

LAS NORMAS DEROGADAS

Validez, vigencia, aplicabilidad

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA
Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO Y PROGRAMA. II. LAS NORMAS DEROGADAS COMO OBJETO POSIBLE DEL JUICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD. III. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA NORMAS DEROGADAS. IV. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE NORMAS DEROGADAS. V. Kelsen EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. VI. DEROGACIÓN DE LAS LEYES POR LOS DECRETOS-LEGISLATIVOS QUE APRUEBAN SUS TEXTOS REFUNDIDOS. VII. «TEXTOS REFUNDIDOS» EN EL DERECHO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. VIII. NORMAS DEROGADAS Y RECURSO DE CASACIÓN. IX. VIGENCIA Y DEROGACIÓN. X. VALIDEZ Y DEROGACIÓN. XI. APLICABILIDAD DE LAS NORMAS DEROGADAS. XII. LAS NORMAS DEROGADAS PERTENECEN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. XIII. ¿QUÉ NORMAS DEROGADAS SON APLICABLES? ES INÚTIL AL RESPECTO LA IDEA DE «ULTRA ACTIVIDAD». XIV. ¿QUÉ NORMAS DEROGADAS SON APLICABLES? ALGUNOS CRITERIOS.

I. PLANTEAMIENTO Y PROGRAMA

Concurro a este homenaje académico a la memoria del amigo desaparecido con algunas consideraciones sobre uno de esos temas que están más acá o más allá de la habitual distinción entre Derecho público y Derecho privado, por ser previos y fundamentales de todo el Derecho. Preguntarse por el lugar que en el Ordenamiento jurídico corresponde a las normas derogadas —si es que les corresponde algu-

no— partiendo de la evidencia de su frecuente aplicación por los jueces, pide al especialista en una rama del Derecho alzarse sobre las tapias de su *hortus conclusus*, observar otros campos que se extienden hacia horizontes dilatados y acaso transgredir los linderos de jardines ajenos.

Los civilistas, hasta hace pocos decenios, nos considerábamos —y nos consideraban— depositarios de la teoría de la norma jurídica y de las fuentes del Derecho. Al menos, de un determinado Derecho, el español. Era materia que explicábamos en la Parte General de nuestra asignatura y la escribíamos *urbi et orbe* en los primeros capítulos de nuestros tratados y manuales (1). Sobre estas materias, recogidas por el legislador en el Título Preliminar del Código civil, eran los pronunciamientos de la Sala 1ª, de lo civil, del Tribunal Supremo los de mayor interés teórico y práctico.

Que las cosas han cambiado es evidente. Hoy administrativistas, constitucionalistas y filósofos del Derecho entienden la teoría de la norma como parte integrante de sus saberes específicos. Ya no son las Sentencias de la Sala 1ª las únicas ni, desde hace tiempo, las mejores por su doctrina: la elementalidad y conservadurismo de sus sentencias sobre derecho intertemporal y aplicación retroactiva contrasta con los desarrollos más abiertos y atentos a la realidad de otras Salas del mismo Tribunal, al tiempo que el Tribunal Constitucional refleja también en sus decisiones sobre estas materias un *ethos* nuevo.

No tengo ninguna nostalgia por el viejo monopolio gremial (si alguna vez realmente existió). Me alegra que cada ciudadano ejercite «cuantas industrias posea» y así que colegas de cualquier especialidad escriban y enseñen lo que sepan. También los civilistas, *inter pares*. No me interesa la «guerra de las áreas», una de las lacras de perniciosas consecuencias más difíciles de erradicar de la organización universitaria del trabajo intelectual, al menos en las Facultades de Derecho.

Por el contrario, me parece especialmente útil el diálogo entre especialistas procedentes de distintas áreas (incluidos los filósofos del De-

(1) Vengo haciéndolo desde hace años, en el volumen 1º (Introducción) del tomo I (Parte General) de los *Elementos de Derecho civil* de José Luis LACRUZ BERDEJO (última ed., 3ª en Dykinson, Madrid, 2002). La primera edición es de 1974; en la de 1982 revisé estos temas Francisco de Asís Sancho Rebullida.

Al mantener al día la obra de mi maestro, finalidad con la que he escrito y reescrito muchas docenas de páginas, me considero gustosamente continuador de obra ajena. Por ello —y por el paso del tiempo y la acumulación de reflexiones personales— se apreciarán divergencias de fondo entre lo que publico en el vol. 1º de los *Elementos* y el contenido de estas páginas.

recho). Al menos, leernos los unos a los otros. Con esta actitud abordo estas páginas (2).

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

Para ello, en una primera parte (números II a VIII), presentaré y describiré algunos fenómenos observables en el Derecho español que, en mi opinión, recomiendan distinguir entre «validez», «vigencia» y «aplicabilidad». En particular, los siguientes: a) las normas derogadas pueden ser objeto de juicio de inconstitucionalidad, por vía de recurso o, más fácilmente, mediante planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad por los jueces llamados a aplicar la norma derogada que reputan inválida por inconstitucional; b) los Decretos-Legislativos que

(2) Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, en la «Presentación» de su imprescindible obra *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (Ariel, Barcelona, 1996), escriben lo siguiente: «Es innegable que los teóricos del Derecho de este siglo —sobre todo, desde Kelsen en adelante—, han efectuado contribuciones esenciales para el esclarecimiento de los conceptos básicos del Derecho, pero no lo es menos que esa teoría del Derecho se presenta como un huerto cerrado de especialistas y permanece, al menos en países como el nuestro, en una situación de escasa comunicación con los juristas, teóricos y prácticos, quienes no la ven como un instrumento adecuado para la comprensión, la mejora y la crítica del Derecho, de la dogmática y de las diversas prácticas jurídicas». La situación descrita es lamentablemente cierta (vid. también, con ulteriores consideraciones, VILAJOSANA, Josep M., «Dinámica de sistemas y persistencia de las normas jurídicas», en *DOXA*, 21-I, 1988, pp. 49 ss., que comienza precisamente con un epígrafe sobre «Una mutua incompreensión»).

aprueban textos refundidos de las leyes derogan las leyes cuyos textos refunden, pero las normas legales así derogadas siguen sirviendo de parámetro de la legalidad del texto refundido: obviamente, no son inválidas, aunque, en principio, tampoco aplicables; c) las normas derogadas sirven para fundar un recurso de casación por infracción de norma aplicable; además, la jurisprudencia formada interpretando y aplicando leyes derogadas puede ser decisiva para negar la admisión del recurso en razón de su «interés casacional».

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

II. LAS NORMAS DEROGADAS COMO OBJETO POSIBLE DEL JUICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Un reciente trabajo firmado por tres profesores argentinos (3), centrado temáticamente en distinguir entre declaración de inconstitucionalidad y derogación de una norma, concluye criticando una Sentencia del Tribunal Superior de la ciudad de Buenos Aires (4 de junio de 1999), que hubo de decidir sobre si los efectos de una norma ya derogada pueden ser alcanzados por el control judicial de constitucionalidad. El Tribunal respondió negativamente. En parte, con apoyo en la norma que había de aplicar (la Constitución de la ciudad autónoma de Buenos Aires, art. 113-2), según la cual «la declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma». Puesto que la «pérdida de vigencia» es el efecto de la derogación, entonces derogar y declarar la inconstitucionalidad de una norma serían la misma cosa, y no procedería la segunda cuando ya ha tenido lugar la primera, pues sería como derogar norma ya derogada.

Los autores, como digo, critican este fallo. Entienden que hay «interdependencia conceptual entre inconstitucionalidad de la norma y su derogación», de manera que es posible «dar sentido tanto a la deroga-

(3) ORUNESU, Claudina, RODRÍGUEZ, Jorge y SUCAR, Germán, «Inconstitucionalidad y derogación», en *Análisis e diritto 2000* (a cura de P. Comanducci y R. Guastini), pp. 153-193 (Discusiones, núm. 2, año 2001, pp. 11-58). Citaré por la segunda publicación.

ción de una norma declarada inconstitucional como a la declaración de inconstitucionalidad de una norma derogada».

Estoy de acuerdo con estas afirmaciones, que, según entiendo, no son cuestionadas, sino más bien reforzadas, por GUASTINI en sus «Cinco observaciones sobre validez y derogación» (4). En el Derecho español, no cabe hoy duda de que las normas derogadas pueden ser declaradas nulas en razón de su inconstitucionalidad (5). La derogación de la norma, ocurrida antes o después de la incoación del proceso constitucional, no priva a éste de objeto si la norma derogada habría de ser todavía aplicable, en general o para un supuesto concreto. Este requisito de la aplicabilidad de la norma no presenta dificultad en las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por los jueces, pues la cuestión de inconstitucionalidad presupone siempre que el juez o tribunal considera que se trata de una norma aplicable al caso, como cuestión distinta de la validez de la norma en cuestión (vigente o no, pero en todo caso aplicable).

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

«[a] diferencia de lo que suele acontecer en los recursos de inconstitucionalidad, la modificación de alguno de los preceptos impugnados no comporta una parcial pérdida sobrevenida del objeto del proceso (TC SS 111/1983, de 2 Dic., FJ 2; 28/1997, de 13 Feb., FJ 2; y 234/1999, de 16 Dic., FJ 2). Como recientemente hemos dicho en la TC S 46/2000, de 17 Feb., FJ 2, "Ha de tenerse en cuenta que si en los recursos de inconstitucionalidad la pérdida de vigencia de un precepto legal ulterior a su impugnación sólo conlleva la desaparición del objeto de esa impugnación constitucional en los casos en los que pueda excluirse toda aplicación de la ley derogada a hechos acaecidos con posterioridad a su pérdida de vigencia (TC SS 160/1987, de 27 Oct., FJ 6; 150/1990, de 4 Oct., FJ 8; 385/1993, de 23 Dic., FJ 2; y 50/1999, de 6 Abr., FJ 9), en las cuestiones de inconstitucionalidad, al depender el fallo del proceso judicial precisamente de la resolución de la citada cues-

(4) GUASTINI, Riccardo, «Cinco observaciones sobre validez y derogación», en *Discusiones*, núm. 2, año 2001, pp. 59-63). A estas observaciones, así como a las formuladas por otros autores, contestaron los anteriores con «Reflexiones ulteriores sobre inconstitucionalidad y derogación» en el mismo número de *Discusiones*, pp. 135-150.

(5) Se pronunció decididamente en este sentido Luis María Díez-PICAZO, en su monografía *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 227-232 (obra que sigue siendo fundamental en la dogmática española sobre el tema).

tión, resulta determinante la normativa vigente en aquel momento (en este caso, la norma aplicable al momento de realizarse el hecho imponible, que no era otra que la L 44/1978) y, en consecuencia, resulta ineludible declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada”».

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

III. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA NORMAS DEROGADAS

a) Hemos visto cómo el Tribunal Constitucional distingue los supuestos de recurso de inconstitucionalidad de aquellos en que los jueces plantean cuestión de inconstitucionalidad. En el primer grupo de casos lo que se cuestiona es si desaparece el objeto del proceso cuando la ley impugnada ha perdido su vigencia con posterioridad al inicio del mismo. Me parece que no se ha interpuesto nunca un recurso de inconstitucionalidad contra una ley previamente derogada (6). En los casos planteados, por tanto, podría decirse, de forma alternativa a lo que el Tribunal expone, que el objeto del litigio ha quedado ya fijado con la admisión de la demanda y que, por tanto, el Tribunal no ha de atender a cambios posteriores. Probablemente, no sería la mejor explicación, pero sí posible, y, con ella, no tendríamos en estos supuestos la comprobación de que, en el Derecho español, tiene sentido enjuiciar la validez de una ley derogada. Bastaría con afirmar que la ley impugnada no estaba todavía deroga-

(6) El supuesto es difícilmente realizable. Habría de darse —como indica L. M. DíEZ-PICAZO— «la extraña hipótesis de una ley derogada al poco de entrar en vigor, de manera que aún se estuviera dentro del plazo para la interposición del recurso» (*La derogación de las leyes*, Madrid, 1990, p. 228). En cuanto a la declaración de inconstitucionalidad de decretos-leyes derogados, vid. *infra*, en este número, letra c).

da cuando se impugnó, y que es sobre la situación así fijada en el momento de la demanda sobre la que se pronuncia el Tribunal.

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

b) Cabe enjuiciar la constitucionalidad de una norma derogada si, a pesar de haber perdido su vigencia, no por ello se produce «la exclusión de toda (la) aplicabilidad de la ley» (7). En otro caso, «no habría sino reconocer que desapareció, al acabar su vigencia, el objeto de este proceso constitucional que, por sus notas de abstracción y objetividad, no puede hallar su exclusivo sentido en la eventual remoción de las situaciones jurídicas creadas en la aplicación de la ley, acaso inconstitucional» (S. 19 julio 2000, Pte. Viver Pi-Sunyer, con otras muchas).

No está claro qué entiende el Tribunal por «aplicabilidad» de la norma derogada (cualidad de la misma que permitiría pronunciar sobre ella un juicio de constitucionalidad), que se relacionaría, según parece, con la ultraactividad.

«Por ello, carece de sentido (sigue diciendo la Sentencia, citando otras anteriores), tratándose de un recurso de inconstitucionalidad, “pronunciarse sobre normas que el mismo legislador *ha expulsado ya de dicho ordenamiento (...) de modo total, sin ultraactividad*” (TC SS 160/1987, de 27 Oct., FJ 6; 150/1990, de 4 Oct., FJ 8; 385/1993, de 23 Dic., FJ 2)». «La regla general en el ámbito de los recursos de inconstitucionalidad es, pues, que la derogación extingue su objeto» (TC S 196/1997, FJ 2). Sin embargo, hemos reiterado en numerosas ocasiones que «hay que huir de todo automatismo en esta cuestión, de modo que en determinadas cir-

(7) SS. TC., Pleno, 16 diciembre 1999 (Cachón Villar); 16 diciembre 1987 (Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer); 20 marzo 1997 (Ruiz Vadillo); 15 noviembre 2000 (González Campos); 13 noviembre 1997 (García-Mon y González-Regueral); 19 julio 2000 (Viver Pi-Sunyer).

La Sala 3ª del Tribunal Supremo realiza argumentaciones similares, con cita de sentencias del TC, al entender sobre impugnación de reglamentos derogados contrarios a la ley (S. TS (Sala 3ª) 15 noviembre 2000, Pte. Fernández Montalvo, que estima el recurso).

cunstancias “*para excluir toda aplicación posterior de la disposición legal controvertida, privándola así del vestigio de vigencia que pudiera conservar*”, puede resultar útil —conveniente— su enjuiciamiento, aun cuando haya sido derogada” (TC SS 196/1997, de 13 Nov., FJ 2; y 233/1999, de 16 Dic., FJ 3; en el mismo sentido, TC S 199/1987, de 16 Dic., FJ 3) (cursivas añadidas)».

Si no hay ultraactividad (concepto que el Tribunal Constitucional ha contribuido a introducir en nuestra doctrina), la norma habría sido expulsada del ordenamiento de modo total. Si, por el contrario, hay ultraactividad, la norma (derogada) conservaría un «vestigio de vigencia» que daría lugar a su posible aplicación posterior. No es seguro que la utilización, a estos efectos, del concepto de ultraactividad sea acertada o necesaria (8). «Expulsión de modo total» (la simple derogación no sería, sin más, expulsión del ordenamiento; habría expulsiones totales y otras que no lo son tanto) o «vestigio de vigencia» no parecen ser otra cosa que expedientes lingüísticos descriptivos o expresivos, más que conceptos teóricos explicativos.

Interesa precisar que el concepto de «aplicabilidad» de la ley derogada que en este grupo de casos utiliza el Tribunal Constitucional es entendido en un sentido restringido, como «aplicación de la ley derogada a hechos acaecidos con posterioridad a su pérdida de vigencia» (así S. TC. 29 junio 2000, García Manzano). No bastaría, por tanto, con que las normas cuestionadas hubieran de ser, de modo más o menos previsible, aplicadas por los Tribunales en tiempo posterior para resolver casos acaecidos con anterioridad a la derogación (9). El Tribunal es bastante explícito al respecto al enjuiciar algunos de los recursos planteados (10).

Es posible que las «notas de abstracción y objetividad» que corresponden al proceso constitucional, según se afirma en varias de estas sentencias, lleven a esta consecuencia (es decir, no enjuiciar la inconstitucionalidad de la ley derogada, a pesar de que haya «situaciones jurí-

(8) Vid. algunas observaciones sobre ultraactividad *infra*, núm. 9 al final y núm. 13.

(9) Es decir, no sería requisito suficiente la posterior «aplicabilidad externa» de la ley derogada, en el sentido que luego se expondrá.

(10) Sin embargo, en alguna Sentencia, como la de 16 diciembre 1987 (Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer), que ya utiliza las expresiones «ultraactividad» y «vestigio de vigencia», el Tribunal procede a averiguar si las normas derogadas cuestionadas habrán de ser verosímelmente aplicadas alguna vez por los Tribunales, y sólo tras excluir esta eventualidad —por tratarse, en un caso, de normas procesales y, en otros, de normas penales sustituidas por otras más favorables— declara producida la desaparición sobrevenida del objeto del recurso de constitucionalidad.

dicas creadas en aplicación de la ley, acaso inconstitucional» sobre las que los Tribunales acaso tengan que pronunciarse en el futuro). No entraré aquí en la posible crítica (11).

c) Pero ocurre también que hay grupos de supuestos en que el Tribunal Constitucional enjuicia la constitucionalidad de una norma derogada, impugnada mediante un recurso de inconstitucionalidad, sin tener para nada en cuenta su «aplicabilidad» futura, en ningún sentido del término «aplicabilidad».

Así ocurre en el supuesto en que se dilucida mediante recurso de inconstitucionalidad una controversia sobre el ámbito de las competencias respectivas del Estado y de las Comunidades Autónomas o de estas entre sí: la derogación del precepto legal impugnado no extingue el objeto del recurso, sin que el Tribunal introduzca ninguna consideración sobre la futura «aplicabilidad» de las normas (12). Cabe que la ley impugnada ya derogada no hubiera de ser aplicable en el futuro en ningún sentido.

