

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA

VALIDEZ DE NORMAS Y DE ACTOS JURÍDICOS

Estudios de Teoría General
desde el derecho privado

Prólogo de
Manuel Atienza

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	13
CAPÍTULO I. LAS NORMAS DEROGADAS: VIGENCIA, VALIDEZ, APLICABILIDAD	23
1. PLANTEAMIENTO Y PROGRAMA	23
2. NORMAS DEROGADAS Y JUICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD	24
2.1. ¿Pueden declararse inconstitucionales las normas derogadas?	24
2.2. Recurso de inconstitucionalidad contra normas derogadas	26
2.3. Cuestión de inconstitucionalidad respecto de normas derogadas ..	30
2.4. Kelsen en el Tribunal Constitucional	34
3. DEROGACIÓN Y TEXTOS REFUNDIDOS	35
3.1. Derogación de las leyes por los decretos-legislativos que aprueban sus textos refundidos	35
3.2. «Textos refundidos» en el derecho de las Comunidades Europeas ...	40
4. NORMAS DEROGADAS Y RECURSO DE CASACIÓN	41
4.1. Casación por infracción de normas <i>aplicables</i>	41
4.2. Reinterpretación de normas ya derogadas	43
4.3. Interpretación de normas nuevas de acuerdo con las derogadas	44
4.4. Interés casacional y «normas anteriores de igual o similar contenido»	45
4.5. Jurisprudencia retardadora y normas implícitas	46
5. VIGENCIA, VALIDEZ Y DEROGACIÓN	47
5.1. Vigencia y derogación	47
5.2. Validez y derogación	51
6. APLICABILIDAD Y PERTENENCIA DE LAS NORMAS DEROGADAS	54

	Pág.
6.1. La aplicabilidad de las normas derogadas.....	54
6.2. Las normas derogadas pertenecen al ordenamiento español.....	56
6.3. ¿Qué normas derogadas son aplicables? Es inútil al respecto la idea de «ultraactividad»	62
6.4. ¿Qué normas derogadas son aplicables? Algunos criterios.....	66
CAPÍTULO II. EL CONCEPTO DE VALIDEZ DE LOS ACTOS JURÍDICOS DE DERECHO PRIVADO	69
1. LO QUE SE ENCONTRARÁ EN ESTE CAPÍTULO	69
2. DEFINICIONES INICIALES	70
2.1. Validez de un acto jurídico respecto de una norma	70
2.2. Validez de un acto jurídico en el sistema	71
3. LAS NORMAS QUE CONFIEREN PODERES	72
3.1. Normas de competencia y normas de conducta	72
3.2. Partiendo de Kelsen.....	73
3.3. Capacidad de derecho privado y competencia en Alf Ross	75
3.4. H. L. A. Hart.....	76
3.5. Atienza y Ruiz Manero en <i>Las piezas del derecho</i>	77
4. REGLAS QUE ATRIBUYEN PODERES Y REGLAS QUE REGULAN LA ACTUALIZACIÓN DE LOS PODERES	80
5. EL PODER (CAPACIDAD) Y LAS REGLAS QUE LO ATRIBUYEN...	81
6. REGLAS DE INCOMPETENCIA	83
7. NORMAS REGULADORAS DE LA ACTUALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA	85
8. PRINCIPIOS GENERALES QUE LIMITAN LOS PODERES: FRAUDE DE LEY Y ABUSO DEL DERECHO.....	88
9. LA COHERENCIA CON NORMAS SUPERIORES	90
10. VALIDEZ FORMAL Y VALIDEZ MATERIAL.....	92
11. VALIDEZ RESPECTO DE UNA NORMA: EXPLICACIONES	94
12. VALIDEZ DE UN ACTO EN EL SISTEMA: EXPLICACIONES	96
13. INVALIDEZ RESPECTO A UNA NORMA Y EN EL SISTEMA	97
14. LA REGLA DE CLAUSURA. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO	99
15. VALIDEZ Y PERTENENCIA. PERTENENCIA AL ORDEN JURÍDICO ESTATAL.....	101
16. VALIDEZ SIMULTÁNEA EN VARIOS ORDENAMIENTOS ESTATALES	103
17. LA HIPÓTESIS DE VALIDEZ EN SISTEMAS NORMATIVOS NO ESTATALES	104

	Pág.
18. VALIDEZ RESPECTO A UNA NORMA Y VALIDEZ EN EL SISTEMA.....	106
18.1. Los hechos.....	106
18.2. El pleito civil.....	106
18.3. Un poco de análisis.....	108
19. ACTOS PERMITIDOS INVÁLIDOS EN EL SISTEMA.....	110
20. LOS ACTOS DE LAS PERSONAS PÚBLICAS PARA LOS QUE CARECEN DE COMPETENCIA.....	114
21. VALIDEZ Y PROHIBICIÓN.....	116
22. NORMAS «IMPERATIVAS» y «PROHIBITIVAS» EN EL ART. 6-3 CC....	119
23. DISPOSICIONES DE VALIDEZ Y DISPOSICIONES DE INVALIDEZ....	121
CAPÍTULO III. EFICACIA SOCIAL DE DISTINTOS TIPOS DE NORMAS CIVILES.....	125
1. DEFINICIONES DE EFICACIA Y DE EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS.....	125
2. EFICACIA COMO CUMPLIMIENTO.....	126
3. «CUMPLIMIENTO» DE NORMAS DISTINTAS DE LAS DE MANDATO.....	128
4. ¿ES SOCIALMENTE IRRELEVANTE LA «MERA COINCIDENCIA»?.....	129
5. «INVOCAR LA LEY»: ENTRE EL CUMPLIMIENTO Y LA APLICACIÓN.....	131
6. NORMAS DE PERMISO Y DE COMPETENCIA. EFICACIA COMO ÉXITO.....	132
7. LAS NORMAS DISPOSITIVAS.....	137
7.1. Concepto de norma dispositiva.....	137
7.2. Eficacia social y ejercicio del poder de desplazar la norma.....	139
7.3. Las normas sobre sucesión intestada.....	141
7.4. Las normas sobre régimen económico matrimonial.....	142
7.5. Derecho de los contratos.....	143
8. LAS NORMAS QUE INVALIDAN LOS ACTOS DE LOS PARTICULARES.....	145
8.1. Eficacia simbólica de las normas invalidantes.....	145
8.2. No siempre las normas de nulidad pretenden disuadir.....	147
8.3. Hay casos en que no es pensable una finalidad disuasoria.....	147
8.4. Casos de evidente finalidad disuasoria (defensa de la competencia; usura).....	148
8.5. Los contratos simulados.....	150

