

## **M.<sup>a</sup> Luisa Álvarez-Castellanos Villanueva**

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Socia de la FICP.

### **~Validez, vigencia o eficacia de la norma penal~**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

La Ilustración se centró en plasmar los ideales de libertad e igualdad en las normas jurídicas. Hasta las primeras décadas del siglo XX, la ciencia del Derecho se dedicaba pura y exclusivamente al análisis descriptivo de las normas, en donde la validez equivalía a vigencia o mera existencia de las normas del ordenamiento y el juez no debía apartarse, según reclamaba MONTESQUIEU, de su papel de ser “*la boca de la ley*”. Este concepto quedó desplazado a partir de la irrupción del Estado Constitucional de Derecho, que se consolidó en Europa a mediados del siglo XX, por medio del cual se consagraron los derechos fundamentales en la norma superior del sistema normativo y se reorientó su finalidad a fijar los límites y condicionamientos al poder estatal.

Con el tiempo se advirtió que esto no era suficiente, que era necesario que juristas y ciudadanos trasladaran sus esfuerzos de interpretación y de control a las prácticas de los gobernantes, al plano de la realidad social a la que dichas normas se dirigían.

A partir de la segunda guerra mundial, surgen nuevos mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes, a través de los tribunales constitucionales, para garantizar la efectividad plenamente normativa o vinculante de las leyes frente a la rigidez de la Constitución<sup>1</sup>, con la exigencia de sometimiento de todos los poderes, incluido el legislativo, a Derecho, así como al ámbito de la garantía de los derechos constitucionales.

La garantía de los derechos y el sometimiento de todos los poderes públicos a Derecho dejó atrás el absolutismo legislativo de la ley, que determinó su incapacidad para asegurar la indisponibilidad de los valores esenciales del ordenamiento<sup>2</sup>.

Las garantías penales y procesales penales no se pueden estudiar de forma aislada. El garantismo nació en el Derecho como respuesta frente a la gran divergencia existente

---

<sup>1</sup> PRIETO, L. Constitucionalismo y positivismo. Ed. Fontanamara. México DF, 1997, pp.15-17.

<sup>2</sup> PEÑA, A. La garantía en el Estado constitucional de derecho. Ed. Trotta .Madrid 1997, pp. 53,54 y 57.

entre lo que establecen las constituciones y demás normas superiores de los ordenamientos jurídicos, que consagran derechos y garantías ideales para los ciudadanos, y lo que acontece en la realidad, en donde tales derechos y garantías muchas veces no se cumplen<sup>3</sup>, en el marco de una teoría del derecho que el autor define como “garantista o positivista crítica”, prefiriendo estos términos al de “constitucionalistas”.

El garantismo penal opera sobre todo descubriendo, denunciando las contradicciones y quitando legitimidad a las prácticas operativas arbitrarias del Derecho penal efectivo y al mismo tiempo reclama que se haga cada vez más efectivo el derecho penal válido.

No basta con que las normas sean dictadas conforme a los requisitos formales, que estén vigentes en determinado espacio y tiempo, ni que se apliquen a situaciones concretas, es necesario que las normas obtengan el consenso de los gobernados. WEBER (1922) respecto al Código napoleónico señaló, que el derecho sólo puede ser legítimo cuando no contradice los postulados básicos. Por su parte GUASTINI, otorga otro valor al término vigencia a partir de posiciones positivistas, parte de analizar la legitimidad del Estado y del poder político si este está disciplinado por normas, por lo que la legitimidad en este caso significa que el Poder existe conforme a reglas aplicando al fenómeno jurídico, vincula el vocablo legitimidad a la validez o existencia normativa<sup>4</sup>.

Analizaré los términos de validez, vigencia o eficacia de la norma, los principios que deben sujetarse para determinar la vigencia, así como la real correlación entre hechos social y norma reguladora, teniendo en cuenta su realización no sólo voluntaria, sino como la intervención del Estado, e incluso la aceptación social o influencia que la disposición o la norma ejerce sobre la sociedad, su valor social en correspondencia con el ideal de Justicia que a través de ella se haya querido o podido expresar, desde los parámetros del garantismo.

