

LA INEFICACIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN LA *TEORÍA PURA DEL DERECHO*

Raúl Calvo Soler*

Resumen

En el presente artículo se analiza un elemento importante de la *Teoría Pura del Derecho*; el desuso de las normas jurídicas. Aunque históricamente este tema ocupó un segundo lugar en los estudios referidos a la obra de Hans Kelsen, no hay que olvidar que el único proceso de eliminación de normas jurídicas que el autor vienés consideraba propio de todo sistema jurídico era precisamente la desuetudo. En este artículo se presentan dos discusiones: (a) la referida al concepto de ineficacia y (b) la vinculada con la caracterización del desuso como un conflicto o como un proceso de sucesión de normas jurídicas. Finalmente se consideran las soluciones que a este problema han planteado autores como Ricardo Guibourg y Joseph Raz.

Abstract

In this article an important element of the *Pure Theory of Law* is analyzed: the disuse of legal rules. Although in a historical way this subject has occupied a second place in the studies of the work of Hans Kelsen, we can not forget that the author regarded the disuse as the only process of legal rules elimination typical of every legal system. In this article two arguments are presented; (a) the first one related to the concept of inefficiency and (b) the second one linked to the characterization of the disuse as a conflict or like a succession process of rules. Finally, I consider the solutions that authors like Ricardo Guibourg and Joseph Raz have brought up to this problem.

Introducción

La comprensión del argumento kelseniano del problema de la eliminación de normas en la *Teoría Pura del Derecho* gira en torno a dos premisas fundamentales que están íntimamente ligadas entre sí. La pri-

* Universidad de Girona.

mera de estas premisas es que Kelsen, cuando en 1960 escribe la *Teoría Pura del Derecho*, no dispone de una idea clara y precisa de lo que quiere decir derogar normas, y no será hasta 1962¹ cuando desarrolle de forma más completa este aspecto de su teoría. Una consecuencia primordial de esta premisa es que alguna de las aseveraciones presentadas por el autor vienen en dicha obra, así como en otras anteriores, serán obviadas e incluso contradichas dos años después.

La segunda de las premisas, que viene claramente condicionada por la primera, es la noción que Kelsen presenta del concepto de derogación. En este sentido, cabe destacar a su vez dos ideas fundamentales que están implícitas en su teoría: por un lado, el autor utiliza indistintamente los términos de eliminación y de derogación de normas jurídicas para referirse a todo supuesto que signifique el egreso de una norma del sistema. Por lo tanto, derogar y eliminar son términos sinónimos. Y, por el otro lado, la derogación en la *Teoría Pura del Derecho* y, por ende, la eliminación de una norma jurídica requiere necesariamente de la concurrencia de otra norma. Cualquier procedimiento de eliminación de normas viene precedido por un acto de creación de una segunda norma, con lo que a todo egreso de una norma del sistema le corresponde el ingreso de otra.

Esta reconstrucción del pensamiento kelseniano constituye la clave para comprender su argumentación sobre la institución objeto de estudio; la desuetudo o costumbre negativa.

La desuetudo es un procedimiento de eliminación de normas jurídicas, es decir, un procedimiento derogatorio (1ª premisa) que se caracteriza por producir una norma (2ª premisa) a través de la costumbre, en virtud de la cual se elimina otra norma del sistema al producirse una contradicción entre ambas.

En lo que sigue analizaré la costumbre negativa desde esta doble perspectiva: desde el análisis del acto consuetudinario creador de normas y desde el proceso de eliminación de una norma del sistema jurídico. A los efectos de evitar sucesivas reiteraciones denominaré *norma en desuso* a la norma que egresa del sistema y *norma en uso* a la norma que ingresa.

¹ Es en esta fecha cuando se publica su artículo "Derogation" en *Essays in Jurisprudence in Honour of Roscoe Pound*; Bobb's Merrill Co. Citado por la reimpresión del mismo artículo en O. Weinberger (selected), *Essays in legal and moral philosophy*; D. Reidel Publishing Company, Dordrecht-Boston, 1973. Chapter XIII.

El objetivo de este trabajo es concretar qué tipo de relación se da entre la norma en desuso y la norma en uso y a partir de ello mostrar cómo se desarrolla este proceso de eliminación de normas.

1. La norma en desuso; la relación entre validez y eficacia

La desuetudo es la manifestación más importante, en el contexto de la *Teoría Pura del Derecho*, de la relación entre la validez, como forma de existencia de las normas, y la eficacia, como forma de mantenimiento de la existencia.² Kelsen a lo largo de su extensa obra reitera la necesidad de distinguir entre el ámbito del “deber ser” y el ámbito del “ser”. Ahora bien, esta dualidad se trunca en dos puntos concretos: en primer lugar, las propias normas, cuya forma de existencia específica es el “deber ser”, son el resultado de un acto, esto es, de un elemento perteneciente al ámbito del “ser”.³ Y, en segundo lugar, si bien la existencia específica de una norma es su validez, la posibilidad de que la norma siga existiendo pasa necesariamente por un segundo requisito: que la norma devenga eficaz y que mantenga dicha eficacia. Dicho requisito se define a partir de un hecho o conjunto de hechos, que como tales pertenecen al ámbito del “ser”. Precisamente, los supuestos en los que cabe predicar la eliminación de una norma del sistema por desuetudo son aquellos en los que se produce una falta de eficacia de la norma. Esta situación puede generarse en dos casos: en primer lugar, cuando siendo válida una norma nunca deviene eficaz y en segundo lugar, cuando habiéndolo sido deviene ineficaz.

En resumen, la desuetudo o costumbre negativa es la manifestación, en la obra del autor vienés, de la exigencia de la eficacia para el mantenimiento de la existencia de las normas. Ahora bien, si esto es así, entonces la comprensión de esta institución pasa necesariamente por el análisis del concepto de eficacia.

