

ESTUDIOS

DECRETO LEY Y DEROGACIÓN: UN DESAFÍO PARA EL SISTEMA DE FUENTES¹

JORGE GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Cómo citar/Citation

García-Andrade Gómez, Jorge (2026).
Decreto ley y derogación: un desafío para el sistema de fuentes.
Revista de Administración Pública, 229, 91-122.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.229.04>

Resumen

La falta de convalidación de varios decretos leyes en los últimos años ha reabierto la controversia acerca de la vigencia y la eventual reviviscencia de las normas por ellos derogadas. Este trabajo analiza la problemática que rodea a esta figura, así como ofrece una aproximación que trata de integrar la operativa singular del decreto ley en las previsiones del sistema de fuentes sobre la derogación.

Palabras clave

Decreto ley; derogación; historia de la derogación; reviviscencia normativa o restauración de la vigencia; provisionalidad de las normas; sistema de fuentes.

¹ Este trabajo ha sido elaborado en el proyecto de investigación sobre «El impacto transformador en el Estado del Derecho de los sectores económicos regulados. Su reconsideración después de tres décadas de cambios institucionales y sociales» (ref. PID2024-157059NB-I00).

Abstract

In recent years, the debate over the validity and possible revival of norms repealed by decree-laws has resurfaced, following the lower chamber of Parliament's failure to ratify several such measures. This study explores the complexities surrounding this issue and proposes an interpretative approach aimed at reconciling the distinctive nature of decree-laws with the general principles governing repeal within the hierarchy of legal sources.

Keywords

Decree-law; repeal; legislative repeal history; revival or restoration of a repealed law; provisional nature of legal norms; system of sources of law.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO. II. LA PROBLEMÁTICA SUSCITADA EN LA PRÁCTICA. III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN ENTRE LA DOCTRINA. IV. LA INTEGRACIÓN DE LA OPERATIVA DEROGATORIA DE URGENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO: 1. La conciliación entre el sistema de fuentes y la garantía de eficacia del decreto ley. 2. La garantía de la seguridad jurídica y la racionalidad en el sistema de fuentes: una mirada histórica. 3. La necesaria preservación de la vigencia de la normativa precedente. V. PRECISIONES SOBRE LAS CATEGORÍAS JURÍDICAS APLICABLES: 1. Tipología de la derogación. 2. La operativa derogatoria en la CE. 3. La derogación en la regulación constitucional del decreto ley. VI. RELECTURA DE UN RENOVADO SISTEMA DE FUENTES: 1. Las normas provisionales no derogan. 2. El régimen jurídico dual del decreto ley. 3. El tratamiento jurídico de las disposiciones derogatorias de los decretos leyes. VII. ¿UNA VUELTA AL PASADO?

I. PLANTEAMIENTO

La proliferación de los decretos leyes en los últimos años ha puesto al descubierto que persiste una zona de sombra en su régimen jurídico, concretamente cuando se aplica la figura de la derogación a esta legislación de urgencia.

La principal incertidumbre ha surgido cuando el Congreso de los Diputados no ha convalidado algunos decretos leyes que contenían regulaciones que se aplicaban a millones de relaciones jurídicas, bien entre particulares o bien entre estos y la Administración pública, con la circunstancia añadida de que aquellas normas de urgencia habían derogado o dado nueva redacción a preceptos de leyes cruciales para la sociedad contemporánea. Esta situación ha sembrado el desconcierto entre numerosos operadores jurídicos y particularmente entre los profesionales del derecho, pues, en aplicación de las reglas de nuestro sistema de fuentes, la derogación de una norma (en este caso el decreto ley) no determina la reviviscencia de la norma que aquella derogó. De manera que se habría producido un vacío legal como consecuencia de la doble derogación operada: la inicialmente dispuesta por el decreto ley y la posterior de este último.

La alternativa a esta situación indeseada pasaría por reconocer la reviviscencia de la norma primeramente derogada, entendiendo que recobra la vigencia perdida para así evitar el vacío legal que de lo contrario se produciría. Ocurre que tal operación contradice abierta y textualmente las reglas de nuestro sistema de

fuentes. Convendrá reparar en que la contravención de las normas de producción y aplicación de normas no puede considerarse una ruptura cualquiera, sino que erosiona algunos de los pilares sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico contemporáneo: la seguridad jurídica y su racionalidad interna. Concretamente desvirtúa los logros tan esforzadamente alcanzados hace medio siglo para sacudirse una de las lacras seculares de nuestro derecho histórico, como era el desconocimiento por los operadores del derecho vigente y aplicable en cada momento.

El problema apuntado no es rigurosamente nuevo, pues distintos autores se ocuparon de él desde un plano teórico cuando la democracia española daba sus primeros pasos. Así que conviene exponer las razones por las que este trabajo revisita la cuestión.

En primer lugar, debe señalarse que ya no estamos en presencia de un problema únicamente teórico, sino que en los últimos años los poderes públicos estatales han debido afrontar una sucesión inesperada de crisis de distinta naturaleza con unas composiciones parlamentarias muy fragmentarias, con el resultado de que ya no es infrecuente que algunos decretos leyes no obtengan la convalidación parlamentaria. Se trata, además, de legislaciones de urgencia que han incidido en aspectos muy relevantes para la ciudadanía, lo que exige analizar cómo se solventan los problemas reales surgidos en torno a la figura de la derogación por los decretos leyes.

En segundo lugar, los estudios publicados en los años ochenta y noventa tuvieron el acierto de identificar el problema y proponer distintas tesis que se centraban en la figura del decreto ley, pero con la perspectiva más dilatada que nos proporciona la casuística de los últimos años se impone la necesidad de ampliar el foco y atender también a la compatibilidad y afectación de las soluciones propuestas respecto del sistema de fuentes en su conjunto.

En tercer lugar, en este punto no contamos con el criterio que nos proporcionarían los pronunciamientos, las interpretaciones o las disposiciones emanadas de los órganos constitucionales que podrían ofrecer alguna luz al respecto, esencialmente el Gobierno, el Parlamento o el Tribunal Constitucional.

Por último, no se puede pasar por alto que la situación creada ha puesto a prueba la solidez del régimen jurídico de la figura del decreto ley, que se creía muy depurado en todos sus aspectos y se había venido aplicando pacíficamente más allá de los problemas principales que plantean la determinación de la extraordinaria y urgente necesidad como presupuesto habilitante y el alcance de la afectación que tiene vedada sobre ciertas materias². Si bien, como en seguida veremos, la figura aún suscita importantes interrogantes dignos de la atención académica.

² Véanse José Ignacio Morillo-Velarde Pérez (1989), «El Decreto-Ley en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional», en Rafael Gómez-Ferrer Morant (coord.), *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí* (págs. 819-870), Madrid: Civitas; M.^a del Carmen Núñez Lozano (2003), «El decreto-ley como alternativa a la potestad reglamentaria en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad», *Revista de Administración Pública*, 162,

II. LA PROBLEMÁTICA SUSCITADA EN LA PRÁCTICA

Hasta fechas recientes eran muy contados los decretos leyes que no habían logrado la convalidación parlamentaria. Se acostumbra a citar el Real Decreto Ley 1/1979, de 8 de enero, por el que se prorroga por el tiempo indispensable la actuación de la Junta Central de Acuartelamiento, y el Real Decreto Ley 1/2006, por el que se modifican los tipos impositivos del impuesto sobre las labores del tabaco. Importa subrayar que ninguno de los dos incluía disposiciones derogatorias expresas.

Habría que esperar al 16 de marzo de 2017 para que el Congreso de los Diputados denegara nuevamente la convalidación a la legislación de urgencia, en esta ocasión se trataba del Real Decreto Ley 4/2017, de 24 de febrero, en materia de estiba y desestiba, y presentaba la particularidad de que contenía una disposición derogatoria expresa que se extendía a numerosos preceptos de la legislación previa, incluido el Estatuto de los Trabajadores. Otro tanto ocurrió cuando el Congreso de los Diputados no convalidó el Real Decreto Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, y más recientemente con el Real Decreto Ley 9/2024, de 23 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes en materia económica, tributaria, de transporte, y de Seguridad Social, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social; el Real Decreto Ley 10/2024, de 23 de diciembre, para el establecimiento de un gravamen temporal energético durante el año 2025; el Real Decreto Ley 7/2025, de 24 de junio, por el que se aprueban medidas urgentes para el refuerzo del sistema eléctrico; y el Real Decreto Ley 16/2025, de 23 de diciembre, por el que se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social, y se adoptan medidas urgentes en materia tributaria y de Seguridad Social.

De esta breve relación tomaremos como muestra para el análisis los Reales Decretos Leyes 4/2017 y 21/2018. El primero de ellos, sobre la estiba y desestiba, porque presenta la singularidad de que su disposición derogatoria descende al detalle de identificar las letras, apartados y preceptos concretos derogados por la norma de urgencia. El segundo de ellos, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, porque fue la primera denegación de convalidación que despertó entre los operadores jurídicos una viva y extendida controversia sobre la operativa de la derogación, lo que no debe extrañar, pues su articulado modificaba numerosos preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos y de la Ley de Propiedad Horizontal, entre otras.

Lo más llamativo es que, una vez que el Congreso de los Diputados acordó no convalidar esta última norma y en consecuencia quedó derogada³, la base de

págs. 337-358; y L. Martín Rebollo (2015), «Uso y abuso del Decreto-Ley (un análisis empírico)», *Revista española de derecho administrativo*, 174, págs. 23-92.

³ El BOE de 24 de enero de 2019 publicó la Resolución de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de derogación

datos legislativa de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado no indicaba que la redacción dada por el decreto ley también hubiese sido derogada, sino que «se deja sin efecto». Esto es, en la explicación ofrecida por aquella Agencia la falta de convalidación por el Congreso de los Diputados derogaba el decreto ley, pero la redacción que este último dio a diversas leyes no quedaba a su vez «derogada», sino «sin efecto». También es importante destacar que la propia base de datos aclara al usuario que el texto consolidado que ofrece «es de carácter informativo y no tiene valor jurídico». Si se consulta el análisis normativo que aquella Agencia ofrece de las demás legislaciones de urgencia que se acaban de relacionar, se hallará la misma fórmula: los decretos leyes fueron derogados por falta de convalidación, pero sus contenidos normativos se habrían dejado sin efecto, incluidos los contenidos de las disposiciones derogatorias expresas.

