

SOBRE LA DEROGACION DE LAS LEYES (*)

JAVIER JIMENEZ CAMPO

1. Luis María Díez-Picazo (autor ya, como se sabe, de muy notables aportaciones al estudio de las fuentes de nuestro Derecho) ofrece en este libro lo que bien cabría llamar un ensayo «sobre la legislación», ya que no otro viene a ser, me parece, el objeto de una reflexión que, como la suya aquí, pregunta por el fundamento y la proyección del acto de derogación. Reflexionar sobre la derogación —esto quiere decir— es nada menos que pensar en el modo *consciente* de crear y cambiar el Derecho, pues siendo cierto que, como en la vieja observación de Marx sobre la historia, los hombres pueden crear leyes sin saber (o sin decir) que lo hacen, también lo es que el acto formal de derogación rompe, resueltamente, con toda posible ilusión iusnaturalista o historicista en la formación del Derecho. Ese acto lleva, en lo que tiene de negación, la afirmación misma de la voluntad innovadora del legislador.

Si recuerdo ahora esto último es sólo para destacar la dificultad principal que un estudio de este género ha de superar si pretende ser —como éste es, de manera ejemplar— un estudio jurídico. La dificultad de someter a revisión crítica los dogmas del voluntarismo jurídico —hondamente arraigados en aquellas evidencias— y la más aguda aún de sustituirlos por una construcción del acto derogatorio que encuentre en la Constitución, no en la nuda voluntad del legislador, la justificación de los efectos que se ligan a tal acto. Que así ha de ser resulta claro en un ordenamiento, como el nuestro, en el que la «fuerza de la ley» queda, inevitablemente, definida a partir de la norma fundamental y en el que, por lo tanto, la decisión de derogar explica, pero ya no

(*) LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO, *La derogación de las leyes*, Ed. Civitas, Madrid, 1990. Prólogo de Francisco Rubio Llorente.

fundamenta por sí sola, sus diversos efectos. Tan sólo de este modo, por lo demás, es posible un tratamiento dogmático de la derogación que muestre aquí, donde quizá más arduo sea, la necesaria sujeción de la voluntad que legisla a la *ratio scripta* de la Constitución. Un empeño, claro es, apto sólo para quien mantenga, pese a todo, la «convicción profunda de que es posible racionalizar las relaciones de poder mediante el Derecho» (del Prólogo de Francisco Rubio Llorente).

2. Un tratamiento dogmático, acabo de decir. «Procedemos dogmáticamente con un concepto —escribió Kant— cuando lo consideramos como contenido bajo otro concepto del objeto que constituye un principio de la razón y lo determinamos conforme a éste» (1). En este ensayo contra el voluntarismo jurídico, tal supraconcepto no es otro que el de *vigencia* de la ley, noción que, diferenciada de las de «validez» y «eficacia», sirve para identificar el alcance y los límites del acto de derogación. Vigencia es tanto como «pertinencia actual y activa de una norma al ordenamiento, de manera que es potencialmente capaz de regular todas las situaciones subsumibles en su supuesto de hecho» (p. 162). La derogación —la derogación expresa— es el acto normativo que tiene como efecto primordial y típico la supresión de esa cualidad de las reglas jurídicas.

Sencillas casi hasta lo banal, estas proposiciones abren, sin embargo, un incierto horizonte en donde casi todo (los fundamentos del instituto derogatorio, los caracteres del acto de derogación, sus efectos) debe ser, una vez más, pensado. Los tres primeros capítulos de libro abordan, sucesivamente, el examen de estas cuestiones que acabo de citar, y allí hallará el lector una aplicación modélica de la tarea del constitucionalista que se atreve a encarar, desde la norma fundamental, el sentido y alcance del instituto. La tarea de ajustar su historia a la Constitución, labor que se anuncia aquí —como no podía ser de otro modo— con algunas preguntas radicales: ¿por qué la potestad de derogar?, ¿cuál es la cualidad que la Constitución y, bajo ella, el ordenamiento en su conjunto reconocen a la *lex posterior*? Cuestiones, éstas y otras muy próximas, ante las que, con harta frecuencia, estudiosos y aplicadores del Derecho acuden —acudimos— al saber congelado en los viejos brocados, olvidando, entonces, que los dilemas teóricos no pueden ser zanjados a base de proverbios. Con reiteración, el autor se pone en guardia

(1) *Crítica del juicio*, § 75 («Dialéctica del juicio teleológico»). En el pasaje transcrito, Kant advirtió que ese proceder dogmático con el concepto lo era sin perjuicio de que el concepto mismo «deba ser determinado empíricamente» (cito por la traducción de Manuel García Morente, 5.^a ed., con *post scriptum* de A. Mestre y L. Martínez de Velasco, Madrid, 1990, en la que el texto aparece en la página 372).

ante ese fácil recurso, y así su libro es, también por esto, una inteligente exposición crítica de los *topoi* tradicionales acerca de la derogación y el Derecho intertemporal.

