo opera la derogación de normas. Así, según Kelsen, la anulación de una sentencia inferior es, en este sentido, un caso más de derogación de una norma por otra.

e) Del hecho de que, a diferencia de lo que ocurre con la derogación en sentido estricto, de la anulación de una norma pueda derivarse una amplia gama de consecuencias jurídicas diferentes (donde la nulidad sería el caso extremo), Kelsen no concluye ninguna diferencia sustancial entre derogación y nulidad.

II. LA DEROGACIÓN EN EL KELSEN POSTERIOR A 1960

1. ¿Qué es la derogación?

1.1. *El concepto de derogación*

La noción de derogación va a seguir siendo para Kelsen la de eliminación de la validez de una norma por otra norma[62]. Sin embargo, inmediatamente se observan algunos cambios. Así, por ejemplo, en relación con el concepto de derogación, Kelsen afirma, ahora, la necesidad de distinguir entre derogación y otras dos formas de pérdida de validez: por vencimiento del plazo de vigencia acordado para una norma y por pérdida de eficacia:

> «[...] una norma no sólo pierde su validez mediante la derogación, sino también por el hecho de que venza el plazo para el cual esa norma estaba en vigor en virtud de una determinación establecida por la propia norma o por otra norma, o por el hecho de que en la realidad [esa norma] no sea más obedecida o aplicada, es decir, pierda su eficacia que

[62] Cfr. Kelsen, H.: «Derogation», ob. cit., p. 261; y Kelsen, H.: *Teoría generale...,* ob. cit., p. 171.

es la condición de su validez. Estos modos de perder la validez deben distinguirse de la derogación»[63].

La cuestión relativa al vencimiento del plazo de vigencia establecido para una norma, que no había sido tratado en la primera parte de este trabajo, no plantea especiales problemas. Esta forma de pérdida de validez puede distinguirse de la derogación porque en este caso no cabe hablar de alteración alguna del dominio de validez temporal de la norma. La norma que pierde su validez por este procedimiento fue instaurada con una validez temporal limitada y dicha validez no sufre ningún tipo de alteración.

Más interesante, sin duda, es la alusión de Kelsen a la necesidad de distinguir entre pérdida de validez por pérdida de eficacia, por un lado, y derogación, por otro.

1.2. *Pérdida de eficacia, costumbre y derogación*

La opinión de Kelsen del 60 relativa a esta cuestión puede resumirse en las tres siguientes afirmaciones: a) la pérdida de eficacia o desuetudo provoca la pérdida de validez; b) la pérdida de eficacia o desuetudo es una costumbre negativa o el efecto derogatorio de la costumbre; y c) la costumbre deroga al Derecho legislado en virtud del principio *lex posterior*. Pues bien, el Kelsen posterior al 60 va a mantener la afirmación a) y a modificar las afirmaciones b) y c). Veamos primero estos cambios para analizar después el alcance de los mismos.

Kelsen afirma ahora dos tesis en relación con la costumbre. La primera es que la norma derogatoria, aquella que tiene por objeto exclusivamente la derogación de otra norma, «no puede tener su origen en la costumbre»[64]. La segunda es que «una norma puede perder su eficacia y, por tanto, también su validez por costumbre si es continuadamente desobedecida e inaplicada, sin que sea creada una norma que prescriba cierto comportamiento»[65]. Estas dos afirmaciones de Kelsen sólo pueden querer decir –aunque no da razones de por qué ahora las cosas son así– que hay que distinguir entre pérdida de eficacia o desuetudo y costumbre. La

---

[63] Kelsen, H.: *Teoria generale...,* ob. cit., p. 171; Cfr. Kelsen, H.: «Derogation», ob. cit, p. 261.

[64] Kelsen, H.: *Teoria generale...,* ob. cit. p. 174. Cfr. Kelsen, H.: «Derogation», ob. cit., p. 264.

