

CUESTIONES SOBRE LA DEROGACIÓN

I. La derogación como cesación de la vigencia

En el lenguaje de la ciencia y de la teoría del Derecho el concepto de derogación presenta una notable variedad de significados que da la impresión de tener su origen en la asunción de principios no siempre aclarados, en ocasiones ni siquiera explicitados, y que suelen ser fuente de confusión. La derogación es, desde luego, un caso de cambio en los sistemas jurídicos por sustracción de normas¹ (aunque debemos entender aquí el término «sustracción» en su significado más lato). Ahora bien, a partir de esto que podría considerarse un lugar común, se atribuye a la derogación la capacidad de producir distintos efectos, aunque tal vez fuera más acertado decir que a la hora de determinar las consecuencias de la derogación se entremezclan problemas conceptuales con otros más terminológicos; así, en ocasiones se dice que la derogación da lugar a la «invalidez» de las normas, otras veces se habla de la cesación de su «vigencia», de la pérdida de su «eficacia» e incluso la «muerte» o extinción de la existencia de las mismas.

Sobre todo en el ámbito de la teoría jurídica, es frecuente la afirmación de que la derogación determina la invalidez de las normas derogadas². Para H. Kelsen, por ejemplo, las normas derogatorias no hacen referencia a una cierta conducta, sino a la validez de otras normas:

¹ Vid. E. Bulygin, «Tiempo y validez» (1982), ahora en C. Alchourron y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

² Así, H. Kelsen, «Derogation», en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Bob Merrill Co., New York, 1962. E. Bulygin, «Tiempo y validez», cit.; D. Mendonca, «Atti di abrogazione e norme abrogatrice», en *Analisi e diritto*, 1993, Giuffrè, Milán, 1993.

no establecen un «deber ser»³, sino un «no-deber ser». Los fenómenos de «ultraactividad» de la norma derogada que suelen acompañar a la derogación en la mayoría de los sistemas jurídicos constituyen, sin embargo, un problema para esta concepción de la derogación como fuente o motor de la invalidez de las normas. En efecto, si entendemos por validez la existencia jurídica de una norma en el sentido de pertenencia a un cierto ordenamiento⁴, no se entiende bien cómo una norma que ya ha sido expulsada del ordenamiento (que ha sido derogada) puede seguir aplicándose. Tal vez pudiera decirse que la norma derogada sigue siendo aplicada por voluntad de la disposición derogatoria, pero en los casos en que ésta no prevé tal hecho dicha explicación no deja de ser una ficción.

Podría, por el contrario, afirmarse que la derogación hace cesar no la validez, sino la eficacia de la norma⁵. Pero entonces el problema mencionado persistiría, pues ¿cómo explicar que siga aplicándose una norma que ya no es eficaz? Además, si la derogación produce sólo una cesación de la eficacia, la norma derogada seguirá existiendo en el ordenamiento y en el futuro, si la norma derogatoria es a su vez derogada, ¿habría de concluirse que «revivirá» la norma derogada? Por otra parte, parece preferible mantener un concepto empírico o meramente sociológico de eficacia, y en tal caso no cabe concebir que un enunciado lingüístico, como es la disposición derogatoria, tenga consecuencias en este aspecto⁶.

A la luz de estos problemas se pone de manifiesto la insuficiencia de las categorías normativas tradicionales de validez y eficacia para dar cuenta del fenómeno de la derogación. Por lo demás, la misma falta de distinción entre existencia y validez que conduce a la paradójica situación provocada por la ultraactividad de las normas derogadas ha impedido también dar cuenta de fenómenos como el de las leyes inconstitucionales o las sentencias ilegales, fenómenos para cuya explicación H. Kelsen tuvo que recurrir al fantástico expediente de la «cláusula alternativa tácita».

La paradoja que deriva de la aplicabilidad de una norma que ya

³ H. Kelsen, «Derogation», cit., pág. 339.

⁴ Naturalmente podría adoptarse un concepto de validez distinto. Es este, sin embargo, el más frecuente en la teoría del Derecho, al menos en la de raigambre kelseniana.

⁵ S. Pugliatti, «Abrogazione (teoria generale e abrogazione degli atti normativi)», en *Enciclopedia del diritto*, I, Milán, 1958, pág. 140.