En suma, en los últimos años se ha reabierto una problemática que, como se verá en seguida, en realidad nunca llegó a quedar zanjada y que por tanto requiere dilucidar diversas cuestiones de alcance tanto teórico como práctico. A saber: si las derogaciones que los decretos leyes acostumbran a contener constituyen derogaciones ordinarias como las que se regulan en el sistema de fuentes; alternatively, cabe preguntarse si el decreto ley realmente puede servirse de la figura de la derogación ordinaria, tal y como parece deducirse que se ha empleado por distintas legislaciones de urgencia que se han dictado hasta la fecha; o si, por el contrario, el uso de la derogación por el decreto ley presenta alguna singularidad; y, en este último caso, en qué consiste esta singularidad, cuál es su fundamento, en qué medida se acomoda al sistema de fuentes y si sería exigible que tal particularidad se explicitase.

III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN ENTRE LA DOCTRINA

La cuestión de la derogación aquí analizada no ha pasado inadvertida para la doctrina española, entre la que, en general, existe un consenso básico en torno a la idea de que la normativa derogada por el decreto ley debería seguir vigente si este último resultara derogado por falta de convalidación, incluso cuando ambas normas fueran contradictorias o el decreto ley hubiera dispuesto la derogación expresa de concretas normas. Sin duda, se impone la exigencia elemental de evitar un vacío normativo indeseado como el que resultaría de aplicar las reglas del CC a la doble derogación: la primeramente operada por el decreto ley sobre la regulación precedente y la subsiguiente derivada de la falta de convalidación del decreto ley.

Ahora bien, con la perspectiva que aquí más interesa —que es la de la integración de la figura del decreto ley en el sistema de fuentes—, cabe agrupar las posiciones doctrinales en tres líneas interpretativas. La primera se apoya en la idea de que

del Real Decreto Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

la falta de convalidación del decreto ley determinaría su derogación *ex tunc*⁴, lo que se proyectaría sobre las relaciones jurídicas desplegadas a su amparo y también sobre las normas por él afectadas⁵. Premisas de las que se sigue la reviviscencia de las normas derogadas por el decreto ley, ya sea porque no se aplicaría el título preliminar CC⁶, ya porque existiría una derogación impropia por el decreto ley⁷.

En un punto intermedio cabría situar la tesis de que la provisionalidad del decreto ley permite explicar que, hasta su ratificación parlamentaria, este no tiene fuerza derogatoria sino meramente suspensiva de la legislación anterior⁸. Al hilo de la cuestión de si los decretos leyes realmente derogan o solo suspenden las normas precedentes, es de notar que, aun cuando Ignacio de Otto no se pronunciara acerca de los efectos de la denegación de la convalidación de los decretos leyes sobre las normas previas por ellos afectadas, sí afirmó con rotundidad que los decretos leyes derogaban las normas preexistentes con las que aquellos entrarán en contradicción, diferenciándose poco de la ley⁹.

En último término se sitúa la tesis que, aun defendiendo la derogación *ex nunc* por el decreto ley, considera que no se aplicaría la regla del CC sobre la no reviviscencia general de las normas derogadas¹⁰.

IV. LA INTEGRACIÓN DE LA OPERATIVA DEROGATORIA DE URGENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO

1. LA CONCILIACIÓN ENTRE EL SISTEMA DE FUENTES Y LA GARANTÍA DE EFICACIA DEL DECRETO LEY

Las líneas que siguen se abonan a las aproximaciones metodológicas que tratan de ofrecer una solución de conjunto y coherente que integre los dos principales polos normativos en tensión: la preservación de la ordenación de las fuentes como un sistema, por un lado, y, por otro, la efectividad del decreto ley en el Estado democrático.

⁴ Javier Pérez Royo (1985), *Las fuentes del Derecho*, Madrid: Tecnos, pág. 121.

⁵ Posición que sigue los pasos de la Constitución italiana, que dispone con carácter retroactivo la pérdida de toda eficacia de los decretos de urgencia que no se conviertan en leyes en plazo (art. 77).

⁶ Javier Salas (1979), *Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, Madrid: Civitas, págs. 100 y 118.

⁷ Luis María Díez-Picazo (1990), *La derogación de las leyes*, Madrid: Civitas, págs. 253-255.

⁸ Ignacio Astarloa (1985), «Teoría y práctica del decreto-ley», *Revista de Administración Pública*, 106, págs. 97-169 (pág. 153); y Pablo Santolaya Machetti (1988), *El régimen constitucional de los decretos-leyes*, Madrid: Tecnos, págs. 211-213.

⁹ Ignacio Otto (1995), *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona: Ariel, págs. 195, 202 y 211-213.

¹⁰ Ana María Carmona Contreras (1997), *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, Madrid: CEPC, pág. 247.

Las razones que llevan a adoptar la posición aquí seguida son tanto dogmáticas como pragmáticas. De entrada, se busca que el sistema de fuentes siga siendo un «sistema», para lo que es necesario que sus previsiones abarquen el conjunto de normas, que pueda ser conocida la naturaleza jurídica de las técnicas que lo conforman y que estas se integren y operen entre sí de manera congruente. De tal manera que no solo se alcancen los efectos buscados, en este caso la preservación de la regulación previa al decreto ley cuando este no es convalidado, sino que se pueda responder a las siguientes preguntas: ¿en virtud de qué técnica jurídica se obtiene tal resultado? y ¿cuál es la naturaleza jurídica y cómo operan tales técnicas? La propuesta sistemática debe ser asimismo eficaz y debe ofrecer una solución a los problemas que plantea la operativa de la derogación en el decreto ley, sin dejar vacíos legales que perjudiquen a la sociedad.

Teniendo estas ideas como norte, el análisis que sigue se estructura en torno a ellas y atiende, en primer lugar, a los dos polos normativos que se considera imprescindible conciliar (la sistemática de la ordenación de las fuentes y la eficacia del decreto ley).

2. LA GARANTÍA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA RACIONALIDAD EN EL SISTEMA DE FUENTES: UNA MIRADA HISTÓRICA

En este discurso de ideas, no debería pasarse por alto que el sistema de fuentes, y en particular la ordenación de la figura de la derogación, responden a preocupaciones y desafíos que había arrastrado nuestro derecho históricamente¹¹. De hecho, no quedaron adecuadamente encauzados en la primera redacción del título preliminar del CC, por lo que hubo de esperarse casi otro siglo para que recibiera su actual configuración con la idea prevalente de dotar al ordenamiento jurídico de seguridad jurídica y de racionalidad.

Por tal motivo, para calibrar el verdadero alcance de las normas sobre la derogación convendrá tener presentes aquellos desafíos a los que la regulación contemporánea de la derogación vino a dar respuesta¹².

a) *El anegamiento normativo previo al CC*

La principal idea que cabe destacar es que el Antiguo Régimen legó al ochocientos una ingente masa normativa caracterizada por la indeterminación sobre

¹¹ Véase Santiago Muñoz Machado (2015), *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, t. IV, pág. 157.

¹² Obviamente, no solo la técnica derogatoria cumple esta función, sino también las restantes que integran el sistema de fuentes, como, por ejemplo, la exigencia de la publicación oficial e íntegra de las normas como requisito para su entrada en vigor, véase Marta Lorente Sariñena (2001), *La voz del Estado*, Madrid: CEPC.

la vigencia de los textos que la componían¹³. Desde la Alta Edad Media hasta la desembocadura en el siglo XIX se sucede la acumulación de diferentes derechos según el territorio de que se trate: el derecho romano y visigótico (recibido desde el siglo VII en el *Liber iudiciorum* y difundido bajo el nombre de *Fuero Juzgo* ya desde el siglo XII); el derecho consuetudinario; el de los jueces; los derechos locales; el derecho real; el derecho romano recuperado; el derecho canónico; y, para tratar de ofrecer orientación sobre la vigencia de los anteriores, se sumaban el llamado derecho de los autores y las compilaciones¹⁴.

Como consecuencia, en el siglo XIX se había llegado a acumular un aluvión normativo que hacía poco menos que inmanejable el derecho. No debe extrañar el lamento de algunos autores decimonónicos: «estado de confusión y desorden», «lastimosa y aun vergonzosa situación»¹⁵ o «imagen de caos»¹⁶.

b) *La falta de derogación entre las razones de la acumulación normativa*

Fueron diversas las razones que dieron lugar a la acumulación normativa, y, de entre ellas, aquí debe señalarse como causa muy principal la falta de derogación o la debilidad o defectuosa técnica de esta institución, según los momentos históricos.

Esta circunstancia es directamente constatable en la consulta de las compilaciones jurídicas de 1567 y 1805¹⁷, y es una idea constantemente reiterada por los autores respecto de un periodo muy amplio: entre los modernos, Ortiz de Zárate denunciaba la perniciosa costumbre de no derogar y dejar vigentes las normas antiguas¹⁸; y ya entre los contemporáneos, De Otto destacaba la prohibición en

¹³ Véase la compilación ofrecida por el profesor Luis Martín Rebollo de diversos escritos de E. García de Enterría (2022), *De mis raíces*, Santander: Ed. Universidad de Cantabria, pág. 89; y Lorente (2001, pág. 181). El *Digesto* también arranca con un lamento por la acumulación de leyes desde la fundación de Roma, haciendo imposible su inteligencia a toda capacidad humana (*Proemio*, § 1), si bien Fritz Schulz considera que en la época imperial tales lamentos eran más bien retóricos y se explican no tanto por el elevado número de normas como por la falta de una colección legislativa que las reuniera, (2000), *Principios del Derecho romano*, Madrid: Civitas, pág. 30.

¹⁴ Francisco Tomás y Valiente (1997), «Manual de Historia del Derecho español», en *Obras completas* (t. II, págs. 919-1577), Madrid: CEPC, pág. 1096; y Jesús Vallejo (2009), «El cáliz de plata. Articulación de órdenes jurídicos en la jurisprudencia del *ius commune*», *Revista de historia del derecho*, 38, págs. 1-13 (págs. 4 y 12).

¹⁵ Ramón Ortiz de Zárate (1844), *Análisis histórico-crítico de la legislación española*, Vitoria: Egaña (t. I, pág. IV; t. II, págs. 3-10, 49 y ss., 101-102 y 256 y ss.).

¹⁶ Manuel Alonso Martínez en referencia al derecho español previo al CC, véase Federico de Castro y Bravo (1984), *Derecho civil de España*, Madrid: Civitas, t. I, pág. 206.

¹⁷ Pueden consultarse fácilmente sus reproducciones en *Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla*, BOE, 2022 y *Novísima Recopilación de las Leyes de Castilla*, BOE, 1993.