[65] Ibidem.

pérdida de eficacia adquiere autonomía frente a la costumbre, entendida, esta última, como hecho productor de normas jurídicas. Así, los casos de desobediencia e inaplicación generales de una norma quedan fuera de la costumbre, y la pérdida de validez de la norma ineficaz no se produce por el efecto derogatorio de otra norma creada consuetudinariamente. Luego, la pérdida de validez de la norma ineficaz queda fuera también de la derogación.

Esta nueva visión sobre la derogación se ve con más claridad al considerar el abandono explícito de la tesis c). Si, como habíamos tenido ocasión de ver, Kelsen había sostenido expresamente que el Derecho legislado y el Derecho consuetudinario se derogaban mutuamente por aplicación del principio *lex posterior,* ahora va a negar la posibilidad de que el Derecho consuetudinario pueda derogar al Derecho legislado, ni por el principio de *lex posterior* ni en virtud de algún otro principio derogatorio. En este sentido, escribe Kelsen sin dejar lugar a dudas:

> «La costumbre puede también crear una norma que prescriba la omisión de una acción que era prescrita por una norma hasta entonces válida; o puede establecer una norma que prescriba una cierta acción cuya omisión era prescrita hasta entonces por una norma válida. En tal situación, no hay ningún conflicto de normas, pues la costumbre que crea la nueva norma implica el hecho de que la norma hasta entonces válida ha sido continuadamente desobedecida e inaplicada, y, por tanto, ha perdido su eficacia y también su validez. En ambos casos, en consecuencia, no tiene lugar la derogación de la norma hasta entonces válida, sino que la pérdida de validez es causada por la pérdida de eficacia»[66].

Constatados los cambios, se impone ahora valorar la relevancia de los mismos. Si recordamos las consecuencias que se derivaban de la visión del Kelsen del 60 tanto de la desuetudo como de la costumbre (a. la costumbre es una fuente necesaria de Derecho, b. la costumbre tiene una competencia derogatoria universal, c. en virtud de ello, no puede hablarse de normas inderogables en el interior del orden jurídico, y d. ninguna norma jurídico-positiva, salvo las normas individuales dictadas por los tribunales, puede limitar el contenido de las normas consuetudinarias), parece que hay que concluir que estamos ante un cambio realmente radical.

---

[66] Kelsen, H.: «Derogation», ob. cit., p. 264; Cfr. Kelsen, H.: *Teoria generale...,* ob. cit., pp. 174 y 175.

Sin embargo, esa es sólo una apariencia. En realidad, el único cambio que se ha producido es de palabras, no de fondo. En efecto, en la primera parte de este trabajo ya advertí de que el Kelsen del 60 ampliaba más allá de los límites habituales el concepto de derogación al incluir dentro del mismo la desuetudo, aquí lo único que ha hecho es resituarla en sus límites habituales. Que los cambios son sólo verbales puede constatarse de la manera siguiente: Todas las consecuencias –algunas de ellas disolutorias para la teoría pura– que antes se habían concluido también pueden extraerse ahora, aunque el uso de las palabras haya cambiado. Por ejemplo, tomemos el análisis del Kelsen del 60 que nos había llevado a afirmar que, dado que la costumbre tenía una competencia derogatoria universal, no podía hablarse de normas inderogables en el interior de un orden jurídico. Ahora, sin embargo, Kelsen va a afirmar expresamente la tesis contraria, esto es, la posibilidad de que existan normas inderogables en el interior del orden jurídico. ¿Qué ha cambiado? Sólo las palabras. Donde allí se hablaba de derogación, aquí se hablará exclusivamente de pérdida de validez por pérdida de eficacia, pero nada más. Así, el nuevo Kelsen va a responder en los siguientes términos a la pregunta por la existencia de normas inderogables:

> «[...] la cuestión de si existen normas que no pueden ser derogadas debe ser contestada en sentido positivo, siempre que la cuestión signifique si hay normas cuya validez –de acuerdo con su propio significado– no puede ser revocada por una norma derogatoria, y no signifique si hay normas que no puedan perder su eficacia, y en consecuencia su validez, y ser reemplazadas por otra norma que regule la misma materia de manera diferente. Indudablemente este último caso puede darse, pero aquí la derogación no aparece en escena. Una norma puede excluir su derogación por otra norma, pero no puede prevenir su pérdida de validez por pérdida de su eficacia»[67].

