

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado. (Notas de teoría y dogmática*)

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA
Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: I. *Definiciones iniciales.*—II. *Las normas que confieren poderes.*—III. *Reglas que atribuyen poderes y reglas que regulan la actualización de los poderes.*—IV. *El poder (capacidad) y las reglas que lo atribuyen.*—V. *Reglas de incompetencia.*—VI. *Normas reguladoras de la actualización de la competencia.*—VII. *Principios generales que limitan los poderes: fraude de ley y abuso del derecho.*—VIII. *La coherencia con normas superiores.*—IX. *Validez formal y validez material.*—X. *Validez respecto de una norma: explicaciones.*—XI. *Validez de un acto en el sistema: explicaciones.*—XII. *Invalidez respecto a una norma y en el sistema.*—XIII. *La regla de clausura. Derecho público y Derecho privado.*—XIV. *Validez y pertenencia. Pertenencia al orden jurídico estatal.*—XV. *Validez simultánea en varios ordenamientos estatales.*—XVI. *La hipótesis de validez en sistemas normativos no estatales.*—XVII. *Validez respecto a una norma y validez en el sistema: 1. Los hechos. 2. El pleito civil. 3. Un poco de análisis.*—XVIII. *Actos permitidos inválidos en el sistema.*—XIX. *Los actos de las personas públicas para los que carecen de competencia.*—XX. *Validez y prohibición.*—XXI. *Normas «imperativas» y «prohibitivas» en el artículo 6-3 CC.*—XXII. *Disposiciones de validez y disposiciones de invalidez.*

RESUMEN PREVIO

La investigación tiene como objeto la reconstrucción racional del concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación «Ineficacia e invalidez de los actos jurídicos», BJU2002-01178, financiado por la CICYT (2002-2005), del que soy investigador principal.

El punto de partida es el concepto de validez de las normas jurídicas (entendida la validez como pertenencia al sistema), tal como ha sido desarrollado por la corriente analítica de la teoría general del Derecho. El concepto de validez como pertenencia está ligado al de normas que confieren poderes (normas de competencia); a esta clase de normas se dedica parte importante de la exposición, poniendo el énfasis en la configuración específica de estas normas en el Derecho privado, como fundamento de la autonomía privada. Se distingue: normas que atribuyen el poder, normas que regulan la actualización del poder (forma y procedimiento), normas que exigen coherencia con normas superiores y normas de incompetencia. También, entre validez formal y validez material.

Se proponen definiciones de validez respecto de una norma y en el sistema; así como de invalidez, asimismo respecto de una norma y en el sistema (dos definiciones de este último concepto: ‘invalidez débil’ e ‘invalidez fuerte’). El rendimiento heurístico de estas definiciones se muestra con ejemplos de disposiciones y normas las más del Código civil español) y el análisis de dos sentencias del tribunal Supremo (Salas 1.^a y 3.^a).

Validez e invalidez no dependen (al menos directamente) del cumplimiento o incumplimiento de normas de conducta. La invalidez no es la consecuencia de la infracción de una prohibición. Hay actos inválidos permitidos y hay actos prohibidos válidos. Se ofrecen al respecto algunas sugerencias para la interpretación del art. 6.3 Cc. y sobre el uso de ‘normas imperativas’ y ‘normas prohibitivas’ en este artículo.

La validez no es la consecuencia o efecto jurídico de ninguna norma, sino un juicio que se expresa en un metalenguaje que tiene como objeto las normas. La invalidez (‘invalidez fuerte’) sí forma parte del efecto de ciertas normas de incompetencia.

I. DEFINICIONES INICIALES

El concepto de validez de los actos jurídicos, como el de validez de las normas, es relativo a (otra) norma o normas.

Propongo inicialmente dos definiciones de validez de los actos jurídicos (validez respecto de una norma y validez en el sistema), inspiradas en definiciones de von Wright (1963, pp. 201-205) y Alchourrón y Bulygin (1971, p. 120; 1979, p. 73) referidas a la validez de normas. Presupongo con ello que los actos jurídicos de

Derecho privado son actos normativos (que producen normas, o bien modifican o extinguen normas), en el sentido que se precisará (núms. 14 ss.).

1. VALIDEZ DE UN ACTO JURÍDICO RESPECTO DE UNA NORMA

Def. 1. «Un acto A_i es válido respecto a una norma $N_j =$ df. (1) N_j confiere poder a un sujeto P_i para realizar el acto jurídico A_i , y (2) el sujeto P_i ha realizado el acto jurídico A_i ».

Una versión menos precisa de esta definición podría ser: «Un acto es válido respecto a una norma cuando esta norma confiere poder a un sujeto para realizar el acto y este sujeto lo realiza».

2. VALIDEZ DE UN ACTO JURÍDICO EN EL SISTEMA

Def. 2. «Un acto A_i es válido en el sistema $S_k =$ df. En el sistema S_k hay por lo menos una norma N_j tal que A_i es válido respecto a N_j ».

Una versión menos precisa de esta definición podría ser: «Un acto es válido en el sistema cuando es válido con arreglo a una norma perteneciente al sistema».

Estas dos definiciones presiden todo el trabajo y serán explicadas más adelante. La diferencia entre ellas (validez respecto a una norma, validez en el sistema) es de especial importancia para el concepto de validez de los actos de Derecho privado. Además, es previa para definir también los conceptos de invalidez de un acto respecto de una norma y de invalidez de un acto en el sistema.

En la segunda parte del trabajo (núms. 17 ss.) mostraré algunos resultados de la aplicación de estas definiciones que, en mi opinión, muestran la fuerza heurística de las mismas.

De momento, advirtamos que la norma N_j (en Def. 1 y Def. 2) es una norma de competencia o regla que confiere poderes. El punto de partida necesario para formular un concepto de validez es el concepto de norma de competencia, es decir, una norma que confiere poder a un sujeto para emitir normas o realizar actos normativos.

En consecuencia, trataremos en primer lugar el concepto de normas de competencia (o normas que confieren poderes), las di-

ferencias de estas normas con las que regulan la conducta de los sujetos como obligatoria, prohibida o permitida, y las relaciones entre estas dos clases de normas.

Es oportuno indicar que, en este trabajo, distingo entre *normas* y *disposiciones legales*. Las disposiciones legales son enunciados lingüísticos normativos susceptibles de interpretación. Normas son las disposiciones legales interpretadas o, mejor, el significado de las disposiciones legales tal como resulta del proceso de interpretación. Por otra parte, entiendo por *proposiciones normativas* los enunciados jurídico científicos, es decir, proposiciones formuladas por los juristas, que tiene por objeto normas y que, a diferencia de éstas (que pueden ser válidas o inválidas), pueden ser verdaderas o falsas.

‘Norma’ y ‘regla’ son términos que se utilizarán indistintamente. Asimismo, ‘sistema’, ‘orden’ y ‘ordenamiento’.

II. LAS NORMAS QUE CONFIEREN PODERES

La terminología referida a las «normas de competencia» no es uniforme. Para el Derecho privado quizás sea lo más expresivo denominarlas normas que confieren poderes (traducción literal del inglés *–power conferring rules–*, usual en la teoría del Derecho de lengua española).

Normas de esta clase son elementos imprescindibles en todo sistema jurídico (al menos, en todo sistema jurídico desarrollado). No son normas de conducta, es decir, no correlacionan casos genéricos con conductas calificadas con los operadores deónticos «obligatorio», «prohibido» o «permitido». Por ello, no cabe violarlas o desobedecerlas: no hay ninguna conducta contraria al contenido de las reglas que atribuyen poderes. Es posible al destinatario de las mismas seguirlas o no, y sólo en el caso de que las utilice –para lo cual, de ordinario, es libre– el acto jurídico realizado será válido.

Probablemente, es un concepto intuitivo para los jusprivatistas, acostumbrados a distinguir entre el *licere* y el *posse*. A la teoría del Derecho contemporánea llega a través de la teorización de los conceptos de norma jurídica y de sistema normativo. Su momento inicial suele señalarse en la obra de Kelsen.

En efecto, Kelsen entendió el Derecho como sistema coactivo de normas que regulan su propia creación, poniendo de relieve el

carácter dinámico del Derecho positivo. La construcción escalonada del ordenamiento hace depender la validez de cada norma de otra superior que autoriza a emitirla, descendiendo así desde la *Grundnorm* hipotética, pasando por la Constitución y las leyes, hasta los actos administrativos, los actos de ejecución, las sentencias y los actos jurídicos de los particulares. Resulta de ello el papel central que en el sistema normativo jurídico tienen las normas que confieren poderes y establecen los procedimientos para emitir (y eliminar) normas.

Normas, para este autor, no son sólo las generales y abstractas, sino también las individuales y concretas, como las sentencias o los actos jurídicos de Derecho privado. Posiblemente, facilita esta equiparación el entender las normas como el sentido objetivo de un acto de voluntad dirigido al comportamiento de otro, lo que conviene tanto a la ley emanada del Parlamento como a un testamento o a un contrato. En cualquier caso, en su planteamiento el criterio de validez de los actos jurídicos (más precisamente, de las normas producidas por ellos) es el mismo que el de las leyes emanadas del Parlamento: son válidos si han sido dictados mediante el procedimiento establecido por otra norma superior por la persona autorizada en aquélla. Esta autorización confiere al sujeto competencia o capacidad en un sentido muy lato, que incluye competencia (*Zuständigkeit*), poder jurídico (*Rechtsmacht*), capacidad de obrar (*Handlungsfähigkeit*) y capacidad delictual (*Deliktsfähigkeit*). Por encima de la posible distinción de estos poderes como de Derecho público o de Derecho privado, les une el tratarse de un poder jurídico tal que el sujeto titular del mismo tiene la facultad de modificar el sistema jurídico añadiendo o eliminando normas.

La inclusión de la capacidad delictual implica que estos poderes no suponen que su ejercicio esté permitido, es decir, hace preciso distinguir entre las normas que atribuyen el poder y las que permiten (obligan, prohíben) su ejercicio. En definitiva, hay que separar las normas de competencia de las normas de conducta. La distinción entre unas y otras (fundamental para una construcción del concepto de validez y que autores posteriores han perfilado con mayor claridad) queda algo oscurecida en Kelsen en razón de las tesis imperativistas o prescriptivistas que mantiene. Por ello las normas de competencia no pueden ser en su teoría sino partes de normas, o a lo más normas no independientes, como condiciones de validez de las normas que imponen sanciones.

Los autores posteriores que se han ocupado de las normas que atribuyen poderes tienden a centrar su análisis en las que atribuyen

a una autoridad pública el poder para dictar normas (generales y abstractas) o derogarlas; bien porque entiendan que tales normas son las más significativas, bien por razones de especialización profesional. Pero es habitual –al menos entre filósofos del Derecho– que ejemplifiquen también con poderes para realizar contratos o testamentos (es decir, poderes de Derecho privado y las correlativas normas de competencia) e incluso que aporten algunos desarrollos y señalen similitudes y diferencias (como Alf Ross, H. L. A. Hart o Neil MacCormick).

Por mi parte, creo que los elementos sustanciales de la teorización sobre competencia y normas que atribuyen competencia o poderes pueden aplicarse con fruto a las normas que atribuyen poderes a los particulares para realizar actos jurídicos. Más aún, que es imprescindible partir de las normas de competencia para analizar el concepto de validez de los actos jurídicos. Para ello no es imprescindible precisar en qué sentido los actos jurídicos de los particulares crean normas (individuales y, de ordinario, concretas), ni sostener ninguna tesis específica sobre el concepto de negocio jurídico. Basta con tener en cuenta que los actos jurídicos válidos en un sistema, directa o indirectamente, por sí solos o en relación con otros, pueden llevar a una autoridad pública, un juez, a imponer una sanción (ejecución forzosa, indemnización) respaldada por la fuerza coactiva del Estado. Para ello tendrá que comprobar la validez del acto, es decir, que ha sido producido por persona con poder para ello y de acuerdo con las normas de competencia del sistema de referencia.

Las normas de competencia no son normas que regulen la conducta de los sujetos. Ni obligan ni prohíben. Tampoco son normas de permiso. Ciertamente, muchos autores las han configurado como normas permisivas, es decir, normas de conducta con el operador deóntico de permiso o permisión. Una dificultad previa la presenta el mismo concepto de permiso, si es irreductible a las normas que obligan o prohíben, o si es lo mismo que la ausencia de prohibición, la negación de la prohibición o la negación de la prohibición y de la obligación.

En cualquier caso, las normas que atribuyen poderes no son normas de mandato (las que obligan o prohíben una acción), y hay buenas razones para considerarlas también como distintas de las normas permisivas y, por tanto, de las normas deónticas o regulativas (utilizo aquí las clasificaciones de Atienza y Ruiz Manero). Las normas que atribuyen poderes no sólo son distintas de las normas que regulan conductas, sino que tienen por objeto o se re-

fieren a las normas de conducta. Son, por ello, reglas secundarias en la terminología de H. L. A. Hart. Puede incluso decirse que no son verdaderas normas o normas en sentido estricto, si por éstas entendemos exclusivamente las que regulan directamente conductas humanas. Su objeto no es la conducta humana, sino otras normas que, ellas sí, la regulan. La validez de estas normas de conducta depende de las normas de competencia.

La validez, para Hart, va necesariamente ligada a la norma de competencia y no puede entenderse sin ella, y recíprocamente. Ésta es una idea generalmente admitida por los que con posterioridad han escrito sobre el concepto de normas de competencia, y de la mayor importancia para construir el concepto de validez de los actos jurídicos de los particulares.

Hay al menos otras tres ideas fundamentales en la obra de Hart que interesa destacar aquí.

En primer lugar, la imposibilidad lógica de obedecer o desobedecer las reglas de competencia, puesto que ellas mismas no imponen deberes ni establecen prohibiciones. Hart tiende a explicar estas reglas como definiciones; autores posteriores las han configurado como reglas constitutivas (constitutivas de la competencia del órgano, del órgano mismo, y de la validez de las normas por él emitidas).

En segundo lugar, la coexistencia de estas normas (secundarias) de competencia con otras normas de conducta que permiten, obligan e incluso prohíben ejercer la competencia. Obviamente, la existencia de normas de prohibición del ejercicio de la competencia sería algo contradictorio si las normas de competencia hubiéramos de entenderlas como permisos.

En tercer lugar, las reglas de competencia tienen una función social distinta a la que corresponde a las normas de conducta y son utilizadas por los ciudadanos de otra manera (1961, p. 52). Las normas de competencia amplían las capacidades o poderes de los sujetos, pues sin ellas, ciertamente, podrían realizar acciones naturales, pero no actos jurídicos: «la potestad así conferida a los individuos para dar forma a sus relaciones jurídicas mediante contratos, testamentos, matrimonios, etc., es uno de los grandes aportes del Derecho a la vida social; y es una característica que queda oscurecida si se representa a todo el derecho como una cuestión de órdenes respaldadas por amenazas».

Además, precisamente porque las normas de competencia muestran la manera de conseguir realizar actos válidos en el sistema de referencia, constituyen también razones para la acción de los particulares, aunque no guían directamente su conducta. De la

norma de competencia pueden derivarse reglas técnicas, de manera que el sujeto, atento a sus intereses y deseos, realizará o no el comportamiento reglado por la norma de competencia según desee o no la validez del acto jurídico con todas sus consecuencias (hará o no testamento, contraerá matrimonio o evitará hacerlo).

En la teoría del derecho producida en nuestro país, me parece que tiene especial interés para nuestra investigación la caracterización que de las normas de competencia hacen Atienza y Ruiz Manero: por su atención más directa a los poderes conferidos a particulares (otros autores se ocupan muy preferentemente de poderes para emitir normas generales) y porque en su obra encontramos un marco general de referencia que permite situar estas «piezas» del derecho en una «taxonomía de los tipos de enunciados que pueden encontrarse en el Derecho, entendido como lenguaje del legislador» (1996, p. XIII).

Para Atienza y Ruiz Manero, las normas de competencia son normas «anankástico-constitutivas», netamente distintas de las normas regulativas, y distintas también de las (demás) reglas constitutivas así como de las definiciones. En particular, las normas de competencia no son normas regulativas de permisión: «el ámbito de lo que un sujeto X puede hacer (*en el sentido de tener un poder normativo para hacer*) no coincide con el ámbito de lo que ese mismo sujeto puede hacer (*en el sentido de tener un permiso para hacer*)» (subrayados de los autores) (1996, p. 57).

La forma canónica de estas normas sería: «Si se da el estado de cosas X, y Z realiza la acción Y, entonces se produce el resultado institucional (o cambio normativo) R» (1996, p. 60). Precisan que la acción Y será normalmente bien una conjunción de acciones (un curso de acción), bien una disyunción de acciones o de cursos de acción, bien una combinación de ambas (1996, pp. 60 y 82). También, que en el estado de cosas aparecen hechos bien naturales, bien institucionales; y que también la acción Y puede ser natural o institucional. En cualquier caso, «la acción ha de describirse de forma independiente del resultado, esto es como acción natural o como acción institucional dependiente de otra regla» (1996, p. 82, n. 2). Hechos o acciones naturales (o no institucionales) son, nos dicen, «aquellos que se enuncian con independencia de las reglas que forman parte de una determinada institución (para nuestros efectos, de un determinado derecho positivo)» (1996, p. 59). Podemos ejemplificar por nuestra cuenta del siguiente modo. Regalar una cosa es acción natural, donar institucional; practicar el trueque

acción natural, la permuta institucional; distribuir los bienes en atención a la muerte es acción natural, testar institucional; prometerse recíprocamente dos personas de distinto sexo disponibilidad sexual, fidelidad y convivencia es acción natural, contraer matrimonio institucional. Revocar, constituir en mora o impugnar contratos son necesariamente actos institucionales, pues no podemos enunciarlos sin referencia a normas jurídicas. Su posibilidad depende de la existencia de normas jurídicas que habiliten para ello: normas de competencia, o reglas que confieren poderes, como prefieren decir Atienza y Ruiz Manero, y es sin duda más adecuado cuando –como hacen estos autores– se extiende el concepto también a las normas que confieren poderes privados o de Derecho privado: «poder de autonomía, esto es, el poder de autodeterminación» (1996, p. 75).

La concepción de las normas que confieren poderes ofrecida por Atienza y Ruiz Manero me parece más adecuada que otras para explicar precisamente el concepto de validez de los actos de Derecho privado, puesto que delimita en el antecedente de estas normas (la acción *Y*) actos que, cuando son de Derecho privado, se corresponden con el concepto común de actos jurídicos en los manuales de Derecho civil. Esto se ve más claramente en su exposición de las normas que confieren poderes como razones para la acción (el enfoque funcional). También estas normas motivan o guían la conducta de la gente (como hemos visto que señalaba Hart), pero no de manera directa como las normas de mandato (que obligan o prohíben, y establecen una sanción para el caso de incumplimiento), sino de manera indirecta, como razones auxiliares para la acción del sujeto que pretende lograr el resultado institucional. Es decir, son imperativos simplemente hipotéticos, constituyen razones para actuar siempre y cuando el sujeto pretenda alcanzar un determinado fin (un resultado normativo) (1996, p. 69). Pero para que sean razones para la acción, la producción del cambio del estado de cosas ha de encontrarse bajo el control del agente, no consistir en simples hechos que el sujeto no puede producir o evitar.

