

# LOS ENREDOS DE LA VALIDEZ: TRES DISTINCIONES PARA NO PERDERSE

Ángeles Ródenas Calatayud

Profesora de Filosofía del Derecho  
Universidad de Alicante

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Existencia convencional y validez normativa. 3. Validez regulativa y validez constitutiva. 4. Validez formal y validez material. 5. A modo de conclusión.

## 1. INTRODUCCIÓN

El primer obstáculo con el que tropezamos al adentrarnos en el problema de la validez de las normas y de los actos jurídicos, es la ausencia de un concepto suficientemente estable de validez jurídica, compartido centralmente por quienes han teorizado sobre la materia. Difícilmente podemos toparnos con un concepto jurídico más escurridizo que éste. La noción de validez jurídica no sólo parece variar en función de cuál sea el autor que la maneje, sino que en ocasiones un mismo autor puede confundirnos empleando inadvertidamente diferentes nociones de validez<sup>1</sup>. La dificultad no radica tanto en que no se maneje una noción unívoca de validez jurídica —problema éste recurrente en casi todos los conceptos jurídicos fundamentales—, sino más bien en que ni tan siquiera las diversas nociones de validez jurídica que se emplean parecen compartir un núcleo conceptual claro.

El objeto de este trabajo es dotar al lector de algunos rudimentos conceptuales básicos con los que aproximarse al problema de la validez jurídica y, a la vez, tratar de mostrar la profunda ligazón que existe entre nuestra comprensión de la naturaleza del Derecho y nuestra adopción de una noción u otra de validez jurídica. No voy a estipular ningún

concepto de validez jurídica, ni a redefinir los empleados por los autores más reputados que se han ocupado del tema. Por el contrario, voy a tomar como punto de partida las principales nociones de validez empleadas por teóricos y juristas, poniendo orden en las mismas, mostrando las relaciones de complementariedad y de oposición entre las diversas nociones, y tratando —en fin— de poner de relieve cómo la adopción de diferentes puntos de vista sobre la naturaleza del Derecho condiciona el tipo de concepción que sobre la validez jurídica se suscribe.

Mi estrategia consiste en mostrar tres distinciones, cada una de las cuales contrapone dos pares de conceptos. Se trata de la distinción entre existencia y validez normativa; entre validez regulativa y validez constitutiva, y entre validez formal y material. Estas tres distinciones permiten una aproximación al problema de la validez jurídica graduada de un mayor a menor grado de abstracción: las nociones de existencia y validez normativa serían los conceptos más amplios o abstractos y se hallarían presupuestos —de manera más o menos implícita— en las restantes nociones; por su parte, las nociones de validez regulativa y constitutiva se presentan como dos concreciones de la validez normativa y, finalmente, los conceptos

de validez formal y de validez material aparecen como las dos dimensiones fundamentales de la validez regulativa. De manera que cada par de conceptos se encontraría albergado en el interior del otro, ordenados de una forma semejante a las *matriushkas* o muñecas rusas.

## 2. EXISTENCIA CONVENCIONAL Y VALIDEZ NORMATIVA

La distinción entre la existencia y la validez normativa nos sitúa —como acabo de indicar— en el plano más abstracto de esta indagación. Una adecuada comprensión de esta distinción nos exige recalar brevemente en dos dimensiones fundamentales implicadas en la naturaleza del Derecho: su dimensión fáctica y su dimensión normativa. En nuestra percepción de “lo jurídico” coexiste una dimensión de facticidad, junto con una dimensión normativa: consideramos como jurídicas a entidades cuya existencia se funda en hechos convencionales (1); pero también llamamos Derecho a entidades que pertenecen al sistema de acuerdo con las exigencias contenidas en las normas sobre producción de resultados institucionales (2). Veamos detenidamente cada una de estas dos dimensiones del Derecho, así como su vinculación con el problema de la validez jurídica.

(1) Por un lado, el Derecho se nos presenta como un fenómeno social; esto es como una realidad que no remite a hechos naturales, sino a convenciones. La compraventa, las hipotecas o el matrimonio son hechos o realidades convencionales. La peculiaridad de las realidades convencionales radica en que, si en el mundo natural los objetos preexisten a los criterios que nos sirven para construir los juicios acerca de su existencia, en las realidades convencionales es de estos mismos criterios de los que depende la existencia del objeto. No hay compraventa, hipotecas o matrimonios independientemente de las creencias de ciertos sujetos en su existencia. Las entidades jurídicas no preexisten a

los juicios sobre su existencia, ya que juicio y objeto forman una unidad.

¿Qué creencias tienen que darse entonces para poder afirmar que existe una determinada realidad convencional? Responder a esta pregunta requiere, para empezar, reparar en algunas exigencias generales de las convenciones sociales y, posteriormente, plantearnos las principales peculiaridades que el Derecho presenta. Expresados de la manera más sintética posible, los dos rasgos distintivos de una entidad convencional serían los siguientes<sup>2</sup>: en primer lugar, la *creencia mutua* entre los miembros de una comunidad “S” en la entidad “A”. Y, en segundo lugar, que la existencia de tal creencia genera entre los miembros de “S” alguna razón para la acción que, de otra forma, no tendrían; es decir que, al menos en algunos casos, la existencia de una creencia mutua es capaz de alterar el conjunto de razones para actuar que, una vez consideradas todas las cosas, los miembros de “S” tengan.