Una vez más, el único cambio que ha tenido lugar es de palabras. Kelsen se limita a resituar el significado de la derogación dentro de los límites de la eliminación deliberada de la validez de normas. Decir que el cambio es sólo de palabras no significa que éste carezca de interés o que sea irrelevante. Lo que ocurre es que su relevancia queda limitada al ámbito de la teoría

---

[67] Kelsen, H.: «Derogation», ob. cit., p. 264; Cfr. Kelsen, H.: *Teoria generale...,* ob. cit., p. 175.

de la derogación, no al de la teoría de derecho en general. O, dicho en otras palabras, Kelsen ha aportado mayor precisión a sus opiniones sobre la derogación –fruto exclusivamente de que ahora ha centrado su atención en ella– pero para ello no ha modificado un ápice su teoría del Derecho.

2. ¿Qué clase de normas son las normas derogatorias?

2.1. *Derogar es una función normativa específica*

Una novedad que salta inmediatamente a la vista radica en que mientras que en la *Teoría pura* Kelsen consideraba que las funciones que las normas podían desempeñar eran exclusivamente las de obligar, facultar (o autorizar) y permitir[68], el Kelsen posterior añade a las anteriores la de «derogar»[69]. En efecto, ahora Kelsen va a decir que la función de la norma derogatoria no es, a diferencia de lo que ocurre con las otras normas, la de obligar, autorizar o permitir una cierta conducta, porque ella o establece que en presencia de ciertas condiciones debe darse cierta conducta. La norma derogatoria se limita a eliminar el deber ser de una conducta establecido en otra norma. «Ella establece no un deber ser, sino un no-deber-ser»[70].

El alcance y la explicación de esta novedad es, en mi opinión, semejante al del cambio que hemos contemplado en el epígrafe anterior. Todas las consecuencias que se seguían del carácter no independiente de la norma derogatoria pueden también concluirse ahora. La explicitación de esta nueva función normativa no altera la situación de la norma derogatoria.

2.2. *La norma derogatoria es una norma no independiente*

Escribe Kelsen:

> «La norma derogatoria repele el *deber ser,* y ello significa la validez de otra norma según la cual una cierta conducta o la omisión de cierta conducta debe ser. Consecuentemente,

---

[68] Cfr. Kelsen, H.: *La teoría pura...,* ob. cit., pp. 18 y 19.

[69] Kelsen, H.: «Derogation», ob. cit., p. 260 y Kelsen, H.: *Teoria generale...,* ob. cit., pp. 156 y 171.

[70] Kelsen, H.: *Teoria generale...,* ob. cit., p. 171; Kelsen, H.: «Derogation», ob. cit., p. 261.

una norma derogatoria no puede existir por sí misma, sino sólo en relación a la norma cuya validez ella repele, y es en este sentido una norma no independiente [*dependent norm*]»[71].

Las mismas conclusiones a las que habíamos llegado considerando sólo la *Teoría pura* son expresamente contempladas ahora por Kelsen. Así, sostiene explícitamente que cuando la norma derogatoria ha cumplido su función, esto es, cuando la norma a la que se refiere ha perdido su validez, ella misma pierde validez. Como consecuencia de ello, la norma derogatoria no puede ser derogada. No produciría ningún resultado la tentativa de derogar a la norma derogatoria que ya hubiera producido sus efectos derogatorios. La única manera de reinstaurar una norma que ha sido derogada es promulgada *otra norma* de idéntico contenido. Naturalmente, sí producirá resultados, al igual que ocurría en el Kelsen del 60, la derogación de una norma derogatoria que aún no ha producido sus efectos. Son los casos que he llamado de derogación aplazada[72].