En la formulación que Atienza y Ruiz Manero hacen de las reglas que confieren poderes, el antecedente incluye necesariamente un acto jurídico (o varios), no meros hechos con relevancia jurídica. Lo pone de manifiesto su ejemplo sobre los artículos 615-616 CC, es decir, el hallazgo de cosa perdida (cuyo resultado institucional –el que ellos consideran, pues el primero y más importante es la obligación de restituir– sería el derecho al abono del

premio). Entienden que la regla de referencia es meramente constitutiva, a pesar de lo cual sugieren que también puede servir de razón auxiliar para la acción, al modo de las que confieren poderes (anankástico-constitutivas), pues pueden motivar a cazarrecompensas. Con lo que muestran que han excluido del antecedente de las normas que confieren poderes incluso a hechos que, desde cierto punto de vista, cabría todavía considerar actos, pues son (pueden ser) voluntarios y no meramente fortuitos. Merece la pena retener esta cuestión de límites, pues es decisiva para responder a la pregunta sobre de qué entidades podemos predicar validez. Sin duda, centralmente, de los actos jurídicos (o las normas que de ellos proceden). Pero ¿podemos predicar validez (o invalidez) de un hallazgo de cosa perdida (como podemos, en mi opinión, de la ocupación de cosas sin dueño y, probablemente, del descubrimiento de tesoro?). Creo que la respuesta depende simultáneamente de la extensión del concepto de acto jurídico y de la extensión del concepto de las normas que confieren poderes. Dicho de otro modo, las tres cuestiones (validez, acto jurídico, normas que confieren poderes) no son más que tres aspectos de una misma cuestión.

III. REGLAS QUE ATRIBUYEN PODERES Y REGLAS QUE REGULAN LA ACTUALIZACIÓN DE LOS PODERES

No es pacífica la cuestión del carácter y estructura de las reglas que confieren poderes, cuestión que se considera de las centrales en la teoría del Derecho. Así, mientras algunos las consideran una especie de normas permisivas (por tanto, normas deónticas), otros, al separarlas de ellas, las incluyen bien en las definiciones, bien en las disposiciones cualificadoras, bien en las reglas constitutivas, con matices a su vez muy distintos. A nuestros efectos, lo realmente importante, y en lo que creo que coinciden todos los autores, es que constituyen un tipo de normas que no cabe violar ni desobedecer; simplemente, si se usan con éxito se consigue el resultado pretendido, en otro caso no se ha realizado un acto válido en el sistema de referencia.

Si esto es así, para la reconstrucción del concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado no es preciso dar cuenta de las diferentes opiniones y sus críticas recíprocas sobre el concepto de normas de competencia, aunque en el anterior epígrafe ya he

mostrado las ideas principales de que parto: las normas que confieren poderes no son obviamente normas de mandato (no prescriben ni prohíben), pero tampoco enunciados permisivos entendidos deónticamente. Ahora bien, las normas de competencia van acompañadas de normas regulativas que, cabe suponer, son de permiso en la mayoría de los casos –especialmente en el Derecho privado–, pero que pueden ser de obligación y de prohibición. Es decir, quien tiene el poder estará de ordinario autorizado tanto a ejercerlo como a no ejercerlo (casarse o no casarse, contratar o no contratar), pero puede estar obligado a ello (actos de los cargos de Derecho privado: tutores, albaceas...) o tenerlo prohibido. En este último caso, la prohibición del ejercicio no implica privación del poder. La infracción de la prohibición puede llevar aparejada una sanción, pero el acto realizado en el ejercicio del poder –que no deja de tenerse por obra de la prohibición– será válido. Estos últimos casos son especialmente relevantes para el objeto de nuestro análisis. Un ejemplo nos proporcionan las prohibiciones de disponer con efectos meramente obligacionales.

Hay otro tipo de disensiones en la presentación de las normas que confieren poderes por distintos teóricos del Derecho que, siendo de menor sustancia, resulta sin embargo imprescindible tratar de aclarar aquí. Para algunos, la extensión del concepto abarca todas las condiciones necesarias y suficientes para la producción del resultado institucional, mientras que para otros es norma de competencia la que establece condiciones necesarias o condiciones suficientes para este resultado, con lo que la validez del acto dependería, no del seguimiento de una sola norma de competencia, sino de una pluralidad de ellas.

Por ejemplo, para Atienza y Ruiz Manero (1996, p. 63), el antecedente del condicional puede ser una condición necesaria, suficiente, o necesaria y suficiente del consecuente (el resultado). Llaman entonces regla que confiere poder completa a «aquella que enuncia las condiciones suficientes (o necesarias y suficientes) para conseguir el resultado»; mientras que «una norma que enuncia sólo algunas condiciones necesarias sería tan sólo una norma incompleta». Por otra parte, su concepción de las normas que confieren poderes como reglas anankástico-constitutivas que pueden ser utilizadas como reglas técnico-institucionales deja fuera de la definición a las reglas que atribuyen la competencia o capacidad al sujeto (al menos, la mayor parte de ellas), puesto que en su antecedente no se encuentra una acción, sino estados de hecho que el sujeto no puede controlar, por lo que no pueden cons-

tituir razones para la acción. El enunciado «la mayoría de edad se alcanza a los 18 años» es, en opinión de estos autores, interpretable como definición (así Alchourrón y Bulygin, pero para ellos todas las reglas de competencia son definiciones), pero mejor como una «regla puramente constitutiva» (cuya forma canónica es «si se da el estado de cosas X se produce el resultado institucional (o cambio normativo) R »). Sin embargo, para la mayoría de los autores las reglas que atribuyen la competencia o capacidad son, o forman parte, de las «reglas que confieren poderes», junto con las que establecen los procedimientos que han de seguirse en la realización del acto o actividad a fin de conseguir el resultado institucional.

Para nuestro análisis, es muy conveniente distinguir entre uno y otro tipo de normas. Por una parte, las que atribuyen capacidad a los sujetos de Derecho privado (utilizo ahora el término capacidad en un sentido amplísimo, con el que suele usarse en la teoría del Derecho). Por otra, las normas que establecen las condiciones para el ejercicio de la competencia o capacidad, es decir, las condiciones para la actualización de la propiedad de ser competente o capaz (que son las que pueden llamarse anankástico-constitutivas en el sentido de Atienza y Ruiz Manero), entre las que haré también algunas distinciones. Quedan al margen –pero habremos de ocuparnos de ellas una y otra vez– las normas regulativas (de obligación, prohibición o permisión) que acompañan a las anteriores.

IV. EL PODER (CAPACIDAD) Y LAS REGLAS QUE LO ATRIBUYEN

Como he dicho, los autores que escriben en lengua inglesa suelen utilizar la expresión *power conferring rules*, mientras que en lengua española parece más frecuente «normas de competencia». «Competencia» es término más propio del Derecho público, en el que la dogmática habla de «competencia legislativa», «competencia administrativa, o de los órganos administrativos» o de «competencia judicial» (de los órganos judiciales). Además, la competencia, en el Derecho público, tiene como sujetos órganos (o personas jurídicas), no personas físicas.

«Competencia» no es término que se utilice habitualmente para los sujetos de Derecho privado. Cabe utilizar «poder» en

forma genérica, y así lo haré en general en este estudio. «Capacidad» es usado a veces en la teoría del Derecho, al explicar las «normas que confieren poderes», como término paralelo al de competencia, en el ámbito del Derecho privado. Esta extensión de su significado es perfectamente compatible con la etimología y los usos extrajurídicos del término capacidad (que puede incluir todas las propiedades necesarias en un sujeto para producir determinado resultado), pero produce confusión con los usos técnicos de capacidad jurídica y capacidad de obrar. Para abarcar otros aspectos del poder de Derecho privado suele hablarse de legitimación. Cuando un sujeto tiene capacidad y legitimación para determinado acto, entonces tiene poder para conseguir el resultado institucional perseguido, y lo conseguirá si sigue las reglas de actualización del poder.

Las reglas que atribuyen capacidad suelen ser meramente constitutivas y su antecedente un estado de cosas que no está en manos del sujeto producir o modificar; las que confieren legitimación es más fácil que tengan como antecedente acciones de otros sujetos con o sin participación del legitimado, o incluso sólo acciones del legitimado (entonces, reglas anankástico-constitutivas). De todos estos tipos pueden ser también las normas que limitan la capacidad o la legitimación, o privan de ellas.

Hay una importante diferencia con las normas que atribuyen competencia en el Derecho público. Éstas tienen que empezar por constituir el órgano (mediante normas constitutivas o definiciones), cada uno de su clase, al que atribuir competencias distintas según su clase; mientras que en el Derecho privado (dejamos ahora aparte las personas jurídicas) los sujetos portadores eventuales de los poderes existen previamente en número ilimitado (no determinado por ninguna norma) y son iguales, al menos, en su capacidad jurídica y en las condiciones de adquisición de su capacidad de obrar.

La atribución de la capacidad jurídica no tiene otra condición que la de nacer la persona humana; para la de la capacidad de obrar, es condición suficiente, en nuestro Derecho, cumplir 18 años, pero no necesaria, pues cumplir otras edades es también suficiente para un número importante de actos. Las reglas hasta ahora aludidas que atribuyen capacidad jurídica o capacidad de obrar son meramente constitutivas. Pero también puede adquirirse la mayoría de edad mediante el matrimonio (en el Derecho aragonés), regla que puede considerarse anankástico-constitutiva (aunque de modo en cierto sentido mediato). Como lo son las que prevén la

emancipación, bien sea por matrimonio, bien por concesión de los padres, bien por concesión del juez. En estos dos últimos casos obsérvese que la regla presupone un poder de los padres o del juez, mediante cuyo ejercicio correcto se logrará el resultado de conferir poder (capacidad de obrar) a otro sujeto (el menor), poder que en el caso de los padres es un poder de Derecho privado. En ambos casos hay también un poder previo del menor (pues su consentimiento es imprescindible para su emancipación), de manera que sólo el correcto ejercicio de poderes de diversos sujetos producirá el resultado institucional.

Es muy interesante la distinción que hace Ross entre la competencia conferida a los particulares y la conferida a autoridades públicas (ambas consideradas un caso especial de potestad en el sentido de Hohfeld). La competencia en el Derecho privado tiene las notas de no-cualificada (todo el mundo la tiene), autónoma (se usa para obligar a la propia persona competente), discrecional (se ejerce libremente), egoísta (sirve los intereses propios de la persona competente) y transferible (en conexión con la transferencia de un derecho). Por el contrario, la competencia propia de las autoridades públicas es caracterizada como cualificada, heterónoma, en interés público y no transferible. Son notas aproximativas, pues podemos encontrar excepciones a todas las atribuidas a la competencia de los particulares. Quizás lo característico sea que tales notas (no-cualificada, autónoma, discrecional, egoísta y transferible) sólo pueden encontrarse en el Derecho privado, en el que hay también competencias o poderes con las características de los atribuidos a las autoridades públicas.

Ocurre también que los seres humanos, pero no las personas y órganos de Derecho público (ni las personas jurídicas en general) pueden realizar actos naturales, además de actos institucionales. Esto tiene importantes consecuencias a la hora de predicar validez de los actos. Las personas jurídicas no pueden ser autoras de actos que carezcan de consecuencia institucional en el sistema de referencia, por lo que es plausible decir que si sus actos no son válidos (por no haber seguido correctamente las reglas de actualización de la competencia) son inválidos en el sistema. Mientras que los hombres y las mujeres pueden realizar actos (permitidos en sentido deóntico, o simplemente no prohibidos) a los que el sistema no reconoce (a esa clase de actos) resultado institucional, por lo que es impertinente calificarlos como nulos (aunque, ciertamente, no son válidos), según se explicará más adelante.

V. REGLAS DE INCOMPETENCIA

Junto a las reglas que confieren capacidad o legitimación hay otras que privan de estos poderes o los limitan. Normas de incompetencia frente a normas de competencia, puede decirse en la terminología de Hernández Marín (1998, pp. 319-325; 2000, pp. 118-120). Ciertamente, también podrían analizarse como partes o fragmentos de las normas de competencia (según me parece que implícitamente hacen la mayoría de los autores), pero hay al menos dos tipos de razones para distinguir unas de otras:

a) Casi todas las normas de competencia han de combinarse con las de incompetencia para su aplicación a los casos particulares, de manera que todas o las más de las reglas de competencia tendrían una parte fija, igual en todas ellas. El procedimiento parece poco económico.

b) Cuando en un caso individual concurren las condiciones necesarias establecidas en una norma de competencia, no podemos por ello concluir que el acto es válido en el sistema. Mientras que si el acto (caso individual) se subsume en una regla de incompetencia, con seguridad es inválido en el sistema.

Hernández Marín ha señalado que normas de incompetencia que se refieren sólo a los sujetos (respecto de todo tipo de materias) sólo se dan en el Derecho privado (2000, p. 119). Es decir, en el Derecho público no hay ningún sujeto a quien se prive genéricamente del poder de realizar actos jurídicos. En el Derecho privado es el caso de la incapacitación (también la declaración de prodigalidad o el concurso), necesariamente a través de una intervención judicial. Cabe entender que expresan también una norma de incompetencia (junto con la más evidente de competencia) las disposiciones que señalan una edad mínima (o la mayoría de edad) para la realización de actos en general o una clase de ellos.

Norma de incompetencia exclusivamente en cuanto a la materia son las que excluyen que determinadas cosas puedan ser objeto de cualquier acto: *v. gr.*, cosas o servicios imposibles (art. 1272 CC). También las que niegan expresamente reconocimiento jurídico a clases de actos que, en otros ordenamientos, producen resultados institucionales (*v. gr.*, testamento mancomunado, pactos sucesorios, fiducia sucesoria, en el CC): pueden entenderse como «instituciones no reconocidas» en el ordenamiento de referencia.

Lo más frecuente parece ser que las normas de incompetencia se refieran simultáneamente a sujeto y materia. Por ejemplo, personas que no pueden: casarse (impedimentos matrimoniales), adquirir por compra (art. 1459 CC), contraer sociedad universal entre sí (art. 1677 CC), determinar la filiación de sus hijos (por ser incestuosos: art. 125 CC), adquirir la nacionalidad española (por haberla perdido por ciertas causas: art. 26 CC), crear una asociación (por estar sujetos a «condición legal para el ejercicio del derecho»: art. 3-a LODA).

Es frecuente hablar de «prohibiciones» para referirse a las normas de incompetencia o a algunas de ellas. Hay disposiciones legales de la forma «no podrá realizar el acto *X* el sujeto *Y* en las condiciones *Z*». Pero su significado no suele ser el de una prohibición, es decir, de normas de conducta que califiquen a ésta como prohibida (con la amenaza de sanción para el caso de incumplimiento), sino normas que privan del poder de realizar (válidamente) el acto. Otra cosa es que, en algunos casos, la norma de incompetencia va acompañada de otra de prohibición (acaso expresada en la misma disposición legal, que padece de ambigüedad simultánea), cada una con sus consecuencias propias: si se dan las condiciones de la norma de incompetencia el acto no es válido; si se incumple la norma de prohibición se incurre en responsabilidad. En muchos supuestos es claro que no está prohibida la conducta de quien no puede alcanzar con ella el resultado institucional. Así, ninguna prohibición sufre el incapacitado o el que no tiene la edad requerida (acaso sí haya prohibición, o deberes de conducta, para quien contrata con él), ni parece prohibida la afirmación de paternidad respecto del hijo incestuoso, ni tampoco hay prohibición en todos los supuestos del artículo 1459 CC. Naturalmente, dilucidar en cada caso si la norma es de incompetencia o de prohibición (o se dan ambas normas simultáneamente, acaso expresadas en una misma disposición legal) es el resultado de la interpretación de las disposiciones legales pertinentes.

VI. NORMAS REGULADORAS DE LA ACTUALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA

En el planteamiento de Atienza y Ruiz Manero, las normas que confieren poderes tienen la forma canónica: «Si se da el estado de cosas *X* y *Z* realiza la acción *Y*, entonces se produce el resultado institucional (o cambio normativo) *R*». Como se ha mostrado en el

epígrafe IV, no son normas de esta clase las que atribuyen el poder (o la mayor parte de ellas), en que el antecedente del condicional no incluye una acción del sujeto.

Esto es, por el contrario, lo que ocurre en las normas que establecen las condiciones de forma y procedimiento o, si se quiere, las propiedades que han de tener los cursos de acción para lograr el resultado institucional. Los autores citados precisan que «las normas que confieren poderes no suelen vincular la producción del resultado normativo con una única acción sino, bien con una determinada conjunción de acciones (un curso de acción), bien con una disyunción de acciones o de cursos de acción, bien con alguna combinación de ambas» (1996, p. 82; *vid.* p. 60, n. 6). Advierten también que la acción ha de describirse de forma independiente del resultado, bien como acción natural, bien como acción institucional dependiente de otra regla. Nos encontramos aquí con la ambigüedad habitual en el Derecho de proceso-producto: «contraer matrimonio» designa simultáneamente la actividad de los contrayentes (que, por cierto, no es «rellenar los formularios, etc.», como repiten estos autores en diversos lugares, sino emitir un consentimiento matrimonial ante el funcionario competente y testigos) y el resultado institucional.

Es oportuno considerar la distinción de von Wright (1961, p. 58) entre actividad y acto (se refieren también a ella Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 82, n. 2). Según sus palabras, «la distinción es, evidentemente, importante, pero los filósofos han hecho hasta ahora muy poco para aclararla». Según la entiendo, y aplicada a nuestro objeto, el acto está relacionado internamente con el resultado, en el sentido de que utilizamos el resultado para individualizar esa acción (que presupone actividad). Así Alf Ross (que entiende por acto «la producción intencional de un efecto o cambio») subraya: «por tanto, un acto se individuaba por su efecto» (1968, p. 145).

El acto «contraer matrimonio» (en un sistema jurídico dado) no incluye ni más ni menos actividades humanas que las necesarias (y suficientes, si la acción ha alcanzado éxito) para producir el resultado «contraer matrimonio» en el sistema de referencia. Es posible que buena parte de la actividad realizada sea irrelevante para el acto «contraer matrimonio» y acaso constituya otro acto, en atención a otro resultado (por ejemplo, esponsales o promesa de matrimonio, en un sistema normativo que los admita). Otro ejemplo: las actividades de los sujetos tendentes a producir el resultado institucional de «contrato» pueden constituir el acto de «ofertar»

(oferta válida), pase lo que pase luego respecto de la aceptación. Es, siempre, el punto de vista de la norma que establece como consecuencia el resultado institucional, el que determina qué es un acto jurídico y lo individualiza. En este sentido, las normas de competencia constituyen también los actos jurídicos, pues ellos sólo existen en virtud de tales normas.

