

Angeles Ródenas

## Sobre la validez jurídica: entre la normatividad y la convención

### 1. *El punto de partida: La noción de existencia o validez constitutiva*

El propósito inicial con el que he emprendido este trabajo ha sido cuestionar alguna de las tesis planteadas por Atienza y Ruiz Manero en un artículo titulado “Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica”<sup>1</sup>. En dicho artículo Atienza y Ruiz Manero se adentran en el enmarañado territorio de la validez jurídica y logran ofrecer un panorama bastante claro sobre cuáles son las cuestiones centrales que deben ser abordadas a la hora de dar cuenta de esta intrincada noción. Ello no obstante – y como no podría ser de otra forma, tratándose de una investigación en estado inicial – la lectura de su artículo abre también nuevos interrogantes. Es en uno de esos interrogantes donde se sitúa el punto de partida de este trabajo: He comenzado planteándome cuál es la naturaleza de lo que estos autores llaman *juicios de existencia o validez constitutiva*.

La teoría de la validez jurídica defendida por Atienza y Ruiz Manero arranca de la noción de norma constitutiva que ellos mismos han desarrollado en *Las Piezas del Derecho*<sup>2</sup>. Pero dejemos que sean ellos mismos los que se expresen:

De acuerdo con la tipología de las normas que elaboramos en *Las Piezas del Derecho*, las normas que establecen las condiciones o antecedentes para la producción o el surgimiento de resultados institucionales deben entenderse como normas constitutivas (categoría que se contraponen a la de las normas regulativas, esto es, a las que estipulan obligaciones, prohibiciones o permisos). Las normas constitutivas presentan una estructura condicional que puede reducirse al siguiente esquema general: si se dan determinadas circunstancias, entonces se produce el resultado institucional R [...] Ahora bien: en el caso de los sistemas normativos complejos, tales como el Derecho, es esencial distinguir entre dos tipos de normas constitutivas, según que en el antecedente figure o no una acción (o una serie de acciones: un procedimiento) que ha de realizar un determinado sujeto (o sujetos) para producir el resultado. De manera que hemos de distinguir entre dos tipos de normas constitutivas. El primer tipo está integrado por aquellas que establecen meramente que si se da un cierto estado de cosas X, entonces se produce un cierto resultado institucional R. Denominamos a las

<sup>1</sup> M. Atienza y J. Ruiz Manero, “Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica” *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 2003, núm. 26, págs. 719 a 735.

<sup>2</sup> M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, ed. Ariel, Barcelona, 2004.

normas de este tipo *normas puramente constitutivas*. El segundo tipo está integrado por aquellas normas cuyo antecedente contiene un elemento ulterior: una acción o procedimiento. De manera que el esquema de estas normas sería el siguiente: si se da el estado de cosas X y un sujeto (o sujetos) Z realiza la acción (o serie de acciones: procedimiento) Y entonces se produce el resultado institucional R. Las normas de este tipo son las *normas que confieren poderes normativos*<sup>3</sup>.

Así pues, en los sistemas jurídicos desarrollados nos encontramos ante dos tipos de normas constitutivas: las normas puramente constitutivas – que asocian la ocurrencia de un estado de cosas a la producción de un resultado institucional – y las normas que confieren poder – en las que en el antecedente, además de un estado de cosas, figura un agente y una acción. Este esquema inicial, esbozado por nuestros autores en *Las piezas del Derecho*, resulta ahora completado para dar cuenta de “las normas que confieren poder para establecer normas generales de origen deliberado; y, en particular, de las normas legislativas”:

Parece, pues, que a nuestro esquema inicial debe añadirse al elemento X (estado de cosas, en el que incluimos la materia), al elemento Z (sujeto o sujetos), y al elemento Y (acción o procedimiento) un nuevo elemento C, con el que aludiríamos al contenido (o a los límites de contenido). De manera que el esquema vendría a ser, finalmente, el siguiente: si se da el estado de cosas X y los sujetos Z realizan la serie de acciones (el procedimiento) Y *dando lugar a un contenido C*, entonces se produce el resultado institucional R (esto es, en el caso que nos ocupa, una ley válida)<sup>4</sup>.

En suma, las normas que confieren poder para legislar tendrían una estructura compleja en virtud de la cual al estado de cosas, al agente y a la acción necesarios para la producción del resultado institucional, se le añade un cuarto elemento: el contenido (o límites al contenido). Esta caracterización de las reglas constitutivas es el pilar en el que descansa una distinción clave en la concepción de la validez jurídica defendida por Atienza y Ruiz Manero: la diferencia entre la validez constitutiva (o existencia) y la validez regulativa (o regularidad). Aunque en su artículo no hay una definición al uso de ambas nociones, voy traer a colación los términos empleados por ambos autores cuando tratan de esbozar la distinción:

De las cuestiones de *existencia o validez constitutiva* deben distinguirse las cuestiones de *regularidad o validez regulativa*. El planteamiento de estas cuestiones presupone la existencia o validez constitutiva del resultado institucional de que se trate, esto es, que ese resultado institucional debe ser considerado como una instancia de aquello de lo que pretende constituir una instancia: por seguir con los ejemplos, de testamento o de ley. De lo que se trata es de si un resultado institucional existente como tal contiene

<sup>3</sup> Atienza y Ruiz Manero, “Seis acotaciones preliminares...”, ob. cit., pág. 721.

<sup>4</sup> Atienza y Ruiz Manero, “Seis acotaciones preliminares...”, ob. cit., pág. 724.

defectos, respecto del sujeto u órgano, de la materia, del procedimiento o del contenido, por haber violado alguna norma regulativa referida a alguno de estos cuatro elementos. La *regularidad* o *validez regulativa* es, a diferencia de la *existencia*, un *concepto* no meramente clasificatorio sino *comparativo*: no se aplica mediante un mero par válido/inválido, sino mediante una escala gradual que abarca desde la validez plena en un extremo a la nulidad de pleno Derecho en el otro (en el caso de vicios de validez extremadamente graves), pasando, según la entidad de los mismos, por la anulabilidad y (al menos en el ámbito del Derecho público) los llamados vicios no invalidantes<sup>5</sup>.

Por lo tanto, tres parecen ser las diferencias esenciales entre la validez constitutiva y la regulativa:

1) La validez regulativa *presupone* la constitutiva, pero no a la inversa.

2) Mientras que la validez constitutiva se refiere a la *existencia*, es decir, a si el resultado institucional “debe ser considerado como una instancia de aquello de lo que pretende constituir una instancia”, la regulativa se refiere a “si un resultado institucional existente como tal contiene defectos, respecto del sujeto u órgano, de la materia, del procedimiento o del contenido, por haber violado alguna *norma regulativa* referida a alguno de estos cuatro elementos”.

3) Mientras que la validez constitutiva es un concepto *clasificatorio*, o sea, “se aplica mediante un mero par válido/inválido”, la regulativa lo es *comparativo*, es decir, “se aplica mediante una escala gradual que abarca desde la validez plena en un extremo a la nulidad de pleno Derecho en el otro [...], pasando, según la entidad de los [vicios], por la anulabilidad y [...] los llamados vicios no invalidantes”.

Ahora bien, a pesar de este triple criterio de distinción, me parece que no queda completamente esclarecida la diferencia entre ambas nociones de validez. Distinguir adecuadamente entre la validez constitutiva y la regulativa exige, a mi modo de ver, establecer con nitidez cuál es la naturaleza de uno y otro tipo de juicio. La dificultad estriba en que, mientras que, en el caso de la validez regulativa queda perfectamente claro que los juicios que la afirman o la niegan tienen como referente las normas (más concretamente las normas regulativas referidas a cada uno de los cuatro elementos que figuran en las reglas que confieren poder), en el caso de la validez constitutiva la cosa no me parece nada clara. Esclarecer cuál sea la naturaleza de los juicios de validez constitutiva me ayudará a introducir algunas distinciones que, a mi juicio, deben ser tomadas en consideración en una investigación en torno a la validez jurídica.