Más claro aún es, en este aspecto, el caso de la impugnación de Decretos-Leyes convalidados, derogados por la Ley aprobada por procedimiento de urgencia que viene a sustituirlos:

(11) ORUNESU, Claudina, RODRÍGUEZ, Jorge y SUCAR, Germán («Inconstitucionalidad y derogación», cit., p. 50), que, como sabemos, defienden temáticamente la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de normas derogadas, manifiestan también que «hay supuestos en que se habilita una acción «puramente declarativa» de inconstitucionalidad, sin que se requiera agravio concreto alguno para activar el mecanismo de control, y que produce una declaración en abstracto. No parece tener sentido una declaración de inconstitucionalidad de esta especie respecto de una norma que ya ha sido derogada. Pero no por resultar conceptualmente imposible: sólo por razones de economía procesal». Esta opinión parece que podría aplicarse a los recursos de inconstitucionalidad del Derecho español y coincidiría entonces con la de las Sentencias citadas de nuestro Tribunal Constitucional.

(12) «Constituyen una excepción a la regla general de que la derogación del precepto legal impugnado extingue el objeto del recurso de inconstitucionalidad aquellos supuestos en que, a través del recurso, lo que se trata en realidad es una controversia sobre el ámbito de las competencias respectivas del Estado y de las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí, de modo que lo que debiera ser objeto propio de un conflicto positivo de competencias como cauce procesal específico, ha de configurarse como fundamento de una pretensión de inconstitucionalidad por razón del rango legal de la norma controvertida. Desde tal perspectiva ha de contemplarse también en estos casos la incidencia de la derogación sobrevenida de la disposición legal impugnada sobre una eventual desaparición del objeto del proceso, en los que resulta aplicable (...) el criterio sostenido en relación a los conflictos positivos de competencia, ofreciendo aquella incidencia en este tipo de procesos matices peculiares» (S. TC., Pleno, 13 noviembre 1997, Pte.: García-Mon y González-Regueral).

«[d]e acuerdo con nuestra doctrina, ni la eventual falta de impugnación de la Ley posterior ni la derogación por ésta del Real Decreto-Ley puede ser nunca óbice para el examen por parte de este Tribunal de los motivos formales de inconstitucionalidad esgrimidos contra el Real Decreto-Ley. Como acertadamente se ocupa de recordar la parte recurrente, en la propia TC S 111/1983, se consideró «fuera de duda» que «el control del Decreto-Ley en cuanto tal no está impedido por el hecho de la novación operada por la Ley, siguiendo lo que dispone el art. 86.3», «pues ha de considerarse constitucionalmente legítimo que en defensa de la CE, para velar por la recta utilización del instrumento previsto para los casos que señala el art. 86.1, los sujetos u órganos legitimados para promover el recurso de inconstitucionalidad, concreten al Decreto-Ley, sin atraer al proceso la Ley ulterior, la impugnación». Doctrina mantenida desde el comienzo por este Tribunal (TC S 29/1982, FJ 2.º), y que resulta plenamente coherente con la de la TC S 60/1986, en la que, en atención a haber sido derogados por la Ley los preceptos impugnados del Real Decreto-Ley, se dijo que «con ello no se priva, sin embargo, de objeto o de sentido al presente recurso,... puesto que es función esencial de esta jurisdicción... asegurar en todo momento, sin solución de continuidad, el correcto funcionamiento del sistema de producción normativa preconizado por la Norma fundamental, *depurando y expulsando del ordenamiento las normas impugnadas que se aparten de dicho sistema, con independencia de que se encuentren o no en vigor* (13) cuando se declara su inconstitucionalidad» (FJ 1.º). (S. TC., Pleno, 28 octubre 1997, Pte.: Rodríguez Bereijo) (14).

(13) Paladino reconocimiento de que la derogación no expulsó a la norma del Ordenamiento, así como de que hay actos de expulsión del ordenamiento que tienen como objeto normas derogadas.

(14) Por cierto, cabe interponer el recurso de inconstitucionalidad cuando el Decreto-Ley ha sido ya derogado. No es, por tanto, un problema de posible extinción posterior del objeto del proceso.

La doctrina se mantiene en años posteriores, con visible tendencia a no dejar de entrar en la constitucionalidad de la norma por el hecho de que haya sido derogada. En la S. 137/2003, de 3 de julio (Pleno, Pte.: María Emilia Casas Baamonde) la norma cuestionada era una Decreto-ley y, a la vez, incidía en cuestiones competenciales con una Comunidad Autónoma. Dice así el Tribunal: «[c]onviene precisar el alcance que sobre el objeto del presente proceso constitucional ha podido tener el hecho de que la Ley 21/2001 haya dado nueva redacción al art. 70 de la Ley 38/1992 [el Decrero-Ley impugnado que modificó esta ley es de 1995]. A este respecto, debemos recordar que la apreciación de la pérdida de objeto del proceso dependerá del tipo del proceso constitucional de que se trate y de la incidencia real que sobre el mismo tenga la derogación, sustitución o mo-

Con estos últimos argumentos habría que concluir que todas las leyes derogadas (al menos, las promulgadas con posterioridad a la Constitución) serían susceptibles de enjuiciamiento constitucional. Para justificar la distinta actitud del Tribunal en los demás casos cabe señalar la especialísima trascendencia política y constitucional del instrumento del Decreto-Ley (15). También, que si las leyes tachadas de inconstitucionales y ya derogadas hubieran de aplicarse en el futuro para la resolución de un caso, el juez podría plantear cuestión de inconstitucionalidad, con lo que el Tribunal Constitucional habría de pronunciarse y no sólo se evitaría su aplicación en el caso sino que quedaría declarada la nulidad con efectos generales. No cabe que ocurra lo mismo —planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad— respecto de los decretos-leyes sustituidos por leyes ordinarias (u orgánicas), pues en adelante son éstas las que se aplicarán, nunca el decreto-ley.

dificación de la norma, no pudiendo resolverse apriorísticamente en función de criterios abstractos o genéricos (por ejemplo, SSTC 233/1999, de 12 de diciembre, FJ 3; 148/2000, de 1 de junio, FJ 3; y 190/2000, de 13 de julio, FJ 2). Y ello porque lo relevante no es tanto la derogación o modificación de la concreta norma impugnada cuanto determinar si con esa alteración ha cesado o no la controversia que se planteaba, pues, en ocasiones, aun habiendo sido expulsada la norma del ordenamiento jurídico «se mantiene viva la necesidad de dar respuesta al problema constitucional planteado» (STC 95/2003, de 22 de mayo, FJ 2). En concreto, cuando nos encontramos en presencia de una controversia competencial, la modificación de las disposiciones cuya adopción dio lugar al litigio no tiene por qué enervar automáticamente la disputa surgida (SSTC 147/1998, de 2 de julio, FJ 3; y 182/1988, de 13 de octubre, FJ 1), sobre todo si esa normativa en relación con la cual se trabó el conflicto es sustituida por otra posterior que deja intacto el problema competencial planteado (SSTC 147/1998, de 2 de julio, FJ 5; 128/1999, de 1 de julio, FJ 4; 148/2000, de 1 de junio, FJ 3; y 190/2000, de 13 de julio, FJ 2)». Cabe apostillar que entre la impugnación del Decreto inmediata a su promulgación y la Sentencia han pasado más de siete años.

(15) Javier SALAS, como es sabido, se ocupó reiteradamente de los Decretos-Leyes, en particular en *Los decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1979 (publicado con gran inmediatez a la entrada en vigor de la Constitución). El TC no ha asumido unos criterios tan exigentes como los que Salas proponía para valorar el presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» exigido por el art. 86.1, sino que, sustancialmente, ha renunciado a controlarlo: sirva de ejemplo bien significativo la Sentencia citada en la nota anterior. En aquel trabajo se enfrentaba también Javier Salas con algunos de los difíciles problemas de la sucesión de normas que plantea el decreto-ley respecto de la ley que luego lo convalida, así como respecto a las normas vigentes con anterioridad al decreto-ley: en particular (pp. 114-118), la cuestión de si quedan derogadas las normas anteriores por el decreto-ley luego no convalidado (que Javier Salas responde en sentido negativo, a pesar de la alternativa «convalidación o derogación» del decreto-ley que presenta el art. 86.2 CE y de la negación de la «reviviscencia» de las normas derogadas al quedar derogadas las que hubieren derogado aquéllas). Sobre el tema, Díez-PICAZO, Luis María, *La derogación de las leyes*, Madrid, 1990, pp. 253-255.

IV. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE NORMAS DEROGADAS

Veamos ahora la doctrina del TC sobre enjuiciamiento de la constitucionalidad de leyes derogadas por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por los jueces o tribunales.

El mismo Tribunal advierte repetidas veces la diferencia con el caso del recurso de inconstitucionalidad. Así en la S. TC. Pleno, 19 octubre 2000 (Pte.: Vives Antón), se considera «doctrina consolidada» la siguiente:

«[e]n múltiples y reiteradas resoluciones (TC SS 111/1983, FJ 2; 199/1987, FJ 3; 93/1988, FJ 6; 3/1993, FJ 1; 109/1993, FJ 2; 385/1993, FJ 2 y 28/1997, FJ 2) hemos declarado que el hecho de que la norma cuestionada no se encuentre ya en vigor no priva de contenido a la cuestión de inconstitucionalidad, a diferencia de lo que, por regla general, acontece en el recurso de inconstitucionalidad, toda vez que en aquélla la posible aplicación de la norma derogada en el proceso a quo puede hacer necesario un pronunciamiento de este Tribunal» (16).

Ahora bien, lo más notable no es esta actitud del Tribunal Constitucional, que le lleva a pronunciarse sobre la constitucionalidad de normas a pesar de haber sido derogadas con posterioridad al inicio del proceso (problema de la desaparición del objeto del proceso constitucional), en atención a que sigue siendo la aplicable al caso que el juez juzga, sino que las cuestiones de inconstitucionalidad tienen muchas veces como objeto desde el primer momento normas ya derogadas, incluso con mucha anterioridad (17).

(16) S. TC., Pleno, 15 noviembre 2000, Pte.: González Campos: «En las cuestiones de inconstitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación o modificación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que, tras esa derogación o modificación, resulte o no aplicable dicha norma en el proceso *a quo* y de su validez dependa la decisión a adoptar en éste».

(17) Asunto distinto es que en recurso de amparo se reproche a una Sentencia haber aplicado indebidamente una norma derogada, con lesión del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva. Así ocurre en el caso resuelto por S. TC. 144/2003, de 14 de julio (Sala 1ª; Pte.: María Emilia Casas Baamonde), en que una Audiencia había aplicado (sin más explicación y respecto de un pleito incoado en 1999) el art. 159 Cc. en su redacción anterior a su reforma por Ley de 15 octubre 1990. El TC concede el amparo, pues la aplicación al caso de la ley derogada «evidencia la falta de razonabilidad de su fundamentación, al prescindir del Derecho vigente, conforme al cual, por exigencias de los arts. 9.3

Veamos un caso reciente. La S. TC. 10 febrero 2002 (Pte.: Jiménez Sánchez), resolviendo sobre una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de Reus, declara que el art. 9.2 Cc., en cuanto que establece la nacionalidad del marido al tiempo de contraer el matrimonio como punto de conexión para la determinación de la ley aplicable al régimen económico del matrimonio, es contrario a la Constitución y, por tanto, nulo. El art. 9.2 Cc. cuestionado no es el vigente en el momento de plantearse la cuestión, sino el redactado por Ley de 1973, derogado por Ley 11/1990.

A pesar de esta derogación expresa el Tribunal Constitucional rechaza las alegaciones del Abogado del Estado, para quien la cuestión de inconstitucionalidad carece de objeto y, por ello, debe declararse mal planteada. Ciertamente, en este caso se añade la complicación, en la que no hemos de entrar aquí, de que cabe entender —debe entenderse— que el citado art. 9.2 Cc., en su redacción dada en 1973, fue derogado en este punto por la propia Constitución en 1978. Sobre ello el TC

y 117.1 CE, debía haber decidido la cuestión». El T.C. aprecia, además, que «la aplicación del precepto derogado vulnera asimismo el art. 14 CE, al restablecer de este modo el órgano judicial una discriminación por razón de sexo que el propio legislador había eliminado mediante la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que modificó por tal motivo la redacción del art. 159 CC en la versión que ha sido aplicada por la Sentencia impugnada». De este modo se desliza en la Sentencia un reproche de inconstitucionalidad respecto de una norma derogada, de manera indirecta, pero no irrelevante: si la norma derogada aplicada no fuera inconstitucional, quizás el TC no hubiera concedido el amparo, aplicando su reiterada doctrina al respecto, que en esta S. se resume del siguiente modo:

«Constituye reiterada doctrina constitucional que la selección de las normas aplicables, así como el análisis de su vigencia y derogación, corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con el art. 117 CE, de suerte que el control por parte de este Tribunal de la selección de la norma aplicable sólo podrá producirse, en términos generales, si se ha tratado de una decisión arbitraria, manifiestamente irrazonable o si ha sido fruto de un error patente (SSTC 90/1990, de 23 de mayo, FJ 4; 233/1991, de 10 de diciembre, FJ 4; 55/1993, de 15 de febrero, FJ 5; 245/1993, de 19 de julio, FJ 5; 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 151/2001, de 2 de julio, FJ 5; 52/2003, de 17 de marzo, FJ 4, entre otras muchas). Tal acontece cuando se aplica una norma derogada que resulta decisiva para el fallo, lo que «convierte en irrazonable la elección de la norma aplicable, de tal manera que no puede afirmarse que estemos ante una decisión fundada capaz de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE» (STC 203/1994, de 11 de julio, FJ 3). Y es que, como recuerda la STC 99/2000, de 10 de abril, FJ 6, «el derecho de tutela judicial efectiva exige que las resoluciones judiciales al decidir los litigios sean fundadas en Derecho, y ese fundamento desaparece cuando con total evidencia se omite la consideración de la norma aplicable, y se decide mediante la aplicación de normas que han perdido su vigencia».

La Sentencia que comentamos recuerda que, sobre el mismo art. 159 Cc., en su versión anterior a 1990, dos Autos (438/1990 y 203/1991), resolviendo cuestiones de inconstitucionalidad, dieron por extinguido el proceso «por desaparición sobrevenida de su objeto».

reproduce su conocida posición según la cual, respecto de leyes preconstitucionales, su derogación por la Constitución no excluye la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad («inconstitucionalidad sobrevenida») (18). Pero el art. 9.2 (redacción de 1973) fue derogado de nuevo, expresamente, tiempo después, por ley de 1990 (19): la absoluta seguridad sobre su derogación en 1990 no es obstáculo para que el TC declare en 2002 la nulidad de la norma. No se trata de evitar que esta norma produzca efectos por su aplicación a supuestos futuros (es seguro que no se aplicará a ningún matrimonio que en el futuro se contraiga), sino, paradójicamente, es necesaria la declaración de su inconstitucionalidad precisamente porque el efecto (fijación del régimen económico matrimonial) se habría producido de manera definitiva cuando en 1983 se contrajo el matrimonio, de modo inalterable por el cambio posterior de legislación (20).

(18) «Ahora bien, esta argumentación no puede ser compartida dado que hace supuesto de la cuestión. En efecto, la pérdida de vigencia del inciso cuestionado se habría producido por aplicación de la disp. derog. 3 de la CE a causa de su incompatibilidad con los preceptos constitucionales, que es precisamente lo que el órgano judicial plantea como duda de constitucionalidad. Pues bien, cuando la duda de constitucionalidad se plantea en relación con normas preconstitucionales este Tribunal ha declarado con reiteración que esta circunstancia no impone, por sí misma y de modo absoluto, que el órgano judicial deba abstenerse de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ya que, si bien puede examinar y resolver por sí mismo la eventual contradicción con el ordenamiento constitucional de una norma anterior a la Constitución, también puede optar por deferir la cuestión a esta jurisdicción constitucional (TC SS 17/1981, de 1 Jun.; 83/1984, de 24 Jul.; 155/1987, de 14 Oct.; 105/1988, de 8 Jun.; y 126/1997, de 3 Jul., entre otras)».

(19) Que una norma ya derogada tácitamente, o por efecto de una disposición derogatoria genérica (como el número 3 de la Disposición derogatoria de la Constitución, y tantas otras similares en leyes ordinarias), sea tiempo después derogada expresamente por otra ley parece fenómeno bastante frecuente, ¿Derogación de leyes derogadas? ¿*Ad cautelam*? ¿Con finalidad clarificadora? Pero la derogación expresa posterior puede introducir aún mayor confusión, pues no confirma una derogación ya producida (ni deroga con efecto retroactivo), sino que aparenta producir ahora la pérdida de vigencia, suscitando acaso mayores dudas sobre la vigencia o no en el periodo anterior: así ha ocurrido, posiblemente, con la ley 11/1990 (en relación con el art. 9.2 y, por ejemplo, con el 14), y con varios preceptos de las leyes de 1981 de reforma del Código civil. Díez-Picazo expone y critica algunos fenómenos relacionados con lo expuesto (DÍEZ-PICAZO, Luis María, *La derogación de las leyes*, Madrid, 1990, pp. 228 (n. 121), 232 (y n. 129) y 315 (y n. 71).

(20) «[L]a determinación del régimen económico del matrimonio se produjo al tiempo de su celebración, según la ley aplicable, en función de la vecindad civil de los contrayentes, por lo que el efecto jurídico de la aplicación de la norma cuestionada, consistente en el señalamiento o fijación de qué legislación civil, común o foral, determinaría tal régimen atendida la inexistencia de capitulaciones matrimoniales, habría agotado sus efectos en su aplicación instantánea, sin que el cambio normativo posterior haya de lle-

En los pronunciamientos del TC sobre estas cuestiones afloran diferentes conceptos de «aplicación de la norma» (o aplicabilidad). Al menos, dos (21). Uno hace referencia a la producción ideal del efecto correspondiente a la «relación de imputación», efecto que puede agotarse en el instante en que se da el caso sujeto a la norma. El efecto de la aplicación del art. 9.2 Cc. sería la fijación del régimen económico por el que se regiría el matrimonio, efecto y fijación que ocurrieron en el pasado, al celebrarse el mismo. Otro es el de aplicación de la norma por el juez, algo que sólo puede ocurrir cuando el juez juzgue: en este sentido conviene declarar inconstitucional la norma pretérita para que los jueces no la apliquen en el futuro. Es lo que expresa la S. TC. Pleno 16 noviembre 2000 (Pte.: Vives Antón):

«[e]ste Tribunal ha señalado que en las cuestiones de inconstitucionalidad “los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación o modificación de la norma cuestionada vienen determinados por *el hecho de que, tras esa derogación o modificación, resulte o no aplicable en el proceso a quo* y de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo (TC S 111/1983, FJ 2.º; TC S 199/1987, FJ 3.º; TC S 168/1993, FJ 7.º; TC S 385/1993, FJ 2.º)”» (cursiva añadida).