Sólo cuando la actividad de los sujetos incluye o puede entenderse como la acción (acto) considerada en la norma se producirá el resultado institucional. Si no es así, puede ocurrir: *a*) que no haya ninguna actividad del sujeto relacionada con aquel resultado institucional; *b*) que la actividad no reúna todos los elementos y requisitos del acto. Sólo en este segundo caso cabe plantear la validez o invalidez del acto.

El poder puede ejercitarse también mediante una omisión, cuando tal es el acto previsto en la norma. La omisión –de una declaración de voluntad– habrá de producirse en una actividad o curso de acciones. Es el caso de la prórroga tácita en ciertos contratos (tácita reconducción en el de arrendamiento). No oponerse a la acción de otro puede ser también ejercicio de un poder (de veto). Más difíciles de analizar son otros casos del problema que suele enunciarse con los términos «el silencio como declaración de voluntad», en la medida en que el resultado institucional (contrato, quedar obligado) parece producirse por la infracción de deberes de conducta o comportamientos contrarios a la buena fe (que obligaba a hablar), sin propio ejercicio del poder. Puede sugerirse, de momento, que en estos casos los resultados institucionales se producen en virtud de normas que no son propiamente de competencia (no son anankástico-constitutivas), sino meramente constitutivas. En estos casos el resultado institucional (el contrato) puede ser una sorpresa para el sujeto. Quizás pueda analizarse del mismo modo el llamado «silencio administrativo positivo».

Si la acción viene definida por el resultado institucional, es decir, por la norma que correlaciona una y otro, no parece correcto considerar una acción a «una disyunción de acciones o de cursos de acción». Es perfectamente posible que el mismo resultado institucional se pueda alcanzar mediante acciones distintas, pero será en razón de la existencia de distintas normas de competencia que, entonces, establecen cada una de ellas condiciones suficientes para el resultado. Una vez que hemos abandonado la idea de considerar como una sola regla (de competencia) la que establezca todas las condiciones necesarias para un resultado institucional (puesto que distinguimos, al menos, reglas que confieren el poder, reglas de su

actualización y normas superiores que condicionan el contenido de los actos), es mejor continuar analizando por separado subtipos de normas (ninguna de ellas reguladora de la conducta de los sujetos en términos deónticos) atendiendo, entre otros datos, al tipo de condiciones que establecen para la consecución del resultado.

En el Derecho privado se utiliza ampliamente el término «forma de los actos» para denotar variantes de los actos que se manifiestan con signos distintos. En realidad, es muy difícil definir qué se entiende por forma. Entiendo que puede aclarar algunos de los problemas considerar que, en determinados casos, en realidad no estamos en presencia de formas distintas, alternativas, del mismo acto, sino ante actos distintos. La discriminación, naturalmente, sólo la podemos hacer desde las normas. Por ejemplo, puede parecer que «testar» (ordenar el destino de los propios bienes para después de la muerte) es la misma acción tanto si el testamento es notarial en sus diversas variantes como si es ológrafo, o bien otorgado en peligro de muerte ante cinco testigos. Es habitual clasificar estas y otras variantes como «formas de los testamentos» (ordinarias y extraordinarias, etc.). Pero ocurre, por una parte, que la actividad puede ser muy distinta, como manifestar oralmente ante notario y eventualmente testigos la propia voluntad –testamento abierto– o escribirlo o hacerlo escribir y llevar un pliego cerrado ante el notario indicando que allí se contiene la manifestación de la propia voluntad (testamento cerrado). De otra, y esto me parece decisivo, no se consigue exactamente el mismo resultado institucional. El testamento notarial cerrado puede revocarse o perder su validez por actos o sucesos que no podrían recaer sobre el testamento abierto; el testamento ológrafo, como el hecho en peligro de muerte, no regirán la sucesión del testador si no se protocolizan en determinado plazo a contar de su muerte; el testamento militar «caducará» cuatro meses después de que el testador haya dejado de estar en campaña.

Los anteriores ejemplos creo que convencen de la conveniencia de analizar como normas de actualización de la competencia distintas las que regulan estas diversas «formas» testamentarias, pues en realidad prevén acciones (actos) distintas que podrán dar a lugar a resultados institucionales parecidos, pero no idénticos. En muchos de estos casos ocurre también que el «estado de cosas» que, junto con la acción, constituye el antecedente del condicional es distinto: sólo determinados sujetos (militares o asimilados) que se encuentren en campaña pueden otorgar testamento militar; sólo en determinadas circunstancias cabe otorgar testamento «en peligro

de muerte» ante cinco testigos. En estos casos, el sujeto no puede elegir diversos cursos de acción alternativos que le lleven al resultado pretendido.

VII. PRINCIPIOS GENERALES QUE LIMITAN LOS PODERES: FRAUDE DE LEY Y ABUSO DEL DERECHO

Hay también principios generales que limitan los poderes de Derecho privado. Básicamente, los que proscriben el fraude de ley y el abuso de derecho. En particular, el fraude de ley opera precisamente sobre la validez de los actos, bien impidiendo la validez respecto a determinada norma (la que suele llamarse de cobertura), bien haciendo valer al acto conforme a otra norma (la defraudada), bien ambas cosas a la vez. Por ello es una norma (o un principio) que no regula conductas (como obligatorias o prohibidas), sino que evita la producción del resultado institucional acorde con la norma que el particular quiso utilizar o impone resultados institucionales conforme a la norma que ha de entenderse adecuada, aun contra la intención del sujeto. Por ello el fraude de ley no constituye necesariamente un ilícito y su consecuencia no es una sanción.

Ciertamente, existen también otras normas, que podemos entender como complementarias de las anteriores, expresión también si se quiere del mismo principio de proscripción del fraude, que señalan sanciones para ciertos casos de fraude intentado. La cuestión se ha planteado especialmente en el Derecho tributario. Pero la privación de validez (o la validez conforme a la norma defraudada) no es una sanción.

Con el abuso de derecho ocurre en cierto modo lo contrario que respecto del fraude de ley. Centralmente es un principio que obliga a indemnizar el daño causado mediante el ejercicio abusivo de un derecho; como premisa de esta obligación de indemnizar, prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos con daño para terceros. Sólo en ciertos casos el abuso se relaciona con el ejercicio de poderes. Cuando el derecho que se ejercita es en realidad un poder mediante el cual se modifica el estatus normativo de los sujetos, la consecuencia es que se impide el resultado institucional pretendido. Así, por ejemplo, si un desahucio o una revocación de donaciones son considerados abusivos, lo que ocurre es que no ha quedado rescindido o extinguido el arrendamiento ni revocada la donación. Creo que esto es lo principal que dice la frase «la Ley no ampara el

abuso del derecho» al principio del artículo 7.º.2 CC. Sólo en este aspecto el principio que veta el abuso de derecho es una norma limitativa o privativa del ejercicio del poder.

De manera parcialmente distinta entienden el fraude de ley y el abuso de derecho Atienza y Ruiz Manero. Estos autores han tratado estas figuras como «ilícitos atípicos». Éste es el título de la monografía que dedican a estos temas y que merece toda la atención, tanto de los teóricos del Derecho –que, como señalan los autores, apenas se han ocupado de estos temas– como de los jusprivativas. De sus premisas, me parece muy aceptable que tanto el abuso de derecho como el fraude de ley deben explicarse por referencia a principios; y que el fraude de ley se sitúa en el ejercicio de poderes normativos, es decir, que ha de analizarse en el contexto de las normas que confieren poderes (2000, pp. 70 ss.).

Una norma que confiere poder no puede infringirse; puede usarse bien o mal, y si se usa bien, se obtiene el resultado. Ésta parece hoy opinión común en la teoría del Derecho, que Atienza y Ruiz Manero expresan en diversos lugares y que comparto. Comparto asimismo que hay también «normas regulativas que ‘regulan’ el uso de los poderes conferidos por esas reglas». Que «cabe incluso que el ejercicio de un poder esté prohibido, al menos bajo ciertas circunstancias», y que «el ámbito de lo que un sujeto Z puede hacer (*en el sentido de tener un poder normativo para hacer*) no coincide con el ámbito de lo que ese mismo sujeto puede hacer (*en el sentido de tener un permiso para hacer*)» (2000, p. 72; subrayados de los autores). Así las cosas, sitúo por mi parte 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*, mientras que estos autores lo consideran una infracción de una prohibición («uso de un poder normativo en condiciones tales que ese uso resulta prohibido, o con un alcance asimismo prohibido», p. 73).

Como infracción de una prohibición, la consecuencia habría de ser una sanción. Sin embargo Atienza y Ruiz Manero (correctamente) sitúan la consecuencia en el terreno de la validez, si bien en la forma de una «nulidad regulativa» (2000, p. 73); «el resultado R debe considerarse como inválido (regulativamente) en la medida en que conduce a E» (2000, p. 79). El adjetivo «regulativa» (y el correspondiente adverbio) señalan el centro de una construcción de la que disiento. No creo que sea buena idea vincular la infracción de reglas regulativas (aunque sean las que regulan el ejercicio de los poderes normativos) con la (in)validez. Propicia la confusión entre sanción e invalidez (con lo que oscurece la distinción entre normas

regulativas y normas que confieren poderes), impide explicar las consecuencias sancionatorias y no invalidantes de (otras) irregularidades de los actos y es un punto de partida teórico poco fructífero para abordar otros problemas relacionados con la validez (como los tipos o clases de invalidez).

VIII. LA COHERENCIA CON NORMAS SUPERIORES

Respecto de aquellos actos jurídicos cuyo contenido puede ser determinado por el sujeto (en general, negocios jurídicos), es preciso además que este contenido no contradiga normas superiores. La expresión más clara de esta exigencia es quizás, en nuestro Derecho, la contenida en el artículo 1255 CC: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, *siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*».

Esta exigencia en el contenido de los actos para lograr el resultado institucional pretendido tiene caracteres muy distintos a los requisitos para la actualización de la competencia hasta ahora considerados. Que el sujeto tenga atribuido el poder y que lo ejercite de acuerdo con las reglas de forma y procedimiento son, básicamente, cuestiones de hecho (y su prueba) y de subsunción. Respecto de la coherencia con normas superiores, se trata, sustancialmente, de valoración, de comparación entre contenidos normativos para establecer su compatibilidad o incompatibilidad. Las normas relevantes para las dos anteriores cuestiones son directamente las normas de competencia o que atribuyen poderes; aquí son relevantes, aunque de una forma específica, normas y principios regulativos. Digo de una manera específica porque estas normas de mandato (obligaciones o prohibiciones) no pueden ser propiamente violadas o incumplidas por el autor del acto: quedarían violadas, en el sentido de que impondrían deberes o prohibiciones que la ley no consiente, si el acto alcanzara el resultado institucional pretendido (si fuera válido).

Ciertamente, puede haber además otra norma que prohíba tratar de conseguir un resultado institucional de contenido contrario a ley, etc. (e incluso que lo sancione penalmente). Pero para el juicio de validez del acto lo que importa es que su contenido es incompatible con norma superior, no la eventual infracción de otra norma de mandato.

Un ejemplo. De acuerdo con el artículo 990 CC «la aceptación y repudiación de la herencia no podrá hacerse en parte, a plazo, ni condicionalmente». Esto significa, en el caso concreto, que el acto por el que Z renuncia la herencia de su tío T bajo condición de que en las próximas carreras de caballos gane el caballo C carece de validez. Z, obviamente, no ha infringido ninguna norma: lo que ocurre es que al introducir en el acto (la repudiación de la herencia) un contenido (la condición) que la ley no permite, no consigue el resultado pretendido.

Las normas que determinan el contenido prohibido u obligatorio de clases más o menos amplias de negocios jurídicos (contratos, determinado tipo de contrato, contratos entre determinadas clases de sujetos) suelen llamarse normas de Derecho necesario o *ius cogens* (en contraposición a Derecho supletorio o *ius dispositivum*). A veces, también, normas imperativas (contrapuesto a normas dispositivas): éste creo que es el sentido de la expresión «norma imperativa» en el artículo 6.º.3 CC. Pero obsérvese de nuevo que no son normas de mandato: no califican a la conducta del sujeto o sujetos que realizan la acción de contratar como prohibida u obligatoria. Como tampoco las normas llamadas de Derecho dispositivo son normas regulativas de permisión: los sujetos puede configurar el contenido de sus actos normativos a su arbitrio, sin necesidad de que tales contenidos estén ya previstos en alguna norma superior dispositiva. Estas normas tienen otra función: vienen en ayuda de los sujetos completando el sentido de sus actos y acaso cumplan también otros cometidos, pero no el de otorgar permisos.

Estas normas de Derecho necesario son normas (generales) de rango superior a las normas (individuales) emanadas de los sujetos particulares para sus incumbencias. Sus relaciones son de jerarquía formal o jerarquía normativa por antonomasia. Por eso la norma inferior que contradice a la superior es inválida. Como ha mostrado Guastini (1993, pp. 37-40), esta jerarquía normativa (formal) es distinta y no coincide con la jerarquía estructural (jerarquía entre poderes normativos, en que uno deriva del otro mediante una norma de competencia).

Puede ser útil comparar esta relación entre normas de la autonomía privada y normas estatales con la que se da entre la sentencia (como norma individual) y las normas legales que determinan su contenido. Si la sentencia contradice a la norma legal aplicable al caso, carecerá de validez (lo que se hará valer por el sistema de recursos establecido). Hasta aquí, el paralelismo.

Pero hay algo más, que no tiene parangón en los actos de los particulares: los jueces tienen el deber de fundar su sentencia en las normas legales. Es decir, hay, además, una norma de mandato dirigida al juez que, si la infringe, puede incurrir en prevaricación. Mientras que, en principio, no hay una norma de mandato equivalente para los actos de los particulares. Las sentencias deben fundarse en las normas generales. Los particulares pueden dar cualquier contenido a sus actos siempre que no contradigan normas legales. Su situación es más parecida a la del legislador ordinario, sujeto a las normas y principios constitucionales. Menos libre en cierto sentido (está sujeto también a las normas emanadas del legislador), pero más libre en otro: al configurar el contenido de los actos, no ha de desarrollar o aplicar normas superiores (como en ciertos ámbitos puede decirse del legislador ordinario respecto de la Constitución) ni ha de atender a otros intereses y deseos que los propios.

Lo anterior no excluye que, en ciertos casos, la inclusión de determinado contenido por una de las partes esté, propiamente, prohibida (y desencadene su responsabilidad, como es el caso de la inclusión de cláusulas abusivas) y que pueda tratar de analizarse de este modo algunos fenómenos relacionados con la llamada «nulidad parcial». Por ejemplo, puede entenderse que prestar dinero con intereses usurarios está prohibido, y que la consecuencia civil de la infracción de esta prohibición es una pena (civil) consistente en que el prestamista pierde el derecho a cobrar los intereses (se ve privado, por tanto, del uso de dinero durante el plazo pactado, sin retribución).

IX. VALIDEZ FORMAL Y VALIDEZ MATERIAL

La distinción entre validez formal y validez material, referida a las normas o a los actos, parece bastante antigua y conforme con las intuiciones de los juristas, si bien suelen indicarla desde el punto de vista de la nulidad (nulidad formal y material).

La validez formal hace referencia a normas que confieren poderes, y señala que el acto reúne las condiciones suficientes establecidas para la producción del resultado normativo. Mientras que la validez material supone la coherencia del contenido del acto con las normas superiores. Ciertamente, cabe ver la coherencia con normas superiores como una de las condiciones necesarias

establecidas en la regla de competencia, pero es imprescindible caer en la cuenta de que se trata de dos conceptos distintos de validez. La validez formal es validez del acto normativo; la validez material es validez de la norma puesta por el acto (Guastini). En el primer caso, basta con comprobar que se dan los hechos o actos que atribuyen la competencia y que el acto realizado por el sujeto es de la clase prevista en la norma de competencia; en el segundo, hay que comparar normas, es decir, enunciados normativos interpretados.

La falta de validez del acto lleva consigo que tampoco la norma privada tenga validez. La contradicción del contenido del acto con normas superiores, cuando afecta a la totalidad de contenido, hace que el acto sea inútil, pero conviene mantener esta falta de validez separada de la falta de validez del propio acto.

Veamos más de cerca esta distinción entre validez del acto normativo y validez de la norma. La norma de competencia, entendida como norma completa (compuesta por las normas o partes de normas que atribuyen el poder y que establecen las condiciones para su actualización) es específica para cada resultado institucional (aunque puede tener elementos comunes con otras normas de competencia), mientras que las normas superiores que el contenido del acto no puede contradecir son, principalmente, normas que limitan la autonomía de los particulares en general, es decir, condicionan el contenido de todos sus actos (aunque hay también normas específicas para –el contenido de– tipos o clases de actos). Pueden verse las normas superiores como filtros de admisión (Guibourg, 1997, pp. 458-459) que no dejan pasar los contenidos normativos incompatibles de actos que ya han superado el test de validez formal; con la posible consecuencia de que al quedar la norma –todas las normas que pueden derivarse de las disposiciones– privada de validez se niegue también, retrospectivamente, la validez del acto (lo que he llamado antes su inutilidad). Pero la invalidez del acto no es entonces un fenómeno necesario, sino que el acto, válido estructuralmente, puede mantenerse como productor de normas tal como éstas quedan una vez pasado el filtro de la compatibilidad con normas superiores. Este fenómeno, relativamente nuevo en el Derecho de la contratación, es muy evidente y poco problemático en otros ámbitos del Derecho civil, en particular en la regulación de los testamentos, en que la distinción entre validez del acto y validez del contenido de las disposiciones testamentarias es muy explícita en el Código.

X. VALIDEZ RESPECTO DE UNA NORMA: EXPLICACIONES

Ya estamos en condiciones de retomar las definiciones iniciales de validez y explicar su alcance. Recordemos, en primer lugar, la definición de validez de un acto respecto a una norma:

Def. 1. «Un acto A_i es válido respecto a una norma $N_j = \text{df.}$ (1) N_j confiere poder un sujeto P_i para realizar el acto jurídico A_i , y (2) el sujeto P_i ha realizado el acto jurídico A_i ».

La norma N_j es una norma de competencia completa, es decir, que contiene todas las condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para su validez. Por tanto, está compuesta por normas que confieren competencia y normas que establecen forma y procedimiento, e incluye la condición de no contradicción con normas superiores.

El acto A_i es un caso individual de acto, no un caso genérico. Sólo de los casos individuales de actos (de actos que han acaecido en un tiempo y un espacio determinado) cabe predicar validez. De los casos genéricos (clases de actos) sólo podemos decir que en el sistema hay (o no) una norma que los correlaciona con resultados institucionales: una norma anankástico-constitutiva en cuyo antecedente se encuentra la descripción de esta clase de actos.

La validez de un acto respecto de una norma, como resulta de la anterior definición, no es una consecuencia de la norma. Ésta no correlaciona un estado de cosas y una clase de actos con la consecuencia de que éstos sean válidos, ni los califica o constituye como válidos. La norma correlaciona estados de cosas y clases de actos con resultados institucionales. Son enunciados jurídico-científicos los que califican a los actos como válidos o inválidos, y estos enunciados son verdaderos cuando se cumple la definición Def. 1, y falsos en otro caso.

