José Luis Pérez Triviño

«VALIDEZ, APLICABILIDAD Y NULIDAD. UN ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA TEORÍA DEL DERECHO Y LA DOGMÁTICA JURÍDICA»

DOXA 22 (1999)

VALIDEZ, APLICABILIDAD Y NULIDAD. UN ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA TEORÍA DEL DERECHO Y LA DOGMÁTICA JURÍDICA

José Luis Pérez Triviño
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

Introducción

Una de las tesis clásicas acerca del sistema jurídico como construcción escalonada de normas es la afirmación de que uno de los criterios de validez de aquellas es el criterio de legalidad [1]: una norma es válida, y en este sentido, pertenece al sistema jurídico, si es creada de conformidad con las normas que disciplinan su creación. En sentido contrario, una norma no es válida cuando está afectada por uno o más vicios, esto es, cuando ha sido producida violando una o más normas sobre la producción jurídica. Salvo indicación en contrario este es el sentido de validez que usaré a lo largo de este trabajo.

Es un lugar común afirmar que la práctica de los ordenamientos jurídicos dista mucho de parecerse a sistemas jurídicos óptimos en los que el criterio de legalidad es seguido escrupulosamente por las autoridades jurídicas [2]. Es frecuente encontrarse con situaciones en las que un órgano inferior ha creado una norma que no cumple con las condiciones establecidas para su producción válida (normas inválidas o inconstitucionales, reglamentos ilegales, sentencias *contra legem,* contratos viciados), no obstante lo cual, son vigentes, en el entendido de que existen buenas razones para afirmar que un órgano jurídico está dispuesto a aplicarla en la justificación de sus decisiones.

---

[1] Véase KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*; UNAM, México, 1986 [1960]. Trad. R. Vernengo. Pág. 232. «Conforme a C2 [criterio de legalidad], las normas emitidas por individuos autorizados para hacerlo son normas válidas en S, pertenecen asimismo a S». CARACCIOLO, Ricardo: *El sistema jurídico. Problemas actuales*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pág. 57. «Si se llama "legal" al acto de dictar una norma cuando existe otra norma que permite este acto, resulta que la validez de una norma equivale a la legalidad de éste último». BULYGIN, Eugenio: «Sentencia judicial y creación de Derecho»; en ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio: *Análisis lógico y Derecho*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 364.

[2] MORESO MATEOS, José Juan: «Sobre normas inconstitucionales», *Revista española de Derecho Constitucional*, 38, Mayo-Agosto, 1993, p. 105.

Esta circunstancia genera que, a pesar de no estar amparados por el criterio de legalidad, sea habitual referirse a estos fenómenos como «normas», «sentencias», «reglamentos», «actos», «contratos» con carácter jurídico. Es decir, es corriente admitir como *Derecho* a este tipo de normas, y por lo tanto, se considera que deben ser aplicadas por los órganos jurídicos afectados. En una primera aproximación, esto es lo que habitualmente se conoce como normas irregulares, expresión que a partir de ahora utilizaré para englobar todos esos fenómenos.

La teoría del Derecho se ha preocupado secularmente por este tipo de patología jurídica al cuestionarse cómo explicar que estas normas sean por un lado, inválidas y por otro lado, sean de obligada aplicación para determinados órganos jurídicos y por lo tanto, desempeñen un importantísimo papel en la motivación de la conducta de sus destinatarios. La relevancia de estas normas se muestra en que precisamente el Derecho se preocupa de controlar su validez y resolver las cuestiones sobre su adecuación con las normas superiores. El Derecho establece mecanismos para garantizar la regularidad de la creación jurídica[3], y de hecho, la existencia de instituciones cuya función es velar por la legalidad de las normas y resolver sobre su validez dan testimonio de la importancia de las «normas irregulares». En este sentido, la concepción clásica supone que la institución de la nulidad tiene como finalidad depurar el ordenamiento jurídico del conjunto de normas que han sido creadas irregularmente.

En este trabajo, me propongo examinar la explicación kelseniana del problema de las normas irregulares y su conexión con las dos instituciones clásicas mediante las cuales el Derecho reacciona contra ellas: la nulidad y la anulabilidad. Sostendré que la concepción de Kelsen, en concreto su doctrina de la cláusula alternativa tácita, acaba diluyendo el problema de las normas irregulares. A continuación, expondré la que considero que es la mejor explicación de estas normas, aquella que apela a la distinción entre validez y aplicabilidad, y que afirma que son normas inválidas, pero aplicables. Estableceré, seguidamente la conexión entre la aplicabilidad de las normas irregulares y los distintos tipos de invalidez establecidos por la dogmática jurídica: la inexistencia, la nulidad y la anulabilidad. Por último, examinaré la rentabilidad teórica de esta distinción aplicándola a algunos casos sobre los que se ha preocupado la dogmática jurídica. Pero antes de

[3] «La idea de regularidad se aplica a cada grado en la medida en que este grado constituye aplicación o reproducción del Derecho. Porque la regularidad no es más que la relación de correspondencia de un grado inferior con un grado superior del ordenamiento jurídico». KELSEN, Hans: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)»; en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Selección e introducción de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, p. 111.

entrar a exponer estas cuestiones parece necesario asumir una noción de norma irregular.

La noción de norma irregular

La expresión «norma irregular» no es habitual en la dogmática jurídica. No obstante, utilizaré tal expresión para referirme a lo que habitualmente se designa como actos y normas inválidas, inconstitucionales, contratos viciados, sentencias contra legem, etc. El significado con que se utiliza dicha expresión no es unívoco y por eso, es frecuente encontrarse con diferentes tipos de clasificaciones de irregularidades. Para evitar confusiones, centraré mi atención en aquellas normas irregulares que son inválidas, vigentes y obligatorias para determinados órganos.

La expresión «norma irregular» incluye en su definición la propiedad de ser «inválida». Sin embargo, parece que la referencia de la expresión «norma irregular» es mucho más reducida, pues por lo general, se suele incluir entre sus propiedades el hecho de ser vigente en un determinado ordenamiento jurídico. En efecto, son irregulares aquellas normas respecto de las cuales parecen haber buenas razones para afirmar que un órgano aplicador las utilizará para fundamentar su decisión en un caso concreto. La vigencia de una norma parece suponer que es usada por los órganos aplicadores de Derecho. Esto es precisamente lo que explica que el Derecho se preocupe de ellas, y no de aquellas normas que siendo inválidas no generan efectos ni obligaciones jurídicas.

Sin embargo, la complejidad de las llamadas «normas irregulares» no acaba aquí, ya que parece que, en algún sentido, son normas que no sólo son aplicadas[4], sino que poseen el carácter de *jurídicas* o en otras palabras, son obligatorias. Así por ejemplo, las caracterizan Atienza y Ruiz Manero cuando afirman, refiriéndose a una sentencia ilegal que:

> «el tribunal ha dictado una *sentencia* que, si no es recurrida o, siéndolo, resulta confirmada por los tribunales superiores, es de ejecución jurídicamente obligatoria»[5].