Es de notar que, en el caso de la citada S. TC. 10 febrero 2002, en ninguno de los dos sentidos la «aplicación de la norma» señala pautas de conducta para los ciudadanos que contrajeron matrimonio. Cuando se casaron, no pudieron saber cuál era el régimen económico de su matrimonio (de hecho, se comportaron de acuerdo con el régimen «equívocado»). Cuando juzga el juez, ya no hay matrimonio (ni, por tanto, régimen económico-matrimonial).

var consigo una alteración del régimen económico del matrimonio así establecido» (cursiva añadida).

«[E]n el proceso en el que esta cuestión de inconstitucionalidad se plantea, de lo que se trata es de determinar cuál fue el régimen económico-matrimonial que quedó establecido por la aplicación de la regulación vigente al tiempo de la celebración del matrimonio. La norma cuestionada produjo su efecto, consistente en la determinación de conforme a qué ordenamiento, común o foral, quedaría establecido el régimen económico-matrimonial, y, fijado así el régimen económico del matrimonio por *aplicación de la norma de conflicto vigente al tiempo de su celebración*, la modificación de tal norma no produce la alteración del régimen económico-matrimonial que resulta aplicable» (cursiva añadida).

(21) Sobre los conceptos de aplicación «interna» y «externa» de la norma, infra, núm. 11.

V. KELSEN EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional de normas derogadas —con anterioridad o durante el proceso constitucional—, ha tenido que superar obstáculos doctrinales de gran fuerza. Esta conducta del Tribunal puede entenderse como reconocimiento, casi a su pesar, de que la real complejidad del Ordenamiento exige estas soluciones, aunque implican aceptar la validez de las normas derogadas y su pertenencia al Ordenamiento, así como su aplicabilidad. La oposición más frontal a esta superación o flexibilización de los principios kelsenianos quizás sea la manifestada, desde dentro del propio Tribunal Constitucional y en los primeros años de su funcionamiento, por el voto particular firmado por dos catedráticos de reconocida autoridad y especialidades distintas: Rubio Llorente y Díez-Picazo (S. TC., Pleno, 29 abril 1981, Pte.: Arozamena Sierra). Según sus palabras,

«[P]arece bastante claro que no tiene sentido formular un enjuiciamiento sobre normas ya derogadas. Para hablar en términos teóricos, no tiene sentido porque la previa derogación determina la imposibilidad de que respecto de la norma derogada el Tribunal cumpla su función, pues mal puede el Tribunal depurar el ordenamiento y expulsar de él a aquello que ya no se encuentra en el propio ordenamiento. Además, si pensamos, como siempre hemos pensado, que las normas se extinguen o pierden vigencia mediante su derogación y que la norma derogada es ya norma inexistente como tal norma, se haría un enjuiciamiento sobre un texto que es ya inexistente como norma. Pone este hecho gráficamente de relieve el que la fórmula que el Tribunal tendrá que utilizar, no podrá ser nunca la de declarar que es inconstitucional, sino que la fórmula habrá de construirse en tiempo pasado diciendo que era inconstitucional».

Quizás, en 1981, era lo más riguroso que podía decirse desde el punto de vista de la teoría del derecho. Las rectificaciones decididas de la tesis kelseniana, que identifica la pertenencia de la norma a un sistema («existencia») con la «validez» en el sentido de fuerza obligatoria (por tanto, «vigencia»), son posteriores o han sido recibidas entre nosotros con posterioridad (22).

(22) Alchourrón y Bulygin introdujeron la fundamental distinción entre «sistema jurídico» y «orden jurídico» en 1971 (vid. *infra*, núm. 12, a). No parece que en los años

VI. DEROGACIÓN DE LAS LEYES POR LOS DECRETOS-LEGISLATIVOS QUE APRUEBAN SUS TEXTOS REFUNDIDOS

a) Los Decretos Legislativos aprobados por el Gobierno en virtud de la autorización conferida al efecto por las Cortes para refundir varios textos legales en uno solo, tanto si la autorización «se circunscribe a la mera formulación de un texto único» como si el contenido de la delegación «incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos» (23) (art. 82-5 CE), derogan las leyes cuyos textos refunden (24).

inmediatamente posteriores fueran muchos los que tuvieran noticia de ello en España. Es notable que Rubio Llorente (uno de los autores del voto particular citado en el texto), en el prólogo que en 1990 puso en la monografía de Luis María Díez-Picazo (hijo del coautor de aquel voto), celebre la «brillante observación» de su discípulo «sobre el carácter diacrónico del ordenamiento, del que resulta la existencia en el presente de las normas pretéritas y sobre todo la inadecuación de la perspectiva puramente sincrónica, que es la habitualmente adoptada para su estudio» (p. 22). La monografía de Luis María Díez-PICAZO (*La derogación de las leyes*, Madrid, 1990) es excelente, sigue siendo capital en la dogmática española y gran parte de su contenido era novedoso para juristas españoles. En efecto, dedica algunas páginas (232 a 235) específicamente al «carácter diacrónico del ordenamiento jurídico», en las que llega a decir (p. 233) que «puede afirmarse sin temor que uno de los grandes problemas que suscita la Teoría General del Derecho es su habitual omisión de la *dimensión temporal* de los fenómenos jurídicos». Pues bien, no se encuentra en esta monografía cita alguna de Alchourrón y Bulygin, ni de Raz, cuyas obras no aparecen en una copiosa bibliografía que ocupa más de una docena de páginas.

(23) No sé si se algún autor ha hecho notar que esta fórmula, cualquiera que sea su relación con otras italianas más o menos equivalentes (vid. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1991, p. 665), resulta ser idéntica a la que en 1888 el legislador español utilizó para delegar en el Gobierno, mediante «Ley de Bases» la elaboración del Código civil. La Base 1ª concretaba el alcance de la delegación: «[d]ebiendo formularse, por tanto, este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil sin otro alcance y propósito que el de *regularizar, aclarar y armonizar* los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas en la práctica», etc. El Código civil no es, en ningún sentido técnico actual, un «texto refundido» de las leyes civiles anteriores (que, por cierto, fueron derogadas: art. 1976 Cc.). Pero la identidad de la fórmula es, cuanto menos, sorprendente.

(24) En todo caso, también cuando no van acompañados de una disposición derogatoria expresa, en opinión de Luis María Díez-PICAZO (*La derogación de las leyes*, Madrid, 1990, p. 297), que puede admitirse. No comparto totalmente, sin embargo, sus consideraciones sobre *efecto sustitutorio y renovación* de las fuentes, en particular cuando afirma que «en la hipótesis de normas existentes en los textos precedentes que, en cambio, no aparecen en la refundición, la renovación impide considerarlas subsistentes». Ciertamente, admite que «si esta omisión implica haberse apartado de la delegación, el decreto legislativo puede ser declarado inválido», si bien «sería necesaria la intervención del Tribunal Constitucional» (*ibidem.*, pp. 298-299). Como se verá en el texto, la construcción

Quizás, para ser exactos, habría que decir que la cláusula derogatoria expresa que suele incluir el decreto legislativo deroga los enunciados normativos contenidos en las leyes refundidas, mientras que las normas que contiene el texto refundido han de ser, por hipótesis, idénticas a las derogadas (o con la regularización, aclaración y armonización que el precepto constitucional permite, ciertamente con imprecisos contornos). Que la derogación, en este caso, opera sobre los enunciados normativos y no sobre las normas (o el contenido de las normas, o los enunciados interpretados) es común a toda derogación expresa. Lo característico de estos supuestos es que el contenido de las normas ha de ser el mismo que antes de la derogación. «El texto refundido, como tal, carece técnicamente de capacidad innovadora» (S. TC. Pleno, 13 noviembre 1997, García-Mon y González-Regueral) (25).

Precisemos más. Que una norma (enunciado normativo) sea derogada por otra con enunciados normativos coincidentes no es fenómeno exclusivo de los textos refundidos, sino fenómeno ordinario de cierta generalidad. Hay leyes que abarcan un ámbito normativo amplio que son sustituidas (derogadas) por otra del mismo o parecido título, que toma buena parte de sus enunciados de la ley derogada. También, en la reforma de leyes mediante «técnica de modificación», la ley nueva contiene nueva redacción de algunos artículos de la reformada, que derogan a los del mismo número, aunque el nuevo texto sólo difiera en algún punto de antiguo (26).

de este supuesto como de *ultra vires* en la derogación permite a los Tribunales declarar vigente el precepto que no debió ser derogado (y que fue omitido en el texto refundido).

(25) «Una autoridad normativa puede promulgar válidamente una formulación normativa cuyo significado es equivalente al de una norma formulada preexistente o es derivable de las normas derivadas preexistentes» (ORUNESU, Claudina, RODRÍGUEZ, Jorge L., y SUCAR, Germán, «Inconstitucionalidad y derogación», cit., p. 31). A este tipo de promulgación puede denominarse «promulgación formal», pues, luego de la promulgación, los mismos casos siguen siendo correlacionados con las mismas condiciones, como expresan los autores citados. Con todo, la diferente fecha de promulgación de los enunciados puede introducir innovaciones normativas mediante la derogación tácita en ciertas condiciones. En el caso de los textos refundidos (único que voy a considerar), no hay en ningún momento dos enunciados iguales, pues el anterior en el tiempo ha sido derogado al entrar en vigor el que le sustituye. Pues bien, si en el tiempo que media entre la publicación de la ley y la del texto refundido entró en vigor una norma que puede considerarse *lex specialis* respecto de alguna norma de aquella ley, normalmente no se habrá producido entonces derogación tácita de la norma más general. Promulgado de nuevo por el decreto legislativo el mismo enunciado de la ley refundida, puede —según las circunstancias— producirse derogación de la norma especial, que ahora es norma anterior.

(26) Lo que da lugar a problemas sobre momento de la promulgación y entrada en vigor a efectos de la posible derogación tácita de otras normas del mismo cuerpo legal.

Pero lo que importa señalar ahora es que, en el supuesto de derogación de leyes por sus Textos refundidos, son los enunciados «derogados» los que (interpretados) sirven de parámetro de la legalidad del Texto refundido. Aun «derogados» por el Decreto Legislativo, estos enunciados legales son los portadores de la norma válida, con la que hay que contrastar las posibles desviaciones del texto refundido: operación, ciertamente, que no pueden hacer los destinatarios de la ley en general, sino sólo los tribunales competentes en el proceso *ad hoc*.

Quizás, en último término, la especificidad de esta «derogación» (formal) de los enunciados normativos de la Ley por el Decreto legislativo que aprueba el texto refundido es que sólo opera plena y definitivamente si los enunciados normativos del texto refundido contienen norma idéntica a la resultante del texto derogado. Pero la verdad es que la práctica española mantiene algunas ambigüedades sobre esta derogación, o permite reinterpretaciones diversas.

b) Las relaciones entre la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, sucesivas leyes sobre cuestiones particulares de esta materia, y el «Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia» proporcionan ejemplos significativos sobre la complejidad de los problemas de derogación y la diversa situación en que pueden quedar las normas derogadas.

Utilizaré algunos de estos ejemplos. Para empezar, conviene advertir que este Decreto Legislativo deroga de manera expresa, enumerándolas, todas las leyes cuyo contenido recoge en el Texto refundido que, formalmente, es un anexo del Decreto Legislativo, como especifica el artículo único del mismo. Es decir, la disposición derogatoria única del Decreto Legislativo contiene un texto del siguiente tenor:

«Quedan derogadas las siguientes leyes:

1. Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual.
2. Ley 20/1992, de 7 de julio, de modificación de la Ley

Algunas consideraciones al respecto en DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo I, vol 2º, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995, pp. 1.286-1.288, en relación con la modificación del art. 16 por Ley 11/1990. Si el artículo 16 Cc. no hubiera sido promulgado de nuevo en su integridad, parte del mismo (con texto idéntico desde 1974) debería entenderse derogado por el nuevo art. 9.8 i. f. (de 1990) por ser ésta ley posterior: pero, al ser publicado de nuevo el art. 16, todo su contenido es coetáneo al art. 9.8.

22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual.

3. Ley 16/1993 (...).

Y así hasta seis leyes, cuya prolija enumeración no es aquí necesaria (27).

Asimismo, la Disposición final del Decreto Legislativo dispone: «Este Real Decreto Legislativo entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado».

Ahora bien, el Texto Refundido (como se ha dicho, un anexo del Decreto), no contiene, en cuanto tal, una disposición que ordene su entrada en vigor. Cabe entender que su texto entra en vigor cuando lo hace el Decreto Legislativo, pero también que las normas que contiene entraron cada una de ellas en vigor con las correspondientes leyes que ahora se derogan, y así continúan en vigor ininterrumpidamente.

Esta última interpretación armonizaría con el hecho de que el Texto Refundido contiene dieciocho disposiciones transitorias que no hacen más que reproducir (en su caso aclaradas, etc.) las de las leyes ahora (formalmente) derogadas, que adoptan como término temporal de referencia, no el de entrada en vigor del Decreto Legislativo, sino el de entrada en vigor de cada una de las leyes de las que se toman estas disposiciones transitorias. Es muy notable la ambigüedad de la Disp. Trans. 1ª: «Las modificaciones introducidas por *esta ley*, que perjudiquen derechos adquiridos por *la legislación anterior* (...)». «Esta ley» resulta ser la de 1987. Otras disposiciones transitorias (a partir de la octava) hacen referencia a la fecha de entrada en vigor de la ley de la que proceden (28).

La muy larga Disposición derogatoria única (del Texto refundido) reproduce todas las cláusulas derogatorias contenidas en las leyes cuyo texto se refunde. Obviamente, esta reproducción nada añade a los efectos derogatorios de cada una de ellas, agotados cada uno en el momento, distinto en cada caso, en que entró en vigor cada una de aquellas leyes.

Cuando leyes posteriores a este Decreto Legislativo quieren derogar alguna de sus normas, lo hacen de maneras diversas.

(27) Hay que convenir con Nazareth Pérez de Castro en que esta disposición derogatoria «causa cierta perplejidad» (PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. Rodrigo BERCOVITZ), 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 2.342).

(28) Pueden verse mis comentarios críticos a la disposición transitoria 8ª y al último inciso de la misma (relativo a los derechos sobre programas de ordenador) en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., pp. 2.310-2.315 y 2.317-2.321 (con un *excursus* sobre «sin perjuicio de»).

Así, la Ley de Enjuiciamiento civil (ley 1/2000), en su Disposición derogatoria única, número 2, dispone: «Quedan también derogados los siguientes preceptos, leyes y disposiciones:

(...) 13°. El artículo 142 de la Ley de Propiedad Intelectual, texto refundido por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril».

El artículo que se pretende derogar no es el 142 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (aunque procede de ella, en la que tenía otro número), sino el del Texto refundido de 1996. Parece como si el legislador entendiera aquí que el objeto derogado es (el contenido de) la norma (de la ley de 1987) en su texto (único ahora vigente) dado por el Decreto Legislativo de 1996.

La Ley concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio), otra de las grandes obras legislativas de los últimos años, utiliza una técnica distinta:

«Disposición derogatoria única

(...) 2. Quedan también derogadas las siguientes leyes:

(...) 9°. El artículo 54 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril».

Como se ve, aquí se deroga directa y exclusivamente un artículo del texto refundido.

Esto último parece lo más correcto, pues la derogación expresa tiene como objeto el texto de la norma, y el texto de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 fue expresamente derogado por el Decreto Legislativo de 1996, según hemos indicado.

Pero también hemos advertido que aquella derogación no es como las demás. No es sólo que sea puramente «formal», sino que el Decreto Legislativo no ha podido privar de vigencia a ninguna norma de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 o de las leyes posteriores que «deroga» que estuviera vigente en 1996.

c) La cuestión se ha suscitado ante los Tribunales, respecto del derecho exclusivo de los productores de fonogramas para autorizar su comunicación pública, que les reconocía el art. 119 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, y cuya mención desapareció en el Texto refundido de 1996.

El TS (Sala 3ª), por S. 1 marzo 2001, ha declarado que:

«al aprobar un Texto Refundido en el que deroga o considera derogado el art. 109.1 de la L 22/1987, por lo que se refiere al derecho exclusivo de los productores de fonogramas sobre la comunicación pública de éstos, el Gobierno hizo un uso indebido (*ultra vires*) de la delegación legislativa que le había sido conferida. En este sentido, procede la estimación parcial de la demanda, sin que el fallo de la Sala pueda llegar a dar una nueva redacción al Texto Refundido sino, simplemente, a declarar el exceso en el ejercicio de la delegación legislativa y la subsistencia del referido derecho *por continuar vigente, en cuanto no derogado, el precepto legal que lo reconocía* (fundamento jurídico decimoctavo).

En el fundamento jurídico decimosexto había dicho:

«Como es obvio, nada impediría que el legislador derogase, mediante una norma con el rango oportuno, los preceptos legales que reconocen aquel derecho, pero mientras esa decisión no sea adoptada en la sede parlamentaria que le corresponde, el Gobierno no puede ampararse, para suplirla, en el ejercicio de *una mera delegación legislativa que no incluía la facultad de derogar normas aprobadas por las Cortes*».