	Pág.
CAPÍTULO IV. LAS LEGES IRRITANTES EN DE LEGIBUS DE FRANCISCO SUÁREZ COMO NORMAS DE COMPETENCIA ...	151
1. INTRODUCCIÓN	151
2. LAS NORMAS IRRITANTES Y SUS CLASES. LAS NORMAS IRRITANTES NO SON PENALES	154
3. EL CASO DEL TESTAMENTO NULO POR DEFECTO DE FORMA...	155
4. LA INVALIDEZ NO ES UNA PENA	157
5. INVALIDEZ «EN SENTIDO DÉBIL»	159
6. LA NORMA PROHIBITIVA NO ANULA, POR SÍ, EL ACTO CONTRARIO	160
7. LA <i>LEX NON DUBIUM</i>	163
8. NORMAS DE COMPETENCIA Y NORMAS DE INCOMPETENCIA...	164
9. PODER DE LOS PARTICULARES Y ACTOS DE AUTONOMÍA PRIVADA.....	167
CAPÍTULO V. ¿«SANCIÓN DE INVALIDEZ»? LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ Y DE SANCIÓN.....	169
1. LA NULIDAD NO ES UNA SANCIÓN: LA OPINIÓN ESTÁNDAR ENTRE LOS FILÓSOFOS DEL DERECHO	169
2. EL TÓPICO «BAJO PENA DE NULIDAD» EN LAS LEYES Y LOS JURISTAS.....	171
3. SOBRE EL CONCEPTO DE SANCIÓN EN LA CIVILÍSTICA ESPAÑOLA. EFICACIA DE LAS NORMAS,	173
3.1. Eficacia de las normas, sanción y coerción en Federico de Castro...	173
3.2. ... en José Castán Tobeñas	177
3.3. ... en Díez-Picazo y Gullón (<i>Sistema</i>)	178
3.4. ... en Díez-Picazo (<i>Fundamentos</i>)	180
3.5. ... y en Lacruz Berdejo (<i>Elementos</i>)	181
4. TRES SENTIDOS DE LA EXPRESIÓN «LA NULIDAD ES UNA SANCIÓN»	182
5. NULIDAD DE LOS ACTOS CONTRARIOS A LA LEY. EL ART. 6-3 CC	184
6. EL CONCEPTO DE SANCIÓN EN LA TEORÍA DEL DERECHO	187
7. ESCASA UTILIDAD DE CALIFICAR A LA INVALIDEZ COMO SANCIÓN	189
8. UNA CLASIFICACIÓN DE LAS SANCIONES (TULLIO PADOVANI)	190
9. OTRA OPINIÓN: ALGUNAS NULIDADES SON SANCIÓN, ES DECIR, EFECTO DE LA VIOLACIÓN DE UN DEBER	192
10. INVALIDEZ, ILÍCITO Y CULPA.....	194

	Pág.
11. INVALIDEZ SIN ILICITUD.....	196
11.1. «Bajo pena de nulidad».....	197
11.2. «Es malo» no presupone (necesariamente) «está prohibido»	198
12. «NO PUEDE» Y «ESTÁ PROHIBIDO».....	199
13. TRES HISTORIAS DE TESTAMENTOS NULOS.....	201
13.1. El testamento privado mecanografiado	201
13.2. Testamento ante párroco mecanografiado por este.....	202
13.3. Un curioso testamento en peligro de muerte ante notario.....	202
14. LA INVALIDEZ COMO PARALELO O EQUIVALENTE DE LA SANCIÓN	203
15. LA INVALIDEZ NO ES (AMENAZA DE) PRIVACIÓN DE UN BIEN, NI ENTRAÑA COACCIÓN.....	206
16. ALGUNAS CONSECUENCIAS QUE PRETENDEN DERIVARSE DE LA CONSIDERACIÓN DE LA NULIDAD COMO PENA CIVIL.....	208
16.1. ¿Interpretación estricta de las nulidades?.....	209
16.2. ¿Ley más favorable en el derecho intertemporal?.....	209
16.3. ¿Proporcionalidad de la invalidez a la gravedad de la «infracción»?	211
17. LA SANCIÓN ESTATAL DE LOS ACTOS JURÍDICOS DE LOS PARTICULARES.....	212
 CAPÍTULO VI. VALIDACIÓN: CONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO DE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO	215
1. VALIDEZ, JUICIO DE VALIDEZ, ACTOS DE VALIDACIÓN	215
2. EL TÉRMINO «VALIDACIÓN»	217
3. DEFINICIONES.....	218
4. EL CONCEPTO DE VALIDACIÓN EN LA TEORÍA DE LA NORMA..	219
5. LA PUBLICACIÓN DE LAS NORMAS GENERALES	221
6. VALIDACIÓN DE OTRAS NORMAS	223
7. LAS NORMAS DE VALIDACIÓN	224
8. LAS NORMAS VALIDADAS	226
9. MUNDOS JURÍDICOS ÓPTIMOS	227
10. PRESUNCIÓN DE VALIDEZ Y VALIDACIÓN	229
10.1. Presunciones y presunción de validez.....	229
10.2. Presunción de validez como corrección.....	231
10.3. Presunción de validez como fuerza de obligar, y validación	233
 CAPÍTULO VII. EL VIGOR DE LAS LEYES: EL CAMPO SEMÁNTICO «VALIDEZ» EN EL <i>DICCIONARIO DE AUTORIDADES (1726-1739)</i>.....	235