⁶ Hago aquí abstracción del problema de la *desuetudo* o cesación de eficacia por falta de aplicación o costumbre contraria, entendiéndolo por derogación el efecto de una cierta clase de disposición normativa. Sobre la *desuetudo* vid. J. Betegón, M. Gascón y L. Prieto, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, 1994.

no existe o no es válida en el sistema desaparece cuando, como hacen C. Alchourron y E. Bulygin, se distingue entre *sistema jurídico* y *orden jurídico*. Sistema jurídico es el conjunto de normas vigentes en un momento determinado (el «conjunto de normas que contiene todas sus consecuencias»), mientras que orden jurídico es la secuencia de los sistemas jurídicos que han existido en él⁷. La derogación produce una modificación del sistema jurídico por «sustracción» de normas⁸, lo que significa que la norma derogada ya no existe en el sistema correspondiente al momento posterior a la derogación, pero sigue existiendo en el ordenamiento al pertenecer a un sistema del mismo. Ello explica que una norma pueda seguir siendo aplicada tras haber sido derogada, pues el conjunto de normas aplicables a un caso es una selección de normas vigentes en distintos sistemas, esto es, de normas vigentes en el sistema correspondiente al momento de tomar la decisión, pero también de normas que, a pesar de no estar vigentes en ese sistema, existen en el ordenamiento jurídico, pues han pertenecido a un sistema anterior⁹. A mi modo de ver, sin embargo, este planteamiento no da cuenta de los distintos efectos que derivan de la derogación y de la anulación, si bien tiene la virtud de poner de manifiesto que aplicabilidad de las normas, existencia y validez son conceptos distintos que conviene distinguir.

Y, en efecto, de cara a una mejor comprensión de la dimensión temporal del ordenamiento parece conveniente no confundir los diferentes aspectos de lo que en sentido lato podemos llamar existencia normativa. A este respecto es fundamental la distinción que media entre las nociones de existencia y validez de las normas, pero también la que separa a ambas de los conceptos de vigencia y eficacia de las mismas.

Una norma existe cuando ha sido creada¹⁰, por lo que podría

⁷ C. Alchourron y E. Bulygin, «Sobre el concepto de orden jurídico», en *Análisis lógico y Derecho*, cit., págs. 396 y 397.

⁸ Para estos autores, además, la preferencia que resulta de la aplicación de un criterio de aplicabilidad (por ejemplo, la *lex posterior* o la *lex superior*) en un sistema «ordenado» produce una modificación de las relaciones ordenadoras del sistema *sustancialmente equivalente* a la eliminación de elementos del mismo. Lo que significa que la aplicación de los criterios de resolución de antinomias (caso bajo el que puede situarse la llamada derogación *tácita* o por *incompatibilidad normativa*) supone, al igual que la derogación expresa, un cambio en el sistema. Vid. C. Alchourron y E. Bulygin, «La concepción expresiva de las normas» (1981), ahora recogido en *Análisis lógico y Derecho*, cit. Vid. nota 34 de este trabajo.

⁹ E. Bulygin, «Tiempo y validez», cit., págs. 210 ss.

¹⁰ De «emanazione-creazione» habla expresivamente D. Mendonca («Atti di abrogazione...», cit.), remedando la idea expresada por C. Alchourron y E. Bulygin de que la emanación de la norma es condición suficiente y necesaria para su existencia (*Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia, Universidad de Carabobo, 1979, pág. 37).

decirse que la *promulgación* de una norma determina su existencia, entendiendo ahora por promulgación la mera exteriorización de una voluntad normativa por parte de una persona u órgano, al menos en apariencia, autorizado para ello¹¹. La validez normativa, sin embargo, hace referencia a la pertenencia de la norma al ordenamiento, lo que dependerá del cumplimiento de las condiciones de pertenencia (validez) al mismo;¹² la validez supone, por tanto, una «valoración» sobre la norma, de modo que una norma existente será válida sólo si supera un juicio de validez¹³. A su vez, la forma propia de existir de una norma es su pretensión de aplicabilidad indefinida, su capacidad para regular todas las situaciones que caigan bajo su condición de aplicación; es a esta existencia de la norma con vocación de aplicabilidad indefinida a lo que podría llamarse vigencia, una situación que suele ir unida a la publicación de la norma, salvo las posibles previsiones de *vacatio legis*¹⁴. Por último, es evidente que si una norma resulta eficaz es porque existe, con independencia de que sea o no válida o de que esté o no en vigor. Pero incluso cabe aceptar la hipótesis de que una norma sea eficaz aunque no exista -según el concepto de existencia que se ha apuntado aquí-, es decir, aunque no haya sido promulgada; este es el caso peculiar de la costumbre.

La distinción que se acaba de hacer no es gratuita si se quiere dar cuenta de la diferencia entre los efectos de la derogación y la anulación tal y como funcionan en los concretos ordenamientos positivos de tipo continental, al menos en lo que hace referencia a las leyes. En tales ordenamientos sucede que: a) la anulación de las leyes produce efectos *ex tunc*¹⁵, mientras que la derogación opera *ex nunc*; b)

¹¹ G. H. von Wright, *Norma y acción. Una investigación lógica* (1963), trad. cast. de P. García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1970: «cuando la norma es una prescripción, formularla en el lenguaje se llama a veces *promulgación* de la norma» (pág. 109). «La emisión de una norma (...) manifiesta la voluntad de la autoridad de hacer que el sujeto(s) se comporte de una manera determinada. Para que el sujeto(s) conozca su voluntad, la autoridad promulga la norma» (pág. 27).

¹² De «emanazione-inclusione» habla D. Mendonca, «Atti di abrogazione...», cit.