<sup>5</sup> Atienza y Ruiz Manero, “Seis acotaciones preliminares...”, ob. cit., pág. 727.

## 2. ¿Cuál es la naturaleza de los juicios de existencia o validez constitutiva?

En las páginas siguientes voy a analizar dos formas alternativas de responder a la pregunta sobre la naturaleza de los juicios de validez constitutiva: La primera de ellas consiste en afirmar que tales juicios se refieren a hechos, pero –como vamos a ver – se trataría de hechos de un tipo muy especial: los hechos convencionales. La otra respuesta alternativa al problema de la naturaleza de los juicios de validez constitutiva consiste en mantener que éstos remiten a los requisitos fijados en las normas constitutivas. Dicho muy brevemente, si optáramos por la primera respuesta, suscribiríamos la naturaleza convencional de los juicios de existencia o validez constitutiva, mientras que, en el segundo caso, mantendríamos la opción por su naturaleza normativa.

### 2.1. *Los juicios de existencia tienen carácter convencional*

En primer lugar, podría ser que los juicios de existencia o validez constitutiva a los que se refieren Atienza y Ruiz Manero dependieran de hechos convencionales: Es decir, para establecer la verdad o falsedad de un predicado de validez constitutiva, tendríamos que estar a lo que determinados hechos sociales determinen.

Aunque debo adelantar que no creo que sea esta hipótesis la que Atienza y Ruiz Manero suscribirían, hay algunas afirmaciones vertidas en su trabajo que no hacen descabellado atribuirles tal tesis. Así, por ejemplo, cuando ambos autores sostienen que el éxito en el mundo institucional no depende tanto de que una determinada realidad jurídico-institucional cumpla con todos los requisitos fijados en las normas, cuanto de que *cuenta como* una instancia de aquello de lo que pretende constituir una instancia, si entendemos que la idea de *éxito en el mundo institucional* es equiparable a la de *existencia o validez institucional*, la noción de validez institucional parece bastante próxima a la de existencia convencional<sup>6</sup>. En un sentido muy semejante al anterior, ambos autores afirman que “...una cosa es que algo *cuenta como* decisión judicial (que sea constitutivamente válido como tal) y otra que sea una decisión correcta de acuerdo con el sistema (regulativamente válida)”<sup>7</sup>. También la existencia convencional parece estar bastante próxima a la noción de validez constitutiva cuando señalan que “la *existencia o validez constitutiva* es lo que suele llamarse un concepto clasificatorio, esto es un concepto que posibilita meramente la adscripción a una clase: [...] algo que se presenta como una instancia, un caso individual, de un cierto resultado institucional genérico (como testamento o ley) o *es considerado o no es considerado*

<sup>6</sup> Cfr. “Seis acotaciones preliminares...”, ob. cit., pág. 725.

<sup>7</sup> Cfr. “Seis acotaciones preliminares...”, ob. cit., pág. 729, la cursiva es mía.

(sin que quepa tercera posibilidad o gradualidad alguna), como tal instancia del correspondiente resultado institucional”<sup>8</sup>.

En todos estos pasajes la noción de existencia o validez constitutiva aparece como un concepto muy próximo al de vigencia o eficacia: Parece implicar que un resultado institucional es *de hecho* tenido por tal, independientemente de que sea o no conforme a las exigencias fijadas en el sistema para su corrección; se da cuenta de la noción sin emplear juicios normativos de deber. En otro orden de cosas – y como mera elucubración – la interpretación convencionalista de los juicios de validez constitutiva tendría la ventaja para estos autores de delimitar claramente los juicios de validez convencional de los juicios de validez regulativa, ya que sólo estos últimos tendrían naturaleza normativa. De otra forma, si se mantiene la naturaleza normativa de los juicios de validez constitutiva, se hace imprescindible precisar el sentido de la distinción. Mas adelante volveré sobre esta cuestión.

Sea como fuere, bajo esta primera hipótesis, el enunciado que predica la validez constitutiva (o existencia) de una entidad A en el sistema S, será válido siempre y cuando concurren determinados hechos que nos permitan afirmar que A es una entidad convencional en S. Pero hasta aquí no hemos avanzado demasiado. Una vez que hemos establecido que la validez constitutiva depende de hechos convencionales, se nos abren nuevos interrogantes: ¿En qué consisten tales hechos? ¿Cómo podemos apreciarlos? ¿No habrían sido desplazados, al menos en lo que a los sistemas desarrollados se refiere, por los criterios fijados en las normas sobre la producción de otras normas?. Veamos detenidamente cada una de estas cuestiones.

Para responder a la primera pregunta: ¿en qué consisten los hechos convencionales que nos permiten afirmar que un acto cuenta como jurídico?, voy a emplear libremente categorías provenientes de algunos análisis clásicos sobradamente conocidos<sup>9</sup>. Expresados de la manera mas sintética posible, los dos rasgos

<sup>8</sup> Cfr. ob. cit., pág. 727, las dos últimas cursivas son mías.

<sup>9</sup> Voy a emplear categorías provenientes fundamentalmente de las concepciones propuestas por Eerik Lagerspetz (“On the existence of institutions”, en Erik Lagerspetz, Heikki Ikäheimo y Jussi Kotkavirta eds., *On the Nature of Social and Institutional Reality*, SoPhi, Jyväskylä, 2001, págs. 70 a 101) y Alexander Peczenik y Jaap Hage (“Conocimiento jurídico, ¿sobre qué?”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 1999, núm. 22, págs. 25 a 48). Por supuesto ambos análisis se apoyan a su vez en la concepción ya clásica de Searle (*Speech Acts*, Cambridge University Press, 1974 y *The Construction of Social Reality*, The Free Press, Nueva York, 1995). Ahora bien, Lagerspetz se separa deliberadamente de la concepción de Searle con el propósito de desarrollar una noción de hecho no-físico que no sea “inherentemente dependiente de las reglas”. Como es sabido, de acuerdo con Searle, las reglas *crean* los hechos institucionales. Lagerspetz manifiesta su insatisfacción con ésta idea cuando se pregunta qué tipo de hecho es el hecho de que esas reglas existen en las comunidades relevantes. La respuesta de Searle debiera ser que se trata también de hechos institucionales inherentemente dependientes de la existencia de otras reglas; pero

distintivos de una entidad convencional serían los siguientes: 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. Veamos con algo más detalle cada uno de estos aspectos:

1) Vamos a empezar con el requisito de la *creencia mutua*, introduciendo una precisión: Tratándose de entidades jurídicas, la comunidad relevante es la de los operadores jurídicos, y no hace falta que todos ellos creen en la existencia de la entidad en cuestión; basta con que *una parte suficientemente extensa de los operadores jurídicos* crea en ellas. La comunidad de referencia no es pues, toda la comunidad jurídica, sino sólo un sector lo suficientemente relevante como para que la práctica funcione. Por poner un ejemplo perteneciente a otro ámbito, para poder afirmar que las reglas del fútbol sobre el fuera de juego existen no es preciso que todos los que estén involucrados en la práctica las acepten, ni siquiera que todos los árbitros lo hagan, basta con que las acepte un sector lo suficientemente relevante de árbitros para que los demás (jugadores, o incluso otros árbitros disidentes) tiendan a ajustar su conducta a lo establecido en tales normas. Por lo demás, para poder hablar de una creencia mutua es necesario también que esa parte seleccionada de la población crea que los demás también creen en lo mismo. Es decir, no basta con la mera concurrencia de creencias, es necesario, además, que los sujetos tengan una cierta percepción del carácter compartido de la creencia.