¹⁸ Ortiz de Zárate (1844: t. I, págs. 115, t. II, 3-10, 49 y ss., 101-102 y 256 y ss.).

la antigüedad del derecho nuevo y de alterar el derecho antiguo¹⁹, al igual que Vallejo explica que el proceso de acumulación se agrava al no concebirse cláusulas efectivas de derogación general²⁰.

c) *Los fundamentos de la inderogabilidad normativa*

Las razones de que durante muchos siglos el derecho nuevo no derogase el derecho antiguo o no lo hiciera definitivamente son variadas. En primer lugar, cabe consignar el propio valor de lo antiguo, de manera que el presente se perpetuaba y tendía a justificarse en el pasado²¹. Según las épocas y derechos: las normas antiguas bien gozaban de preferencia²², bien se dejaban caer en desuso²³.

Pero la permanencia y estabilidad del derecho se atribuían también a la idea de la revelación: para el pensamiento medieval todo el derecho se fundamentaba en Dios y en la idea de que era el legislador universal²⁴. El derecho no se creaba al establecer la ley, sino que a ella se trasladaban principios previos; hacer una ley era declarar el derecho (*iurisdictio*), no crearlo (legislación)²⁵. En consecuencia, la creación o modificación de tal orden resultaban inconcebibles como actividad humana. De resultas, la figura de la derogación, aun conocida durante mucho tiempo, fue considerada odiosa²⁶: «la ley es Dios y la derogación del diablo».

En los primeros siglos tras la recuperación del derecho romano, el *ius commune*, al igual que el canónico, también se concibieron como inmutables. Se consideraba que el derecho romano era portador de una racionalidad intemporal, la *ratio scripta*²⁷. Por lo que se hacía impensable su alteración en los términos en que había quedado fijado en la Alta Edad Media, siendo solo posible su glosa e interpretación.

¹⁹ De Otto (1995, pág. 21).

²⁰ Vallejo (2009, pág. 12).

²¹ Tomás y Valiente (1997: t. II, págs. 1049 y 1071).

²² Así lo expresa Hans Nawiasky respecto del derecho romano hasta que en el Imperio adquirió primacía la ley nueva, (2018), *Teoría General del Derecho*, Santiago-Chile: Olejnik, pág. 143; y García de Enterría acerca de los pueblos germánicos y su preferencia por (*das alte, gute Recht*, el viejo y buen derecho (2022, págs. 85-86), como reza el poema.

²³ Schulz (2000, págs. 35 y 109), respecto del derecho romano. Habrá que esperar a las transformaciones que refleja el derecho postclásico, así el *Digesto* ya contempla la prioridad de las normas más recientes: «Constitutiones posteriores fortioris sunt prioribus» (libro 1º, título IV, 4).

²⁴ De Castro (1984: t. I, págs. 141-143) y Tomás y Valiente (1997: t. II, págs. 1049 y 1071). Sintetizada en la expresión *Dieu et mon droit*, entonces frecuente y que hoy aún luce en el escudo de armas de la realeza británica.

²⁵ Tomás y Valiente (1997: t. II, págs. 1049 y 1071) y Vallejo (2009, págs. 5-11).

²⁶ Jesús Vallejo (1992), *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid: CEC, pág. 315, y Lorente (2001, pág. 171).

²⁷ Schulz (2000, págs. 56-57) y García de Enterría (2022, págs. 86-87).

d) *La potestad derogatoria como atributo del poder político*

Sin perjuicio de que el pensamiento de cada época se desarrollara en un determinado marco conceptual que podía venir conformado por la invocación del valor de lo antiguo, la sacralización del derecho o del gobernante, el *ius commune* o el *iusnaturalismo* racionalista, este itinerario temporal también se encontraba recorrido por las pulsiones más prosaicas de la lucha por el poder, la preservación de los privilegios y del *statu quo*, o la aspiración de ver realizados los propios intereses, individuales, colectivos, identitarios o territoriales. Todas ellas se articulan a través del derecho, por lo que aquí se aprecia que la potestad derogatoria es un atributo del poder político, cuya capacidad para desplazar el derecho antiguo e imponer el nuevo dependerá esencialmente de la fortaleza de los distintos poderes. Es decir, la derogación exige el reconocimiento de una autoridad capaz de imponer su derecho, desplazando otro. Circunstancia que aún tardaría muchos siglos en consolidarse en Europa²⁸.

De manera que solo con el triunfo del absolutismo y ante la conveniencia de unificar jurídicamente los territorios y dar respuesta a las nuevas necesidades sociales, el hasta entonces intemporal derecho romano se comenzó a considerar superado por el pujante derecho regio²⁹. Se produjo entonces una traslación en la atribución del elemento divino, pues dejó de serlo el derecho para sacralizarse al monarca, frente al que solo cabía alzar de manera incipiente a partir del siglo XVI un *iusnaturalismo* racionalista que permitiría descubrir las leyes del derecho natural que hubieran de regir la convivencia humana. Solo estas orientaciones, naturales, muy genéricas y de las que debía inferirse el derecho positivo, conformaban el núcleo indisponible para la sociedad³⁰. En todo caso, se trataba de una resistencia débil ante la pujanza del poder regio capaz de crear derecho nuevo y derogar el antiguo, como, por ejemplo, se expresa de forma elocuente en los decretos de Nueva Planta³¹.

²⁸ La derogación, en sus escasos supuestos iniciales, presentó muy distintas manifestaciones y cuando comenzó a generalizarse estuvo muy alejada de la técnica depurada que hoy conocemos. Así, en la Alta Edad Media convivieron los distintos derechos sin derogarse, como revela el Ordenamiento de Alcalá de 1348, que no derogaba el derecho preexistente, sino que reordenaba la prelación en su aplicación, pues todo él se consideraba vigente, véase Ortiz de Zárate (1844, t. I, págs. 205-206); Tomás y Valiente (1997, t. II, pág. 1123) y Lorente (2001, pág. 171). También la figura de los mejoramientos (p. e. en Navarra, 1330 y 1418) era elocuente de la resistencia de los territorios a aceptar un derecho legislado y tan solo abrirse a variaciones del derecho antiguo, véase Tomás y Valiente (1997, t. II, pág. 1130).

²⁹ Tomás y Valiente (1997, t. II, págs. 1099 y ss., 1125 y 1313 y ss.).

³⁰ *Ibid.* (págs. 1211-1214 y 1322 y ss.) y José Antonio Escudero (1986), *Curso de Historia del Derecho*, Madrid: Edisofer, págs. 726 y ss..

³¹ El Decreto de 29 de junio de 1707 decía así expresamente sobre nuestra materia: «considerando también, que uno de los principales atributos de la soberanía es la imposición y

e) Los comentaristas, las compilaciones y la reviviscencia

Tres cuestiones más deben dejarse brevemente apuntadas. La primera es la importancia que en una primera época adquirió el llamado derecho de los juristas, así como la posterior confusión a que acabó dando lugar la proliferación de opiniones y comentarios tanto sobre el contenido del *Corpus iuris* como sobre los propios comentarios de los juristas más destacados³².

La segunda cuestión que debe dejarse anotada es la relativa al movimiento recopilador, surgido ante la burocratización del poder y la multiplicación normativa. Aun cuando la *Nueva Recopilación* de 1567 afirmaba derogar el derecho anterior, en realidad su eficacia derogatoria fue muy escasa, pues acumulaba normas pretéritas y recientes y con frecuencia incluso contradictorias, lo que provocó numerosas dudas acerca de la vigencia de las normas. Por su parte, la *Novísima Recopilación* de 1805 ni siquiera contenía una cláusula derogatoria y aun reiteraba el orden de prelación de fuentes del Ordenamiento de Alcalá³³.

La última de las cuestiones es la relativa a la recuperación de la vigencia de las normas. Si bien es cierto que a partir del absolutismo la derogación ya permite desplazar al derecho antiguo, con frecuencia se ve seguida de la que posteriormente se verá como la «maldición» de la reviviscencia. En efecto, no es infrecuente la reposición de normas³⁴. Baste con recordar algunas de las más conocidas controversias que aquella suscitó en un dilatado periodo que prácticamente llega

derogación de leyes [...] he juzgado por conveniente [...] abolir y derogar enteramente, como desde luego doy por abolidos y derogados, todos los referidos fueros, privilegios, prácticas y costumbres hasta aquí observadas en los referidos reynos de Aragón y Valencia», véase Tomás y Valiente (1997, t. II, pág. 1302).

³² Es revelador de la confusión imperante el intento de atajarla normativamente: la pragmática dictada por Juan II prohibía la cita de autores posteriores a Bártolo, Baldo y otros; mandato también recogido en la Ordenanza de Madrid de 1499 de los Reyes Católicos, pero que las Leyes de Toro de 1505 «derogaron» bajo la fórmula «mandamos que aquí adelante no se use della, ni se guarde ni cumpla», véase De Castro (1984, t. I, págs. 145-146), Escudero (1986, págs. 428 y ss.) y Tomás y Valiente (1997, t. II, págs. 1099 y ss., 1225 y ss., 1317, 1319 y ss. y 1170).

³³ Es conocida la problemática que plantearon las «extravagantes», normas anteriores a la *Nueva Recopilación* que no fueron recogidas en ella. La *Recopilación* establecía que las normas anteriores a ella «de aquí adelante no tengan autoridad alguna, ni se juzgue por ellas, sino solamente por las de este libro» (cito por la reimpresión de 1775) y, sin embargo, los autores pronto discutieron acerca de la vigencia de algunas normas extravagantes, pues como defendía uno de ellos «lo que ya una vez fue, la ley posterior no puede hacer que no haya sido», siendo así que diversas chancillerías y pragmáticas consideraron vigentes normas extravagantes, véase De Castro (1984, t. I, pág. 186); Tomás y Valiente (1997, t. II, pág. 1190) y Eduardo Galván Rodríguez (2022), «Estudio preliminar», en *Nueva Recopilación de las leyes de Castilla* (t. I, págs. III-XIII), Madrid: BOE (t. I, págs. XI-XII).