¹³ Cuestión distinta es que para ciertas normas, por ejemplo, las leves, se haya dispuesto en el ordenamiento que tal juicio sólo pueda ser hecho por órganos «ad hoc», de modo que haya que presumir su validez mientras tales órganos no declaren lo contrario.

¹⁴ Una análoga conceptualización de la vigencia en F. Balaguer, *Fuentes del derecho*, Madrid, Tecnos, 1991, págs. 130 ss.

¹⁵ Algo que, a mi modo de ver, es perfectamente coherente con la noción de validez como pertenencia de las normas al sistema jurídico. Si la norma es inválida (si nunca existió en el sistema), es claro que lo que hace el órgano competente es declarar, y no constituir, su invalidez, por lo que es normal que sus sentencias tengan efectos *ex tunc*, y no *ex nunc*. Lo cual no prejuzga que cada concreto ordenamiento jurídico pueda disponer otra cosa sobre los efectos de estas declaraciones de

las leyes derogadas deben seguir aplicándose a las situaciones surgidas a su amparo antes de la derogación y todavía no agotadas, mientras que no cabe la «ultraactividad» de la ley anulada; y, por último, c) dado que cabe aplicar ultraactivamente la ley derogada es posible aún anularla¹⁶.

Creo que esta diferencia de efectos entre la derogación y la anulación alimenta la idea de que la derogación no es un asunto de invalidez de normas, sino de falta de vigencia de las mismas. Como las relaciones internormativas en el ordenamiento se suelen estructurar en base a los principios de jerarquía normativa y de competencia, la derogación se habrá de dar en el marco de estos principios, pero no es identificable con ninguno de ellos; es decir, por sí misma, la derogación no es una cuestión de invalidez. Frente a esto acaso podría argumentarse que la anulación «declara» la invalidez de una norma, mientras que la derogación la «constituye», y que precisamente ello explica los distintos efectos que ambos institutos producen; o podría decirse que, en cualquier caso, los efectos de la derogación y de la anulación son siempre los que el ordenamiento jurídico ha querido atribuirles, por lo que no conduce a nada intentar proyectar en los concretos sistemas esquemas fijos de invalidez y de derogación. Pues bien, aun así, admitido que los regímenes jurídicos de una y otra son diferentes y que en los sistemas positivos continentales son, grosso modo, los que acabamos de describir, me parece más clarificador hablar de cesación de validez en un caso y de cesación de la vigencia en el otro.

Las normas nacen (válidas) en el ordenamiento (son promulgadas) con una *capacidad reguladora indefinida*, pero ésta puede ser eliminada *pro futuro* por un acto contrario (de derogación), lo cual no prejuzga ni su existencia¹⁷ ni su validez¹⁸: no prejuzga su existencia, pues, obviamente, la norma fue promulgada; pero tampoco su

invalidez en orden a la protección de otros valores: por ejemplo, no contradice esta sistemática el hecho de que en un ordenamiento jurídico (e incluso por vía dogmática o jurisprudencial) se imponga la producción de efectos *en nunc* de estas sentencias en aras de la seguridad y del tráfico jurídico. Esta fue, por lo demás, la opción de H. Kelsen en el diseño del Tribunal Constitucional austríaco.

¹⁶ Vid. Sobre las diferencias entre derogación y declaración de inconstitucionalidad, R. Guastini. «In tema di abrogazione», en *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitico*, C. Luzzati (coord.), Giuffrè, Milán, 1987.

¹⁷ Me parece importante la observación que hace D. Mendonca de que las normas no pueden dejar de existir una vez que han adquirido existencia, puesto que el acto de creación, como cualquier acto humano, no puede ser eliminado («Atti di abrogazione...», cit., pág. 84). Podrán eliminarse sus efectos, pero no el acto.

¹⁸ Como lo prueba, por cierto, el hecho de que una ley derogada, pero aún aplicable (ultraactividad) pueda ser declarada inconstitucional. Sería absurdo decir que una ley ya declarada inválida puede ser declarada inválida.

validez, pues también es indiscutible que la misma reunió y sigue reuniendo todas las condiciones de validez. La derogación, por tanto, sólo puede determinar la *pérdida de la vigencia* de una norma, es decir, restringir en el tiempo su aplicabilidad, su vocación reguladora, pero sin privarla necesariamente de ella¹⁹, pues la norma sigue existiendo válidamente y en esta medida puede seguir regulando las situaciones nacidas al amparo de la misma cuando estaba vigente. En suma: la derogación *limita temporalmente* (sin anular) la esfera de aplicabilidad de las normas derogadas²⁰.

II. La naturaleza de la función derogatoria: derogación expresa vs. derogación tácita

La derogación es la expresión del *principio de la lex posterior*. Pues bien, otra cuestión que parece fundamental para determinar los efectos y el alcance del instituto derogatorio es la de si estamos ante un principio lógico o ante un principio exclusivamente histórico-jurídico. El asunto puede reformularse en los siguientes términos: la entrada en vigor de una norma en el ordenamiento ¿lleva consigo necesariamente la pérdida de la vigencia de las normas anteriores que entren en contradicción con ella, como resultado de una exigencia de compatibilidad lógica entre todas las normas del ordenamiento? o, por el contrario, ¿esto sólo se produce cuando el propio ordenamiento así lo reconoce mediante concretas disposiciones jurídicas (más exactamente: disposiciones sobre la derogación)?