El Decreto Legislativo quiso derogar y declaró derogada toda la Ley de 1987, pero no pudo —estaba fuera de su alcance— en cuanto omitió incluir en el Texto Refundido en este punto un enunciado que dijera lo mismo que el que pretendía derogar. Dicho a la inversa, el Decreto Legislativo sólo puede derogar enunciados normativos de las leyes que refunde en cuanto ponga en vigor otros enunciados normativos de contenido igual (o equivalente, regularizado, aclarado y armonizado). Obviamente, para realizar el juicio de equivalencia el juez ha de partir del texto de las leyes luego objeto de refundición, que prevalece sobre el del Texto Refundido. Aquellas leyes «formalmente» derogadas están, sin embargo, en cierto sentido vigentes y conservan su fuerza de obligar.

Pero no la conservan, la vigencia y la fuerza de obligar, como antes de ser «formalmente» derogadas. Ningún juez —mucho menos la Administración ni los particulares— podrá tomar como punto de partida para la aplicación de las normas aquellos enunciados legales «formalmente» derogados. En este sentido, están tan derogados como en cual-

quier otro caso de derogación expresa. Sólo cuando se impugna directamente la legalidad del Decreto Legislativo y para comprobar la adecuación del Texto Refundido a la delegación o autorización de las Cortes resultan decisivos los textos «formalmente» derogados. Sólo, por tanto, los Tribunales de lo contencioso, o el Tribunal Constitucional, y sólo cuando realizan esta comprobación, pueden y deben tomar aquellos texto «derogados» como vigentes en el Derecho español.

Para nuestro objeto, podemos dejar aquí el análisis del estatus de estos textos legales derogados formalmente por un texto refundido que, sin embargo, es obvio que no dejan de pertenecer al Ordenamiento español. Del análisis podemos deducir también que no todas las normas derogadas tienen el mismo estatus y prever que caben otras distinciones de estatus entre normas derogadas.

VII. «TEXTOS REFUNDIDOS» EN EL DERECHO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

En el Diario Oficial de la Comunidades Europeas de 28 de marzo de 2002 se publicó un «Acuerdo interinstitucional» del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, de 28 de noviembre de 2001, «para un recurso más estructurado a la técnica de la refundición de los actos jurídicos» (2002/C 77/01). Los problemas serán distintos a los que se presentan en el Derecho español, pues, si no he entendido mal, los actos jurídicos europeos sometidos a refundición han de emanar del mismo órgano o autoridad competente para dictar los actos originarios. No hay, por tanto, delegación. Pero ello no quita que también sean observables fenómenos de derogación que, en último término, no expulsan totalmente los texto derogados del Ordenamiento europeo.

El artículo o número 1 del Acuerdo define la refundición.

«La refundición consiste en la adopción de un nuevo acto jurídico que integra, en un texto único, tanto las modificaciones de fondo que introduce en un acto anterior como las disposiciones de éste último que permanecen inalteradas. *El nuevo acto jurídico sustituye y deroga al anterior*» (subrayado añadido).

Debe entenderse que se deroga el texto íntegro del acto anterior, también en la parte correspondiente a de las disposiciones que permanecen inalteradas.

Insiste el numero 7 b) en que habrá de haber, en el texto refundido, un artículo «que derogue el acto anterior», para el que prescribe un contenido determinado.

Pero este efecto derogatorio se complica, en particular, para los «actos refundidos de las Directivas». Para ellos se prevé [7.c) i)] que

«La disposición derogatoria establecerá que las obligaciones de los Estados miembros derivadas del plazo de transposición y, en su caso, del plazo de aplicación, que figuren en la Directiva derogada por el acto de refundición no se verán afectados por la derogación».

El «texto» de la Directiva está derogado, pero estas «obligaciones» en cuanto al plazo siguen en vigor.

Más aún, no es seguro que las «disposiciones inalteradas» de la Directiva «derogada» (refundida, sustituida y derogada) pierdan su vigencia. El número 7.c) iii) concluye:

«La transposición de las disposiciones inalteradas en la Directiva resultante de una refundición se efectuará en virtud de las Directivas anteriores».

Directivas anteriores que, contradiciendo la proclamada derogación de los actos refundidos, parece que siguen en vigor, en cuanto no hayan sido modificadas por la Directiva resultante de la refundición. Eso sí, con la comodidad de leer refundidos en un solo documento el texto inalterado junto con el correspondiente a la modificaciones introducidas.

No estoy criticando este «Acuerdo institucional», que me parece que responde a una necesidad hondamente sentida de poner orden y facilitar la accesibilidad a los textos del Ordenamiento europeo, y que hace gala de una habilidad técnica muy estimable. Señalo, de acuerdo con los fines de este trabajo, la dificultad de determinar el estatus, ahora en un ordenamiento supraestatal, de ciertas normas derogadas por «actos refundidos» que, no obstante, siguen formando parte y desarrollando su fuerza de obligar en este mismo ordenamiento.

VIII. NORMAS DEROGADAS Y RECURSO DE CASACIÓN

a) Es un lugar común que la casación civil tiene como cometido originario la que se ha llamado «función nomofiláctica», es decir, «defensa

del Derecho objetivo» (S. TS. 8 julio 1985), de tutela de la ley frente a las resoluciones de los tribunales inferiores que aplican una ley que no existe, ignoran la existencia de la aplicable, infringen su letra o la interpretan inadecuadamente. En este sentido, el tribunal de casación garantiza la exacta observación de la ley por los tribunales inferiores. Hoy se defiende también que es finalidad principal —sin olvido de la anterior— la unificación de la jurisprudencia, función sin duda presente en la casación española desde su origen y potenciada en la Lec de 2000 (29).

Quizás desde el punto de vista de la función unificadora de la jurisprudencia se entienda mejor que, en la casación civil española, nunca se haya puesto en duda que el recurso pueda fundarse en infracción de ley derogada.

Podría pensarse que ya no tiene interés proteger a una ley de su desconocimiento, infracción o errónea interpretación por los tribunales cuando esta ley ha sido ya «expulsada del ordenamiento» por el propio legislador. La inveterada e indiscutida aceptación de recursos fundados en violación de leyes derogadas más bien lleva a considerar que, en realidad, las leyes derogadas no han dejado de pertenecer al ordenamiento y tienen, en el recurso de casación, la misma consideración que las vigentes.

En la regulación actual, el recurso de casación habrá de fundarse «en la infracción de normas **aplicables** para resolver las cuestiones objeto del proceso» (art. 477.1 Lec.). Por supuesto, podría discutirse también en el recurso si la norma está realmente derogada, o si se aplicó en la instancia indebidamente en razón de las normas de derecho intertemporal: entonces, son éstas las normas infringidas. Pero si es aplicable al caso una norma derogada, entonces es función del Tribunal, en el recurso de casación, fijar su interpretación y unificar su aplicación.

Este resultado podría considerarse, sin más, consecuencia de que las normas derogadas son «aplicables». Ciertamente, si no fueran aplicables, su infracción no podría fundar un recurso de casación (salvo en el supuesto de que hubieran sido aplicadas indebidamente, lo que no hace a

(29) VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *La casación civil (Revisión crítica)*, 1979, p. 74; GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *El recurso de casación civil (Control de hecho y de derecho)*, Valencia, 1976, pp. 22 ss.; LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *El interés casacional*, Madrid, 2002, pp. 19 ss.; NIEVA FENOLL, *El recurso de casación civil*, Barcelona, 2003, pp. 75 ss. Estos y otros procesalistas españoles, aun manteniendo opiniones no coincidentes y aun polémicas sobre la finalidad o finalidades del recurso de casación, no dejan de referirse a las aludidas en el texto, ni de citar como referencia la gran obra de CALAMANDREI, *La casazione civile*, dos tomos., Milán, 1920 (trad. cast. Por Sentís Melendo, Buenos Aires, 1947, dos tomos en tres volúmenes).

nuestro objeto), pero no basta con que sean aplicables al caso. En realidad, su cualidad de (meramente) «aplicables» no explica el tratamiento que las normas españolas derogadas tienen en el recurso de casación.

Para comprobarlo, basta comparar el tratamiento que reciben otras normas aplicables por los Tribunales españoles, pero que no pertenecen al Derecho español. Me refiero, naturalmente, a las normas de un ordenamiento extranjero, cuando su aplicación es reclamada por las normas españolas de Derecho internacional privado.

El punto de partida en nuestro Derecho es que las normas de un ordenamiento extranjero tienen el tratamiento de «hechos» que las partes han de alegar y probar. La regla hoy vigente (art. 281.2 Lec.) señala que «el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación» (art. 12.6 Cc.). Contrasta con la norma según la cual «Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español» (30).

Ciertamente, hay especialistas tanto en Derecho procesal como en Derecho internacional privado que critican las normas transcritas o proponen interpretaciones tendentes a la aplicación de oficio de las normas materiales extranjeras, rechazando, en todo caso, que puedan tener la consideración de meros hechos (31).

A nuestros efectos, nos basta con recalcar que las normas de conflicto españolas son, sin duda, aplicadas de oficio por el juez español;

(30) Contraste más evidente y explicativo si se recuerda que la norma del actual art. 281.2 Lec. constituía, hasta el 8 de enero de 2001, la segunda parte del citado número 6 del art. 12 Cc. Por cierto, este constituye otro ejemplo de derogación y promulgación simultánea de enunciados normativos idénticos.

(31) Es interesante notar que en el elenco de «normas jurídicas excluidas de control [en casación] o sometidas a un control restringido» ofrecido por Guzmán Fluja (El recurso de casación civil, cit., pp. 83-86) incluye al Derecho extranjero, junto con la costumbre, las normas nacidas de la voluntad privada e incluso las normas sobrevenidas (promulgadas después de iniciado el proceso) sin referencia siquiera a las normas derogadas. No hay duda de que en la casación tienen un tratamiento muy distinto al del Derecho extranjero. También en el Derecho francés: vid. BORÉ, Jacques, *La cassation en matière civile*, Dalloz, París, 1997, pp. 253-260. Este autor roza al menos la afirmación explícita de que a través del recurso de casación se controla la aplicación e interpretación de las normas derogadas —cuestión, insisto, que nadie parece haber puesto en duda—, al señalar que es condición para este control que se trate de «un texto aplicable en el tiempo al litigio»: «il faut encore qu'il soit applicable dans le temps au litige que l'arrêt a tranché». Pero evita tratar los problemas generales de la aplicación de las leyes en el tiempo y se limita a interesantes consideraciones sobre el cambio de legislación en el curso de la instancia en casación, bien sea por anulación de texto legal o reglamentario, bien por publicación de nueva norma legal (pp. 236-237).

mientras que, respecto de las extranjeras que han de aplicar, no hay tal deber, sino el muy distinto de valerse de «cuantos medios de averiguación estime necesarios». Traslademos ahora el problema al ámbito temporal de aplicación de las normas. Las normas de derecho intertemporal son, sin dudas, aplicables de oficio. ¿Y las normas derogadas aplicables según este derecho intertemporal? Todo indica que son también aplicables y aplicadas de oficio. En todo caso, son alegadas por las partes y tratadas por los tribunales, incluido el Supremo, del mismo modo que las normas vigentes.

Hasta aquí, creo que todo lo dicho es bastante obvio y, como tal, será difícil encontrarlo expuesto en manuales o monografías. Que el Tribunal Supremo decide recursos de casación fundados en infracción de normas derogadas es fenómeno ordinario, de gran frecuencia y que no llama la atención de nadie.

b) Quizás ya no sea tan evidente, pero sí comprobable, que, en ocasiones, la interpretación que de una norma derogada entiende ahora correcta el Tribunal Supremo puede diferir de la que el propio Tribunal dio por buena tiempo atrás, cuando la norma estaba vigente (de «interpretaciones diacrónicamente cambiantes» habla Guastini) (32). El sentido de las normas derogadas no queda petrificado, sino que puede variar con el tiempo (como el sentido de cualesquiera enunciados normativos) y el Tribunal habrá de atender para dilucidarlo «a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» (art. 3.1 Cc.), tiempo acaso muy posterior al de su derogación. Más aún, sería de prever que precisamente respecto de las normas derogadas parezca más pertinente reinterpretar su sentido, precisamente porque ahora las valoraciones sociales que han de tenerse en cuenta son más acordes con las normas vigentes que han venido a sustituir a la derogada ahora aplicable.

Pero en la experiencia española parece más visible un fenómeno en cierto sentido inverso: la interpretación de la norma nueva según los criterios que sirvieron para aplicar la derogada. Dicho de otro modo, la aplicación por el Tribunal Supremo de «su jurisprudencia» formada en aplicación de la ley derogada a casos que están regulados por una ley nueva de contenido más o menos parecido al de la derogada.

Todo jurista que haya seguido durante años la evolución legislativa y jurisprudencial de una concreta materia se habrá encontrado alguna vez con la sensación de que, en ciertos casos, los tribunales (en particu-

(32) GUASTINI, Riccardo, «L'ordre juridique. Une critique de quelques idées reçues», en *Analisi e diritto* 2000, a cura de P. Comanducci y R. Guastini, p. 91.

lar, el Tribunal Supremo) parecen no darse por enterados de que el legislador dictó una nueva ley, por el procedimiento de hacer decir al texto recién publicado lo mismo que habían hecho decir al anterior. Como si la «ley contra jurisprudencia» hubiera de interpretarse «*ut minus corrigat vel derogat*» aquella norma que el Tribunal Supremo había fijado.

Hace unos años estudié con cierta amplitud la jurisprudencia del Tribunal Supremo producida entre 1970 y 1995 sobre casos de fianza prestada por el marido y sus consecuencias sobre los bienes gananciales. Pretendía aportar —además de la exposición de la materia sustantiva— «un atisbo sobre los modos de creación, transmisión, transformación, (mal)interpretación, desvanecimiento, reaparición y acaso extinción de las máximas jurisprudenciales, así como del uso que el Tribunal Supremo hace de sus propias máximas». En particular, señalaba «la tendencia del Tribunal Supremo a la perpetuación de su propia jurisprudencia por encima de los cambios de las normas emanadas del legislador» (33).

Como mostraba con el análisis detallado de treinta y cuatro sentencias dictadas en aquellos veinticinco años, «el Tribunal tiende a dar a los casos la misma respuesta que antes, adaptando, a lo más, parte de la argumentación para tomar como premisa alguna norma vigente».

Como es sabido, en 1981 toda la materia de relaciones entre cónyuges y, en particular, el régimen de gananciales, había sido regulada sobre nuevas bases, ahora igualitarias, por la Ley de 13 de mayo de aquel año de «modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio». Desde 1975 el marido había dejado de ser el cabeza de familia, ya que se había abolido el deber de obediencia de la mujer y la necesidad de licencia marital, aunque todavía el marido era, de ordinario, el administrador de los bienes gananciales. Dejó de serlo en 1981 (¿o en 1978? Pero esta sería otra historia). Pues bien, en los años posteriores a 1981 el Tribunal Supremo resolvió muchos recursos sobre fianza prestada por varón casado bajo el régimen de gananciales en que, por razón de la fecha de la fianza, había de aplicar el Derecho derogado. Esta aquí, nada de particular (excepto la aplicación en casación de normas derogadas que han servido para fundar el recurso, como se ha expuesto más arriba).

Pero cuando llegaron casos de fechas posteriores, en que había de aplicar la nueva regulación de 1981, el Tribunal siguió razonando sobre

(33) DELGADO ECHEVERRÍA, «Afianzamiento y régimen económico del matrimonio», en *Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal* (director, Carrasco Perera), *Cuadernos de Derecho judicial*, Madrid, 1995, p. 201.

«interés familiar» —siempre para reconocer los mayores efectos a los actos del marido—, en los mismos términos en que lo hacía anteriormente. «Puede decirse —son mis palabras de entonces— que el Tribunal Supremo realiza una interpretación del Derecho nuevo a la luz de su doctrina anterior, en una operación de *iuris continuatio* de gran calado. Donde en el legislador hay una evidente intención de corte con el pasado (...) el tribunal sujeta los preceptos del legislador a la horma de los principios o máximas por él creados bajo el Derecho anterior» (34).

c) Esta actitud del Tribunal Supremo (al menos, de su Sala de lo civil), que cubre el sabor fresco de las leyes nuevas sumergiéndolas en la salsa de su intemporal «jurisprudencia» (35), está ahora alentada, bien que de forma indirecta, por la regulación que la ley de enjuiciamiento de 2000 hace del «interés casacional». La regulación es complicada, pero a nuestros efectos basta con recordar que sólo son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales en determinados casos, entre ellos «cuando la resolución del recurso presente interés casacional». Y se considera que un recurso presenta interés casacional, entre otros supuestos, cuando la sentencia recurrida «aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a *normas anteriores de igual o similar contenido*» (cursiva añadida) (art. 477.3; vid. también art. 483.2 3º: procede la inadmisión del recurso si, «a juicio de la Sala, existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre dicha norma o sobre *otra anterior de contenido igual o similar*»).

Se facilita, con el reconocimiento del «interés casacional» a los recursos sobre aplicación de normas «que no lleven más de cinco años en vigor (36)» la formación y unificación de jurisprudencia en la interpre-

(34) DELGADO ECHEVERRÍA, «Afianzamiento», cit., p. 255.

(35) Días después de escrito el texto correspondiente, le por casualidad una frase atribuida a James Joyce que no me resisto a transcribir: «Dios ha hecho los alimentos, y el diablo la sal y las salsas».

(36) ¿Esto incluye a las derogadas antes del transcurso de cinco años desde su entrada en vigor, y por el tiempo que quede hasta el cumplimiento de los cinco años? Ciertamente, no llevan más de cinco años en vigor (más aún, es ya seguro que nunca llegarán a cumplirlos en vigor), por lo que reúnen literalmente los requisitos. Lo mismo si atendemos al art. 483.2.3º, pues no se da el supuesto de inadmisión de que «la norma infringida llevase vigente más de cinco años». Cabría objetar que carece «de interés casacional» pronunciarse sobre leyes derogadas, pero la incuestionada admisión de recursos fundados en leyes derogadas hace pensar que el Tribunal Supremo se atendrá a la interpretación literal. Entenderlo de este modo —que me parece razonable— implica ad-

fación y aplicación de leyes recientes («que no lleven más de cinco años en vigor»), pero al propio tiempo se da por supuesto que «vale» la jurisprudencia producida con anterioridad a la promulgación de la ley, aunque la norma antigua y la nueva no sean idénticas (como podría ser el caso de los *Texto refundidos*), sino que basta con que su contenido (aunque no su texto) sea «similar». Obviamente, para comparar los contenidos hay que interpretar una y otra norma, cosa que en este contexto la Sala hace (se supone que hace) en fase de admisión del recurso y, si entiende que los contenidos son similares, lo inadmite.