3. ¿Qué relación hay entre derogación y conflicto de normas?

3.1. *Derogación en presencia de un conflicto de normas.*

Kelsen sostiene expresamente que la derogación se usa en dos casos diferentes: «en el caso de conflicto entre normas o cuando no existe tal conflicto»[73]. Hemos aludido ya a los casos en los que no se da conflicto alguno, pues quedan incluidos en lo dicho a propósito de la norma derogatoria. Ahora hay que ver qué ocurre en el caso de conflicto de normas.

Siguiendo a Juan Ruiz Manero, puede decirse que la visión kelseniana sobre los conflictos de normas evoluciona de la siguiente manera: Mientras que las opiniones del Kelsen del 60 estaban presididas por las tres siguientes ideas: a) los conflictos de normas no constituyen contradicciones lógicas porque los principios lógicos sólo se aplican a expresiones susceptibles de ser calificadas de verdaderas o falsas y éste no es el caso de las normas; b) la

---

[71] Kelsen, H.: «Derogation», ob. cit., p. 261. Cfr. Kelsen, H.: *Teoria generale...,* ob. cit., pp. 171 y 172.

[72] Cfr. Kelsen, H.: *Teoria generale...,* ob. cit., p. 172 y Kelsen, H.: «Derogation», ob. cit., p. 262.

[73] Kelsen, H.: *Teoria generale...,* ob. cit., p. 173.

admisión de un conflicto de normas implicaría una contradicción entre las proposiciones de la ciencia jurídica que describieran a una y otra de las supuestas normas en conflicto; y c) el Derecho carece necesariamente de conflictos entre las normas que lo integran –el llamado problema de los conflictos es meramente aparente–, pues éstos constituyen un sinsentido semejante a una contradicción lógica. La visión del último Kelsen se resume en estas otras tres ideas: 1) los conflictos de normas son posibles e incluso frecuentes (negación de c); 2) la descripción de un conflicto de normas no implica una contradicción lógica entre las proposiciones normativas que describen a una y otra de las normas en conflicto (negación de la tesis b); y 3) los conflictos de normas no tienen naturaleza lógica (radicalización de la anterior tesis a)[74].

Aquí no me voy a detener a analizar la relevancia que dichos cambios pueden tener para la teoría del Derecho, pues ello excede los propósitos de este trabajo. Sí quiero, sin embargo, llamar la atención sobre lo siguiente: El Kelsen del 60 había sostenido que dos normas en conflicto no podían ser simultáneamente válidas. Por ello, el problema de los conflictos de normas era tan sólo un problema aparente que se resolvía –aunque, por ejemplo, el estatus del principio lex posterior fuera extremadamente ambiguo mediante interpretación. Ahora, sin embargo, Kelsen va a sostener que ambas normas en conflicto son válidas; si no fuera así, sólo existiría una norma y no habría conflicto posible. El hecho de que ambas normas sean válidas implica que el conflicto ya no va a poder ser resuelto por interpretación, sino sólo por una tercera norma que anule la validez de una de las normas en conflicto. Esta idea, que va a ser repetida por Kelsen en infinidad de ocasiones, queda claramente expresada en el siguiente párrafo: «la derogación no puede ser función de una de las dos normas en conflicto, sino que tiene que ser función de una tercera norma diferente a ambas normas en conflicto, puesto que ambas normas en conflicto se refieren cada una de ellas a una conducta[...] mientras que la norma derogatoria no tiene que referirse a una conducta, sino a la validez de una o de ambas normas en conflicto»[75]. Ello también quiere decir que «los conflictos entre normas permanecen no resueltos a falta de normas derogatorias expresamente estatuidas o tácitamente presupuestas, y que la ciencia del Derecho es incompetente para resolver por interpretación los

[74] Cfr. Ruiz Manero, Juan, ob. cit., pp. 68 y 69.