---

<sup>3</sup> FERRAJOLI. L. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Ed. Trotta. Madrid 1994, pp. 357 ss. y 868 ss. SERRANO, JL. Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica. Ed. Trotta. Madrid 1999, p. 14

<sup>4</sup> GUASTINI, R.I. fundamenti teorici e filosofici del garantismo. Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli. Ed. Giappichelli. Turín 1993, pp. 130-131.

El garantismo se gestó en el ámbito del Derecho Penal mínimo; pero su importancia y significado y consecuencias esta vinculado a otras ramas del Derecho, como son la Teoría del Derecho y del Estado, el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho, así como a las Ciencias Políticas y Sociológicas Jurídicas..

El garantismo penal es una corriente de pensamiento que básicamente a través de la crítica simultanea de las normas penales ineficaces y de las prácticas penales invalidas tiende a reducir la brecha entre el plano normativo y lo que acontece en la realidad entre el “ deber ser” y el “ ser”, en el ámbito de la penalidad.

La parte más significativa del garantismo es la que incumbe al Derecho Penal, por tratar las cuestiones del Derecho más sensibles a los derechos y garantías constitucionales que protegen a los ciudadanos de las pulsiones del Estado sobre sus libertades.

## **II. DISTINCIÓN ENTRE VALIDEZ, VIGENCIA O EFICACIA DE LA NORMA JURÍDICA**

Se designa válida una norma cuando cumple con los requisitos formales y materiales necesarios para su producción. La validez de la norma no depende sólo del acto de su promulgación y publicidad, a partir del cual se declara la existencia de la norma, aunque es uno de sus efectos, en tanto la norma debe existir jurídicamente para poder ser exigible.

Requisitos previo de la validez normativa es la publicidad en el sentido de dar a conocer el nacimiento de la disposición, el inicio de su vida jurídico formal, y la posibilidad de su existencia y obligatoriedad para los destinatario, toda norma se dicta para que tenga vida indeterminada, por tanto la vigencia es a partir de la fecha de su publicación si ella no establece lo contrario.

La validez de una norma de Derecho y de la disposición que la contiene y expresa es un elemento importante para la eficacia de la misma, para el logro de su realización en la sociedad tal y como se previó, permitiendo con ello la realización de la finalidad que se persigue, conservar, modificar, legitimar cambios sociales.

Una norma es válida cuando existe un acuerdo con el Derecho, validez significa “*existencia jurídica*”, de este modo el fundamento de validez lo que permite certificar la existencia y obligatoriedad de las normas.

Según Hans KELSEN<sup>5</sup>, la validez de normas jurídicas designa la existencia de ellas y su pretensión de obligatoriedad, en doble sentido para los sujetos normativos que deben obedecer aquellas normas y para los órganos jurisdiccionales que deben aplicarlas en sus consecuencias coactivas cuando no hayan sido obedecidas. Posteriormente KELSEN reflexionó acerca de la importancia de los valores (igualdad, libertad, dignidad...) y de su relativismo en el Derecho, en su obra *¿Qué es la justicia?*

Conforme al sistema garantista que plasmó FERRAJOLI<sup>6</sup> en su obra *Derecho y Razón* (1989), para afirmar la existencia de un Estado de Derecho que responda a una concepción de Derecho penal mínimo y por tanto que pueda considerárselo garantista, sus normas jurídicas deben consagrar, y sus prácticas operativas deben tender a que no haya pena sin delito, no haya delito sin ley previa, no haya ley sin necesidad, no haya necesidad sin ofensa, no haya ofensa sin acción, no haya acción sin culpabilidad, no haya culpabilidad sin juicio, no haya juicio sin acusación, no haya acusación sin prueba, no haya prueba sin defensa.

La ruptura de la identidad entre validez y existencia de una norma hace posible dar cuenta de la existencia o vigencia en un determinado ordenamiento jurídico de normas jurídicas que no son válidas.