El recurso, conviene aclarar, no puede fundarse sino en infracción de las normas aplicables, no en infracción de jurisprudencia (37). Pero a través de los filtros del «interés casacional» la jurisprudencia formada al interpretar y aplicar las leyes derogadas tiende a ser la guardiana del sentido de las leyes nuevas, que a la postre son interpretadas partiendo del sentido de las derogadas, tal como lo fijó la jurisprudencia (38).

d) El fenómeno de la jurisprudencia retardadora es, probablemente, universal y, acaso, inevitable en los sistemas jurídicos. Suele decirse que los sistemas normativos jurídicos son sistemas dinámicos, y lo son sin duda en el sentido de que contienen normas que habilitan a ciertas personas para que, siguiendo ciertos procedimientos, creen normas válidas en el sistema. Pero, como ha subrayado Guastini, no son pura-

mitir que la derogación de la norma no merma el interés del ordenamiento por su defensa frente a interpretaciones judiciales incorrectas y, en general, por la formación de doctrina jurisprudencial sobre la misma.

Sobre este rubro del interés casacional (sin aludir a las cuestiones que aquí se plantean) BLASCO GASCÓ, *El interés casacional*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 54-55; LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *El interés casacional*, Madrid, 2002, pp. 290-292 y NIEVA FENOLL, ob. cit., pp. 205-210.

(37) Cuando la ley permitía fundar el recurso en infracción de la jurisprudencia facilitaba la aplicación de ésta por el Tribunal Supremo aun después de que el legislador hubiera derogado la norma sobre la que se construyó la jurisprudencia; también ocurría, en algunos casos, que el Tribunal Supremo rechazaba el recurso por este motivo, es decir, en razón del cambio legislativo.

(38) Peor todavía si, en el caso de existir jurisprudencia sobre norma derogada, se exigiese al recurrente acreditar que el contenido de la ley nueva no es «similar», o que hay una «diferencia sustancial» entre ambas, como parece desprenderse de los «Criterios sobre recurribilidad, admisión y régimen transitorio» adoptados por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Junta General de 12 de diciembre de 2000. Esta exigencia podría fundarse en el art. 481,3 Lec. («En su caso, en el escrito de interposición, además de fundamentarse el recurso de casación, se habrá de manifestar razonadamente cuando se refiera al tiempo de vigencia de la norma y a la inexistencia de doctrina jurisprudencial relativa a la norma que se estime infringida»). Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *El interés casacional*, Madrid, 2002, pp. 288 y 290.

mente dinámicos, pues incluyen criterios de validez que hacen referencia al contenido de las normas, en el sentido de que son válidas en el sistema no sólo las normas explícitas, sino también las deducibles o implícitas (39). «Todos los ordenamientos —indica Guastini— están repletos de normas «implícitas», elaboradas por los juristas y por los órganos aplicadores, a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia no sean fuentes formales del Derecho». El olvido del carácter estático de los ordenamientos lleva a descuidar la dimensión «productora de normas» de la jurisprudencia (40).

Una consecuencia del carácter estático de los sistemas jurídicos podría ser la siguiente. Las normas deducibles o implícitas (según opinión extendida, aunque discutida, en la teoría del derecho) no son susceptibles de derogación por el legislador. En todo caso, no son susceptibles de derogación expresa, pues el objeto de ésta sólo pueden ser textos legales, no contenidos normativos. El admitir la derogación tácita —asunto igualmente controvertido— no lleva a resultados muy diferentes, pues nos encontraremos siempre con la indeterminación producida por la utilización del criterio de incompatibilidad entre contenidos normativos (41). En consecuencia, cuando el legislador deroga una ley no puede derogar —o si tácitamente, no se sabe con qué alcance— las normas implícitas que los autores y los jueces elaboraron partiendo de los contenidos normativos de la ley derogada. Estas normas implícitas, que son la materia por excelencia de la elaboración jurisprudencial, se convierten en un formidable freno de inercia que retrasa la aplicación del cambio legislativo.

IX. VIGENCIA Y DEROGACIÓN

a) «Vigencia» de la ley es hoy término habitual en el lenguaje del legislador y de los juristas españoles (por ejemplo, art. 2-2 Cc., central pa-

(39) En este sentido son sistemas mixtos. Así VILAJOSANA, Josep M., «Dinámica de sistemas y persistencia de normas jurídicas», en *DOXA*, 21-I, 1998, p. 51.

(40) GUASTINI, Riccardo, «Ordenamiento jurídico: un concepto problemático», en *Distinciendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa editorial, Barcelona, 1999, p. 351; «L'ordre juridique. Une critique de quelques idées reçues», cit., p. 93, con mayores precisiones.

(41) Sobre derogación de normas implícitas o derivadas, cfr. ORUNESU, Claudina, RODRÍGUEZ, Jorge L.; SUCAR, Germán, «Inconstitucionalidad y derogación», pp. 32-34; «Reflexiones ulteriores sobre inconstitucionalidad y derogación», pp. 147-150; *Mendonca*, Daniel, *Las claves del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 147-149.

ra nuestro tema (42)), pero quizás siga siendo todavía más usado el tradicional 'vigor' (por ejemplo, «las leyes entrarán en **vigor** a los veinte días de su promulgación» (art. 2-1 Cc.). Los artículos del título preliminar del Código civil (entre ellos, el que acabo de citar), como se sabe, fueron redactados en 1973-74, y proporcionan información interesante sobre la evolución de los usos lingüísticos en esta materia (43).

En 1888-89 el título preliminar no hablaba de «vigencia» ni de «entrada en vigor», sino que expresaba que «**las leyes serán obligatorias**» a partir de cierto momento calculado con relación al de la publicación. También, que las leyes «**regirán**». En la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, «por la que se autoriza al Gobierno para publicar un Código civil...» se utilizan expresiones como que éste «empezará a **regir** como ley» (44), «**regirá** tan solo como supletorio», «**será obligatorio**» (45) «empezará a **regir**» (46). El Real Decreto de 11 de febrero de 1889 hace referencia al plazo «para que [el Código] comenzara a **regir** como ley» (47). Que las leyes «rigen» o que «obligan» parecen ser los usos lingüísticos preferidos en la época. Pero en la Ley de Bases se habla también de preceptos «hoy **vigentes**» (Base 2ª) (48) y en el propio Código

(42) «Por la simple derogación de una ley no recobran **vigencia** las que ésta hubiere derogado».

(43) Además de lo dicho en el texto, es interesante comprobar los cambios en la forma de referirse a los Derechos forales en sus relaciones con el Código. Se sigue diciendo que éste «**regirá como supletorio**» (art. 13 y art. 12 derogado), pero ya no se dice que el Título Preliminar «**será obligatorio**», sino que «**tendrá aplicación general y directa**». Tampoco se hace ya la referencia a los territorios «en que **subsiste**» derecho foral, sino a los derechos forales o especiales de las provincias o territorios «en que **están vigentes**». Que la Constitución de 1978, en su art. 149-1-8º, se refiera a los derechos civiles forales o especiales «allí donde **existan**» ha dado lugar a fundadas dudas sobre si «existir» los Derechos (ordenamientos) es lo mismo que «estar vigentes» las normas.

(44) Art. 3º Ley de Bases: (El Código) «**no empezará a regir como ley** ni producirá efecto alguno legal hasta cumplirse los sesenta días siguientes a aquel en que se haya dado cuenta a las Cortes de su publicación».

(45) Art. 5º Ley de Bases de 1888: «(...) **regirá tan sólo como supletorio** en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas (las provincias en que subsiste derecho foral) por sus leyes especiales». (...) El título preliminar del Código ... **será obligatorio** para todas las provincias del Reino».

(46) Art. 7º Ley de Bases de 1888: (...) «El Código civil **empezará a regir** en Aragón y en las Islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas ...».

(47) En ediciones privadas prestigiosas a este Real Decreto se le atribuye el título «por el que se prorroga el plazo de **entrada en vigor** del Código civil», pero en realidad no tiene ninguno oficial. El transcrito parece proceder (allí, correctamente, entre corchetes, como añadido de los editores) de la edición crítica de Jerónimo LÓPEZ LÓPEZ y Carlos MELÓN INFANTE (Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 21).

(48) También en el Real Decreto de 31 de julio de 1889, por el que «se hace extensivo a las Islas de Cuba, Puerto Rico y Filipinas el **Código civil vigente** en la Península (...)».

de «vigor» en el art. 1976, que constituye su disposición derogatoria (49). «Observancia» parece utilizarse con un sentido coincidente o muy próximo al de vigencia en el art. 1.939 («pero si desde que fuere [el Código] puesto en observancia transcurriese...»), lo que resulta más claro en el art. 5, que tras proclamar que «las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores» añadía: «y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario», pues aquí «observancia» no puede significar sino fuerza de obligar.

«Regir» y «vigor», aunque corresponden a campos semánticos distintos, se usan ambos con la finalidad de separar las leyes que rigen o están en vigor de las que todavía no tienen fuerza de obligar o la han perdido ya. Pero ocurre que ni del verbo regir puede derivarse un adjetivo para calificar a las leyes que rigen (ni «rigiente» ni «regente»), ni podemos servirnos del verbo correspondiente al sustantivo «vigor» (aunque existe en latín «vigere» y ha persistido en italiano, y creo que alguna vez se ha escrito en español que una norma «vige»). En consecuencia, de las leyes que rigen se dice que están vigentes, o que son leyes vigentes, que es lo mismo que decir que tienen vigor o están en vigor. «Vigencia» es término introducido con posterioridad, probablemente como tecnicismo pretendidamente más exacto, para sustituir a «vigor», en particular para referirse a la cualidad abstracta que puede convenir a todas las leyes promulgadas y no derogadas (se habla de «vigencia de las leyes», no tanto de «vigor de las leyes»; pero se sigue diciendo que tal ley «ha entrado en vigor», o que «está en vigor», no que «ha entrado en vigencia», o que «está en vigencia») (50).

(49) «Vigor» es término introducido en este artículo alterando el texto de la Ley de Bases. La Base 27 redactaba así: «quedarán **sin fuerza legal alguna**, así en su concepto de leyes directamente obligatorias como en el de derecho supletorio». Esta previsión de privación de fuerza legal «en concepto de derecho supletorio» atiende, entre otros problemas, al de la llamada 'reviviscencia' de las normas derogadas, impidiéndola en principio. El art. 1976 Cc., al redactar «quedarán **sin fuerza y vigor**, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de derecho supletorio» no altera el significado, pero nos ilustra sobre el uso de los términos.

(50) Proporcionan información interesante sobre los usos lingüísticos de los juristas españoles en el tiempo que precedió a la reforma del título preliminar del Código civil las definiciones del Diccionario de la Real Academia (19ª ed., 1970). «Vigencia» es «calidad de vigente», y «vigente» adjetivo que «aplicase a las leyes, ordenanzas, estilos y costumbres que están en vigor y observancia». 'Vigor' es, en su tercera acepción, «fuerza de obligar en las leyes u ordenanzas, o duración de las costumbres o estilos» (mientras que 'observancia' es, entre otras acepciones que incluyen la específica del Derecho aragonés, como primera de ellas, «cumplimiento exacto y puntual de lo que se manda ejecutar; como ley, religión, estatuto o regla»). Regir, por otra parte, significa también (6ª acepción) «estar vigente». Por tanto, si una ley rige, está vigente y tiene, por ello, vigencia.

En definitiva, creo que es un uso muy arraigado en el legislador y los juristas españoles utilizar «vigencia» o «vigor», en las formas vistas, para referirse a las leyes que, tras su publicación (normalmente, veinte días más tarde), han adquirido fuerza de obligar y no han sido más tarde derogadas por otras leyes. En particular, por la derogación las leyes pierden su vigencia: art. 2-2 Cc. Ya en 1888 el art. 1976 Cc., al derogar el derecho civil anterior, explicaba que los «cuerpos legales, usos y costumbres» que derogaba «quedarán sin fuerza y vigor» (51).

En consecuencia, creo que lo más adecuado es entender (como es habitual en la doctrina reciente) (52) que el efecto propio de la derogación es la pérdida de la vigencia de la norma.

«Vigente» entró en el Diccionario de la Academia en 1817; «vigencia», en 1925. 'Vigor' —y no los anteriores— se encuentra en el de Autoridades de 1739 y procede de los estratos más antiguos del castellano (h. 1.140).

(51) En la Lec. de 2000, el término 'vigencia' (además de un par de veces en su preámbulo, V, párr. 1 y XIX, párr. 6), comparece en el art. 281.2 (procedente del Título Preliminar del Código civil, de 1973-74, como hemos visto en el número anterior) y en el 481.3 (que también hemos citado en la nota 38). Muy expresivo el uso de 'vigor' y 'vigencia' en las disposiciones transitorias y derogatorias: disp. trans. 7ª («Las medidas cautelares que se soliciten, tras la entrada en vigor de esta Ley, en los procesos iniciados antes de su vigencia...»); disp. derogatoria única, 1.1ª: «(...) quedarán en vigor hasta la vigencia de la ley concursal y de la ley sobre jurisdicción voluntaria, respectivamente...»; 1.3ª: «(...) estarán en vigor hasta la vigencia de la ley». Por cierto, estos últimos son buenos ejemplos de derogación sujeta a condición suspensiva (pues el evento consistente en la entrada en vigor de las leyes anunciadas, todavía no aprobadas, es futuro e incierto).

(52) Al menos, entre quienes específicamente se ocupan de derogación. Vid. GASCÓN ABELLÁN, Marina, «La derogación», en Miguel Carbonell y Susana Thalía Pedroza de la Llave (coords.), *Elementos de técnica legislativa*, UNAM, México, 2000, pp. 228 y 230 ss.; Díez-PICAZO, Luis María, *La derogación de las leyes*, Madrid, 1990, p. 162 y *passim*. Pero no hay que olvidar que desde la teoría de la norma muchos autores siguen planteando la derogación como privación de «validez», al modo kelseniano; o bien, por distintas razones, niegan que la vigencia sea una propiedad de las normas. Es el caso de HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 1998: «Hay que pensar que la vigencia no es una propiedad de los enunciados jurídicos, e incluso que la vigencia no es una propiedad en absoluto» (p. 440), tras sugerir provisionalmente que, en cualquier caso, el intervalo de vigencia de un enunciado jurídico no termina en el momento de su derogación, ni en momento alguno determinable (p. 434).

Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, que utiliza en muchos lugares indistintamente 'validez' y 'vigencia' (para referirse a «la existencia misma de la norma» y a su «fuerza de obligar»), al referirse al «ciclo vital de la vigencia formal de las normas» aclara: «término este de vigencia que entendemos preferible al de validez, que, pese a su mayor tecnicismo, posee en nuestra cultura jurídica un área semántica más amplia, por lo que podría inducir a confusión» (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1991, p. 333; vid. también pp. 363 y 380-383).

De este modo, el momento final de la vigencia de las leyes derogadas coincide con el momento inicial de la ley derogatoria, es decir, el momento de su entrada en vigor (coincidente con su publicación o posterior a ella, tras el plazo de *vacatio*) (53).

b) La anterior afirmación de que las leyes pierden su vigencia en el momento en que quedan derogadas por la entrada en vigor de la ley derogatoria tras su publicación, podría cuestionarse en dos sentidos.

Por una parte, por entender que las leyes con efecto retroactivo (al menos, algunas de ellas) en realidad están vigentes desde antes de su publicación, como si la retroactividad fuera equivalente a la entrada en vigor anticipada respecto de la fecha de la publicación. Creo que es preferible excluir totalmente este uso de los términos 'entrada en vigor'. Sustancialmente, porque me parece del mayor interés subrayar que las leyes sólo pueden regir conductas humanas posteriores a su publicación. Sólo desde la publicación de la norma los ciudadanos pueden observarla y acomodar su conducta a sus prescripciones; sólo las leyes ya publicadas pueden contener normas que quepa considerar como «razones para la acción» (54). Este es el sentido fuerte de la proclamación de que «las leyes sólo disponen para el porvenir», que no es contradictorio por el hecho de que algunas leyes tengan efecto retroactivo.

En sentido contrario, podría también defenderse que en los supuestos de ultraactividad de la ley derogada, o al menos en algunos de ellos, el hecho de que la ley sigue produciendo efectos tras su derogación (incluso, en ciertos casos, regulando hechos que acaezcan con posterioridad), se debe a que todavía no ha perdido su vigencia, o no la ha perdido del todo. Hemos visto que el Tribunal Constitucional asocia de algún modo la ultraactividad con «vestigios de vigencia». Pero, de una parte, no se ve la utilidad teórica de admitir distintos grados de vigencia. Esta es una cualidad de todo-o-nada. Por otra, el fenómeno ordinario de que las leyes derogadas resulten «externamente» aplicables por los jueces tiempo después de su derogación no debe llevar en modo alguno a dudar sobre que se trata de aplicación de leyes que ya no están vigentes. Si por ultraactividad se entiende, de manera más precisa, que

(53) Naturalmente, con ello no estoy negando la posibilidad de que las leyes pierdan su vigencia por otros acaecimientos distintos de la derogación (transcurso del plazo de vigencia para el que se dictó, *desuetudo*).

(54) En el sentido introducido por HART y RAZ, y que ATIENZA y RUIZ MANERO utilizan sistemáticamente para caracterizar y diferenciar diversos tipos de normas (*Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 11-15, 17 y tantas otras; esquemáticamente, en los cuadros de las pp. 177 ss.).

una ley sigue determinando las consecuencias posteriores de hechos acaecidos con anterioridad a su derogación (55), resulta por lo menos forzado entender que la norma está «vigente» para estos casos y sólo para ellos: parece que la vigencia ha de poder predicarse de la ley en su formulación abstracta.