² En lo que sigue utilizaré el concepto de existencia de normas como sinónimo de pertenencia al sistema. Paralelamente entenderé por ‘eliminación’ de una norma el egreso de la misma de un sistema.

³ Cfr. E. Bulygin, “Tiempo y validez” en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 195 y ss.

La eficacia de una norma, según Kelsen, se concreta en una doble y disyunta condición: una norma es eficaz si, y sólo si, dadas las condiciones de aplicación de la misma, o bien es acatada por los sujetos sometidos al orden jurídico o bien los órganos jurídicos aplican la sanción que es parte de dicha norma.⁴ En términos lógicos, la eficacia vendría definida por una disyunción; ' $p \vee q$ ' en donde ' p ' significa acatamiento y ' q ' aplicación de la sanción. Esta disyunción tiene carácter incluyente, esto es, el caso en que las normas fuesen acatadas por la generalidad de individuos y aplicadas en los supuestos en que se de la condición de aplicación de la sanción también sería un supuesto de eficacia de las normas.

La norma en desuso se caracteriza precisamente por ser una norma no eficaz y dado que, como hemos visto en el párrafo anterior, la eficacia se define por la conexión disyuntiva entre dos condiciones, la negación de la eficacia equivale lógicamente a la conjunción de sus elementos negados, esto es, una norma es ineficaz si, y sólo si, dadas las condiciones de aplicación de la misma esta no es acatada y tampoco es aplicada la sanción prescrita; ' $\neg p \wedge \neg q$ '.⁵

En este sentido, la norma en desuso es una norma respecto a la cual los sujetos sometidos no realizan los comportamientos mediante los cuales se evita la sanción, es decir, no es acatada, y tampoco genera dicho incumplimiento la aplicación de una sanción por parte de los órganos jurídicos. La concurrencia de cualquiera de estos dos elementos de forma individual no permitiría considerar a la norma como ineficaz.

⁴ Muestra evidente de que Kelsen entiende la eficacia de la norma como un enunciado disyuntivo es que afirma expresamente, para el supuesto en que no se diera aplicación de sanción alguna que: [...] *Entonces, la eficacia de la norma jurídica se limitaría a su acatamiento* [...] Si Kelsen hubiera pensado la eficacia en término de conjunción evidentemente este supuesto de acatamiento pero no aplicación de sanción sería necesariamente un caso de ineficacia de la norma. Véase H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México, 1986, p. 25 (Vernengo).

⁵ Esta equivalencia es una aplicación de una de las leyes de De Morgan:

1 $\neg(\neg p \vee p \rightarrow s)$

2 $p \wedge \neg(p \rightarrow s)$ LM Ed. 1

3 $p \wedge p \rightarrow s$ NC 3

4 $p \wedge \neg s$

2. La Norma en Uso: la costumbre

La segunda de las normas a las que hacía referencia anteriormente es la “norma en uso”. La característica primordial de esta norma es su condición de norma consuetudinaria. En este sentido, lo primero que analizaré es la noción de “costumbre” en la teoría de Kelsen.

La creación de una norma consuetudinaria tiene dos momentos que se dan de forma sucesiva en el tiempo. En un primer momento, nos encontramos ante una regularidad de comportamiento por parte de una comunidad; *para todo supuesto “x” en un espacio “y” un conjunto de individuos se comportan de idéntica forma*. Estas conductas no pueden ser vistas cómo normativas, porque el sentido subjetivo de dicho acto no es interpretado como un ‘deber ser’. Sin embargo, con el paso del tiempo, los individuos de esa comunidad asumen dicho comportamiento, ahora sí, como respuesta a una conducta supuestamente prescrita, es decir, el sentido subjetivo del acto que los individuos realizan asiduamente es un “deber ser”. Este elemento es la denominada *opinio necessitatis* u *opinio iuris*, que Kelsen describe así:

“[...] Se supone que la *opinio necessitatis* constituye un elemento esencial del hecho consuetudinario. Ello significa que los actos constitutivos de la costumbre tienen que producirse bajo la idea que deben efectuarse [...]”⁶

Pero, cabe recordar que para Kelsen no basta esta consideración para afirmar la existencia de una norma, de lo contrario, las órdenes de la banda de ladrones también serían normas jurídicas. Es necesario, por tanto, que se produzca una coincidencia entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo del acto, esto es, que pueda interpretarse objetivamente ese comportamiento reiterado como conforme a una norma válida.

Para cumplimentar esta exigencia, el autor vienés entiende que sólo es posible tal interpretación en la medida que exista en el ordenamiento otra norma que faculte a ciertos órganos para la creación de normas consuetudinarias. O lo que es lo mismo, Kelsen va a exigirle a dicha norma su inclusión en una cadena de validez. Ahora bien, ¿qué norma puede conceder este facultamiento? En la *Teoría pura del Derecho* se

⁶ Cfr. H. Kelsen, *op. cit.*, p. 236.

presentan dos posibilidades: la primera hace referencia al facultamiento por parte de la constitución en sentido jurídico-positivo, esto es, la también denominada, primera constitución histórica en el ámbito de la cadena de validez. Pero es posible que esta primera constitución no diga nada sobre dicho facultamiento. En estos casos es importante recordar que la primera constitución histórica se produce por vía consuetudinaria. Si esto es así, y esta sería la segunda posibilidad, es la constitución en sentido lógico-jurídico la que faculta a la costumbre como procedimiento creador de normas. Este facultamiento es, en palabras del propio Kelsen, un “*petitio principii*”.⁷

La consecuencia más importante de esta afirmación es que la costumbre tiene carácter universal, es decir, dado que todo sistema jurídico presupone una norma fundamental y dado que ésta contiene siempre un facultamiento para la creación de normas consuetudinarias, todo sistema jurídico contiene necesariamente el facultamiento para la creación de este tipo de normas.⁸

2.1. La conducta regulada en la norma en uso

Una de las cuestiones importantes referidas a la norma en uso es la pregunta acerca de ¿qué tipo de comportamiento realizan los sujetos normativos de forma reiterada? o lo que es lo mismo, ¿qué conducta viene regulada por la norma en uso?⁹ Kelsen nunca se pronunció de forma expresa sobre ésta pregunta, lo que resulta sorprendente dada la trascendencia que tiene la misma para la comprensión de la desuetudo. Para poder contestar a este interrogante creo que es necesario indagar un poco más acerca de cómo presenta el autor vienes la noción de norma en uso.