2) Vayamos al segundo de los rasgos distintivos de las entidades convencionales: “que en las situaciones de tipo relevante, la creencia mutua en la existencia de la entidad es al menos una *razón* para los miembros de S *para realizar acciones* que tienen significado porque existe la entidad en cuestión”. Esta exigencia puede sintetizarse en la idea de que la creencia mutua en la existencia de la entidad genere en quienes concurre algún tipo de razón para la acción. No basta pues con la mera concurrencia de una creencia compartida, sino que, además, para que podamos hablar de una entidad jurídica, es también necesario que tal creencia afecte de algún modo al conjunto de razones que quienes las suscriben tengan para actuar. 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, el agente tenga; en ciertos casos, el agente actuará de una forma en la que, de no existir la creencia mutua, no lo haría.

esta respuesta ocasionaría un regreso al infinito que Lagerspetz conceptualiza como “el regreso lógico de las normas”. La alternativa propugnada por Lagerspetz es la de construir una noción de hecho convencional que no esté fundada en reglas. La idea básica que subyace a su concepción es la siguiente: “Hay cosas que existen y hechos que se sostienen sólo si los individuos relevantes *creen* que existen o los *sostienen* y *actúan* de acuerdo con estas creencias”.

Tratándose de entidades convencionales de carácter jurídico, en las que la comunidad de referencia es la de los operadores jurídicos, esta segunda exigencia se concretaría en que, al menos en algunos casos, la creencia en la existencia de la entidad jurídica forme parte del conjunto de razones que opera en el trasfondo de las resoluciones de los operadores jurídicos<sup>10</sup>. 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 se den 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 jurídicos.

En suma, desde esta propuesta de reconstrucción, existencia o validez constitutiva no significaría otra cosa que existencia convencional. Entendido de esta forma, el concepto de validez constitutiva nos permitiría dar cuenta de un fenómeno importante: las entidades institucionales, en tanto que realidades sociales, convierten en vaporosa la distinción entre los hechos que son y nuestras creencias acerca de lo que es el caso. Si en relación con los fenómenos naturales podemos afirmar que su existencia es independiente de nuestra creencia en su existencia – la existencia del perro Freddy, sus rasgos morfológicos o sus características psicológicas son independientes de mis creencias –, en el mundo de lo social las cosas cambian y la creencia compartida en la existencia de una entidad convierte a tal entidad en existente. Si Pablo y Lucía se consideran a sí mismos como novios y si tal creencia genera en ellos algún tipo de razón para la acción que de otra forma no tendrían, entonces Pablo y Lucía son novios. En el mundo de las entidades sociales el objeto no preexiste a los juicios sobre su existencia, ya que juicio y objeto forman una unidad. Es la creencia compartida en la existencia de un acto jurídico lo que determina que tal acto jurídico exista (convencionalmente). Diríamos pues que lo convencional *constituye* la realidad social.

Ahora bien, algún hipotético lector de este trabajo podría tildar de artificioso el desarrollo precedente, objetando que, al menos en lo que respecta a los sistemas jurídicos modernos, la noción de existencia convencional resulta bastante irrelevante: En los sistemas jurídicos una norma puede derivar su validez de otra norma del sistema, sin necesidad de que su existencia remita a un hecho convencional; bastaría con constatar que se han observado los requisitos contemplados en las reglas sobre la producción de reglas para poder afirmar su validez. Eso sí,

<sup>10</sup> Esta exigencia quedaría satisfecha en un sentido mínimo, por ejemplo, cuando un órgano de revisión judicial se plantea la nulidad de una norma jurídica; sin necesidad de que dicha norma venga siendo aplicada previamente por los tribunales. Diríamos aquí que, aunque ningún tribunal se tomó la norma lo suficientemente en serio como para aplicarla, al menos hubo uno que la tomó en cuenta para declarar su nulidad, y con esto basta para poder afirmar que, en un sentido mínimo, formó parte del conjunto de las razones manejadas por los operadores jurídicos y, por lo tanto, que se trataba de una norma existente convencionalmente.

puesto que la cadena de validez no puede remitir al infinito, en último extremo la regla última del sistema debe existir convencionalmente. Por decirlo en términos hartianos, al menos de la regla de reconocimiento del sistema debe poder ser predicada la existencia convencional.

## 2.2. *Los juicios de existencia tienen carácter normativo*

Estas consideraciones nos llevan fijar la vista en el otro candidato a criterio para determinar la verdad o falsedad de un predicado de validez constitutiva. Podría ser que la validez constitutiva dependiera de criterios normativos; es decir, de un conjunto de exigencias fijadas en las normas. Esta podría ser también una interpretación plausible de la postura sostenida por Atienza y Ruiz Manero. Dicho con mayor precisión, los juicios de validez constitutiva dependerían de los criterios fijados en un tipo concreto de enunciado jurídico: las reglas que confieren poder. Así pues, la validez constitutiva podría entenderse, bajo esta segunda interpretación, como una consecuencia del cumplimiento de los requisitos propios de las reglas que confieren poder. Avalaría esta interpretación el énfasis que ambos autores han puesto en resaltar la estrecha conexión existente entre la validez de los actos jurídicos y las reglas que confieren poderes.

Además, algunas afirmaciones contenidas en el artículo de Atienza y Ruiz Manero apuntarían también en este sentido. Así, por ejemplo, estos autores señalan que “los juicios de validez son, vistos como orientados hacia el antecedente, juicios de relación entre resultados institucionales y normas”<sup>11</sup> o que tales juicios “establece[n] que un resultado institucional (por ejemplo, una norma) es válido porque reúne los requisitos establecidos por las normas referidas a su producción.”<sup>12</sup> También cuando se ocupan de destacar que “la validez como existencia institucional [validez constitutiva] presupone alguna diferencia con la mera existencia social”<sup>13</sup>, o cuando señalan que la validez constitutiva se refiere a la *existencia*, es decir, a si el resultado institucional “*debe ser* considerado como una instancia de aquello de lo que pretende constituir una instancia<sup>14</sup>”, ambos autores pudieran estar decantándose a favor de una interpretación de la validez constitutiva en términos normativos.

Por si esto fuera poco, también aquí sería posible esbozar un argumento semántico a favor de esta forma de interpretar la validez constitutiva. Dicho argumento giraría en torno a la capacidad de las reglas que confieren poder para

<sup>11</sup> Atienza y Ruiz Manero, “Seis acotaciones preliminares...”, ob. cit., pág. 733. Al hacer esta afirmación los autores parecen estar refiriéndose a la validez constitutiva.

<sup>12</sup> Atienza y Ruiz Manero, “Seis acotaciones preliminares...”, ob. cit., pág. 733.

<sup>13</sup> Atienza y Ruiz Manero, “Seis acotaciones preliminares...”, ob. cit., pág. 729.

<sup>14</sup> Atienza y Ruiz Manero, “Seis acotaciones preliminares...”, ob. cit., pág. 727, la cursiva es mía.

*constituir* la realidad *normativa*. Un buen ejemplo lo encontramos en uno de los recientes cambios jurídicos que se ha producido en nuestra legislación: La modificación de las reglas que confieren poder para contraer matrimonio –incluyendo la posibilidad de que los contrayentes sean personas del mismo sexo – posibilita *constituir* como matrimonios en sentido jurídico las uniones de parejas homosexuales que manifiestan su voluntad en tal sentido.

