

DEROGACIÓN

HANS KELSEN

Derogación, además, de mandato, permisión y autorización, es una función específica de la norma. Existe cuando la validez de una norma es revocada por otra norma. Juega un papel importante en la esfera de un orden jurídico positivo, pero puede aparecer también dentro de la esfera de un orden moral positivo donde, sin embargo, difícilmente será tomada en consideración, dada la mayor estabilidad de este orden normativo. Dentro de un orden moral positivo, una norma ordinariamente no pierde su validez por derogación; sino, o bien por la terminación del tiempo por el cual dicha norma es válida según su propia estipulación o la de otra norma; o bien por el hecho de que no es obedecida y aplicada por más tiempo, perdiendo así su eficacia y con ello su validez, pues la eficacia es una condición de la validez de las normas. Tales modos de perder la validez deben ser distinguidos de la pérdida de validez por derogación, ya que la derogación es la revocación de la validez de una norma válida por otra norma.

A diferencia de otras normas, la norma derogatoria no se refiere a una cierta conducta, sino a la validez de otra norma. No establece un "deber ser", sino un "no-deber ser". La norma derogatoria, esto es, la norma que revoca la validez de otra norma según la cual una cierta conducta debe tener lugar, no ha de ser confundida con una norma que determina la omisión de esta conducta; y la norma que revoca la validez de una norma de acuerdo a la cual debe omitirse una cierta conducta, no ha de ser confundida con una norma que determina que esta conducta debe tener lugar. De acuerdo con una norma cuya función es la revocación de la validez de otra norma ni una cierta conducta, ni la omisión de una cierta conducta debe tener lugar. La norma derogatoria revoca el "deber ser", quiere decir, la validez de otra norma según la cual una cierta conducta o la omisión de una cierta conducta debe tener lugar. Consecuentemente, una norma derogatoria no puede existir por sí misma, sino solamente en relación con la norma cuya validez revoca, y en ese sentido es una norma dependiente.

La derogación es un problema de la esfera de validez de las normas,

especialmente de su esfera temporal de validez.¹ Una norma es válida en un cierto espacio y por un cierto tiempo. Ella tiene una validez espacial y una validez temporal. La norma derogatoria termina la validez temporal de otra norma.

La derogación afecta la validez de una norma y no el acto de su creación; únicamente la primera, no el segundo, puede ser revocada.

Dado que las normas derogatorias no prescriben una cierta conducta y no pueden ser obedecidas y aplicadas como otras normas, ellas tampoco pueden ser inobservadas. Si la norma derogatoria ha cumplido ya su función, esto es, si la norma con la cual se relaciona ha perdido su validez, entonces la norma derogatoria pierde también su validez con relación a la norma cuya validez revoca. Su validez respecto a la norma cuya validez ha revocado no puede ser revocada tampoco; la norma derogatoria no puede ser derogada en relación a la norma derogada. El intento de revocar la validez de una norma que ha derogado la validez de otra mediante otra norma derogatoria no tendría efecto. La norma cuya validez fue terminada por la primera norma derogatoria no recuperaría su validez por la segunda norma derogatoria. Si la validez de una norma que prohíbe el matrimonio de los sacerdotes católicos es revocada por una norma derogatoria, y si el legislador, a fin de revalidar la norma revocada, emitiera una norma que revocara la validez de la norma derogatoria, él no lograría su propósito. Una norma cuya validez ha sido revocada por una norma derogatoria, sólo puede ser revalidada por una norma del mismo contenido que el de la norma revocada. En realidad, aquella norma no puede ser revalidada nunca, pues la nueva norma es diferente de la que fue anulada, cuando tenga los mismos contenidos.

La situación es diferente cuando el efecto de la norma derogatoria no tiene lugar inmediatamente después que ha sido establecida, sino en una fecha posterior. Si, por ejemplo, la norma derogatoria determina: "la validez de la norma que estipula . . . terminará seis meses después"; entonces, la validez de esta norma derogatoria puede ser revocada, entretanto, por otra norma derogatoria.

La derogación puede ocurrir en dos situaciones diferentes: o en caso de un conflicto entre dos normas, o en ausencia de un conflicto semejante. La autoridad creadora de normas puede considerar que la validez de una norma es innecesaria y, por consiguiente, puede desear terminar su validez. Puede hacerlo así por un acto legislativo, cuyo sentido sea la derogación. En este caso, la derogación es la única función de

¹ Cfr. *infra*, pp. 263 y 264.

una norma positiva. Esto es indudable. Por ejemplo, una norma válida determina que todos los hombres harán el servicio militar cuando hayan alcanzado la edad de 21 años y hayan sido encontrados físicamente aptos para ello. El legislador puede acabar con la validez de esta norma por un acto legislativo cuya única función sea la revocación de la validez de dicha norma. El servicio militar a realizar por hombres que posean las cualidades necesarias exigidas no está prohibida por la norma derogatoria. Ninguna conducta definida está prohibida u ordenada por esta norma. El legislador, empero, puede crear también, por una u otra razón, una norma cuyos contenidos sean idénticos a aquellos de una norma ya existente. En este caso, la derogación de la validez de la primera de las dos normas es posible. Siendo así, solamente la segunda norma permanece válida. Si la validez de esta segunda norma es revocada por una norma derogatoria, la derogación no tiene el efecto de revalidar la primera norma.