Para responder a esta cuestión es preciso establecer aún una distinción.

En el epígrafe anterior hemos hablado de derogación como si se tratase de un fenómeno uniforme. Pero no es así. Cabe distinguir al menos dos grandes clases de derogación: la llamada derogación expresa y la denominada derogación tácita o por incompatibilidad normativa.

Se habla de *derogación expresa* cuando ésta se produce por medio de una disposición derogatoria que identifica con precisión el objeto de la derogación (por ejemplo: «Queda derogado el art. X de la ley Y»)²¹. Objeto de la derogación expresa es siempre una *disposición* jurídica.

¹⁹ Vid. G. Zagrebelsky, *Diritto costituzionale, vol. I, Il sistema delle fonti*, Giappichelli, Turín, 1990, pág. 42.

²⁰ Vid. R. Guastini, «In tema di abrogazione», cit., págs. 16-18.

²¹ R. Guastini, «In tema di abrogazione», cit., pág. 7. Para referirse a la derogación aludida en el texto, el autor habla de derogación *nominata*. Cuando, por el contrario, el objeto de la derogación sea indeterminado (por ejemplo: «Quedan deroga-

Se habla de *derogación tácita* cuando ésta no se produce mediante una disposición derogatoria, sino mediante una disposición normativa de otra naturaleza, más exactamente cuando la derogación se produce por incompatibilidad entre normas producidas en distintos momentos temporales²². Objeto de la derogación tácita es siempre una norma jurídica.

a) *La derogación expresa*

La derogación expresa no es asunto de incompatibilidad normativa. En la derogación expresa no está presente una contradicción entre dos normas, sino, si acaso, entre dos actos normativos: el acto de promulgación de la norma y el acto derogatorio de la misma²³. Si la derogación expresa fuese el resultado de una exigencia de compatibilidad normativa no sólo las cláusulas de derogación expresa serían redundantes, sino que además, ¿cómo se explicaría la existencia de las disposiciones puramente derogatorias, que no previenen ni resuelven una antinomia? Lo que hay en la derogación expresa es siempre un acto derogatorio en virtud del cual una disposición jurídica queda derogada, con independencia de que además la derogación tuviera como fin prevenir o evitar una contradicción normativa.

Pero entonces, si no obedece a la necesidad de evitar o eliminar contradicciones normativas, ¿de dónde obtiene su virtualidad el acto derogatorio? A estos efectos es conveniente hacer una distinción ulterior, en función de que la disposición derogada sea de rango inferior o igual al de la disposición derogatoria.

das todas las normas incompatibles con la presente ley»), habla de derogación *innominata*. Para nuestro propósito de comparar la derogación expresa con la tácita, podemos prescindir, no obstante, de la derogación *innominata*, dado que la problemática de este tipo de derogación se acerca más a la de la derogación por incompatibilidad. Con todo, no creo que pudiera afirmarse sin matices que «dichas cláusulas derogatorias genéricas no aportan nada y son redundantes en relación con el principio de la *lex posteriori*» (J. Aguiló, «Derogación, rechazo y sistema jurídico», en *Doxa*, nº. 11 [1992], pág. 265). Vid., al respecto, L. M. Díez-Picazo, *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, 1990, págs. 149 ss.

²² Junto a ella, R. Guastini distingue otra modalidad de derogación tácita: la derogación «por nueva disciplina», *Ibidem*, pág. 8. Para nuestros fines, sin embargo, podemos prescindir de esta última.

²³ Esta es la idea kelseniana de que la norma derogatoria no establece un «deber ser», sino un «no deber ser» (Kelsen, «Derogation», cit.). Es también la idea contenida en la concepción de C. Alchourron y E. Bulygin, según la cual la derogación es un acto de rechazo de una norma («La concepción expresiva de las normas», cit.).

a.1) La derogación entre disposiciones de distinto rango

El hecho de que la disposición derogada sea de rango jerárquico inferior al de la disposición derogatoria puede suministrar una razón para justificar la derogación.