Pero, si es esta segunda hipótesis la certera, ¿qué sentido tiene la distinción entre la validez constitutiva y la regulativa?, ¿cómo podemos discriminar aquellos criterios que son condición de la validez constitutiva de aquellos otros que lo son únicamente de la regulativa?. La respuesta a estas cuestiones va a tener que demorarse por unos instantes; antes de que trate de responderlas, creo que merece la pena que reordenemos las ideas fundamentales que han ido surgiendo a lo largo de las páginas precedentes.

### 3. Ordenando juicios

Prescindiendo del encaje que las nociones de existencia convencional y validez normativa puedan tener en la concepción de Atienza y Ruiz Manero, la distinción me parece un buen punto de partida para la construcción de una teoría de la validez jurídica. Mi propósito en las páginas que siguen es terminar de perfilar ambas nociones (3.1) y, partiendo de la distinción entre las mismas, reordenar los principales juicios de validez que se pueden predicar de las entidades jurídicas (3.2). Esta reflexión me llevará, por último, a volver a plantearme el problema de la naturaleza de los juicios de validez constitutiva, redimensionando la cuestión a la luz de las distinciones trazadas (3.3).

#### 3.1 Existencia y validez normativa de las entidades jurídicas. Dos tipos de “esquizofrenia jurídica”

Los juicios de existencia convencional predicán el *reconocimiento de una entidad como jurídica por parte de la comunidad de referencia*. Como ya sabemos, tal reconocimiento supone, en primer lugar, la *creencia mutua* entre los miembros de una comunidad S en la entidad A. Así como que la existencia de tal creencia genera entre los miembros de S alguna razón para la acción que, de otra forma, no tendrían. Además, conviene recordar que la comunidad de referencia no está compuesta por todos y cada uno de los miembros de la comunidad S, sino que basta con que *una parte suficientemente extensa de los operadores jurídicos* suscriba tal creencia compartida.

Los predicados de existencia son, por lo tanto, juicios relativos a hechos, pero – como vengo insistiendo – a hechos de un tipo especial: se trata de hechos convencionales. A diferencia de lo que sucede en el mundo natural, el objeto no pre-

existe a los criterios que nos sirven para construir los juicios acerca de su existencia, sino que son de éstos mismos criterios de los que depende la existencia del objeto. Es la creencia compartida en la existencia de la entidad jurídica y su capacidad de generar una razón para la acción lo que determina que tal entidad exista (convencionalmente). Las entidades jurídicas no preexisten a los juicios sobre su existencia, ya que juicio y objeto forman una unidad. Es en términos de tales hechos convencionales en el que podemos concretar la idea de “éxito”, o “eficacia” de una entidad jurídica. Por el contrario, tratar de dar cuenta de la existencia convencional en términos normativos resulta desorientador.

Pero también sabemos que la noción de existencia convencional está fuertemente vinculada a la noción de validez normativa. En los sistemas jurídicos desarrollados, las convenciones sociales compartidas relativas al reconocimiento como jurídicos de determinados actos son lo suficientemente estables como para dar lugar a reglas (que confieren poder) que fijan o señalan los criterios que contribuyen al éxito de tales actos institucionales. Por supuesto, tales reglas nos permiten realizar prognosis, aventurando hipótesis sobre el “éxito” o “fracaso” del acto institucional.

Pero aún cuando – como es el caso en nuestras prácticas jurídicas – los juicios de existencia convencional acostumbren a caminar de la mano de lo que dicen las reglas, tomar la distinción como punto de partida para una teoría de la validez jurídica resulta útil y esclarecedor. En nuestra percepción de “lo jurídico” coexiste una dimensión de facticidad, junto con una dimensión normativa: Llamamos Derecho a entidades que pertenecen al sistema de acuerdo con las exigencias contenidas en las normas sobre producción de resultados institucionales<sup>15</sup>; pero, con independencia de ello, también consideramos como jurídicas entidades cuya existencia se funda en hechos convencionales. Cuando los juicios de existencia convencional y de validez normativa no caminan de la mano, se produce lo que podríamos llamar una *situación de esquizofrenia jurídica*.

Continuando con las metáforas clínicas, esta *esquizofrenia jurídica* obedece a un doble tipo de patología: En primer lugar, pudiera suceder que entidades que de acuerdo con las normas del sistema no son Derecho, sean reconocidas como tales en virtud de hechos convencionales. Las situaciones que Atienza y Ruiz Manero califican como de “éxito tramposo” encajarían perfectamente en esta caracterización. Así, por ejemplo, podríamos hablar de “éxito tramposo” en el caso de una ley para cuya aprobación no se hubieran seguido todos los trámites parlamentarios, pero que, no obstante, consiguiera surtir efectos jurídicos.

En segundo lugar, las situaciones de *esquizofrenia jurídica* a las que me he referido antes pueden obedecer a la *patología* opuesta: Es posible que entidades que de acuerdo con las normas del sistema son indudablemente Derecho no lo-

<sup>15</sup> Aunque – como ya he señalado anteriormente – puesto que la cadena de validez no puede continuar indefinidamente, la última reglas del sistema (regla de reconocimiento) sí tendría una existencia convencional.

gren contar como tales para los operadores jurídicos. Por contraposición al caso anterior, podríamos referirnos a este tipo de situaciones como de “*fracaso sobrevenido*”. Se trataría de situaciones en las que una entidad normativamente válida carecería de *eficacia jurídica*. Para ilustrar aquello a lo que me refiero, pensemos, por ejemplo, en qué sucedería si los jueces, de cara a la resolución de los casos que se les planteen, se niegan considerar como *matrimonio* la unión legal de personas del mismo sexo. Parece que tiene pleno sentido afirmar que, aunque los jueces *de hecho* no reconozcan como jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo, *de acuerdo con las normas del sistema* deberían hacerlo. Partir de la distinción entre la existencia convencional y la validez normativa, nos permite caracterizar adecuadamente situaciones como ésta, en las que la capacidad del ordenamiento jurídico para producir cambios queda seriamente comprometida.

Pero la virtualidad de la distinción entre la existencia convencional y la normativa no se para aquí. La distinción también es indispensable para dar cuenta de otro tipo de situaciones en las que lo que se cuestiona no es sólo la función de cambio del ordenamiento jurídico, sino la propia naturaleza autoritativa del Derecho: Si con carácter general la realidad normativa generada en virtud de las reglas del sistema no tuviera su reflejo en las prácticas jurídicas, lo que quedaría en entredicho sería la propia normatividad del Derecho; es decir, su capacidad para generar razones autoritativas independientes del contenido para los operadores jurídicos. No todo en el Derecho puede depender de puros hechos convencionales. El Derecho, ciertamente, pertenece al género de lo convencional, pero lo que de específico hay en la práctica social a la que llamamos Derecho – aquello que hace que lo consideremos como una especie diferente del género de las prácticas sociales – es su fuerza normativa. Superado el límite que la tensión entre la existencia convencional y la validez normativa puede soportar, es la propia idea de sistema jurídico la que se desmorona. Sólo si está garantizado un cierto equilibrio entre la dimensión convencional y la normativa, se dan las condiciones para poder hablar de “Derecho”.

En suma, la distinción entre la existencia convencional y la validez normativa nos ayuda a dar cuenta de aquellas situaciones en las que, al alejarse con terquedad las prácticas de lo señalado por la normatividad, se pone en tela de juicio la capacidad del Derecho para producir cambios, o incluso el propio carácter autoritativo de éste.