Dado que la norma derogatoria ni establece el "deber" de una cierta conducta ni el "deber" de abstenerse de una cierta conducta, sino el "no-deber" de una específica conducta, ella no puede ser expresada como otras normas en un enunciado de deber ser. Él puede expresar la idea de que una cierta acción u omisión debe tener lugar, pero no puede expresar la revocación del "deber-ser" establecido en otra norma. Supóngase que la legislatura expide la siguiente norma: "Los hombres que hayan cumplido la edad de 21 años y que hayan sido encontrados físicamente aptos *no* deben servir en el ejército." Esta norma no revocaría la validez de la norma que prescribe que los hombres en las circunstancias mencionadas deben hacer el servicio militar, sino que sería una norma separada, aparte, *en conflicto con la primera*. La norma derogatoria, sin embargo, no está en conflicto con la norma cuya validez revoca. Formular la norma derogatoria de una manera que sea lógicamente correcta, así: "Los hombres que hayan cumplido la edad de 21 años y que hayan sido encontrados físicamente aptos, no-deben hacer servicio militar" es, sin embargo, lingüísticamente imposible. Las normas derogatorias asumen la forma de aserciones tales como "La norma de acuerdo a la cual los hombres que hayan cumplido la edad de 21 años . . . (etcétera) deben . . . (etcétera), es revocada por la presente norma". Sin embargo, la función de tal aserción no es descriptiva, como la oración parece indicar gramaticalmente, sino normativa, a saber, la de revocar la validez de una norma. Las normas asumen algunas veces la forma gramatical de aserciones. Por ejemplo: según una norma

de un código penal. "Las personas convictas por robo son sancionadas con aprisionamiento" es, de acuerdo a su forma gramatical, una aserción que describe un hecho; de acuerdo a su función, sin embargo, es una norma dirigida al juez, que prescribe la sanción de aprisionamiento para todas las personas convictas por robo.²

La norma cuya validez es revocada por una norma derogatoria puede ser una norma general o una norma individual. Un buen ejemplo de este último caso es el de una decisión de un tribunal que es revocada por la decisión de un tribunal superior, decisión que no substituye a su propia sentencia. La norma cuya validez es revocada puede ser una establecida por un acto de voluntad conscientemente dirigido a la creación de una norma, o puede ser una norma creada por costumbre. La norma derogatoria, sin embargo, no puede ser establecida por costumbre.

² El derecho frecuentemente hace de la expresión de ciertas palabras o frases una condición de consecuencias jurídicas. Determina, por ejemplo, que un documento es un testamento válido solamente si está titulado "declaración de la última voluntad" o "testamento". Otro ejemplo es el de que para que un matrimonio sea válido, el ministro religioso o miembro de una religión jurídicamente reconocida debe pronunciar las palabras "Los declaro marido y mujer". Desde el punto de vista gramatical, las palabras "declaración de la última voluntad" y "testamento" son meramente descriptivas, y las palabras pronunciadas por el ministro religioso son meras descripciones de una consecuencia jurídica. Pero, para el derecho, tales palabras no son meras descripciones o aserciones, sino condiciones de consecuencias jurídicas. La declaración de J. L. Austin con relación a la pronunciación de palabras y frases como una condición para que se produzcan consecuencias jurídicas no es muy correcta cuando expresa: "Aun cuando algún lenguaje sea actualmente puramente descriptivo, el lenguaje no era así originariamente, y mucho de él no es así todavía. La pronunciación de obvias frases rituales en las circunstancias apropiadas no está describiendo la acción que estamos haciendo, sino haciéndola (así, por ejemplo, cuando en las condiciones adecuadas, expresamos 'prometo', 'accepto', etcétera); en otros casos, funciona según entonación o expresión, o según puntuación o modo, como una insinuación de que estamos empleando el lenguaje de alguna manera especial ('yo advierto'; 'pregunto'; 'decido'). Tales frases no pueden ser estrictamente mentiras, aunque ellas pueden 'implicar' mentiras, como 'lo prometo' implica que yo tenga completamente intención o ánimo de, lo cual puede ser falso." (Austin, J. L., "Other Minds" en *Logic and Language Essays* [segunda serie], editado por Anthony Flew, Oxford, 1955, pp. 146-147). Las palabras y las frases *no son solamente* descriptivas, sino también algo más. La descripción no es su esencial función jurídica. Dado que esas palabras y frases son aserciones, ellas pueden ser verdaderas o falsas. Por ejemplo, la palabra "testamento", la cual se una abreviación de "este documento es un testamento", puede ser falsa si los objetos que han de transferirse, indicados en el documento, no son de la propiedad del testador, por lo que el documento no es una declaración de voluntad válida, o mejor, no tiene las consecuencias jurídicas de un testamento. Las palabras del ministro religioso, "Los declaro marido y mujer", son falsas si ambas personas a quienes es hecha la declaración no son de sexo diferente, sino, o son dos hombres, o son dos mujeres, de los cuales uno está disfrazado de mujer o de hombre respectivamente. Y, por lo tanto, las palabras del ministro religioso no tienen la consecuencia jurídica que ellas describen.