La primera constatación que parece importante realizar es que en la *Teoría Pura del Derecho* no cabe la existencia de normas que no regulen conductas humanas. En este sentido, el autor indica que ... “*Norma*”

⁷ Cfr. H. Kelsen, *op. cit.*, p. 235.

⁸ Cfr. Josep Aguiló Regla, “La derogación de normas en la obra de Hans Kelsen” en *Doxa*, núm. 10, Alicante, 1991. p. 223 y ss. En el mismo sentido R. Guibourg, *Derecho, sistema y realidad*; Astrea, Buenos Aires, 1986.

⁹ Las normas consuetudinarias se caracterizan por la identidad entre el comportamiento reiterado realizado por los sujetos normativos y la conducta regulada por la norma consuetudinaria.

*es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento...*¹⁰ Si esto es así, la norma en uso al igual que la norma en desuso regulan, por definición, conductas o comportamientos humanos.

La segunda de las aseveraciones referidas a la norma en uso es la que versa sobre su función: para Kelsen la función esencial de la norma en uso es la de eliminar la validez de una norma existente, esto es, de la norma en desuso.¹¹ En este sentido, dado que para el autor “eliminar” y “derogar” son conceptos sinónimos hay que concluir diciendo que la norma en uso es una norma derogatoria.

Aquí se plantea un problema. Kelsen define de forma expresa a las normas derogatorias como normas dependientes¹² y dado que éstas no son normas en el mismo sentido que las independientes, pues en ellas no se estatuye sanción para el caso de inobservancia, esto podría significar que la norma en uso no es una norma sino parte de otra norma. Por lo tanto caben dos opciones: la norma en uso es parte de otra norma o, al igual que la norma en desuso, es también una norma.

En mi opinión, Kelsen utiliza el concepto de derogación de forma ambigua; por un lado, pretende referirse mediante este concepto a las normas que tienen como función esencial la eliminación de otra norma del sistema pero que además tienen otras funciones: regular ciertas conductas. Este sería el caso de la norma en uso. Pero, por el otro lado, también denomina normas derogatorias a aquéllas cuya única función es la revocación de la validez de otra norma. Creo que es en este sentido que Kelsen habla de las normas derogatorias como normas no independientes. Esta ambigüedad es una consecuencia directa de la no distinción entre derogación y eliminación de normas. Por cierto, este problema se pone de manifiesto si comparamos la definición que da Kelsen de la desuetudo en su *Teoría Pura del Derecho*, donde la califica como una costumbre negativa cuya función esencial reside en eliminar la validez de otra norma existente,¹³ y la definición que realiza en la *Teoría General del Derecho y del Estado*, donde la define como equiparable a una norma cuya única función es eliminar otra norma válida.¹⁴

¹⁰ Cfr. H. Kelsen, *op. cit.*, p. 19.

¹¹ *Ibidem*, p. 224.

¹² *Ibidem*, p. 68.

¹³ *Ibidem*, p. 224.

¹⁴ *Ibidem*, p. 140.

Sin embargo, de las dos opciones interpretativas antes señaladas creo que cabe descartar la consideración de la norma en uso como una disposición que no regula conductas (parte de otra norma) ya que esto plantearía el problema de cómo es posible que una norma que no regule conductas acabe constituyéndose a través de una regularidad de comportamientos y a través de la *opinio iuris* en una norma consuetudinaria que sí regula conductas.¹⁵ Por esta razón, en lo que sigue asumiré que el autor vienés cuando afirma que la norma en uso es una norma derogatoria lo hace en el primero de los sentidos expuestos, esto es, una norma que también regula conductas y, por tanto, no cabe calificar a la misma de norma dependiente o parte de norma.

Ninguna de las características mencionadas aporta nada acerca de cuál es la conducta regulada por la norma en uso. Quizás una vía de análisis fructífera sería plantear la pregunta desde la función propia de la desuetudo.

Como indiqué, para Kelsen, la desuetudo es la manifestación de la exigencia de la eficacia como condición de validez de la norma. Así, las dos normas se diferencian fundamentalmente en que la norma en desuso es una norma que deviene ineficaz mientras que la norma en uso es una norma que deviene eficaz. Para que esta correlación tenga sentido parece que Kelsen debería admitir la existencia de una relación necesaria entre la ineficacia de la primera norma y la eficacia de la segunda norma. Es decir, creo que el autor vienés debería conceder que la norma en desuso es ineficaz *porque* la norma en uso es eficaz. Si esto es así, parece que la conducta regulada por la norma en uso sólo puede ser una conducta que haga ineficaz a la norma en desuso. En éstos términos, resulta que un comportamiento 'x' hace ineficaz a otro comportamiento 'y' cuando ambos son contradictorios.