Ahora bien, formular pormenorizadamente normas como la supuesta en Def. 1 no parece posible. Para ello, recuérdese, habría que enunciar todas las condiciones necesarias y conjuntamente suficientes, lo que incluye las condiciones de capacidad y legitimación, así como todas las relativas a forma y procedimiento, pero también la coherencia con las normas superiores. Algunas de las (partes de) norma resultan ser principios (como los que proscriben el fraude de ley y el abuso del derecho), y el principio *lex*

superior exige interpretar las disposiciones superiores así como el contenido del acto para valorar su coherencia.

En palabras de Ferrer Beltrán (2000, p. 142), «no podemos establecer en una cláusula cerrada las condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para la actualización de la competencia». También MacCormick (1993, p. 70) había señalado, en el mismo sentido, que no podemos estar seguros de cuáles son las condiciones que en cada caso son suficientes para la validez de un caso concreto de una institución jurídica, argumentando precisamente por la presencia de principios que limitan el ejercicio del poder.

Ésta era ya la opinión de Kelsen, en un contexto más amplio que implica los conceptos y procesos de subsunción, interpretación y decisión jurídicas. Lo expresa con especial claridad en un artículo de 1952 con el título «¿Qué es un acto jurídico?» (1952, 67), cuando se plantea la subsunción de un determinado acto (caso particular) bajo el concepto de acto jurídico: «Si el concepto de acto jurídico es definido de manera que el acto jurídico es un acto fundado en el orden jurídico, la subsunción es imposible sin una interpretación del orden jurídico y, generalmente, existen varias interpretaciones, a menudo en conflicto». Se requiere «una *decisión*, una decisión jurídicamente obligatoria, auténtica, constitutiva, a la que el orden jurídico enlaza una determinada consecuencia»; y tal decisión no corresponde a la ciencia jurídica, en cuanto ciencia.

La conclusión por mi parte es que no es posible formular una regla completa de competencia en términos de condiciones de aplicación, al menos por dos razones: *a*) entre sus presupuestos se encuentran principios generales que incorporan propiedades valorativas, *b*) la coherencia necesaria con las normas superiores supone la interpretación de éstas y un juicio de compatibilidad.

De este modo, el concepto de validez de un acto jurídico respecto de una norma puede ser rigurosamente definido, pero su misma definición implica que los enunciados emitidos por los juristas sobre la validez de un acto (un caso individual) son siempre más o menos inciertos.

Podemos aplicar así a la validez lo que de la salud dice un viejo refrán: «La salud no es conocida hasta que es perdida». La validez de un acto no se conoce sino mediante la invalidez (como negación de la misma).

XI. VALIDEZ DE UN ACTO EN EL SISTEMA: EXPLICACIONES

Recordemos la definición:

Def. 2. Un acto A_i es válido en el sistema $S_k = \text{df.}$ En el sistema S_k hay por lo menos una norma N_j tal que A_i es válido respecto a N_j .

La definición presenta de inmediato dos retos:

a) ¿Cómo se produce el emparejamiento entre el acto A_i y la norma N_j ? ¿Hay alguna afinidad entre los actos y las normas con arreglo a las cuales son válidos? ¿Puede haber en el sistema más de una norma respecto de la cual A_i sea válido?

b) ¿Y si no hay en el sistema ninguna norma N_j tal que A_i sea válido respecto de ella? ¿Será por ello inválido el acto? Mi respuesta, más cautelosa, es, de momento, que entonces lo único que podemos decir es que no es válido en el sistema de referencia. Pero ¿de qué sistema —o sistemas— estamos hablando? De estos problemas nos ocupamos en los apartados siguientes.

La cuestión *sub a)* no es cómo encuentra el operador jurídico los enunciados normativos mediante cuya interpretación producir la norma N_j . Ésta es una cuestión eminentemente práctica, aunque no siempre fácil, y que puede conllevar una carga creativa importante (como ocurre siempre con la invención de las premisas para descubrir una conclusión: Alchourrón y Bulygin, 1971, pp. 136-137).

Lo que se plantea es lo siguiente: el acto sólo puede ser identificado desde el punto de vista del resultado, de manera que la actividad de los sujetos constituye actos distintos según el resultado (institucional) que se considere. Es decir, el acto no puede identificarse sin referencia a la norma con arreglo a la cual es válido. Por ejemplo, un escrito (la acción y el resultado de escribir) realizado por su propia mano por un sujeto dando instrucciones a sus hijos para después de su muerte sobre cómo se deben pagar determinadas deudas suyas (la descripción debería ser más detallada para representar una actividad humana como «jurídicamente neutra») puede ser un testamento o un reconocimiento de deuda o ambas cosas según haya o no en el sistema una norma que le confiera el poder de otorgar testamento mediante aquel escrito u otra que considere reconocimiento de deuda también un acto lingüístico no dirigido al acreedor.

Conviene evitar el prejuicio de que un acto sólo puede ser válido respecto de una norma.

Ciertamente, muchos actos jurídicos, la inmensa mayoría, expresan de algún modo a qué caso genérico pertenecen (e indirectamente, respecto de qué norma pretenden ser válidos). No es nada raro que un testamento empiece diciendo «éste es mi testamento», y para que una letra de cambio sea letra de cambio debe decirlo con estas palabras. Aun así, puede darse que la actividad de los sujetos constituya simultáneamente actos de otra clase, válidos eventualmente respecto de otras normas. A esta realidad corresponde el fenómeno de la «conversión».

Es también posible que un mismo acto (una misma clase de actos) sea válido con respecto a una norma e inválido respecto a otra norma del mismo sistema. Evidentemente, estamos entonces ante una incoherencia del sistema (antinomía), equivalente a la que ocurre entre normas regulativas cuando una prohíbe y otra autoriza u obliga a realizar la misma conducta. Pero para entender este tipo de antinomias hay que aclarar primero qué quiere decir invalidez respecto de una norma.

XII. INVALIDEZ RESPECTO A UNA NORMA Y EN EL SISTEMA

Estas definiciones están también inspiradas en las de Alchourrón y Bulygin (1979, p. 73) y von Wright (1963, pp. 200-203).

Def. 3. Un acto A_i es inválido respecto a la norma $N_j = \text{df.}$ (1) N_j priva de competencia a un sujeto P_j para realizar el acto jurídico A_i , y (2) el sujeto P_j ha realizado el acto A_i .

Una versión menos precisa de esta definición podría ser: «Un acto es inválido respecto a una norma cuando esta norma priva de competencia a un sujeto para realizar el acto y éste lo realiza».

N_j es una norma de incompetencia (*vid. supra*, núm. V).

Consecuentemente, la definición de invalidez de un acto en el sistema sería ésta:

Def. 4. Un acto A_i es inválido en el sistema $S_k = \text{df.}$ (1) En el sistema S_k hay por lo menos una norma N_j tal que A_i es inválido respecto a N_j .

Una versión menos precisa de esta definición podría ser: «Un acto es inválido en el sistema cuando es inválido con arreglo a una norma perteneciente al sistema».

Se observará que, aplicando estas definiciones junto con las de validez, resulta que un acto puede ser: *a*) válido o inválido (respecto de una norma o en el sistema), *b*) válido e inválido (respecto de normas distintas, si el sistema es incoherente o las normas pertenecen a distintos sistemas, *c*) ni válido ni inválido.

Estas consecuencias, en particular que será muy amplia la clase de las normas que no son ni válidas ni inválidas en el sistema, llevan a Ferrer Beltrán (2000, p. 51) a preferir otra definición que, referida a los actos jurídicos y adaptada a las utilizadas en este estudio, podría decir:

Def. 5. Un acto jurídico es inválido en el sistema *S* si no hay en *S* ninguna norma con arreglo a la cual sea válido o hay alguna norma respecto de la cual sea inválido.

Con ello sacamos del limbo (ni válido ni inválido) a muchos actos, para calificarlos de inválidos. Pero creo que de forma muy poco conveniente.

En primer lugar, no son tan escasas las normas de incompetencia. Ocurre a menudo que la misma disposición que expresa la norma de competencia expresa también otra de incompetencia. Esto ocurre siempre que la interpretación lleva a entender que las condiciones establecidas por las norma son necesarias (si y sólo si...) para alcanzar el resultado institucional, que es el caso más frecuente en normas de procedimiento o forma. Por ejemplo, si el legislador exige forma de escritura pública para la donación de inmuebles, entendemos: *a*) (norma de competencia) que la donación de inmuebles con forma de escritura pública es válida (si se cumplen todas las demás condiciones); *b*) (norma de incompetencia) que la donación de inmuebles que no tiene forma de escritura pública es inválida.

En casos de este tipo, estaríamos tentados a decir que el acto es inválido simplemente porque no es válido respecto de una norma de competencia. Esto supondría una definición de invalidez respecto a una norma más o menos como la siguiente:

Def. 6. Invalidez de un acto respecto de una norma = def. (1) N_j confiere poder a un sujeto P_i para realizar el acto jurídico A_i , y (2) el sujeto P_i ha realizado un acto jurídico distinto de A_i (o no es el sujeto P_i el que ha realizado el acto A_i).

Pero si tiene sentido decir que una donación de inmuebles sin forma pública es inválida, no tiene tanto sentido decir que tal donación es un matrimonio inválido o una letra de cambio inválida,

como se seguiría de la anterior definición. Todo acto (válido o inválido respecto de una norma) carece normalmente de relación de validez respecto de todas las demás normas de competencia del sistema. Es decir, de todo acto se da que «no es el caso de que según las norma de competencia $N_{1...n-1}$ este acto sea válido», pues normalmente sólo será válido respecto de una norma, o unas pocas, o bien respecto de ninguna.

Def. 6 puede tener algún interés teórico. De momento, nos permite afirmar que, considerada la validez de un acto con respecto a una norma, los conceptos de validez e invalidez sólo son contradictorios (es decir, que pueden definirse el uno por el otro por medio de la negación) si asumimos una definición como def. 6.

Mientras que sólo algunos actos que no estén en el caso de ser válidos respecto de una norma según def. 1 serán inválidos según def. 3; y, lo que es más importante, sólo algunos actos que no estén en el caso de ser válidos en el sistema según def. 2 serán inválidos según def. 4.

Def. 3 tiene otro rendimiento heurístico. Nos hace percatarnos de que, mientras según def. 1 no es posible enunciar con certeza un juicio de validez sobre un acto, def. 3 sí permite juicios seguros sobre la invalidez de un acto. Según esta definición de invalidez, y para la clase de casos que son su referencia, nos basta con identificar una norma de incompetencia para, mediante subsunción, afirmar la invalidez del acto.

La definición de invalidez en el sistema correspondiente a def. 6 de invalidez respecto de una norma sería:

Def. 7. Un acto A_i es inválido en el sistema $S_k = \text{df. (1)}$ En el sistema S_k no hay ninguna norma N_j tal que A_i es válido respecto a N_j .

Una versión menos precisa de esta definición podría ser: «Un acto es inválido en el sistema cuando no hay en el sistema ninguna norma con arreglo a la cual el acto es válido».

A esta invalidez en el sistema (mera falta de validez) podemos llamarla «invalidez débil», mientras que a la invalidez en el sistema según def. 4 podemos llamarla «invalidez fuerte».

XIII. LA REGLA DE CLAUSURA. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

En el Derecho privado la clase de actos con «invalidez débil» parece mucho más extensa que en el Derecho público, pues en éste más habitualmente las disposiciones de competencia significan a la vez una norma de competencia y otra de incompetencia: si la competencia corresponde a tal órgano, fácilmente están privados de ella todos los demás; si se señala cierto procedimiento, son inadecuados todos los demás procedimientos. Al menos como tendencia, en el Derecho público todos los actos que no están autorizados por una norma de competencia están desautorizados.

Esto evoca una regla de clausura negativa similar a «todo lo que no está permitido está prohibido». Así lo han propuesto, con variantes, von Wright y Kelsen. Hay que tener en cuenta que ambos, aunque de maneras distintas, entienden las normas que confieren poderes como normas de conducta.

Para von Wright,

«Por lo que respecta a las normas de orden superior, es decir, a las normas que regulan la actividad normativa, parece más natural pensar que “todo lo que no está permitido está prohibido” que pensar que “todo lo que no está prohibido está permitido”» (1963, p. 201; Ferrer [2000, p. 51] señala un error de traducción).

Según Kelsen,

«Un individuo actúa como órgano del Estado cuando realiza actos en virtud de una autorización concedida por cierta norma válida. Ésta es la diferencia entre el individuo y el Estado como personas actuantes; es decir, entre el que actúa como órgano del Estado y el que obra como órgano estatal. Un individuo que no actúa como órgano del Estado puede hacer todo aquello que no está prohibido por el orden jurídico, en tanto que el Estado, esto es, el individuo que obra como órgano estatal, solamente puede hacer lo que el orden jurídico le autoriza a realizar» (1945, pp. 312-313).

El párrafo de Kelsen tiene especial interés para nosotros, pues explícitamente establece la diferencia entre el individuo y el Estado como personas actuantes. Pero tanto von Wright como Kelsen mezclan de modo indebido lo que está permitido (al individuo o al Estado) con los actos que válidamente uno u otro pueden realizar. Los dos perciben correctamente que la regla de clausura no puede ser la misma para las normas regulativas y para las que confieren poderes. Respecto de estas últimas, creo que tanto en el Derecho

público como en el privado puede decirse que no hay más «apoderamientos» que los que corresponden a las normas de competencia del sistema, sin que puedan deducirse de la ausencia de normas de incompetencia. Es decir, no hay ningún paralelo con los «permisos débiles» en las normas regulativas (deducidos de la ausencia de prohibiciones).

Como digo, esto me parece así tanto en el Derecho público como en el privado. Con dos precisiones:

a) En el Derecho público, además, y como tendencia, a las personas públicas no les está permitido hacer sino aquello para lo que tienen competencia (y entonces, más normalmente, tienen deber de hacerlo). Mientras en el Derecho privado los sujetos pueden realizar todas las conductas no prohibidas, aunque no estén expresamente permitidas. Otra cosa es que tengan o no competencia para realizar los actos; cuando la tienen, no suele ser obligado su ejercicio. En cualquier caso, de la permisión de un acto no se deduce el poder para realizarlo (es decir, para realizar un acto con resultados institucionales).

b) Hay un ámbito en el Derecho privado en que la norma de competencia es de tal amplitud (en cuanto a materia y procedimiento), que en él puede decirse que se tiene competencia para todos los actos que no son inválidos según una regla de incompetencia. Naturalmente, me refiero al contrato y a la libertad de contratación, bajo los principios de libertad de contenido y de libertad de formas.

Def. 4 no equivale a la regla «*pas de nullité sans texte*», aunque comparten la idea de que no es inválido un acto por el mero hecho de que no exista una norma con arreglo a la cual sea válido. Pero def. 4 no exige un texto (disposición legal) que determine la invalidez, sino una norma, es decir, un resultado de la interpretación de los textos legales o bien una norma derivada (no formulada), como puede ser un principio.

XIV. VALIDEZ Y PERTENENCIA. PERTENENCIA AL ORDEN JURÍDICO ESTATAL

Hasta ahora hemos hablado de validez de los actos jurídicos de Derecho privado en el sistema sin precisar más. Es hora de señalar que los actos de los particulares pertenecen a uno o más sistemas jurídicos estatales. También pueden pertenecer a otros sis-

temas normativos y cabe plantear esta pertenencia a sistemas no estatales como alternativa a la pertenencia a un sistema estatal. De esto último nos ocupamos en el siguiente epígrafe.

La cuestión principal y previa es aclarar qué significa que el acto de un particular puede pertenecer a un sistema jurídico estatal.

Los actos de los particulares pertenecen a un sistema normativo estatal *a)* en cuanto que las normas que producen pertenecen a éste, o *b)* porque los actos tienen por objeto normas estatales, determinando su aplicación al caso concreto.

Las normas producidas por los actos jurídicos son normas individuales (no generales) y normalmente concretas (categóricas), aunque no es nada raro que produzcan normas abstractas (hipotéticas), es decir, que correlacionen casos con soluciones. En realidad, las disposiciones de un testamento, de un contrato o de unos capítulos matrimoniales pueden ser enunciados normativos muy variados: normas regulativas (de obligación, prohibición o permisón), reglas que confieren poderes, (otras) reglas constitutivas o definiciones (por usar las categorías de Atienza y Ruiz Manero), lo mismo que las normas generales emanadas de autoridades públicas (y quizás con mayor heterogeneidad que las normas individuales contenidas en las sentencias de los jueces).

Los civilistas suelen advertir que los contratos no son «fuentes del Derecho», sino «fuentes de (las) obligaciones»; también, que el negocio jurídico no es «fuente del Derecho», sino que «constituye, modifica o extingue relaciones jurídicas».

Este planteamiento generalizado en la dogmática tiene complejas raíces históricas, técnicas e ideológicas que no es el caso de discutir aquí. Tiene también mucho que ver con la nebulosa imagen hídrica de las «fuentes» y la no menos nebulosa cosificación de entidades tales como «derecho subjetivo», «obligación» y «relación jurídica», que son tratadas como pertenecientes a un mundo *a se*, en el que nacen, se modifican, se extinguen y acaso se transmiten, por impulsos o virtualidades suyos propios (como ajenos a las normas o sin relación con ellas).

En mi opinión –nada original, sino que creo común en todas las escuelas actuales de filosofía del Derecho, con excepción de algunos autores «realistas»– no hay un deber sin una norma que lo prescriba, de modo que un enunciado sobre un deber en determinado sistema sólo es verdadero si en este sistema hay una norma que prescriba ese comportamiento: «la existencia de una obligación jurídica depende de la pertenencia a un sistema jurídico determinado de la norma que la impone como tal» (Mendon-

ca, 2000, p. 68). Pues bien, si se afirma —como es opinión común— que los contratos «son fuente de obligaciones», habrá que admitir que producen normas de mandato; y dado que el cumplimiento forzoso de estos deberes (es decir, de la norma), o la indemnización por su incumplimiento, puede pedirse a los jueces del ordenamiento estatal, lo más fácil es admitir que las normas contractuales en las que el juez ha de fundar su sentencia son normas que pertenecen al ordenamiento estatal del juez. Hay otras alternativas —como luego expondré—, pero menos convenientes.

Hago notar de pasada que estoy dando por supuesto que el fundamento de la obligatoriedad de los contratos, de su «fuerza de obligar» (validez, *Geltung*, en alguno de sus significados) no hay que buscarlo fuera del propio ordenamiento estatal, sino en la «cadena de validez» que de la norma fundamental hipotética (expresión que aquí sirve para señalar cualquier fundamento último que queramos afirmar) lleva, a través de normas que confieren poderes, hasta la que, por ejemplo en el CC, establece que los contratantes (con la capacidad y legitimación requeridas, y mediante sus actos en la forma prevista) podrán establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, con los límites que allí se expresan.