Una norma puede perder su eficacia y así también su validez por costumbre si es desobedecida y no aplicada constantemente, sin que por ello se cree una norma que prescriba cierta conducta.

La costumbre puede también crear una norma que prescriba la omisión de un acto que estaba prescrito por una norma válida hasta ahora; o puede establecer una norma que prescriba una cierta acción cuya omisión estaba prescrita por una norma válida hasta ahora. En tal situación, no resulta ningún conflicto de normas, ya que la costumbre que crea la nueva norma implica el hecho de que la norma válida hasta ahora sea desobedecida y no aplicada continuamente, y, por consiguiente, pierda su eficacia y así también su validez. En ambos casos, por lo tanto, ninguna derogación de la norma válida hasta ahora tiene lugar, sino que la pérdida de la validez es causada por la pérdida de eficacia.

Contrariamente a una opinión ampliamente difundida en el ámbito de la teoría jurídica,³ la pregunta de si existen normas que no pueden ser derogadas debe ser respondida positivamente si la pregunta significa ¿Hay normas cuya validez —de acuerdo al propio significado de ésta— no puede ser revocada?, y si la pregunta no significa que no toda norma puede perder su eficacia, y por consiguiente su validez, y ser substituida por otra norma que regula el mismo objeto de una manera diferente.

El último es, sin duda, el caso; mas la derogación no figura o aparece en él. Una norma puede excluir la derogación de su validez por otra norma, pero no puede evitar la pérdida de su validez por la pérdida de su eficacia. Sin duda una norma, especialmente una norma jurídica, puede referirse no solamente a una específica conducta, sino que también puede afectar su propia validez. Puede, por ejemplo, prescribir que será válida por un tiempo determinado, en un cierto espacio y respecto de sólo ciertas personas. Puede prescribir que será válida por un tiempo ilimitado, en un espacio también ilimitado y para todas las personas hasta que otra norma promulgada por la misma autoridad llegue a ser válida y entre en conflicto con ella. Puede determinar que podrá ser revocada solamente de una cierta manera prescrita

³ Regelsberger, *Pandekten*, Systematisches Handbuch der Rechtswissenschaft, I. Abt. Bd. 1, 7 Teil, 1893, p. 109: "No hay derecho que no pueda ser modificado. Un legislador puede hacer la modificación o la revocación de una norma jurídica muy difícil por la imposición de condiciones y limitaciones, pero no puede controlar la inmodificabilidad de una norma jurídica sino por un limitado periodo de tiempo." No hay duda que el legislador puede "ordenar" que una norma no será modificada, mas la cuestión es: qué efectos jurídicos tiene esa orden si en contravención a esa prescripción se crea una norma en conflicto con ella.

por ella misma o por otra norma del mismo orden. No hay razón, por lo tanto, para asumir que no puede determinar que no será revocada por otra norma. Se ha dicho que las normas que, según la creencia del hombre, han sido producidas por Dios, no son susceptibles de revocación, es decir, que no pueden ser revocadas por normas que han sido creadas por el hombre. Una constitución democrática puede determinar que no será substituida por una constitución monárquica. Si una norma válida (que llamaremos norma A) determina que su validez no puede ser revocada y, no obstante ello, se crean una norma B, que determina que la validez de la norma A ha terminado, y una norma C, que regula de otra manera la materia regulada por la norma A, la norma A continúa siendo válida. Consecuentemente, existe un conflicto entre la provisión de la norma A, relativa a la no revocabilidad de su propia validez, y la provisión de la norma B, relativa a la revocación de la validez de la norma A, y además, un conflicto entre la norma A respecto a sus otras provisiones y la norma C. Estos conflictos pueden ser resueltos solamente de modo que la norma A pierda su eficacia y, en consecuencia, su validez, con el resultado de que la norma C llegue a ser eficaz.

El principio de la fuerza de derecho de una decisión judicial, además, indica que hay normas que, de acuerdo al significado de este principio, no pueden ser derogadas; una decisión judicial que tiene la fuerza de derecho es una norma individual cuya validez no puede ser revocada por otra norma.