³⁴ Sobre la reposición de normas derogadas, ya en el siglo XIX, véase Lorente (2001, págs. 177 y ss.).

a nuestros días: la recuperación de los privilegios personales de los nobles valencianos que habían permanecido fieles a Felipe V durante la guerra de Secesión o parte del derecho aragonés previamente derogado; ya en el siglo XIX las intermitentes vigencias normativas sobre la sucesión al trono desatadas a partir de la promulgación de la ley sálica; la de la Constitución de Cádiz de 1812; las dudas sobre la vigencia de los fueros vascos a partir de la Ley de 25 de octubre de 1839, que llega hasta la disposición derogatoria de la Constitución de 1978 (CE) o, bien entrado el siglo XX, los problemas suscitados por la Ley de 23 de septiembre de 1939, derogatoria de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, y restauradora de previas disposiciones del CC.

f) *La indeterminación sobre el derecho vigente y la luz del CC*

La consecuencia de esta acumulación normativa y de la defectuosa técnica derogatoria no podía ser otra que la absoluta inseguridad acerca del derecho vigente: en el siglo XIX era frecuente ver disputar en los tribunales sobre si una norma restablecía una ley abolida o modificaba o derogaba las vigentes y, en consecuencia, que jueces y funcionarios no solo tuvieran que interpretar el derecho, sino declarar qué normas debían reputarse vigentes³⁵. A pesar de que la Constitución de 1812 se ocupó directamente de esta materia al establecer que «las leyes se derogan con las mismas formalidades, y por los mismos trámites que se establecen» (art. 153), una constante en el siglo XIX fue la que Lorente (2001, pág. 167) denomina «incerteza», pues a lo largo de casi todo el siglo no se pudo contestar con claridad a dos importantes interrogantes: ¿qué normas estaban vigentes?, y, sobre todo, ¿en virtud de qué criterios debían reputarse como tales?

Así pues, no es extraño que los autores pusieran sus esperanzas en la codificación para «regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes», como expresaba la base 1ª de la Ley de bases del CC de 11 de mayo de 1888. Y precisamente para dejar definitivamente atrás ese pasado se tecnificaron las normas sobre las normas, si bien la configuración definitiva de la derogación aún habría de esperar casi otro siglo, hasta la reforma del título preliminar:

- a) Por de pronto, la disposición derogatoria contenida en el art. 1976 aclara que la derogación se extiende a las normas de derecho civil común, ya fueran directamente aplicables o supletorias. Y únicamente salva de la derogación las leyes que el propio Código declara subsistentes³⁶.

³⁵ Ortiz de Zárate (1844, t. II, págs. 256 y ss.) y Lorente (2001, pág. 218).

³⁶ Véase también al respecto la base 27 de la Ley de 11 de mayo de 1888.

- b) Las técnicas precedentes para reconocer qué derecho era el vigente (la opinión de los jurisprudencistas³⁷, las recopilaciones normativas o los meros mandatos legislativos de contenido derogatorio sin delimitar su alcance y efectos) habían resultado claramente insuficientes y defectuosas, de manera que se requería que la propia figura de la derogación fuera objeto de regulación general³⁸. Por lo que el entonces art. 5 CC dispuso que las leyes solo se derogarían por otras leyes posteriores y que no prevalecería contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario.
- c) No obstante, solo a partir de la reforma del título preliminar del CC por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, se completan la racionalización y el significado técnico de la derogación: con el vigente art. 2.2, la simple derogación adquiere carácter definitivo, de manera que la norma derogada no recupera su vigencia.

Pero el sistema de fuentes se concibe de una manera flexible, pues permite que el legislador se pueda separar de sus reglas generales sin necesidad de modificar aquel. Ahora bien, se trata de una flexibilidad comprometida con la idea de la seguridad jurídica, para lo que impone que la separación de la regla general deba ser así dispuesta por el legislador: la derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga, y por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que esta hubiera derogado. Esto es, el legislador de cada momento puede determinar el alcance de la derogación y si pretende la reviviscencia habrá de dictar una norma que no consista en una simple derogación, sino que esta deberá ser cualificada.

- d) Estas reglas reguladoras de la derogación pasan a integrar el sistema de fuentes: serán los propios ciudadanos, operadores jurídicos y autoridades quienes, aplicando estas normas del título preliminar, podrán determinar qué Derecho está vigente.
- e) Los términos en que se regula la derogación constituyen el reconocimiento definitivo de un atributo de la soberanía: la potestad legislativa, para ser

³⁷ Sobre la tensión en el ocaso del Antiguo Régimen entre *lex* (Derecho positivo) e *interpretatio* (opinión de los juristas), véase Díez-Picazo (1990, pág. 324).

³⁸ Señalan Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (1997), *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, México D. F.: Fontamara (pág. 79), que para saber qué normas integran un sistema en un momento dado, tenemos que saber no solo cuáles son las normas supremas (normas de producción normativa) y qué normas han sido válidamente promulgadas hasta ese momento, sino también qué normas han sido eliminadas del sistema con anterioridad, pues el criterio de identificación del sistema está integrado no solo por reglas de introducción, sino también por las reglas de eliminación.

plena, debe poder desprenderse del derecho heredado y hacerle perder su vigencia.

- f) Con la CE, este atributo de la soberanía que es la derogación no solo se verá reforzado con un nuevo fundamento de orden constitucional, sino que terminará por convertirse también en una exigencia de la cláusula de Estado democrático, pues encierra la capacidad de hacer valer el derecho que en cada momento decida la mayoría parlamentaria dejando sin vigencia el precedente³⁹, como se expone en el siguiente epígrafe.

No es infrecuente que el estudio de la teoría de las normas en general, y de la figura de la derogación en particular, se centren únicamente en sus aspectos técnicos y lógicos. Ocurre que las distintas teorías ofrecidas a menudo son portadoras de razones de peso que pueden hacer igualmente convincentes unas y sus opuestas, por lo que al interpretar el sistema de fuentes de un ordenamiento determinado no debería separarse su contenido técnico de la experiencia histórica, pues aunque esta no pueda ser el molde de la interpretación actual, sí ilumina acerca de problemas que aún puede ser preciso conjurar.

3. LA NECESARIA PRESERVACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA NORMATIVA PRECEDENTE

Las aproximaciones de la doctrina al problema que plantea la derogación por el decreto ley de la normativa precedente presentan la ventaja indudable de sus resultados prácticos y de su adecuación al sistema parlamentario. En efecto, todas ellas ofrecen, en primer lugar, una interpretación que impide que se produzca un vacío normativo indeseado cuando la legislación de urgencia no es convalidada y que de darse acarrearía importantes disfunciones en la ordenación social.

No menos desdeñable es que este resultado sea asimismo coherente con el valor de la legislación de urgencia en el sistema parlamentario. No será necesario insistir en una idea que ya han expresado los numerosos autores que han subrayado la plena legitimidad de que en nuestro ordenamiento jurídico el Gobierno pueda adoptar legislaciones de urgencia con rango de ley cuando concurren los presupuestos requeridos en el art. 86 de la CE, y sin que el origen gubernativo de la norma o su carácter de urgencia justifiquen la restricción en el despliegue de sus efectos jurídicos más allá de lo estrictamente dispuesto por el propio texto constitucional⁴⁰. No existen dificultades de orden constitucional para aceptar que este tipo de norma produzca en el tráfico jurídico efectos que se extiendan temporalmente más allá de la vigencia provisional de la propia norma, incluso una

³⁹ Díez-Picazo (1990, págs. 104-105).

⁴⁰ De Otto (1995, págs. 212-213), Santolaya (1988, págs. 16 y 145-147) y Carmona (1997, págs. 41 y ss. y 133-134).

vez esta ha sido derogada⁴¹. Despliegue de efectos más allá de la vigencia inicial de la norma que, por otra parte, en la teoría general del derecho acompaña con naturalidad a la figura de la derogación de cualquier tipo de normas⁴².

Ahora bien, distinta es la consideración sobre la vigencia de la normativa precedente cuando el decreto ley no alcanza a ser convalidado, pues la CE no contiene disposiciones al respecto, lo que justifica el tratamiento que se le dedica en este trabajo. De las diversas cuestiones que suscita el silencio constitucional interesa en este momento la relativa a la necesidad de que la interpretación que se ofrezca sea coherente con las exigencias del sistema parlamentario. En este sentido, no cabe perder de vista dos de las notas que caracterizan esta regulación: su origen «gubernativo» y la naturaleza «provisional» que le atribuye el propio texto constitucional (art. 86 CE). Así las cosas, y más allá del vacío normativo que pudiera dejar la derogación de la legislación precedente, no se conciliaría bien con el sistema parlamentario recogido en la CE una interpretación que diera lugar a que una legislación gubernativa de carácter provisional y que no ha logrado el respaldo de la mayoría del Congreso de los Diputados para esas concretas medidas, alterara con carácter indefinido la legislación precedente de origen parlamentario.

V. PRECISIONES SOBRE LAS CATEGORÍAS JURÍDICAS APLICABLES

Para acometer la tarea de integración propuesta resultará útil delimitar antes las distintas categorías jurídicas aplicables y analizar las singularidades que pueden presentar cuando se proyectan sobre la figura del decreto ley.

⁴¹ Precisamente los autores que defienden los efectos *ex tunc* de la derogación del decreto-ley por falta de convalidación argumentan en contra de que sus efectos puedan permanecer en el ordenamiento jurídico: Salas (1979, págs. 114-115) y Díez-Picazo (1990, pág. 255).

⁴² En general, este efecto se acostumbra a explicar por la ultraactividad de la norma derogada, véanse Eugenio Bulygin (1991), «Tiempo y validez», en Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho* (págs. 195-214), Madrid: CEC (págs. 198-204); Juan Alfonso Santamaría Pastor (1991), *Fundamentos de Derecho administrativo*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 385; Díez-Picazo (1990, págs. 165-173); Rafael Hernández Marín (1998), *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid: Marcial Pons, págs. 467-470; Muñoz Machado (2015, págs. 164-166) o Francisco Villar Rojas (2023), *El Derecho administrativo transitorio*, Madrid: Iustel, págs. 38 y ss. No obstante, debe dejarse apuntada otra posible explicación, más formal y coherente con la figura de la derogación, según la cual los efectos no provienen de una norma ya derogada pero ultraactiva, sino de la nueva regulación que por remisión hace parcialmente suyos algunos contenidos de la antigua, véase Ernst Zitelmann (1919), «Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze», en *Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Karl Bergbohm zum 70. Geburtstag* (págs. 207-241), Bonn: Marcus-Webers, pág. 233.

1. TIPOLOGÍA DE LA DEROGACIÓN

a) *La derogación expresa*

Conforme señala Díez-Picazo⁴³, la derogación expresa se predica normalmente de una disposición jurídica (ley, reglamento, etc.), entendida esta como instrumento o continente y no de la «norma jurídica» o regulación que aquella contiene⁴⁴. Esta idea debe completarse con la precisión de que la derogación expresa puede consistir tanto en la declaración legislativa explícita en tal sentido como en la sustitución del texto jurídico de un precepto por otro (modificación) o en la supresión que lo deja sin contenido⁴⁵.