Dos normas¹⁶ son contradictorias, según Kelsen, en dos casos: (1) si ambas prescriben la aplicación de una sanción distinta para una misma

¹⁵ Muestra evidente de este problema es que cuando Kelsen escribe en 1962 su artículo 'Derogation' uno de los elementos distintivos respecto a la Teoría Pura es que se afirma de forma expresa que las normas derogatorias, esto es aquellas que tienen como única función la eliminación de otra norma válida no pueden ser generadas consuetudinariamente. *Cfr.* H. Kelsen, 'Derogación' en Weinberger, O (selected) *Essays in legal and moral philosophy*; Ed. D. Reidel Publishing company, Dordrecht-Boston, 1973. Chapter XIII.

¹⁶ Hay que recordar que para Kelsen no cabe predicar relaciones lógicas entre normas y por tanto es necesario reconducir, para ser coherentes con el planteamiento de este autor, la discusión al contexto de los enunciados jurídicos. Sin embargo, dado que esta consideración no es una cuestión pacífica en la doctrina y para evitar un cambio en las expresiones ajeno al objeto de este trabajo en lo sucesivo seguiré utilizando el término norma para referirme a éste supuesto.

conducta y (2) si mientras una prescribe una sanción la otra omite la misma en referencia a un única conducta. Por ejemplo, dado una norma en desuso que establezca que “Si A entonces debe ser B” la norma en uso puede ser (1) aquella que prescriba que “Si A entonces debe ser C” o (2) aquella que prescriba que “Si A entonces debe ser no B”.¹⁷

En resumen, por un lado, la conducta prescrita por la norma en uso hace referencia *exclusivamente* a la actuación de los órganos aplicadores del derecho y, por otro lado, la constatación de la ineficacia de la norma en desuso incluye tanto la ausencia de acatamiento por parte de los sujetos sometidos a dicho orden jurídico como la ausencia de aplicación de la sanción prescrita en la norma.

3. La desuetudo ¿sucesión o conflicto de normas?

Con todos los elementos mencionados hasta el momento intentaré reconstruir a continuación el proceso de la desuetudo.

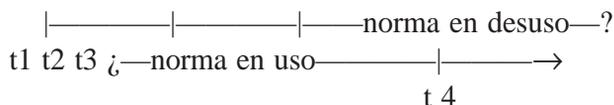
En un momento (t1) se dicta una norma válida que en un tiempo (t2) deviene eficaz, es decir, los sujetos normativos cumplen con la norma y en caso de incumplimiento ciertos órganos aplican la sanción establecida en la misma. Durante cierto tiempo (t2-t3) se produce el acatamiento y la aplicación de la sanción de forma generalizada. Aquí aparece un primer problema relacionado con la noción de “generalizada”.

Una forma de concretar el concepto de generalidad es a través de un cálculo numérico. Pero esto requiere un paso previo: la elección del porcentaje adecuado para afirmar que una norma es eficaz (las normas serán eficaces si son acatadas o aplicada su sanción en el 80% de los casos). Sin embargo, optar por un porcentaje del 80% y no del 60% puede plantear problemas a la hora de justificar dicha decisión. En líneas generales, me parece que hay dos cuestiones claras en referencia a este tema: en primer lugar, hay que distinguir entre la eficacia de una norma referida a la relación de adecuación entre un estado de cosas y

¹⁷ Es importante recordar que para Kelsen la única conducta debida es la aplicación de la sanción y no la omisión del ilícito por lo que los conflictos teleológicos no son paradójicamente un supuesto de contradicción de normas. Por lo tanto, no es el caso de una desuetudo el supuesto en que dos normas prescriban la aplicación de una sanción para conductas contradictorias: “Si A entonces debe ser B” y “Si -A entonces debe ser B”. Cfr. J. Ruiz Manero, *Jurisdicción y Normas*; Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 53.

el contenido prescrito en la norma (E1), y la eficacia de una norma referida a un período de tiempo compuesto por un conjunto sucesivo de adecuaciones o no adecuaciones de los estados de cosas al contenido de la norma (E2). En este sentido, se distingue entre la eficacia como relación (E1) y la eficacia como propiedad (E2).¹⁸ En lo que sigue, salvo que indique lo contrario, entenderé la eficacia en este segundo sentido. En segundo lugar, la eficacia como propiedad es compatible con una ausencia ocasional de la eficacia como relación. Es decir, la falta esporádica de acatamiento o de aplicación de la sanción en el contexto de las distintas condiciones de aplicación (E1), no implica la falsedad del enunciado “la norma n es eficaz (E2)”.

La característica fundamental del proceso de la costumbre negativa es, ahora conforme a la distinción entre las dos acepciones de eficacia, que el aumento de los supuestos de ineficacia como relación (E1) pone en duda su propia existencia en tanto que ineficaz como propiedad (E2). Lo que comienza siendo un incumplimiento esporádico de la norma tiende a convertirse en una práctica común por parte de los sujetos normativos, es decir, tiende a convertirse en una ausencia de eficacia (E2). Así, este período de tiempo que desde la norma en desuso puede verse como un proceso de eliminación, desde la norma en uso puede verse como un proceso de creación. Se puede representar esta idea a partir del siguiente dibujo:



Esta forma de considerar el tema del desuso plantea dos problemas representados en el dibujo mediante dos signos de interrogación: en primer lugar, ¿cuándo se crea la norma en uso? y en segundo lugar, ¿cuándo se elimina la norma en desuso? La relevancia de estas cuestiones estriba en saber cómo entiende Kelsen el desuso: el desuso es un conflicto de normas o es un problema de sucesión de normas. Si se pretende sostener la existencia de un conflicto entre ambas normas, el momento de creación de la norma en uso ha de ser un momento anterior al de eliminación de la norma en desuso, de lo contrario no existi-

¹⁸ Cfr. P.E. Navarro, *La eficacia del Derecho*; Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 59 y ss.

ría en el sistema momento alguno en que ambas normas perteneciesen a él y, por tanto, no sería posible afirmar que existe dicho conflicto. Pero, si la desuetudo es un proceso de sucesión de normas, hay que convenir que no existe momento alguno en que ambas normas pertenezcan al sistema. Además, si la desuetudo tiene éxito, concurrirá un momento (t₄) a partir del cuál la norma en uso será generalmente acatada y aplicada. Sin embargo, si no tiene éxito, no se producirá el ingreso de la norma en uso en el sistema y, por tanto, el proceso sólo podrá ser analizado como un *lapsus* en el que la ineficacia (E1) de la norma no ha afectado a su existencia, es decir, a su eficacia como propiedad (E2).