Cabe todavía considerar que la ultraactividad (o una de sus manifestaciones) se circunscribe a los supuestos en que, por disponerlo la ley derogante, una norma derogada se aplica (internamente) a hechos acaecidos con posterioridad a su derogación, es decir, su intervalo de subsunción no se cierra con la pérdida de la vigencia (56). Esta determinación del intervalo de subsunción por la norma derogante no equivale a la técnica de la derogación retardada (57). Cuando el legislador no lo ha hecho de este modo, sino que deroga inmediatamente todas las normas de la ley anterior, incluso aquellas para las que dispone su aplicación a hechos futuros durante cierto tiempo, entendemos que estas normas han perdido su vigencia. Se aplican, sí, pero con fundamento en la fuerza y vigor de la ley derogante (58). La prueba —ciertamente, teórica— la daría las distintas consecuencias de la posterior derogación de la ley derogante: en el primer caso (derogación retardada) la norma anterior seguiría en vigor, pues el efecto derogatorio todavía no se había producido; en el segundo no, precisamente por haber sido derogada (59).

X. VALIDEZ Y DEROGACIÓN

Como expongo en el número anterior, entiendo la vigencia de la ley de la manera en que la entienden la mayor parte de los juristas (al menos, españoles). Una ley está en vigor desde su publicación, o desde el

(55) Supuestos en que el «tiempo del efecto» (TE) es posterior a la derogación. Vid. *infra*, sobre «intervalo de subsunción» (IS) y «tiempo del efecto» en la obra de Hernández Marín.

(56) Sobre ultraactividad, de nuevo *infra*, núm. 13.

(57) Derogación retardada o condicionada que la ley derogante puede adjudicar a todas las normas de la ley derogada o sólo a algunas de ellas. Ejemplos de esta técnica en la disposiciones derogatorias de la Lec. de 2000 citadas en nota 51.

(58) Un análisis parcialmente coincidente en DÍEZ-PICAZO, Luis María, *La derogación de las leyes*, Madrid, 1990, pp. 222-223.

(59) N_2 , que entra en vigor en el día 1, deroga N_1 con efecto retardado al día 20. El día 19 N_3 deroga a N_2 . N_1 sigue vigente.

N_2 , que entra en vigor en el día 1, deroga a N_1 , si bien dispone que seguirá aplicándose a los casos que ocurran hasta el día 20. El día 19 N_3 deroga a N_2 . N_1 , que estaba derogada, no revive.

momento posterior que la propia ley indique (tras su *vacatio*), y pierde su vigencia o vigor, de ordinario, al ser derogada por otra ley. Mientras está vigente, «la norma es vinculante, es decir, que [en la sociedad] debe realizarse la conducta establecida en la misma» (60). Una vez derogada, pierde la fuerza vinculante para el futuro (no es ya obligatoria la conducta que prescribía), pero no deja de pertenecer al ordenamiento. En atención a esta característica, L. M. Díez-Picazo define la vigencia como «la pertenencia 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» (61).

Esta forma de entender la vigencia supone que las normas derogadas siguen perteneciendo al ordenamiento, aunque ya no de manera «actual y activa», puesto que sólo regulan (salvo retroactividad o ultraactividad) las situaciones que quedaron subsumidas en su supuesto de hecho antes del momento de la derogación.

Antes de seguir adelante y tratar de explicar esta «pertenencia al ordenamiento» de las normas derogadas, de acuerdo con algunas aportaciones recientes en el campo de la Teoría General del Derecho, parece útil recordar el punto de partida de esta Teoría General, es decir, la obra de Kelsen. Como es bien sabido, para Kelsen la derogación consiste en la eliminación de la validez de una norma por otra norma (62). Dado su concepto de validez, puede decirse que la derogación es la eliminación

(60) DELGADO PINTO, José, «Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas», en *DOXA*, 7, 1990, p. 136.

(61) DÍEZ-PICAZO, Luis María, *La derogación de las leyes*, Madrid, 1990, p. 162. En p. 168 subraya, en idéntica definición, los términos 'de manera activa' y 'potencialmente', y recalca (p. 169) que las leyes derogadas «pertenecen al ordenamiento, más no poseen ya una indefinida idoneidad reguladora». Más adelante añade: «Las leyes comienzan a existir, mas no dejan de existir o, al menos, no puede fijarse con precisión cuándo esto ocurre» (p. 172). A partir de la página 217 trata de explicar esta perdurable «existencia» «disociando entre vigencia y eficacia», si bien advierte que esta distinción «no deja de ser, en cierta medida, un artificio del lenguaje» y que se designa así esta realidad «por mera comodidad».

(62) Esto es así tanto en el «primer Kelsen» como en el «último Kelsen» (en particular, en su artículo de 1962 «Derogation», en R. A. Newman (ed.) *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*; trad.cast., «Derogación», en *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, 21, pp. 259-274). No pretendo aquí abordar directamente el pensamiento kelseniano, por lo que será suficiente la referencia a AGUILÓ REGLÀ, Josep, «La derogación de normas en la obra de Hans Kelsen», en *Doxa*, 10, 1991, pp. 223-258. Sobre el «primer Kelsen» y el «ultimo Kelsen», con desarrollo de temas especialmente pertinentes a nuestros efectos (pues está centrado en la teoría de la validez del último Kelsen), GUASTINI, Riccardo, «Normas, juicios de validez y ciencia jurídica en el último Kelsen», en *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa editorial, Barcelona, 1999, pp. 127-141.

de la existencia de la norma. Al mismo tiempo, la anulación (por inconstitucionalidad) de la norma no sería sino una forma de derogación que, del mismo modo, eliminaría la existencia o validez de la norma anulada.

Pues bien, me parece útil para entender desde una lengua romance las tesis kelsenianas —y la mayor parte de lo que se ha escrito sobre ‘validez’ de las normas— caer en la cuenta de que, como ha puesto de relieve Delgado Pinto, con el término alemán *Geltung* (habitualmente traducido como validez), los filósofos del Derecho en lengua alemana parecen designar «la existencia actual de la norma (lo que en nuestro idioma solemos designar con el término vigencia) y, al mismo tiempo, su carácter valioso que se manifiesta en su fuerza vinculante». En particular, Delgado Pinto propone traducir y traduce el término *Geltung* kelseniano por vigencia, «teniendo en cuenta que Kelsen, de una forma mucho más clara y enérgica que otros autores, insiste en que la expresión “*Geltung einer Norm*” designa, ante todo, la existencia de la norma como tal» (63).

Es claro que el legislador y los juristas españoles nunca han utilizado «validez» en el sentido de la *Geltung* kelseniana. Ni han sentido necesidad del término ‘validez’ hasta tiempos recientes: bastaba con discutir si la norma o el acto eran o no nulos (64). De hecho, «validez» no se ha introducido en el Código civil hasta 1973, al decir que «carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior» (art. 1^o-2).

(63) DELGADO PINTO, José, «Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas», en *DOXA*, 7, 1990, pp. 101-103, en particular nota 1 y, específicamente sobre la traducción al castellano de *Geltung* en Kelsen, p. 107, nota 2.

(64) El término «validez» es reciente en la lengua española (no lo recoge la Academia hasta 1843). «Nulo» y «nulidad» se utilizaban desde muchos siglos atrás (vid. Dic. de Autoridades de 1734), pues se refieren a irregularidades de las normas o de los actos (sobre todo, de los actos procesales) que dan lugar a acciones de impugnación; por tanto, un concepto útil y necesario en la práctica. Mientras que la «validez» como cualidad de la norma no dice nada adicional sobre que la norma o el acto «está ahí» (existe) con normalidad. «Invalidéz» es más útil que «validez», pues sirve para referirse a todas las irregularidades de las normas o de los actos que permiten su impugnación, sin prejuzgar por qué vía o de qué tipo es la invalidez (nulidad, anulabilidad, *querella nullitatis*, *ius dicendi nullum*...). En cualquier caso, mientras que en siglos anteriores puede documentarse ampliamente el uso de «nulidad», todavía en el XVIII y principios del XIX se observa la presencia de «valididad» cuando los autores se refieren a la cualidad de haber sido regularmente producida la norma o el acto y no incurrir en ninguna otra causa de nulidad. Esta vacilación en la creación de los términos me parece significativa de la escasa necesidad que se había sentido por su uso hasta entrado el siglo XIX («valididad» es término acogido en los Diccionarios de 1803 y 1817; en el siguiente, de 1822, se da entrada a «validad» —que, para mi sorpresa y supongo que la de muchos otros juristas, todavía sigue en el Diccionario—; ‘validez, como se ha dicho, sólo se recoge desde 1843).

En consecuencia, creo que conviene utilizar el término «validez», como propone el mismo autor (65) para designar «la cualidad o status de aquellas normas que reúnen los requisitos establecidos en otra norma vigente dentro de un cierto orden jurídico».

Esta propuesta de uso es compartida por muchos autores. Guastini ha insistido muchas veces en la conveniencia de evitar el término 'validez' para denotar la existencia de la norma o su pertenencia al sistema, en el sentido kelseniano. «"Validez" designa, más bien, la relación de conformidad entre una norma, una disposición o una fuente, y las normas que regulan su producción» (66). Como dice en artículo en que polemiza sobre estos temas, «en el uso prevaleciente entre los juristas, "validez" significa ausencia de vicios. Y no veo la razón para alejarse de este uso» (67).

Con estos autores, entiendo que no conviene identificar validez de la norma con su existencia o pertenencia a un sistema jurídico, o con la fuerza vinculante de la norma. Ni con su aplicabilidad.

Tampoco con su vigencia. Es perfectamente posible, en el Derecho español, una resolución institucional sobre la validez de una ley antes de su entrada en vigor (recurso de inconstitucionalidad contra leyes autonómicas, con suspensión de su entrada en vigor), como lo es su declaración de invalidez tras la pérdida de su vigencia por la derogación. Lo que significa que vigencia y validez son cualidades distintas de las normas, y que puede predicarse la validez de cualquier norma «existente» en algún sentido, así como que la norma derogada «existe» en algún sentido (que trataremos de precisar más adelante) y que conserva la validez que tuviera.

XI. APLICABILIDAD DE LAS NORMAS DEROGADAS

Para entender el estatus de las normas derogadas es del mayor interés el concepto de «aplicabilidad externa» propuesto por José Juan Moreso y Pablo E. Navarro (68), aceptado y desarrollado por otros au-

(65) DELGADO PINTO, José, ob. cit., p. 102.

(66) GUASTINI, Riccardo, «La invalidez», en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa editorial, Barcelona, 1999, p. 320. Parece una constante en la obra de Guastini. En *Distinguiendo*, aparte de en los dos ensayos ya citados, se ocupa de estos temas en toda la cuarta parte, pp. 307-412.

(67) GUASTINI, Riccardo, «Cinco observaciones sobre validez y derogación», en *Discusiones*, núm. 2, año 2001, p. 59. Interviene con este artículo en la discusión sobre el trabajo de Oronesu, Rodríguez y Sucar citado en la nota 3.

(68) MORESO, José Juan y NAVARRO, Pablo E., «Applicability and Effectiveness of Legal Norms», en *Law and Philosophy* 16 (1997), pp. 201-219.

tores (69). Una norma es «externamente» aplicable cuando tiene que ser empleada para justificar una decisión institucional. Una norma aplicable posee fuerza institucional, es decir, tiene aptitud para justificar decisiones institucionales. La aplicabilidad hace siempre referencia a un caso, y cuáles sean las normas aplicables no es algo que pueda determinarse sin determinar a la vez el órgano competente para decidir el caso en cuestión. El conjunto de normas aplicables por determinado órgano a un caso pertenecen al sistema aplicable (70).

Determinar los criterios según los cuales una norma pertenece al sistema aplicable a un caso es tarea compleja, en que juegan, entre otros, los criterios de *lex specialis*, de *lex superior* y de competencia. De ello no nos ocupamos aquí. Lo que nos importa es señalar que cuando una norma es derogada no por ello deja necesariamente de pertenecer al sistema de las normas aplicables (luego insistiremos sobre la continuidad de su pertenencia al ordenamiento, que es cuestión muy distinta). Más aún, en la mayor parte de los casos seguirá siendo la única norma aplicable (como lo era antes de su derogación) a todos los casos sub-

(69) En lo que sigue, cuando hable de aplicar, aplicación o aplicabilidad, me referiré a este concepto de aplicación, si no indico otra cosa.

(70) NAVARRO, Pablo E., ORUNESU, Claudina, RODRÍGUEZ, Jorge L., SUCAR, Germán, «La aplicabilidad de las normas jurídicas», *Análisi e diritto 2000* (a cura de P. Comanducci e R. Guastini), pp. 134 y 146.

Hernández Marín distingue también dos sentidos del término «enunciado jurídicamente aplicable» («internamente aplicable» y «externamente aplicable»), con cita del trabajo de Moreso y Navarro. Pero creo que la distinción no coincide con la de estos autores, ya que entiende que «el enunciado (externamente) aplicable a un caso es el objeto de remisión de una remisión en la consecuencia», mientras que «un enunciado jurídicamente aplicable internamente a un caso es un enunciado jurídico, cuya suposición se refiere a ese caso» (HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 292; vid. también pp. 437 y 452; en este último lugar admite que un enunciado derogado puede ser «jurídicamente aplicable externamente a algún caso en un momento posterior a su derogación»). La distinción me parece útil y pertinente, pero no es este el sentido en el que diré que una norma es externamente aplicable. Cabe defender que las normas derogadas aplicables lo son en virtud de una remisión (como pueden serlo las normas de un derecho extranjero), pero no es esta la opinión que aquí se mantiene; salvo que quiera decirse que toda norma externamente aplicable, también las vigentes, lo es en virtud de una remisión, es decir, entendiendo como remisión la afirmación: «una norma Ni es aplicable a un caso C si y sólo si otra norma Nj perteneciente a un sistema Sj prescribe aplicar Ni en C» (BULYGIN, «Tiempo y validez» (1982), en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, CEC, Madrid, 1991; p. 196. Vid. NAVARRO, Pablo E., ORUNESU, Claudina, RODRÍGUEZ, Jorge L., SUCAR, Germán, «La aplicabilidad de las normas jurídicas», cit., pp. 136 ss. y PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, «Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas», en *Análisi e diritto 2001* (a cura di P. Comanducci e R. Guastini), pp. 203 ss.).

sumibles bajo su hipótesis ocurridos cuando la norma estaba vigente. No es esto sino la manifestación del fenómeno ordinario de la no retroactividad de las leyes: las leyes derogadas pierden su virtualidad para regir indefinidamente los casos de su hipótesis, pero siguen siendo las aplicables a los casos ya acaecidos.

Es condición suficiente y necesaria para que una norma sea aplicable que otra norma vigente en el ordenamiento de referencia establezca su aplicabilidad (mientras que la pertenencia al sistema no es condición necesaria ni suficiente) (71). En el Derecho español, podemos identificar la norma que establece la aplicabilidad de las normas derogadas mediante la interpretación conjunta de los enunciados «los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido» (art. 1-7 Cc.) y «las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario». Los casos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley derogatoria no pueden resolverlos los tribunales con la aplicación de la ley nueva (que no tenga efecto retroactivo), luego habrán de aplicar para justificar la sentencia la norma derogada. Esta es la norma fundamental del Derecho intertemporal español. Creo que no cabe otra alternativa, ya que la hipótesis (que nunca ha sido sugerida) de la absoluta desregulación respecto de todos los hechos acaecidos con anterioridad, o la que concedería absoluta libertad al juez para elegir a su arbitrio la norma aplicable, contradirían el deber inexcusable de resolver según el sistema de fuentes establecido. Ciertamente, con esto estamos proponiendo una consideración diacrónica del sistema de fuentes.

Esta norma vigente sobre aplicabilidad de leyes derogadas (que ha de completarse para cada caso con las disposiciones transitorias de la ley derogante) guarda cierto paralelismo con la que ordena la aplicación, en ciertos casos, de las normas de un ordenamiento extranjero («normas de derecho internacional privado», cap. IV del Tit. Preliminar Cc.). Ahora bien, las normas de un ordenamiento extranjero son normas jurídicas que no pertenecen al ordenamiento español, por lo que se entiende que la norma española de conflicto efectúa una *remisión* a la norma extranjera. La norma extranjera no pertenece en ningún momento al ordenamiento español —tampoco una vez que haya sido aplicada al caso— aunque haya servido para justificar una sentencia que ha introducido en éste una norma individual para este caso.

(71) NAVARRO, Pablo E., ORUNESU, Claudina, RODRÍGUEZ, Jorge L., SUCAR, Germán, «La aplicabilidad de las normas jurídicas», cit., p. 138.

Una norma vigente en un ordenamiento puede establecer, mediante remisión, la aplicabilidad de normas no jurídicas (por ejemplo, técnicas o morales), o de normas jurídicas en el sentido de que lo fueron hace tiempo pero perdieron no sólo su vigencia sino su aplicabilidad en el ordenamiento de origen, lo que es más claro en el caso de desaparición de este ordenamiento (por ejemplo, aplicabilidad de normas del Derecho romano justinianeo) (72).

Pues bien, a diferencia de los supuestos anteriores, la norma española vigente que establece la aplicabilidad de normas españolas derogadas no efectúa ninguna remisión (o es una remisión en el mismo sentido en que puede decirse que lo es la norma alternativa de derecho intertemporal que señala la aplicabilidad de la norma vigente). Esto es tanto como decir que las normas derogadas siguen perteneciendo al ordenamiento español. Sobre la fundamentación teórica de esta afirmación me ocupo en el número siguiente.

XII. LAS NORMAS DEROGADAS PERTENECEN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

a) La ideas sobre estructura y dinámica de los sistemas jurídicos que toman como punto de partida muchos teóricos actuales y que me parecen capaces de explicar los fenómenos que estamos observado tienen como «acto fundacional» —en palabras de Peña Freire (73)— el modelo de sistematización del derecho presentado por C. E. Alchourrón y E. Bulygin en su *Normative Systems*, publicado en 1971 y que estos mismo autores han desarrollado, juntos o por separado, en años posteriores (74). Un ordenamiento jurídico no es un conjunto de normas determinado de una vez por todas, sino más bien un conjunto cambiante de normas. No obstante, un conjunto cambiante de normas

(72) Es el caso de la remisión que la Ley 1 de la vigente Compilación del Derecho civil o Fuero Nuevo de Navarra hace al Derecho romano «para las instituciones o preceptos que la costumbre o esta Compilación hayan recibido del mismo».