Con vistas a su proyección sobre la operativa de los decretos leyes, conviene retener que la derogación expresa se produce *ope legis*, con la entrada en vigor de la ley derogatoria y, si bien la aplicación de cualquier norma jurídica requiere una labor de interpretación por los operadores jurídicos, lo cierto es que la derogación expresa opera con notable automatismo, pues es el propio legislador el que identifica la concreta disposición que pierde su vigencia. De manera que, dejando de lado supuestos en que exista una deficiente técnica legislativa, la utilización de la derogación expresa constituye un mandato deliberado por parte del legislador para que la concreta disposición jurídica afectada pierda su vigencia. Otro aspecto de interés para esta investigación es que la derogación expresa se oficializa *erga omnes*, esto es, los operadores jurídicos cuentan con una declaración formal de derogación contenida en un instrumento jurídico oficial, en este caso la ley que así lo dispone.

b) *Derogación tácita*

Por derogación tácita se entiende precisamente la operación que describe el art. 2.2 CC: la derogación se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Se trata, por tanto, de una derogación por incompatibilidad de los contenidos.

Cuando deroga tácitamente, la nueva ley no identifica la disposición que vaya a resultar afectada, no contiene mandato explícito alguno de pérdida de vigencia de la normativa, sino que esta es el resultado de una labor interpretativa por parte de los operadores jurídicos. Falta, por tanto, la inmediatez o el

⁴³ Díez-Picazo (1990, págs. 109 y ss.).

⁴⁴ De hecho, la derogación expresa de una determinada disposición jurídica puede producirse incluso cuando la norma que contenga no sea contradictoria con la nueva ley, mientras que en la derogación tácita se elimina el «contenido» normativo precisamente por ser contradictorio con la nueva ley. Sobre la diferencia entre el instrumento jurídico o continente y norma o regulación jurídica contenidas en aquel, véase Francisco Balaguer Callejón (1991), *Fuentes del Derecho*, Madrid: Tecnos, pág. 62.

⁴⁵ Santamaría (1991, págs. 414).

automatismo que caracterizan a la derogación expresa de una disposición jurídica. Como generalmente también faltará una constatación oficial y *erga omnes* de la derogación, pues al resultar esta de la labor interpretativa de los operadores jurídicos, puede producirse en la aplicación que estos hagan del derecho sin que se produzcan pronunciamientos formales al respecto. Solo en caso de suscitarse controversia jurisdiccional será posible contar con los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales.

Finalmente, debe dejarse apuntado un supuesto de contradicción normativa distinto de la derogación tácita y que no debe equipararse a ella. Se trata de que la incompatibilidad entre la norma vieja y la nueva no siempre produce el efecto de la derogación tácita, sino que puede dar lugar a otros fenómenos que no contempla el título preliminar del CC, como el desplazamiento o suspensión temporales de la primera de ellas en los supuestos de que la nueva norma no sea definitiva, como acontece con la legislación de excepción, tal y como se razona posteriormente.

c) *Derogación genérica*

En un lugar intermedio se sitúa la derogación genérica o indefinida, es decir, aquella que consiste en que una disposición derogatoria declare genéricamente derogadas las normas que se opongan a lo contenido en la nueva ley, pero sin identificarlas, circunstancia que dificulta su clasificación⁴⁶. En general, acostumbra a considerarse como un supuesto de derogación tácita, pues, por una parte, no identifica ni deroga una concreta disposición jurídica (continente), sino la regulación (contenido) incompatible con el nuevo derecho y, por otra, requerirá la labor interpretativa de los operadores jurídicos para contrastar las eventuales antinomias. Sin embargo, también comparte con la derogación expresa que el legislador declara solemne y formalmente la pérdida de la vigencia de las normas opuestas al nuevo derecho, si bien estas quedan en un plano de indefinición.

Dado el objeto de este trabajo, se considera preferible manejarla aquí como un supuesto de la derogación expresa. La razón es que, como acabamos de ver, la mera contradicción entre los contenidos de una nueva ley y los de la regulación precedente puede dar lugar a la derogación, pero también a otros efectos, como son la suspensión o el desplazamiento temporales de la normativa precedente, cuya determinación requerirá una labor interpretativa si el legislador hubiera guardado silencio sobre tales efectos. Sin embargo, el caso de las disposiciones derogatorias genéricas es distinto, pues precisamente el legislador no guarda silencio sobre los efectos jurídicos que quepa atribuirle, sino que al incluir en el texto jurídico una norma derogatoria provoca de manera explícita e indubitada la pérdida de vigencia de la normativa preexistente y contradictoria con la nueva regulación.

⁴⁶ Díez-Picazo (1990, págs. 152 y ss.) y Santamaría (1991, pág. 417).

2. LA OPERATIVA DEROGATORIA EN LA CE

a) *La relación entre el título preliminar del CC y la CE*

No se concibe aquí el sistema de fuentes como una construcción inmutable o intemporal ni se defiende que no se haya visto ampliado y profundamente alterado por la evolución del ordenamiento jurídico y singularmente por un acontecimiento jurídico tan relevante como fue la entrada en vigor de la CE⁴⁷, incluida su regulación del decreto ley. Tampoco se le otorga un valor dogmático que resulte impermeable al derecho positivo y ante el que necesariamente deberían ceder las restantes parcelas del ordenamiento, como si rigiese la jurisprudencia de conceptos. Se parte más bien del reconocimiento de que el sistema de fuentes constituye uno de los elementos nucleares del ordenamiento jurídico⁴⁸, en cuanto es un sistema ordenador de las normas y que, por tal motivo, la solución que se ofrezca al problema que plantea la derogación por la legislación de urgencia debe ser integradora, de manera que la operativa de esta última se concilie con el sistema de fuentes.

Con frecuencia se ha criticado que, en atención a la relevancia que el sistema de fuentes tiene para el ordenamiento jurídico en su conjunto, la CE no haya asumido su regulación directa, sino que simplemente se haya hecho eco de su significación al reservar al Estado la competencia de su ordenación (art. 149.1.1ª)⁴⁹. Ahora bien, al margen del juicio que pueda merecer tal omisión, lo cierto es que la ordenación del sistema de fuentes ocupa una posición central en el ordenamiento jurídico⁵⁰, que no le viene dada por su rango, pues no deja de ser una ley ordinaria, sino por su contenido en cuanto regula la producción y eficacia de las normas, circunstancia que determina una singular relación respecto de la propia CE⁵¹.

De esta relación aquí importa retener que el valor de norma jurídica de la CE⁵² determina que esta quede a su vez subsumida en el sistema general de fuen-

⁴⁷ Balaguer (1991, págs. 48 y ss.).

⁴⁸ En palabras de Alf Ross (1994), *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires: Eudeba, pág. 74, las fuentes del derecho constituyen el fundamento del orden jurídico.

⁴⁹ Díez-Picazo (1990, pág. 58) y Balaguer (1991, pág. 51).

⁵⁰ Esta relevancia ha sido subrayada por la doctrina: Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón (1974), «Marginales al nuevo Título Preliminar del Código Civil», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 3, págs. 359-392 (pág. 360-361); del mismo autor y año, «Aspectos constitucionales del nuevo título preliminar del Código civil», *Revista de Estudios Políticos*, págs. 89-112 (págs. 89-91); Díez-Picazo (1990, pág. 56) y Balaguer (1991, págs. 48 y ss.).

⁵¹ La singular relación entre el título preliminar del CC y la Constitución ha sido estudiada en profundidad por Pedro de Pablo Contreras (1996), «La función normativa del título preliminar del Código civil», *Anuario de Derecho civil*, 49, 2, págs. 533-606.

⁵² Eduardo García de Enterría (1979), «La Constitución como norma jurídica», *Anuario de derecho civil*, 32, 2-3, págs. 291-342.

tes, salvo que resultara incompatible con ella en algún extremo⁵³. Por otra parte, así lo ha expresado la jurisprudencia constitucional en reiteradas ocasiones⁵⁴, por ejemplo, en relación con la figura de la derogación, la STC 36/1982, de 16 de junio, aclara que: «La disposición derogatoria tercera de la Constitución abroga cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la misma [...] conforme al artículo 2.2 del Código Civil» (FJ 3)⁵⁵.

Esta relación entre la CE y el sistema de producción de normas se proyecta a su vez sobre las normas dictadas al amparo de la primera, que quedan igualmente subsumidas en las previsiones del segundo. Así como determina que, aun siendo el CC una norma con rango formal de ley, el legislador no pueda separarse libremente de las reglas de su título preliminar⁵⁶, salvo que proceda a su modificación, se explicita la separación de aquellas reglas conforme prevé el CC o aquella separación resulte de la propia CE. Dentro de este marco, la operativa del decreto ley no constituye una excepción, quedando igualmente subsumida en las previsiones del título preliminar del CC, con las modulaciones que resultan del propio texto constitucional y que enseguida se exponen.

b) *El significado de la derogación en la CE*

La CE incluye de manera expresa la figura de la derogación en distintos pasajes (arts. 81, 84, 94, 96 y disposición derogatoria) que, si bien no configuran por sí mismos un concreto significado, sí iluminan acerca del sentido con el que se maneja esta categoría jurídica.

En unas ocasiones cabe ver en su uso una pura matización o precisión enfática, por ejemplo, cuando el art. 84 se refiere a la derogación «total o parcial» o cuando los arts. 81.2 y 94.1, e) y 96 emplean la fórmula «modificación o derogación», pues, en estos últimos supuestos, siendo la modificación una de las fórmulas que puede adoptar la derogación, como acaba de exponerse, sin duda los preceptos constitucionales solo subrayan que los requisitos procedimentales allí recogidos se extienden a cualquiera de las modalidades que revista. Mientras que otros preceptos contraponen otras categorías a la figura de la derogación, como sucede cuando el mismo art. 96 contempla la modificación, derogación o suspensión de las disposiciones de los tratados internacionales, pues la suspensión

⁵³ De Pablo (1996, págs. 595).

⁵⁴ *Ibid.*, págs. 586 y ss.

⁵⁵ Más recientemente, en el *obiter dictum* de la STC 136/2011, de 13 de septiembre, se recuerda que «en las relaciones entre la Constitución y las restantes disposiciones normativas opera el criterio de sucesión temporal citado, y no sólo por la condición de “ley superior” de aquella sino también por la de ser una “ley posterior” (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 5), que “da lugar a la derogación de las leyes y disposiciones anteriores opuestas a la misma” (STC 9/1981, de 31 de marzo, FJ 3)» (FJ 4).