La cuestión central del libro —la de la inserción de la norma jurídica en el tiempo— queda así planteada a partir de aquellas preguntas primordiales, y todo el capítulo III («El efecto derogatorio») se ocupa ya, por consiguiente, de determinar cuál sea el régimen jurídico, en nuestro ordenamiento, de la *potestas abrogandi*. Se trata, pues, de saber qué queda de la ley tras su derogación o de definir —en otras palabras— hasta dónde alcanza, y en qué casos, la posible aplicación retroactiva de la norma sobrevenida, todo lo cual requiere, a su vez, adentrarse en el concepto mismo de *retroactividad*. Los términos de este casi enigma quedan expuestos con rigor, y su contenido, por tanto, desvelado hasta donde la teoría puede hacerlo, aunque ello se logre al precio de concluir con el reconocimiento de que no existe un concepto unívoco de «retroactividad» en nuestro Derecho (p. 215): la noción no vendría empleada con igual sentido en la regla que impide al intérprete presumir *ex silentio* la retroactividad (art. 2.3 del Código Civil) y en la de mayor valor que excluye, en ciertos casos, la producción de tal efecto por el legislador (art. 9.3 de la Constitución). Es una conclusión que me parece correcta (o inevitable, como excepción que es a la regla interpretativa contraria a la polisemia) y que resulta, en todo caso, expresiva del desapego del autor a toda construcción conceptual no consecuenta con los datos, sólo a veces armónicos, del Derecho positivo. Dicho quede como mérito de quien practica —yo también procuro hacerlo— una buena (aunque no «estricta»: p. 50) observancia normativista.

La «disociación entre vigencia y eficacia» (pp. 217 y ss., en el mismo capítulo III) permite, por lo demás, ajustar cuentas con el extendido «mito de la muerte de la ley» (p. 236), esto es, fundamentar, con argumentos constitucionales, la ultraactividad que tiene, en principio, la regla derogada. «Las leyes no mueren» (p. 170), en efecto, en tanto el ordenamiento *reconozca* la realidad jurídica que un día conformaron y la aplicabilidad ulterior, por consiguiente, de la disposición ya sin vigor, aunque es verdad que el grado máximo de retroactividad en la derogación puede llegar a deparar la abolición, sin más, de aquella realidad, privada así, incluso, de su «haber sido» para el Derecho. Este desconcertante poder del legislador retroactivo (capaz, en el caso extremo, de «suprimir» el pasado) suscita hoy, claro está, importantes problemas de constitucionalidad, en la medida misma en que se trata de un poder difícilmente conciliable, por razones obvias, con la propia idea de ordenamiento jurídico. Tampoco falta en nuestra historia constitucional, por cierto, algún notable ejemplo de esto que digo; al leer las páginas que ahora

comento me ha venido a la memoria la fórmula (perfecta como paradigma, en su bárbara simplicidad) con la que quiso «el Deseado» consagrar la erradicación plena de la obra de la Constituyente de Cádiz, «como si no hubiesen pasado jamás tales actos y se quitasen de en medio del tiempo» (2).

3. La derogación en sentido propio es la derogación expresa, aunque no sólo de ella trata el libro. Su último capítulo se dedica a «la llamada derogación tácita» y, de modo especial, a la que nace de la incompatibilidad entre reglas sucesivas.

No es ésta, sin embargo, una «auténtica derogación» (p. 331) porque —dicho ahora en muy pocas palabras— no provoca la pérdida de vigencia de la *lex praevia*, sino su mera inaplicación *ad casum* por el órgano judicial, apreciada que sea aquella antinomia. Así, la derogación por incompatibilidad no se sitúa, como la expresa, en el plano de la creación normativa, sino en el de la aplicación del Derecho, y por ello sus efectos no son irreversibles ni tan siquiera —añado— generales por necesidad, pues es evidente que la incompatibilidad apreciada por un órgano judicial puede no ser advertida —o si advertida, superada— por otro juzgador. La construcción que resumo me parece por entero inobjetable y además —ya en un plano diverso— oportuna, inmersos como estamos en un clima (no lo sé llamar de otro modo) de replanteamiento, no siempre riguroso, de la posición del juez ante la ley. Es pertinente, por ello, subrayar que «la decisión sobre qué reglas pertenecen activamente al ordenamiento corresponde exclusivamente al legislador» (p. 323) (3).