[75] Kelsen, H.: *Derecho y lógica,* ob. cit., p. 15. Cfr. «Derogation», ob. cit., pp. 271 y 272; y *Teoria generale...,* ob. cit, pp. 195 y 196.

conflictos existentes entre normas, o mejor, para revocar la validez de normas positivas, como es incompetente para dictar normas jurídicas»[76].

Aquí, no voy a analizar, como hice en la primera parte, los diferentes tipos de conflictos de normas y su resolución, pues ahora el conflicto –como hemos visto– se resolverá sólo introduciendo normas derogatorias. Me interesa únicamente hacer algunas precisiones a propósito de los principios de *lex posterior, lex specialis y lex superior.*

3.2. *El principio lex posterior*

La novedad más sustancial en relación con este principio es que la ambigüedad que se daba en torno a él en la *Teoría pura* queda ahora resuelta en el sentido de que dicho principio pasa a ser considerado expresa y claramente como una norma positiva[77] y de que la derogación es una función que deriva de dicha norma y no de una de las dos normas en conflicto[78]. La norma que recoge dicho principio será, como el resto de normas derogatorias, una norma no independiente.

3.3. *El principio lex specialis*

El Kelsen posterior a 1960 prácticamente no se refiere al principio *lex specialis,* que según hemos visto operaba en la Teoría pura para resolver los conflictos sincrónicos y total-parcial entre normas del mismo grado. Sin embargo, aquí van a valer también las aclaraciones hechas en la primera parte a propósito de este principio. En efecto, allí se ha dicho que en los casos de conflicto sincrónico no podía hablarse de derogación porque el ámbito de validez de la norma no se veía alterado por la aplicación del principio *lex specialis:* la norma en cuestión jamas poseyó un ámbito de validez distinto del que se deriva de la aplicación del referido principio. Ello llevaba a sostener que, en términos estrictamente kelsenianos, dicho principio era, más que un principio derogatorio, un principio básico de la individualización de disposiciones jurídicas. Ahora Kelsen no va a decir prácticamente nada

---

[76] Kelsen, H.: «Derogation», ob. cit., p. 274.
[77] Cfr. Kelsen, H.: «Derogation», ob, cit., p. 271; y *Teoria generale...,* ob. cit., pp. 197 y 353.
[78] Cfr. Kelsen, H.: *Derecho y Lógica,* ob. cit., p. 17.

a propósito de dicho principio[79]. Pero esa misma conclusión a la que antes se había llegado, analizando exclusivamente los conflictos sincrónicos, puede extraerse ahora –desde una perspectiva diacrónica– comprobando si el principio *lex specialis* juega algún papel en la modificación de una norma por otra norma. Kelsen aborda la cuestión de la modificación de una norma por otra desde la distinción realizada por la jurisprudencia romana entre *abrogatio* y *derogatio*.

Por *abrogatio* se entiende la revocación total de una norma, mientras que por *derogatio* la revocación parcial de una norma[80]. Como ya sabemos, por *lex posterior* puede revocarse la validez de una norma anterior. Pero, como también sabemos, la validez de las normas tiene cuatro dominios diferentes: temporal, espacial, personal y material. La cuestión es, pues, averiguar si cabe mantener la validez de la norma y modificar alguno de estos dominios, que es lo que se entiende por revocación parcial de una norma (modificación de su ámbito de validez). Kelsen niega tal posibilidad: «La modificación del contenido de una norma no se produce en modo tal que la norma jurídica de contenido modificado continúa siendo valida como norma revocada sólo parcialmente, sino en el modo de revocar la validez de una norma –y, precisamente, mediante una norma cuya función es la derogación– y hacer entrar en lugar de la norma, cuya validez es revocada, otra norma cuyo contenido, comparado con el de la primera norma, es en parte distinto de aquel»[81]. La otra forma de entender este proceso, es decir, la que afirma que se produce una revocación parcial incurre en el error –sostendrá Kelsen– de tratar la identidad de las normas del mismo modo en que se trata la identidad de los objetos físicos. Así, escribe: «Se representa el proceso que tiene lugar en el ámbito de la norma estableciendo una analogía con la modificación parcial de un objeto físico, que continúa conservando su identidad; por ejemplo, cuando se modifica una casa que tiene seis ventanas en su fachada principal, construyendo dos nuevas ventanas o tapiando dos de las ventanas existentes, la casa modificada permanece siendo la misma. Esta analogía no es pertinente. No se puede modificar una norma jurídica como un objeto físico [...]. Es válida sólo la segunda norma que tiene un contenido parcialmente diferente del contenido de la primera norma. En ningún caso es válida la primera con un