### 3.2. Dimensiones de la validez normativa y reglas que confieren poder.

Vayamos ahora de nuevo a los juicios de validez normativa. Como se ha dicho, tales juicios se refieren a la adecuación entre una entidad jurídica y el resto del ordenamiento. Se trata, por tanto, de juicios de naturaleza normativa fundados en el propio ordenamiento jurídico. Una forma productiva de profundizar en

esta noción es tomar prestados algunos elementos conceptuales desarrollados por Atienza y Ruiz Manero en su artículo sobre la validez. Concretamente me interesa volver sobre los elementos estructurales que estos autores distinguen en relación con las reglas que confieren poder normativo (para legislar)<sup>16</sup>. Como ya he señalado al comienzo, al añadir el requisito C del contenido, los elementos estructurales de una regla que confiere poder pasan a ser 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;
- 4) un contenido C.

Pues bien, esta ampliación de la noción de regla que confiere poderes (para la producción de Derecho legislado) nos viene al pelo para dar cuenta de cada una de las dimensiones implicadas en la noción de validez normativa; la formulación completa de una regla que confiere poder contendría ahora el conjunto de condiciones necesarias y, en su conjunto, suficientes de la validez normativa.

Estos cuatro elementos estructurales guardan una conexión lógica con la idea de validez normativa y, a la inversa, la ausencia de alguno o algunos de tales requisitos implica la existencia de un vicio de validez normativa. Como señalan Atienza y Ruiz Manero:

Una teoría de la validez consiste básicamente (por su carácter, al que antes nos hemos referido repetidamente, de término de enlace) en una teoría de los requisitos de la validez (y de su opuesto: de los vicios de validez) y en una teoría de las consecuencias de la validez (y de su opuesto: de las consecuencias de sus vicios: una teoría de la nulidad). Las clasificaciones que se hacen de tipos de vicios (por ejemplo, la de Guastini) vienen a coincidir con cada uno de los elementos distinguidos en el antecedente: por ejemplo, vicios materiales (en X), vicios de competencia (Z), vicios procedimentales (Y) y vicios de contenido (C)...<sup>17</sup>

Así pues, estas cuatro dimensiones de la validez normativa nos permiten diferenciar los siguientes vicios de validez:

- 1) vicios relativos al estado de cosas X (vicios en la material; persona o personas – destinatarios; territorio; etc.);
- 2) vicios relativos al sujeto o sujetos Z;
- 3) vicios relativos a la acción o procedimiento Y;
- 4) vicios de contenido C.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> Cfr. Atienza y Ruiz Manero, “Seis acotaciones preliminares ....”, ob. cit., pág. 731 a 732.

Caracterizada en estos términos la noción de validez normativa y sus correlativos vicios, la cuestión que se nos abre es si es estos cuatro elementos estarían vinculados a lo que Atienza y Ruiz Manero llaman validez constitutiva, o a la regulativa, o a ambas. Pero, si éste último fuera es caso, ¿qué sentido tiene mantener la distinción entre la validez regulativa y la constitutiva?, ¿no sería preferible prescindir de ésta última noción por superflua?. Responder a estas preguntas me va a llevar algún tiempo.

### 3.3 *¿Dos tipos de validez normativa? De nuevo sobre la validez constitutiva*

Acabo de caracterizar los juicios de validez normativa como juicios de adecuación entre una entidad jurídica y las normas sobre su producción normativa. Para precisar algo más cuáles son las concretas exigencias de las que depende la validez normativa de una entidad jurídica he tomado como caso paradigmático las reglas que confieren poder para legislar y me he servido de los diferentes elementos estructurales que Atienza y Ruiz Manero distinguen como partes integrantes de la formulación canónica de tales reglas. Así pues, la exigencia de adecuación entre una entidad jurídica y el ordenamiento se concretaría en el cumplimiento 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.

Ahora bien, si por “adecuación” entendemos – como creo que es común hacer – el cumplimiento pleno de estas exigencias, nos topamos de inmediato con el problema de los resultados normativos irregulares: Por ejemplo, una ley cuyo contenido es inconstitucional; un testamento realizado por un enajenado mental; o una sentencia dictada por un juez incompetente. En todos estos casos se han vulnerado requisitos fijados en las normas sobre la producción normativa (relativos al contenido, al agente, a la materia, etc.) y, consecuentemente 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.

La dificultad que los resultados normativos irregulares nos plantea es que, pese a la existencia de un deber de anular (o la imposición de la obligación de subsanar) por parte de un órgano jurídico, tales resultados surten efectos jurídicos. Así, en el mejor de los casos, la norma inconstitucional, el testamento inválido o la sentencia irregular surten efectos hasta que sean anuladas. Pero dónde con mayor dramatismo se nos presenta el problema es en relación con aquellos resultados normativos irregulares que tienen un carácter definitivo; es decir, aquellos resultados en contra de los cuales no existe ya posibilidad alguna de recurso: Los efectos jurídicos de los actos normativos irregulares definitivos son exactamente los mismos que si hubieran sido emitidos regularmente.

Cabe hablar sin riesgo de equivocarse de que tales normas inconstitucionales, testamentos inválidos o sentencias irregulares constituyen entidades jurídicas convencionales en el sentido que en este trabajo he defendido: Hay una *creencia mutua* entre los miembros de S en la existencia de estas entidades jurídicas<sup>18</sup>, así como que tales actos son capaces de alterar – al menos en algunos casos – en 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 la “ley” votada por un grupo de visitantes en una jornada de puertas abiertas celebrada en las Cortes españolas.

Pero con la caracterización de los resultados institucionales irregulares como entidades convencionales no hemos explicado completamente toda la dificultad que tales resultados nos plantean. Voy a argumentar 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. Dicho en otros términos, 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.

La razones de este doble rasero para la validez son sencillas de intuir, pero complejas de enunciar en su totalidad: Se trata de razones de tipo institucional vinculadas a la *eficacia* de los valores materiales o sustantivos que el Derecho incorpora. Así, por ejemplo, si nos fijamos en las normas que confieren poderes privados (capacidades) observamos que gran parte de las mismas se hayan centralmente vinculadas al *valor sustantivo de la autonomía*. De ello son buena muestra todas aquellas normas que confieren poder para obligarse a hacer algo, o para realizar actos de disposición patrimonial. Pues bien, la *eficacia* del *principio de autonomía* quedaría seriamente entredicho si con alegar una mínima apariencia de desviación de las exigencias fijadas en las reglas que confieren tales poderes fuera posible dejar de considerar como válidos los resultados generados en virtud de las mismas. Pensemos en qué sucedería si la producción de efectos jurídicos de todos y cada uno de los testamentos que se redactan en el territorio de un Estado estuviera subordinada a que se comprobara la concurrencia efectiva de cada una de las condiciones que figuran en el antecedente de las reglas que confieren poder para hacer testamento. Por el contrario, la presunción opera en sentido opuesto: Basta con una mínima apariencia de cumplimiento de las exigencias que figuran en la ley para poner en marcha el mismo entramado de efectos jurídicos que tendría el cumplimiento pleno de todas y cada una de las exi-

<sup>18</sup> Aunque no necesariamente una creencia mutua en la plena adecuación de tales entidades a las normas sobre la producción normativa.

gencias, y esta presunción sólo puede ser derrotada empleando alguno de los mecanismos expresamente previstos para ello por el Derecho.