Me permito llamar la atención del lector sobre las páginas que en este capítulo IV se dedican a un «Excurso sobre la cuestión de la invalidez sobrevenida», páginas cuya lectura debe complementarse con la de los comentarios y puntualizaciones que hace sobre ellas, en el Prólogo, el profesor Rubio Llorente. Lo que se aborda allí es el estudio de la antinomia entre reglas sucesivas de desigual rango y, de modo específico, la cuestión de si la categoría, profesoral y jurisprudencial, de «invalidez sobrevenida» es distinguible, y cómo, del concepto de derogación tácita, no descartable, esta última, cuando la regla sobrevenida sea de rango superior. De este problema forma parte principalísima, como bien se sabe, el de la «inconstitucionalidad sobre-

(2) Tomo la cita de la *Evolución histórica del constitucionalismo español*, de BARTOLOMÉ CLAVERO, Madrid, 1984, p. 43.

(3) Cuando no se fundamenta en la regla *tempus regit actum*, la aplicación de la norma de ley expresamente derogada resulta, pues, ilegal, aunque el Tribunal Constitucional no ha llegado a calificar ese proceder, además, de inconstitucional, por contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencia 90/1990). Sí ha merecido esa calificación, por cierto, la inaplicación judicial, sin suscitar cuestión de inconstitucionalidad, de una disposición de ley posterior a la Constitución (Sentencia 23/1988).

venida», y es, en todo caso, un problema real porque, como el autor pone en claro, de su correcta resolución depende la de dos alternativas de primera importancia: cómo medir los efectos (*ex tunc* o *ex nunc*) de la contradicción de la regla inferior por la de superior rango y cuál deba ser, caso de antinomia entre ley previa y Constitución, el órgano jurisdiccional habilitado para depurar semejante antinomia. Ya se sabe que nuestra jurisdicción constitucional ha tenido ocasión, desde su inicio, de pronunciarse, con reiteración y no sin discrepancias, sobre una y otra de estas cuestiones, pero, al margen del recordatorio de tal doctrina, lo que quiero ahora es apuntar alguna observación sobre el desarrollo que hace el autor en este punto, desarrollo que creo interpretar bien si digo que viene a concluir en una opinión favorable al razonamiento en términos de «invalidez sobrevenida», mejor que en términos de derogación tácita, para la resolución de la antinomia entre ley previa y Constitución, criterio este que se apoya en la constatación de dos peculiaridades que la invalidez sobrevenida presentaría por contraste con la derogación: sus efectos serían *ex tunc*, en primer lugar, y su apreciación, de otra parte, no dependería —como el reconocimiento de la derogación depende— de la coincidencia de «ámbito de regulación» (pp. 311-312) entre las reglas, inferior y superior, que se suceden.

La tesis queda expuesta, cómo no, con coherencia, pero creo que resulta, en algún sentido, discutible. Intentaré, con brevedad, mostrarlo.

Me parece, en primer lugar, que no es del todo correcto contrastar «invalidez (e inconstitucionalidad, por tanto) sobrevenida» y derogación tácita, como si de dos fórmulas de resolución de antinomias se tratara. Una y otra categoría operan en planos muy distintos. La derogación tácita es una técnica, por así decir, que el ordenamiento pone en manos del órgano judicial para resolver antinomias, en tanto que la «invalidez» (sobrevenida o no) es, como la validez misma, un modo de ser de la regla de Derecho, calificable así por el intérprete cuando aprecie su desajuste a las reglas sobre la producción normativa y con independencia de cuál sea, en cada caso, el remedio o reacción ante tal transgresión (nulidad o inaplicación) (4). Si esto es así, no creo que haya dificultad ni en admitir, con el autor, que la ley preconstitucional

(4) Tengo la impresión de que el autor emplea, en algunos pasajes del libro, un doble concepto de *validez* (o de *invalidez*). Así, mientras que en la página 124 escribe que «la invalidez es una consecuencia o sanción añadida a la infracción jerárquica, para cuya existencia es preciso que esté prevista en algún precepto regulador del sistema de fuentes», en la página 166 se indentifica la validez (a mi juicio más correctamente) como «adecuación (de la ley) a las normas sobre la producción y, en particular, a la Constitución».

contraria a la Constitución es *siempre* inválida ni en añadir, ya en discrepancia con él, que tal vicio sobrevenido puede ser depurado, en el terreno de las técnicas de resolución de antinomias, a través de la derogación, esto es, por decisión de los órganos jurisdiccionales que lleguen a apreciar aquel defecto (así lo puede hacer también, desde luego, el Tribunal Constitucional como juez de amparo). Precisamente porque una y otra categoría operan en planos diversos es posible —en otras palabras— que la ley preconstitucional sea, por inválida, inaplicada a través de la técnica derogatoria, aunque cabe, asimismo, su declaración de nulidad (*erga omnes*).