[79] La única referencia al mismo se produce en una nota al capítulo XXIX de la *Teoria generale delle norme*.

[80] Cfr. Kelsen, H.: *Teoria generale...,* ob. cit., p. 177.

[81] Ibidem, p. 178.

contenido modificado, como sostiene la teoría de la revocación "parcial" de una norma jurídica»[82].

Todo lo anterior viene aquí a cuento por lo siguiente. En el ámbito de los conflictos diacrónicos, el principio *lex specialis,* entendido como criterio de resolución de conflictos, lo único que puede hacer es limitar, modificar, alterar, etc. el dominio de validez de la norma general y eso, según Kelsen, como acabamos de ver, es imposible. El papel que desempeña aquí el principio *lex specialis* es semejante al que desempeñaba en los conflictos sincrónicos. Es decir, opera como un criterio de individualización de normas. La norma anterior queda derogada por *lex posterior,* y la nueva norma, con el contenido parcialmente modificado, es el resultado de aplicar el principio *lex specialis* como criterio de individualización.

3.4. *El principio lex superior*

Las opiniones de Kelsen sobre los conflictos entre normas de diverso grado prácticamente no van a cambiar, si bien es cierto que en la *Teoria generale delle norme* están expuestas de manera mucho más confusa que en la segunda edición de la *Teoría pura,* lo que probablemente se deba sólo al carácter inacabado de su última obra. Así, va a reiterar la idea de que los conflictos entre normas de diverso grado no son posibles –en virtud de la cláusula alternativa tácita– y, en consecuencia, el principio *lex superior* deberá seguir siendo visto no como un principio de resolución de conflictos, sino como el fundamento de un procedimiento derogatorio especial que desemboca en la anulación de una norma. Escribe Kelsen a propósito de la ley «inconstitucional»: «[...] en base al Derecho positivo la ley llamada "inconstitucional" puede ser válida, pero su validez puede ser anulada por medio de un procedimiento específico previsto por la Constitución, por ejemplo, por medio de una sentencia de un tribunal especial. No nos encontramos entonces en presencia de un conflicto de normas. En efecto, si la ley en cuestión es válida, es también constitucional, es decir, la Constitución autoriza al legislador a dictar la ley en cuestión y únicamente prevé la posibilidad de derogar esta ley por medio de un procedimiento específico»[83].

De manera más confusa se refiere Kelsen al problema de la sentencia ilegal. Aquí no voy a entrar en el tratamiento que hace

---

[82] Ibidem, pp, 178 y 179.
[83] Kelsen, H.: *Teoria generale...,* ob. cit., p, 196.

de la cosa juzgada en su última obra. Me interesa tan sólo mostrar cómo al tratar los conflictos de normas de distinto grado, y recurrir a la cláusula alternativa, traiciona algo que antes habíamos calificado como un cambio respecto de sus tesis del 60. En efecto, el Kelsen del 60 sostenía la «competencia» de la ciencia jurídica para resolver los conflictos entre normas. El Kelsen posterior sostiene la tesis contraria, esto es, los conflictos subsisten en tanto no se deroga una de las dos normas y la ciencia jurídica no es competente para resolver conflicto alguno como tampoco lo es para dictar normas. Pues bien, escribe Kelsen en la *Teoría generale delle norme* en un epígrafe dedicado a la cosa juzgada:

> «Dado que la validez de una norma debe tener un fundamento, la **ciencia jurídica** debe formular con la forma de la alternativa la proposición que describe la norma general que el tribunal debe aplicar, y precisamente en modo que el órgano resulte autorizado no sólo a disponer la ejecución de un acto coactivo, previsto por una norma jurídica general, sino también un acto coactivo que a él le parezca conforme [...]»[84].