Otra pregunta es si y hasta qué grado el principio de fuerza de derecho de una decisión judicial está efectivamente establecido dentro de un cierto orden jurídico. Tal principio no existe en el sentido estricto del término si el orden jurídico no excluye completamente la posibilidad de un procedimiento por el cual la decisión judicial pueda ser impugnada; si tal procedimiento es posible, siempre, y no solamente bajo condiciones especiales; o si una decisión judicial puede ser revocada por un acto legislativo. El principio de la fuerza de derecho de una decisión judicial, entonces, existe únicamente en un sentido relativo y no absoluto, y prácticamente apenas significa que la ejecución de la sentencia es posible. Incluso una sentencia ejecutada, por ejemplo, la que prescribe prisión por un tiempo determinado o pena de muerte, puede ser revocada. En otras palabras, la validez de una norma individual que ordena poner en prisión a un individuo por el término de un año, o la privación de la vida de una persona mediante ahorcamiento, puede ser revocada por otra norma, aun cuando la sanción ya hubiere sido ejecutada. Esto, desde luego, no tendrá el efecto de deshacer lo que ha

sido hecho ya, a saber, el tiempo en prisión cumplido o la ejecución de la pena capital. La función de la revocación es privar de su carácter de castigo a las acciones relativas sin calificarlas de delito. Debe tenerse en mente que la norma individual cuya validez ha sido revocada sigue siendo válida hasta en tanto no se revoque; es decir, que su validez no es afectada por su ejecución.

La teoría del derecho romano hizo una distinción entre *abrogatio* (o abrogación), término con que se significaba una revocación completa, y *derogatio* (o derogación), con que se significaba una revocación parcial. Regelsberger, hablando de la fórmula *lex posterior derogat priori*, afirma: ⁴ “La nueva norma jurídica puede revocar total o parcialmente la norma anterior. Su contenido puede estar limitado únicamente a la revocación, o puede además regular los mismos hechos de modo diferente. En la última situación no es necesaria una anulación expresa, puesto que ambas normas no pueden ser aplicadas conjuntamente”. Sin embargo, lo que es revocable no es la norma jurídica, sino su validez. Por revocación completa se entiende la revocación de la validez de una norma, *id est*, la revocación de su existencia específica. Pero la esfera de validez de una norma puede tener diferentes dimensiones. Una norma puede ser válida por un período de tiempo ilimitado o por un año solamente; puede ser válida en todo un Estado o en una provincia solamente, y puede aplicarse a todas las personas o solamente a una cierta clase de ellas. La esfera de validez de una norma puede ser restringida o ampliada. La restricción o ampliación de su esfera de validez produce el efecto de cambiar el contenido de la norma. El contenido de la norma puede ser cambiado no únicamente respecto de su esfera de validez personal, temporal o territorial, sino también respecto de su esfera material de validez. La esfera material de validez de una norma la constituyen aquella conducta que la norma prescribe y las condiciones bajo las cuales debe tener lugar esa conducta. Una norma que es válida para todas las formas de robo puede ser substituida por otra norma que sea válida únicamente para una cierta forma de robo. Una norma que prohíbe el homicidio y prescribe la pena de muerte para el culpable de ese delito puede ser reemplazada por otra norma que prescriba tan sólo pena de prisión perpetua.

Por revocación parcial de una norma se entiende el cambio parcial de esa norma, *id est*, de su esfera de validez. El contenido cambiado de una norma no hace que la norma continúe existiendo como una norma parcialmente revocada, sino el resultado es que la validez de la nor-

⁴ *Op cit.*, núm. 3, p. 110.

ma es revocada por una norma derogatoria, y que en su lugar otra norma la substituye y cuyo contenido, al comparárselo con el de la primera norma, es tan sólo parcialmente diferente. De acuerdo a la teoría tradicional, la derogación parcial de una norma se define como el cambio parcial del contenido de la misma, el cual no afecta la existencia de dicha norma. Supongamos una norma jurídica que prescribe: el robo será castigado con aprisionamiento de uno a tres años. Supongamos también que la sanción prescrita por esta norma se cambia por otra, a saber, la de prisión de seis meses a cinco años. De acuerdo a la teoría tradicional, la primera norma continúa siendo válida, sólo que parte de su contenido fue cambiado. Supongamos otro ejemplo: una norma válida determina: "Si dos personas mayores de veintiún años contratan y una de las partes no cumple su obligación contractual, previo ejercicio del derecho de acción de la otra parte, debe ser dirigida una ejecución civil contra la propiedad de aquella parte para el efecto de reparación de daños". Posteriormente la edad exigida por esta norma es reducida a veinte años por otra norma. Conforme a la teoría tradicional, la primera norma continúa siendo válida, sólo que con contenido cambiado. Esta situación, que tuvo lugar dentro de un orden jurídico, se la compara con el cambio parcial de un objeto físico, el cual, no obstante ese cambio, conserva su identidad. Una casa continúa siendo la misma casa aun cuando sus ventanas principales hayan sido agrandadas.