Así pues, queda identificado el problema de las normas irregulares según estos autores: ¿cómo explicar que tales normas produzcan efectos jurídicos, es decir, que la ley inconstitucional sea *ley* y la sentencia ilegal *sentencia*, y por tanto, generen obligaciones*?*

Uno de los intentos teóricos más conocidos para explicar el problema de las normas irregulares es el de Hans Kelsen, del cual es posible extraer aportes positivos tanto de sus aciertos, como de sus errores.

---

[4] La aplicación y el carácter obligatorio de la aplicación de una norma a un caso concreto (lo que aquí se denominará aplicabilidad) no siempre van unidos: una norma puede ser aplicable, pero no aplicada, y viceversa, no ser aplicable, pero aplicada. Véase MENDONCA, Daniel: *Interpretación y aplicación del Derecho*, Universidad de Almería, Almería, 1997, p 60

[5] ATIENZA, M.-RUIZ MANERO, J.: *Las piezas del Derecho*; Ariel, Barcelona, 1996, p. 50.

Normas irregulares, nulidad y anulabilidad en Kelsen

No es mi intención repasar todas las etapas del pensamiento kelseniano sobre esta cuestión, sino que centraré mi atención en lo que es común considerar como su pensamiento clásico, el de la Teoría Pura del Derecho (TPD) de 1960, aunque esta consideración general no impedirá que circunstancialmente haga referencia a otras de sus obras.

Kelsen se planteó el problema de la creación inválida de normas en el apartado que dedica en la TPD al conflicto entre normas de diverso nivel:

> «Puesto que el orden jurídico representa una construcción escalonada de normas entre sí en relación de supra y subordinación, y dado que una norma sólo pertenece a determinado orden jurídico porque y en tanto su producción corresponde a una norma superior determinante, surge el problema de un posible conflicto entre una norma de nivel superior y una norma inferior; es decir, la pregunta: qué vale como derecho cuando una norma no corresponde a la norma que predetermina su contenido». [6]

La respuesta de Kelsen al interrogante anterior es simple y contundente: las normas inválidas son inexistentes y por lo tanto, no pertenecen al Derecho. Una norma de inferior jerarquía no puede contradecir una norma de superior jerarquía, porque en tal caso sería inválida, y por lo tanto, no sería una norma. Si la creación de una norma no ha sido realizada de conformidad con la disposición superior que establece los criterios para su producción entonces es inválida.

Según Kelsen, la atribución de invalidez a una norma supone que esa norma es inexistente, no es ley alguna [7]. Ahora bien, dado que la regularidad en la producción normativa de los diferentes órganos que integran un ordenamiento jurídico no puede ser garantizada de manera absoluta, el Derecho establece «mecanismos de reacción de carácter represivo: la nulidad y la anulabilidad» [8].

Desde el punto de vista kelseniano, la nulidad supone

> «que un acto que pretende ser un acto jurídico, y especialmente, un acto del Estado, no es objetivamente tal, porque es irregular, es decir, porque no responde a las condiciones que prescribe para él una norma jurídica de grado superior» [9].

---

[6] KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*; op. cit., p. 273-4

[7] KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*; op.cit., p. 277.

[8] «De una ley inválida no podría sostenerse que es "inconstitucional", puesto que ley inválida no es ley alguna, siendo jurídicamente inexistente, sin que sobre ella sea posible formular ningún enunciado jurídico». KELSEN, Hans: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)»; op. cit., p. 122.

[9] KELSEN, Hans: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)»; op. cit., p. 122

Puesto que según Kelsen la validez es la forma específica de existencia de las normas jurídicas, entonces, carece de carácter jurídico, lo cual hace innecesario «privarle de su calidad usurpada de acto jurídico». Carece de significatividad hablar de leyes nulas, pues nunca llegaron a ser normas; sólo puede hablarse de leyes anulables [10].

En este sentido, en opinión de Kelsen «cualquiera tiene derecho a examinar la regularidad del acto nulo, a declararlo irregular y a tratarlo como no válido, no obligatorio» [11].

En cambio en la anulabilidad, el Derecho limita la facultad de examinar las normas que tienen la pretensión de ser jurídicas y de decidir sobre su carácter regular a determinados órganos y según determinadas circunstancias. En estos supuestos, la norma no es *a priori* nula, y por ello, se hace necesario un acto destinado a privarle de su calidad de válida. La anulabilidad supone que la norma es válida, ya que carece de sentido anular una norma inválida (inexistente).

La cuestión es que estas normas anulables *pretenden ser jurídicas y* son *válidas.* Kelsen ofrece dos respuestas a la validez de estas normas. En primer lugar, cuando se refiere a normas jurídicas dictadas por autoridades de carácter público señala que éstas gozan de una presunción de validez de la que no gozan necesariamente las normas creadas al amparo de la autonomía de la voluntad [12]. En efecto, como se verá más adelante, las normas de las autoridades públicas se benefician de la presunción de validez. En segundo lugar, Kelsen fundamenta la validez de estas normas en la conocida doctrina de la cláusula alternativa tácita, la cual supone que las normas de competencia habilitan a crear normas válidas de acuerdo con lo establecido explícitamente en su contenido, pero también habilitan a dictar cualquier otra norma, siendo ésta última también válida. Sobre esta cuestión volveré más adelante.

En la medida en que la anulabilidad tiene como objeto actos o normas válidas, la sentencia que declara la nulidad es constitutiva de su invalidez. Al realizar esta transformación, el Derecho actúa aquí como un rey Midas [13]. Cualquier ley o contrato es,

---

[10] «... Dentro de un orden jurídico no puede haber algo así como nulidad; que una norma jurídica perteneciente a un orden jurídico no puede ser nula, sino sólo anulable». KELSEN, Hans: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)»; op. cit., p. 122.

[11] KELSEN, Hans: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)»; op. cit., p. 122-KELSEN, Hans: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)»; op. cit., p. 122.

[12] KELSEN, Hans: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)»; op. cit., p. 122-3.

[13] KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*; op.cit., p. 284.

> «objetivamente, válido en tanto no sea anulado por un tribunal superior. Esta validez puede ser provisional, si es el caso de que esta decisión judicial sea susceptible de recurso o definitiva, en el caso de que sea establecida por un tribunal de última instancia, respecto de cuya resolución ya no cabe ulterior recurso» [14].

Por eso, Kelsen critica la concepción según la cual las sentencias anulatorias son declarativas, pues esto supondría que la invalidez de esas normas estaba presente desde el comienzo y en consecuencia, no se tratarían de normas jurídicas.