III. ALGUNAS CONCLUSIONES PROVISIONALES SOBRE LA DEROGACIÓN DE NORMAS

Al comienzo de este trabajo dije que acudía a Kelsen, en su condición de clásico, con la intención de encontrar un primer esbozo del mapa de problemas que una teoría de la derogación debe afrontar. Una vez más, Kelsen no ha defraudado y el objetivo que me había propuesto ha sido, creo, plenamente alcanzado. Aquí, voy a exponer, al hilo de lo visto, algunas ideas provisionales que, en mi opinión, deberían integrarse dentro de una teoría de la derogación.

1. El término «derogación» es ambiguo. Expresa operaciones distintas, que tienen lugar en niveles distintos del lenguaje, según vaya referida a normas (o, más genéricamente, a disposiciones jurídicas) o a textos de las fuentes. Las observaciones que aquí se van a hacer se refieren al primer sentido de derogación.

2. Cuando –como hace Kelsen– se define la derogación como la eliminación de la validez de una norma, hay que matizar

[84] Ibidem, p. 405. La negrita es mía.

el sentido en que se usa la expresión «validez». No hay que olvidar que las normas derogadas, en general, siguen existiendo en el sentido de que siguen siendo aplicables a las situaciones jurídicas aún no resueltas que hayan surgido con anterioridad a la derogación. Ello es importante para distinguir la derogación de otras formas de pérdida de validez de las normas jurídicas.

3. La derogación se distingue de la desuetudo en que mientras aquélla es siempre el resultado de un cambio deliberado de voluntad normativa, ésta es el resultado de un proceso no deliberado. Además, en cuanto a los efectos, se distingue también porque la desuetudo implica que la norma obsoleta no puede volver a ser aplicada en la resolución de ningún tipo de caso. Otra cosa es, y aquí no voy a entrar en ello, el problema de la determinación de las condiciones y del momento en que se produce la pérdida de validez por desuetudo.

4. La pretensión kelseniana de vincular la desuetudo con la desobediencia generalizada es, en mi opinión, enteramente desacertada. La desuetudo puede y debe ser vista como un fenómeno regular perfectamente integrable dentro del sistema jurídico, cosa que no ocurre con la desobediencia. La desobediencia es simplemente desobediencia y la única consecuencia que puede extraerse de ella es que se ha violado lo prescrito por el sistema normativo. Hay, sin embargo, muchos casos de pérdida de validez que se engloban bajo el rótulo de desuetudo que no pueden ser vistos como fenómenos irregulares. Así, por ejemplo, uno puede decir que una norma jurídica pierde validez por desuetudo cuando desaparecen del mundo las circunstancias previstas en la condición de aplicación de la norma –de forma que no haya oportunidad ni de cumplir ni de incumplir lo prescrito por la norma– sin que con ello se aluda a algún fenómeno irregular. Las normas jurídicas protectoras de las ballenas, destinadas a evitar su extinción, perderán su validez el día en que las ballenas hayan desaparecido. Pero también puede pensarse en casos más comprometidos. Por ejemplo, cuando los jueces dejan de aplicar una determinada norma porque de acuerdo con un razonamiento de principios o, más concretamente, en base al principio que dice que las normas se interpretarán de acuerdo con la realidad social en que han de ser aplicadas, consideran que la norma en cuestión ha dejado de ser aplicable a cualquier caso posible. Este último ejemplo nada tiene que ver con la desobediencia y es perfectamente integrable dentro del sistema jurídico; aunque ello, naturalmente, requiere una tipología de disposiciones jurídicas más amplia y flexible que la de Kelsen.