	Pág.
1. PREGUNTAS SOBRE EL SENTIDO DE LA PALABRA «VALIDEZ»...	235
2. ¿DESDE CUÁNDO USAMOS EL TÉRMINO «VALIDEZ»?.....	237
2.1. «Validez» no entró en el <i>Diccionario de Autoridades</i> y tardó en llegar.....	237
2.2. Dos sentidos de «validez»: «corrección» y «fuerza» o «vigor».....	240
3. EL CAMPO SEMÁNTICO «VALIDEZ»	241
3.1. «Valer», «valor» y «validación».....	241
3.2. «Vigor», «vigencia», «observancia»	242
3.3. «Sancionar», «promulgar», «publicar»	243
3.4. «Otorgar», «autorizar», «adverar»	246
3.5. «Robra», «alifara» y «alboroque».....	248
4. EL CAMPO SEMÁNTICO «INVALIDEZ»	250
4.1. «Nulidad», «inválidamente», «invalidar»	250
4.2. Muchos términos, con significados muy relacionados	251
4.3. «Abolir», «abrogar» y «derogar»	252
4.4. «Casar», «anular» e «irritar»	254
5. FINAL: FUERZA Y VIGOR: <i>VIS ET IUS</i>	255
 APÉNDICE. VOCABULARIO DEL CAMPO SEMÁNTICO «VALIDEZ» EN EL <i>DICCIONARIO DE AUTORIDADES</i> (1726-1739)	259
 BIBLIOGRAFÍA.....	267

PRÓLOGO

Jesús DELGADO es, sin ninguna duda, una *rara avis* en el contexto de la civilística española y, más en general, en el de los cultivadores de la dogmática jurídica en nuestro país. Su rareza se debe a que él es, si no me equivoco, uno de los pocos juristas españoles que, sin ser profesionalmente un teórico general del derecho, sin embargo, posee una amplia y profunda formación en ese campo de los saberes jurídicos.

Se trata de una circunstancia verdaderamente singular porque tradicionalmente quienes se han ocupado entre nosotros del estudio de los conceptos básicos del derecho (norma, sistema jurídico, lagunas, antinomias, fuentes del derecho, hechos y actos jurídicos, sanción, validez y nulidad, derogación, eficacia, interpretación, etc.) han sido precisamente los civilistas, o sea, los que se veían a sí mismos (y eran vistos por los demás juristas) como los genuinos herederos de la Jurisprudencia romana, que es tanto como decir de la cultura jurídica de Occidente. Pero el caso es que a medida que en los últimos tiempos (en realidad, no tan últimos) el derecho privado perdía, por así decirlo, su papel hegemónico en la vida jurídica (lo que no quiere decir, naturalmente, que dejara de ser importante), es como si sus cultivadores fueran perdiendo también la capacidad para proveer al resto de los juristas de los instrumentos teóricos necesarios para manejar el material jurídico. O, dicho de otra manera, los elementos de teoría general del derecho que uno puede encontrar en las últimas décadas (por poner una fecha: desde los años setenta del siglo xx) en los libros y trabajos de los civilistas españoles (particularmente, al glosar los artículos del título preliminar del Código Civil) adolecen (como decía, con muy pocas excepciones) de un sorprendente arcaísmo conceptual y metodológico; es como si los civilistas hubiesen decidido prescindir (o no fueran conscientes) del gran desarrollo que la disciplina —la teoría general del derecho— ha conocido a partir de la obra de Kelsen y de la irrupción de la iusfilosofía analítica.

Yo tuve en cierto modo la fortuna de asistir a esa especie de revolución teórica porque mi tesis de doctorado, que lei en Oviedo en 1976, versaba sobre la filosofía del derecho en Argentina, y argentinos fueron, hablando en general, los autores que, desde la segunda mitad de los años sesenta (por citar algunos nombres relevantes: CARRIÓ, ALCHOURRÓN, BULYGIN, VERNENGO, NINO), comenzaron, en el mundo de habla española, esa labor de introducción del método analítico (la iusanalítica del lenguaje ordinario o la de inspiración lógico-formal) con resultados verdaderamente notables. Me limito a poner dos ejemplos: el análisis de CARRIÓ de la expresión «los jueces crean derecho» o la rigurosa elaboración por parte de ALCHOURRÓN y BULYGIN de las nociones de sistema y orden jurídico, laguna, contradicción normativa, etc. Recuerdo muy bien el seminario que en 1975 (poco después de aprobado el nuevo título preliminar del Código Civil) se celebró en la Facultad de Derecho de Oviedo y al que asistieron dos grandes iusprivatistas (Julio GONZÁLEZ CAMPOS y Vicente MONTÉS) vivamente interesados por conocer las nuevas orientaciones en el estudio de la teoría general del derecho que —el dato es culturalmente relevante— ahora no venían ya de Alemania.

Jesús DELGADO ha sido —y quiere que se le note— discípulo de José Luis LACRUZ. No sé muy bien en qué momento de su formación como iusprivatista cobró conciencia de esa gran transformación que había tenido la teoría general del derecho. Pero sí recuerdo varias de sus intervenciones, hacia finales del siglo pasado, en nuestros seminarios de los jueves (en el área de filosofía del derecho de Alicante) y el asombro que a todos nos produjo el encontrarnos con un «verdadero» jurista, o sea, alguien profesionalmente dedicado al estudio de una rama del derecho positivo, que poseía, sin embargo, un dominio tan completo de los temas de teoría del derecho que a nosotros nos ocupaban (y que explicábamos en la Facultad de Derecho en cierto modo en competencia con los civilistas de la casa). Desde entonces he colaborado con Jesús DELGADO en diversos proyectos. He tenido ocasión de aprender mucho de él. Y me veo ahora en la tarea que, sin duda tiene algo de antinatural (pero alguna ventaja tenía que tener pertenecer a una corriente iusfilosófica que siempre ha visto con aprensión las referencias a la naturaleza), de prologar el conjunto de sus trabajos que, de alguna manera, suponen trasladar el instrumental iusanalítico de los últimos tiempos a la esfera del derecho civil español; más exactamente, al estudio de algunas de sus nociones básicas: sobre todo, la de validez.

No es fácil confeccionar una síntesis de los siete capítulos que integran este libro; y yo no me propongo aquí ofrecérsela al lector que, por lo demás, puede hacerse con cierta rapidez una idea de las tesis principales defendidas por DELGADO leyendo el primer apartado de cada uno de los siete capítulos del libro. Tampoco merece la pena, me parece, hacer un elenco de los temas y de los problemas abordados por el autor puesto que, para darse cuenta de ello, es suficiente con examinar el detallado índice que acompaña a la obra. Lo que sí

haré es presentar una serie de reflexiones, de comentarios, que a mí me han ido surgiendo a medida que leía (en ocasiones, que releía) los diversos capítulos del libro. Inevitablemente tienen que ver con mis circunstancias personales (de filósofo del derecho interesado aunque, obviamente, no experto en derecho civil), pero espero que puedan tener también algún interés para otros lectores que se acerquen a la obra con *backgrounds* distintos al mío.