El Derecho penal vigente, no coincide con el derecho penal válido, está vigente aunque sea inválida una norma penal efectiva que cumple con el ámbito de validez aunque sea inválida continua vigente pese a su invalidez.

Esta vigente aunque se inefectiva, el derecho penal vigente puede no coincidir con el derecho penal efectivo.

Las teorías garantistas del Derecho penal parten entonces de la distinción de la vigencia de las normas penales tanto de su validez como de su efectividad.

Que una ley penal existe o esté vigente significa sólo que está contenida en un texto legislativo no anulado, lo que no quita que la misma pueda no ser aplicada cuando el juez la considere inválida. Los jueces tienen el poder de interpretar las leyes y suspender su aplicación si las consideran inválidas por contradecir el contenido de la

---

<sup>5</sup> KELSEN, H. Teoría pura del Derecho. UNAM, México DF 1960, pp. 291 y 315.

<sup>6</sup> FERRAJOLI, L. Derecho y Razón, Ed. Trotta, Madrid, 1994. pp. 357 ss., y 857 ss.

Constitución, que la ley penal se ha aplicado sólo quiere decir que es efectiva, pero no necesariamente que sea válida.

La invalidez de una ley penal debe ser reconocida y declarada por el juez, ya que todas las normas gozan de presunción de validez, por razón de certeza y de funcionalidad, siendo esta una presunción relativa.

Sólo una ley penal válida comporta para el Juez, la obligación de aplicarla. El poder de disposición del Juez está en que puede declarar inválida una ley.

FERRAJOLI<sup>7</sup> afirma que la tarea del jurista es estudiar las normas para dejar al descubierto la incoherencia y la falta de plenitud, poniendo en evidencia aquellas normas inferiores y prácticas operativas que considera inválidas y aquellas normas superiores que considere infectivas. La contradicción de una norma con otra de jerarquía superior que predetermine no las condiciones formales de su producción sino su contenido con los principios constitucionales, mientras no sean anuladas, seguirán perteneciendo al ordenamiento jurídico y podrán ser aplicadas por sus operadores.

El garantismo penal opera sobre todo descubriendo, denunciando estas contradicciones quitándole legitimidad a las prácticas operativas arbitrarias del derecho penal efectivo, al mismo tiempo declara para que se haga cada vez más efectivo el derecho penal válido.

### **III. PROBLEMAS INTERPRETATIVOS ENTRE VIGENCIA Y VALIDEZ.**

La interpretación judicial de la Ley es también un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez.

El Derecho que es y el Derecho que debe ser, la divergencia ente vigencia o existencia y validez.

El valorar la validez o la invalidez de las normas vigentes y la correlativa efectividad o inefectividad de las normas jurídicas de rango superior que establecen los parámetros de validez tanto formales como sustanciales.

La ciencia jurídica no debe limitarse al análisis de la validez, ni a la sola observación de lo que sucede de hecho, sino considerar ambos puntos de vista, validez y

---

<sup>7</sup> FERRAJOLI, L. El derecho como sistema de garantías, en Id., Derechos y garantías. Ed. Trotta, Madrid 1999.p. 361.

efectividad, como perspectivas complementarias y parciales desde las cuales aproximarse a los fenómenos jurídicos normativos.

La validez de una norma cualquiera no se debe supeditar a su correcta interpretación, ni siquiera a que sea aplicada para resolver el supuesto de hecho por ella contemplado<sup>8</sup>.

Validez y eficacia pierden buena parte de sus elementos específicos y tienden a confundirse con el conocimiento del Derecho.

La validez no puede hacerse descansar sobre una condición del pensar jurídico como es la norma hipotética fundamental, sino sobre su propia eficacia, la idea se encuentra en KELSEN<sup>9</sup>, un sistema jurídico existe si reúne un cierto grado de eficacia.

Una aproximación exclusivamente normativa, que se limita al análisis del significado de las normas permite solamente describir el “deber ser” (vigencia), normativo de los fenómenos jurídicos regulados pero no su ser efectivo. A la inversa una aproximación exclusivamente realista, permite sólo describir los fenómenos jurídicos tal como son efectivamente y no como normativamente deben ser, una definición de derecho válido ideológicamente neutral es válida aunque sea injusta cualquier norma o prescripción que sea conforme a las normas acerca de su producción<sup>10</sup>.