Pues bien, para Kelsen, como consecuencia de lo dicho en el punto anterior, se diluye la distinción entre nulidad y anulabilidad. La anulabilidad tiene grados en lo que se refiere a su alcance y a los efectos en el tiempo. Y la nulidad sería el grado superior de la anulabilidad [15]. En su opinión, no tiene sentido hablar de contratos o leyes nulas, pues no son normas [16]. Sólo es plausible hablar de normas anulables, es decir, sometidas a la posibilidad de ser privadas de su significado objetivo de norma jurídica que el Derecho le reconoció en algún momento, junto con sus consecuencias jurídicas. En otras palabras, normas a las que se les puede privar de validez.

El problema de las normas irregulares en Kelsen ha sido tratado de forma excelente en los últimos años por diversos autores [17], por eso, me centraré únicamente en el análisis de algunas cuestiones.

Bulygin ha señalado que Kelsen usa «validez» como: 1) pertenencia: una norma es válida si ha sido creada por el órgano jurídico competente; 2) obligatoriedad: una norma es válida si y sólo si es obligatoria, en el sentido de aplicable [18].

Esta dicotomía es especialmente relevante en lo que concierne a las normas irregulares. En efecto, por un lado, una norma irregular es una norma inválida, que ha sido creada incumpliendo las condiciones establecidas en las normas que regulan su creación. En pura lógica, esto debería llevar a concluir que en cuanto inválida, no es una norma jurídica.

---

[14] KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*; op.cit., p. 276**.**

[15] KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*; op.cit., p. 284.

[16] KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*; op.cit., p. 283.

[17] (Bulygin, Ruiz Manero, Gianformaggio, Comanducci, Paulson, Nino, etc.)

[18] «Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia –o lo que es lo mismo– a reconocer que tiene "fuerza obligatoria" frente a aquellos cuya conducta regula»; KELSEN, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*; UNAM, México, 1988 [1945], p. 35. No abordaré la discusión acerca de la fuerza justificatoria de las normas en Kelsen. Véase al respecto: BULYGIN, Eugenio: «Cognition and Interpretation of Law»; en GIANFORMAGGIO, Letizia-PAULSON, Stanley: *Cognition and Interpretation of Law*, Giappichelli ed., Torino, 1995, p. 18. Véase también: BULYGIN, Eugenio: «Validez y positivismo»; en ALCHOURRÓN, Carlos-BULYGIN, Eugenio: *Análisis lógico y Derecho*; Centro de Estudios Constitucionales, NINO, Carlos: «El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen» en *La validez del Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1985.

Sin embargo, como también se ha visto, las normas creados por las autoridades jurídicas suelen ser consideradas, en principio, como *obligatorias*, aún cuando sean irregulares.

> «Pero no es posible definir por medio de una fórmula teórica general el límite que separa el acto nulo *a priori* que es una pseudo-ley, de *un acto legislativo viciado pero válido, es decir de una ley inconstitucional*».[19]

Es por esta razón, es decir, por el hecho de que tales normas son obligatorias (y por lo tanto, recurribles) y que el propio Derecho las reconoce como jurídicas que Kelsen tiene un problema: debe hacer compatible este dato con la tesis que afirma que una norma es válida en función de que su producción se acomoda a las condiciones establecidas en las normas superiores.

La respuesta de Kelsen es la cláusula alternativa tácita, mediante la cual interpreta que los órganos jurídicos están facultado para crear normas con cualquier contenido:

> «...el sentido de las normas constitucionales que regulan la legislación no es que las leyes válidas sólo pueden llegar a ser de la manera que la constitución directamente determina, sino también que pueden llegar a ser a través de otra manera que el órgano legislativo mismo establecerá. La constitución faculta al legislador a producir normas generales también en un procedimiento distinto del determinado directamente por las normas de la constitución, dándoles otro contenido del que determinen directamente las normas constitucionales [...]. Las disposiciones constitucionales que regulan la legislación tienen el carácter de disposiciones alternativas» [20].

Es decir, la solución de Kelsen consiste en reformular la norma de competencia (norma superior determinante) de manera que permite la creación de normas con cualquier contenido. De esta manera, según Atienza y Ruiz Manero:

> «todos los actos normativos resultan permitidos por normas de grado superior y todas las normas mediante ellos dictadas corresponden a tales normas de grado superior...» [21].

Se ha señalado repetidamente que con esta concepción Kelsen provoca la destrucción de la propia idea de sistema dinámico [22]. Pero además, esta concepción tiene importantes consecuencias en la explicación de las normas

---

[19] KELSEN, Hans: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)»; op. cit., p. 123. Este párrafo también permite ver que no existe una clara distinción entre los supuestos que generan la nulidad (anulación retroactiva) y anulabilidad (anulación *pro futuro)*. Por otro lado, tampoco queda explicitada de manera diáfana la distinción entre anulabilidad e inexistencia.

[20] KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*, op.cit., p. 279.

[21] ATIENZA, Manuel-RUIZ MANERO, Juan: *Las piezas del Derecho,* op. cit., p. 51.

[22] RUIZ MANERO, Juan: *Jurisdicción y normas*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 199.

irregulares: produce la disolución del problema de las normas irregulares por cuanto dejan de existir. Todas las normas del sistema jurídico son normas válidas, y por lo tanto, no hay normas irregulares.

Se han ensayado diversas propuestas explicativas, como la Atienza y Ruiz Manero, que a pesar de su interés no abordaré aquí por falta de espacio y de tiempo, y porque además, otros autores la han examinado detalladamente [23]. Me limitaré a exponer y defender la propuesta que distingue entre validez y aplicabilidad. Esta distinción supone afirmar que, sin dejar de afirmar su invalidez, las normas irregulares son obligatorias o aplicables por los jueces o por los diferentes órganos a los que se dirigen [24]. El próximo apartado está dedicado al desarrollo de esta propuesta y su incidencia en la explicación de las normas irregulares.

Validez y aplicabilidad

Una de las ventajas de la introducción de la noción de aplicabilidad como atributo distinto de la validez de las normas jurídicas es que permite ofrecer una explicación más plausible de algunas situaciones frecuentes en los sistemas jurídicos y que están relacionadas con la aplicación del Derecho. Este es el caso de la aplicación en un sistema jurídico de las normas de derecho internacional privado, la ultraactividad y retroactividad de ciertas normas, las normas en *vacatio legis* y lo que más interesa a efectos de este trabajo, la aplicabilidad de las normas irregulares. Puesto que una de las principales objeciones dirigidas al pensamiento de Kelsen ha sido su intento de explicar con un mismo criterio dos objetivos incompatibles [25] (por un lado, identificar el Derecho válido y por otro lado, explicar el fenómeno anómalo que constituyen las normas irregulares), algunos autores han sugerido distinguir entre la validez y la aplicabilidad de las normas.

La aplicabilidad de una norma supone que un determinado órgano tiene el deber (prescrito por otra norma) de aplicarla en la resolución de un caso. La noción de aplicabilidad se caracteriza por ser una relación entre dos normas y un caso, en el sentido de que la norma es aplicable a un caso cuando otra norma perteneciente al sistema jurídico prescribe, obliga o faculta apli-

[23] Véase: CARACCIOLO, Ricardo: «Due tipi de potere normativo»; *Analisi e Diritto*, 1995; MORESO MATEOS, José Juan: «Come fare baciare i pezzi del diritto»; *Analisi e Diritto*; 1997, p. 100.