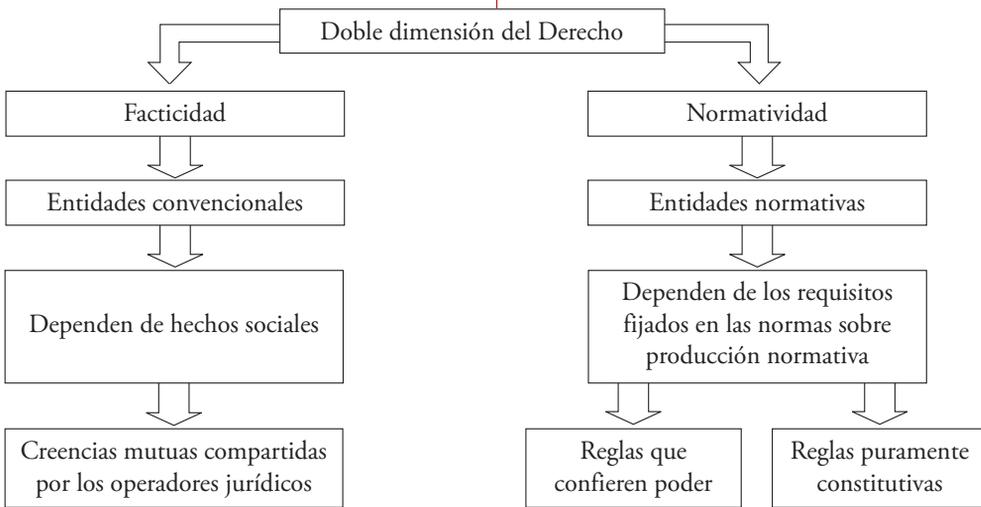
Vayamos ahora a las peculiaridades que las entidades jurídicas plantean<sup>3</sup>. Para empezar, hay que advertir que, tratándose de entidades jurídicas, la comunidad de referencia para determinar si existe o no una creencia es la integrada por los *operadores jurídicos* y que basta con que *una parte suficientemente extensa* de los operadores jurídicos suscriba tal creencia compartida. La comunidad de referencia no es, pues, toda la comunidad jurídica, sino sólo un sector lo suficientemente relevante como para que la práctica funcione. Respecto de la segunda exigencia —ésta se concretaría en que, al menos en algunos casos, la creencia en la existencia de la entidad jurídica puede formar parte del conjunto de razones que opera en el trasfondo de las resoluciones de los operadores jurídicos. Dicho en otras palabras, para que una entidad jurídica exista convencionalmente no basta con que exista una creencia compartida por parte de la comunidad de los operadores jurídicos en su existencia; además es necesario que puedan darse casos en los que tal creencia sea al menos en parte una de las razones que explique la adopción de ciertas resoluciones por parte de los operadores ju-

rídicos. En suma, sería la *creencia compartida* por una parte suficientemente extensa de los operadores jurídicos en la existencia de la entidad jurídica y su capacidad de generar una *razón para la acción*; lo que determina que entidades jurídicas como el matrimonio, las hipotecas o las sentencias existan —en este sentido convencional de *existencia* que por ahora estamos explorando—.

(2) Pero el Derecho no sólo presenta esta naturaleza factual, sino que —como ya he ad-

vertido— el Derecho constituye simultáneamente un fenómeno normativo. Difícilmente hallaremos un hecho social que descansa más claramente en las normas que el Derecho. Concretamente las normas sobre producción normativa fijan una serie de requisitos formales y sustantivos de los que depende la existencia (en sentido normativo) o validez de las entidades jurídicas.

El siguiente cuadro condensa las ideas centrales de esta distinción:



Ahora bien, esta distinción entre existencia convencional y existencia normativa de las entidades jurídicas puede parecer un tanto artificiosa. Al fin y al cabo, la noción de existencia convencional está fuertemente vinculada a la noción de validez normativa: las convenciones sociales compartidas relativas al reconocimiento como jurídicos de determinados actos son lo suficientemente estables, al menos en los sistemas jurídicos desarrollados, como para dar lugar a reglas sobre la producción normativa en las que se fijan o señalan los criterios de los que depende la existencia de las entidades jurídicas; permitiéndonos realizar prognosis bastante fiables sobre el reconocimiento o no como jurídicas de ciertas entidades. Así pues, los juicios de existencia convencional acos-

tumbran a caminar de la mano de lo que dicen las reglas.

No obstante —sin perder de vista esta importante puntualización— creo que hay buenas razones para que una concepción comprensiva de la validez jurídica no dé la espalda a la distinción entre las nociones de existencia convencional y de la validez normativa: esta distinción puede ser tremendamente útil y esclarecedora para dar cuenta de una serie de situaciones *anómalas* que de cuando en cuando se producen en el Derecho y a las que en otro trabajo me he referido como *situaciones de esquizofrenia jurídica*<sup>4</sup>.

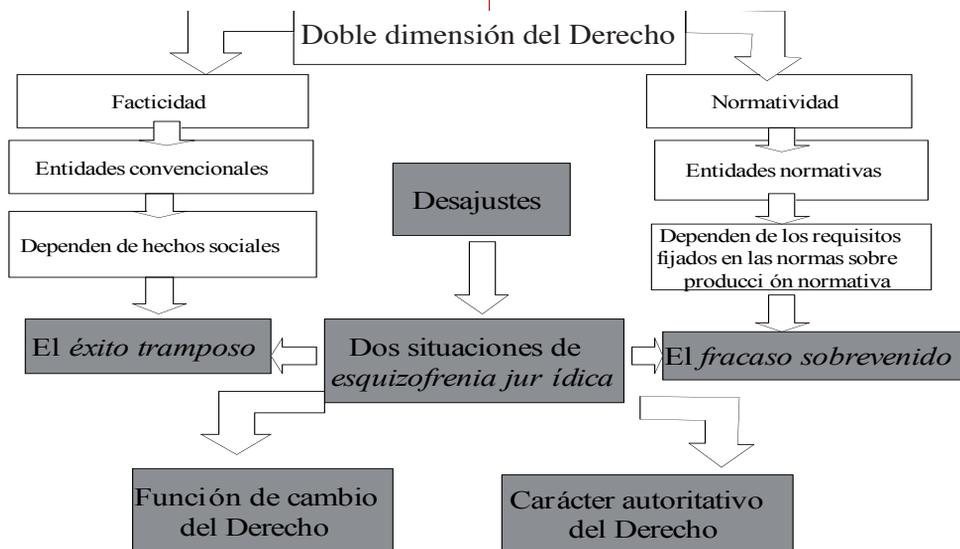
Las situaciones de *esquizofrenia jurídica* pueden deberse, por un lado, a que entidades