(73) PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, «Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas», cit., p. 194, nota 9. Vid. GUASTINI, Riccardo, «L'ordre juridique. Une critique de quelques idées reçues», cit., p. 90, nota 1; ORUNESU, Claudina, RODRÍGUEZ, Jorge L., y SÚCAR, Germán, «Inconstitucionalidad y derogación», cit., p. 28.

(74) ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Normative Systems*, Wien, 1971; trad. cast. *Introducción a la metodología de las ciencias sociales y jurídicas*, Astrea, Buenos Aires, 1975; «Sobre el concepto de orden jurídico», en *Crítica*, VIII, n. 23, 1976, luego en *Análisis Lógico y Derecho*, CEC, Madrid, 1991; BULYGIN, «Tiempo y validez» (1982), en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, cit.

no es propiamente «un» sistema, sino más bien una sucesión de sistemas distintos (75).

Un sistema normativo es un conjunto definido de enunciados (y todas sus consecuencias lógicas), siempre que entre ellos exista al menos uno que tenga consecuencias normativas, es decir, que correlacione un caso con una solución deóntica (76). Si las normas son jurídicas (y aquí no nos planteamos el criterio de juridicidad) tendremos un sistema normativo jurídico o, simplifícadamente, un sistema jurídico.

Los sistemas jurídicos contienen normas que habilitan a algunos sujetos para, mediante ciertos procedimientos, crear o derogar normas (los sistemas jurídicos son dinámicos, aunque no dejan de tener también cualidades de los sistemas estáticos, como he recordado más arriba). Cada vez que se crea una norma o se deroga una preexistente «obtenemos un nuevo conjunto, distinto del conjunto originario. La identidad del conjunto está dada precisamente por la identidad de los elementos» (77). Se produce, entonces, una sucesión o secuencia de conjuntos. Al conjunto de normas se denomina, por acuerdo doctrinal, «sistema jurídico», y se reserva la expresión «orden jurídico» para la sucesión de sistemas jurídicos que se nos muestran como una secuencia unitaria o como dotados de cierta identidad.

Una parte de la regla conceptual o regla de identificación que sirve para averiguar si dos sistemas determinados pertenecen a la misma secuencia, es decir, al mismo orden jurídico (la regla referida a eliminación de normas), viene a decir que si una norma que existe en el sistema jurídico de un tiempo determinado (sistema que pertenece a un orden jurídico) autoriza a la autoridad para derogar la norma N que existe en ese sistema, y la autoridad deroga la norma N en un momento t, entonces N no existe en el sistema jurídico del momento inmediato siguiente (sistema que pertenece al mismo orden jurídico) (78).

La norma derogada es expulsada, si se quiere hablar así, del sistema jurídico actual, pero sigue formando parte del sistema anterior del mismo orden jurídico, y por tanto existe en este orden jurídico.

(75) Así introduce el tema GUASTINI, Riccardo, «Ordenamiento jurídico: un concepto problemático», en *Distinguiendo*, cit., pág. 349.

(76) PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, «Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas», cit., pp. 196-197. Prescindo, para la ocasión, de los muchos refinamientos con que este y otros autores completan sus definiciones.

(77) PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, «Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas», cit., p. 197.

(78) PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, «Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas», cit., p. 199.

Lo anterior equivale a aceptar una de las dos soluciones que propone Guastini para distinguir normas derogadas y normas anuladas, aquella que dice que la derogación tiene «no ya el efecto de expulsar normas del ordenamiento sino solo el efecto de recortar, dentro del conjunto de las normas existentes, el subconjunto de las normas derogadas, que conservan su existencia en el ordenamiento (a diferencia de las normas anuladas) si bien su campo de aplicación resulta temporalmente reducido» (79). A Guastini le parece que esta solución no es tampoco completamente satisfactoria (ni propone otra que le satisfaga más), pues presenta el inconveniente de «configurar el ordenamiento de forma que está siempre poblado de normas ya derogadas. ¿No es extraño que continúen «existiendo» en el ordenamiento, formando parte del mismo, innumerables normas derogadas incluso desde hace mucho tiempo y ya no aplicables por falta de supuesto de hecho?» (80).

b) Antes de tratar de responder a esta objeción de Guastini, conviene hacer referencia a una ulterior distinción propuesta recientemente en la doctrina. Me refiero a la distinción entre orden jurídico y orden estatal, entendido éste como sucesión de órdenes jurídicos. La distinción viene a hacerse cargo de que cuando se produce una ruptura de la legalidad o cambia el régimen político, las normas anteriores no han sido producidas de acuerdo con el principio de legalidad (autoridad y procedimiento) del nuevo orden y, por tanto, carecen de «validez», no obstante lo cual muchas de estas normas anteriores se consideran recibidas en el nuevo orden y aplicables por los jueces (81).

Incidentalmente, sea dicho que cuando los juristas utilizamos la expresión «ordenamiento jurídico español» no entendemos referirnos exclusivamente a la Constitución de 1978, las normas producidas según

(79) La idea de la derogación como modificación del ámbito temporal de validez de las normas ha sido desarrollada especialmente por Ulises Schmill, si bien con planteamientos distintos de los aquí seguidos y crítica de la «concepción expresiva de las normas» expuesta por Alchourrón y Bulygin (SMILL ORDÓÑEZ, Ulises, «La derogación y la anulación como modalidades del ámbito temporal de validez de las normas jurídicas», en DOXA, 19, 1996, pp. 229-258).

(80) GUASTINI, Riccardo, «Perspectiva estática de los ordenamientos», en *Distincuiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa editorial, Barcelona, 1999, pp. 361-362.

(81) VILAJOSANA, Josep M., *El significado político del derecho. Identidad del orden jurídico y régimen político*, México, Fontamara, 1997; «Dinámica de sistemas y persistencia de normas jurídicas», en DOXA, 21-I, 1998, pp. 49-64. Sigue los planteamientos de Vilajosana PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, «Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas», cit., pp. 206 ss. y 220 ss.

sus normas de producción y las deducibles de todas ellas, sino también a todas las normas pertenecientes a los órdenes anteriores del Estado español (el régimen de la dictadura de Franco, el de la Segunda República, el de la Restauración, y así hacia atrás... No pretendo ahora mayores precisiones sobre hasta cuándo atrás y cuáles son los cortes y, por tanto, los órdenes sucesivos). Al menos, a las que hoy siguen vigentes: pero si se acepta la pertenencia de la norma derogada al orden jurídico en uno de cuyos sistemas estuvo vigente, no hay razón para negar que las normas derogadas de anteriores órdenes jurídicos persistan también en el orden estatal (es decir, para nosotros, en el ordenamiento español) con arreglo a los mismos criterios que las normas vigentes de los mismo órdenes jurídicos.

Las normas derogadas pertenecientes a órdenes jurídicos anteriores al actual pertenecen a éste de acuerdo con el criterio general de persistencia de normas de órdenes anteriores.

Vilajosana explica en general esta pertenencia de acuerdo con la siguiente «cláusula de persistencia»: «Si una norma N_j pertenece a un sistema S_j , que es miembro de un orden O_1 , perteneciente a un orden estatal OE , entonces N_j pertenece a todos los sistemas sucesivos a S_j de todos los órdenes sucesivos a O_1 del orden estatal OE hasta su eliminación» (82).

El mismo autor se hace cargo de ciertas críticas (en particular, Moreso y Navarro, en escrito inédito, que cita (83)), que no aceptan que las normas de un orden jurídico anterior puedan pertenecer al siguiente (por no cumplir, obviamente, ni el criterio de deducibilidad ni el de legalidad), y consideran que tales normas son (simplemente) aplicables, como normas receptadas: «las normas receptadas no son válidas, pero pueden ser aplicables. Son aplicables si, y sólo si otras normas pertenecientes a los nuevos sistemas establecen la obligación o facultad de aplicar estas normas». Las normas receptadas serían *aplicables*, igual que ciertas normas inconstitucionales y ciertas normas extranjeras aplicadas por los tribunales, pero no pertenecientes al sistema jurídico (84).

(82) VILAJOSANA, Josep M., «Dinámica de sistemas y persistencia de normas jurídicas», cit., p. 55.

(83) En «Sobre recepción de normas» (ISONOMÍA, núm. 8, abril 1998, pp. 182-191), VILAJOSANA se ocupa específicamente de los planteamientos de MORESO y NAVARRO en «The reception of norms and open systems», en PAULSON, S. (ed.), *Norms and normativity*, Oxford, O.U.P (en prensa).

(84) VILAJOSANA, Josep M., «Dinámica de sistemas y persistencia de normas jurídicas», cit., p. 54.

No cabe ninguna duda de que estas normas son aplicables (mejor, pueden ser aplicables). Pero no como las normas extranjeras (ni como las inconstitucionales cuando son aplicables). Recuérdese que estamos hablando (también) de las normas vigentes en órdenes jurídicos anteriores: por ejemplo, del Código civil, en sus enunciados publicados en 1889 y nunca derogados. Para la tesis de la mera aplicabilidad, las normas receptadas no pertenecen a ningún sistema jurídico (85), es decir, no son normas jurídicas, lo que ciertamente, resulta gravemente contraintuitivo para cualquier jurista español.

Creo que todos los juristas entenderán que los enunciados del Código civil que no han sido derogados forman parte del ordenamiento español. Por mi parte, preciso y añado que los enunciados del Código civil publicados en 1889 (con la posible salvedad que se presentará de inmediato) forman parte del ordenamiento español, como normas persistentes. Unos, como normas persistentes vigentes; otros, como normas persistentes derogadas (por leyes del orden actual o de los anteriores). Forman asimismo parte del ordenamiento español, y por las mismas razones, las normas civiles que el Código de 1888 derogó (vid. art. 1976 Cc.). Unas y otras serán aplicables, las vigentes y las derogadas, de acuerdo con los criterios de aplicabilidad a que hemos hecho referencia en el apartado anterior.

Unas y otras —del Código o anteriores, derogadas o no—, para seguir perteneciendo al ordenamiento estatal español, habrán tenido que pasar el control de compatibilidad con las normas del orden actual (86). No se trata de la incompatibilidad entre normas que da lugar a la derogación tácita, pues el efecto de la incompatibilidad que estamos analizando no es la derogación (la norma subsistiría como derogada y, por tanto, aplicable de ordinario a todos los casos acaecidos en el tiempo de su vigencia), sino la exclusión del ordenamiento (y, con ello su absoluta inaplicabilidad) (87). Más bien será una noción de «orden público»

(85) VILAJOSANA, Josep M., «Dinámica de sistemas y persistencia de normas jurídicas», cit., p. 60.

(86) Este es el criterio general propuesto por VILAJOSANA, «Dinámica de sistemas y persistencia de normas jurídicas», cit., pp. 59 y 61. Lo sigue PEÑA FREIRE, loc. ult. cit.

(87) Por ello no comparto totalmente las explicaciones de Vilajosana sobre la operatividad a estos efectos de la cláusula derogatoria indeterminada de la Constitución española de 1978. Como derogación, sólo produciría efectos *ex nunc*, y las normas derogadas seguirían perteneciendo al ordenamiento y resultarían aplicables en su caso de acuerdo con las normas de derecho intertemporal. Claro que cabe plantear el posible efecto retroactivo de esta derogación, pero creo que por este camino tampoco llegaríamos a ninguna solución, pues estaríamos siempre en la dimensión de la aplicabilidad, no en la de la pertenencia al ordenamiento. Cosa distinta es el cuestionamiento de la va-

(análoga a la que excluye la aplicabilidad de normas extranjeras reclamadas en principio por las normas de derecho internacional privado) la que sirva de guardiana y expulse del ordenamiento las normas anteriores (vigentes o no en los órdenes precedentes) cuando resultan incompatibles con valores superiores y básicos.

El criterio sugerido es impreciso (aunque susceptible de ulteriores precisiones). Por sí mismo, creo que nos permite afirmar con seguridad que no forman parte del ordenamiento español grupos importantes de normas que pertenecieron a órdenes anteriores. Por ejemplo, las que establecen, permiten o derivan consecuencias de la esclavitud, o de la relación de señores y vasallos, o que excluyan la personalidad ante el derecho de ciertos seres humanos en razón de su raza o religión. Con independencia de que estuvieran o no vigentes en 1978, no forman parte del ordenamiento español y, por tanto, no pueden ser aplicadas por los jueces españoles o las autoridades en general para justificar sus actos institucionales, cualquiera que sea la fecha de los casos sobre los que hayan de pronunciarse.

Como se ve, entiendo que sólo son aplicables las normas derogadas que siguen formando parte del ordenamiento español, y que no todas las derogadas siguen formando parte de éste. Con ello hemos introducido un primer recorte que reduce el conjunto de las innumerables normas derogadas que continúan existiendo en el Ordenamiento español y que pueden ser aplicables.

c) Las normas derogadas que continúan existiendo en el Ordenamiento español están incluidas, sin distinción ninguna con las vigentes, en el objeto de muchas «normas sobre normas» vigentes. Demos un rápido repaso a los primeros artículos del Código civil.

La norma que establece que «carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra superior» (art. 1º-2 Cc.) se refiere también a las

lidez de las normas anteriores por su contradicción con ciertas normas y principios de la Constitución. La norma constitucional derogatoria presupone que las normas anteriores pertenecen al orden nuevo instaurado por la Constitución y, por tanto, al ordenamiento español, pues, en otro caso, ¿para qué derogar algunas de ellas? Más aún, ¿cómo podrían ser derogadas si no pertenecieran al ordenamiento? Ciertamente, la disposición derogatoria de la CE puede ser también cosa distinta de lo que parece.

Que una norma de un sistema actual derogue normas de órdenes anteriores parece presuponer la admisión de la vigencia de la norma derogada, por tanto, su pertenencia al ordenamiento: PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, «Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas», cit., pp. 214-218; cfr. NAVARRO, Pablo E., ORUNESU, Claudina, RODRÍGUEZ, Jorge L., SUCAR, Germán, «La aplicabilidad de las normas jurídicas», cit., p. 148, en que señalan la ambigüedad del término «derogación».

normas derogadas, que siguen siendo válidas si lo eran antes de la derogación, y pueden tras ella ser declaradas inválidas, como sabemos. También abarca las normas derogadas la «ley» con cuya interpretación y aplicación establece el Tribunal Supremo doctrina jurisprudencial (art. 1º-6), así como «las normas» para cuya interpretación se fijan criterios en el art. 3º-1 Cc. Asimismo «las normas» a que se refiere el número 2 del mismo artículo («La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las *normas*...»), si bien aquí, probablemente, están incluidas otras normas aplicables por los tribunales españoles que no forman parte del ordenamiento español, como las extranjeras. Probablemente, cabe aplicación analógica (art. 4º-1 Cc.) de normas derogadas, aunque sólo para resolver casos a los que debería aplicarse la ley derogada en la que se cubre así la laguna. Hay supuestos en que la regla del art. 4º-2 Cc. puede referirse a normas no vigentes, como el de la aplicación de la ley temporal una vez que, transcurrido su plazo de vigencia, ha de ser no obstante aplicada a casos acaecidos en aquel periodo. Es cuestionable si «las disposiciones de este Código» a que se refiere el art. 4º-3 para indicar su aplicación como supletorias en las materias regidas por otras leyes son sólo las vigentes en el momento de la aplicación, o pueden ser las derogadas correspondientes al tiempo en que estuvo vigente la ley aplicable cuyas lagunas se suplen, pero no hay razones para excluir *a priori* esta segunda interpretación.

Las más, si no todas, de las disposiciones del art. 6º Cc., situadas bajo el epígrafe «eficacia general de las normas jurídicas», pueden incluir entre éstas a las derogadas. Así, su ignorancia no excusa de su cumplimiento, en el sentido (lo mismo que para las normas vigentes) de que no dejará de aplicarse la norma derogada aplicable según las normas de derecho intertemporal por el hecho de que el sujeto desconociera su existencia o alcance. El error de derecho puede referirse a normas derogadas. La ley aplicable cuya exclusión se admite o no puede ser una derogada (otra cosa es si el criterio de interés o de orden público que decide sobre su admisibilidad es el actual, o el del tiempo de la norma derogada cuya aplicación se pretende excluir) (88).

(88) En sentido contrario, Federico DE CASTRO (*Derecho civil de España. Parte General, I*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 751). De Castro —que es el único civilista español que, a mi conocimiento, se ha ocupado del «valor de la ley derogada»—, defendió que «los interesados pueden renunciar válidamente, de modo expreso o tácito, a los beneficios de la antigua legislación y acogerse a la nueva», añadiendo que «el art. 4º Cc. no es aplicable a este caso, porque en realidad no hay verdadera renuncia de ley, sino de derechos ya creados o adquiridos».

De Castro mantuvo una concepción de las normas derogadas bastante distinta de la

Es doctrina común que la nulidad de los actos contrarios a normas imperativas se aprecia en el momento de la perfección del acto respecto de la ley entonces vigente, aunque luego haya sido derogada (dicho de otro modo, se niega de ordinario que el acto quede convalidado por la ley posterior que no contenga las mismas limitaciones a la libertad de los particulares) (89). Aunque, en mi opinión, cabe cuestionar al menos algunos aspectos o consecuencias de esta doctrina, es sin duda la dominante y seguida por los tribunales, lo que prueba que los juristas españoles tratan a las normas derogadas como normas del ordenamiento español en un sentido especialmente fuerte.

En cuanto a la regulación del fraude de ley (art. 6^o-4), por las mismas razones que en el supuesto anterior (y con las mismas reservas por mi parte), hay que admitir que la ley defraudada pueda ser una norma derogada, si es la aplicable de acuerdo con las normas de derecho intertemporal. La norma eludida, para que el supuesto pueda calificarse de fraude de ley, es siempre una norma del ordenamiento español, no cualquier norma aplicable por los tribunales españoles (cfr. art. 12-4 Cc.: «Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española»).