Sin embargo, tal analogía es inadecuada. Una norma, especialmente una norma jurídica, no puede ser transformada (*changed*) como un objeto físico. Si el contenido de una norma es cambiado, es decir, si una norma jurídica válida tiene un contenido parcialmente diferente al contenido de otra norma jurídica, existen dos posibilidades: 1) o la primera norma jurídica permanece válida y no modificada, siendo así que las dos normas jurídicas están en conflicto recíprocamente; o, 2) la primera norma es revocada por una norma derogatoria de derecho positivo, una tercera norma; de esta suerte la segunda norma queda como la única válida y con un contenido parcialmente diferente del de la primera norma. En ningún caso la primera norma continúa existiendo con contenido cambiado, como la teoría de la revocación parcial afirma. Aun cuando uno aceptara, de conformidad con la teoría tradicional, que la segunda norma jurídica trae consigo el cambio de la primera norma por derogación, la primera norma no continúa siendo válida con contenido cambiado, sino que la segunda permanece como la única norma válida. Esto es verdadero también si la segunda norma es formulada como sigue: "La edad mínima de las partes contratantes determinada en la

primera norma es reducida de veintiún años a veinte"; pues ésta es tan sólo una forma abreviada de la norma entera parcialmente modificada. Esto se deriva también del hecho de que, aun estando de acuerdo con la teoría tradicional, si el contenido de la segunda norma no es diferente del de la primera, esta última viene a ser invalidada por derogación a través de la segunda; y si la validez de la segunda norma es revocada después, la primera con el mismo contenido no es revalidada por ello. Por consiguiente, o por revocación parcial se entiende revocación de tipo alguno, o existe una *revocación completa* no de una norma jurídica, sino de la validez de esa norma.

Sin embargo, es posible revocar una norma singular que forme parte de un código compuesto de varias normas jurídicas. Esto puede hacerse de dos maneras. Una es anulando la validez de una sola de las normas, sin crear una nueva que regule diferentemente la misma materia. La otra consistirá en revocar la validez de una norma del código y, al mismo tiempo, emitir otra norma que regule el mismo objeto de manera diferente. En ambos casos es posible decir: el código continúa siendo válido, pero con un contenido cambiado, pues existe sin las normas cuya validez fue revocada. Dado que la validez del código no es sino la validez de las normas que lo constituyen (no una validez separada), este proceso no significa una revocación parcial de la validez del código, sino la total revocación de una de las normas jurídicas que en conjunto integran el código. En el segundo caso, en cambio, el código no continúa siendo válido con la nueva norma jurídica que tomó el lugar de la norma revocada. La nueva norma jurídica existe paralelamente al código que queda reducido al ser revocada una de sus normas. Esto es cierto también si la nueva norma jurídica es formulada de la siguiente manera: "La provisión... de este código, Título..., Sección... (citados), según la cual... (texto de la provisión), es revocada por la presente norma; en su lugar se aplicará la siguiente provisión... (texto de la nueva provisión)." Esta formulación es, empero, inadecuada en razón de haber sido influido el legislador por la errónea teoría de la revocación parcial.

Supóngase que un código civil establece como edad mínima para contratar (hacer negocios) la edad de veinte años, o que un código penal fija la edad de dieciséis años para asumir completa responsabilidad penal, y que esas edades posteriormente son cambiadas por otras leyes conforme a disposiciones semejantes a éstas: "La edad mínima de veinte años en la que una persona tiene completa capacidad para contratar como se determinaba en el Título..., Sección... es reducida por la

presente norma a dieciocho años"; "La edad de dieciséis años en la que una persona asume total responsabilidad penal, es aumentada por la presente norma a dieciocho años". En tales casos se dice que tanto el código civil como el código penal continúan siendo válidos con contenidos parcialmente modificados. Ésta es, sin embargo, una afirmación errónea. Los preceptos que modifican la edad determinada por ambos códigos son realmente tan sólo una forma abreviada de un nuevo código civil y de un nuevo código penal con contenidos parcialmente modificados. Esto podría entenderse mejor si se aceptara que la validez de los códigos, al ser modificadas la edad para adquirir capacidad para contratar y la edad en que se asume responsabilidad penal, fue revocada, pues en esas condiciones los anteriores código civil y código penal no llegarían a ser válidos, a menos que, por la revocación de esas posteriores normas, se intentara revalidar esos códigos. Si así fuera, desde el punto de vista de una técnica jurídica correcta, sería necesaria una declaración expresa de esta intención.