que de acuerdo con las normas del sistema no son Derecho, sean reconocidas como tales en virtud de hechos convencionales. La expresión “*éxito tramposo*”<sup>5</sup> condensa bien la esencia de este tipo de situaciones. Así, por ejemplo, podríamos hablar de “*éxito tramposo*” en el caso de una ley para cuya aprobación se hubieran sustituido fraudulentamente diputados por camareros, pero que, no obstante, consiguiera surtir efectos jurídicos, o en el del testamento realizado por una persona incapaz, pero que no fuera impugnado por nadie y, por lo tanto, surtiera efectos jurídicos.

Pero esta *esquizofrenia jurídica* puede obedecer también al fenómeno inverso: a que entidades que de acuerdo con las normas del sistema son indudablemente Derecho no cuenten —pese a ello— como tales para los operadores jurídicos. Por contraposición al supuesto anterior, me he referido a este tipo de situaciones

calificándolas como de “*fracaso sobrevenido*”. En el *fracaso sobrevenido* nos encontramos ante entidades normativamente válidas que, pese a ello, carecen de *eficacia jurídica*. Este es el tipo de situación que se produciría si, por ejemplo, los jueces se negaran de forma generalizada a inscribir en el registro las uniones legales entre personas del mismo sexo, o a reconocer el derecho de adopción de los cónyuges del mismo sexo. En estos casos diríamos que los jueces *de hecho* no reconocen como jurídicos tales matrimonios, pero que *de acuerdo con las normas del sistema* deberían hacerlo. Este tipo de situaciones comprometen la capacidad del ordenamiento jurídico para producir cambios sociales pero, según el grado de generalización de la desviación y la gravedad de sus consecuencias, pueden llegar incluso a poner en entredicho la propia fuerza autoritativa del Derecho.

En el siguiente cuadro condenso las ideas centrales sobre tales desajustes:



En suma, la distinción entre las nociones de existencia convencional y la validez normativa nos ayuda a dar cuenta de aquellas situaciones en las que se produce un desequilibrio entre la dimensión convencional y normativa del Derecho. Las nociones de *éxito tramposo* y *fracaso sobrevenido* ilustrarían los dos tipos

de situaciones en las que característicamente se manifiesta este desequilibrio. Pero, en todo caso, superado el límite que la tensión entre la existencia convencional y la validez normativa puede soportar, desaparecen las condiciones para poder hablar de “Derecho”.

### 3. VALIDEZ REGULATIVA Y VALIDEZ CONSTITUTIVA

Llegado este momento, se hace indispensable profundizar algo más en la noción de validez normativa. Como ya he señalado, tales juicios se refieren a la adecuación entre una entidad jurídica y las normas sobre producción normativa. Se trata, por tanto, de juicios de naturaleza normativa fundados en el propio ordenamiento jurídico. La cuestión pertinente es ahora: ¿de qué requisitos hace depender el ordenamiento jurídico la validez normativa de las entidades jurídicas? Concretar tales exigencias nos obliga a fijar la atención en las reglas que confieren poder y, más precisamente, en cada uno de los elementos que figuran en su estructura, como condición para la producción de resultados normativos. Voy a valerme del análisis estructural que Atienza y Ruiz Manero despliegan sobre las reglas que confieren poder normativo (para legislar)<sup>6</sup>, para dar cuenta de cada una de las exigencias de las que el ordenamiento jurídico hace depender la validez de los resultados normativos.

Concretamente, estos autores señalan que los elementos estructurales que figuran en el antecedente de las reglas que confieren poder (para legislar) serían cuatro, a saber: 1) un estado de cosas X (que incluye la materia; la persona o personas; el territorio; etc.); 2) un sujeto o sujetos Z; 3) una acción o procedimiento Y, y 4) un contenido C. Así, por ejemplo, el antecedente de la norma que confiere poder para producir Decretos-ley comprendería 1) un estado de cosas X de extraordinaria y urgente necesidad; 2) un sujeto Z que sería el Gobierno; 3) una acción o procedimiento Y que consistiría en dictar disposiciones legislativas provisionales y 4) un contenido C que, además de estar sometido a los límites constitucionales generales a la legislación, no puede afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general.

Estos cuatro elementos estructurales guardan una conexión lógica con la idea de validez

normativa: la formulación completa de una regla que confiere poder contendría el conjunto de condiciones necesarias y, en su conjunto, suficientes de la validez normativa y, a la inversa, la ausencia de alguno o algunos de tales requisitos implica la existencia de un vicio de validez normativa. La exigencia de adecuación entre una entidad jurídica y el ordenamiento se concretaría en el cumplimiento pleno de cada uno de los requisitos característicos de las reglas que confieren poder, como los de la materia, persona (destinatario), territorio, sujeto, procedimiento y contenido.