⁵⁶ De Pablo (1996, págs. 600) y Balaguer (1991, pág. 58).

implica que deje de surtir efecto mientras aquella se mantenga, pero no la pérdida de su vigencia, como en cambio sucede con la modificación o derogación de la parte afectada.

La disposición derogatoria de la CE es elocuente del significado con que se maneja la figura de la derogación, pues, de una parte, el apartado tercero emplea una fórmula derogatoria de carácter genérico o indefinido; el apartado primero contiene una fórmula derogatoria expresa de concretas leyes; y el apartado segundo conecta con el viejo problema de la reviviscencia de las normas derogadas al precisar que la derogación de las controvertidas leyes de 1839 y 1876 es «definitiva»⁵⁷, en línea con lo dispuesto en el título preliminar del CC.

Distintos elementos son reveladores de que el texto constitucional no maneja un concepto de derogación novedoso: por una parte, la atribución de la competencia al Estado de la regulación del sistema de fuentes; y, por otra, el hecho de que la CE no haya introducido previsiones para corregir los términos en que fue recibida aquella regulación. En este sentido, la jurisprudencia constitucional otorga a la derogación operada por la propia CE su significado más extendido, así la STC 4/1981, de 2 de febrero, describe su efecto sobre la legalidad preconstitucional como «pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación» (FJ 1.A), reiterado en la STC 10/1981, de 6 de abril (FJ 7).

3. LA DEROGACIÓN EN LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DECRETO LEY

a) *El régimen jurídico dual*

Sin que proceda extenderse en este punto más allá de lo que afecta estrictamente a la figura de la derogación, sí debe destacarse la existencia de un régimen jurídico dual de los decretos leyes en función del estadio en que se hallen respecto de la intervención del Congreso de los Diputados. En particular, las disposiciones legislativas de urgencia y provisionales que el art. 86 CE habilita a dictar al Gobierno únicamente mantendrán su carácter provisional en el lapso comprendido entre su publicación y su votación en el Congreso de los Diputados, pues si el decreto ley fuera convalidado, las disposiciones legislativas perderían aquel carácter provisional y adquirirían la estabilidad y vigencia indefinida que como regla general caracterizan a la mayoría de las normas⁵⁸.

⁵⁷ Dada la controversia histórica sobre la eventual vigencia vestigial de alguna disposición de las citadas leyes, la derogación se produce «en tanto pudiera(n) conservar alguna vigencia»; además de que no emplea la fórmula de declararlas derogadas, separándose de la redacción de los otros apartados, sino que las «considera» derogadas.

⁵⁸ Astarloa (1985, pág. 154) y Santamaría (1991, pág. 642), y Silvia Del Saz y Xabier Arzoz Santisteban (2024), *Derecho administrativo I*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 79-82.

Como ha señalado la doctrina, una vez convalidado, el decreto ley no pierde este carácter, esto es, no se convierte en una ley⁵⁹ (a salvo de su tramitación como proyecto de ley *ex art.* 86.3 CE), sino que sigue siendo el instrumento jurídico que reviste la forma de decreto ley. Ahora bien, el régimen jurídico que se le aplica en este nuevo estadio difiere en algunos aspectos del estadio anterior. En particular, la figura de la derogación opera de distinta manera según que sea una legislación provisional o, por el contrario, firme, estable o indefinida.

Una vez que el decreto ley adquiere firmeza en virtud de la convalidación se le aplica el régimen jurídico general de la derogación: tanto en su fuerza derogatoria respecto de la legislación precedente (perspectiva activa) como en la capacidad de una norma posterior con rango de ley de hacer perder su vigencia al decreto ley (perspectiva pasiva). En efecto, pocas dudas caben de que las normas derogadas por el decreto ley convalidado pierden su vigencia. Tampoco cabe dudar de que en tal caso se aplicarán de manera plena las reglas generales del art. 2.2 CC y, en consecuencia, las normas preexistentes ya derogadas no recobrarán su vigencia por la simple derogación futura del decreto ley. Tras la convalidación también se aplicará en sus términos la regla general con la que arranca el art. 2.2 CC cuando dispone que las leyes solo se derogan por otras posteriores, de manera que el decreto ley firme únicamente perderá su vigencia cuando su contenido sea contrario al que venga a establecer con posterioridad una norma con rango de ley o cuando esta expresamente lo disponga.

Este régimen jurídico que disciplina el decreto ley ya firme contrasta con el que se le aplica cuando aún es una norma provisional. Por de pronto, en este estadio de provisionalidad debe anotarse que la derogación del decreto ley en su fase de provisionalidad no se producirá de ordinario por una norma posterior de igual o superior rango, como prevé el art. 2.2 CC, sino por la falta de convalidación del Congreso de los Diputados, que en rigor es un trámite singular de una sola de las cámaras parlamentarias y no un procedimiento legislativo⁶⁰.

A los efectos de este estudio deben diferenciarse dos aspectos relevantes: el efecto derogatorio inmediato que durante su provisionalidad la legislación urgente tiene sobre la legislación preexistente; y si aquella legislación preexistente ya derogada recobraría su vigencia en el caso de que el decreto ley no obtuviera la convalidación en el plazo constitucionalmente previsto. El punto de partida tantas veces subrayado es que, para evitar un vacío normativo indeseado y muy principalmente por exigencia del principio democrático, la normativa preexistente al decreto ley debería preservar su vigencia si este no supera el trámite de convali-

⁵⁹ Salas (1979, pág. 43), Santolaya (1988, pág. 210), Santamaría (1991, pág. 643) y Carmoña (1997, pág. 240). En palabras de la STC 29/82, de 31 de mayo, «el Decreto-Ley no se transforma en Ley, es decir, no cambia su naturaleza jurídica» (FJ 2).

⁶⁰ En el plano teórico, la derogación del decreto ley en su estadio de provisionalidad se podría producir por otra norma de igual o superior rango legal en los treinta días siguientes a su publicación, pero no ha acontecido en la práctica.

dación. Por lo que la cuestión debe centrarse ahora en la naturaleza jurídica de la operativa que da lugar a aquel resultado cuando el contenido del decreto ley es incompatible con la normativa preexistente e incluso cuando el decreto ley la ha derogado expresamente.

b) Eficacia *ex tunc*, derogación impropia, pérdida de eficacia e inaplicación del CC

Ya nos consta que una de las explicaciones que se ha ofrecido es que la falta de obtención de la convalidación del decreto ley determinaría su derogación *ex tunc*, de manera que, al retrotraerse sus efectos al momento de ser dictado, no se habría producido la derogación de la normativa preexistente. Sin embargo, la doctrina mayoritariamente ha rechazado este planteamiento señalando que la CE no atribuye un efecto distinto del general a la derogación del decreto ley, que esta posibilidad fue expresamente rechazada durante la tramitación de la propia CE, que el decreto ley es una norma válida, por mucho que finalmente no sea convalidada, y la enorme dificultad y problemática a que daría lugar al tener por inexistentes los restantes efectos jurídicos en las relaciones jurídicas surgidas durante la vigencia del decreto ley⁶¹.

Otra de las explicaciones considera que el decreto ley produce una derogación impropia, que conllevaría la reviviscencia de la legislación por él derogada. Pero esta postura encuentra un importante obstáculo en que, como hemos visto, los propios decretos leyes frecuentemente contienen disposiciones derogatorias expresas, sean o no genéricas, que precisamente establecen la pérdida de vigencia de las normas afectadas por ellas.

Una tercera explicación, a la que acude la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, no solo atribuye a la derogación un efecto extraño a esta figura, sino que tampoco se deduce de la regulación constitucional del decreto ley, pues considera que queda sin efecto la modificación o derogación por el decreto ley de preceptos en leyes preexistentes. Quizás la explicación a esta fórmula haya de buscarse en una proyección sobre nuestro ordenamiento de la operativa contenida en el art. 77 de la Constitución italiana que dispone para tales supuestos que los decretos leyes pierden toda eficacia con carácter retroactivo. Operación jurídica que obviamente no encuentra acomodo en nuestro texto constitucional y que además no prosperó cuando fue propuesta durante la tramitación constitucional⁶².

Finalmente, la tesis sobre la inaplicabilidad de las reglas del título preliminar del CC descansaría sobre la premisa del desplazamiento de estas últimas por el art. 86.2 de la CE, se entiende que por incompatibilidad irresoluble entre ambos

⁶¹ Astarloa (1985, pág. 153), Santolaya (1988, págs. 211 y ss.), De Otto (1995, pág. 204); Carmona (1997, págs. 244 y ss.) y Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2020), *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, pág. 176.

⁶² Santolaya (1988, pág. 212).

textos normativos. Ciertamente, a esta conclusión habría que llegar si no resultara posible la integración del sistema de fuentes recogido en el CC con las previsiones sobre la derogación contenidas en aquel precepto constitucional, pero, como se trata de argumentar seguidamente, también cabe contemplar esa relación normativa desde un ángulo diferente y ofrecer una explicación alternativa que preserve la legislación previa al decreto ley y se concilie con el sistema de fuentes.

VI. RELECTURA DE UN RENOVADO SISTEMA DE FUENTES

Se ha repetido en diversas ocasiones que el sistema de fuentes no se contrae a las reglas recogidas en el título preliminar del CC, sino que se ha ido ampliando paulatinamente con ordenaciones externas, de entre las que destaca con luz propia la Constitución de 1978.

El resultado de este proceso es un sistema de fuentes renovado y ahora caracterizado por su mayor complejidad y por la dispersión de sus regulaciones, que ya no se contienen exclusivamente en el CC, sino también en otras normas, como son la Ley de Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas, los Tratados de la Unión Europea y la CE, entre otras. Pues bien, es precisamente en este renovado y ampliado sistema de fuentes donde debe buscarse la integración de las previsiones constitucionales sobre el decreto ley con las contenidas en el título preliminar del CC.

Para dilucidar la problemática planteada, se retoman aquí las premisas sentadas en los epígrafes precedentes, singularmente la necesidad de respeto del principio democrático y de la seguridad jurídica que proporciona la regulación de la figura de la derogación y, dentro de ella, la importancia crucial que por razones históricas tiene en nuestro derecho la regla general de la no reviviscencia de las normas derogadas. Con tal propósito, será preciso atender a distintos escenarios: la existencia del régimen jurídico dual del decreto ley, según que se halle en su fase de provisionalidad o de firmeza, y la distinción entre los decretos leyes (no convalidados) que no derogan expresamente y los decretos leyes que contienen disposiciones derogatorias expresas.