La distinción entre *abrogar* y *derogar* se basa sobre la bien conocida sección 3, 22 de la obra de Cicerón *De Re Publica*, en la que se lee: "*Huic legi nec abrogari fas est, neque derogari in hoc aliquid licet, neque tota abrogari potest*". Obviamente, esta sección alude a un código compuesto de varias normas jurídicas. Mas la regla *lex posterior derogat priori* es aplicable no únicamente a las relaciones entre códigos, sino también a las relaciones entre normas jurídicas singulares, y *derogar* no significa solamente revocación parcial, sino también revocación total. El autor de este artículo, consecuentemente, ha venido utilizando la palabra "derogación" en el sentido de revocación de la validez de una norma.

La derogación es necesaria (*required*) si las normas están en conflicto recíprocamente. Puede tener lugar también sin que exista conflicto entre normas; así, si la validez de una norma jurídica es revocada y ninguna nueva norma ocupa su lugar, o si una nueva norma jurídica es creada y tiene contenidos idénticos a los de una norma ya existente (válida), la derogación puede tener lugar.

Un conflicto entre dos normas ocurre si al obedecer o aplicar una norma, la otra es necesaria o posiblemente inobservada (*violated*). El conflicto puede ser bilateral o unilateral. Es bilateral si al obedecer o aplicar alguna de las dos normas, la otra es (posible o necesariamente) inobservada. El conflicto es unilateral si al obedecer o aplicar solamente una de las normas se inobserva la otra. El conflicto es total si una norma prescribe una cierta conducta que la otra norma prohíbe (pres-

cribe la omisión de esa conducta). El conflicto es parcial si el contenido de una de las normas es sólo parcialmente diferente del contenido de la otra norma.

Ejemplos de conflictos de normas necesarios (o inevitables):

I. Norma 1: Ama a tus enemigos.

Norma 2: No ames, sino odia a tus enemigos.

Obedecer la norma 1 inevitablemente conduce a inobservar la norma 2 y viceversa.

II. Norma 1: La bigamia será castigada.

Norma 2: La bigamia no será castigada.

Al aplicar la norma 1 necesariamente no se observa la norma 2; la aplicación de la norma 2, el no punir la bigamia, constituye necesariamente la inobservancia de la norma 1.

En ambos ejemplos, I y II, el conflicto es total.

III. Norma 1: El homicidio será sancionado con pena de muerte.

Norma 2: El homicidio será sancionado con aprisionamiento.

Al aplicarse cualquiera de las dos normas se desobedece la otra; el conflicto es solamente parcial, y en los tres ejemplos I, II y III, el conflicto es bilateral.

Ejemplos de conflictos de normas que son solamente posibles (no necesarios):

IV. Norma 1: Todas las personas se abstendrán de mentir.

Norma 2: Los médicos mentirán, si con esta conducta ayudaren a sus pacientes.

Al obedecer la norma 2, la norma 1 es inobservada necesariamente; pero de obedecer la norma 1 existe solamente una posibilidad de desobedecer la norma 2 (si un médico miente). El conflicto es bilateral, pero solamente de modo parcial. Es necesario de un lado, del lado de la norma 2, y un conflicto posible del otro lado, es decir, del lado de la norma 1.

V. Norma 1: El robo será castigado.

Norma 2: El robo a los parientes no será castigado.

La aplicación de la norma 2 (el no punir el robo a los parientes) constituye necesariamente una "violación" de la norma 1; pero al obedecer la norma 1 solamente es posible una inobservancia de la norma 2 (si el robo a los parientes es castigado). El conflicto es bilateral, pero parcial únicamente. Es un conflicto necesario solamente de un lado, a saber, del lado de la norma 2, y un conflicto posible del lado de la norma 1.

VI. Norma 1: En caso de realizarse una cierta conducta, la persona que se conduzca de esa manera será castigada.

Norma 2: En caso de realizarse una cierta conducta, la persona que se conduzca de esa manera será castigada solamente si el juez considera que el castigo es justo.

El conflicto es bilateral, parcial y posible de ambos lados.

VII. Norma 1: El homicidio debe ser castigado con pena de muerte si el autor es mayor de veinte años de edad.

Norma 2: El homicidio debe ser castigado con pena de muerte si el autor es mayor de dieciocho años de edad.

Al aplicarse la norma 1 no se desobedece la norma 2. La aplicación de la norma 2 puede constituir tan sólo posiblemente una "violación" de la norma 1 (si el homicida, que es menor de veinte años de edad, es castigado con pena de muerte). El conflicto es solamente parcial y unilateral, a saber, del lado de la norma 2.