No obstante, si por “adecuación” entendemos —como resulta común hacer— el cumplimiento pleno de tales exigencias, emerge ante nosotros un serio obstáculo: se trata del problema de los resultados normativos irregulares. Por supuesto, cuando se vulneran requisitos fijados en las normas sobre la producción normativa —por ejemplo, requisitos relativos al contenido, al agente, a la materia, etc.— existe un deber de anular (u obligar a subsanar) por parte de un órgano competente para ello. El deber de anular (u obligar a subsanar) es pues la respuesta que el ordenamiento asocia a la inadecuación de los resultados institucionales a las exigencias fijadas en las reglas que confieren poder. Ahora bien, pese a la existencia de un deber de anular (o la imposición de la obligación de subsanar) por parte de un órgano jurídico, los resultados normativos irregulares van a surtir efectos jurídicos en tanto que no sean anulados o —lo que todavía es más problemático— cuando adquieren carácter definitivo porque no existe posibilidad alguna de recurso en contra. Así, en el mejor de los casos, la norma inconstitucional, el testamento inválido o la sentencia irregular surten efectos sólo hasta que sean anuladas, pero pueden también adquirir un carácter definitivo. En tal caso sus efectos jurídicos son exactamente los mismos que si hubieran sido emitidos regularmente.

Sin lugar a dudas, todos estos resultados normativos irregulares presentan los rasgos propios de las entidades jurídicas convencionales a las que antes he hecho alusión: hay una *creencia mutua* entre los miembros de S en la existencia

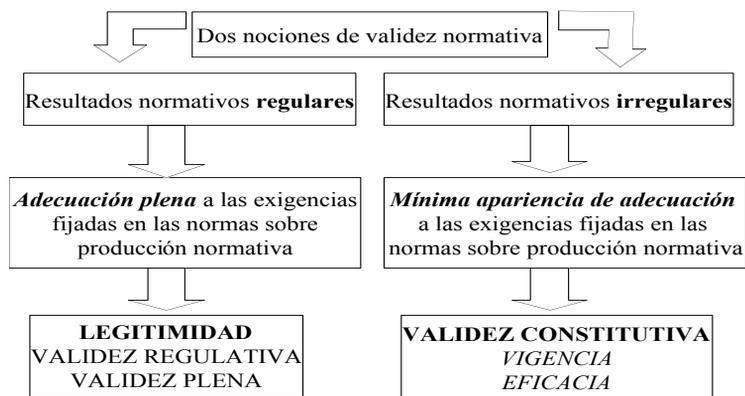
de estas entidades jurídicas<sup>7</sup>; así como que tales actos son capaces de alterar —al menos en algunos casos— el balance de razones que los agentes tengan para actuar. Estos dos rasgos nos permiten diferenciar estos resultados normativos irregulares de aquellos otros de los que simplemente afirmaríamos que no existen como, por ejemplo, la “sentencia” redactada por un grupo de estudiantes en clase de Derecho penal o el célebre testamento de Luis Buñuel, concebido a título de broma, en el que el cineasta declara como heredero universal de toda su fortuna a Don Nelson Rockefeller.

Pese a que esta caracterización de los resultados institucionales irregulares como entidades convencionales es acertada, no da cuenta de toda la complejidad que tales resultados comporta. En otro lugar he mostrado que el que la norma inconstitucional, el testamento inválido o la sentencia irregular produzcan efectos jurídicos no es sólo —ni principalmente— una cuestión de hechos convencionales, sino también y sobre todo una exigencia normativa<sup>8</sup>. He sostenido que de acuerdo con nuestros sistemas jurídicos no sólo *deben* producir efectos jurídicos aquellas entidades jurídicas que se adecuan a las exigencias contenidas en las normas sobre la producción normativa, sino también aquellas otras que, pese a no adecuarse, presentan al menos *una mínima apariencia* de adecuación. Dicho en forma extraordinariamente abreviada, debido a razones institucionales ligadas a la eficacia del Derecho, en tanto que mecanismo para la persecución de

determinados fines, el ordenamiento presume la validez normativa de entidades que, pese a no cumplir con todas las exigencias fijadas en las reglas que confieren poder, presentan una apariencia mínima de adecuación.

Esta reflexión en torno a los resultados normativos irregulares y a la presunción jurídica favorable a su validez nos lleva a la necesidad de practicar una disección en concepto de validez normativa, distinguiendo entre la noción de validez regulativa o legitimidad y la de validez constitutiva o institucional: la validez regulativa se predicaría de aquellos resultados normativos que se adecuan plenamente a las reglas de producción normativa; mientras que la noción de validez constitutiva sería aplicable a aquellos resultados normativos que, pese a ser irregulares, presentan una mínima apariencia de adecuación<sup>9</sup>. Por supuesto, la validez constitutiva se predica también de todos aquellos resultados normativos que se adecuan plenamente a las normas sobre producción normativa —es decir, aquellos que son regulares o legítimos—; pero donde la noción cobra relevancia es en relación a aquellos otros que, pese a no adecuarse, *de acuerdo con nuestro sistema* deben producir —en tanto no sean anulados— los mismos efectos que si lo hicieran. A diferencia de lo que sucede con los juicios de existencia puramente convencionales, los juicios de validez constitutiva tienen una naturaleza normativa, por lo que pueden servir como base a un juicio crítico fundado en el Derecho.