Consideraré luego la hipótesis de que las normas creadas por los actos de los particulares pertenezcan a otros sistemas jurídicos distintos del estatal. Pero antes interesa aclarar un par de cuestiones:

a) Lo anteriormente expuesto no prejuzga si en un determinado ordenamiento estatal las normas producidas por actos de los particulares pueden ser y son muchas o pocas, o si su existencia es contingente o necesaria y, en el extremo, si un ordenamiento podría negar a los particulares todo poder para producir normas en el sistema (sistema sin duda extremadamente opresivo).

b) No todos los actos de los particulares, válidos en un sistema estatal, son productores de normas. Hay actos que tienen por objeto normas (anteriores), en dos sentidos muy distintos:

a') Actos que versan sobre normas producidas por el mismo sujeto o sujetos, para suprimirlas. Por ejemplo, mutuo disenso, desistimiento, rescisión, revocación, impugnación. Algunos de estos actos pueden verse como ejercicio de un poder conferido por norma (de competencia) puesta por los particulares. En general, son actos de derogación de normas.

b') Numerosos actos de los particulares no establecen el contenido de una nueva norma, sino que hacen aplicable al sujeto o a

los sujetos una norma estatal. La norma estatal general es, mediante este acto, aplicable como norma individual a los sujetos del mismo. Cuando un sujeto realiza un acto de aceptación de herencia, o de intimación de la mora a su deudor, tiene como consecuencia que se produzcan en su estado normativo o en el de su deudor los efectos determinados por las correspondientes normas del CC, sin que el sujeto pueda modificarlas o condicionarlas en nada. Podría decirse que se ha limitado a individualizar el ámbito personal de validez de la norma estatal.

XV. VALIDEZ SIMULTÁNEA EN VARIOS ORDENAMIENTOS ESTATALES

Un mismo sujeto puede producir actos pertenecientes a diferentes sistemas normativos, y un mismo acto puede pertenecer a más de un sistema normativo.

En palabras de von Wright (1963, p. 207),

«[...] los actos normativos de una y la misma autoridad normativa pueden pertenecer a diferentes sistemas de normas. Esto es claramente una observación trivial. De mayor interés es observar que uno y el mismo acto normativo puede pertenecer a dos o más sistemas diferentes de normas».

Estas posibilidades parecen tener realización más frecuente en los actos de los particulares que en los actos de las autoridades públicas, pues estos últimos más fácilmente pertenecen sólo al sistema normativo de la autoridad.

Los actos de los particulares pueden ser válidos alternativa o simultáneamente en una pluralidad de ordenamientos estatales. En principio, todos los ordenamientos estatales del mundo reconocen capacidad jurídica a todos los seres humanos y capacidad de obrar a los adultos. Celebrar contratos, testar o casarse válidamente en un sistema puede depender de la condición de nacional o del domicilio, pero no necesariamente. Nacionalidad y domicilio, por otra parte, son situaciones que pueden cambiar, y actos realizados cuando se tenía una pueden valer con arreglo a otra posterior. Es posible, en muchos casos, elegir con arreglo a qué ordenamiento se quiere actuar.

En un mundo globalizado, es importante contar con la posible validez de cualquier acto de los particulares no sólo en el ordenamiento del Estado del que es súbdito o en el que reside, sino en

cualquier otro ordenamiento estatal. Esta observación es aún más necesaria respecto de los actos de las personas jurídicas, para las que «nacionalidad» y «domicilio» no expresan lo mismo que para las personas físicas.

XVI. LA HIPÓTESIS DE VALIDEZ EN SISTEMAS NORMATIVOS NO ESTATALES

Un acto jurídico válido en un ordenamiento estatal puede también ser válido en un sistema normativo no estatal. La pertenencia a un sistema puede ser entonces independiente de la pertenencia a otro u otros, pero cabe también que la validez en un sistema sea condición de la validez en otro, o para ser recibido, o aplicado, en este otro.

La validez simultánea del acto de celebración del matrimonio en el sistema jurídico estatal español y en el sistema normativo canónico es un buen ejemplo de este tipo de fenómenos. En general, la coexistencia de *ius civile* y *ius canonicum* en el Derecho común europeo presenta un ejemplo histórico de primera magnitud.

Aquí quiero referirme únicamente a dos hipótesis muy generales, que permitirían construir la validez *a)* de todos los actos de los particulares o *b)* de un grupo importante de ellos, como pertenencia a sistemas normativos no estatales:

a) Primera hipótesis, referida a todos los actos jurídicos de los particulares. Los actos jurídicos de los particulares y las normas por ellos producidas pertenecen al ordenamiento jurídico del sujeto o sujetos de los actos. Cada individuo es un ordenamiento jurídico (el «Estado individual» de que hablaba Joaquín Costa). Cuando pacta con otro, las normas pertenecen a los ordenamientos de cada uno de ellos, o a un nuevo ordenamiento común a los dos sujetos. La consecuencia: cuando un particular acude al juez estatal para recabar la coacción como sanción por el incumplimiento de una norma producida por actos de los particulares, el juez la aplica como externa al sistema estatal (sin otro límite que lo que podemos llamar el orden público externo).

De este modo, los actos normativos de los particulares no producirían normas pertenecientes al ordenamiento estatal (con lo que puede parecer que tiene menos o ningún «poder» en el sistema estatal), pero el poder estatal se pondría al servicio del cumplimiento de normas absolutamente privadas.

En mi opinión, la hipótesis no explica adecuadamente la manera en que, en los ordenamientos estatales contemporáneos, las normas procedentes de actos de los particulares son valoradas y aplicadas por los órganos estatales, y la he introducido, principalmente, para mostrar que la negación de poder a los particulares para producir normas jurídicas pertenecientes al ordenamiento estatal deja muy pocas posibilidades de explicaciones alternativas más plausibles.

Con todo, esta hipótesis puede coincidir con ciertas posiciones individualistas de «Derecho natural» que informaron la codificación civil. Por otra parte, puede ser afín con el significado que históricamente han podido tener principios como «convenences vinquent loix», «paramiento fuero vienze» o «standum est chartae», que sólo admitían como límite del poder de los particulares para crear normas mediante sus actos «lo imposible o lo contrario al Derecho natural»: lo importante no es que los límites sean muy lejanos, sino que son ajenos al ordenamiento estatal. En éste, los jueces se limitan a «estar a la carta», expresión de un ordenamiento extraestatal, de los particulares.

b) En los últimos años se habla de la nueva *lex mercatoria* como sistema jurídico no estatal. Estaría compuesto por normas producidas directamente por la clase empresarial (mediante los usos del comercio internacional) sin intervención política alguna por parte de los Estados, y constituiría un sistema jurídico o un ordenamiento jurídico separado de los ordenamientos estatales (así Galgano, 2000). No es el caso de analizar aquí este fenómeno, ni mucho menos de enjuiciarlo. Simplemente, ocurriría –si se aceptan las premisas– que muchos e importantes actos jurídicos de particulares (empresarios, principalmente) y las normas por ellos creadas serían válidos en este sistema jurídico de la *lex mercatoria*.

Estos actos jurídicos y las normas por ellos creados podrían pertenecer, además, simultáneamente, a uno o más sistemas jurídicos estatales. Los órganos judiciales del Estado, de ser requeridos, aplicarían las normas individuales así creadas como pertenecientes al orden estatal, lo que implica, señaladamente, el control de compatibilidad con normas superiores. Pero también se verían en el caso de aplicarlas como normas ajenas al sistema estatal, meramente aplicables entonces (como las de un Estado extranjero), cuando se tratara de ejecutar laudos arbitrales internacionales. Los jueces estatales, entonces, prestarían la coacción estatal a normas no estatales.

La hipótesis tiene fuerza explicativa de fenómenos cada día más frecuentes, difícilmente abordables intelectualmente sin admitir la existencia de ordenamientos jurídicos extraestatales mundiales no derivables de los estatales.

XVII. VALIDEZ RESPECTO A UNA NORMA Y VALIDEZ EN EL SISTEMA

Un ejemplo servirá para aclarar algunas de las definiciones y distinciones presentadas, a la vez que para mostrar la utilidad (rendimiento heurístico) de las mismas.

El caso fue resuelto por sentencia del TS (Sala 1.^a) de 14 de mayo de 2004 (ponente, Martínez Calcerrada). Los hechos (tal como resultan de la misma sentencia) fueron más o menos los siguientes.

1. LOS HECHOS

Don Alexander, casado con doña María Virtudes, ingresado en una clínica por padecer un carcinoma de vejiga en fase terminal, quiso reconocer como hijo suyo a don Eusebio que, por su parte, había sido reconocido como hijo matrimonial en testamento de don Imanol, otorgado quince años antes.

La voluntad de reconocer quedó plasmada en un instrumento notarial que ha de considerarse «acta de manifestación» (no escritura pública), pues al parecer así lo decidió el Notario, en el que sabemos consta lo siguiente: «Don Alexander reconoce como hijo suyo a don Eusebio, el cual acepta y agradece el reconocimiento que su padre formula mediante las presentes declaraciones».

La viuda de don Alexander se querelló contra don Eusebio y el Notario que autorizó el documento, por un supuesto delito de falsedad en documento público, del que los acusados fueron absueltos. Es en el proceso penal donde el Notario declara que el documento es un «acta de manifestación» porque así lo decidió él. Cabe suponer —como mera hipótesis— que el Notario, conocedor de que don Eusebio tenía determinada su filiación paterna respecto de persona distinta del ahora reconocedor, entendió que no procedía autorizar una escritura en razón de lo dispuesto en el artículo 113 CC, al final («No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria»). No estaría justificada legalmente, en mi opinión, esta actitud, pero el hecho de que el Notario haya te-

nido que soportar un proceso penal en su contra hace pensar que alguna razón debía de haber para proceder de este modo.

En cualquier caso, es claro que tampoco una escritura hubiera determinado por sí una nueva filiación de don Eusebio (que ya la tiene determinada respecto de otro padre), por lo que parece que necesariamente habría de acudir a un proceso civil para conseguir esta determinación.

2. EL PLEITO CIVIL

Una vez que don Eusebio y el Notario fueron absueltos en el proceso penal, doña Virtudes demanda en proceso civil a don Eusebio pidiendo que se declare:

1.º Nulo de pleno derecho y sin valor ni efecto alguno el instrumento público autorizado por el Notario... (el «acta de manifestación»).

2.º Nulo el reconocimiento de paternidad en el anterior efectuado.

3.º Inexistente la filiación no matrimonial pretendida acreditar con el reconocimiento que antecede (y condene al demandado a estar y pasar por ello y al pago de las costas del juicio).

El Juzgado, en su sentencia, declaró «la ineficacia del reconocimiento de paternidad contenido en el instrumento público autorizado por el Notario..., sin que proceda efectuar el resto de las declaraciones interesadas». Al parecer el Juzgado –según le reprocha la Audiencia– entendió que el discutido documento podía considerarse como una escritura pública, teniendo en cuenta que en el mismo se recogía el requisito del juicio de capacidad que impone al notario el artículo 167 RN.

La Audiencia (con revocación parcial de la sentencia) estima totalmente la demanda. Declara por tanto, no sólo la nulidad del instrumento, sino también la nulidad del reconocimiento y la inexistencia de la filiación extramatrimonial.

El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación, deja sin efecto la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juzgado. Los razonamientos del Tribunal Supremo –que quizás no coincidan totalmente con los del Juzgado– son, en lo esencial, los siguientes:

a) Acepta que el documento cuestionado es un «acta de manifestación» y que, por tanto, «no cumple con las previsiones del artículo 120 CC».

b) Pero niega que todo su contenido haya de declararse nulo y, por tanto, inexistente el reconocimiento que alberga.

c) El documento hace fe de las manifestaciones de los intervinientes. Por tanto, «reúne los presupuestos precisos para integrar un documento indubitado de los que se citan en el artículo 49 de la LRC» y sirve también para el ejercicio de «acción de declaración de paternidad previa impugnación de la contradictoria que coexiste, *ex* artículo 135 CC» («reconocimiento expreso o tácito», ahora art. 767.3 LEC).

d) Aclara que «la declaración de ineficaz de ese instrumento, como declara el Juez, lo es en el estricto campo de ese reconocimiento tipificado pero al mantener su existencia o verdad —negada por la Sala *a quo*—, valdrá al interesado para cimentar su pretensión en cualquiera de las citadas alternativas».

En lo esencial, la solución del TS coincide con la generalidad de la doctrina: el reconocimiento formal que, por defecto de forma, carezca de validez, puede constituir un reconocimiento aformal en el que basar una declaración judicial de filiación.

3. UN POCO DE ANÁLISIS

La Audiencia (supongamos que correctamente) ha entendido que el acto de reconocimiento compuesto por las declaraciones de don Alexander, que reconoce, y don Eusebio, que acepta, no reúne los requisitos establecidos en el artículo 120.1.º CC. Es decir, ha identificado una norma de competencia (a la que llamaremos NC1) del siguiente contenido: «Dadas las circunstancias Z, entre ellas la documentación en escritura pública, si X realiza un acto en que reconoce la filiación de Y, entonces queda determinada la relación de filiación entre X e Y».

Debería haber deducido de ello que no es el caso de que este acto sea válido con respecto a NC1. En lugar de ello, sin caer en la cuenta de la distinción entre validez respecto a una norma y validez en el sistema, entiende que el acto no es válido en el sistema, lo declara nulo de pleno derecho y declara inexistente la relación paternofilial entre don Alexander y don Eusebio.

(Prescindimos aquí de que, en realidad, declara nulo el instrumento [documento] y, en consecuencia, el reconocimiento [acto], pues estas distinciones no son necesarias ahora para nuestro análisis.)

Podemos pensar que la Audiencia ha entendido la disposición del núm. 1.º del artículo 120 como norma de incompetencia (junto a una norma de competencia NC1). Es decir, ha entendido que, según esta disposición, hay una norma de incompetencia según la cual sólo es posible alcanzar el resultado institucional de la determinación de la filiación mediante un reconocimiento (ante el encargado del Registro Civil, en testamento) o en escritura pública. Ciertamente, el precepto presenta algunos problemas de interpretación (por ejemplo, qué significa «otro documento público»), pero no nos interesa entrar en ellos. En lo que aquí importa, la interpretación como «norma de incompetencia» («si y sólo si se realiza un reconocimiento con tales caracteres se produce la determinación de la filiación») no estaría fundada, y la misma estructura del artículo 120 la hace muy improbable.

El ordenamiento no impide que se alcance el resultado institucional de la determinación de la filiación por otros medios (otras normas de competencia, otras reglas constitutivas). Por tanto, es correcto decir que no es el caso de que este acto sea válido con arreglo a una norma expresada en el artículo 120.1.º, pero para llegar a la conclusión de que no es válido en el sistema tendríamos que suponer, bien que el ordenamiento excluye alcanzar el resultado por cualquier otro medio (ya hemos visto que no es así), bien que no existe otra norma de competencia con arreglo a la cual el acto pueda ser válido.

El Tribunal Supremo ha encontrado esta otra norma de competencia. En realidad, dos:

NC2. De acuerdo con el artículo 49.2.1.ª LRC, queda determinada la filiación no matrimonial mediante expediente gubernativo aprobado por el Juez si concurre (entre otras alternativas) la siguiente circunstancia: «Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación».

NC3. De acuerdo con el artículo 135 CC (derogado, hoy art. 767 LEC) puede en el proceso correspondiente declararse la filiación, entre otros casos, cuando «resulte del reconocimiento expreso o tácito».

Pues bien, el Tribunal Supremo entiende que el acto de reconocimiento de don Alexander a don Eusebio con la aceptación de éste es válido con arreglo tanto a NC2 como a NC3. El reconocimiento recogido en el acta notarial es «escrito indubitado» y es reconocimiento expreso. Salta a la vista de inmediato que el acto jurídico no es el mismo que el que correspondería a NC1. Es la

misma la actividad de los sujetos y el escrito en que se plasman sus manifestaciones, pero, para empezar, la aceptación de don Eugenio es irrelevante a los efectos de NC2 y NC3. También el resultado institucional dista mucho de ser idéntico. Según NC1, queda determinada la filiación; según NC2, el reconocimiento expreso no determina la filiación, sino que su documentación por escrito la posibilita a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria (si no hay oposición); según NC3, el reconocimiento (expreso o tácito) puede servir de fundamento a una sentencia que declare la filiación.

Distinguir los conceptos de validez respecto a una norma y validez en el ordenamiento se revela muy útil en casos como éste, por lo demás nada raros. Supongamos ahora que, en el mismo caso, don Alexander decide escribir de su puño y letra en una hoja de papel común palabras idénticas a las que el Notario recogió en el acta y que firma este escrito al que pone fecha (año, mes y día). Alguien podría sugerir que estamos en presencia de un testamento ológrafo, y no iría en modo alguno descaminado. Diríamos entonces que el acto es válido respecto de otra norma de competencia NC4, que confiere a las personas mayores de edad el poder de ordenar su propia sucesión mediante otorgamiento de un testamento ológrafo. De acuerdo con el CC español, el acto valdría como testamento ológrafo, pues tiene todos los requisitos de capacidad y forma del testamento ológrafo (art. 688 CC), y el propio Código advierte que el reconocimiento de un hijo hecho en testamento no pierde su fuerza legal aunque éste no contenga otras disposiciones (art. 741 CC). El resultado institucional de este acto válido con arreglo a NC4 coincide con el de un acto válido con arreglo a NC1 en que determina por sí la filiación de don Eusebio, si bien se duda si sólo produce sus efectos tras la muerte de don Alexander. Sería válido también con arreglo a NC2 y a NC3.

Para la validez de los actos con respecto a una norma es irrelevante el conocimiento que el sujeto tenga respecto de la existencia de la norma y su eventual error sobre su contenido. Sería indiferente, por ejemplo, que don Alexander, ante la imposibilidad de que llegara a tiempo un Notario, creyera que tendría validez una declaración oral suya ante tres testigos robustecida con juramento, y sería sin embargo válida como testamento en peligro de muerte (si el peligro era inminente: art. 700 CC) si hace esta manifestación oral ante cinco testigos.

En general, puede decirse que los actos de los particulares valen *omni meliore modo*, es decir, como resultaría de la inclusión en ellos de esta vieja cláusula de estilo del Derecho común europeo.

Hasta aquí el análisis del caso desde el punto de vista de la validez del acto respecto a una norma y en el sistema. Notemos adicionalmente que la conducta de don Alexander y don Eusebio no ha infringido ninguna norma de mandato. No está prohibido documentar una declaración de reconocimiento en un acta notarial en lugar de en una escritura. En realidad, no está prohibido hacerlo en escrito privado, por carta o verbalmente: no está prohibido, y en cada caso valdrá o no según las normas de competencia en el sistema. La doctrina se plantea si está prohibido y si es inválido (dos cuestiones distintas que no siempre se separan) el reconocimiento de filiación sabiendo que no corresponde a la realidad biológica: no tenemos datos para juzgar si pudo darse esta falsedad en este caso.