1. LAS NORMAS PROVISIONALES NO DEROGAN

Cabe recordar una vez más que el art. 2.2 CC dispone que las leyes solo se derogan por otras posteriores, que la derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia sea incompatible con la anterior, y que por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que esta hubiera derogado. Pues bien, la aproximación que aquí se postula al problema planteado pasa por no abordar directamente la cuestión de la reviviscencia de las normas, sino por examinar antes la premisa sobre la que aquella se asienta, dado que si no se produce previamente

la derogación de las normas, no tiene sentido hablar de su reviviscencia. Esto es, el punto que aquí se cuestiona es si realmente se ha producido una derogación de la norma afectada, pues en el actual sistema de fuentes es dudoso que el decreto ley en su fase de provisionalidad pueda derogar normas y, en consecuencia, que deban aplicarse las previsiones subsiguientes del CC sobre aquella figura. Es esta una línea que dejaron apuntada Astarloa y Santolaya, así como Díez-Picazo al referirse a la derogación impropia, pero cuya naturaleza y operativa merecen ser desarrolladas.

Debe partirse de que la regulación sobre la derogación contenida en el art. 2.2 CC trata de racionalizar la producción futura de las leyes, para lo que parte de la premisa implícita de que las leyes tendrán una vigencia indefinida en el tiempo⁶³. Así se desprende de la circunstancia de que no se contemple otro cese de la vigencia de las leyes más que su derogación por otras posteriores: las leyes solo se derogan por otras posteriores (art. 2.2 CC).

En este sentido el tratamiento que tradicionalmente ha recibido la legislación de excepción en el ordenamiento jurídico es ilustrativo de la anterior idea, en cuanto que nunca se ha considerado que derogara las leyes anteriores con las que entraba en contradicción, precisamente porque no era una regulación definitiva. El derecho español ya había conocido la legislación de excepción al menos desde la Constitución de 1812 y en el momento de aprobarse el CC estaban vigentes la Ley de Orden Público de 23 de abril de 1870 y la Constitución de 1876 que prevenían la aprobación de leyes de excepción caracterizadas por su vigencia temporal (arts. 1 y 17, respectivamente)⁶⁴, sin que obviamente se entendiera que aquellas normas derogaban la legislación que venían a exceptuar⁶⁵. Como también en la actualidad, precisamente por su propia naturaleza temporal y excepcional, el derecho dictado en las situaciones de emergencia a que se refiere el art. 116 de la CE (alarma, excepción y sitio) no puede derogar la legislación ordinaria que desplace durante su vigencia. Expresado con palabras del Tribunal Constitucional sobre la declaración del estado de alarma: «esta legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a exceptuar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya

⁶³ Véanse en igual sentido Díez-Picazo (1990, págs. 143-144) y Muñoz Machado (2015, págs. 161-162).

⁶⁴ Pedro Cruz Villalón (1984), *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid: Tecnos, págs. 36-44; A. Aba Cotoira (2011), «El estado de alarma en España», *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, págs. 305-334, y Marta Lorente Sariñena y Antonio Manuel Luque Reina (2021), «La formación histórica de los estados de excepción», *AFDUAM*, extra. 1, págs. 31-45.

⁶⁵ De hecho, Cruz-Villalón (1984, pág. 19) subraya que cuando la Constitución prevé una organización alternativa del poder para dar respuesta a la situación de emergencia, también late en ella la idea de la vuelta ordenada a la Constitución ordinaria.

aplicación puede suspender o desplazar» (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 10). En suma, se trata de normas que exceptúan, suspenden o desplazan la legalidad preexistente, pero no la derogan a su entrada en vigor, como tampoco le insuflan nueva vida cuando concluye la emergencia, sino que más sencillamente la legislación preexistente no llega a perder su vigencia ante una legislación que carece de carácter definitivo.

Estos presupuestos conceptuales, junto con los antecedentes de nuestro derecho histórico, permiten explicar la ordenación de la derogación contenida en el título preliminar del CC: la derogación se concibe como el ejercicio de una potestad del legislador llamada a perdurar en el tiempo, de manera que con naturalidad resultará de ella la pérdida de la vigencia de las normas por incompatibilidad de los contenidos o cuando así se disponga en la nueva norma, pues será esta la que pase a regir con carácter indefinido el «espacio derogado». Adicionalmente, para garantizar la seguridad jurídica y conjurar los demonios pretéritos, se busca evitar que el fruto del legislador pasado pueda reaparecer sin que el actual o futuro legislador lo hayan invocado, de manera que las leyes derogadas no recobrarán su vigencia, salvo que así lo disponga otra ley distinta de la que las derogó. Por tal motivo, no cabe entender que las normas del título preliminar del CC sobre la derogación sean de aplicación a todo tipo de leyes sin hacer las necesarias distinciones acerca de si se trata de leyes de vigencia indefinida en el tiempo o únicamente provisional.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DUAL DEL DECRETO LEY

De acuerdo con el anterior planteamiento, puede afirmarse que la provisionalidad que acompaña al decreto ley antes de que sea convalidado le impide derogar una normativa precedente que rige con carácter indefinido.

No obstante, antes de desarrollar esta idea debe dejarse anotado que la STC 237/2012, de 13 de diciembre, confirmó la posibilidad de que un decreto ley pudiera derogar la legislación previa⁶⁶. Si bien es importante subrayar que en este caso el Tribunal Constitucional venía a dar respuesta a una controversia acerca de la urgencia de la derogación por un decreto ley ya convalidado, pero no se debatió acerca de la validez de la derogación en su fase de provisionalidad. De hecho, tampoco aquí se cuestiona que la figura del decreto ley puede derogar la normativa previa, sino que se defiende que solo puede hacerlo a partir de su convalidación.

Expresado en otros términos, durante su provisionalidad el decreto ley carece de la fuerza activa para derogar la legislación precedente y, correlativamente, la legislación precedente, por su carácter indefinido presenta una fuerza

⁶⁶ La citada STC afirmaba en relación con la derogación contenida en la legislación de urgencia que «no arroja duda alguna la satisfacción por el decreto-ley controvertido en este proceso del requisito relativo a la incorporación de una medida normativa de eficacia inmediata» (FJ 6).

pasiva frente a la derogación por los decretos leyes en su estadio de provisionalidad⁶⁷. Con el doble resultado de que: primero, durante el periodo de la vigencia provisional del decreto ley sus normas desplazarán o suspenderán la eficacia de las normas precedentes, que no podrán ser aplicadas en los supuestos contemplados en el decreto ley⁶⁸; segundo, si el decreto ley no lograra la convalidación, resultará derogado tal y como dispone la CE, pero como durante su provisionalidad él no había derogado previamente la normativa precedente, a partir de ese momento cesará el desplazamiento o suspensión de aquella normativa y esta volverá a aplicarse sobre la materia de que se trate. Esto es, dado que no se produce derogación, tampoco cabe hablar de reviviscencia.

Ahora bien, como ya se ha anticipado, con el recurso a la figura del decreto ley el Gobierno legítimamente puede pretender un cambio normativo que perdure más allá del periodo de provisionalidad⁶⁹ y que puede incluir la derogación de normativa preexistente. Pero precisamente por su efecto perdurable esa derogación solo se producirá si el decreto ley resulta convalidado. En otros términos, puede afirmarse que si la derogación tiene cabida en la figura del decreto ley es merced al régimen jurídico dual de este, en la medida en que las normas preexistentes que habían sido únicamente desplazadas o suspendidas durante la provisionalidad del decreto ley solo quedarán derogadas por incompatibilidad desde el momento en que el decreto ley sea convalidado. Tan distintos efectos jurídicos se explican porque, al adquirir carácter indefinido las normas contenidas en el decreto ley convalidado son ya plenamente aplicables las previsiones del art. 2.2 CC, esto es, la derogación de la normativa previa por otra dictada con carácter indefinido cuyo contenido la contradiga.

En este punto, no debe pasarse por alto la importancia que tiene la intervención del Congreso de los Diputados en la transformación del régimen jurídico del

⁶⁷ Sobre la operativa de la fuerza activa y pasiva de las leyes en general, véase F. Rubio Llorente (1983), «Rango de ley, fuerza de ley y valor de ley», *Revista de Administración Pública*, 100-102, págs. 417-432 (pág. 422).

⁶⁸ La suspensión de las normas, al margen de la que pueda tener origen en una impugnación jurisdiccional, no se contempla en el título preliminar del CC, pero es una categoría que, como hemos visto, manejan la propia Constitución (art. 96) y la doctrina, véanse Astarloa (1985, pág. 153), Santolaya (1988, pág. 211), Santamaría (1991, pág. 386) o Hernández (1998, pág. 479). Así como opera en las situaciones de excepción, como expresamente ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 83/2016, FJ 10). Recientemente, el Tribunal Constitucional también ha advertido en la amnistía un supuesto distinto de ley que no deroga, sino exceptúa la legalidad preexistente que se oponga a ella, STC 137/2025, de 26 de junio (FJ 5.3.2, b).

⁶⁹ En la práctica se ha consolidado, con refrendo en la jurisprudencia constitucional, que las disposiciones del decreto-ley convalidado extiendan su vigencia de manera indefinida, incluso una vez superada la urgencia que operó como presupuesto habilitante de la medida. Véase Manuel Aragón Reyes (2016), *Uso y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional*, Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, págs. 58-62.

decreto ley. En efecto, con insistencia se ha subrayado aquí que la preservación de la normativa preexistente es una exigencia del principio democrático, pues la potestad legislativa de carácter provisional que la CE reconoce al Gobierno en casos de extraordinaria y urgente necesidad no comprende la potestad derogatoria de la normativa parlamentaria preexistente, sino únicamente su desplazamiento o suspensión temporales. Es la intervención de la Cámara a través de la convalidación la que transforma el régimen jurídico del decreto ley, mudando la normativa provisional que contiene en definitiva y dotándola de poder derogatorio (fuerza activa). A partir de este momento, el decreto ley se integra en el ordenamiento jurídico como una norma, ya no provisional, sino definitiva, a la que se aplica la previsión del art. 2.2 CC, de manera que aquellos de sus contenidos que sean incompatibles con la normativa precedente la derogarán con carácter indefinido y si en el futuro el decreto ley fuera derogado, aquella normativa precedente no recobraría su vigencia, salvo, claro está, que el legislador futuro dispusiera otra cosa.