En el siguiente cuadro trato de sintetizar los aspectos centrales de esta distinción:



#### 4. VALIDEZ FORMAL Y VALIDEZ MATERIAL

Hemos visto cómo la distinción entre existencia convencional y validez normativa nos ayuda a dar cuenta de situaciones de *esquizofrenia jurídica*, en las que se produce un desequilibrio entre la dimensión convencional y normativa del Derecho; mientras que la distinción entre validez regulativa y validez constitutiva nos permite dar cuenta de la fuerza normativa de los resultados jurídicos irregulares. Por lo tanto, ambas distinciones nos sitúan en un plano de reflexión sobre el Derecho bastante general o abstracto; en un terreno abonado para el tipo de reflexión que caracteriza a la filosofía o teoría del Derecho.

Por el contrario, la distinción entre validez formal y validez material (o sustantiva) es sobre todo empleada por los dogmáticos del Derecho. En lo que sigue, empezaré reproduciendo lo que me parece que constituye un punto de vista bastante extendido entre los juristas sobre esta distinción, aunque me alejaré de él en algunos aspectos para realizar alguna crítica (1). También propondré una vía de análisis alternativa que nos permita profundizar algo más en la distinción (2).

(1) Usualmente, el término *validez formal* o *existencia*<sup>10</sup> se emplea para referirse al cumplimiento de una serie de requisitos relativos a las formas y procedimientos para la producción de resultados institucionales, así como a la competencia del órgano del que emana. En cambio, el término *validez material* o *sustantiva* es usado para designar la compatibilidad del contenido del acto o la norma con lo dispuesto en normas superiores<sup>11</sup>. De modo que los juicios de validez formal y de validez material no estarían referidos exactamente al mismo objeto: la validez formal se predicaría del acto que da lugar al resultado normativo; mientras que la validez material afectaría al contenido de tal resultado<sup>12</sup>.

Es también común señalar que el ordenamiento jurídico atribuye una respuesta diferente a los vicios de validez, según sean formales o materiales: la consecuencia jurídica de

los vicios formales sería la inexistencia de los actos y la de los materiales, la nulidad<sup>13</sup>. Por lo tanto, en el primer caso, el ordenamiento daría por no producido el resultado institucional; mientras que, en el segundo, el resultado se daría por producido (existente), aunque éste sería irregular.

Si la respuesta del ordenamiento ante los vicios materiales y formales fuera tan inequívoca e inexorable como este planteamiento presupone, existiría una correspondencia unívoca entre la validez formal y la validez constitutiva, así como entre la validez material y la validez regulativa: la adecuación de los resultados normativos a las exigencias formales de producción normativa supondría únicamente su validez constitutiva; mientras que el cumplimiento de las exigencias materiales aseguraría además su regularidad o legitimidad. Dicho en otros términos, los conceptos de validez formal y validez (meramente) constitutiva serían coextensivos, y otro tanto sucedería con los de validez material y validez regulativa<sup>14</sup>. De manera que habríamos obtenido una imagen fija del umbral mínimo que los actos jurídicos deben traspasar para que se produzca esa apariencia mínima de adecuación a las normas sobre producción normativa a la que acabo de referirme y para que —conforme a lo que hemos visto— el ordenamiento jurídico genere una presunción favorable a la validez constitutiva del resultado institucional.

Pero no estoy por completo de acuerdo con esta idea: discrepo de que la correspondencia entre la validez formal y la validez constitutiva y entre la validez material y la validez regulativa sea siempre unívoca. Si examinamos detenidamente nuestras prácticas jurídicas podemos encontrar una serie de situaciones en las que, pese a la concurrencia de *vicios formales*, consideramos que se han producido resultados institucionales *válidos constitutivamente*, aunque *irregulares* o *ilegítimos*. En un trabajo anterior me he valido de un ejemplo de todos conocido para mostrarlo: se trata del nombramiento de Eligio Hernández como fiscal general del Estado<sup>15</sup>. Dicho nombramiento fue desde el primer momento bastante polémico, ya que

parecía contravenir una de las exigencias formales que la ley prevé: el candidato a fiscal general debe contar al menos con quince años de ejercicio profesional. Como Eligio Hernández no había ejercido una profesión jurídica durante todo este tiempo, se pretendía que debían tenerse en cuenta también los años en los que había permanecido ejerciendo un cargo de naturaleza política. Finalmente, en 1994 el Tribunal Supremo zanjó la polémica y anuló el nombramiento por el incumplimiento de este requisito formal. Lo que no se cuestionó para nada fueron las actuaciones llevadas a cabo por Eligio Hernández como Fiscal General: éstas surtieron los mismos efectos que si su nombramiento hubiera sido válido formalmente. El nombramiento, en suma, fue constitutivamente válido (hasta su anulación), pero irregular por el incumplimiento de un requisito formal.

Por lo tanto, no toda vulneración de las exigencias formales que figuran en las normas que confieren poder supone sin más la inexistencia del resultado institucional. El incumplimiento de un mismo requisito formal puede dar lugar, según los casos, a la inexistencia del resultado, o simplemente a la irregularidad del mismo. Algunos vicios formales no llevan aparejada la inexistencia del acto, ya que el ordenamiento jurídico opera también en estos casos con una presunción favorable a su existencia.

Los juristas suelen también atribuir una diferente naturaleza a los juicios de validez formal y material: sostienen que la verdad sobre los juicios de validez formal depende de simples averiguaciones empíricas o de hechos; mientras que los juicios de validez material requieren de una actividad interpretativa más compleja que involucra necesariamente juicios normativos. Por lo tanto, los juicios de validez formal sólo requieren comprobar que se dan los hechos o actos que atribuyen la competencia y que el acto realizado por el sujeto es de la clase prevista en la norma de competencia; mientras que los juicios de validez material exigen comparar normas, es decir, enunciados normativos interpretados<sup>16</sup>.