Por su parte, en el caso de las reglas que confieren poderes públicos (normas de competencia), podríamos afirmar que su fundamento está centralmente ligado a la *fuerza autoritativa del Derecho*. Las reglas que confieren poderes públicos instituyen sistemas de autoridades a los que se atribuye funciones de producción y aplicación del propio Derecho. Esto es, es el mismo Derecho el que regula las funciones de cambio y de adjudicación. Pues bien, la eficacia de todo este entramado institucional de autoridades depende en buena medida de dotar de una fuerza presuntiva a las decisiones que alcanzan tales autoridades, sean estas leyes, sentencias, resoluciones, etc. De forma análoga a lo que sucedía con los poderes privados, la *eficacia o fuerza autoritativa del Derecho* se tambalearía si bastara con que cualquier agente alegara una desviación de las exigencias fijadas en las reglas que confieren tales poderes para dejar de aplicar (o de seguir) una ley, una sentencia o una resolución. También aquí la presunción opera en sentido contrario: La mínima apariencia de cumplimiento de las exigencias que figuran en la ley pone en marcha todos los efectos jurídicos previstos para los resultados normativos regulares, y sólo en virtud de un pronunciamiento expreso de un órgano investido de autoridad para ello será posible romper esta presunción<sup>19</sup>.

En suma, razones institucionales ligadas a la eficacia del Derecho, en tanto que mecanismo para la persecución de determinados fines, nos llevan a ampliar la noción de validez, de manera que ésta no sólo incluya aquellas entidades que se adecuan a todas y cada una de las exigencias fijadas en las reglas que confieren poder para su producción, sino también aquellas otras que sólo presentan una apariencia mínima de adecuación<sup>20</sup>. Es a la luz de esta doble dimensión de la va-

<sup>19</sup> Josep Aguiló me ha hecho ver que este tipo de presunciones encajarían perfectamente en una categoría que él ha denominado *presunciones-principio*. Aguiló sostiene que, a diferencia de las presunciones-reglas, en las presunciones-principio “el deber de aceptar la verdad procesal en que consiste el contenido de la norma de presunción no está sometido a más condiciones que las que derivan de su propio contenido, es decir, la obligación no depende de la prueba de ningún hecho base”. Concretando más, este autor menciona las presunciones de constitucionalidad de las leyes y la de legalidad de los actos de la Administración, como ejemplos de presunciones-principio que expresan *principios institucionales*. Como es fácil ver, ambas presunciones no serían más que concreciones de la presunción general de validez a la que aquí he hecho alusión (cfr. Josep Aguiló, “Presunciones, verdad y normas procesales”, en prensa, págs. 16 y sig.).

<sup>20</sup> Riccardo Guastini distingue dos sentidos de validez normativa que a mi juicio vendrían a coincidir con las dos nociones de validez que estoy tratando de diferenciar: La validez en *sentido fuerte* o *legitimidad* y la validez en *sentido débil* o existencia. De acuerdo con este autor, la validez en sentido fuerte o legitimidad se predica de una norma cuando ésta es conforme con todas las normas que, de varias formas, disciplinan su producción y/o limitan su contenido, mientras que la validez en sentido débil o existencia implica que una norma “simplemente es “eficaz”, vigente, o sea susceptible de ser aplicada y producir

lidez dónde la noción de validez constitutiva o institucional cobra un nuevo significado: La validez constitutiva o institucional no sólo se predicaría de los resultados normativos que se adecuan a las normas sobre su producción, sino – lo que es más significativo – de aquellos que, pese a no adecuarse, *de acuerdo con nuestro sistema* deben producir – en tanto no sean anulados – los mismos efectos que si lo hicieran. Vista así, la validez constitutiva tendría una naturaleza normativa, por lo que, a diferencia de lo que sucedía con los juicios de existencia puramente convencionales, puede servir como base a un juicio crítico fundado en Derecho.

Ahora bien, si la validez no es sólo una cuestión de adecuación a las exigencias fijadas en las reglas, la pregunta clave parece ser la siguiente: ¿Cuáles con las exigencias mínimas que una entidad jurídica debe satisfacer para poder predicar de ella la validez constitutiva? o, dicho en otros términos, ¿Cuál es el conjunto de condiciones necesarias y suficientes para poder predicar la validez constitutiva de una entidad jurídica?. En lo que sigue voy a examinar algunos intentos de dar respuesta a esta cuestión, aunque debo adelantar que a mi juicio ninguno de ellos resulta satisfactorio. Voy a sostener que el ordenamiento jurídico no ofrece un catálogo estable de *exigencias normativas mínimas* con arreglo a las cuales fundar juicios de validez constitutiva, sino que, por el contrario, tales exigencias son producto de *convenciones jurídicas interpretativas complejas y parcialmente inestables*<sup>21</sup>.

Pero antes de abordar las formas alternativas de respuesta a esta cuestión, me voy a ocupar de una posible réplica a mi planteamiento. Dicha réplica consistiría en afirmar que toda mi argumentación está lastrada por un vicio de origen, ya que mi estrategia de relacionar los elementos estructurales de las reglas que confieren poderes con los requisitos de los que depende la validez normativa plena es desencaminada: Las reglas que confieren poder se limitarían a expresar las condiciones que constituyen exigencias mínimas de validez constitutiva; las restantes exigencias de las que el ordenamiento jurídico hace depender la regularidad de los resultados normativos no formarían parte de las reglas que confieren poder.

efectos jurídicos...”. (cfr. Riccardo Guasini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, ed. Giuffrè, Milán, 1993, pág. 50).

<sup>21</sup> Coincido plenamente con Guastini cuando señala que “para que una norma adquiera eficacia, es suficiente que ésta sea conforme (no con todas, pero) al menos sólo con algunas de las normas que disciplinan su creación” y a renglón seguido añade que “no se puede trazar una línea neta de demarcación entre la invalidez (ilegitimidad) y la inexistencia: las dos cosas, por así decirlo, se difuminan la una en la otra. Esto depende del hecho de que no es posible decir con precisión a cuáles (y cuantas) normas sobre la producción jurídica una norma debe ser conforme para superar el umbral de la “inexistencia” sin todavía reunir la plena validez” (cfr. Riccardo Guasini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, ed. Giuffrè, Milán, 1993, pág. 50).

Esta forma restrictiva de concebir las reglas que confieren poder podría estar sugerida por Atienza y Ruiz Manero en *Las piezas del Derecho*, cuando en réplica a sus críticos afirman lo siguiente:

... el problema al que ha de responder una teoría de las reglas que confieren poderes es el de explicar cuáles son las condiciones para producir exitosamente (esto es, en forma reconocida por el Derecho) cosas tales como leyes, testamentos, resoluciones o sentencias, con independencia de que tales leyes, testamentos, etc., resulten –por violar alguna norma jurídica de mandato [...] ulteriormente anulables<sup>22</sup>

Así pues, las reglas que confieren poder no tendrían nada que ver con los requisitos de validez plena, ni, por lo tanto, con la producción de resultados normativos regulares, sino únicamente con la producción *exitosa* de resultados institucionales. Por supuesto, de por sí no hay nada erróneo en esta forma de interpretar las reglas que confieren poder: Se trata de una estipulación y, en tanto que tal sólo es vulnerable a la crítica en la medida en la que no resulte demasiado útil para dar cuenta de los diferentes contextos en los que los juristas recurren a ésta noción. Pero creo que esto es precisamente lo que sucede: que cuando los juristas se refieren a las condiciones para la producción de un resultado institucional incluyen indiferenciadamente ambos tipos de exigencias.

Una buena muestra del carácter indiferenciado con el que se alude a ambos tipos de exigencias es que estos mismos autores, en su trabajo sobre la validez, utilizan los cuatro elementos de su formulación canónica de las reglas que confieren poder – estado de cosas; sujeto; acción y procedimiento – para dar cuenta de los distintos tipos de vicios de validez regulativa<sup>23</sup>:

Algunos ejemplos de vicios de validez (regulativa) serían los siguientes. Por lo que hace a la materia (y el mismo ejemplo serviría, visto desde otro ángulo, para el órgano) pensemos en una ley estatal que invade competencias exclusivas de una comunidad autónoma, o, por lo que hace al procedimiento, que ha sido aprobada sin admitir a trámite las enmiendas de un cierto grupo parlamentario que, de acuerdo con el reglamento de la cámara, hubieran debido admitirse a trámite. Y, por lo que hace al contenido, repárese en el siguiente ejemplo, que nos servirá también para mostrar los límites de los mecanismos de control de la regularidad: ¿qué ocurriría con una ley dictada

<sup>22</sup> *Las piezas del Derecho*, ob. cit., págs. 77 a 78.