[24] BULYGIN, Eugenio: «Cognition and Interpretation of Law»; op. cit., p. 19. Recientemente se ha hecho uso de esta categoría en la dogmática constitucionalista española: REQUEJO PAGÉS, Juan Luis: *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas;* MacGraw Hill, Madrid, 1995.

[25] WEYLAND, Inés: «Idealism and Realism in Kelsen's Treatment of Norm Conflicts» en TUR, Richard-TWINING, William: *Essays on Kelsen*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 249.

carla a dicho caso. Esto supone que la aplicabilidad de una norma es siempre relativa a unos determinados órganos jurídicos, o en otras palabras, está referida a los deberes institucionales de ciertas autoridades normativas [26]. Esto, como se verá más adelante, tiene su importancia porque una determinada norma puede ser aplicable por unos órganos, pero no por otros. Por ejemplo, la aplicabilidad de los reglamentos está referida a los órganos administrativos, pero no a los jueces que, dado el caso, tienen el deber de cuestionarse la legalidad de estas normas e incluso deben dejar de aplicarlas en los casos que las consideren inconstitucionales.

Los órganos aplicadores usan los criterios de aplicabilidad que pueden hallar en alguna de las normas de su sistema jurídico. Con estas normas identifican una propiedad que debe ser satisfecha por las normas que integran el conjunto de normas aplicables y también imponen a los órganos aplicadores la obligación específica de aplicar la norma más relevante.

Como antes se dijo, y este es el aspecto de la noción de aplicabilidad que me interesa subrayar, la identificación de las normas aplicables a un caso supone la utilización de un criterio, cuyo resultado es que pueden indicar como aplicables no sólo normas que pertenecen al sistema jurídico, sino también normas no pertenecientes a tal sistema jurídico.

Este es un rasgo de lo que Raz denomina la naturaleza abierta del Derecho, esto es, la capacidad de los sistemas jurídicos de imponer normas, convertirlas en jurídicamente vinculantes para individuos y jueces a pesar de que no han sido creadas por los órganos jurídicos competentes [27]. De esta manera, el Derecho puede imponer y apoyar normas que han sido creadas por otros grupos sociales.

Por otro lado, además de la distinción entre aplicabilidad y validez, también es conveniente separar la aplicabilidad de la vigencia. En efecto, Bulygin distingue cuidadosamente la vigencia de una norma de su validez, tanto en el sentido de pertenencia a un sistema como en el sentido de aplicabilidad:

> «Los conceptos de validez, obligatoriedad y vigencia designan propiedades compatibles, pero independientes. Dado que en la filosofía jurídica se halla muy arraigada la tradición terminológica que asocia "validez" con "obligatoriedad", resulta particularmente importante subrayar la independencia de los respectivos conceptos» [28].

---

[26] Sobre la distinción entre validez y aplicabilidad véase: BULYGIN, Eugenio: «Tiempo y validez»; *Análisis lógico y Derecho*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid; NAVARRO, Pablo-MORESO, José Juan: «Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas»; *Isonomía*, 5, Oct. 1996, p. 125. Una versión algo distinta se encuentra en *Law and Philosophy*, 16, 1997, pp.201-219.

[27] RAZ, Joseph: *The Authority of Law*; Clarendon Press, Oxford.

[28] BULYGIN, Eugenio: «Sentencia judicial y creación de Derecho»; op. cit., p. 365.

Según Bulygin, la vigencia es un predicado descriptivo (disposicional) que se aplica a definiciones y normas generales y que admite grados: puede ser más o menos vigente. En cambio la aplicabilidad no es un predicado del que pueda afirmarse la graduabilidad: una norma es aplicable a un caso individual o no es aplicable.

Una vez examinadas las principales características de la noción de aplicabilidad se está en disposición de calibrar su alcance explicativo de las normas irregulares.

Aplicabilidad y normas irregulares

El esquema conceptual que distingue entre la validez y la aplicabilidad permite explicar algunos fenómenos característicos de los ordenamientos jurídicos complejos (las normas receptadas, la ultraactividad, etc.), entre los que cabe citar el de las normas irregulares, pero éstas a diferencia de los demás supuestos presentan algunas particularidades que requieren explicitarse. Es característico de las normas irregulares que no pertenecen a ningún sistema jurídico de ningún orden jurídico, siendo sin embargo, algunas de ellas obligatorias en determinados casos y para determinadas autoridades jurídicas. Como señala Bulygin,

> «Puede suceder incluso que una norma sea aplicable a un determinado caso, a pesar de que esa norma no pertenezca a ningún sistema del orden jurídico en cuestión y tampoco a ningún sistema de ningún orden jurídico.» [29]

Por otro lado, la aplicabilidad de las normas irregulares puede ser provisional o definitiva, según los casos.

Antes definí las normas irregulares como aquellas normas inválidas, vigentes y aplicables y señalé que el principal problema explicativo es conjugar el dato de su invalidez con la obligación que tienen ciertos órganos de aplicar tales normas a un caso individual. Dado que la noción de aplicabilidad es relativa a ciertos casos y autoridades, se requeriría un examen pormenorizado que excede la pretensión de este trabajo. No obstante, trataré de ofrecer una fundamentación general de la aplicabilidad.

Como antes apunté, uno de los fundamentos de la aplicabilidad de las normas que no pertenecen a un sistema jurídico es la naturaleza abierta del Derecho. Sin embargo, la aplicabilidad de las normas irregulares debe completarse con otros fundamentos: la seguridad jurídica o el orden público. Así, piensa Hart al referirse al hecho de que ciertos pronunciamientos judiciales son jurídicamente efectivos aún cuando nulos:

---

[29] BULYGIN, Eugenio: «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», DOXA, 9, 1991, p. 267.

> «Obviamente, es en interés del orden público que la decisión de un tribunal debe tener autoridad de derecho hasta que un tribunal superior declare su invalidez, aún cuando se trate de una decisión que jurídicamente el primero no debió haber dictado». [30]

En efecto, la aplicabilidad de ciertas normas inválidas encuentra su fundamento en la seguridad jurídica, pues dado que el Derecho es un orden que pretende regular conductas sociales, parece conveniente que las decisiones de las autoridades públicas no queden bloqueadas por eventuales recursos que cuestionen su validez. Por ello, es común que haya normas en el sistema jurídico que instituyan la aplicabilidad de aquellas mientras no sean declaradas nulas, como también que se establezcan presunciones de validez a favor de las normas creadas por determinados órganos. Kelsen, desde el punto de vista de la teoría del Derecho ya había señalado este rasgo:

> «Por lo común, se constata una tendencia a tratar los actos de las autoridades públicas, aun irregulares, como válidos y obligatorios hasta tanto que otro acto de otra autoridad no los haga desaparecer».[31]

Y en parecidos términos se expresaba Hart, cuando se refería al supuesto de una decisión judicial irregular:

> «... mientras no sea dejada sin efecto en la alzada sigue siendo una resolución jurídicamente efectiva entre las partes, que será ejecutada» [32].