Tampoco estoy por completo de acuerdo con este punto de vista: creo que en algunos casos para determinar la validez formal de una norma o de otro resultado normativo puede ser necesaria una actividad interpretativa considerablemente compleja que involucre valores jurídicos y requiera realizar balances entre principios. Así, por ejemplo, de acuerdo con nuestras propias prácticas constitucionales, cuando se producen vicios procedimentales que afectan a la validez de las Leyes, la argumentación que hay que llevar a cabo resulta bastante compleja y requiere de la ponderación de principios constitucionales. Suele convenirse que la determinación de los vicios capaces de afectar a las Leyes sólo es posible teniendo en cuenta la finalidad que cumple el propio procedimiento, que no sería otra que el respeto en el Parlamento y la proyección en la Ley del principio democrático<sup>17</sup>. Únicamente las infracciones procedimentales que afectan al proceso de integración de la voluntad de la Cámara constituirían una violación del principio democrático; lo que supone que su gravedad es tal como para generar vicios formales de validez<sup>18</sup>. De manera que el principio democrático se concretaría en una serie de exigencias relativas a la regla de la mayoría, de participación y de publicidad, procedentes no sólo de la Constitución, sino también los Reglamentos de las Cámaras<sup>19</sup>. Todo este entramado constituiría el parámetro de la validez procedimental de las leyes, aunque los efectos de los vicios de procedimiento sobre dicha validez serían distintos según el carácter de tales vicios y su mayor o menor incidencia en el proceso de formación de la voluntad del órgano legislativo. Todo ello conlleva, como vengo sosteniendo, una tarea interpretativa bastante compleja, en la que se tiene que precisar primero qué exigencias del principio democrático se han vulnerado en el caso concreto, para determinar después si tal vulneración es lo suficientemente grave como para traer consigo la invalidez de la Ley por razones formales.

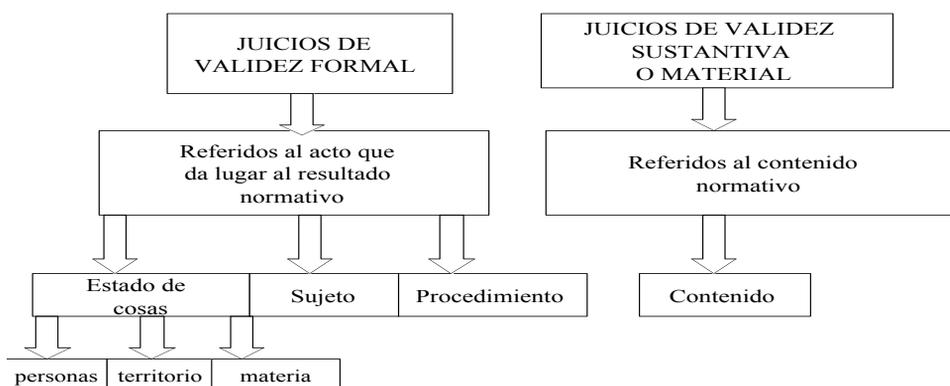
(2) Dejando a un lado el punto de vista frecuentemente compartido por los juristas sobre la distinción entre validez formal y validez

material, creo que una vía de análisis alternativa que nos permite avanzar en la distinción consiste en tratar de precisar algo más en qué consisten las exigencias materiales y formales de las que el ordenamiento jurídico hace depender la validez normativa de los resultados institucionales. Con este fin voy a apoyarme nuevamente en el desglose de los elementos estructurales de las reglas que confieren poder al que se refieren Atienza y Ruiz Manero.

Como se recordará, estos autores señalan que los elementos estructurales que figuran en el antecedente de las reglas que confieren

poder (para legislar) serían cuatro, a saber: 1) un estado de cosas X (que incluye la materia; la persona o personas; el territorio; etc.); 2) un sujeto o sujetos Z; 3) una acción o procedimiento Y, y 4) un contenido C. Pues bien, los otros tres primeros elementos de la validez —el estado de cosas X; el sujeto Z, y el procedimiento Y— coincidirían con exigencias que usualmente se consideran propias de la validez formal; mientras que el elemento C del contenido, encajaría en la categoría de la validez material o sustantiva.

En el siguiente cuadro trato de condensar esta idea:



Pero a esta equiparación se le podría oponer alguna objeción a la que me voy a anticipar a responder. Riccardo Guastini se ha manifestado contrario a incluir los vicios de competencia material<sup>20</sup> entre los vicios formales. Guastini señala que, puesto que los vicios formales afectan al acto creador de la norma y no a la norma o enunciado interpretado, es el enunciado o *la fuente* en sí misma lo que queda invalidado, *independientemente por completo* de su contenido normativo y *sin* que para ello sea menester *interpretar* la fuente<sup>21</sup>. En cambio, cuando tratamos de determinar si un órgano es o no competente para la producción de ciertos contenidos normativos, nos resulta necesario atribuir un significado a las disposiciones que los expresan. Al igual que sucede cuando juzgamos la validez material de una norma, la identificación del vicio de competencia material presupone la interpretación de la fuente en

cuestión<sup>22</sup>. Así, por ejemplo, tanto para poder afirmar que el decreto D del gobierno excede su competencia material, como para mantener que la ley L del parlamento es incompatible con el contenido de la Constitución, nos resulta indispensable interpretar el contenido de los enunciados<sup>23</sup>. Estas dificultades llevan a Guastini a cuestionar el carácter aparentemente exhaustivo con el que se presenta la distinción entre validez formal y validez material y, en su lugar, a proponer un tratamiento independiente de los vicios de competencia material.