El primer comentario viene a ser una confirmación de lo que, en cierto modo, ha guiado mi trabajo en la filosofía del derecho en los últimos tiempos: la importancia que la perspectiva argumentativa tiene para entender lo que es el derecho y, en particular, para dar sentido (volver operativas) muchas elaboraciones de los iusfilósofos analíticos que, en principio, parecería que no persiguen más que una finalidad puramente teórica. Me explico. En el primero de los capítulos («Las normas derogadas: Vigencia, validez, aplicabilidad»), Jesús DELGADO trata de contestar a la pregunta de cuál es el estatus de las normas derogadas y entiende que, para ello, es necesario distinguir entre las nociones de vigencia, de validez y de aplicabilidad; pues, de otra manera, no se podría dar cuenta de fenómenos que se dan en el derecho español (y, con los ajustes correspondientes, en el resto de los derechos de los Estados constitucionales) como el hecho de que las normas derogadas pueden ser objeto del recurso de inconstitucionalidad o bien pueden servir para fundar un recurso de casación por infracción de norma aplicable.

Pues bien, lo que a mí me ha parecido es que esos y varios otros problemas que ahí aborda DELGADO con gran finura analítica podrían muy bien leerse en clave argumentativa. O sea, la cuestión de fondo (lo que unifica toda esa compleja problemática) me parece a mí que es esta: ¿qué tipo de enunciado puede integrar lo que solemos llamar la premisa mayor de la justificación interna (el silogismo subsuntivo) del razonamiento justificativo de un juez (o un órgano aplicador del derecho)?; a eso es a lo que DELGADO llama (siguiendo en esto a MORESO y NAVARRO) «aplicabilidad externa»: la norma que tiene que ser empleada para justificar una decisión institucional. Y el caso es que la premisa de ese razonamiento no es siempre una norma válida del sistema (dictada cumpliendo ciertos requisitos establecidos por otras normas del sistema y que no haya sido derogada). En ocasiones puede tratarse de una norma derogada (que no es válida ni está tampoco en vigor, pero que puede considerarse pertenece en algún sentido al ordenamiento). Y en otras ocasiones puede que la norma que integra esa premisa ni siquiera sea una norma perteneciente al sistema del juez, como ocurre cuando este tiene que aplicar una norma de un derecho extranjero. La reflexión, pues, podría concretarla así: quizás para entender y sacar partido a muchas de las sutiles distinciones que nos ofrece la iusfilosofía analítica lo mejor sea empezar por plantearse la pregunta de para qué sirven esas distinciones (algunas de ellas —conviene ser claros al respecto— no sirven para nada, para nada que pueda ser de utilidad en la vida del derecho); y la

respuesta, al menos en muchos casos (yo diría que, en general, cuando esas distinciones tienen interés), es para resolver o para ayudar a entender mejor problemas argumentativos que plantea la práctica jurídica.

Y si la reflexión anterior tiene, más o menos, la forma de una sugerencia, la que me ha suscitado la lectura del segundo de los capítulos del libro («El concepto de validez de los actos jurídicos de derecho privado») obedece a lo que bien cabría calificar de problema. Ese concepto de validez de los actos jurídicos, obviamente, es relativo al de norma de competencia, o norma que confiere poder, ya se trate de la validez de un acto jurídico respecto de una norma (el acto es válido «cuando esta norma confiere poder a un sujeto para realizar el acto y ese sujeto lo realiza») o de la validez de un acto jurídico en el sistema (el acto es válido «cuando es válido con arreglo a una norma perteneciente al sistema»). Una distinción relevante puesto que puede ocurrir que un mismo acto sea válido en relación con más de una norma del sistema o bien que sea válido en relación con alguna norma del sistema e inválido con respecto a otra. Pues bien, la manera como DELGADO entiende esas normas de competencia o normas que confieren poder se asemeja bastante a la presentación que Juan RUIZ MANERO y yo hacíamos de ellas (en cuanto tipo de norma constitutiva) en varios trabajos que DELGADO conoce muy bien. Pero él marca con nosotros, fundamentalmente, dos diferencias, y de ahí el problema al que antes me refería: ¿Tiene razón DELGADO en esos dos puntos? No lo sé muy bien, y por eso me voy a limitar a plantearle mis dudas al lector de este prólogo (y que luego lo será del libro) para que él decida por su cuenta.

El primer punto se refiere a si es preferible una visión, digamos, sintética de esas normas o si, por el contrario, conviene decantarse por un planteamiento más analítico. Tal y como nosotros veíamos las cosas, una norma que confiere poder tendría esta estructura: «Si se dan las circunstancias X (que delimitan los ámbitos de competencia material, personal, espacial y temporal) y un órgano Z lleva a cabo una acción (un procedimiento) Y dando lugar a un contenido C, entonces se produce un resultado normativo R (una norma o un acto válido)». DELGADO distingue también todos esos elementos, pero le parece que en lugar de hablar de una única norma es mejor distinguir un conjunto de normas (ninguna de ellas regulativa), a saber: las normas que atribuyen el poder; las que regulan la actualización del poder (la forma y el procedimiento); las que exigen coherencia con normas superiores; las normas de incompetencia. Ese planteamiento sería en su opinión más claro, analíticamente más fructífero y tendría también en su favor el hecho de que no parece posible formular una norma de competencia completa, ya que no hay ninguna disposición en el Código Civil español (y, cabría decir, generalizando, en ningún cuerpo legislativo) que exprese esa norma de validez; mientras que, por cierto, sí pueden ponerse ejemplos de disposiciones que expresan normas de invalidez. La crítica recuerda a la que muchas veces se ha dirigido a la tesis kelseniana según la cual todas las normas jurídicas

obedecerían a un mismo esquema condicional que correlaciona un ilícito con una sanción: los enunciados o disposiciones jurídicos serían meramente fragmentos de lo que habría que considerar como una norma completa, y sería cuestión ardua, o imposible, la de formular una norma jurídica completa. Me parece que en esto DELGADO tiene razón: en nuestros ordenamientos jurídicos no existen propiamente normas que obedezcan a la forma canónica que nosotros atribuíamos a las reglas que confieren poder. Pero quizás con eso no se resuelva del todo el tema y quepa además hacerse la pregunta de cuál es la función que debe jugar una teoría de los enunciados jurídicos. Pues si el *esquema completo* de una norma que confiere poder fuera el que nosotros habíamos sugerido (y en el que cabría incluir también —como DELGADO reconoce— las normas —los requisitos— de invalidez), ¿no podría verse en el mismo las ventajas que normalmente atribuimos a las visiones holísticas de los fenómenos —de los conceptos— frente a otras que necesariamente serían más fragmentarias?