No hay duda que tales conflictos entre normas existen. Ellos juegan un importante papel bajo el nombre de "conflictos de deberes" en los ámbitos de la moral y del derecho, y de manera especial, sobre todo, en la relación entre el derecho y la moral. El conflicto entre normas presupone que ambas normas son válidas. Las aserciones relativas a la validez de las dos normas en conflicto *son verdaderas*. Por lo tanto, un conflicto entre normas no es una contradicción lógica y no puede ser comparado con una contradicción lógica. La derogación revoca la validez de alguna de las dos normas válidas. Pero en caso de una contradicción lógica entre dos aserciones, una de las dos aserciones es falsa desde el principio. Su verdad no es revocada ya que tal verdad no existe desde el principio. Dado que la validez de una norma es su propia existencia específica, un conflicto entre normas no puede ser comparado con una contradicción lógica. Ya que es posible hacer comparaciones, tal con-

flicto entre normas podría ser comparado con fuerzas que ejercen su poder sobre el mismo punto desde direcciones opuestas. Un conflicto entre normas es una situación indeseable pero posible, y ocurre muy frecuentemente.

El conflicto puede ser resuelto, pero no necesariamente, por derogación, y la derogación tendrá lugar solamente si ha sido estipulada por una autoridad creadora de normas. Puesto que el conflicto entre normas no es una contradicción lógica, la derogación que resuelve el conflicto no es tampoco un principio lógico; pero sí es la función de una norma positiva, especialmente de una norma jurídica positiva; y ella puede tener lugar sin que haya un conflicto de normas. La derogación no es la función de una de las dos normas en conflicto, sino que es la función de una tercera norma que prescribe que en caso de un conflicto entre dos normas, una de ellas, o ambas, perderán su validez.

Puede haber un conflicto entre normas del mismo nivel o entre una norma de nivel superior y una norma de nivel inferior. Según que los actos por los cuales las dos normas en conflicto fueron creadas hubieren sido realizados en diferente tiempo, la creada en un primer momento será la norma anterior y la creada en un momento posterior al de la primera será la norma posterior.

La autoridad que crea normas, especialmente el legislador, puede, en algún momento determinado, crear una norma que prescriba cierta conducta, y en un momento ulterior puede crear una norma que prescriba la abstención de esa conducta precisamente. La constitución de un Estado puede determinar que todos los hombres, sin importar su raza, serán tratados de manera igual; posteriormente, el legislador puede expedir una ley que confiera ciertos derechos e imponga ciertas obligaciones únicamente a personas de una determinada raza.

En el primer caso una norma puede determinar que la primera de las dos normas en conflicto pierda su validez; y en el segundo caso, una norma estipular que la segunda de las dos normas en conflicto pierda su validez. No debe olvidarse, sin embargo, que en el segundo caso de conflictos entre normas, esto es, en el caso de una ley inconstitucional, la así llamada ley "inconstitucional" puede, de acuerdo al derecho positivo, ser válida, bien que su validez puede ser revocada en un procedimiento especial previsto por la constitución, por ejemplo, por la decisión en tal sentido de un tribunal especial. Así, pues, no existe conflicto entre normas en ese caso, pues la ley en cuestión es válida, debe ser considerada ley constitucional; es decir, el legislador debe ser considerado como autorizado por la constitución para crear tal ley. Pero existe la

posibilidad, como ya lo indicamos arriba, de que se revoque la validez de esa ley por un procedimiento especial previsto por la constitución.⁵

Es posible que uno y el mismo código contenga dos normas que se hallen en conflicto recíprocamente. A menos que, según el derecho positivo, exista disposición en contrario, el órgano aplicador de derecho tiene posibilidad de escoger cuál de las dos normas en conflicto aplicará. El derecho positivo puede contener, empero, una norma que determine que alguna de las dos normas en conflicto o ambas pierdan su validez.

Hasta aquí hemos examinado únicamente los conflictos entre normas del mismo orden normativo, particularmente los del orden jurídico. Supongamos ahora un conflicto existente entre normas de dos diferentes órdenes normativos, así un conflicto entre una norma de un orden jurídico y otra norma de un orden moral; en semejante caso, el orden jurídico puede determinar que la norma jurídica en conflicto con la norma moral perderá su validez, pero no puede determinar que ésta será la que pierda su validez. El orden moral puede también prescribir que cesará la validez de la norma moral que se halle en conflicto con una norma jurídica, pero no puede determinar que la norma jurídica en conflicto con una de sus normas perderá su validez. En conclusión: la derogación solamente puede ocurrir dentro de uno y el mismo orden normativo.

Un conocimiento profundo de la naturaleza de la derogación ha sido impedido por la fórmula *lex posterior derogat priori*,⁶ adoptada de la teoría jurídica romana. Tal fórmula es engañosa porque crea la impresión de que la derogación es la función de una de las dos normas en conflicto. Esto es incorrecto porque ambas normas en conflicto se refieren a ciertas conductas, pero ninguna de ellas se refiere a la validez de la otra. Una norma derogatoria, como ya hemos dicho, no se refiere a una cierta conducta, sino a la validez de otra norma, y, por esta razón, es una norma dependiente que presupone la validez de una norma

⁵ Cfr. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Franz Deuticke, Wien, 1960, p. 275.