Ejemplos de estos mecanismos pueden encontrarse en el Derecho español donde juega un papel fundamental la presunción de constitucionalidad de las leyes y la presunción de legalidad de los actos administrativos. Así por ejemplo, el artículo 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece:

> «La admisión de un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la ley, de la disposición administrativa o del acto con fuerza de ley».

En relación con la Administración, sus actos gozan también de la presunción de validez, pues así lo dispone el art. 57 Ley de Procedimiento Administrativo:

> «Los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos de disponga otra cosa».[33]

---

[30] HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*; Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963 [1961]. Trad. Genaro Carrió, p. 38.

[31] KELSEN, Hans: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)»; op. cit., p. 122.

[32] HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*; op.cit., p. 38

[33] «Los actos administrativos son inmediatamente eficaces y la Administración puede, incluso, materializar esa eficacia imponiendo la ejecución forzosa de los mismos, sin esperar a

En lo que hace referencia al Derecho Privado, los contratos son normas de obligatorio cumplimiento para las partes [34]. Sin embargo, como también había señalado Kelsen, en este ámbito, la presunción de validez no es tan fuerte como en el Derecho Público y por ello, las causas de nulidad tienen un mayor juego.

Por lo general, la dogmática sostiene, aunque no de una manera muy unánime, que la presunción tiene dos consecuencias: la validez y la aplicabilidad de las normas. En relación con la primera consecuencia, una parte de la dogmática afirma que la norma ingresa en el sistema jurídico y, por ello, cuando, por ejemplo, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley, señalan que lo que se produce es la expulsión del sistema jurídico.

En relación con la segunda consecuencia de la presunción de validez, los dogmáticos suelen decir que lleva adherida la «eficacia», término que aquí podemos entender como sinónimo de «aplicabilidad» [35], ya que suponen, que una vez promulgada la norma los órganos jurídicos tienen el deber de aplicarla. Por ello, y en términos generales, la norma en cuestión, a pesar de su invalidez, produce efectos jurídicos, entendiendo por tales que sea considerada jurídica y por ende, aplicable por los órganos involucrados.

Sin embargo, hay que señalar que esta concepción de la presunción de validez de las normas elaborada por la dogmática está afectada de un cierto solapamiento entre las nociones de validez y aplicabilidad. Precisamente, lo que muestra esta distinción es que la presunción de validez no supone que la norma en cuestión ingrese en el sistema, ni que deba tomarse como tal. Su consecuencia central es que los órganos a los que se dirige la norma tienen la obligación de aplicarla al caso individual, al menos, hasta que se produzca una sentencia anulatoria

Ahora bien, la presunción de validez y por tanto, la aplicabilidad de la norma no se extiende a cualquier tipo de irregularidad. En efecto, aquí es preciso distinguir entre la diferente relación que existe entre la inexistencia, la nulidad y la anulabilidad con la aplicabilidad.

---

que se resuelva sobre su validez, en el supuesto de que esta haya sido cuestionada [...] el acto radicalmente nulo puede modificar la realidad jurídica como si fuera un acto válido». GARCÍA DE ENTERRÍA, E.-FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo* (I); op. cit., p. 604 y 605.

[34] Art. 1.278 Código Civil: «Los contratos serán obligatorios, cualquiera que se la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez»

[35] GUASTINI: *Le fonti del Diritto e l'interpretazione;* Giuffrè, Milano, 1993, p. 33.

Aplicabilidad, inexistencia, nulidad y anulabilidad

En un apartado anterior señalé que no se acostumbra encontrar en la dogmática jurídica el uso de la expresión «norma irregular». Es habitual que se refieran a este problema cuando analizan la inexistencia, la nulidad y anulabilidad como defectos que pueden afectar a los distintos tipos de normas y actos jurídicos. A continuación realizaré una breve exposición de estas instituciones y su conexión con las nociones de validez y aplicabilidad.

Se suele entender por inexistencia de una norma el hecho de que carezca de las más indispensables y evidentes características que permiten calificarla como jurídica, puesto que viola las disposiciones relevantes que reglamentan su producción. Esto provoca que no tenga apariencia de tal, y por ello, no hace falta acudir al juez para declarar su nulidad: por ejemplo, la orden de que cese la lluvia, una pena de muerte impuesta por un alcalde, un Decreto dictado por un particular, etc.

La dogmática suele definir las normas nulas como aquellas que están afectadas por un vicio de la suficiente gravedad que les impide constituirse en válidas. La norma nula es, por lo general ineficaz, no es necesaria la intervención judicial, y además, los efectos que hayan podido generarse deben ser considerados como no producidos. Por esta razón, el Derecho se preocupa de establecer mecanismos de retorno a la situación inicial o bien, de resarcir los daños ocasionados. Como consecuencia de la gravedad del vicio y de la circunstancia de que el fundamento de esta institución es la protección del orden público, la nulidad es declarable de oficio, y con efectos *erga omnes*, no puede ser objeto de convalidación, no puede ser sanada, no hay plazo de prescripción, etc.

En contraste con la institución de la nulidad, la anulabilidad tiene como finalidad la defensa de los intereses particulares, lo cual explica, junto con la menor gravedad de las infracciones, que se permita, como sucede en el Derecho Privado, la convalidación del contrato viciado o que sólo puedan impugnarlo las partes afectadas. Pero quizá la diferencia más sobresaliente está en que, generalmente, los efectos generados por la norma anulable son considerados obligatorios, al menos hasta que no se produzca una declaración judicial que declare su nulidad.

En esta construcción teórica se han destacado entre otros, los siguientes problemas. En primer lugar, la falta de claridad en la distinción entre las normas nulas y la inexistencia. Una parte de la doctrina se muestra contraria a la categoría de la inexistencia porque sus consecuencias jurídicas no pueden distinguirse de las que se derivan de la nulidad: la invalidez. Sin embargo, a diferencia de la inexistencia, el contrato nulo puede tener apariencia de tal, y en consecuencia, generar efectos entre las partes. Esto es lo que

motiva que pueda ser necesaria la sentencia anulatoria de un tribunal para deshacer esos efectos. Esto todavía es más acusado en el ámbito del Derecho Público, pues el poder de la Administración ocasiona la producción de efectos sociales y jurídicos inmediatamente. Y si no se produce la impugnación del particular afectado, tales efectos se convierten en inatacables rápidamente.

El segundo problema tiene que ver con la caracterización de la naturaleza de la anulabilidad. La doctrina ha discutido recurrentemente acerca del carácter de las normas anulables, pues una parte de los dogmáticos las califican de válidas y otra parte, de inválidas.