En efecto, desde el punto de vista de la teoría del Derecho de matriz kelseniana, la coherencia no es una condición de validez de las normas y disposiciones jurídicas²⁴. Sólo lo es en aquellos ordenamientos en los que se atribuye una fuerza o eficacia jurídica a cada tipo de fuente estableciéndose una gradación normativa en el sistema. En estos casos, el respeto por lo establecido en las disposiciones o normas de grado superior se convierte en una condición de validez de las disposiciones jurídicas²⁵. De la fuerza jurídica (a través del concepto de fuerza pasiva) deriva, por tanto, una condición más para evaluar la validez de las disposiciones jurídicas. Pero deriva también (a través del concepto de fuerza activa) la posibilidad de que una fuente disponga sobre las disposiciones normativas establecidas por otra fuente de fuerza o eficacia jurídica inferior. La derogación expresa de disposiciones normativas de fuerza inferior sería, así, una consecuencia de la potestad normativa de cada fuente.

a.2) La derogación entre disposiciones del mismo rango

La fuerza jurídica de las normas no proporciona en principio, es decir, salvo que así se establezca expresamente en el ordenamiento, una base para la justificación de la derogación expresa entre disposiciones de igual rango. Entre disposiciones del mismo rango es necesaria una justificación adicional.²⁶

Tradicionalmente se ha explicado la derogación entre disposiciones de igual rango sobre la base de un cambio de voluntad del sujeto que detenta la potestad normativa. Ahora bien, el *criterio voluntarista*, por sí mismo, es decir, sin respaldo jurídico en el ordenamiento,

²⁴ Una norma jurídica será válida si ha sido producida por un acto jurídico válido, con independencia, por tanto, del contenido de la misma.

²⁵ Éste es también el caso del Derecho español, donde la jerarquía normativa se reconoce con carácter general (art. 9.3 CE) y de modo particular (art. 164 CE y 39.1 LOTC, respecto a la Constitución y las leyes: art. 97 CE y art. 62.2 LPA, respecto a los reglamentos y las leyes y art. 51.2 LPA, respecto a los distintos reglamentos entre sí).

²⁶ Ello, obviamente, siempre que no exista una norma de distribución competencial entre ambos tipos normativos que impida a la norma de fuerza superior regular en el ámbito material de la norma de fuerza inferior. Por ejemplo, en el caso del derecho español, una ley no podría derogar un reglamento parlamentario.

carece de fundamento, pues una voluntad posterior no es mejor por el hecho de ser posterior y, si el ordenamiento no lo reconoce, el efecto derogatorio no se produce; es más, todo parece indicar que en la alta Edad Media se observó la regla contraria, esto es, la prevalencia del Derecho viejo sobre el nuevo²⁷. Acaso la raíz del funcionamiento del criterio voluntarista pudiera encontrarse más tarde en que el efecto derogatorio no se predicaba de una norma cualquiera, sino de la Ley, concebida como expresión de la soberanía²⁸. Pero en el Estado constitucional actual, donde la norma que expresa la soberanía es la Constitución, a la que están sometidas todas las demás normas, incluida la Ley, la *facultas abrogandi* tiene que encontrar su fundamento en la Constitución. El problema es que en la mayor parte de las Constituciones no se reconoce expresamente esta facultad. ¿Cuál es entonces su fundamento?

El fundamento constitucional de la *facultas abrogandi* se vincula al *carácter inagotable de las fuentes*, es decir, al hecho de que la potestad normativa otorgada a un sujeto por las normas sobre la producción no es para un determinado número de actos, sino para una serie indefinida de ellos, pues de lo contrario el ordenamiento se petrificaría²⁹. De aquí deriva una importante consecuencia: ningún poder constituido puede declarar la inderogabilidad de alguna de sus normas por futuras manifestaciones de ese mismo poder, ya que en ese caso estaría ejerciendo una función propiamente constituyente que no le corresponde. Con todo, esto sólo demuestra que ningún poder constituido puede impedir que ese mismo poder transforme en el futuro el ordenamiento, y, por tanto, permite entender por qué funciona la derogación expresa, pero todavía no explica por qué la potestad normativa es también una potestad para derogar normas anteriores. Pues bien, a este respecto es preciso tener en cuenta lo que, de cara a la derogación, supone el modelo de Estado *democrático*³⁰: la voluntad popular, expresada directa o indirectamente en las normas, carecería de virtualidad práctica si no se reconociese que éstas pueden ser modificadas. Por lo demás, también el pluralismo político

²⁷ Vid. M. García-Pelayo. «La idea medieval del Derecho», en *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Madrid, Ed. Revista de Occidente, 1968, págs. 89 ss.

²⁸ Vid. La crítica de A. Merkl a la fundamentación voluntarista de la derogación y su teoría de la *Derogationsnorm* de la Constitución, es decir, la norma constitucional que establece el efecto derogatorio («L'unità giuridica dello stato austriaco (Ricerca pubblicista alla luce della dottrina della *lex posterior*)»), en *Il duplice volto del diritto (il sistema kelseniano e altre saggi)*, Giuffrè, Milán, 1987, págs. 147 ss.).

²⁹ S. Pugliatti, «Abrogazione...». cit., págs. 142-143 y G. Zagrebelsky, *Diritto Costituzionale...*, cit., págs. 39 ss.