La única afirmación expresa de Kelsen sobre la cuestión del inicio o de la eliminación de ambas normas es que

“[...] tan pronto como una consideración sociológica del comportamiento real de los órganos jurisdiccionales nos autoriza a creer que en lo futuro probablemente no aplicarán un precepto legal, la jurisprudencia normativa se encuentra forzada a reconocer que la desuetudo ha privado a la ley de su validez y que, por consiguiente, los tribunales no están obligados a aplicarla [...]”¹⁹

Ahora bien, dicha consideración sociológica plantea una pluralidad de cuestiones sobre las que el autor vienés no se pronunció expresamente: ¿qué es?, ¿cuándo es posible efectuarla?, ¿porqué es necesaria en el ámbito de la desuetudo y no en el ámbito de cualquier otro proceso consuetudinario? Veamos con mayor detalle cada una de estas cuestiones.

La primera de las cuestiones es: ¿qué es la consideración sociológica? A mi modo de ver, en el ámbito de la *Teoría Pura del Derecho* dicha consideración es un análisis descriptivo del comportamiento real de los sujetos normativos, el cual concluye con la presentación ante la jurisprudencia normativa de un porcentaje de eficacia o ineficacia de la norma objeto del estudio. En este sentido, simplemente se indicaría, por ejemplo, que en un momento (t_n) el 80% de los jueces, en lo que interesa para la desuetudo, aplican la norma en uso, mientras que un 20% de los jueces aplican la norma en desuso.

¹⁹ H. Kelsen, *op. cit.*, p. 206.

Sin embargo, esta consideración *per se* nada dice acerca de si la norma en desuso ha sido eliminada o no del sistema, pues para ello es necesario, como indiqué anteriormente, que desde la Teoría jurídica se tome una decisión acerca de cuál es el porcentaje necesario para eliminar una norma del sistema. O lo que es lo mismo, cuál es el porcentaje de ineficacias (E1) necesario para constatar que la norma en desuso es ineficaz (E2) y por tanto que ha sido eliminada del sistema. Precisamente, este es un tema sobre el que Kelsen nunca se pronunció, por lo que si bien es cierto, como dice en la cita, que a partir de dicha consideración sociológica la jurisprudencia normativa se ve obligada a admitir que probablemente nunca más se aplicará la norma en desuso, esto sólo tiene sentido desde el momento en que se halla considerado previamente cuál es dicho criterio.

La segunda de las cuestiones que se plantean hace referencia al momento en que se efectúa dicha consideración sociológica. Si la predicción se efectúa desde un momento más próximo a t3 que a t4 entonces parece que hay que convenir que el comportamiento de los órganos jurisdiccionales es la aplicación de la norma en desuso. Cualquier consideración sociológica respecto a éste no permitirá considerar que en el futuro vaya a ser modificado; las conductas contrarias a la norma se ven simplemente como supuestos esporádicos de ineficacia (E1). En la medida en que se efectúe la pregunta desde un tiempo más alejado de t3 y por tanto más próximo a t4, mayor diferencia reflejará el porcentaje de aplicación de la norma en uso frente al de aplicación de la norma en desuso.

Sin embargo, esto tampoco dice nada. En contra de lo que parece pensar Kelsen acerca de cuándo hemos de entender que la norma en desuso ha sido eliminada del sistema, porque volvemos a plantearnos el problema de la elección de la porcentualidad de ineficacia necesaria.

Posiblemente una forma de interpretar la cita del autor vienés es presuponer que éste estaba pensando el problema en términos de “generalidad”. Pero si esto es así, entonces la consideración sociológica por él pretendida debe encontrarse en el momento t4 o en un momento ciertamente próximo a éste, y esto porque es en este *lapsus* de tiempo cuándo cabe constatar que la generalidad de jueces han dejado de aplicar la norma en desuso.

Un problema paralelo al anterior, es que Kelsen no contesta a la pregunta de cuándo cabe considerar que la norma en uso ha ingresado en

el sistema. Una solución posible sería sostener que la norma en uso ingresa cuando una consideración sociológica del comportamiento real de los órganos jurisdiccionales nos autoriza a creer que en lo futuro probablemente se aplicará la norma en uso, es decir, analizarlo de forma paralela al problema del egreso de la norma en desuso. Pero, a mi entender, con esta consideración no estamos hablando ya de dos momentos distintos sino sólo de un momento porque, dado que la conducta objeto de la norma en uso es la que hace ineficaz a la conducta en desuso, precisamente sólo se puede pensar que en el futuro no se aplicará la norma en desuso cuando se pueda pensar que se aplicará la norma en uso.²⁰ Esto conduce a analizar el problema no como un conflicto de normas sino como una sucesión de normas; en el *lapsus* temporal comprendido entre t3-t4 se genera un proceso de pérdida sucesiva de eficacia por parte de la norma en desuso que concluye con la inclusión en el sistema de la norma en uso y la consecuente eliminación de la primera, sin que en ningún momento pertenezcan ambas al mismo sistema.