Lo que ocurre es que entre las normas acerca de la producción de normas el moderno estado constitucional de Derecho ha incluido múltiples principios ético-políticos o de justicia que imponen valoraciones ético-políticas de las normas producidas y actúa como parámetros o criterios de legitimidad.

La eficacia de la norma no se valorará por su aplicación, sino por la aceptación y defensa que de ella hacen los destinatarios al sentir que la norma expresa sus propios intereses.

---

<sup>8</sup> HART, H.L.A. es válida una norma cuando cumple los requisitos formales y materiales exigidos para la creación de normas jurídicas, cuando se acepta como integrante del orden jurídico. El concepto de Derecho, .2ª ed. Ed. Nacional de México. 1980 pp. 125 y ss.

<sup>9</sup> KELSEN, h. Teoría pura del Derecho. Ed. Unam, México DF, 1995 p. 291.

<sup>10</sup> FERRAJOLI, L. Derecho y razón. Ed. Trotta, Madrid 1994, pp. 871-872 y 358.

El garantismo lleva hasta sus últimas consecuencias la aplicación coherente y rigurosa del nuevo paradigma normativo liderado por un constitucionalismo rígido, se centra en hacer cumplir al Estado esas declaraciones normativas, para que los derechos de los ciudadanos se integren eficazmente en el ordenamiento jurídico<sup>11</sup>.

#### **IV. CUESTIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE VALIDEZ Y EFICACIA.**

El comportamiento de los Tribunales resulta esencial para medir la eficacia y validez de las normas.

Los jueces deben interpretar el ordenamiento de acuerdo con la Constitución, aplicar sus preceptos en la medida de lo posible aunque el legislador omita su desarrollo, e incluso plantear cuestiones de inconstitucionalidad cuando proceda.

Las sentencias del Tribunal Supremo tienen una extraordinaria importancia para mediar la eficacia de las normas.

Los jueces deben interpretar el ordenamiento de acuerdo con la Constitución, y aplicar sus preceptos en la medida de lo posible aunque el legislador omita su desarrollo.

La eficacia de los textos normativos depende del comportamiento de los poderes públicos.

Las Constituciones son verdadera fuente del Derecho de la que nacen derechos y obligaciones para los ciudadanos y para los poderes públicos.

Por un lado el carácter normativo de la Constitución, que se concibe como una norma jurídica, como fuente del Derecho, vinculante para los ciudadanos y para los poderes públicos, y por otro lado constituye el eje sobre el que debe girar toda la actividad judicial. La función de los jueces en la interpretación y aplicación de las leyes fundamentales se integra por el órgano judicial que aplica el Derecho representa una condición ineludible para su efectividad.

Los Tribunales interpretan la Constitución para decidir si alguno de sus preceptos resulta o no aplicable al caso debatido, enjuician la constitucionalidad de las leyes, ya sea para concluir que no existe antinomia, ya sea, en el caso contrario para plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

---

<sup>11</sup> IBÁÑEZ, PA. Prólogo en Derechos y Garantías- La ley del más débil. Ed. Trotta, Madrid 1999.

Se ha llegado incluso a escribir que una norma puede ser más o menos válida de acuerdo con el grado de probabilidad con el que puede producirse que sea aplicada<sup>12</sup>. De ahí se deduce la importancia que tiene la función judicial para la eficacia del Derecho.

El grado de eficacia de la norma dependerá de la precisión del mandato contenido en ella, el juez la aplicará cuando regule el objeto de litigio de forma más o menos precisa.

La ley contraria a la Constitución es una ley inválida, tanto si es anterior como si es posterior, pero esa invalidez debe probarse y en principio sólo puede hacerlo el Tribunal Constitucional, sin perjuicio de que el juez ordinario tenga también una competencia. El juicio de inconstitucionalidad se atribuye al Tribunal Constitucional y consiste en comprobar la validez de una norma, tomando como parámetro los preceptos constitucionales, al Tribunal Constitucional se llevan las normas de cuya validez se duda.