El segundo viene a ser una consecuencia del anterior. Nosotros entendíamos que sobre los diversos elementos de una norma (o del esquema de una norma) que confiere poder incidían otras normas regulativas, de tal manera que, por ejemplo, el ejercicio de un poder podía estar permitido, prohibido o ser obligatorio. DELGADO no niega esto, pero es partidario de mantener una estricta separación entre las normas constitutivas (de las que dependen la validez o invalidez de los actos) y las regulativas (que son las que pueden llevar aparejada una sanción). Y de ahí el rechazo que él muestra a la distinción que hacíamos entre validez e invalidez constitutiva (según que se produzca o no el resultado normativo: validez como existencia) y validez e invalidez regulativa (según que, aceptado que se ha producido el resultado, se hayan respetado o no —y en qué grado— los requisitos establecidos por las normas regulativas que inciden sobre los diversos elementos del esquema: validez como regularidad). Y también se opone (es lo que ahora me interesa; dejo la anterior crítica para más adelante) a nuestra manera de entender el fraude de ley. Nosotros considerábamos que un acto fraudulento implica la infracción de una prohibición, de una norma regulativa de mandato, mientras que él sitúa el fraude de ley «en el ámbito de lo que un sujeto Z (no) puede hacer, *en el sentido de tener un poder normativo para hacer*». Y la pregunta que me hago (que hago al lector) es esta: ¿Puede realmente una figura como el fraude de ley (quizás cualquier figura jurídica de cierta complejidad) ser explicada de alguna manera que no suponga la combinación de normas constitutivas y normas regulativas? Y, más en concreto, si dejáramos fuera del fraude el aspecto consistente en infringir una norma —un principio— de mandato, ¿no estaríamos también prescindiendo de un elemento esencial de ese concepto: el juicio de reproche que atribuimos a la conducta fraudulenta?

La siguiente reflexión puedo expresarla (afortunadamente para el lector) de manera más breve que la anterior. El capítulo tercero («La eficacia social de

distintos tipos de normas civiles») es, yo diría, toda una llamada de atención a los filósofos (teóricos) del derecho del mundo latino para darse cuenta de lo limitado que resulta construir los llamados conceptos básicos del derecho desde una perspectiva que (me parece que es una consecuencia de haber adoptado como punto de partida el modelo kelseniano) tiende a ser más bien la del penalista (en tiempos más recientes, también la del constitucionalista), pero que no tiene suficientemente en cuenta al derecho privado; algo, por cierto, que no ocurre en otras tradiciones como la estadounidense: tanto LLEWELLYN como FULLER o SUMMERS fueron iusprivatistas muy relevantes. Pues bien, el análisis usual de la noción de eficacia (entendiendo por tal tanto la eficacia como cumplimiento —por parte de los ciudadanos y de las autoridades— como la eficacia social de las normas, los efectos que producen en la sociedad) está sin duda sesgado, puesto que se centra prácticamente de manera exclusiva en las normas de mandato y tiende a dejar de lado la eficacia de las normas que confieren poder y, muy en particular, de las normas de permiso que —como nos dice DELGADO— constituyen una parte importante de las normas de derecho civil. Los análisis que nos presenta aquí son de enorme interés y muestran además todo un campo de estudio (para teóricos del derecho y civilistas) verdaderamente auspicioso. Un buen ejemplo de lo que acabo de decir se encuentra en su (sutil pero muy pertinente) triple distinción de los permisos: simples permisos (conductas que el legislador valora como indiferentes); permisos como tolerancia (que son vistos como un mal menor, de manera que se introducen deseando que no se haga uso de los mismos o lo menos posible); y permisos incentivados (el legislador los contempla como de ejercicio deseable).

El capítulo IV, dedicado al estudio de las leyes irritantes en Francisco SUÁREZ, invita a reflexionar sobre la importancia que tiene la tradición (prestar atención a la historia) también en un campo tan abstracto como es el de la teoría general del derecho. Lo que Jesús DELGADO muestra en el mismo es que SUÁREZ habría sido un precursor de la crucial distinción que solemos atribuir a HART entre normas regulativas (o primarias) y normas que confieren poder (como son básicamente las normas secundarias). En cuanto subtipo de las leyes odiosas u onerosas, las «leyes irritantes» son aquellas que privan de validez a los actos humanos; por ejemplo, del poder para contratar válidamente o para hacer testamento (si no se siguen ciertas exigencias formales). En su gran tratado *De legibus*, al estudiar ese tipo de normas, SUÁREZ las habría presentado, aunque no utilizara esa terminología, como normas de competencia: de ahí su tesis de que la validez (él se ocupa de la validez de los actos, no de las normas) no es una sanción, pues cabe que se produzca un resultado de invalidez sin que se haya infringido una prohibición; o de que no siempre que se infringe una prohibición se produce como resultado la invalidez. Además, SUÁREZ habría mostrado que la manera de dirigir las acciones humanas por parte de las normas invalidantes no es la misma que la que caracteriza a las normas que prescriben o prohíben (las leyes irritantes suministrarían razones hipotéticas que hacen que puedan

ser usadas como reglas técnicas). Y, en fin, de acuerdo con la convincente presentación que nos hace DELGADO, en SUÁREZ estaría ya la distinción entre norma jurídica y disposición legal y, por supuesto, entre la fuerza directiva y la fuerza coactiva de la ley.