La tercera y última de las cuestiones respecto a la consideración sociológica hace referencia a porqué Kelsen incluye dicho elemento en el procedimiento de la desuetudo, que es en definitiva un procedimiento consuetudinario y, sin embargo, no lo refiere en los casos de creación de otras normas del mismo tipo. Para contestar a ésta pregunta me parece importante analizar qué ocurre con las sentencias en relación con la creación de una norma consuetudinaria.

Kelsen afirma que la función de las normas individuales en referencia a la creación de normas consuetudinarias es idéntica a la referida a las normas escritas: en ambos casos las sentencias tienen carácter constitutivo. El autor vienés indica a este respecto que el acto de aplicación de la norma consuetudinaria, esto es la sentencia, y el acto de creación de dicha norma, esto es la práctica reiterada más la *opinio iuris*, son distintos. Un juez al dictar sentencia respecto a la aplicación de una norma consuetudinaria lo que hace es constatar la concurrencia o no de dicha reiteración de comportamientos, es decir, comprobar la efectiva consecución del procedimiento de creación de la norma.

²⁰ En este sentido, a mi modo de ver, resulta paradójico sostener una interpretación constitutiva de la predicción y a la vez pretender que la desuetudo es un conflicto entre dos normas. Véase por ejemplo R. Guibourg, *op. cit.*

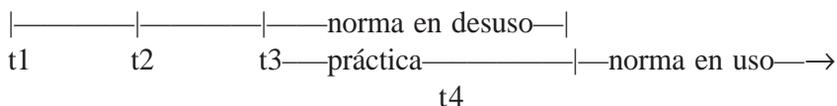
Pero, el problema que se plantea en el ámbito de la desuetudo, tal y como Kelsen la presenta, es que la conducta reiterada es la aplicación de la sanción en normas individuales, es decir, es la propia actuación aplicadora del juez la que genera la costumbre por lo que el acto de creación y el de aplicación son un mismo acto con dos efectos. Ante esta situación creo que Kelsen admitiría la distinción entre: sentencias que son elementos de la práctica reiterada y sentencias que versan acerca de si se ha constituido o no la norma consuetudinaria, esto es, la norma en uso. Es precisamente respecto a éstas últimas que la consideración sociológica aporta los datos referidos al porcentaje de aplicación de cada una de las normas.

Ricardo Guibourg reflexionando sobre el mismo tema dice:

[...] una norma cae en desuso en el mismo momento en que es aplicada por última vez, y que la norma consuetudinaria empieza a regir en el instante en que se dicta la última resolución que no la toma en cuenta. Lo que ocurre es que no advertimos el desuso de una ni el nacimiento de la otra porque ignoramos el futuro y sólo podemos hacer previsiones fundadas en criterios generales [...]”²¹”

Por lo tanto parece que el autor argentino también sostiene que el único momento en que cabe establecer la eliminación de una norma y la creación de la otra es t4. En este sentido, Guibourg parece admitir que no nos hallamos frente a un supuesto de conflicto de normas sino de sucesión de normas: ambos momentos coinciden en el tiempo.

Desde la interpretación de la costumbre negativa como un proceso de sucesión de normas cabe afirmar que en el período t3-t4 concurren una norma y una práctica reiterada contraria a la misma. Se puede volver a representar esta idea de la siguiente forma:

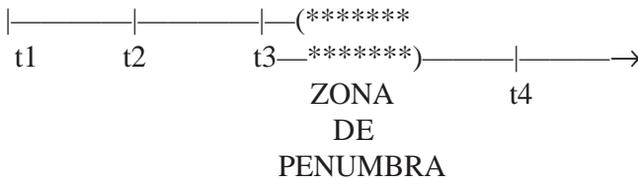


Ahora bien, esta interpretación del momento de eliminación de la norma en desuso efectuada por el autor argentino plantea, a mi modo

²¹ R. Guigourg, *Ibidem*, p. 39.

de ver, problemas importantes. Si la eficacia (E2) es compatible con el no acatamiento y no aplicación de la sanción esporádicos (E1), ¿porqué hay que suponer que en caso de que se vuelva a aplicar la norma en desuso en un momento anterior a t4 o incluso posterior a éste, significa que la norma en desuso no ha sido eliminada? ¿No podría ser analizado este supuesto como una cuestión de ineficacia (E1) esporádica de la norma en uso que en nada afecta a una consideración general respecto a su eficacia (E2)? En algún sentido la posición de Guibourg es mucho más fuerte que la de Kelsen, pues el autor vienés nada dice acerca de aplicaciones esporádicas en el futuro, las cuales pueden ser perfectamente compatibles con una pertenencia al sistema de la norma en uso. Ante los problemas que plantea la propuesta del desuso como una sucesión de normas exploraré la posibilidad de considerarlo en términos de un conflicto de normas.

Para analizar este problema comenzaré por cuestionar: ¿qué pasa en el período de tiempo que está tan alejado de t3 cómo de t4?. En lo que sigue denominaré a este período de tiempo, “zona de penumbra”.



La zona de penumbra sería aquél período de tiempo, más o menos largo, en el cual se da un acatamiento y aplicación de la sanción equiparable en cuanto a su eficacia (E2) a la práctica social contraria a la misma.

Creo que para Kelsen, a diferencia de lo que pudiese parecer al constituir los momentos de ingreso y egreso, la zona de penumbra se caracterizaría por ser el único período de tiempo en el que las dos normas contradictorias pertenecen al mismo sistema. En este sentido lo que se produce es un conflicto de normas.

Sin embargo, para considerar este supuesto como un caso de conflicto normativo Kelsen debería conceder dos cosas: primero que la norma en desuso a pesar de ser ineficaz no lo es en un grado tal como para ser eliminada del sistema y segundo que la norma en uso aunque no es

generalmente eficaz lo es en un grado suficiente como para admitir su ingreso en el sistema.