No está prohibido el reconocimiento según NC1 cuando hay ya previamente determinada otra filiación. Ni al reconocedor se le prohíbe reconocer (ni al reconocido aceptar), ni al Notario autorizar la escritura (quizás otra cosa pensó el Notario de nuestro caso). Tampoco es entonces inválido el reconocimiento. Según el artículo 1132 CC, «No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria». No será eficaz la determinación de la filiación mientras no se impugne con éxito la filiación contradictoria, pero el reconocimiento es plenamente válido. Es imprescindible distinguir entre validez y eficacia.

XVIII. ACTOS PERMITIDOS INVÁLIDOS EN EL SISTEMA

Comprobar que en todo sistema jurídico hay actos permitidos que son inválidos en el sistema prueba simultáneamente que la invalidez no depende de la infracción de una prohibición.

No digo que la existencia de actos permitidos inválidos sea lógicamente necesaria, sino que es comprobable en los sistemas jurídicos que conocemos y que es importante en el Derecho privado.

Para lo que sigue, interesa la distinción entre «permiso débil» y «permiso fuerte», tal como los definen Alchourrón y Bulygin (1971, pp. 172-177).

La permisión débil es el carácter deóntico de las conductas no prohibidas por una norma.

«P es permitido en el sentido débil en el caso p en el sistema $\alpha = Df$. Entre las consecuencias de α no existe una norma que prohíba (= no permita) p en el caso q.»

La permisión fuerte es el carácter deóntico de las conductas permitidas por una norma.

«P está permitido en sentido fuerte en el caso q en el sistema $\alpha = \text{Df. De } \alpha \text{ se infiere una norma que permite p en el caso q.} \text{»}$

En el Derecho privado español (y en tantos otros) podemos dar por bueno que la norma de clausura del sistema establece que «todo lo que no está prohibido está permitido».

Algunos de los ejemplos que siguen muestran casos de actos que carecen de validez en el sistema, y que están permitidos unos en el sentido débil y otros en el sentido fuerte. Comenzaré por un caso de este último tipo:

a) Los esponsales (o promesa de matrimonio) constituyen en muchos Derechos contemporáneos un caso extremo, que puede analizarse como una clase de actos a la vez permitidos (con «permisión fuerte») y carentes de validez en el sistema de acuerdo con una norma de incompetencia («invalidez fuerte»). La norma de incompetencia está muy claramente expresada en el Derecho español en el artículo 42 CC. «La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento».

Es comprensible la perplejidad de quienes se acercan a esta norma con el prejuicio de que la invalidez es consecuencia de la infracción de «normas imperativas o prohibitivas» (como desafortunadamente dice el art. 6.3 CC). Pues la privación de validez a los esponsales por la norma es tajante, con el añadido de pronunciar la inadmisibilidad a trámite de la demanda con fórmula insólita. Pero, de otra parte, es difícilmente concebible una norma que prohíba a quienes tienen intención de casarse próximamente que se manifiesten uno a otro su compromiso de contraer matrimonio. No es muy sensato, en general, llegar a presencia del sacerdote o del alcalde sin haber recabado antes este compromiso del otro contratante, compromiso que suele comunicarse en ceremonias sociales «de petición de mano» que nadie pensará que están prohibidas por el Derecho. En fin, que no existe una norma que prohíba celebrar esponsales parece evidente. Pero hay más. El inicio del artículo 43 puede entenderse como expresivo de una norma de permiso («permisión fuerte»), pues alude a una «promesa cierta de matrimonio» que, junto con otros hechos, forma el supuesto para la producción de determinadas consecuencias (resarcimiento de ciertos gastos hechos en consideración al *matrimonio prometido*).

Como es bien sabido, esta regulación de los esponsales, dirigida a garantizar la libertad de los contrayentes, es el resultado de una compleja evolución histórica en los distintos sistemas normativos (el canónico de la Iglesia Católica, luego el Derecho de otras Iglesias y los Ordenamientos estatales europeos) en que los esponsales tenían validez, y no es indiferente su regulación por otros sistemas normativos como los religiosos o los usos sociales. De un modo muy general, puede decirse que hoy los esponsales, que tuvieron validez en el orden estatal, y sea cual sea su validez actual en otros sistemas normativos, carecen de ella totalmente en el Derecho español (como en otros contemporáneos), pero que no están en él en modo alguno prohibidos, antes bien, cabe entenderlos permitidos expresamente.

b) Un análisis similar cabe hacer de una clase de actos que comparten con los esponsales (y el matrimonio) una referencia personal e íntima muy fuerte, actos que el Derecho incluso fomenta, pero a los que niega validez (también, precisamente, para salvaguardar la libertad del sujeto). Son los actos relativos a la disposición de órganos o partes del propio cuerpo.

Suele hablarse de donación de órganos para trasplante (y así lo hace también la ley de 27 de octubre de 1979), pero en ningún caso hay una donación válida, en el sentido que donación tiene en el Derecho privado. No hay ninguna norma que confiera a los individuos el poder de realizar actos gratuitos de cesión de un órgano corporal propio a favor de otro individuo que acepte la cesión, de modo que el primero quede desde ese momento vinculado de acuerdo con lo pactado. Es razonable que no la haya. Para el Derecho, y sólo cuando se trata de extracción de órgano de persona viva, lo único relevante es la autorización del sujeto para que se le extraiga el órgano. Ahora bien, nada prohíbe estas donaciones, antes al contrario, están propiciadas y fomentadas. No hay norma que prohíba la «donación» hecha expresamente al destinatario del órgano: simplemente, no valdrá (y, según los casos, conseguir el resultado pretendido puede ser imposible sin cooperación de un tercero –médico– que, éste sí, conculque alguna prohibición).

c) Algo similar ocurre con lo que otra ley (la de reproducción asistida de 22 de noviembre de 1988) llama «donación de gametos y preembriones», que configura como «contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el centro autorizado». No nos interesa aquí dilucidar en qué consiste este contrato «administrativo», sino señalar que la ley citada sólo regula las donaciones de ga-

metos y preembriones (por ejemplo, el semen masculino) a favor de estos «centros autorizados». ¿Están prohibidas entre particulares? Creo que no están prohibidas. Los actos de donación carecerán de validez; y las consecuencias serán las que resulten de las leyes (por ejemplo, no será imposible la investigación de la paternidad del donante).

d) Para impedir a los sujetos conseguir cierto resultado (o conseguirlo por ciertos medios) no siempre es necesario prohibir. Si para la producción del resultado es necesaria una norma jurídica, basta con manejar adecuadamente normas de competencia (o, además, otras normas constitutivas). Es lo que ocurre, según creo, con la regulación de la «maternidad subrogada». Según el artículo 10 de la citada ley de 1988, «será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero». Esta disposición expresa sin duda una norma de incompetencia. Claro que cabría interpretar que expresa también, simultáneamente, otra norma, ésta de prohibición. Pero no es necesario y resulta inconveniente prohibir conductas que, al menos en determinados contextos, no merecen ningún reproche moral. No es necesario, porque el resultado (que sea madre ante el Derecho quien no gestó la nueva criatura) se impide por una regla constitutiva: la que se expresa en el apartado 2 del mismo artículo: «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto».

e) Nadie tiene poder para cambiar por sí mismo su nombre o sus apellidos, pero utilizar unos distintos de los que resultan del registro civil sólo está prohibido en determinadas circunstancias (y los usos legitiman plenamente en otras el uso de pseudónimo). Nadie tienen poder para determinar por sí mismo su identidad sexual de modo distinto al sexo indicado por sus cromosomas y constatado en el registro civil, pero no está prohibido adoptar en la vida social las apariencias y comportamiento de un sexo distinto. Dos personas del mismo sexo no pueden —cuando escribo esto— contraer matrimonio entre sí, pero ninguna norma les prohíbe, no ya convivir, sino tampoco prometerse recíprocamente disponibilidad sexual, convivencia y fidelidad.

f) Ciertos acuerdos de convivencia entre parejas de hecho son válidos con arreglo a normas autonómicas. Fuera del ámbito de aplicación (material, personal y territorial) de estas normas, idénticos acuerdos no producen resultados institucionales, pero ninguna norma los prohíbe.

g) «No se admitirá juramento en los contratos. Si se hiciere, se tendrá por no puesto» (art. 1260 CC). El juramento es inválido, pero no está prohibido (acaso sí tenga prohibido el Notario incorporarlo a la escritura).

h) Los votos religiosos (castidad, pobreza, obediencia) no tienen validez en el ordenamiento estatal. No están prohibidos.

i) La reconciliación entre cónyuges divorciados no produce efectos legales (no es válida). No está prohibida. El Código aclara que los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio (art. 88.2 CC).

j) Las «instituciones desconocidas» (por utilizar una categoría del Derecho internacional privado) pueden y suelen suponer falta de validez en el sistema, pero no por ello prohibición. Fue el caso de la adopción en muchos países hasta hace un siglo. Es hoy el de la «adopción como hermano», que existió en muchos derechos germánicos y también en algunos españoles medievales, como el aragonés. Puede analizarse así el *trust* del *Common Law* en los Derechos continentales: si estuviera prohibido, no podrían conseguirse resultados análogos por otros medios.

k) Ni el permiso débil, ni las normas de permisión, confieren poder para realizar los actos permitidos (ya se entiende, los realizarán como actos naturales y aun como actos institucionales de acuerdo con otras normas, pero no serán aptos para producir un resultado institucional). En sentido inverso, una conducta obligatoria o una conducta prohibida bien pueden constituir actos que, de acuerdo con una regla de competencia, produzcan resultados institucionales.

XIX. LOS ACTOS DE LAS PERSONAS PÚBLICAS PARA LOS QUE CARECEN DE COMPETENCIA

He apuntado más arriba que los actos de las personas de Derecho público para cuya realización carecen de competencia están afectados, probablemente, por una norma de incompetencia. Dicho de otro modo, que la extensión de la referencia de las definiciones de invalidez def. 4 y def. 7 tiende a coincidir para los actos de Derecho público.

Un ejemplo puede servir para aclararlo.

El día 5 de febrero de 1998 el Pleno del Ayuntamiento de Agüimes (en la isla de Gran Canaria), en sesión extraordinaria,

acordó adherirse al acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Garachico (en la isla de Tenerife), de fecha de 22 diciembre de 1997, sobre declaración de la empresa «Telefónica de Servicios Móviles, S. A.», como *non grata*.

Telefónica interpone recurso contencioso-administrativo contra el referido acuerdo, pero la Sala del Tribunal Superior de Justicia, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, no le da la razón, con argumentos que aquí no nos interesan.

Telefónica recurre en casación, y el caso es resuelto por la sentencia del TS, Sala 3.^a, sección 4.^a, de 24 de noviembre de 2003 (ponente Fernández Montalvo).

El Tribunal Supremo se ve en el caso de reiterar una doctrina sobre declaraciones de *persona non grata* por Ayuntamientos tal como la ha ido elaborando en sentencias anteriores. En efecto, parece que los Ayuntamientos españoles tienen propensión a declarar «personas non gratas» a las que tal parecen a quienes rigen sus destinos, a juzgar por los casos que llegan a los más altos tribunales. Pueden verse, al menos, sentencia del TC (Sala 2.^a), de 19 noviembre de 1989 (ponente Rodríguez Bereijo), sentencia del TS (Sala 5.^a), de 19 septiembre de 1987 (ponente Falcón García), sentencia del TS (Sala 1.^a) de 24 julio de 1995 (ponente González Poveda) y sentencia del TS (Sala 2.^a) de 15 marzo de 1994 (ponente Puerta Luis).

En primer lugar, tales declaraciones no constituyen un ataque al honor, aunque habrá que atender a los hechos en su contexto en cada caso.

En segundo lugar, el Tribunal recuerda el significado específico que la declaración de *persona non grata* tiene en el ámbito de la inmunidad diplomática y remoción del puesto diplomático, cuestión que, hay que reconocer, muy escasa relación guarda con el caso. Aquí nos interesa señalar que actos similares (la declaración de *persona non grata*), realizados por otros sujetos, pueden ser válidos en otros sistemas normativos. Pero, como observa la sentencia, «resulta difícil señalar cuáles puedan ser los efectos directos derivados de semejante declaración municipal».

Con los anteriores pronunciamientos, podemos entender que la sentencia califica al acuerdo del Ayuntamiento como inválido en el sistema en el sentido débil, de acuerdo con def. 7; es decir, se ha comprobado que no hay en el sistema ninguna norma de competencia con arreglo a la cual el acuerdo sea válido. También se ha comprobado que el acuerdo no infringe ninguna prohibición (en concreto, no lesiona el derecho al honor).

«A pesar de ello, no puede considerarse que constituya una simple manifestación de desagrado indiferente al Derecho Administrativo. Adopta la forma de un acto administrativo aprobado en forma por el Pleno del Ayuntamiento y que eventualmente podría producir efectos en Derecho, derivados de su significado estigmatizante, con incidencia en la esfera jurídica, incluso en la estrictamente patrimonial, del destinatario que puede ver, incluso, deterioradas sus expectativas profesionales o mercantiles con el propio vecindario. En consecuencia, no puede considerarse el acuerdo municipal cuestionado sólo como una manifestación de la libertad de expresión o manifestación de una discrecionalidad, sin ulterior trascendencia jurídica, sino como *un acto administrativo que, para ser legítimo, debe inscribirse en el ámbito de las potestades o competencias municipales*» (cursiva añadida).

Las consideraciones del Tribunal sobre el posible «significado estigmatizante» del acto o su contenido de crítica a los administrados quizás se hagan en atención a la posible ausencia de norma de competencia explícita para declaraciones de hijos predilectos o adoptivos, que nadie ha pensado que carezcan por ello de validez. El «significado estigmatizante» tendría cierta virtualidad limitativa o ablativa de libertades y derechos de los ciudadanos, para lo que la Administración requeriría habilitaciones legales concretas. Es también de señalar que, para el TS, «resulta claro que no puede equiparse la posición de los ciudadanos, en la libre crítica de la actuación de las instituciones representativas en uso legítimo de su derecho de libertad de expresión, a la de tales instituciones o Administraciones, cuya actuación aparece vinculada al cumplimiento de los fines que le asigna el ordenamiento jurídico, entre los cuales, ciertamente, no se encuentra el de atribuir calificativos a sus administrados o a las empresas que actúan en su ámbito territorial (STC 185/1989, de 13 de noviembre)».

La argumentación concluye del siguiente modo:

«Una declaración que no procede de alguno de los miembros de la Corporación, sino que constituye la manifestación de un juicio que pretende atribuirse a la propia Corporación en cuanto tal, como decisión municipal, ha de encontrar una habilitación legal, que, en el presente caso, no se encuentra ni en las competencias municipales nominadas del artículo 25 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 de abril, ni en las diversas legislaciones sectoriales ni en la propia cláusula de la autonomía municipal al no aparecer concernido el interés municipal o las necesidades de la comunidad vecinal.»

En consecuencia, el TS declara «la nulidad e ineficacia del acuerdo del Ayuntamiento de Agüimes de fecha 5 febrero de 1998,

por el que, mediante adhesión, se declaraba empresa *non grata* a la entidad recurrente».

Puesto que el acuerdo cuestionado carece de habilitación legal, es nulo. La definición de invalidez del acto en el sistema parecería def. 7. Pero, en realidad, en razón de la existencia de una regla de clausura en el Derecho público según la cual todos los actos que no están habilitados por una regla de competencia están incurso en una regla de incompetencia, lo que equivale a aplicar def. 4.

Por ello el acto puede ser declarado nulo por los Tribunales: por ser inválido respecto de una norma de incompetencia.

Si de un acto del mismo contenido fuera autor un particular, una vez comprobado que no infringe ninguna prohibición (que no constituye una lesión al honor), no creo que pudiera pedirse a los Tribunales declaración de nulidad del acto. No hay ninguna norma de incompetencia respecto de la cual el acto sea inválido. Y que no haya tampoco una norma de competencia respecto de la cual sea válido lo coloca en ese limbo en el que, en principio, nada tienen que decir los Tribunales.

Obsérvese que la cuestión no reside en la licitud del acto: tan permitido (en el sentido de no prohibido) está el acto para el Ayuntamiento como para el particular. Es el distinto juego de las reglas de competencia en uno y otro caso el que explica el distinto resultado.

XX. VALIDEZ Y PROHIBICIÓN

La invalidez de un acto de Derecho privado no depende de que esté prohibido. Hay actos prohibidos válidos, y actos no prohibidos que no son válidos.

Oscurece la comprensión de las anteriores afirmaciones una clasificación tradicional de los actos humanos en lícitos e ilícitos, como categorías excluyentes y conjuntamente exhaustivas, y una tradición doctrinal, procedente del Derecho romano tardío y presente en el artículo 6.3 CC español, que hace depender de algún modo la invalidez de la violación de una prohibición.

Que los actos contrarios a una prohibición carecen de validez («son nulos de pleno derecho», dice el CC desde 1974) puede entenderse de varias maneras:

a) Que carecen de validez los actos que adoptan el procedimiento o forman objeto de una norma de incompetencia (o que no

cumplen las condiciones establecidas en una disposición de competencia que expresa simultáneamente una norma de incompetencia). Por ejemplo, testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas para cada clase de ellos (art. 687).

b) Que carece de validez la regulación negocial que contradice a normas o principios morales o legales (art. 1255 CC).

c) Que si la actividad del sujeto es contraria a un deber negativo de conducta, el acto jurídico carecerá de validez. Por ejemplo, un tutor adquiere por compra bienes del pupilo, lo que tiene prohibido (art. 1459-1.º CC).

Sólo en los casos de la letra *c)* estamos en realidad ante una prohibición infringida. En los casos *sub a)* el testador no tiene obligación de observar aquellas formalidades, ni prohibición de no observarlas (sí el notario, probablemente, en los testamentos que autorice, pero es obvio que la invalidez no deriva de que el Notario no haya cumplido sus deberes, sino de que no se han observado las reglas que disciplinan la actualización del poder o competencia de testar). En el caso *sub b)*, la contradicción con norma superior no puede analizarse como violación de un deber por un acto del particular, sino como contradicción entre la regla negocial y una norma superior, que impide la validez total o parcial de la regla negocial. No está prohibido a los particulares realizar actos inválidos. Sólo en ciertos casos de contenido ilícito existen prohibiciones, que pueden tener trascendencia penal.

La tradición doctrinal de que procede el artículo 6.3 CC español (como el § 138 BGB) se remonta a la ley *Non dubium* (C. 1, 14, 5). En su origen, puede decirse que su finalidad era evitar el fraude de ley, cuando la ley defraudada era prohibitiva, invalidando el acto de que se sirve el particular como medio para alcanzar el resultado prohibido (los decuriones tenían prohibido administrar bienes de otro, prohibición que eludían tomándolos en arriendo). En el *Codex* de Justiniano la norma se hace abstracta y se convierte en una regla interpretativa de todas las leyes prohibitivas: si la ley prohíbe algo, son inválidos (*non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur*) los actos por medio de los cuales se infringe la prohibición, aunque el legislador se haya limitado a prohibir y no haya impuesto expresamente la invalidez.