Es cierto, como advierte Díez-Picazo, que la derogación no en todo caso será utilizable, ya, como él señala, porque no serán siempre coextensos los ámbitos de normación del precepto constitucional y del legal, ya, en otro supuesto, porque el remedio ablativo que es la derogación resultará estéril, en rigor, cuando la invalidez sobrevenida lo sea «por omisión» (discriminación, por ejemplo, *ex silentio*). Pero sólo tal imposibilidad justifica, en mi criterio, el recurso a la cuestión de inconstitucionalidad, vía cuyo posible empleo no se fundamenta, por tanto, en la apreciación de un vicio (invalidez sobrevenida) que es también presupuesto de la constatación de la derogación. Creo, en suma, que el órgano judicial no puede *elegir*, como de si una opción libérrima se tratara, entre suscitar cuestión de inconstitucionalidad o resolver la antinomia en términos de derogación (5) y que el empleo de un cauce u otro, por lo demás, no depende, en modo alguno, del rechazo o aceptación de la construcción doctrinal de la invalidez sobrevenida (invalidez la hay siempre en estos casos), sino de la factibilidad misma de remediar la antinomia a través de la derogación. Cosa distinta (y poco —o nada— discutible) es que la invalidez sobrevenida haya de deparar, la aprecie quien la aprecie, la inaplicación inmediata de la regla legal así viciada, lo que entraña, en efecto, una cierta retroactividad (o, quizá mejor, una correlativa aplicación inmediata) de la propia Constitución. Cuando tal efecto se hace valer a través de la derogación es claro, como con razón observa el autor, que se exceptiona el criterio legal de la ultraactividad de la regla derogada (artículo 2.3 del Código Civil). En propiciar tal «excepción» reside, justamente, el sentido de esta juxtaposición de invalidez y derogación.

(5) No me parece que ése sea el mejor entendimiento de la jurisprudencia constitucional a la que antes me refería. Véase, por ejemplo, la Sentencia 105/1988, en cuyo FJ 1.º se dice que «la cuestión (de inconstitucionalidad) relativa a las leyes preconstitucionales se hace necesaria si el órgano judicial proponente estima que *no puede hacer uso* de la Disposición Derogatoria de la Constitución y del mecanismo de derogación tácita en ella contenido» (el subrayado es, naturalmente, mío).

4. Quiero dejar claro, en todo caso, que este libro resultaba necesario. El profesor Díez-Picazo ha hecho en él mucho más que mostrar la futilidad de toda explicación del fenómeno derogatorio en términos de puro despliegue de voluntad, con ser ello importante. Ha expuesto con claridad una meditación rigurosa sobre los límites que, en nuestro Estado constitucional, cercan la «fuerza» de la ley en su proyección temporal; ha despejado, al respecto, no pocas incertidumbres (al menos de quien escribe) y ha abierto, lo que quizá vale más, un espacio para el debate. Era necesario esto si se repara en algo para mí bien patente: los problemas de constitucionalidad de la ley han de ser cada vez más, en número y en relevancia, problemas no tanto de posible contradicción material entre sus preceptos y los de la Constitución cuanto de duda sobre el correcto empleo por el legislador de aquella «fuerza» de su voluntad, problemas, por tanto, de retroactividad, de legislación singular o excepcional, de modulación de las reservas legales. Que esto sea así obedece, en mi criterio, no sólo a lo que el autor llama, con razón, el «frenesí legislativo» (p. 36) de nuestro tiempo o a la tantas veces inextricable acción legislativa sobre las relaciones sociales. Responde también, lo que es más inquietante, a una cierta penuria de la cultura jurídica más generalizada, incapaz a veces, se diría, de discernir cuál sea el fundamento material de la primacía de la ley y cuál, por consiguiente, la racionalidad específica que se expresa en su generalidad, normatividad y estabilidad. Pero esta es ya —aunque sólo en parte— otra cuestión.

Las aportaciones dogmáticas sólidamente fundadas son también, por ello mismo, prácticas, y así ocurre con este libro. Ojalá sea leído, como el esfuerzo de su autor merece, no sólo por las gentes de la academia, sino por sus destinatarios primeros. Que son los jueces.