Pero, interpretar la costumbre negativa como un proceso de conflicto de normas plantea a su vez serios problemas.

En primer lugar, Kelsen tendría que admitir que no existe diferencia alguna entre la desuetudo y la denominada costumbre positiva o conflicto de normas. El autor vienés presenta la costumbre positiva como un conflicto de normas que se resuelve en base a una aplicación del principio²² de *lex posterior*. Al configurar la desuetudo como un supuesto de conflicto entre normas entonces también tiene que admitir que en definitiva la resolución del conflicto en la zona de penumbra debe resolverse en base al mismo criterio. Precisamente esto es lo que parece estar haciendo cuando afirma:

“[...] Este principio también recibe aplicación cuando las normas que se encuentran recíprocamente en conflicto han sido dictadas por dos órganos diferentes; [...] o cuando se instauran a la legislación y la costumbre como hechos productores de derecho [...]”²³”

Si esto es así, entonces la resolución de la zona de penumbra se produce en el momento en que cabe aplicar la regla de derogación *lex posterior*.

Ahora bien, admitir que el desuetudo se resuelve siempre de esta forma implica sostener que nos encontramos ante un principio inmanente a todo sistema por la sencilla razón de que la desuetudo, como Kelsen indica, es un proceso universal de eliminación de normas. Sin embargo, Kelsen no parece definirse en este aspecto en la *Teoría Pura del Derecho* y en él es posible encontrar argumentos para sostener el carácter contingente del criterio así como el carácter no contingente del mismo.²⁴

Quizás una forma de salvar la imposibilidad de distinguir entre la costumbre positiva y la costumbre negativa sería entender ambas como

²² Para un análisis del problema de la regla derogatoria en la obra de H. Kelsen véase S. Paulson, “On the Status of the *lex posterior* Derogating Rule” en Tur & Twining (eds.) *Essays on Kelsen*; Clarendon Press, Oxford. 1986.

²³ Cfr. H. Kelsen, *op. cit.*, p. 215.

²⁴ Véase S. Paulson, *op. cit.*

dos funciones propias de la costumbre en general. Es decir, la aparición de toda norma consuetudinaria puede implicar siempre un aspecto positivo, su función de creación de derecho, y un aspecto negativo, su función de eliminación de derecho, que no pueden ser considerados en ningún caso como supuestos distintos de eliminación de normas.

En segundo lugar, al plantear la desuetud como un conflicto de normas sigue subsistiendo el problema de establecer cuándo ingresa una norma y cuándo egresa la otra.

Joseph Raz ha planteado dos críticas a la desuetud como conflicto de normas que creo pueden formularse de la siguiente forma: primera crítica, la norma en uso no puede ser calificada como norma originaria ni como norma derivada, categorías estas que incluyen a la totalidad de las normas, por lo tanto hay que poner en duda que la costumbre negativa pueda ser considerada creadora de normas en el mismo sentido que la costumbre positiva. Y, segunda crítica, la desuetud no es una costumbre porque adolece de la falta de *opinio iuris*.

Veamos con mayor detalle estas dos críticas.

a) *La primera crítica*

Para esta crítica Raz parte de la distinción entre normas originarias y normas derivadas.²⁵ Las primeras son todas aquéllas cuyo fundamento de validez, no depende de otra norma “superior”. Así, norma originaria sólo puede ser la primera constitución en sentido lógico-jurídico, es decir, la norma fundamental, con lo que queda excluida de tal calificación la norma en uso.

Las normas derivadas, por el contrario, son aquéllas cuyo fundamento de validez depende de otra norma “superior”, la cual autoriza a un órgano determinado para crear la norma sobre cuya validez nos estamos cuestionando.

El argumento del autor inglés para negar que la norma en uso sea una norma derivada parte de la premisa de que, a diferencia de la costumbre positiva, la costumbre negativa

“[...] extingue las disposiciones jurídicas, aun si no existe ninguna norma en el sistema que la autorice como un procedimiento creador de normas [...]”²⁶

²⁵ Por cierto, que dicha distinción, en lo referente a los términos, es totalmente ajena a la *Teoría Pura del Derecho* dado que Kelsen no la utiliza.

En resumen, parece pensar Raz, si la norma en uso no es ni una norma originaria ni una norma derivada, sólo caben dos posibilidades; o bien la desuetudo genera la eliminación de la norma en desuso sin la creación de la norma en uso, o bien existe un procedimiento de creación de la norma en uso diferente al consuetudinario y Kelsen no supo explicarlo.

La afirmación de que la costumbre negativa no requiere de una norma de facultamiento o norma creadora de normas entiendo que no es una aseveración que pueda atribuirse a Kelsen ni explícita ni implícitamente.

Creo que la argumentación del autor vienés puede desglosarse en los siguientes puntos. En primer lugar, no hay lugar a dudas que Kelsen concibe la desuetudo como un procedimiento creador de normas y en este sentido afirma

“[...] 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[...]”²⁷

En segundo lugar, este procedimiento, como puede leerse en la misma cita, es el procedimiento consuetudinario; la costumbre. Es en este sentido, que Kelsen se refiere a la costumbre en general como procedimiento que engloba tanto la costumbre negativa como la costumbre positiva.

Por lo tanto, ambos tipos de costumbre tienen un mismo procedimiento creador de norma, el que el autor describe en su obra.

En tercer lugar, en mi opinión, y como expresé anteriormente, no hay diferencia entre la costumbre positiva y la costumbre negativa pues ambas son procesos de conflicto de normas.