Una ley contraria a la Constitución no perderá validez ante el juez ordinario cuando el precepto vulnerado no se beneficia de los efectos derogatorios y, en cambio, podrá ser declarada inválida por el Tribunal Constitucional.

La validez de una norma deberá mantenerse por el juez ordinario pero también por el Tribunal Constitucional.

La validez de una norma expresa su pertenencia a un sistema normativo. Existe como norma por haber sido promulgada por los cauces adecuados y no haber sido derogada.

La eficacia de la norma alude al grado de aceptación y cumplimiento de la misma en la sociedad. La eficacia condiciona la validez de la norma. Si la eficacia es nula, no puede existir como sistema jurídico.

La justicia de una norma se refiere a la adecuación de la misma a un sistema de valores. La norma por ser justa es también legítima.

En conclusión la vigencia o existencia y la validez de las normas jurídicas, se entronca con el deber del juez de aplicar la Ley y la asunción por la ciencia jurídica de realizar una tarea crítica interna del derecho positivo.

---

<sup>12</sup> HART. H.L.A, El concepto de Derecho. Ed Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1995, p. 170.

La coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico caracterizado por la antinomias entre normas vigentes inválidas y lagunas normativas que de acuerdo a las prescripciones constitucionales deberían encontrarse vigentes y que sin embargo no lo están y se consideran sin embargo como ideales-limites del derecho válido.<sup>13</sup>

## V. CONCLUSIÓN

En conclusión, las Constituciones en los Estados de Derecho no se que limitan a dictar normas formales, sino que establecen los derechos inviolables de los ciudadanos, cuya garantía es condición de su validez.

Los derechos fundamentales están recogidos en las constituciones y constituyen límites insalvables de las decisiones de los gobiernos.

El Estado tiene que actuar por un lado como garante de estos derechos, haciendo efectivo lo que la constitución, tratados internacionales y demás leyes inferiores consagran en materia de derechos fundamentales y garantías que forman parte del ordenamiento, y que muchas veces no se cumplen, basado en los valores de justicia, libertad e igualdad y al mismo tiempo establecer los límites para dichas libertades (binomio derechos fundamentales perder estatal).

La consolidación de la democracia es la razón de ser del garantismo, en tanto mantiene separados el “ser” y el “deber ser” en el Derecho, el deber del juez de aplicara la ley y la obligación de la ciencia jurídica ( en su producción jurídica ) de asumir la tarea de crítica interna del derecho positivo.

La garantía de los derechos y el sometimiento de todos los poderes públicos a derecho, dando efectividad a los valores del moderno estado de derecho, esta es la razón de ser del garantismo, fortalecer y consolidar la democracia, a través de las críticas de las normas penales ineficaces y de la practicas penales invalidas.

## BIBLIOGRAFÍA

FERRAJOLI, L. Derecho y razón- El derecho como sistema de garantías en Teoría del garantismo penal Ed. Trotta, Madrid, 1995.

— El derecho como sistema de garantías en Teoría del garantismo penal- La ley del más débil. Ed. Trotta, Madrid 1999.

GUASTINI, R. I fondamenti teorici e filosofici del garantismo, Ed. Giappichelli, Turin 1993.

---

<sup>13</sup> FERRAJOLI, L. Derecho y razón. Ed.Trotta, Madrid 1995, p. 878.

HART, H.L.A. El concepto de Derecho. 2ª Ed. Nacional de México.1980

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Prólogo en Derechos y Garantías- La Ley del más débil. Ed. Trotta, Madrid 1999.

KELSEN, HA. Teoría pura del Derecho. Ed. Unam, México DF, 1995.

PEÑA, A. La garantía en el Estado constitucional de derecho. Ed. Trotta, Madrid 1997.

PRIETO, L. Constitucionalismo y positivismo. Ed. Fontanamara, México DF 1997.

SERRANO, JL. Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica. Ed. Trotta, Madrid 1999.

\* \* \* \* \*