Las anteriores comprobaciones corroboran la afirmación de que las normas derogadas siguen formando parte del ordenamiento español (mientras no sean expulsadas del mismo de otro modo), puesto que las «normas sobre normas» del título preliminar del Código civil español

que aquí se expone. En su opinión, «los Tribunales han de continuar aplicando los preceptos de la antigua ley, pero no en virtud de su carácter de ley, sino por el mandato de esas reglas transitorias». La ley derogada tiene un «valor secundario» y, en consecuencia, «respecto de ella, no rige, de modo estricto, el principio *curia novit iura*». Equiparó expresamente el estatus de las leyes derogadas al de las extranjeras, ambas aplicables en razón de «normas de remisión». «Las normas extranjeras y las disposiciones derogadas, a cuyo contenido aquellas reglas [de remisión] dan vigor, no reciben esta fuerza, convirtiéndolas en pariguales de las nacionales y de las actuales, con su valor organizatorio general, sino que son admitidas como reglas excepcionales para casos concretos, con sentido de privilegio y por consideraciones de equidad» (p. 761).

El paralelismo con el Derecho Internacional Privado me parece muy sugestivo y estaba ya explícito en Savigny, como señala De Castro en estas interesantísimas y densas páginas. Cabe recordar que De Castro fue un notable especialista en Derecho Internacional Privado y catedrático de esta asignatura. Pudo influir también en su concepción de las normas derogadas su adscripción ideológica en el campo de la defensa del «Nuevo Orden», omnipresente en su «Derecho civil de España» (su preocupación sería, si se acepta esta sugerencia, las normas «persistentes» del anterior orden republicano). Y aun cabe sugerir que De Castro era, al menos en el plano técnico, más kelseniano de lo que le hubiera gustado reconocer (vid. en p. 50 su «repulsa» del normativismo kelseniano).

(89) Así también, siguiendo la doctrina común, DE CASTRO (Derecho civil de España, cit., p. 739), que refleja sin objeción la doctrina de los Tribunales.

(o la mayoría de ellas) tienen como objeto exclusivo normas del ordenamiento español (con la mayor seguridad, así ocurre en las referencias a normas que contradicen otras de rango superior, exclusión de ley aplicable, normas imperativas infringidas por actos (nulos), normas defraudadas) e incluyen en su objeto las normas derogadas.

XIII. ¿QUÉ NORMAS DEROGADAS SON APLICABLES? ES INÚTIL AL RESPECTO LA IDEA DE «ULTRA ACTIVIDAD»

En primer lugar, sólo son aplicables las normas derogadas que siguen perteneciendo al ordenamiento español, en el sentido explicado en el número anterior.

Pero no son aplicables todas las normas derogadas existentes (90).

Advirtamos, en primer lugar, que el límite temporal de su aplicabilidad no tiene nada que ver con la ultraactividad de la norma derogada. La aclaración parece necesaria porque, de manera más o menos incidental, no es raro encontrar afirmaciones que, con la finalidad de mostrar la aplicabilidad de normas derogadas (y con ello que la existencia, la vigencia o la validez de la norma no son propiedades coextensivas con su aplicabilidad), aluden a la aplicación de normas derogadas que mantienen ultraactividad (91). Estos ejemplos pueden demostrar lo que pretenden, pero la aplicabilidad de las normas derogadas no depende de la ultraactividad, sino que puede darse tanto cuando toda ultraactividad ha cesado como cuando en ningún momento hubo ultraactividad (incluso hubo retroactividad en algún grado).

Una forma de expresarlo es indicar que las normas derogadas pueden servir de justificación de decisiones institucionales producidas en momento posterior a aquel en que acaeció el último hecho que quedó subsumido bajo la hipótesis de la norma derogada (es decir, el tribunal resuelve en un tiempo en el que la norma ya no es «internamente aplicable») y también mucho tiempo después de la producción de los efec-

(90) Casos particulares de normas derogadas no aplicables —pero que siguen perteneciendo al ordenamiento español y pueden conservar su validez, puesto que cabe cuestionarla ante el Tribunal Constitucional— representan los Decretos-leyes convalidados y derogados por la ley que los sustituye, y las leyes objeto de texto refundido, como hemos visto. Cabe que haya otros casos particulares de normas derogadas no aplicables pertenecientes al ordenamiento.

(91) Por ejemplo, GASCÓN ABELLÁN, Marina, «La derogación», cit., pp. 226 y 230; ORUNESU, Claudina, RODRÍGUEZ, Jorge y SUCAR, Germán, «Inconstitucionalidad y derogación», cit., p. 136.

tos correspondientes a la norma derogada. Para aclarar esta situación, me parecen muy útiles los conceptos de «intervalos temporales de referencia» de los enunciados jurídicos, introducidos por Hernández Marín (92). Estos «intervalos de referencia» de la normas son distintos radicalmente del «tiempo de la norma» (que este autor entiende como «intervalo de validez», y que acaba con la derogación) y son el intervalo de referencia de la suposición (IS, intervalo de subsunción) y el intervalo de referencia de las consecuencias (TE, tiempo del efecto).

El «intervalo de subsunción» (IS) es el intervalo de tiempo al que se refiere la suposición de un enunciado jurídico, «el intervalo de tiempo durante al cual ha de tener lugar un acontecimiento para que éste sea contemplado por la suposición del enunciado». El «tiempo del efecto» (TE) es el intervalo de tiempo al que se refiere la consecuencia de un enunciado jurídico, «el momento o intervalo temporal al que se refiere la consecuencia del enunciado» (93). TE puede ser distinto para cada caso concreto comprendido bajo la suposición del enunciado y, como regla general y si el enunciado no indica nada al respecto, el TE depende del momento en que ocurra este caso (94).

Parece claro que una norma derogada puede ser aplicable tiempo después de cerrados su IS y su TE (aunque, respecto de esto último, el análisis puede quedar oscurecido por la dificultad de entender en qué consiste el efecto de una norma y las distintas concepciones sobre ello).

Un ejemplo sencillo y clásico. Es generalmente aceptada la norma de derecho intertemporal según la cual la sucesión de una persona se defiende de acuerdo con la ley vigente en el momento del fallecimiento del causante. Esto significa que el IS de la norma derogada se cierra en el momento de la derogación (95). También el efecto de la norma, en mi opinión, se ha agotado en ese momento, en que determinado sujeto es ya calificado como heredero. Pues bien, nadie negará que cinco o diez años más tarde los tribunales deberán aplicar la norma derogada para resolver pleitos entre quienes aleguen tener derecho a aquella herencia.

(92) HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, cit., p. 427.

(93) HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, cit., p. 383

(94) HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, cit., p. 385.

(95) En este caso: la coincidencia entre el final del IS y el de la vigencia de la ley no es necesaria en general, y caer en la cuenta de ello es importante para razonar sobre Derecho intertemporal (HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, cit., p. 450).

El anterior es un supuesto (hay muchos más: en general, todas las normas que determinan los requisitos de validez de los actos, o cuya consecuencia es la adquisición de derechos) en que no cabe apreciar «ultraactividad» de ninguna clase. No, con seguridad, si por ultraactividad se entiende la aplicabilidad de la ley derogada «a situaciones que, nacidas bajo el imperio de la ley antigua, todavía no se han extinguido en el momento de la entrada en vigor de la ley nueva» (L. M. Díez-Picazo) (96), pues en estos casos no hay ninguna situación que «se mantenga» y no se haya extinguido.

El concepto de ultraactividad —con el nombre de *survie* (supervivencia) de la ley antigua— nació en el contexto de la doctrina de Roubier sobre el efecto inmediato, para dar cuenta de aquellos casos en que, respecto de «situaciones en curso», por excepción ha de seguir rigiendo la ley derogada: para Roubier, el supuesto principal es el de los contratos (97).

Pero carece de sentido aplicar el concepto de ultraactividad a supuestos en que el efecto, instantáneo, es la adquisición de una cualidad o de un derecho, aunque esta cualidad o este derecho, una vez atribuido a un sujeto, lo sea por tiempo indefinido o sin ningún límite temporal, como el caso arquetípico de la propiedad (98). Que la adquisición de la propiedad que tuvo lugar mediante los hechos o actos previstos en la ley entonces vigente sea «reconocida» tiempo después por los tribunales no tiene nada que ver con la ultraactividad de la ley derogada, sino con la ausencia de efecto retroactivo en su grado máximo —ablativo— en la ley derogante. Ciertamente, puede ocurrir que los tribunales, si son llamados tiempo después a juzgar sobre si se produjo la adquisición de la propiedad y a favor de quién, deban fundar su resolución en la ley derogada. Pero esto no es sino expresión de la normal aplicabilidad de las leyes derogadas de acuerdo con las normas de Derecho intertemporal vigentes en el tiempo del juicio.

(96) DÍEZ-PICAZO, Luis María, *La derogación de las leyes*, Madrid, 1990, p. 206.

(97) ROUBIER, Paul, *Les conflits de lois dans le temps*, T. 1º, Paris, 1929, pp. 371 ss. (en particular, pp. 375 y 379; en el t. 2º, pueden verse los lugares indicados en el índice de la p. 796).

DÍEZ-PICAZO (*loc. ult. cit.*) parece conocedor de este origen y contexto: «A este interrogante —cuál sea la *eficacia normal* de la ley en el tiempo— se han dado dos posibles soluciones, radicalmente divergentes: la teoría del *efecto inmediato* y la teoría de la *ultraactividad* o de la *supervivencia* de la ley antigua» (y aquí cita a Roubier).

(98) Obviamente, cosa distinta es la regulación del contenido de la propiedad (las facultades del propietario) y sus límites, campo muy propicio para la discusión sobre el «efecto inmediato» (o la ultraactividad de la ley derogada, introducido este concepto para denotar consecuencias que otros intérpretes considerarían fruto de la no-retroactividad).

Si quisiera hablarse de ultraactividad (o, con mayor imprecisión, «supervivencia») de la ley derogada en todos los supuestos en que sirve todavía para justificar decisiones de los tribunales pronunciadas tiempo después de su derogación, el concepto sería totalmente inútil y probablemente pernicioso.

Creo que en este error incurre L. M. Díez-Picazo, al exponer la que llama «auténtica ultraactividad» (en contraposición a «ultraactividad impropia»). Explica este autor —en obra capital sobre la materia de su título en la dogmática española, lo que hace más oportuna la crítica— que la ultraactividad en sentido propio, significa lo mismo que la ausencia de efectos retroactivos en la ley derogatoria: «o hay retroactividad o hay ultraactividad» (99). Se olvida de este modo de la definición de ultraactividad que había recogido en páginas anteriores, para llegar a la conclusión de que prácticamente todas las leyes tienen efectos ultraactivos: sólo la retroactividad en su grado más fuerte (tal que prohíba a los jueces justificar en adelante sus decisiones con fundamento en la norma abolida —más que derogada— y expulsada del ordenamiento) impediría toda ultraactividad.

Según sus palabras, «ambas reglas [retroactividad y ultraactividad] son de signo inverso y se excluyen mutuamente, de manera que o hay retroactividad o hay ultraactividad. Es más, el espacio normativo que no es cubierto por una viene necesariamente ocupado por la otra. Esto quiere decir que, si la ley derogatoria carece pura y simplemente de efectos retroactivos, la única norma de conflicto será la ultraactividad de la ley derogada, la cual continuará regulando todas las situaciones —y sus efectos— nacidas bajo su vigencia». Creo que con ello no quiere indicar que en estos casos, quizás los más frecuentes, la norma derogada se aplique en ningún sentido a casos ocurridos con posterioridad a su derogación (es decir, fuera ya de su IS) pero tampoco que la ley derogada produzca nuevos efectos (su TE se cerró también con la derogación). Si es así, ¿para qué sirve el concepto de ultraactividad? ¿Sólo para indicar la

(99) DÍEZ-PICAZO, Luis María, *La derogación de las leyes*, Madrid, 1990, p. 221. El mismo concepto de ultraactividad —al menos inútil, en mi opinión— refleja Santamaría Pastor, al definirlo como el «fenómeno que tienen lugar en todos los supuestos de irretroactividad de las normas», en cuyo caso la norma derogada «continuará aplicándose a las situaciones nacidas con anterioridad a su extinción». Aún menos aceptable me parece calificar estos casos (que son la inmensa mayoría) de «derogación aparente», entendiendo que «la norma irretroactiva deroga a la anterior, pero sólo en parte (...); la mantiene en vigor respecto de dichos hechos o relaciones surgidos en el pasado» (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1991, p. 385).

evidencia de que las leyes que no tienen efecto retroactivo no borran los efectos ya producidos por las leyes anteriores? Que este es su pensamiento queda corroborado en la frase que sigue de inmediato a la anterior: «Pero significa también que si la ley derogatoria es sólo parcialmente retroactiva —es decir, si no posee efecto retroactivo en su grado máximo— las situaciones y sus efectos no afectados por la retroactividad caerán dentro del ámbito de la ultraactividad». Es decir, si no entiendo mal, aprecia ultraactividad incluso cuando parte de los efectos que corresponden al caso de acuerdo con la ley derogada han sido excluidos por la derogatoria: simultáneamente, por tanto, habría «efecto inmediato» de la ley nueva (que regularía las situaciones nacidas bajo el imperio de la ley antigua aún no extinguidas) y ultraactividad de la ley antigua.

El ejemplo de la norma de derecho intertemporal sobre sucesiones por causa de muerte demuestra que cabe perfectamente negar a la vez la retroactividad y la ultraactividad. La aplicación de la norma que tiempo después de su derogación hayan de hacer los tribunales es aplicación «externa», independiente tanto del tiempo del caso como del tiempo del efecto. Si utilizáramos también en supuestos como este el concepto de ultraactividad, habríamos de prescindir del que la refiere a «la aplicación de la ley antigua a situaciones que, nacidas bajo el imperio de la ley antigua, aún no se han extinguido»; salvo entender que las «situaciones» nunca se extinguen mientras los tribunales puedan estar llamados a decidir una controversia sobre hechos pasados (100). Con lo que el concepto de ultraactividad no añadiría a nuestro conocimiento nada que no supiéramos de antemano: que las leyes no tienen efecto retroactivo, salvo que lo tengan. Por otra parte, seguiría abierto el interrogante de hasta cuándo los tribunales habrán de aplicar normas ya derogadas.

(100) En relación con la frase clave de L. M. Díez Picazo que critico («o hay retroactividad o hay ultraactividad»), lo único aproximadamente cierto es que, de acuerdo con el Derecho intertemporal, o se aplica la ley derogada o la ley posterior que ha venido a regular los mismos supuestos. En realidad, bien puede ocurrir que no se aplique la ley derogada ni ninguna otra posterior. Basta pensar en una norma cuyo único contenido sea la derogación de otra: puede ocurrir que ya no haya ninguna norma aplicable internamente a los casos antes comprendidos en la suposición de la norma derogada (vg. *Abolitio criminis*, «desregulación»), o bien que se aplique una norma anterior a la derogante (anterior o posterior a la derogada) cuya suposición abarque los casos comprendidos antes en la de la norma derogada (que era *lex specialis* respecto de la ahora directamente aplicable). Es muy posible que el análisis muestre otras combinaciones, pero lo expuesto creo que es suficiente, al menos, para reclamar cautela ante planteamientos simplificadores que ocultan la complejidad de la realidad.

Quizás bastaría para esta actitud cautelosa recordar que el tiempo fluye en una sola dirección. El pasado no es igual que el futuro. Promulgación y derogación tampoco son actos equivalentes.

XIV. ¿QUÉ NORMAS DEROGADAS SON APLICABLES? ALGUNOS CRITERIOS

Como hemos visto en el número 11, la aplicabilidad de las normas es una cualidad de las mismas relativa siempre a casos singularizados y a tipos de órganos. De modo que puede decirse que una norma derogada dejará de ser aplicable cuando de acuerdo con las normas vigentes no pueda plantearse ante ninguna autoridad del sistema una declaración sobre los efectos de la norma en relación con ningún caso acaecido en el pasado. Este es el criterio general de cierre del intervalo de aplicación externa de las normas derogadas.

Admito que no podrá saberse con total seguridad, respecto de una norma, que nunca más será aplicable, porque en general no podremos hacer el elenco de todos los casos que quedaron subsumidos en su hipótesis ni, por tanto, comprobar respecto de cada uno de ellos si aún es posible que una autoridad se encuentre en la situación en que deba justificar una decisión institucional en aquella norma.

Pero, dado un caso planteado ante un órgano, el ordenamiento sí tiene respuesta segura sobre la aplicabilidad de normas derogadas. La misma que tiene para excluir la aplicación de normas vigentes cuando se juzga sobre hechos ocurridos mucho tiempo atrás.

Los instrumentos básicos para la respuesta sobre la aplicabilidad de una norma (derogada o aún vigente) mucho tiempo después del acaecimiento de los hechos son los viejos institutos de la prescripción de acciones y de la usucapión.

Los límites de este trabajo desaconsejan desarrollar aquí estas ideas y argumentos, pues ello requeriría una larga exposición sobre las aludidas instituciones. En definitiva, habría que desarrollar toda la doctrina sobre el tiempo en las relaciones jurídicas y, en particular, en el ejercicio de los derechos y de las acciones.

Pero creo que la idea básica es acorde con las concepciones generalizadas entre los juristas. En principio, pasado cierto tiempo —un año, quince años, treinta años (no hay plazos más largos en el Derecho español)— no puede, en general, cuestionarse la situación de hecho: no pueden ejercitarse pretensiones, no puede exigirse cumplimiento de obligaciones, ni puede reclamarse la propiedad sobre cosa que otro viene poseyendo con ciertos requisitos. Ha precluido la posibilidad de averiguar la adecuación a la norma jurídica de los hechos originarios y, por tanto, de inquirir sobre la norma bajo la que nacieron: ya no hay ninguna norma aplicable a aquellos hechos, pues ya nadie puede pretender que se aplique. Ya no puede justificarse una sentencia explican-

do cómo los hechos se subsumieron en la norma vigente cuando se produjeron. De acuerdo con las normas vigentes, sólo son aplicables —y con ellas justificará el juez la decisión— las normas sobre prescripción y usucapión.

Es la prescripción (en su sentido más general, que incluye la llamada adquisitiva o usucapión, así como caducidades y decadenias), con todas sus imperfecciones y puntos dudosos, el instituto jurídico principal que cierra el intervalo temporal de aplicabilidad de las normas a hechos que ocurrieron hace demasiado tiempo.

El límite de la aplicabilidad de la norma, en definitiva, lo pone el tiempo de los hechos; lo que resulta perfectamente acorde con el concepto de aplicabilidad.