Como regla interpretativa de las disposiciones prohibitivas fue utilizada y discutida en el Derecho común europeo, junto con la

clasificación escolástica procedente de Ulpiano que distingue leyes *perfectae* de otras *minus quam perfectae* o *imperfectae* (se añadirá la categoría de las *plus quam perfectae*), en que las primeras son aquellas que simultáneamente imponen una sanción y anulan el acto. En caso de duda, la ley prohibitiva ha de entenderse perfecta, y por tanto nulo el acto.

No interesa aquí seguir los complejos caminos por los que el contenido de la ley *Non dubium* fue interpretado y, en general, erosionado por los juristas (y, luego, el viejo art. 4 y el actual 6.3 CC por la jurisprudencia del Tribunal Supremo). Nos basta con señalar que, aun en los casos en que, por disposición legal (que no por exigencia conceptual), un acto es nulo en razón de haberse violado una prohibición, la nulidad es una consecuencia adicional contingente, que depende en realidad de otra norma distinta de la que prohíbe una conducta: una norma de incompetencia que el intérprete podría en ciertos casos extraer (aun en ausencia de una disposición como el 6.3 CC) de la misma disposición que prohíbe una conducta. Interpretación de disposiciones que contienen prohibición que el artículo 6.3 impone en principio (aunque su coetilla final permite en la práctica interpretaciones muy flexibles de las disposiciones prohibitivas).

En definitiva, la disposición contenida en el artículo 6.3 CC debe interpretarse del siguiente modo: «Siempre que una disposición del legislador se interprete como norma que establece una prohibición, debe interpretarse simultáneamente como norma que priva de competencia al sujeto al que la prohibición va dirigida para realizar actos jurídicos con los que conseguiría el resultado prohibido».

Si la nulidad fuera la sanción por violación de la prohibición, como a veces se dice, no habría norma de prohibición (sino, acaso, enunciados normativos vacíos de sentido) cuando el acto que la infringe fuera válido. Planteamiento que, en el Derecho español, queda excluido por la misma disposición del artículo 6.2, al añadir «salvo que en ellas [las normas] se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». De donde se sigue que no siempre a consecuencia de violar una prohibición un acto jurídico será nulo; es decir, la nulidad no está vinculada necesariamente a la prohibición como su consecuencia propia. La vinculación contingente entre prohibición y nulidad es resultado de la interpretación de las disposiciones prohibitivas, si bien el legislador, en Derechos como el español o el alemán, facilita esta interpretación mediante una norma interpretativa.

XXI. NORMAS «IMPERATIVAS» Y «PROHIBITIVAS» EN EL ARTÍCULO 6.3 CC

Desdichadamente, al reformarse el Título preliminar del CC en 1974 se dio nueva redacción, pretendidamente más técnica, al viejo artículo 4 CC.

En particular, donde el artículo 4 decía: «Son nulos los actos ejecutados *contra lo dispuesto en la ley*» dice ahora el artículo 6.3: «Los actos *contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas*».

Las categorías de las normas imperativas y prohibitivas son heterogéneas y responden a clasificaciones distintas. Normas prohibitivas son normas de mandato que califican una conducta como prohibida. Se contraponen a las normas de mandato que establecen una obligación, es decir, que califican una conducta como debida. Las normas de obligación y de prohibición, junto con las permisivas o facultativas, son conjuntamente exhaustivas de la clase de las normas regulativas, es decir, de las que regulan conductas.

De acuerdo con una vieja clasificación de la fuerza (*vis*) de las normas (*imperare, vetare, permitere, punire*), norma imperativa sería la que establece una obligación. También, podría entenderse que las normas prohibitivas son una especie de las imperativas, contrapuestas entonces a las de permisión. Quedarían aparte las que establecen una pena, pero ¿no podemos llamar también a éstas imperativas? Imperativas, entonces, todas aquellas cuya fuerza no sea permitir. Pero, aun éstas, ¿no serán también mandatos, acaso indirectos, a otras personas privadas o a otras autoridades? Por este camino, todas las normas jurídicas son imperativas.

Creo que en la clase de las normas imperativas los autores han incluido, sucesiva o simultáneamente, al menos todas las que acabo de mencionar.

Ahora bien, el contexto del artículo 6.3 CC excluye algunas de estas identificaciones.

«Normas imperativas», en este contexto, no puede entenderse como sinónimo de normas de mandato, puesto que a continuación se enuncia como categoría distinta la de las normas prohibitivas, que está incluida en las normas de mandato. Tampoco puede entenderse como sinónimo de normas de obligación (las que, junto con las prohibitivas, agotan la categoría de las normas de mandato), pues la conducta contraria a una obligación es una abstención o una conducta distinta de la debida, y carece de sentido establecer la nulidad de las abstenciones o (peor aún) de todas las conductas distintas de aquella debida.

«Normas imperativas», creo, ha de contraponerse a «normas dispositivas», como equivalente a *ius cogens* y contrapuesto a *ius dispositivum*. Probablemente es ésta una opinión común en la doctrina española.

Las normas cogentes, o de *ius cogens*, suele decirse, establecen los límites de la autonomía privada, y su aplicación no puede ser evitada por la voluntad de los particulares, mientras que las dispositivas o de *ius dispositivum* sólo rigen si los particulares no disponen de otra manera. Ahora bien, esta clasificación presenta graves dificultades, contradicciones y aporías. Quizás pueda delimitarse con suficiente precisión el concepto de norma dispositiva, pero no puede definirse el concepto de norma imperativa simplemente como la que no es dispositiva. Creo que, en el contexto del artículo 6.3 (que es el contexto más importante en que distinguimos entre normas imperativas y dispositivas), los conceptos de «norma imperativa» y «norma dispositiva» son contradictorios entre sí, pero distan mucho de ser conjuntamente exhaustivos. La extensión conjunta de ambos conceptos no abarca más que una parte de todas las normas de un sistema jurídico: aquellas normas que, admitida la autonomía de la voluntad de los particulares, regulan el contenido de sus actos, bien excluyendo o incluyendo imperativamente determinados contenidos (normas imperativas), bien previendo una regulación para suplir las lagunas de regulación de los particulares (normas dispositivas). Evidentemente, quedan fuera de la clasificación las reglas que confieren poderes y las constitutivas o conceptuales (como las definiciones).

Delimito más precisamente la extensión de la referencia de los conceptos de «norma imperativa» y «norma dispositiva» que estoy analizando. Normas dispositivas sólo son pensables allí donde el acto del particular establece una regulación, no donde las consecuencias del acto vienen determinadas necesariamente por la ley. Es el ámbito que suele reconocerse a los negocios jurídicos, pues los actos jurídicos no negociales serían aquellos cuyas consecuencias están predeterminadas por los normas estatales, sin que el particular (que puede libremente realizarlos o no) pueda modificarlos. Pues bien, sólo en este ámbito debe decirse que las normas son o bien dispositivas o bien imperativas.

Fuera del negocio jurídico, las normas que determinan las consecuencias de los actos no pueden ser infringidas ni evitadas en ningún sentido, puesto que no es posible, por hipótesis, que haya actos con contenido distinto del predispuesto legalmente. En los negocios jurídicos, tampoco es exacto que una regulación distinta

por el particular *infrinja* o *contravenga* una norma superior imperativa con la que esta regulación es incompatible, pero sí que es *contraria* a lo dispuesto en la norma superior imperativa. En este sentido, y por lo que se refiere a la contradicción con normas imperativas, el artículo 6.3 haría explícita la nulidad que (para los contratos, pero susceptible de extensión a otros negocios jurídicos) expresa ya el artículo 1255: que serán nulos los pactos, cláusulas y condiciones cuando sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público.

La referencia expresa en el artículo 6.3 a las normas imperativas era, por tanto, innecesaria. Lo que es peor, bajo apariencia de una mayor precisión técnica, no responde a un análisis adecuado de los diversos tipos de normas jurídicas. En esta disposición todas las normas están tratadas como normas de conducta, y la invalidez parece ser la consecuencia de la infracción de normas de conducta. No se tiene en cuenta la existencia y los caracteres de normas distintas de las que regulan conductas como debidas o prohibidas. Es decir, se ignora la especificidad de todas las demás normas, en particular de las normas que confieren poderes. Peor aún, el artículo 6.3 parece entender la falta de competencia o la no observancia de las reglas de actualización de la competencia como infracción de normas. En definitiva, parte de unas premisas teóricas que dificultan entender el concepto de validez de los actos jurídicos.

XXII. DISPOSICIONES DE VALIDEZ Y DISPOSICIONES DE INVALIDEZ

Conviene recordar la distinción entre disposiciones legales y normas: las normas son el significado de las disposiciones legales. Pues bien, no hay disposiciones que expresen normas de validez, aunque algunas lo parezcan; por el contrario, sí hay disposiciones que expresan normas de invalidez.

1. Como sabemos, la validez de un acto respecto de una norma no es una consecuencia de la norma con arreglo a la cual el acto es válido: la consecuencia de esta norma es la que corresponde a la clase de actos de que se trate (en general, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas). Por tanto, la validez en el sistema no es tampoco una consecuencia de una norma. La validez es una propiedad relacional extrasistemática, expresadas en un metalenguaje que tiene como objeto las normas jurídicas.

2. Por el contrario, hay normas cuya consecuencia es la invalidez de determinada clase de actos. La invalidez en el sistema de acuerdo con def. 4 («invalidez fuerte») es consecuencia de una norma; no así la invalidez en el sistema de acuerdo con def. 7 («invalidez débil»).

3. Algunas disposiciones legales parecen relacionar un caso genérico de acto jurídico con la consecuencia de su validez. Esto parecería contradecir lo afirmado *sub 1*. Pero la interpretación de las disposiciones aclara fácilmente que su significado no son normas que establezcan la validez de los actos. Ninguna de estas normas asegura la validez de los actos de la clase que regulan, sino que más bien excluyen su invalidez por determinada causa, dejando imprejuzgada la invalidez contingente del caso particular por causas distintas.

Veamos algunos ejemplos.

a) El artículo 10.8 CC comienza así: «Serán válidos, a efectos del ordenamiento jurídico español, los actos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de la incapacidad no estuviese reconocida en la legislación española». Quiere decir que será requisito para la validez de estos actos la capacidad del sujeto con arreglo a la ley española (alternativamente con su capacidad de acuerdo con su ley personal), pero nada dice sobre la posible invalidez de los actos por vicios formales o sustanciales. «Serán válidos» no significa que estos actos (casos individuales) sean siempre necesariamente válidos, sino únicamente que no son inválidos en razón de la incapacidad del sujeto (según su ley personal), pero pueden ser inválidos con arreglo a cualquier otra norma de incompetencia aplicable.

b) Artículo 400.2 CC: «Esto no obstante, *será válido* el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años». Lo que quiere decir que los actos de la clase «pacto de indivisión» por tiempo de hasta diez años (caso genérico) serán válidos, a pesar de la norma expresada en el mismo artículo según la cual ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad y como excepción a la misma. Pero un pacto de indivisión (caso individual) puede ser inválido por cualquier otra causa (incapacidad, defecto de forma).

c) Artículo 664 CC: «El testamento hecho antes de la enajenación mental *es válido*». Lo que quiere decir que si era válido el testamento hecho antes de la enajenación mental, no pierde su va-

lidez al perder la razón el testador. Pero puede no ser válido por otras causas (v. g., defecto de forma).

En el CC hay al menos un par de decenas de disposiciones que pueden analizarse en forma análoga a estos. En las Notas se muestran otros ejemplos.

4. Por el contrario, las disposiciones que correlacionan la invalidez con las características de algún caso genérico, expresan normas que producen la invalidez de los actos que pertenecen a aquella clase. La invalidez es, entonces, consecuencia de la norma. Para que un enunciado sobre la invalidez de un acto jurídico sea verdadero basta con que una norma determine la invalidez de los actos de cierta clase (caso genérico) y el acto en cuestión (caso individual) pertenezca a aquella clase.

NOTAS

A) Sobre las normas que confieren poderes (apartados 2 ss.)

1. A las normas que confieren poderes dedica una reciente monografía, que procede de una excelente tesis doctoral, Jordi FERRER BELTRÁN, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica* (pról. de R. Guastini), ed. Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000. En la primera parte expone y discute las ideas al respecto, entre otros, de Kelsen, von Wright, Alchourrón y Bulygin, H. L. A. Hart, A. Ross y (en la filosofía del Derecho española) Atienza y Ruiz Manero. En la segunda procede a una interesante reconstrucción de las normas de competencia como reglas constitutivas de la competencia, y en particular, del concepto estricto de competencia como «propiedad disposicional». En esta obra pueden verse abundantes referencias bibliográficas. Señalo aquí en particular (además de las citas de Atienza y Ruiz Manero, que se hacen en el texto) dos artículos breves, de fácil acceso para juristas españoles: Eugenio BULYGIN, «Sobre las normas de competencia», ahora en *Análisis lógico y Derecho* (pról. de Georg H. von Wright), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 485-498; y Rafael HERNÁNDEZ MARÍN, «Autoridad-Competencia», en *El derecho y la justicia* (ed. Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta), Trotta y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2.^a ed., 2000, pp. 117, 131. El segundo, si bien advierte que, en sentido amplio, las normas de competencia comprenden también las que conceden poderes privados y autorizan a realizar actos privados (contratos, testamentos, etc.), se ocupa en este artículo sólo de las normas que regulan la competencia en materias de Derecho público; mientras que Bulygin comienza señalando que «Hans Kelsen fue el primero en llamar la atención sobre la semejanza esencial entre los conceptos de competencia (que se usa en el ámbito del Derecho público) y capacidad (usado fundamentalmente en el campo del Derecho privado), y otros filósofos del Derecho como Alf Ross y Hart han seguido sus pasos, al menos hasta cierto punto». Creo que la investigación sobre el concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado ha de mostrar esta «semejanza esencial»; en cualquier caso, es una hipótesis de la que parte este trabajo.

2. Señalar el carácter dinámico de los sistemas jurídicos y la construcción escalonada del ordenamiento constituyen algunas de las aportaciones centrales de Hans Kelsen al conocimiento jurídico, que se encuentran ya en su *Reine Rechtslehre* de 1934 (y en trabajos anteriores). Bastará señalar aquí los lugares en que principalmente se ocupa de estas cuestiones en su *Teoría pura del Derecho* (trad. del original en alemán por R. J. Vernengo), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979 (se trata de la traducción de la 2.^a y definitiva edición, revisada y ampliada, de la *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960). En esta obra, se ocupa de la «dinámica jurídica» en las pp. 201-283 y allí, desde la 232, de «la construcción escalonada del ordenamiento». El tratamiento de las normas individuales (es decir, no generales) como normas es una constante en Kelsen, que sitúa así tanto la sentencia y el acto administrativo como el negocio jurídico en la «construcción escalonada del ordenamiento», en la *Teoría pura del Derecho*, cit., se ocupa del negocio jurídico y del contrato en pp. 264-269. Es interesante señalar la correspondencia sustancial con estas ideas (el negocio jurídico como norma concreta establecida por las partes) en la monografía con mucho más importante sobre el negocio jurídico en la civilística española, la de Federico DE CASTRO (*El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967). Para De Castro, Kelsen es un adversario ideológico; pero su lucidez y probidad intelectuales le impiden ocultar esta sustancial coincidencia, aunque sea a través de una cita que establece distancias (la cita de la 2.^a ed., en alemán, de la *Reine Rechtslehre*, en p. 32), dentro de un epígrafe que reza inequívocamente «El negocio jurídico como regla». Consideración del negocio jurídico como «regla con que se mide la conducta de autorizados y obligados» que en nada contradice su negativa a considerar el negocio jurídico como «fuente del Derecho objetivo»; la confusión de ambas cuestiones es sin embargo frecuente en otros jusprivatistas españoles.

Volviendo a Kelsen, la concepción de la norma como el sentido o significado objetivo de un acto de voluntad es central en su concepción del Derecho: por ejemplo, en las primeras páginas de la *Teoría pura...*, cit., en particular, p. 19, y en su obra póstuma *Teoría General de las Normas* (ed. Trillas, México, 1994; trad. del original en alemán *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1979).

3. H. L. A. HART se ocupa extensamente de las normas de competencia (una clase de «normas secundarias», que en ocasiones parece identificar con éstas) en su obra *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 2.^a ed., 1974 (trad. cast. de la 1.^a ed. [1961], por G. R. Carrió, *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963). Refiriéndose a los actos jurídicos de Derecho privado se expresa del siguiente modo: «La potestad así conferida a los individuos para dar forma a sus relaciones jurídicas con los demás mediante contratos, testamentos, matrimonios, etc., es uno de los grandes aportes del derecho a la vida social; y es una característica que queda oscurecida si se representa a todo el derecho como una cuestión de órdenes respaldadas por amenazas» (trad. cast. cit., p. 35). En pp. 42-45 rechaza que la nulidad pueda entenderse como una sanción: «extender la idea de sanción hasta incluir la de nulidad es una fuente (y un signo) de confusión».

4. La distinción entre normas que confieren poderes y normas que establecen deberes es insertada por MacCormick en su teoría institucional del Derecho (Neil MACCORMICK, «Law as institutional fact», en Neil MACCORMICK y Ota WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Publishing Co., Dordrecht, Holland, 1986). La fórmula general de una norma que produce un poder es para este autor: «Si una persona que tiene las

cualidades q , realiza el acto a por el procedimiento p y si las circunstancias son c , entonces existe una instancia válida de la institución I » (p. 65). Una «instancia válida de la institución I » sería, por ejemplo, un contrato válido, o un testamento válido). Aquí nos interesa subrayar que –de manera semejante a lo que ocurre con la definición de Atienza y Ruiz Manero– resulta elemento clave la presencia de un acto jurídico voluntario, pues para definir las normas que confieren poderes hay que identificar previamente normas institutivas o terminativas de instituciones y distinguir entre las que dan fuerza a actos voluntarios y las que no (p. 66). Por otra parte, es de señalar que la mayor parte de los ejemplos de institución que ofrece MacCormick son de Derecho privado (contrato, propiedad, *trust*, testamento, sucesión intestada, persona jurídica, responsabilidad civil, garantías). La sucesión intestada es un evidente ejemplo, tratado así por MacCormick, de institución en que la norma institutiva no es una norma que confiere poderes (puesto que la norma institutiva no da fuerza a un acto voluntario).

5. Las ideas de ATIENZA y RUIZ MANERO sobre las normas que confieren poderes son criticadas por otros autores. Puede seguirse la polémica en *Las piezas del Derecho* (1996, pp. 77-90), desde el punto de vista de estos autores. Con posterioridad, FERRER BELTRÁN (2000, pp. 111-120). En la exposición de Atienza y Ruiz Manero se encuentran indudables ecos de Searle y MacCormick (la teoría institucional del Derecho) y de A. Conte (la denominación, más que el concepto, de reglas anankástico-constitutivas), así como, por supuesto, de von Wright, Hart y Alchourrón y Bulygin, pero en todo caso las ideas están elaboradas con originalidad y en el contexto de una teoría de los enunciados jurídicos que permite situar los enunciados que expresan reglas que confieren poderes en una clasificación general y compararlos con otros enunciados jurídicos (*vid.* cuadros en 1996, pp. 177-186). Es la presencia de este marco teórico general (de notable interés, creo, para civilistas) lo que me ha movido a prestar a sus ideas una particular atención.