En cuarto lugar, la costumbre en general, entiendo que como cualquier otro procedimiento creador de normas, requiere necesariamente de una norma de facultamiento, pues es esta exigencia la que permite la inclusión de cualquier norma en la cadena de validez, es decir, la

²⁶ Cfr. J. Raz, *El concepto de sistema jurídico*, UNAM, México, 1986, (trad. Tamayo), p. 87.

²⁷ H. Kelsen, *op. cit.*, p. 224.

posibilidad de otorgarle el sentido objetivo de un deber ser. Afirmar lo contrario es pretender que en el ámbito de la *Teoría Pura del Derecho* cabe la existencia de normas al margen de la norma fundamental, cuya validez se presupone.

En quinto lugar, lo que hace diferente a la costumbre respecto a cualquier otro procedimiento creador de normas es que la norma facultadora es, tanto si la primera constitución histórica la faculta expresamente como si no lo hace, la norma fundante básica. No es lo mismo afirmar, como hace Raz, que la primera constitución en sentido lógico-jurídico puede o no facultar a la costumbre como un procedimiento creador de normas, que afirmar, como creo que lo entiende Kelsen, que el facultamiento por parte de la norma fundante básica es un *petitio principii* que supone [...] 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 [...]”²⁸

En sexto y último lugar, si esto es así, la norma en uso puede ser calificada de norma derivada cuya norma facultadora es la propia norma fundante básica. Y por lo tanto, no cabe negarle el carácter de norma ni su condición de consuetudinaria.

b) *La segunda crítica*

Raz presenta el problema de la siguiente forma; “[...] la desviación de una costumbre es ilícito pero ¿es ilícita la decisión de un tribunal de aplicar una norma que ha sido abrogada por costumbre negativa? [...]” Y suponiendo la contestación negativa afirma que “[...] Esto sugiere que la costumbre negativa no es costumbre en absoluto [...]”²⁹

A mi entender, hay que indicar dos cosas: la primera, parece que si admitimos la descripción anteriormente efectuada habrá que convenir que en la zona de penumbra un grupo importante de órganos aplicadores del derecho considera que hay una nueva norma en el sistema que ha eliminado a la anterior. Es más, si la desuetudo tiene éxito entonces a medida que nos acercamos al punto t4 esta *opinio iuris* se va ampliando en la medida que se amplía el grupo de órganos que aplican la norma en uso.

²⁸ Cfr. H. Kelsen, *op. cit.*, p. 236.

²⁹ J. Raz, *op. cit.*, p. 87.

En este sentido, la *opinio iuris* sería la creencia por parte de los jueces de que existe una nueva norma en el sistema (norma en uso) que tienen la obligación de aplicar y que ha eliminado a la norma en desuso del mismo.

La segunda cuestión que se ha de resaltar, es que la pregunta que efectúa Raz sólo tiene sentido en el ámbito de la zona de penumbra. Como dije, cuanto más nos acerquemos a t_3 más difícil será sostener que la norma en desuso ha sido eliminada del sistema.

Pero, esta cuestión creo que lo único que demostraría no es la inexistencia de la norma en desuso sino que efectivamente se ha producido un conflicto entre dos normas dentro de dicha zona. Contestar a la cuestión acerca de la licitud o no de dicha aplicación dependerá simplemente de que el proceso de desuso tenga éxito o no.

Si tiene éxito y surge una nueva norma entonces habrá que convenir en que la aplicación de la norma en desuso es una aplicación ilícita, dado que se está aplicando una norma que no pertenece ya al sistema. Si por el contrario el proceso de desuetudo no tiene éxito entonces se dirá que dado que en ningún momento la norma en desuso fue eliminada del sistema la aplicación que ha realizado este juez es lícita.

Conclusiones

1. Para Kelsen todo proceso de eliminación de normas viene precedido por un acto de creación.
2. Si esto es así no es posible concebir una forma de eliminación que se produzca por un abandono de la norma.
3. Eliminación y derogación son conceptos sinónimos.
4. La desuetudo es un proceso de eliminación de una norma en desuso, es decir, una norma que deviene ineficaz, y una norma en uso, esto es, una norma derogatoria de carácter consuetudinario.
5. Caben dos formas de interpretar el proceso de la desuetudo en Kelsen: o bien se entiende como un proceso de sucesión de normas, o bien se entiende como un proceso de conflicto de normas.
6. Como sucesión de normas, la norma en desuso y la norma en uso no pertenecen nunca a un mismo sistema, sino que se suceden en el tiempo: la eliminación de la primera implica el ingreso de la segunda.

7. Como conflicto de normas, ambas pertenecen al mismo sistema en un mismo momento, que denomino 'zona de penumbra'.
8. Frente a estas dos posiciones el propio Kelsen parece decantarse hacia la segunda.
9. Si la desuetudo es un conflicto de normas entonces no es posible distinguirla de la costumbre positiva y la resolución de cualquier controversia debe efectuarse a través de la regla de derogación *lex posterior*.
10. Sea cual sea la interpretación de la desuetudo en Kelsen por la que optemos el problema que se plantea es ¿cómo determinar cuándo una norma egresa del sistema y cuándo la otra norma ingresa?
11. La solución que presenta Kelsen atendiendo a una consideración sociológica depende necesariamente de la elección de un criterio porcentual que nos permite determinar cuándo una norma ha sido eliminada del sistema.
12. La solución que presenta Guibourg en referencia a la última sentencia que tuvo en consideración la norma en desuso y la primera que tuvo en consideración la norma en uso, plantea el problema de que ignora la compatibilidad entre supuestos esporádicos de ineficacia como relación (E1) con la eficacia como propiedad (E2) de una norma.
13. En este sentido, quizás sea necesario plantearse si es posible la determinación de estos dos momentos o por el contrario nos encontramos ante un proceso continuo que lo imposibilita.

Fecha de recepción: 17/4/2006

Fecha de aceptación: 7/5/2007