En suma, si las observaciones de Guastini son certeras, la validez formal debe circunscribirse al resto de elementos que figuran en el antecedente de la regla que confiere poder: el elemento Z del sujeto o sujetos; el elemento Y de la acción o procedimiento y las demás dimensiones del elemento X del estado de cosas (persona, territorio, etc.). Pero a mi juicio esta

conclusión se sienta en una premisa discutible. En concreto, creo que en algunos casos también la determinación de la concurrencia de vicios formales puede requerir la atribución de significado al contenido del acto normativo, tal y como sucede con la determinación de la competencia material.

Pondré un ejemplo que ilustre mi discrepancia: pensemos en la llamada *excepción de litisconsorcio pasivo necesario*. Como es sabido, esta importante excepción procesal atribuye un defecto a la demanda que no va dirigida contra todos los posibles afectados por la resolución judicial; cuestionando por tanto la concurrencia del elemento personal que figura en el estado de cosas X, necesario para producir aquel resultado normativo al que llamamos *demanda*. Ahora bien, ¿puede un juez determinar si una persona o conjunto de personas pueden resultar afectadas por la demanda sin atribuir un significado concreto al acto normativo? Obviamente la respuesta debe ser negativa: la apreciación de un legítimo interés requiere de la adscripción de un contenido a la demanda<sup>24</sup>. Cosa diferente es, obviamente, que la actividad interpretativa desplegada entre a valorar la corrección sustantiva de la sentencia; este tipo de actividad interpretativa queda reservada, como sabemos, a los juicios de validez sustantiva o material.

En resumen, en algunos casos la determinación de la concurrencia de vicios formales puede requerir la atribución de significado al contenido del acto normativo, sin que la actividad interpretativa desplegada entre a valorar en modo alguno la adecuación entre el contenido de los enunciados y otras normas jerárquicamente superiores del sistema, como sucede con los juicios de validez sustantiva o material. La actividad interpretativa desplegada para determinar la concurrencia de vicios formales no difiere tanto —en este aspecto— de la llevada a cabo cuando se cuestiona la competencia material, por lo que no parece sea esta una buena razón —en contra de lo sugerido por Guastini— para desgajar la competencia material del resto de elementos constitutivos de la validez formal.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como señalaba al comienzo de este trabajo, la ausencia de un concepto centralmente estable de validez jurídica dificulta considerablemente la incursión en este campo temático. El objeto de las páginas precedentes ha sido diseñar un mapa conceptual con el que orientarnos al adentrarnos en el intrincado laberinto de la validez jurídica. Para ello he trazado tres distinciones entre pares de conceptos opuestos: se trata de la distinción entre existencia convencional y validez normativa; entre validez regulativa (o legitimidad) y validez constitutiva, y entre validez formal y validez material.

Las nociones de existencia y validez normativa serían los conceptos más amplios o abstractos y se hallarían de alguna forma presupuestos en las restantes nociones. La validez convencional nos remite a una serie de creencias, compartidas por los operadores jurídicos, en la existencia del resultado normativo; mientras que la de validez normativa alude al cumplimiento de una serie de requisitos, formales y sustantivos, fijados en las normas sobre producción normativa. Esta primera distinción permite dar cuenta de situaciones que llamo de *esquizofrenia jurídica*, en las que se produce un desequilibrio entre la dimensión convencional y normativa del Derecho. Las nociones de *éxito tramposo y fracaso sobrevenido* me han servido para ilustrar los dos tipos de situaciones en las que característicamente se manifiesta este desequilibrio.

Por su parte, la distinción entre validez como regularidad (o legitimidad) y validez constitutiva, sería el resultado de practicar una disección en el concepto de validez normativa: la validez regulativa se predicaría de aquellos resultados normativos que se adecuan plenamente a las reglas de producción normativa; mientras que la noción de validez constitutiva sería aplicable a aquellos resultados normativos que, pese a ser irregulares, presentan una mínima apariencia de adecuación. Precisamente la distinción entre validez como regularidad y validez constitutiva resulta indispensable para dar cuenta de la fuerza normativa de los resultados jurídicos irregulares.

Finalmente, la distinción entre validez formal y validez sustantiva es característicamente empleada por los dogmáticos del Derecho. La validez formal se vincula al cumplimiento de una serie de requisitos relativos a las formas y procedimientos para la producción de resultados institucionales, así como a la competencia del órgano del que emana; mientras que la validez material depende de que el contenido del acto o la norma sea compatible con lo dispuesto en normas superiores. Aunque he reproducido lo que me parece que constituye un punto

de vista bastante extendido entre juristas sobre la distinción, me he alejado de él en ciertos aspectos para realizar alguna crítica. También he propuesto una vía de análisis alternativa que nos permita avanzar en la distinción: apoyándome en el desglose de los elementos estructurales de las reglas que confieren poder, he completado algo más el puzzle, precisando en qué consisten las exigencias materiales y formales de las que el ordenamiento jurídico hace depender la validez normativa de los resultados institucionales.