B) Capacidad de Derecho privado y competencia en Alf Ross (apartado 4)

Alf ROSS escribió en varias ocasiones sobre validez de normas y de actos jurídicos y, acaso sin proponérselo en un primer momento, hizo notar algunos de los diferentes significados que en diversas lenguas tienen los correspondientes términos. En particular, la traducción de su lengua, el danés, al inglés le advierte de la posible confusión entre validez y vigencia, así como entre validez según un sistema de normas dado (que es el concepto que básicamente nos importa en este estudio) y validez «como fuerza obligatoria del Derecho, que da lugar a una obligación moral correspondiente» (1961-a, p. 26). Son los tres sentidos que pueden reconocerse en la utilización kelseniana del término *Geltung* (algunas referencias en DELGADO ECHEVERRÍA, 2003; sobre los significados de ‘validez’ en Ross y los problemas de traducción, FERRER BELTRÁN, 2000, p. 90, n. 154 y p. 95, n. 168).

Escribió ROSS repetidas veces sobre reglas de competencia (1958, pp. 32, 155, 199, 203; 1967, p. 49; en pp. 77-79 distingue entre transferencia de competencia y delegación de competencia; 1961-b, pp. 89-93), con una sensibilidad más acusada que en otros autores para la competencia de los particulares y los actos de autonomía privada. La comparación explícita entre el poder de los particulares y el de los órganos del Estado en 1958, pp. 198-199; 1961-b, pp. 90-91.

La red que forman los conceptos ‘acto jurídico’, ‘norma de competencia’, ‘competencia’, ‘invalidez’, ‘autonomía privada’ y ‘autoridad pública’ resulta especialmente clara en 1967-b, pp. 128-132. Los ‘actos jurídicos’ son una clase de los actos operativos humanos, que consiste en «comunicaciones lingüísticas cuyo

efecto jurídico está determinado por el contenido de la comunicación misma, y que de esta manera son instrumentos adecuados para la actividad humana consciente dirigida a la creación de reglas y relaciones jurídicas». «Ejemplos: una ley, una decisión judicial, una resolución administrativa, una oferta, un testamento, un contrato». «Todo acto jurídico presupone una norma jurídica que determina las condiciones necesarias y suficientes para la producción del acto jurídico. Esta norma es llamada norma de competencia; y la potestad que confiere a alguna persona (o conjunto de personas) para la realización de un acto jurídico es llamada competencia». «[L]a inobservancia de la norma de competencia produce la invalidez» del acto jurídico (p. 128). A continuación (p. 129) aborda de nuevo la distinción y comparación entre autonomía privada y autoridad pública, que «constituye la base de la distinción tradicional entre el Derecho privado y el Derecho público» (p. 131).

Prácticamente las mismas expresiones se encuentran en Ross, 1968, pp. 167-169. Allí también una límpida distinción entre normas de competencia y normas de conducta cuyo tema es la manera en que la persona competente ha de ejercer su poder (bien libremente, bien con arreglo a ciertas directrices): «Es importante comprender esta distinción entre la norma de competencia y la norma de conducta que regula el ejercicio de tal competencia. Mientras que exceder la norma de competencia produce invalidez, violar la norma de conducta no afecta a la validez del acto jurídico, sino que encierra una responsabilidad, como cualquier otra violación de una obligación». «Si las leyes estuvieran cuidadosamente pensadas y redactadas con precisión, no sería difícil de decidir si una regla dada tenía el sentido de una regla de competencia (cuyo quebrantamiento produciría invalidez) o de una norma de conducta reguladora del ejercicio del poder (cuyo quebrantamiento produciría responsabilidad). Pero, desgraciadamente, esto no ocurre siempre» (p. 169).

C) Las «nulidades regulativas» en Atienza y Ruiz Manero (apartado 7)

Me parece que, en el fondo, con la distinción entre «nulidad constitutiva» (no existencia del resultado) y «nulidad regulativa» («lo que implica –salvo en el caso de los órganos de última instancia– que un órgano de control tiene el deber de anularlo en todo o en parte»: 2000, p. 73) ATIENZA y RUIZ MANERO tratan de dar respuesta teórica a fenómenos ciertamente inquietantes, tales como las leyes vigentes inconstitucionales o una sentencia del Tribunal Constitucional que declare inconstitucional una ley que en realidad no infringe la Constitución. ¿Son leyes –sentencias– válidas, aunque infrinjan la Constitución? (1996, pp. 49-50, 78, 95, 108, n. 7; 2000, p. 72).

Explicar la existencia (y validez, en este sentido) de estos actos y normas en razón de haberse ejercitado poderes normativos que realmente corresponden a los órganos (el legislador), y su nulidad por haberlo ejercitado en condiciones tales que ese uso resulta prohibido no me parece una explicación útil en general, ni necesaria para el caso de las leyes inconstitucionales. Propicia la confusión entre sanción e invalidez (con lo que oscurece la distinción entre normas regulativas y normas que confieren poderes), impide explicar las consecuencias sancionatorias y no invalidantes de (otras) irregularidades de los actos y es un punto de partida teórico poco fructífero para abordar otros problemas relacionados con la validez (como los tipos o clases de invalidez). (Vid. la crítica de FERRER BELTRÁN, 2000, pp. 116-118, donde recoge las de otros autores.)

Es posibles que los autores de *Las piezas del Derecho* no mantengan hoy lo que escribieron sobre «nulidad regulativa». En «La dimensión institucional del

Derecho y la justificación jurídica» (2001) rectifican expresamente algunas posiciones mantenidas con anterioridad. Entre los supuestos característicos de la tensión entre principios sustantivos y principios institucionales y el eventual «triumfo» de éstos indican el siguiente: «Un cuarto supuesto estaría integrado por aquellos casos individuales en los que se considera justificado el sacrificio de principios sustantivos cuya vulneración se sospecha, pero no con el grado de certeza suficiente como para considerar destruida la presunción de regularidad de los actos de otro órgano, como es el caso, muy señaladamente, de la presunción de constitucionalidad de la ley» (p. 128). Ahora bien, en todos los supuestos de invalidez de los actos por contrastar su contenido con normas superiores (acaso también en otros supuestos) es posible sospechar la vulneración de la norma superior, pero se requiere siempre un juicio de valoración del significado de ambas normas y sus posibles relaciones que requerirá una argumentación suficiente, no una mera constatación. Puede ser así coherente con los principios institucionales o con la «dimensión institucional del Derecho» que este juicio quede reservado a ciertos órganos (sujetos a ciertas reglas de procedimiento, etc.), y que mientras tal juicio autorizado no se pronuncie el acto (la norma) se «presuma» válido. El fenómeno es habitual en el Derecho público, pero también se presenta respecto de los actos de los particulares, aunque con otros caracteres (por ejemplo, actos formalizados en escritura pública, inscritos en ciertos registros, etc.).

Quizás la rectificación (y desarrollo) de sus ideas anteriores les lleve también a revisar el ámbito de los principios (como distintos de las reglas) que han mantenido hasta ahora exclusivamente respecto de las normas de mandato (2000, p. 71, n. 2). Los «principios institucionales» parece que exceden este ámbito (*vid.* 2001, pp. 125-126).

D) Distinciones de clases de invalidez en Guastini (apartado 9)

Riccardo GUASTINI ha desarrollado clasificaciones y definiciones de validez más cercanas que otras elaboradas por filósofos del Derecho a los usos e intuiciones de los juristas dogmáticos. En «Concetti e criteri di validità» (*RTDPC*, 1989, pp. 867-978) se propone analizar los usos efectivos del término 'validez' ('validità') en el lenguaje común de los juristas italianos contemporáneos y muestra un uso inconstante del término.

Distingue, para empezar, entre 'validez' en sentido fuerte, o pleno, entendida como pertenencia al sistema, y 'validez' en sentido débil, existencia de la norma efectivamente creada, puesta, formulada, promulgada, por una autoridad *prima facie* competente: validez como mera aplicabilidad. Pues bien, la validez débil acaba siendo identificada con la validez formal, y la validez fuerte con la material (pp. 868 y 876). Pero mayor importancia tiene su observación de que la validez formal es propiedad de los actos normativos, mientras que la validez material es propiedad de las normas. Los criterios de validez de los actos normativos son la conformidad a las (meta)normas de competencia y procedimiento (p. 872), mientras que la validez de las normas depende de dos condiciones necesarias: *a*) que constituya el significado (uno de los significados posibles) de una disposición producida por un acto normativo a su vez válido, y *b*) que no sea incompatible con una norma superior en la jerarquía de fuentes. La validez material de las normas presupone la interpretación de las mismas.

El análisis de GUASTINI es más rico de lo que aquí puede indicarse, tanto en el artículo citado como en *Le fonti del diritto e l'interpretazione* (Giuffrè, Milán, 1993, pp. 49-58). Interesa señalar todavía lo siguiente:

a) De validez de las disposiciones (enunciados normativos prescindiendo de su significado) puede hablarse sólo por metonimia, puesto que se resuelve, bien en validez de los actos normativos (validez formal), bien en validez material de normas: basta, para esto, con que de la disposición pueda derivarse mediante interpretación al menos una norma válida.

b) Las normas implícitas (que no son el resultado de un proceso de interpretación en sentido propio) son válidas si reúnen estas dos condiciones: *a)* que puedan derivarse mediante una argumentación adecuada de una norma explícita o de un conjunto de normas explícitas a su vez válidas; *b)* que no sean incompatibles con alguna norma superior en la jerarquía de las fuentes.

Estas distinciones y definiciones tienen como referencia, en la obra de Guastini, las normas jurídicas generales y abstractas, pero pueden prestar buenos servicios en el análisis de la validez de actos jurídicos de Derecho privado. Por ejemplo, la explicación sobre validez de disposiciones puede ser útil aplicada a cláusulas contractuales; la validez de normas implícitas puede arrojar alguna luz en temas de integración de la regla contractual. Estoy pensando, especialmente, en contratos en masa y condiciones generales de la contratación.

E) «Disposiciones de validez» (apartado 22)

Como se ha señalado, en el CC (y, sin duda, en otros cuerpos legales) hay muchas disposiciones que parecen establecer la validez de determinados actos jurídicos. Algunas pueden entenderse en el sentido de que establecen la validez de una clase de actos (caso genérico), pero ninguna permite determinar la validez de un acto (caso individual) mediante subsunción. Siguen ejemplos con algunas observaciones:

Artículo 11.1 (dos veces «serán válidos»): por lo que se refiere a los requisitos de forma.

Artículo 156.1: «Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social...»: por lo que se refiere a la legitimación disjunta en el ejercicio de la patria potestad.

Artículo 172.1 párrafo último: «No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores...»: a pesar de la suspensión de la patria potestad (si fueran válidos en caso de que la patria potestad no estuviera suspendida).

Artículo 715: «Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo...»: quiere decir que lo que se dice en la primera parte del mismo artículo no embarga la validez que el acto pueda tener como testamento ológrafo.

Artículo 742: «El testamento será, sin embargo, válido...»: lo anterior no embarga la validez que pueda tener...

Artículo 753.2: «Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas...»: lo anterior no embarga la validez que puedan tener las disposiciones...

Artículo 764: «El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero...». No contener institución de heredero no perjudica la validez que pueda tener el testamento.

Artículo 781: «Las sustituciones fideicomisarias... serán válidas».

Artículo 787: «La disposición... será válida».

Artículo 805: «Será válida la designación de día o de tiempo...».

Artículo 826: «La promesa de mejorar o no mejorar... será válida...».

Artículo 861: «El legado de cosa ajena es válido».

Artículo 862 (legado de cosa ajena): «Pero será válido si...».

Artículo 863: «Será válido el legado...».

Artículo 875: «El legado de cosa mueble genérica será válido, aunque no haya cosas de su género en la herencia».

Artículo 974: «Serán válidas las enajenaciones de los bienes inmuebles reservables...».

Artículo 976: «Las enajenaciones de los bienes muebles... serán válidas».

Artículo 1163: «El pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad. También será válido el pago hecho a un tercero...».

Artículo 1384: «Serán válidos los actos de administración de bienes...».

Artículo 1704: «Es válido el pacto de que, en el caso de morir uno de los socios...».

Artículo 1738: «Lo hecho por el mandatario, ignorando... es válido y surtirá todos sus efectos...».

Casi todas estas disposiciones pueden entenderse como excepciones a una determinada norma de invalidez, sin que nada se diga respecto de otras posibles normas de invalidez.

F) Bibliografía sobre validez

Las obras que se ocupan del concepto de validez de las normas jurídicas son muy numerosas. Por el contrario, no conozco ninguna específicamente dedicada al concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado.

Me parece significativo que en algunas Enciclopedias Jurídicas ha tenido entrada (recientemente, por lo demás) la voz 'validez' (cuando voces como 'nulidad' y 'anulabilidad' han estado siempre en ellas), pero sólo en el sentido de validez de las normas, entendidas predominantemente como normas generales (leyes).

Así, en la *Enciclopedia del Diritto* (ed. Giuffrè), t. XLVI, 1993, en la voz 'Validità' se encuentra: *a*) una exposición de teoría general cuyo objeto es «el tratamiento, en general, de la teoría de la validez de las normas» (unas 40 pp.); *b*) una exposición de Derecho constitucional (otras 40 pp.); *c*) una remisión a la voz 'Valore' (filosofía del diritto); *d*) una remisión a las voces 'annulabilità e annullamento (dir. priv.)' y 'nullità (dir. priv.)'. Es decir, en Derecho privado se remite a categorías de la invalidez y no se atiende para nada al concepto de validez.

La primera Enciclopedia Jurídica que conozco en que se introdujo la voz validez ('validità') fue *Il Novissimo Digesto italiano*, t. XX, UTET, 1975, con un denso artículo provisto de notables referencias bibliográficas firmado por Amedeo Conte.

En España, la *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. IV, Civitas, Madrid, 1995, contiene una voz, 'Validez de las normas (Derecho Constitucional)', firmada por Luis María Díez-Picazo (no una voz de Teoría General), y las voces correspondientes de Derecho civil se mantienen en el campo de la invalidez (nulidad, anulabilidad, convalidación, conversión).

Señalo a continuación dos monografías españolas recientes sobre validez que no se citan en el texto. En ellas, así como en las voces de enciclopedia indicadas, pueden verse otros muchos sentidos que en Derecho puede tener el término 'validez': otros muchos conceptos de validez:

FARIÑAS DULCE, M.^a J.: *El problema de la validez jurídica*, Civitas, Madrid, 1991.

FALCÓN Y TELLA, María José: *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, Universidad Complutense, Madrid, 1994.

G) Referencias bibliográficas

- ALCHOURRÓN y BULYGIN (1971): Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Normative Systems*, Springer Verlag, Viena-Nueva York (cit. por *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 2.^a ed., Astrea, Buenos Aires, 1987).
- ALCHOURRÓN y BULYGIN (1979): *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Universidad de Carabobo, Valencia (Venezuela).
- ATIENZA y RUIZ MANERO (1996): Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- ATIENZA y RUIZ MANERO (2000): *Ilícitos atípicos*, Ed. Trotta, Madrid, 2000.
- ATIENZA y RUIZ MANERO (2001): «La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 24, 2001, pp. 115-130.
- BULYGIN (1991): Eugenio BULYGIN, «Sobre las normas de competencia», en *Análisis lógico y Derecho* (pról. de Georg H. von Wright), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 485-498.
- CASTRO (1967): Federico de CASTRO, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.
- DELGADO (2003): Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Las normas derogadas. Vigencia, validez, aplicabilidad», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, pp. 197-252.
- FERRER BELTRÁN (2000): Jordi FERRER BELTRÁN, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica* (pról. de R. Guastini), ed. Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- GALGANO (2000): Francesco GALGANO (coord.), *Atlas de Derecho Privado Comparado* (trad. Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdura Server), Fundación Cultural del Notariado, Madrid.
- GUIBURG (1997): R. A. GUIBURG, «Formalization of competence», en GARZÓN, E., KRAWIETZ, W., von WRIGHT, G. H., y ZIMMERLING, R. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Dunken & Hunblot, Berlín, 1997.
- GUASTINI (1989): Riccardo GUASTINI, «Concetti e criteri di validità», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1989, pp. 867-978.
- GUASTINI (1993): *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1993.
- HART (1961): H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 2.^a ed. 1974 (trad. cast. de la 1.^a ed. [1961] por G. R. Carrió, *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963).
- HERNÁNDEZ MARÍN (1998): Rafael HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 1998.
- HERNÁNDEZ MARÍN (2000): «Autoridad-Competencia», en *El derecho y la justicia* (ed. de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta), Trotta y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2.^a ed., 2000, pp. 117-131.
- KELSEN (1945): Hans KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, 1945 (trad. por García Maynez, *Teoría general del Derecho y del Estado*, México D. F., 1988).
- KELSEN (1952): «Was is ein Rechtsakt», *Österreichisches Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4 (1952), pp. 263-274 (trad. por Ulises Schmill, «¿Qué es un acto jurídico?», *Isonomía*, núm. 4, abril 1996).
- KELSEN (1960): *Reine Rechtslehre*, 2.^a y definitiva edición, revisada y ampliada, Viena, 1960 (trad. del original en alemán por R. J. Vernengo, *Teoría pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979).

- KELSEN (1979): *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1979 (trad. del original en alemán, *Teoría General de las Normas*, ed. Trillas, México, 1994)
- MACCORMICK (1986): Neil MACCORMICK, «Law as institutional fact», en Neil MACCORMICK y Ota WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Publishing Co., Dordrecht, Holland, 1986.
- NINO (1985): Carlos Santiago NINO, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985.
- ROSS (1958): Alf ROSS, *On Law and Justice*, Stevens and Sons Ltd., Londres, 1958, trad. por Genero R. Carrió, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1994.
- ROSS (1961-a): «Validity and the conflict between legal positivism and natural law», *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961, IV, ahora en *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pp. 9-32.
- ROSS (1961-b): «On the concept 'State' and 'State organ' in Constitutional Law», ahora en *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pp. 83-106.
- ROSS (1967-a): «On self-reference and a difficult puzzle of Constitutional Law», ahora en *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pp. 47-81.
- ROSS (1967-b): «Rise and fall of the doctrine of Performatives», ahora en *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pp. 107-133.
- ROSS (1968): *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, Londres (cit. por la trad. cast. de José S. P. Hierro, *Lógica de las Normas*, estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2000; 1.ª ed. en castellano, Tecnos, Madrid, 1971).
- VON WRIGHT (1963): George Henrik von WRIGHT, *Norm and Action, A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, Londres (citado por *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. por P. García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1979).