La reflexión a la que me ha llevado la lectura del capítulo V («¿“Sanción de invalidez”? Los conceptos de invalidez y de sanción») es doble.

La primera consiste en constatar, una vez más, la importancia del método analítico no solo para aclarar, sino también (consecuencia a veces de lo anterior) para eliminar problemas, esto es, polémicas, desacuerdos, que no son tales. En efecto, los juristas —como señala DELGADO— suelen hablar de «pena de invalidez» y afirman también que «la nulidad es una sanción», pero el uso que hacen del concepto de pena o de invalidez es muy poco preciso y la frase «la nulidad es una sanción» puede interpretarse según nuestro autor en tres sentidos: nulidad como consecuencia jurídica negativa de las normas que establecen requisitos de los actos jurídicos; nulidad como sanción represiva frente a un acto antijurídico; y nulidad como ineficacia en el sentido amplio de desajuste entre el caso individual y el caso genérico establecido en la norma. Así las cosas, DELGADO tiene razón en que calificar la invalidez como sanción tiene poca utilidad. Y lo que sí parece importante (ya se ha visto antes) es separar la ilicitud (un concepto relativo al de norma de mandato) de la invalidez (relativa esta última a las normas de competencia o normas que confieren poder); y darse cuenta de que la infracción de un deber (de una norma de mandato) no es condición ni necesaria ni suficiente para la invalidez. Por lo demás, eso no significa tampoco negar cualquier conexión entre sanción y nulidad. Inspirándose en NINO, DELGADO fija esa conexión, cabría decir, en términos negativos: «La nulidad, en definitiva —así concluye el capítulo—, no es una sanción, sino la negación de la sanción estatal al acto nulo».

La otra reflexión se refiere a la crítica que él hace a nuestra distinción (de Juan RUIZ MANERO y mía) entre validez constitutiva y validez regulativa, a la que ya antes he hecho alusión. DELGADO, como veíamos, considera que la noción de validez debe separarse de manera estricta de la de licitud y ahora (en ese capítulo del libro) nos invita a aclarar qué es lo que entendemos por ilicitud en la validez regulativa, y sugiere que tal vez lo que queríamos expresar con el concepto de validez regulativa es que la invalidez (la invalidez regulativa), sin ser una sanción, sin embargo, compartiría algunos rasgos de la sanción, sería algo así como un equivalente suyo.

Bueno, yo creo que Jesús DELGADO tiene razón al señalar que el (nuestro) concepto de validez regulativa no está completamente perfilado, y en que, por tanto, esa es una deficiencia que debería corregirse. Pero me parece (no sé si también se lo parecerá a DELGADO) que esas necesarias precisiones no tienen por qué modificar el núcleo del concepto y podrían consistir en lo siguiente.

Por un lado, en dejar claro que la invalidez regulativa (que es una cuestión de grado) no supone *necesariamente* la comisión de algún acto ilícito; puede tratarse simplemente de irregularidades, de desajustes (lo que se corresponde con el tercer sentido de «nulidad como sanción» al que me acabo de referir); y, de hecho, nosotros no hablábamos de «ilicitud», sino más bien de «incorrección» o de «irregularidad» de la conducta. Y, por otro lado (y es una manera de atender a su anterior sugerencia), creo que sí es posible conectar la invalidez (constitutiva y regulativa) con la sanción, pero si se parte de una noción muy amplia de sanción que vendría a coincidir con uno de los posible significados de «control social»: sanción en cuanto conjunto de mecanismos, de medios, de los que se sirve el derecho actuando bien sea *a posteriori* o bien *a priori* para incrementar al máximo las conductas deseadas y disminuir las indeseadas. Es la noción de sanción que utilicé en un libro de *Introducción al derecho* de 1985 y que luego he seguido manteniendo. Pero ahora me doy cuenta de que la formulaba de una manera inexacta, puesto que identificaba el par: conducta indeseada/conducta deseada con: conducta ilícita/conducta lícita, cuando lo adecuado habría sido utilizar el par: conducta inconforme/conducta conforme; o sea, la conducta puede no conformarse con las normas regulativas de mandato (en cuyo caso son ilícitas), o bien con las normas que confieren poder (y, en este último caso, no necesariamente por incurrir en ilicitud: comportamiento no conforme no equivale a comportamiento que infringe un deber).

El capítulo VI («Validación. Construcción de un concepto de teoría general del derecho») mueve más que a reflexión, a un acto de reconocimiento ante una verdadera hazaña intelectual: el descubrimiento y construcción de un «nuevo» concepto de la teoría general del derecho. Para determinar si efectivamente se trata de eso y no simplemente de poner en circulación una ocurrencia más o menos ingeniosa, lo fundamental es preguntarse si con ese concepto se atiende o no a alguna función relevante, si se satisface algún fin importante del derecho (y, por tanto, de la teoría del derecho). Y la respuesta es que sí. Dado que los juicios de validez de los actos —como explica DELGADO— suelen ser, en mayor o menor medida, inciertos, el derecho establece una serie de formas o formalidades para dotarlos de mayor fuerza de obligar, para incrementar la seguridad jurídica. A eso es a lo que DELGADO llama validación y que incluye, en relación con las leyes, actos como la sanción, la promulgación y la publicación, o, a propósito de los contratos, la intervención notarial y la inscripción en ciertos registros. La construcción del concepto exige, entre otras cosas, distinguir entre los actos de validación, de invalidación y de convalidación; especificar la naturaleza de las normas de validación (una conjunción de regla de reconocimiento y regla que atribuye poder); aclarar el estatus de las normas validadas (frente al de las normas convalidadas e invalidadas); o precisar las relaciones entre validación y presunción de validez. En definitiva, la imaginación juega también un papel en la teoría del derecho, en la construcción de conceptos. Pero, como

ocurre también en otros muchos campos, la imaginación creativa necesita aquí de mucho conocimiento y mucho entrenamiento previos.