⁶ Según Regelsberger, *op. cit.*, p. 110, la fórmula no está de acuerdo con su significado prístino, sino sólo substancialmente de acuerdo con él. "La nueva norma jurídica puede revocar la norma hasta ahora existente en todo o en parte; su contenido puede estar limitado únicamente a la revocación, o puede regular los mismos hechos de una manera diferente. En el último caso, no es necesaria una revocación expresa, puesto que ambas normas no pueden ser aplicadas conjuntamente." Sin embargo, no hay razón para suponer que una norma revoca la otra sólo porque las dos normas en conflicto no pueden ser aplicadas conjuntamente. Dado que la pregunta, cuál de las dos normas es la derogatoria y cuál la revocada, no es respondida, se sigue de ello que es necesaria una regulación positiva.

que prescribe una conducta determinada. Las dos normas en conflicto son normas independientes que pueden existir por sí mismas. Entre una norma derogatoria y una norma a ser derogada no existe conflicto, dado que por razón de la validez de la norma derogatoria la otra norma llegará a ser inválida. Si la derogación tiene ocasión en un caso de dos normas en conflicto, una de éstas, o ambas, serán inválidas y, de esta manera, la norma derogatoria también perderá su validez respecto de la norma (o normas) cuya validez revocó, pues ha realizado ya su función. Sin embargo, si se tratara de una norma derogatoria general, ella podrá continuar siendo aplicada también a otros conflictos de normas.

El principio *lex posterior derogat priori* es incorrecto también por la siguiente razón: Dado que la derogación no es un principio lógico sino la función de una norma jurídica positiva, ella no es necesariamente aplicable, sino que puede aplicarse sólo cuando está positivamente estipulada; y aun estipulada, no se aplica a todos los casos de conflictos de normas.⁷ Hemos demostrado más arriba que en casos de un conflicto entre una norma de grado superior y una de grado inferior no es la primera, sino la última, la que puede perder su validez. Si se acepta que la derogación es la función de una de las dos normas en conflicto, uno podría afirmar por analogía: *lex prior derogat posteriori*, y no *lex posterior derogat priori*. Por otra parte se ha ignorado el hecho de que por derogación ambas normas en conflicto pueden ser invalidadas, o, basados en la analogía de la fórmula *lex posterior derogat priori* (*lex prior derogat posteriori*), que la norma anterior revoque la validez de la posterior.

Un argumento podría ser esgrimido contra la afirmación de que la derogación que resuelve el conflicto entre normas, y especialmente el principio formulado en el enunciado *lex posterior derogat priori*, no es un principio lógico, sino una norma de derecho positivo, ya que se aplica a normas jurídicas. El argumento consiste en que una norma que determina la derogación, que tiene lugar cuando hay normas en conflicto recíproco, no se presenta habitualmente como una norma expresamente formulada dentro de un orden jurídico positivo. Sin embargo, esto puede explicarse por el hecho de que, a veces, el legislador omite formular expresamente mucho que él silenciosamente presupone, y presume ser muy bien entendido. Es muy posible que los principios para resolver conflictos de normas como los arriba mencionados, sean tan frecuente-

⁷ Merkl, Adolf, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1927, S. 211: "...el precepto *lex posterior derogat priori* es válido solamente como una norma de derecho positivo y no como un axioma lógico, cual es entendido habitualmente".

mente aplicados por los órganos aplicadores del derecho como principios de interpretación, que su existencia sea dada por hecho por el legislador. Así, es posible que la autoridad que establece la constitución dé por supuesto que una ley aprobada por el legislador, en conflicto con la constitución, perderá su validez; o que el legislador presuponga como autoevidente que una primera norma creada por él perderá su validez si entra en conflicto con una norma posterior; o que el legislador dé por hecho que, al expedir un código que contenga dos normas en conflicto, o ambas normas serán inválidas, o que la autoridad aplicadora de derecho tiene una oportunidad de escoger cuál de ellas aplicar. Si éste es el caso, los principios de derogación son normas jurídicas positivas.

En resumen, debe subrayarse con singular énfasis que lo importante de todo lo anterior en la teoría jurídica es: que los principios de derogación no son principios lógicos, y que los conflictos entre normas permanecen sin solución en ausencia de normas derogatorias expresamente estipuladas o presupuestas silenciosamente, y que la ciencia del derecho es tan incompetente para resolver por interpretación los conflictos existentes entre normas, o mejor, para revocar la validez de normas positivas, como lo es para crear normas jurídicas.

Traducción del original en inglés por
Alfonso Ortiz