<sup>23</sup> Además, como se recordará, en este artículo incorporan a la formulación canónica de las reglas que confieren poder para legislar el elemento C del contenido, sin advertir que este nuevo elemento no encaja bien entre las exigencias mínimas de la validez constitutiva, sino que acostumbra a concebirse como un requisito para la producción de resultados normativos regulares: Cualquier reflexión sobre la concurrencia del elemento C del contenido exige abandonar el terreno de las apariencias y desarrollar una argumentación bastante compleja que permita valorar la compatibilidad del contenido proposicional de una norma con el de otras normas superiores del sistema.

por las Cortes, de acuerdo con el procedimiento constitucionalmente establecido, que supusiera una violación flagrante de la Constitución: que estableciera, por ejemplo, la pena de muerte, en tiempos de paz, para los delitos de terrorismo?...<sup>24</sup>

Por lo tanto, voy a asumir que las reglas que confieren poder no sólo incorporan las exigencias mínimas de las que depende la validez constitutiva del resultado institucional (validez como existencia), sino todas aquellas que condicionan la regularidad del resultado (legitimidad). Así pues, queda abierta la cuestión de cómo delimitar uno y otro tipo de exigencias. La primera de las estrategias de delimitación de la que me voy a ocupar se centra en las reglas que confieren poderes para producir normas, y emplea la distinción entre validez formal y validez material como criterio de deslinde.

En el lenguaje usual de la dogmática jurídica, la noción de *validez formal* suele contraponerse a la de *validez material*. Mientras que los juicios de validez formal suele decirse que son el producto de juzgar el acto creador de la norma (el acto jurídico), los juicios de validez material lo serían de juzgar la compatibilidad de la norma con otras normas superiores. Dicho en otros términos, mientras que la validez formal se predica de la fuente en sí misma, la validez material se predica del resultado de ese acto: la norma, entendida como enunciado interpretado.

Elementos de las reglas que confieren poder como la persona (destinatario), territorio, sujeto, procedimiento, etc, estarían asociados a la dimensión formal de la validez y, por su parte, el elemento C del contenido lo estaría a la material<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Atienza y Ruiz Manero, “Seis acotaciones preliminares ...”, ob. cit., págs 727 a 728.

<sup>25</sup> Antes de proseguir es necesario realizar una precisión conceptual para no inducir a confusión al lector: El sentido en el que dogmática jurídica usa la expresión *validez material* no se corresponde con el de la dimensión *material* de la validez que aparece en el elemento X (estado de cosas) al que se refieren Atienza y Ruiz Manero. Mas allá de la coincidencia terminológica, ambas categorías presentan un importante aspecto en común que puede inducir a la confusión: En ambos casos la emisión de un juicio de validez presupone la interpretación de la fuente en cuestión. Tanto cuando tratamos de juzgamos la validez material de una norma, como cuando tratamos de determinar si en la producción de un resultado normativo se ha respetado o no el elemento material integrante del estado de cosas, tenemos ante nosotros una tarea de tipo interpretativo, en el sentido de que nos resulta necesario la atribución de significado a la norma en cuestión. Ahora bien, la interpretación en este segundo caso no desciende a juzgar la compatibilidad del contenido proposicional de la norma con el de otras normas superiores del sistema –como sucede cuando nos preocupa la validez material de la norma–, sino que sólo se preocupa de si el órgano en cuestión es competente para emitir una norma con el contenido de que se trate – sea este contenido acorde o no con otras normas del sistema. Así, por ejemplo, si el gobierno pretendiera regular mediante un decreto una materia reservada a la ley orgánica, diríamos que no se da el estado de cosas X necesario para la producción del resultado, por no concurrir el elemento de material de la competencia; en cambio, una norma aprobada por el Parlamento, relativa a un materia en la que éste tuviera la competencia, pero que violara un

Pues bien, de acuerdo con esta estrategia de deslinde, las *condiciones para la existencia de la fuente-acto* vendrían a coincidir con el conjunto de exigencias necesarias y suficientes para poder predicar la validez constitutiva. Por lo tanto, los vicios formales cuestionarían la existencia o validez constitutiva del resultado institucional, mientras que los materiales o de contenido sólo cuestionarían la regularidad del resultado institucional. Así, cuando afirmamos que un determinado resultado institucional (por ejemplo una ley o un testamento es irregular (ilegal) estaríamos, por un lado, reconociendo que existe, en cuanto que fue dictado de manera conforme a los requisitos formales que figuran en la regla que confiere poderes para producirlo, pero que, ello no obstante, el contenido de esos resultados institucionales es irregular (ilegítimo) porque contradice el contenido de normas consideradas superiores<sup>26</sup>.

Josep Aguiló emplea esta estrategia de delimitación en su *Teoría general de las fuentes del Derecho*<sup>27</sup>. En dicho trabajo distingue cinco condiciones que estarían recogidas en el antecedente de las reglas que confieren poder para legislar – autoridad, procedimiento, materia<sup>28</sup>, persona y territorio – que serían condición necesaria y suficiente para la existencia de una fuente-acto y señala que:

del hecho de que se configuren como condiciones necesarias del resultado institucional, de la fuente acto, se sigue que la no satisfacción de cualquiera de ellas hace que no se produzca el resultado institucional; es decir, que no exista la fuente acto... Ese

deber constitucional, adolecería de un vicio material o sustancial. Cuando cuestionamos la concurrencia del elemento material que figura en el estado de cosas X interpretamos para determinar si el contenido de la norma puede clasificarse dentro del subtipo de materia que le está reservada al órgano en cuestión, sea o no este contenido compatible el contenido con otras normas de rango superior. Por el contrario, juzgar la compatibilidad del contenido de la norma con otras normas de rango superior es la tarea interpretativa que procede cuando cuestionamos la validez material o sustancial de una norma. Siguiendo a Guastini (*Le fonti del diritto e l'interpretazione*, ob.cit., pág. 57) en el espíritu, aunque desviándonos en la terminología por él empleada, podríamos afirmar que, mientras que al hablar de la materia integrante del elemento X – aludimos al objeto mismo de disciplina; al hablar de validez material nos referimos a cómo en una determinada fuente se disciplina una determinada materia.

<sup>26</sup> Josep Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Madrid, 2000, pág. 77.

<sup>27</sup> Ob.cit., págs. 81 a 82.

<sup>28</sup> No obstante, los vicios relativos a los requisitos de competencia material, pese a figurar en el estado de cosas E, no pueden ser calificados de vicios formales, ya que, al igual que sucede con el elemento C, del contenido, la identificación del vicio presupone la interpretación del enunciado en cuestión. Tanto para poder afirmar que el decreto D del gobierno excede de su competencia material, como para poder mantener que la ley L del parlamento es incompatible con el contenido de la constitución, es necesario interpretar el contenido de la fuente jurídica. En el mismo sentido cfr. R., Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, ob.cit., págs. 57 a 58.

efecto jurídico se traduciría en que los operadores jurídicos no tomarían esos documentos como fuentes-acto, sencillamente no los reconocerían como resultados institucionales<sup>29</sup>.