³⁰ Vid. M. Patrono, «Legge (vicende della)», en *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milán, 1973, págs. 904 ss.

que el Estado democrático incorpora como uno de sus valores fundamentales quedaría vacío de contenido si no se admitiese que una eventual mayoría política diferente a otra anterior pudiese cambiar las normas dictadas por ella³¹.

b) La derogación tácita

El asunto consiste en saber si hay en el ordenamiento jurídico algún principio lógico que impida la existencia de normas de contenido contradictorio y que pueda ser, por tanto, el fundamento de este tipo de derogación.

En este punto, debemos concluir con Bobbio³² que en el ordenamiento no hay una exigencia lógica de coherencia normativa. Más exactamente: sobre el legislador no pesa ninguna carga de legislar coherentemente, de modo que cuando una contradicción normativa se produce no hay ningún principio ínsito a la propia idea de ordenamiento que haga suponer que la norma posterior «deroga» a la anterior. La imposibilidad de satisfacer al mismo tiempo dos normas incompatibles, que es a lo que conduce una contradicción o incoherencia normativa, podría resolverse simplemente inaplicando la anterior o la posterior (piénsese en un ordenamiento de tipo tradicionalista) o las dos, pero desde luego no ha de resolverse necesariamente haciendo cesar la vigencia de la anterior en el tiempo. La derogación sólo tendrá lugar en la medida en que el propio ordenamiento así lo determine³³, es decir, en la medida en que exista una norma sobre la producción jurídica que establezca el efecto derogatorio³⁴. El mero

³¹ Sobre el fundamento de la potestad derogatoria en general, vid. L. M. Díez-Picazo, *La derogación de las leyes*, cit., cap. V.

³² N. Bobbio, *Teoría general del Derecho* (1958-1960), versión cast. de E. Rozo, Bogotá, Temis, 1987, págs. 205 ss.

³³ Ésta es la posición mantenida por A. Merkl (vid., por ejemplo, «L'unità giuridica dello stato austriaco», cit., págs. 147 ss.). Es interesante, a este respecto, el cambio de postura de H. Kelsen, quien en su *Teoría pura del Derecho* (1960) mantiene el carácter lógico de la derogación, mientras que más tarde, sobre todo en el escrito «Derogation» (1962), cit., observa expresamente que la derogación no es un principio lógico, sino sólo la función de una norma jurídica positiva que se aplicará en la medida en que se haya establecido por el ordenamiento. Vid. también, T. Mazzarese, *Logica deontica e linguaggio giuridico*, CEDAM, Padova, 1989, pág. 89.

³⁴ Tampoco en este punto me parece satisfactorio el planteamiento de C. Alchourron y E. Bulygin («La concepción expresiva de las normas», cit.) quienes, configurando la derogación como un acto de «rechazo», equiparan cualquier norma con un rechazo de otra norma anterior antinómica con ella. Es decir, no distinguen entre derogación expresa y derogación tácita (Comparten esta crítica J. Aguiló [«Derogación...», cit., pág. 271], que restringe la noción de rechazo a las cláusulas

carácter sucesivo de las normas no puede fundamentar por sí mismo la derogación, pues «desde la óptica de la pura lógica una norma no es de mejor calidad o de mayor fuerza por el mero hecho de ser más reciente en el tiempo»³⁵.

El problema es que los ordenamientos actuales no suelen reconocer la derogación tácita o, mejor dicho, no suelen reconocerla como exigencia de coherencia impuesta al legislador³⁶. La única exigencia de coherencia que cabe encontrar en los ordenamientos actuales es la que se impone sobre los jueces, en el sentido de que al no poder satisfacer al mismo tiempo dos regulaciones normativas contradictorias tienen que escoger entre una y otra³⁷. Una exigencia que se traduce, por tanto, en una simple regla de preferencia en sede de aplicación.

En suma, ni derogación expresa ni derogación tácita son principios lógicos del ordenamiento, sino histórico-jurídicos. Es decir, su funcionamiento viene regulado expresamente por normas sobre la producción jurídica, de cada concreto ordenamiento.

- En el caso de la derogación expresa, la norma sobre la producción jurídica que determina el efecto derogatorio es la misma disposición derogatoria, pues la derogación expresa encuentra su fundamento constitucional en el propio ejercicio de la potestad normativa (en cuanto potestad inagotable) en un Estado democrático.

derogatorias concretas y R. Guastini, quien certeramente afirma que «al permitir un comportamiento anteriormente prohibido el legislador *instaura*, no resuelve, una antinorma» [«In tema di abrogazione», cit., pág. 91]. Justamente esta falta de distinción entre la derogación expresa y la tácita conduce a C. Alchourron y E. Bulygin a afirmar que la derogación y la ordenación de las normas son procedimientos equivalentes porque conducen a resultados sustancialmente idénticos, pues «los contenidos normativos que son «dejados de lado» al ser preferidos otros... son tan inaplicables... como si estuvieran derogados» (Ibídem, pág. 145-146).

En mi opinión, la derogación expresa es diferente de la ordenación en virtud del criterio de la *lex superior*, dado que sus efectos son distintos (en este sentido, concuerdo con J. Aguiló, Ibídem, pág. 274), pero es también diferente de la ordenación en virtud del criterio de la *lex posterior* (y en esto discrepo de J. Aguiló, Ibídem, para quien es semejante y tiene consecuencias idénticas a la derogación), pues su fundamento y efectos son distintos, como se intentará poner aquí de relieve.