El último capítulo («El vigor de las leyes: El campo semántico “Validez” en el *Diccionario de Autoridades*») es todo un ejercicio (un erudito ejercicio) de filología jurídica. Yo diría que un oportuno remate al libro de un jurista no solo plenamente consciente de que el derecho es en una considerable medida un fenómeno lingüístico, sino también de la importancia de analizar las relaciones entre los conceptos y las palabras que usamos para designarlos. Y esto último, no por incurrir en algún tipo de esencialismo lingüístico (algo de lo que DELGADO obviamente está a salvo, pero quizás no muchos civilistas españoles que siguen empeñados en descubrir naturalezas jurídicas sin reparar en que el significado de las palabras es convencional y, sobre todo, en que lo oportuno en el derecho es proceder a un análisis funcional de los conceptos jurídicos), sino porque, efectivamente, el análisis filológico puede ser un útil instrumento auxiliar del análisis conceptual.

Este capítulo final del libro es una buena prueba de ello, pero lo que a mí me ha dejado una más viva impresión (como seguramente les ocurrirá a muchos lectores) es la forma ingeniosa y pregnante con la que DELGADO nos transmite lo que podríamos considerar como su concepción de fondo del derecho: la indisoluble unidad (que en parte es unión de los contrarios) entre el derecho y la fuerza. Acude para ello a sus amplios conocimientos históricos y encuentra en un jurista de comienzos del XVII (Iohannes LAUTERBACH) una referencia a que las dos palabras latinas «VIS» y «IVS» contienen las mismas letras, de manera que «si las inviertes, hallarás lo uno contenido en lo otro». Y a ello aplica DELGADO, yo diría, su intuición de pintor (es otra de las «rarezas» de nuestro civilista), para sugerir escribir repetidamente cualquiera de esas dos palabras en forma de círculo, y dar lugar así a una figura, un círculo, que, leída en un sentido (por ejemplo, de izquierda a derecha) nos lleva al derecho, y, en el otro sentido, a la fuerza. «Derecho y violencia —nos dice DELGADO— se penetran, compenetran y oponen en rueda sin fin, de la que no hay salida». La última frase del libro es, literal y literariamente, redonda: «Con este círculo, en el que estamos encerrados todos los seres humanos, llego al final».

Por mi parte, solo me queda congratularme por la fortuna de haber contado en estos últimos años con la posibilidad de dialogar con, y aprender de, un gran maestro del derecho civil y de la teoría del derecho. Y desear que obras como la de Jesús DELGADO puedan tener una continuidad en las jóvenes generaciones de iusprivatistas y iusfilósofos. No va a ser fácil.

Manuel ATIENZA

CAPÍTULO I

LAS NORMAS DEROGADAS: VIGENCIA, VALIDEZ, APLICABILIDAD*

1. PLANTEAMIENTO Y PROGRAMA

¿Cuál es el estatus de las normas derogadas en el ordenamiento jurídico español? Para tratar de determinarlo me propongo relacionar algunos fenómenos observables en el derecho español relativos a las normas derogadas con las teorías sobre la norma jurídica que en los últimos decenios han desarrollado algunos filósofos del derecho, en particular, cultivadores de la teoría analítica. Partiendo del concepto kelseniano de «validez» de las normas, cualidad que determinaría al propio tiempo su «existencia» entendida como pertenencia al ordenamiento y su fuerza de obligar, se han visto obligados a separar y distinguir la «validez» de la «vigencia» (o de la «existencia» pues no hay acuerdo en el uso de muchos de estos términos), primero, me parece, para hacer frente al fenómeno de las normas promulgadas que son inválidas por inconstitucionales, pero «aplicadas» correctamente por los jueces mientras no declare su inconstitucionalidad el órgano predispuesto para ello. Han introducido también el concepto de «aplicabilidad» (y de «sistema de las normas aplicables») y en general, han aportado notables explicaciones sobre dinámica de los ordenamientos jurídicos que los «dogmáticos» podemos y debemos aprovechar. De estos análisis y distinciones me servirá para perfilar, en lo posible, el estatus de las normas derogadas en el ordenamiento jurídico español.

* Este capítulo tuvo una primera redacción en «Las normas derogadas: vigencia, validez, aplicabilidad», *Derecho privado y Constitución*, núm. 17, 2003 (número monográfico sobre *Fuentes del Derecho en Homenaje al profesor Javier Salas Hernández*): 197-252.

Para ello, en una primera parte (epígrafes 2 a 4), presentaré y describiré algunos fenómenos observables en el derecho español que, en mi opinión, recomiendan distinguir entre «validez», «vigencia» y «aplicabilidad». En particular, los siguientes:

a) Las normas derogadas pueden ser objeto de juicio de inconstitucionalidad, por vía de recurso o, más fácilmente, mediante planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad por los jueces llamados a aplicar la norma derogada que reputan inválida por inconstitucional.

b) Los Decretos-Legislativos que aprueban textos refundidos de las leyes derogan las leyes cuyos textos refunden, pero las normas legales así derogadas siguen sirviendo de parámetro de la legalidad del texto refundido: obviamente, no son inválidas, aunque, en principio, tampoco aplicables.

c) Las normas derogadas sirven para fundar un recurso de casación por infracción de norma aplicable.

d) La jurisprudencia formada interpretando y aplicando leyes derogadas puede ser decisiva para negar la admisión del recurso de casación contra sentencia que aplica norma vigente, en razón de su falta de «interés casacional».

En una segunda parte (epígrafes 5 y 6) trataré de precisar los conceptos de «vigencia», «validez» y «aplicabilidad» en relación con la derogación y las normas derogadas; defenderé que las normas derogadas siguen perteneciendo al ordenamiento español (incluidas las procedentes de órdenes jurídicos anteriores al actual) y propondré algunos criterios para determinar su posible exclusión del ordenamiento, así como para determinar el momento final del intervalo de aplicación de las normas derogadas (es decir, en qué momento dejan de ser aplicables).

2. NORMAS DEROGADAS Y JUICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD

2.1. ¿Pueden declararse inconstitucionales las normas derogadas?

Por supuesto, la cuestión no es nueva, y se ha planteado tanto en la doctrina como en la práctica de los tribunales.