## NOTAS

1. Es el caso de Hans Kelsen, quien emplea el mismo rótulo de validez para referirse a los conceptos de pertenencia, fuerza obligatoria y aplicabilidad. Cfr., entre otros, los trabajos de Carlos Nino *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Universidad de Carabobo, Valencia (Venezuela), 1979, cap. II; Eugenio Bulylin "Validez y positivismo", en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991 y "El problema de la validez en Kelsen", en Hans Kelsen, Eugenio Bulygin y Robert Walter, *Validez y eficacia del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2005 y Juan Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 54 y sig.
2. Empleo libremente categorías provenientes fundamentalmente de las concepciones propuestas por Eerik Lagerspetz [cfr. "On the existence of institutions", en Eerik Lagerspetz, Heikki Ikäheimo y Jussi Kotkavirta eds., *On the Nature of Social and Institutional Reality*, SoPhi, Jyväskylä, 2001, pp. 70 a 101] y Alexander Peczenik y Jaap Hage [cfr. "Conocimiento jurídico, ¿sobre qué?", *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 1999, núm. 22, pp. 25 a 48]. Por supuesto ambos análisis se apoyan a su vez en la concepción ya clásica de Searle [cfr. *Speech Acts*, Cambridge University Press, 1974 y *The Construction of Social Reality*, The Free Press, Nueva York, 1995].
3. De todo ello me he ocupado con mayor detalle en Angeles Ródenas, "Sobre la validez jurídica: entre la normatividad y la convención", *Análisis e diritto*, Giappichelli, Milán, 2006, pp. 249 a 270.
4. Cfr. Angeles Ródenas, "Sobre la validez jurídica...", ob. cit., pp. 257 y sig.
5. Tomo prestada esta expresión de Atienza y Ruiz Manero, cfr. "Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica", *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 2003, núm. 26, pp., 719 a 735.
6. Ello no obstante, estimo que el esquema de reconstrucción de la validez normativa que seguidamente voy a desarrollar sería aplicable a cualquier otro tipo de resultado institucional (diferente de la producción legislativa) con la salvedad hecha de lo concerniente al elemento C del contenido, al que en breve me voy a referir.
7. Aunque no necesariamente una creencia mutua en la *plena adecuación* de tales entidades a las normas sobre la producción normativa.
8. Cfr. Angeles Ródenas, "Sobre la validez jurídica...", ob. cit., pp. 262 y sig.
9. Esta idea de *exigencias normativas mínimas* de las que depende la *aparición de adecuación* de un resultado puede ponerse en relación con la noción de *actos de validación* de la que recientemente se ha ocupado Jesús Delgado Echeverría [cfr. Jesús Delgado Echeverría, "Validación, construcción de un concepto de teoría general del Derecho", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2008, núm. 31, pp. 640 a 658]. De acuerdo con Delgado Echeverría, los actos de validación "tienen como consecuencia constituir la fuerza de obligar de la norma de manera provisional", aunque el acto no haya sido correctamente producido de acuerdo con la norma que regula su producción. Poniendo en conexión de manera tentativa el instrumental conceptual de Delgado Echeverría con el que aquí estoy desplegando, diría que los actos de validación confieren al resultado institucional una apariencia mínima de adecuación a las exigencias normativas contenidas en el sistema.

Sobre las dificultades para determinar cuáles son las exigencias normativas mínimas que una entidad jurídica debe satisfacer para poder predicar de ella la validez constitutiva o cuál es el conjunto de condiciones necesarias y suficientes para poder predicar la validez constitutiva de tales entidades, cfr. Angeles Ródenas, “Sobre la validez jurídica...”, ob. cit., pp. 264 y sig.

10. El término *existencia* tiene aquí, como se verá enseguida, un significado completamente diferente del de *existencia convencional*.

11. Sobre esta distinción cfr., entre otros, los trabajos de: Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1989, p. 874; Riccardo Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, ed. Giufre, Milán, 1993, p. 52 y sig.; Josep Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Madrid, 2000, pp. 78 y sig.; Jesús Delgado Echeverría, “El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado”, *Anuario de Derecho civil*, num. LVIII-1, enero de 2005, pp. 17 y sig. (cito por la versión digital).

12. Cfr. Guastini *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, ob. cit., p. 56 y Josep Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, ob. cit., p. 78.

13. Cfr. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, ob.cit., p. 874; J. Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, ob. cit., pp. 78 y sig. y Delgado Echeverría, “El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado”, ob. cit., p. 17.

14. Este, si no me equivoco, es el punto de vista sostenido por Josep Aguiló en *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Madrid, 2000, p. 77.

15. Cfr. Angeles Ródenas, “Sobre la validez jurídica: entre la normatividad y la convención”, ob.cit., pp. 249 a 270.

16. Cfr., entre otros L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, ob.cit., p. 874 y Delgado Echeverría, “El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado”, ob. cit., p. 17.

17. Paloma Biglino Campos, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 54 y 59.

18. Ramón Punset, “Principio democrático y validez procedimental de las leyes”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm, 35, 1992, pp. 271 a 276.

19. Cfr. la sentencia del Tribunal Constitucional Español 99/1987, de 11 de junio, especialmente el fundamento jurídico 1. a).

20. Los vicios de competencia material equivalen, en la terminología de Atienza y Ruiz Manero, a los vicios relativos al elemento material del estado de cosas X.

21. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, ob.cit., p. 57, (el énfasis es mío).

22. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, ob.cit., p. 58.

23. Una consecuencia importante que se sigue de lo anterior es que —como señala Riccardo Guastini— cuando una fuente pueda contener —como habitualmente sucede— una gran cantidad de normas, bien puede ser que no todas ellas estén en contradicción con normas jurídicas superiores, o que no todas excedan de la competencia material para dictar la norma en cuestión. En tal caso, la invalidez no afecta a la fuente en su conjunto, sino que se limita a aquellas normas que sean incompatibles con normas jerárquicamente superiores o que disciplinen objetos reservados a otro tipo de fuente [Cfr. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, ob.cit., p. 58].

24. Otro tanto cabría decir de la excepción de litisconsorcio activo necesario; afectando en este caso al elemento Z del sujeto o sujetos (de la demanda).

**Fecha de recepción: 04 de agosto de 2009**

**Fecha de aceptación: 21 de septiembre de 2009**