Una vez examinada la distinción entre las diferentes consecuencias que se atribuyen a la inexistencia, la nulidad y la anulabilidad, podemos extrapolar la distinción entre validez y aplicabilidad y ver qué alcance explicativo ofrece de los problemas planteados.

En relación con los contratos o normas a los que se califica como inexistentes, parece se podría calificar a este tipo de presuntas normas jurídicas como inválidas e inaplicables.

En cuanto al carácter de la nulidad, puede decirse que la norma nula es inválida y, por regla general, inaplicable. Debido a la gravedad del incumplimiento, se estima que la norma nula carece de validez y es inaplicable, incluso cuando es el caso de que haya producido efectos y a pesar de que su nulidad no haya sido juzgada. Esta interpretación permite reconstruir lo que los juristas quieren decir cuando señalan que las normas nulas carecen de «eficacia».

Ahora bien, acabo de decir que por regla general las normas nulas son inaplicables. Esto requiere una matización, pues parece necesario destacar la diferencia de régimen que se da entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Las normas dictadas al amparo del Derecho Público gozan, como antes se señaló, de una presunción de validez mucho más fuerte, lo cual supone que, por ejemplo, las leyes, a pesar de su nulidad sean aplicables para determinados órganos [36]. Las normas y actos administrativos son inmediatamente eficaces y la Administración puede, incluso, materializar esa aplicabi-

[36] Este rasgo de los sistemas jurídicos ha sido destacado entre otros, por Bulygin y Guastini: «La distinción entre normas válidas e inválidas es relevante, sobre todo, para el problema de la anulación de normas. Las normas inválidas no sólo pueden ser derogadas, sino también anuladas. *Pero las normas inválidas son obligatorias mientras no hayan sido anuladas*». BULYGIN, Eugenio: «Sentencia judicial y creación de derecho», p. 365. [el subrayado es mío]. «[E]n muchos países europeos las leyes existentes (aunque inválidas) deben ser aplicadas por los tribunales hasta que su invalidez no sea positivamente "declarada" por la corte constitucional». GUASTINI, Riccardo: «In tema di norme sulla produzione giuridica»; *Analisi e Diritto*, 1995, p. 308.

lidad imponiendo la ejecución forzosa de los mismos, sin esperar a que se resuelva sobre su validez, en el supuesto de que esta haya sido cuestionada[37].

En cambio, en el Derecho Privado la nulidad tiene como consecuencia lo que habitualmente llaman «ineficacia radical», esto es, que no produce ni debe producir obligaciones jurídicas. Esto no quiere decir que produzca efectos entre las partes sino que no debería haberlos producido, y por ello, deben ser «eliminados» y restituirse la situación original. Por lo tanto, en términos generales, el contrato nulo es inaplicable, con independencia de los efectos producidos. Ahora bien, también hay supuestos en los que el Derecho estima que debe producirse una consolidación de los efectos de un contrato inválido, es decir, que a pesar de la nulidad, es aplicable para determinados casos y órganos[38].

Distinta es la situación de las normas afectadas de un vicio de anulabilidad. Aquí existe una importante discusión acerca de la naturaleza del contrato, en el sentido de si es inválido o tiene una validez claudicante. Pues bien, parece claro que con independencia del vicio que puede fundamentar una sentencia anulatoria, tal norma es aplicable, «eficaz» y genera obligaciones. Ahora bien, tal aplicabilidad es claudicante, pues el vicio puede originar una impugnación que acabe en una declaración de nulidad. Por lo tanto, las normas afectadas de una causa de anulabilidad, aunque inválidas, gozan de aplicabilidad. Pero esta aplicabilidad es provisional en función de una eventual sentencia anulatoria.

Así pues, existe una relación entre la aplicabilidad y la presunción de validez de la que se benefician determinados normas. En este sentido, la presunción de validez supone únicamente, como antes señalé, que ciertos órganos deben aplicar ciertas normas, pero esto no afecta a la validez. Por ello, si el órgano aplicador tiene una duda relevante acerca de la validez de una norma entonces, puede elevar tal incertidumbre al tribunal pertinente para que se pronuncie sobre la validez o invalidez de aquella. El caso paradigmático de este tipo de casos son las cuestiones de inconstitucionalidad.

La declaración de inconstitucionalidad, como cualquier otra sentencia con valor de cosa juzgada que resuelva sobre la validez de una norma jurí-

---

[37] GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo* (I), op. cit., p. 604.

[38] Por ejemplo, un Registrador no puede denegar la inscripción de un préstamo hipotecario por apreciar que existe alguna cláusula abusiva de las no tipificadas expresamente en la legislación vigente, porque la determinación de si el contenido contractual es o no contrario a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones es una tarea que nuestro ordenamiento jurídico encomienda al juez, y no a un órgano administrativo. Otros ejemplos: cuando la ilicitud de la causa u objeto del contrato procede de delito o falta común a ambos contratantes, ambos carecen de toda acción entre sí, o, el supuesto de preservación de los efectos contractuales en caso de terceros de buena fe. Estos ejemplos me han sido sugeridos por José Juan Moreso.

dica puede ser interpretada como una sentencia declarativa de la validez, pero constitutiva de la aplicabilidad [39]. En este sentido, mientras la validez o invalidez de la norma o contrato es independiente de otras consideraciones, y en especial, de la declaración de un tribunal, la aplicabilidad de una norma es provisional dado que puede claudicar cuando un tribunal declare su invalidez. En este caso, la declaración de inconstitucionalidad de una ley inválida no supone la eliminación de la pertenencia al sistema jurídico, porque nunca perteneció, pero sí supone, en el caso de que tenga valor de cosa juzgada, el cese definitivo de la aplicabilidad [40]. De esta manera, la distinción entre la validez y la aplicabilidad y su relación con las sentencias con valor de cosa juzgada puede conectarse con la distinción de Hart entre la definitividad de una decisión judicial y su infalibilidad: una decisión con valor de cosa juzgada es definitiva, en el sentido que establece la aplicabilidad de la norma en cuestión al caso concreto, pero no es infalible, en el sentido que puede haberse equivocado al evaluar la validez o invalidez de la norma.

En relación con el cese definitivo de la aplicabilidad, es conveniente señalar que el concepto de aplicabilidad no sólo es relativo a un caso individual y al órgano encargado de aplicarla, sino que también lo es en otro sentido. En efecto, la aplicabilidad de una norma puede tener una distinta fuerza según el órgano jurídico que la establezca.