En suma, volviendo al planteamiento inicial de la cuestión controvertida sobre la operativa de la derogación de los decretos leyes, en rigor no se trata de exceptuar la regla general contenida en el último inciso del art. 2.2 del CC sobre la no reviviscencia de la normativa derogada. Sino que sucede que la potestad legislativa que la CE reconoce al Gobierno para los casos de extraordinaria y urgente necesidad tiene carácter únicamente provisional y, por lo mismo, en realidad carece de fuerza derogatoria de las normas parlamentarias de carácter indefinido. Así pues, al no existir un supuesto de derogación tampoco cabe aplicar el régimen contenido en el art. 2.2 del CC. Solo el concurso del Congreso de los Diputados a través de la técnica de la convalidación transforma el régimen jurídico del decreto ley, dotando de carácter definitivo y de fuerza derogatoria a sus normas, aplicándose a partir de tal momento el régimen general sobre la derogación contenido en el título preliminar del CC.

3. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS DISPOSICIONES DEROGATORIAS DE LOS DECRETOS LEYES

La explicación hasta aquí ofrecida es válida para aquellos decretos leyes que se limitan a regular una determinada materia, añadiendo nuevas disposiciones, mas sin derogar expresamente la legislación precedente. Sin embargo, queda por dilucidar este último supuesto que se suscita por la práctica muy extendida consistente en que el Gobierno incluya en los decretos leyes disposiciones derogatorias y es precisamente este último el que ha sembrado gran inseguridad entre los operadores jurídicos. Aquí se incluyen tanto los casos en que el decreto ley establece la nueva redacción de un precepto como su derogación expresa e incluso cuando contiene una disposición genérica que declara la derogación de las disposiciones incompatibles con el contenido del decreto ley, pues en todos ellos se declara o produce formalmente la derogación de la normativa previa.

Convendrá reiterar que es plenamente legítimo que el Gobierno, a través de la figura del decreto ley, busque como resultado final que determinada legislación preexistente termine siendo expresamente derogada por el decreto ley. El problema, claro está, se suscita porque las disposiciones que dicta el Gobierno carecen de fuerza derogatoria mientras son provisionales, necesitando el concurso del Congreso de los Diputados para lograr que se produzca aquel efecto sobre el ordenamiento jurídico.

En general, las respuestas que se han ofrecido ante este dilema aparentemente irresoluble llevarían a admitir que el Gobierno pudiera derogar la legislación vigente a través del decreto ley en la previsión de que será convalidado. La secuencia lógica que se deduciría de este razonamiento es que, como es lícito que el decreto ley convalidado pueda derogar normas preexistentes, entonces, el decreto ley también podrá derogarlas desde el momento inicial de su vigencia. Asimismo se sostiene que, en el caso de que el decreto ley no sea convalidado, entonces recuperaría su vigencia la legislación previamente derogada. Claro está, lo que ocurriría es que de este modo se vería alterado el régimen jurídico de la derogación contenido en el título preliminar del CC, pues se entendería que las normas provisionales pueden derogar normas definitivas y que las normas derogadas recobran su vigencia sin necesidad de explicitar esta circunstancia.

En estas líneas se defiende otro planteamiento, pues tales operaciones jurídicas no tienen actualmente cabida en nuestro ordenamiento jurídico. Lo que en este caso se advierte es en realidad un exceso o desbordamiento por parte del legislador gubernamental en la utilización de su potestad legislativa de urgencia, dado que en este concreto punto la ejercita como si el régimen jurídico del decreto ley fuera unitario y no necesitara el concurso de la técnica convalidatoria para completar la falta de fuerza activa derogatoria de sus disposiciones provisionales.

Cuando un decreto ley incluye simples disposiciones derogatorias de inmediata entrada en vigor, no se limita a desplazar o suspender temporalmente la normativa afectada como correspondería a su carácter provisional, sino que le hace perder su vigencia. Esto es, se produce lo que el decreto ley dispone expresamente: la derogación inmediata de las normas. Es un supuesto de *ultra vires*, en el que literalmente la legislación provisional va más allá de la fuerza que le atribuye la CE. En concreto, se arroga una fuerza derogatoria sobre normas parlamentarias indefinidas de la que carece. El problema se hace palmario cuando el decreto ley no logra la convalidación y los operadores jurídicos se encuentran con una norma provisional que ha operado como si hubiera sido definitiva desde su entrada en vigor, retirando la vigencia a la normativa indefinida precedente, y se agrava cuando, para evitar un vacío legal, se pretende la reviviscencia de la normativa derogada, entrando por tales motivos en abierta colisión con las previsiones generales del sistema de fuentes.

Como ya se ha señalado, no se trata de que la regulación sobre la figura de la derogación contenida en el título preliminar del CC sea inmutable, pues bastaría que una norma con rango de ley apta para tal operación la modificara con carác-

ter general para regir en el futuro la producción normativa. Tampoco se trata de que aquella previsión sobre la derogación prohíba en todo caso la reviviscencia en nuestro ordenamiento. Más sencillamente, el actual sistema de fuentes exige que la norma que busque el efecto de la reviviscencia no se limite a la «simple derogación» de la normativa precedente, sino que habrá de determinar qué efectos singulares producirá esa derogación.

Debe señalarse que las simples disposiciones derogatorias de inmediata entrada en vigor contenidas en un decreto ley también entran en colisión con los principios constitucionales de democracia y de seguridad jurídica. Es difícilmente conciliable con el primero de ellos que una norma provisional derogue desde el mismo momento de su entrada en vigor, por tanto, sin esperar al concurso de la convalidación por el Congreso de los Diputados que contempla la CE, unas disposiciones legales preexistentes cuya vigencia se sustentaba en el principio democrático. También se resiente gravemente la seguridad jurídica cuando el decreto ley emplea la figura de la derogación dotándola de un contenido y de un alcance novedosos, en cuanto se separan sensiblemente del que les atribuye el sistema de fuentes, todo ello sin que este haya sido previamente modificado ni se haya explicitado ante los destinatarios del decreto ley que se ha producido aquella separación o novedad⁷⁰. Convendrá reparar en que en tales casos los destinatarios de la legislación de urgencia difícilmente podrán saber si el decreto ley contiene una novedosa modalidad de derogación que no hace perder la vigencia de las normas afectadas, sino que simplemente implica su suspensión o desplazamiento temporales; o bien se trata de una auténtica derogación que implica la pérdida de vigencia de las normas afectadas, pero que lleva asociada la reviviscencia del derecho derogado únicamente para el caso de que el decreto ley no sea convalidado.

Así pues, el planteamiento para afrontar la problemática analizada no pasa por admitir que el decreto ley pueda incluir simples disposiciones derogatorias de inmediata entrada en vigor y, para el caso de que este no sea convalidado, entender profundamente alterado el sistema de fuentes, ya sea dando un significado distinto a la figura de la derogación, ya recobrando la vigencia de las normas que el decreto ley derogó durante su provisionalidad. Por el contrario, el legislador de urgencia ha de tener presentes las premisas que conforman el marco normativo de la legislación provisional en relación con la derogación, a saber: a) el régimen general que en nuestro Derecho ordena la producción nor-

⁷⁰ Para Balaguer (1991, págs. 58 y 142) el legislador está vinculado a las normas del título preliminar del CC, no por imperativos legales, sino constitucionales, pues una alteración singular de aquellas podría contravenir la exigencia de seguridad jurídica del art. 9 de la Constitución. Y recurre precisamente a una de las reglas sobre la derogación para ejemplificar el alcance de aquella vinculación: no implica necesariamente que el legislador tenga que someterse en el futuro a esa regla, pero sí que el legislador, si no quiere vulnerar el principio de seguridad jurídica, deberá proceder a una modificación expresa de esa regla si quiere darle un alcance distinto.

mativa en punto a la derogación y la no reviviscencia; b) que el régimen jurídico dual del decreto ley ya forma parte del sistema de fuentes; c) la circunstancia de que durante su provisionalidad el decreto ley carece de fuerza derogatoria, y d) que, al igual que el decreto ley requiere el complemento del Congreso de los Diputados mediante la convalidación para que la norma se transforme en definitiva, también lo necesita para que la norma reciba fuerza derogatoria activa.

Manejando los anteriores presupuestos, el legislador de urgencia podrá incluir válidamente disposiciones derogatorias en el decreto ley sin conculcar el principio democrático ni el de seguridad jurídica. Obviamente, el decreto ley podría establecer que durante su fase provisional la derogación tendrá un contenido distinto al que recibe con carácter general en el sistema de fuentes y significará que no hace perder la vigencia de las normas afectadas, sino que únicamente las suspende, desplaza o impide que desplieguen sus efectos, como también podría explicitar que durante su provisionalidad el decreto ley deroga la normativa de que se trate haciéndole perder su vigencia, pero no es una simple derogación, sino que en caso de resultar a su vez derogado por no haber sido convalidado, aquella normativa por él derogada recobrará la vigencia. Sin embargo, las anteriores fórmulas introducirían una confusión innecesaria, por lo que sería preferible que el decreto ley especificara que las normas por él afectadas únicamente se entenderán derogadas a partir de su convalidación por parte del Congreso de los Diputados.

Como se advierte, en rigor no existe aquí aporía alguna, ni es necesario que el régimen jurídico de la derogación deba ceder para adaptarse a las prácticas legislativas del Gobierno, sino que más bien el legislador gubernamental de urgencia debe ser consciente de la limitación de su poder normativo y adecuar su ejercicio a las exigencias de los principios constitucionales de democracia y de seguridad jurídica sobre los que se asienta el sistema de fuentes.

VII. ¿UNA VUELTA AL PASADO?

Ante unos decretos leyes que contienen simples disposiciones derogatorias de inmediata entrada en vigor, vemos que faltan pronunciamientos de los órganos constitucionales que sirvan de guía en la incertidumbre, como también que las reglas del título preliminar del CC ya no bastan para que los operadores jurídicos puedan determinar por sí mismos el alcance de las derogaciones: si las normas afectadas están o no vigentes, suspendidas o desplazadas temporalmente; si las normas que expresamente se declaran derogadas por la legislación provisional de urgencia recobran o no su vigencia cuando aquella es a su vez derogada por falta de convalidación. Como ocurría en el pasado, a los operadores jurídicos únicamente les queda buscar respuestas en unas compilaciones que advierten de su carácter oficioso o en las opiniones discrepantes de los autores, a las que estas líneas vienen a sumarse.

En este paisaje difícilmente se reconoce el principio constitucional de seguridad jurídica. Además, nos devuelve episodios de nuestro derecho histórico con la incómoda presencia de algunos de los demonios que el título preliminar del CC trató de desterrar. Hay que concluir reconociendo que es un retroceso en los avances que nos había procurado nuestro sistema de fuentes.