5. La nulidad (en sus distintas formas) se distingue de la

derogación en que aquélla no es el resultado de un cambio de voluntad normativa, sino más bien de la violación de una voluntad normativa superior. Responde a la idea de reafirmación del sistema. Su finalidad –como institución– no es permitir el cambio del sistema, sino conservarlo, preservarlo frente a los cambios ilegítimos. En virtud de ello, los efectos de la nulidad son distintos de los de la derogación. La anulación de una norma implica que ella no puede volver a ser aplicada en la resolución de ningún caso, lo que no significa que quedan necesariamente anulados los efectos que ella haya producido con anterioridad a la declaración de la nulidad.

6. Para dar cabal cuenta de las normas derogatorias, hay que manejar una tipología de disposiciones jurídicas más rica que la propuesta por Kelsen. La categoría de norma no independiente es un cajón de sastre en el que entran desde definiciones hasta reglas que confieren poderes.

7. De los llamados principios de resolución de conflictos, el único que es un principio derogatorio es el de *lex posterior*. De la aplicación de los otros dos principios –de *lex specialis* y de *lex superior*– no se sigue derogación alguna.

8. El principio de *lex specialis* es un principio de individualización de disposiciones jurídicas y, si se quiere, como tal, de resolución de conflictos, pero no un principio derogatorio. No hay que olvidar que la oposición «disposiciones generales» vs. «disposiciones especiales» es una de las técnicas más básicas de la organización de los textos normativos. No tiene sentido, por ejemplo, decir que cuando el legislador promulga las disposiciones generales relativas a los contratos y las particulares relativas a cada uno de los diferentes tipos de contrato está simultáneamente promulgado y derogando las referidas disposiciones generales.

9. El principio *lex superior* puede ser visto como un principio de resolución de conflictos pero nunca como un principio derogatorio. Sirve, sin duda, como fundamento para todas las formas de anulación o nulidad de normas jurídicas, pero verlo como un principio derogatorio –y, en consecuencia, ver a la nulidad como un caso particular de derogación– es el resultado, en mi opinión, de una incomprensión –o de una deformación– del modo en que opera el sistema jurídico. La derogación es un fenómeno perfectamente regular que se realiza a través del principio *lex posterior* y cuyo fundamento no es otro que el de responder a la exigencia de dejar abierta la posibilidad del cambio dentro del sistema. Dicho en otras palabras, la derogación y el principio *lex posterior* responden a la exigencia de no dejar al sistema preso de la tradición. Su presencia en el

interior del orden jurídico cumple la función –por decirlo en términos hartianos– de evitar los inconvenientes que se derivarían del carácter estático de un régimen que contuviera sólo normas de obligación. El principio *lex superior* –y todas las formas de nulidad que en él se fundamentan– responde, sin embargo, a una exigencia completamente diferente, podría decirse incluso que opuesta. En virtud del principio *lex superior* no se innova el sistema jurídico, sino todo lo contrario: se dan instrumentos para conservarlo. Todas las formas de nulidad responden a la idea de mantener la autoridad del Derecho. Se me dirá que, si ello es así, por qué entonces el mismo sistema establece el deber de obediencia de las normas nulas o anulables que aún no han sido declaradas como tales. Pues bien, en mi opinión, la respuesta se encuentra en ese mismo principio: conservar el sistema quiere decir también que aquello que tiene apariencia de norma jurídica debe ser respetado por todos y que sólo quien tiene la autoridad reconocida por el propio Derecho puede llevar a cabo la reinstauración del mismo.

10. Naturalmente, todo lo anterior requiere distinguir entre pertenencia de una norma al sistema jurídico, regularidad de una norma y aplicabilidad de una norma.