En este sentido, el papel de los órganos legislativos y judiciales sobre la aplicabilidad de una norma es distinto. La aplicabilidad de una norma creada por una autoridad legislativa es provisional, en el entendido de que está a merced de una eventual declaración judicial que puede convalidarla o cesarla definitivamente. La decisión de un tribunal acerca de la validez de la norma incide de una manera especialmente relevante en su aplicabilidad. La resolución judicial tiene sobre el caso enjuiciado efecto de cosa juzgada material, lo cual supone que es inimpugnable y que el resultado procesal es inatacable, es decir, que se precluye la posibilidad de que por medio de otro proceso se emita una decisión que contradiga lo decidido. En este sentido, la sentencia añade a la aplicabilidad de la norma un carácter de definitividad que no tenía anteriormente. Por otro lado, parece que los tribunales que ocupan la grada superior de la jerarquía judicial, como es el Tribunal Cons-

[39] GUASTINI, Riccardo: «Problemi di analisi logica delle decisioni costituzionali»; *Analisi e Diritto*, 1990, p. 93-94. MORESO MATEOS, José Juan: «Sobre normas inconstitucionales», op.cit. p. 109. AGUILÓ, Josep: *sobre la derogación*, Fontamara, México, 1995, p. 104.

[40] BULYGIN, Eugenio: «Cognition and Interpretation in Law», op.cit., p. 24. De igual manera, cuando se trata de un acto administrativo nulo, la doctrina se pronuncia en términos muy parecidos, pues se interpreta que objeto de la impugnación es únicamente hacer claudicar la eficacia [aplicabilidad]. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E.-FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo* (I); op.cit., p. 605.

titucional o el Tribunal Supremo están menos vinculados a aplicar una norma que un tribunal de primera instancia, aunque sólo sea por el hecho de que los primeros pueden cambiar la interpretación de un enunciado normativo.

Por otro lado, es importante señalar la incidencia que tiene sobre la aplicabilidad de una norma el pronunciamiento de un tribunal constitucional en un sistema de control jurisdiccional concentrado como es el caso de nuestro Tribunal Constitucional, cuyo juicio sobre la validez de la norma va más allá de su incidencia sobre el caso juzgado [41]. Como intérprete supremo de la Constitución, sus sentencias tienen carácter vinculante para todos los órganos del Estado. En este sentido la distinción entre aplicabilidad provisional y definitiva puede relacionarse con la idea de Kelsen que la validez de la norma es provisional hasta que no se produce una decisión judicial de última instancia, que convierte la validez de la norma en definitiva. De este modo, también se entiende su idea de que lo que más importa para la validez de las normas, en el sentido de obligatoriedad, es el pronunciamiento de los tribunales.

Pero en el juicio de validez el Tribunal Constitucional puede no ser certero y, por lo tanto, equivocarse, declarar válida una norma inválida y viceversa. ¿En qué medida afecta esto a la aplicabilidad de la norma? Aquí, es preciso distinguir dos supuestos.

Un primer caso es aquel de una norma válida pero que el Tribunal declara inválida. Según lo dicho, la norma no deja de ser válida, pero sí que cesa de ser aplicable al caso concreto: los jueces o la Administración dejan de estar obligados a aplicar tal norma.

Un segundo supuesto es el de una norma inválida que es declarada válida. La explicación que ofrece esta distinción conceptual es que la norma, al margen del pronunciamiento judicial, sigue siendo inválida. Ahora bien, tal sentencia la convierte en definitivamente aplicable al caso, ya que hasta el momento, su aplicabilidad era únicamente provisional.

Con la distinción entre validez y aplicabilidad, se ofrece una explicación plausible de algunas de las diversas categorías de invalidez y de su papel en la práctica jurídica. Si se adopta la clasificación habitual entre la inexistencia, nulidad y anulabilidad, entonces el esquema conceptual delineado en

[41] El artículo 38 de la LOTC establece que las sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada y vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el BOE. En relación con esta cuestión es necesario señalar las diferentes consecuencias que surgen de un sistema de control difuso y uno de control concentrado. En el primero, si el juez declara la inconstitucionalidad el resultado no es la invalidez, sino únicamente la no aplicación. En cambio, en el segundo la declaración de inconstitucionalidad supone, como regla general, la invalidez.

estas páginas (y con las salvedades expuestas) permite afirmar que las tres categorías suponen la invalidez de la norma en cuestión, y las diferencias estriban en su aplicabilidad: la inexistencia está vinculada con la inaplicabilidad, la nulidad en ocasiones supone la aplicabilidad, pero en otras, la inaplicabilidad y, por último la anulabilidad está vinculada con la aplicabilidad provisional.

Finalmente, trataré de extrapolar esta construcción teórica a algunos supuestos discutidos por la dogmática con el objetivo de mostrar su alcance explicativo.

La dogmática jurídica y algunos supuestos de aplicabilidad

El problema de la invalidez de las normas jurídicas también ha preocupado intensamente a la dogmática jurídica. La acomodación de estos supuestos en las diferentes categorías elaboradas por los juristas no puede decirse que haya suscitado unanimidad. Como reflejo de esta situación, valga esta cita de Diez-Picazo al referirse al régimen de la ineficacia de los contratos, esto es, los supuestos en los que el Derecho reacciona frente a las diversas irregularidades contractuales:

> «Definir la ineficacia y situarla en el campo de los conceptos jurídicos constituye una tarea que no resulta nada fácil. Por lo pronto, la terminología usual no se encuentra fijada y es en muchas ocasiones equívoca. Se utilizan los conceptos de nulidad, anulabilidad, validez, invalidez, rescisión, etc., a veces extrañamente entremezclados...» [42].

Pero por otro lado, existe la tendencia a tratar de explicar todo el fenómeno jurídico con una sola categoría, la validez, sin tomar en consideración el aspecto de la aplicabilidad. Sirva como botón de muestra este párrafo de Rubio Llorente:

> «Mi duda (no la única) la suscita, claro está, la disociación entre las categorías de validez y aplicabilidad... Si la validez es el criterio de lo jurídico, la nota distintiva, la condición necesaria y suficiente que hace de un enunciado deóntico norma jurídica, elemento de un sistema dado, no veo posibilidad alguna de distinguir categorialmente entre validez y aplicabilidad. Todas las normas válidas son, por serlo, normas aplicables... Y en sentido opuesto, no pueden existir normas aplicables que no sean también normas válidas...» [43]

Esta concepción que liga indisolublemente validez y aplicabilidad genera dificultades a la hora de explicar ciertas situaciones jurídicas complejas. A continuación se examinarán dos de estos supuestos y la posible solución tomando como referencia la distinción entre validez y aplicabilidad.

---

[42] DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*; Tecnos, Madrid, 1997, p. 424.

[43] RUBIO LLORENTE, Francisco: Prólogo a REQUEJO PAGÉS, Juan Luis: *Sistema normativos, Constitución y ordenamiento;* McGraw Hill, Madrid, 1995, p. XII.

1. Leyes estatales que afectan a competencias de una determinada Comunidad Autónoma

Según el art. 39.1 de la LOTC, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición lleva aparejada su nulidad:

> «Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados...».