Un trabajo firmado por tres profesores argentinos¹, centrado temáticamente en distinguir entre declaración de inconstitucionalidad y derogación de una norma, concluye criticando una Sentencia del Tribunal Superior de la ciudad de Buenos Aires (4 de junio de 1999), que hubo de decidir sobre si los efectos de una norma ya derogada pueden ser alcanzados por el control judicial de constitucionalidad. El Tribunal respondió negativamente. En parte, con apoyo en la norma que había de aplicar (la Constitución de la ciudad autónoma de Buenos Aires, art. 113-2), según la cual «la declaración de inconstitucionalidad hace

¹ ORUNESU, RODRÍGUEZ y SUCAR, 2000.

perder vigencia a la norma». Puesto que la «pérdida de vigencia» es el efecto de la derogación, entonces derogar y declarar la inconstitucionalidad de una norma serían la misma cosa, y no procedería la segunda cuando ya ha tenido lugar la primera, pues sería como derogar norma ya derogada.

Los autores, como digo, critican este fallo. Entienden que hay «independencia conceptual entre inconstitucionalidad de la norma y su derogación», de manera que es posible «dar sentido tanto a la derogación de una norma declarada inconstitucional como a la declaración de inconstitucionalidad de una norma derogada».

Estoy de acuerdo con estas afirmaciones, que, según entiendo, no son cuestionadas, sino más bien reforzadas, por GUASTINI en sus «Cinco observaciones sobre validez y derogación»². En el derecho español, no cabe hoy duda de que las normas derogadas pueden ser declaradas nulas en razón de su inconstitucionalidad³. La derogación de la norma, ocurrida antes o después de la incoación del proceso constitucional, no priva a este de objeto si la norma derogada habría de ser todavía aplicable, en general o para un supuesto concreto. Este requisito de la aplicabilidad de la norma no presenta dificultad en las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por los jueces, pues la cuestión de inconstitucionalidad presupone siempre que el juez o tribunal considera que se trata de una norma aplicable al caso, como cuestión distinta de la validez de la norma en cuestión (vigente o no, pero en todo caso aplicable).

Puede servir de resumen de la doctrina sentada al respecto por el Tribunal Constitucional el que él mismo realiza en la S. 29 de junio de 2000 (Sala Pleno, Ponente: García Manzano).

[a] diferencia de lo que suele acontecer en los recursos de inconstitucionalidad, la modificación de alguno de los preceptos impugnados no comporta una parcial pérdida sobrevenida del objeto del proceso (SSTC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 2; 28/1997, de 13 de febrero, FJ 2; y 234/1999, de 16 de diciembre, FJ 2). Como recientemente hemos dicho en la STC 46/2000, de 17 de febrero, FJ 2, «Ha de tenerse en cuenta que si en los recursos de inconstitucionalidad la pérdida de vigencia de un precepto legal ulterior a su impugnación solo conlleva la desaparición del objeto de esa impugnación constitucional en los casos en los que pueda excluirse toda aplicación de la ley derogada a hechos acaecidos con posterioridad a su pérdida de vigencia (SSTC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 6; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 385/1993, de 23 de diciembre, FJ 2; y 50/1999, de 6 de abril, FJ 9), en las cuestiones de inconstitucionalidad, al depender el fallo del proceso judicial precisamente de la resolución de la citada cuestión, resulta determinante la normativa vigente en aquel momento (en este caso, la norma aplicable al momento de realizarse el hecho imponible, que no era otra que la L

² GUASTINI, 2001. A estas observaciones, así como a las formuladas por otros autores, contestaron los anteriores en ORUNESU, RODRÍGUEZ y SUCAR, 2001.

³ Se pronunció decididamente en este sentido DIEZ-PICAZO, 1990: 227-232 (en obra que sigue siendo fundamental en la dogmática española sobre el tema).

44/1978) y, en consecuencia, resulta ineludible declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada».

No me propongo aquí analizar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, ni observar la posible incidencia en ellos de las peculiaridades del caso concreto sometido a su enjuiciamiento. Basta con mostrar que es práctica frecuente en las actuaciones de este Tribunal someter a juicio de constitucionalidad leyes ya derogadas, pues con ello comprobamos que las leyes derogadas —al menos, algunas leyes derogadas— siguen formando parte del ordenamiento español; pues carecería de sentido declarar, con un pronunciamiento que se impone a todos los tribunales, que una norma ajena al ordenamiento español contradice la Constitución española y es, por tanto, nula.

2.2. Recurso de inconstitucionalidad contra normas derogadas

2.2.1. Recursos y cuestiones. Una posible explicación procesal

Hemos visto cómo el Tribunal Constitucional distingue los supuestos de recurso de inconstitucionalidad de aquellos en que los jueces plantean cuestión de inconstitucionalidad. En el primer grupo de casos lo que se cuestiona es si desaparece el objeto del proceso cuando la ley impugnada ha perdido su vigencia con posterioridad al inicio del mismo. Me parece que no se ha interpuesto nunca un recurso de inconstitucionalidad contra una ley previamente derogada⁴. En los casos planteados, por tanto, podría decirse, de forma alternativa a lo que el Tribunal expone, que el objeto del litigio ha quedado ya fijado con la admisión de la demanda y que, por tanto, el Tribunal no ha de atender a cambios posteriores. Probablemente, no sería la mejor explicación, pero sí posible, y, con ella, no tendríamos en estos supuestos la comprobación de que, en el derecho español, tiene sentido enjuiciar la validez de una ley derogada. Bastaría con afirmar que la ley impugnada no estaba todavía derogada cuando se impugnó, y que es sobre la situación así fijada en el momento de la demanda sobre la que se pronuncia el Tribunal.

El hecho es que el Tribunal no ha dado este tipo de explicación procesal, sino la recogida más arriba, valorando la aplicabilidad posterior de la norma que ha perdido vigencia anteriormente como criterio para la pertinencia de proceder a enjuiciar su inconstitucionalidad. Por tanto, para el Tribunal Constitucional, la norma derogada puede ser válida o no (y oportuna todavía una declaración *erga omnes* sobre ello), así como aplicable o no. Validez, vigencia y aplicabilidad se recortan como conceptos distintos.

⁴ El supuesto es difícilmente realizable. Habría de darse —como indica DIEZ-PICAZO, 1990: 228— «la extraña hipótesis de una ley derogada al poco de entrar en vigor, de manera que aún se estuviera dentro del plazo para la interposición del recurso» En cuanto a la declaración de inconstitucionalidad de decretos-leyes derogados, véase *infra*, 2.2.3.