Pero, como ya he adelantado, ésta no me parece una estrategia de deslinde fiable. La razón es bien simple: la equiparación vicios formales/invalidez constitutiva no siempre funciona. Para mostrarlo voy a traer a colación un caso que a todos nos resultará familiar. Se trata del nombramiento de Eligio Hernández como fiscal general del Estado. Dicho nombramiento fue desde el primer momento bastante polémico, ya 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 éste requisito formal. Lo que no se cuestionó para nada fueron las actuaciones llevadas a cabo por Eligio Hernández como Fiscal General: Estas 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.

La otra estrategia para aislar las condiciones mínimas de las que depende la validez constitutiva de un resultado normativo que voy a explorar partiría de lo que, siguiendo a Atienza y Ruiz Manero, podríamos llamar *parámetros regulativos de validez*<sup>30</sup>. La idea es la siguiente: Las normas regulativas que señalan deberes asociados a la producción de resultados normativos no sólo señalan prohibiciones (u obligaciones) relativas al contenido del resultado institucional, sino que también pueden señalar deberes o prohibiciones relativas a algunos de los elementos formales que aparecen en el esquema de las reglas que confieren poder. Por lo tanto, los cuatro elementos que hemos distinguido en el antecedente del esquema de las normas que confieren poder (X o estado de cosas, Z o sujeto u órgano, Y o acción-procedimiento, C o contenido) pueden estar, a su vez, afectados por normas regulativas, que establecen obligaciones, prohibiciones o permisos relativos a la producción del resultado institucional.

<sup>29</sup> Aguiló admite que muchos de estos conflictos de hecho son resueltos por los Tribunales, pero lo que a su juicio sucedería en tales casos es que, “al ser penumbrosos los límites de la competencia, los juicios de inexistencia generalmente no son automáticos”. Ello hace que deban ser resueltos por los tribunales y, en consecuencia, que se genere la impresión de que versan sobre la regularidad del resultado y no sobre su existencia (cfr. ob.cit., pag. 82). Pero, si en tales casos los límites de competencia son penumbrosos, ¿no diríamos que el resultado presenta una mínima apariencia de validez constitutiva y que, en consecuencia, es constitutivamente válido (en tanto que no sea anulado)?

<sup>30</sup> Atienza y Ruiz Manero, “Seis acotaciones preliminares ...”, ob. cit., págs 729.

Pues bien, todos aquellos elementos de la regla que confiere poder que no estén afectados por reglas regulativas constituirían las exigencias mínimas para la validez constitutiva; mientras que aquellos otros elementos que sí están afectados por reglas regulativas serían sólo condiciones para la regularidad del resultado institucional. Así, por ejemplo, los elementos de la regla que confiere poder para hacer testamento que están afectados por reglas regulativas – como las prohibiciones destinadas a preservar la legítima – serían exigencias para la regularidad del resultado institucional, mientras que aquellos otros que no están afectados por reglas de mandato – como los relativos a la capacidad de obrar – serían exigencias mínimas para la validez constitutiva.

Pero tampoco esta estrategia me parece fiable: Hay algunos elementos de las reglas que confieren poder que no están afectados por parámetros de validez regulativa, pero que, no obstante, no comprometerían la validez constitutiva del resultado. Pensemos, por ejemplo, en qué sucedería con el testamento realizado por un sujeto en un momento de trastorno mental. Ninguna norma regulativa prohíbe a un agente Y que sufre un trastorno mental hacer una declaración de voluntad disponiendo de sus bienes y, ello no obstante, no podríamos negar la validez constitutiva de tal testamento: *De acuerdo con nuestro sistema jurídico*, este testamento *debe* surtir efecto en tanto no sea declarado contrario a Derecho por un órgano competente. Debe ser considerado, por lo tanto, válido constitutivamente, pero irregular<sup>31</sup>.

#### 4. Conclusiones

A lo largo de las páginas de este trabajo he tratado de mostrar cómo la noción de *validez constitutiva* que manejan Atienza y Ruiz Manero resulta en ocasiones un tanto vaga e imprecisa. Así mismo, he intentado proporcionar algunos elementos conceptuales que pueden ayudar a clarificar esta noción. En todo caso, dejando a un lado esta crítica *local* a la concepción de la validez de Atienza y Ruiz Manero y a modo de conclusión general, las ideas centrales expuestas en este trabajo pueden resumirse en las siguientes tesis:

1) La noción de validez constitutiva cobra luz cuando se la relaciona con los *resultados normativos irregulares*. La validez constitutiva se predica tanto de los resultados normativos que son regulares como de aquellos otros que, pese a no serlo, presentan una mínima apariencia de validez.

2) Tales resultados normativos irregulares constituyen entidades jurídicas convencionales (en el sentido que en este trabajo he sostenido), pero esta caracterización no explica completamente toda la dificultad que plantean.

<sup>31</sup> En cambio, si un acto es realizado por alguien que haya sido declarado legalmente incapaz, el resultado se tiene por inexistente.

3) Es el propio Derecho el que introduce este doble rasero para la validez de los resultados institucionales: De acuerdo con nuestros ordenamientos jurídicos también *deben producir efectos jurídicos* aquellos resultados normativos que, pese a no adecuarse a las normas sobre su producción, presentan una mínima apariencia de validez.

4) El fundamento para este doble rasero de validez no se encuentra directamente en los valores sustantivos que el Derecho incorpora, sino en exigencias ligadas a la *eficacia del Derecho*; se trata, en suma, de razones institucionales.

5) El ordenamiento jurídico *no ofrece un catálogo estable* de exigencias normativas mínimas con arreglo a las cuales fundar juicios de validez constitutiva: No toda vulneración de las exigencias formales que figuran en la formulación canónica de las reglas que confieren poder supone sin más la inexistencia del resultado. El incumplimiento de un mismo requisito formal puede dar lugar, según los casos, a la inexistencia del resultado, o la irregularidad del mismo.

6) Las exigencias mínimas de las que depende la validez constitutiva de un resultado institucional son producto de *convenciones jurídicas interpretativas complejas y parcialmente inestables*. No siempre nuestras predicciones sobre la invalidez constitutiva de un resultado van a ser fiables.

7) La validez constitutiva, en tanto que exigencia fundada en el propio ordenamiento jurídico, tiene carácter normativo, por lo que puede servir como base a un juicio crítico fundado en el Derecho. Pero, junto con esta dimensión normativa, al no existir un catálogo estable de exigencias normativas mínimas con arreglo a las cuales fundar juicios de validez constitutiva, tiene también un pie asentado en el terreno de las convenciones.

He empezado este trabajo planteándome cuál es la naturaleza de los juicios de validez constitutiva y soy consciente de que hay algo de inconcluyente en la forma en la que lo culmino: pues no he respondido de forma inequívoca a esta cuestión. Por un lado, he mantenido que la validez constitutiva de un resultado institucional, al fundarse en una exigencia derivada del propio ordenamiento, tendría carácter normativo; pero, por otro lado, también he sostenido que las exigencias mínimas de las que depende la validez constitutiva de ese mismo resultado son producto de *convenciones jurídicas interpretativas complejas y parcialmente inestables*.

Pero este aire inconcluyente del trabajo puede entenderse justificado si, como espero, he conseguido mostrar en él por qué no es posible responder de manera inequívoca y completa a todas estas cuestiones. La noción de validez constitutiva transita por un territorio que pertenece, sin posibilidad de deslinde nítido, tanto a la dimensión normativa del Derecho como a su dimensión puramente fáctica o convencional. En resumidas cuentas, la conclusión de este trabajo es que la noción de validez constitutiva es una noción tan imprescindible en nuestro análisis del Derecho como *inevitablemente* escurridiza.