Así pues, si el Tribunal Constitucional considera que una ley es inconstitucional, deberá declarar la nulidad de pleno derecho de la ley enjuiciada, por medio de una sentencia declarativa que habrá de producir efectos *ex tunc.*

Recién promulgada la Constitución y la LOTC, la dogmática constitucionalista percibió que la ecuación inconstitucionalidad-nulidad sería problemática dada la experiencia en otros ordenamientos jurídicos. En efecto, en Alemania existía el precedente de una disposición similar al art. 39.1 LOTC, respecto de la cual la práctica jurisprudencial se había alejado, al separar la consecuencia de la inconstitucionalidad de la nulidad [44].

Un supuesto en el que el Tribunal tuvo que pronunciarse sobre esa ecuación fue aquel en el que una disposición estatal infringía las competencias atribuidas a una Comunidad Autónoma por su Estatuto. En el sistema jurídico español, dado su peculiar sistema de delimitación competencial entre los poderes estatales y autonómicos no es infrecuente que se produzcan declaraciones de inconstitucionalidad de una ley del Estado por referencia únicamente a una determinada parte del territorio.

Sin embargo, esto planteaba un problema pues, como se ha visto, el artículo 39 LOTC establece la vinculación entre la declaración de nulidad e inconstitucionalidad. Ante esta situación, el TC se ha visto compelido a distorsionar el sentido del art. 39 LOTC, pues la ley estatal en cuestión puede ser válida en algunas Comunidades Autónomas, pero no en otras. ¿Qué ocurre en estas CCAA? ¿Es válida o inválida? El Tribunal Constitucional ha señalado en relación con estos supuestos que «la nulidad es, en efecto, un vicio que afecta a la validez de las normas, y choca, por tanto, con el recto uso de las categorías jurídicas declarar la nulidad de una disposición que es plenamente válida en otras partes del territorio nacional» (STC 80/1985, de 5 de julio, F.3, sentencia de la que fue ponente el magistrado F. Rubio Llorente). En conclusión, el TC estimó que no podía aplicarse el efecto «erga omnes» característico de la declaración de nulidad a estas disposiciones.

Este supuesto, que como reconoce el TC choca con el «recto uso de las categorías jurídicas» puede ser explicado de otra manera señalando que la norma estatal en cuestión es válida y aplicable en algunos territorios, mien-

---

[44] BOCANEGRA, Raúl: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional;* op. cit., p. 238.

tras que en otros es válida, pero inaplicable. Curiosamente, Rubio Llorente sobre este supuesto afirma que en rigor, en la mayor parte de los casos, ni siquiera cabe hablar de invalidez, pues el Derecho estatal tiene siempre valor supletorio (art. 149.3 CE), con lo que al declarar la inconstitucionalidad, el Tribunal, sin anular la norma, ha de limitarse a precisar que ésta no es aplicable en el territorio de la Comunidad impugnante [45].

En este sentido, podría decirse que la sentencia del TC se constituye en una norma que reglamenta el ámbito de eficacia (aplicabilidad) de la norma impugnada en lo que hace referencia a su ámbito espacial [46].

2. El saneamiento del contrato anulable

Una de las características que particularizan al contrato anulable respecto del contrato nulo, es que es susceptible de sanar por el transcurso del tiempo [47]. El no ejercicio de la acción de nulidad y el consentimiento expreso o tácito de quien puede ejercitarla producen el efecto sanatorio [48], y por lo tanto, el negocio se vuelve válido. Como se ve, esta es una situación similar a los efectos de la cosa juzgada, y por ello, se plantean similares interrogantes.

La dogmática civilista ha discutido esta transformación. Una parte de los civilistas opina que el negocio era inválido y lo que se produce con el paso del tiempo es una sanación que convierte al negocio en válido, es decir, que con la sanación se produce la validez donde antes no existía.

En cambio otro sector doctrinal es de la opinión que el transcurso del plazo no corrige ni borra la irregularidad que afectaba al contrato, sino que los efectos del tiempo se hacen notar en la eficacia. La confirmación no borra la irregularidad, pero suprime la principal consecuencia de ella, que es su sanción jurídica, la ineficacia, esto es la aplicabilidad.

Parece que esta segunda teoría puede ser explicada con la distinción entre validez y aplicabilidad. La confirmación o sanación, en sentido estricto, no borra la irregularidad, por lo que no puede decirse que el contrato pase a ser válido: el vicio invalidante subsiste y la consecuencia adherida, la invalidez, no desaparece [49]. Ahora bien, sería plausible decir que el efecto sanatorio por el transcurso del tiempo afecta no a la validez, sino a la aplica-

[45] RUBIO LLORENTE, Francisco: *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución española*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p 387.

[46] Véase GUASTINI: *Le fonti del Diritto e l'interpretazione;* Giuffrè, Milano, 1993, p. 33

[47] DÍEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, op. cit., p. 470 y ss.

[48] La caracterización de este saneamiento (confirmación) es ampliamente discutido entre la doctrina civilista, en las que se han señalado diversas teorías explicativas. Véase DÍEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, op. cit., p.471 y ss.

[49] «Cuando una norma sólo puede ser anulada dentro de un cierto plazo, vencido éste sin que se haya producido la anulación, la cuestión de su invalidez deja de tener relevancia». BULYGIN, Eugenio: «Sentencia judicial y creación del derecho»; op. cit., p. 365.

bilidad. Si hasta el momento se trataba de un negocio irregular y aplicable provisionalmente, a partir del momento sanatorio, el negocio se convierte en un negocio aplicable de manera definitiva y por eso, se borra definitivamente la posibilidad de que sea declarado inaplicable (ineficaz). En definitiva, hasta ese momento el contrato era inválido y aplicable, pero sólo provisionalmente. Pero si lo que ocurre es que transcurre el plazo sanatorio se convierte en aplicable definitivamente.

En este trabajo me he preguntado por el problema de las llamadas «normas irregulares». He asumido como punto de partida que estas normas son inválidas, pero también, vigentes y obligatorias. Después de rechazar la propuesta explicativa de Kelsen por diluir el problema al calificar a las normas irregulares como válidas, he sugerido adoptar la distinción entre validez y aplicabilidad. En este sentido, he caracterizados las normas irregulares como inválidas, pero aplicables, siendo el fundamento de esta aplicabilidad las presunciones de legalidad que suelen ser corrientes en los sistemas jurídicos, a través de las cuales tratan de hacerse efectivos los principios de seguridad jurídica y orden público. Por otro lado, he tratado de conectar esta respuesta con la teoría que la dogmática jurídica ha elaborado sobre los distintos tipos de invalidez: la inexistencia, la nulidad y la anulabilidad. La conclusión ha sido que estas categorías asumen la invalidez de norma, pero la cuestión de la aplicabilidad debe ser examinada en cada caso. Cuando se trata de la inexistencia, tal pretendida norma jurídica es inaplicable; cuando se trata de la nulidad, hay casos en que las normas son aplicables y otros en que son inaplicables. Y, por último, cuando se trata de la anulabilidad, la regla general es la aplicabilidad.