³⁵ L. M. Díez-Picazo, *La derogación de las leyes*, cit., pág. 62.

³⁶ Así sucede, por ejemplo, en el derecho español, donde la derogación tácita está regulada en el art. 2.2 Código civil. Tal precepto tiene sólo fuerza de ley, por lo que será vinculante para el Reglamento, pero no para las leyes, que podrán disponer otra cosa respecto a sí mismas. Para éstas sólo tiene un carácter supletorio. En este sentido, y por lo que respecta a las leyes, puede decirse que este artículo es una norma sobre la aplicación del derecho dirigida a los jueces, y no sobre la creación.

³⁷ Una exigencia que suele encontrar respaldo jurídico en la prohibición de resoluciones *non liquet* ante casos de contradicciones normativas.

- En el caso de la derogación por incompatibilidad se producirá el efecto derogatorio en los casos en que exista una norma sobre la producción jurídica (distinta de la disposición derogatoria) que así lo determine. Pero si no hay una norma sobre la producción jurídica que produzca el efecto derogatorio, la derogación tácita se resuelve en una simple regla de aplicación. En cualquier caso, tanto si se produce efecto derogatorio como si no, la derogación tácita plantea siempre, como ahora veremos, un serio problema en sede de interpretación y aplicación.

III. El efecto derogatorio: derogación expresa vs. derogación tácita

Como se desprende de lo dicho hasta aquí, la distinta naturaleza de la derogación expresa y la tácita tiene que reflejarse también en la diversidad de los efectos que producen.

En el caso de la derogación expresa se produce el efecto derogatorio tal y como ha sido descrito, es decir, la cesación de la vigencia de las disposiciones expresamente derogadas. La eficacia *ex nunc* de la derogación, la ultraactividad de las disposiciones derogadas y la posibilidad de anularlas son algunas de las características más relevantes de este tipo de derogación.

En el caso de la derogación tácita, sin embargo, hay que distinguir aún, dependiendo de que la incompatibilidad se produzca entre normas del mismo o de distinto grado.

a) Si la incompatibilidad se produce entre normas del mismo grado jerárquico, caben todavía dos supuestos

a.1) Que no exista una norma sobre la producción jurídica que determine la producción del efecto derogatorio

En este caso, lo único que puede hacer el juez es salvar la antinomia dando preferencia a la norma posterior sobre la anterior. Es decir, el criterio de la *lex posterior* funciona aquí como una simple *regla de aplicación*, dejando, en consecuencia, intactas las normas preteridas. El problema que se plantea no es sólo que la norma inaplicada continúa en vigor, con lo que es posible que pueda ser aplicada en el futuro, sino que, incluso con independencia de esto, cada intérprete puede entender que concurre o no incompatibilidad normativa, por lo que casos sustancialmente idénticos recibirán en el

ordenamiento soluciones distintas, salvo, naturalmente, la mitigación de este fenómeno que puedan producir los eventuales mecanismos unificadores de jurisprudencia.

a.2) Que exista una norma sobre la producción jurídica que establezca la producción del efecto derogatorio

Se determinaría en este caso una cesación de la vigencia de la norma anterior incompatible. Pero como la incompatibilidad se produce entre «normas» y no entre «disposiciones» jurídicas nos encontraríamos aquí, de nuevo, con que la discrecionalidad interpretativa podría dar lugar a una gran disparidad de soluciones para el mismo tipo de supuestos. En suma, pues, el resultado es el mismo tanto si existe una norma sobre la derogación como si tal norma no existe (o si, como sucede en España, dicha norma no es en sentido estricto vinculante para el legislador), ya que en ambos casos la discrecionalidad interpretativa desempeña análogo papel.

b) Si la incompatibilidad se produce entre normas de distinto grado jerárquico y la norma superior es también la posterior, en la resolución de la antinomia confluyen dos principios: el de la lex posterior y el de la lex superior. En este caso caben también dos supuestos

b.1) Que exista una norma sobre la producción jurídica que establezca el efecto derogatorio.

Estariamos aquí ante la misma situación que en a.2), sólo que en este caso la norma derogada es de rango inferior al de la norma derogante.

b.2) Que no exista una norma sobre la producción jurídica que determine el efecto derogatorio

Aquí no cabe hablar de derogación, pero si el ordenamiento establece la coherencia normativa como condición de validez de las normas y disposiciones jurídicas³⁸ estaremos ante un caso de «invalidez

³⁸ Lo que sucede, como es sabido, cuando el propio ordenamiento establece una gradación normativa sobre la base de asignar distinta fuerza jurídica a cada tipo de fuente.

sobrevenida» de la norma de grado inferior. Es decir, en puridad, se trataría de una antinomia resoluble por el criterio jerárquico y no de un caso de derogación³⁹. La labor del intérprete consistirá en identificar e inaplicar la norma que ha devenido inválida sobrevenidamente y, en su caso⁴⁰, y siempre que sea competente para ello, en declarar incluso la invalidez de la disposición que contiene la norma.

El problema es que no todos los jueces suelen tener competencia para declarar la invalidez de la disposición en cuestión, por lo que mientras esta declaración de invalidez no se produzca y cause, por tanto, efectos *erga omnes*, la discrecionalidad judicial, unida a la falta de mecanismos de unificación jurisprudencial, puede dar lugar a soluciones muy distintas ante casos sustancialmente idénticos. Es decir, mientras un intérprete puede apreciar incompatibilidad normativa, inaplicando, en consecuencia, la norma que estima inválida, otro intérprete puede estimar que tal incompatibilidad no se produce.

IV. Una última reflexión: la derogación y la seguridad jurídica

Creo que podría afirmarse que la finalidad de la derogación no consiste tanto en hacer posible el cambio del sistema jurídico, dado que este tiene lugar al margen de que exista o no el instituto derogatorio, cuanto en procurar la ordenación necesaria para garantizar la cognoscibilidad y la certeza del Derecho aplicable en cada momento. Es, en este sentido, un instrumento al servicio de la seguridad jurídica.

Hemos dicho en este trabajo que la derogación expresa hace cesar la vigencia de las disposiciones jurídicas. La derogación tácita, por el contrario, ya se conciba en clave de mera regla de preferencia, de derogación o de invalidez sobrevenida, termina resolviéndose en un problema de interpretación que, sobre todo allí donde no existen mecanismos fuertes de unificación jurisprudencial, puede constituir una seria amenaza para la certeza del Derecho y para la igualdad en su aplicación. Al final, por tanto, la derogación tácita plantea un problema

³⁹ En efecto, si no existe una norma que produzca el efecto derogatorio no se producirá derogación, pues la invalidez, por sí misma, no equivale a la pérdida de vigencia de la norma. Por ejemplo, un reglamento ilegal podrá ser inválido, pero mientras el tribunal competente no lo declare el reglamento sigue vigente y lo único que pueden hacer el resto de los jueces y tribunales es inaplicarlo. Vid., no obstante, la solución adoptada por el T.C. español para la inconstitucionalidad de las leyes anteriores a la Constitución, fenómeno que configura como un caso de derogación y de invalidez sobrevenida, simultáneamente (por ejemplo, STC 11/1981, de 8 de abril).

⁴⁰ Es decir, cuando la norma en cuestión constituya la única interpretación posible de la disposición que la contiene.

de *inseguridad jurídica*, en el sentido de falta de certeza o de conocimiento claro de las normas vigentes, y, derivadamente, de *desigualdad en la aplicación de la ley*, pues si la valoración de la derogación de una norma se deja en manos de los operadores jurídicos, es muy posible que no todos ellos la estimen unánimemente derogada (o no derogada)⁴¹. Frente a la rotundidad y seguridad que proporciona la derogación expresa -no sólo por establecer claramente qué disposiciones no podrán en adelante ser usadas para recabar normas jurídicas, sino también por la posibilidad de que se establezca un régimen de transitoriedad preciso- la llamada derogación tácita sitúa a los operadores jurídicos, y al mismo ciudadano, ante un desconcierto de normas que hace difícil saber cuál es en cada momento la regulación de una materia y que ciertamente nos aleja de aquél espíritu revolucionario de cognoscibilidad y previsibilidad del Derecho que inspirara la Codificación⁴². Si se considera además que vivimos en la época de la «legislación motorizada» y de la «pulverización» del derecho legislativo⁴³ se hace, si cabe, más acuciante la necesidad de poner en marcha técnicas que permitan poner orden en la ingente -y casi siempre caótica- variedad de normas existente para no alejarnos demasiado de ese ideal de certeza. En este panorama, la derogación expresa se presenta como un instrumento capital de la seguridad jurídica, pero también del modelo constitucional democrático, que si responde primariamente a la idea de participación popular en la elaboración de las leyes tiene que comprender también, necesariamente, la exigencia de conocimiento certero de cuáles están en vigor, pues lo contrario no deja de ser un vaciamiento del primer sentido. Creo, en definitiva, que de la comprensión de la naturaleza y de los efectos que surte la llamada derogación tácita debería extraerse alguna enseñanza para la política legislativa.

⁴¹ «Derogación *jurisprudencial*» denomina significativamente R. Guastini a este tipo de derogación, «In tema di abrogazione», cit.

⁴² Precisamente por ello, ha podido decirse, refiriéndose a la derogación innominata, que se trata de una técnica digna de crítica por constituir una de las principales causas de confusión legislativa (V. Italia, *La fabbrica delle leggi*, Giuffrè, Milán, 1990, pág. 13).

⁴³ Vid. las reflexiones de G. Zagrebelsky en *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, cap. II, epígrafe 4.

DOXA 15-16 (1994)

