BIBLIOGRAFÍA

DECRETO-LEY Y DEROGACIÓN: APOSTILLA A JORGE GARCÍA-ANDRADE

I

En el último número de la *Revista de Administración Pública*, el profesor Jorge García-Andrade ha publicado un estudio titulado «Decreto ley y derogación: un desafío para el sistema de fuentes», donde se aborda la espinosa cuestión del efecto derogatorio que sobre normas anteriores haya podido producir un decreto ley, especialmente en el supuesto de que este no sea convalidado.

No tengo ninguna reserva al afirmar que se trata de un estudio excelente, que pone de manifiesto una comprensión precisa de un instituto jurídico tan complejo como es la derogación. El autor aprovecha la ocasión que le brinda el fenómeno de la no convalidación de los decretos leyes para hacer, más en general, un minucioso y atinado repaso de los principales aspectos del referido instituto jurídico.

Conviene destacar, además, que la pregunta que motiva el estudio refleja un problema jurídico y político absolutamente real y acuciante; algo, por cierto, que no es siempre el caso en la literatura académica. El autor, en otras palabras, intenta dar respuesta satisfactoria a un supuesto difícil en términos técnico-jurídicos, en que se entrecruzan además consideraciones tanto de principio como puramente pragmáticas. Interrogarse sobre el posible efecto derogatorio producido por el decreto ley resulta, como es obvio, imprescindible en nuestro ordenamiento, desde el momento en que la utilización de la legislación gubernativa de urgencia prevista en el art. 86 de la Constitución se ha transformado en una vía alternativa de legislar. Que ello supone un abuso, con menosprecio de elementales exigencias de la democracia parlamentaria, ha sido puesto de relieve por plumas sumamente autorizadas (Aragón Reyes, Martín Rebollo, etc.). Tampoco hay que olvidar que tal abuso se ha visto agravado en el último decenio como consecuencia de la relativa frecuencia con que el Congreso de los Diputados rechaza la convalidación de decretos leyes; fenómeno que, con ante-

rioridad a 2017, era prácticamente desconocido. De aquí que la pregunta que se hace el autor sea aún más acuciante [1].

Y por si todo ello no fuera suficientemente preocupante, una figura inédita acaba de hacer su aparición: el decreto ley aprobado por el Gobierno a sabiendas de que no existe ninguna probabilidad verosímil de que sea convalidado por el Congreso de los Diputados. Esto es lo que sucede con el Real Decreto Ley 8/2026, que incide en un tema tan delicado como los arrendamientos urbanos. Como ha sugerido una distinguida constitucionalista y especialista en decretos leyes, esto es ya un puro ejercicio de irresponsabilidad (Carmona Contreras y, en parecido sentido, Doménech Pascual)[2].

Pues bien, como viejo estudioso del instituto jurídico de la derogación, la lectura del trabajo de García-Andrade me ha suscitado algunas reflexiones que tal vez valga la pena exponer [3].

II

El autor constata que es opinión ampliamente mayoritaria —si no unánime— que la no convalidación del decreto ley implica la conservación de la vigencia de las normas que aquel hubiera derogado. Y ello le perturba, no porque considere que esa no es la solución jurídicamente correcta, sino fundamentalmente porque tropieza con una objeción, a saber: la prohibición de reviviscencia de las normas derogadas. Esta se encuentra, como es sabido, en el inciso final del apdo. segundo del art. 2 del Código Civil, allí donde establece que «por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado».

Las explicaciones que, siempre según nuestro autor, se han dado para eludir esta objeción y sostener la conservación de la vigencia de las normas derogadas por el decreto ley no convalidado serían, en esencia, tres: *A)* La no convalidación

---

1 Críticas detalladas y convincentes de la práctica en materia de decretos leyes son, entre otras, las de Manuel Aragón Reyes (2016), *Uso y abuso del decreto-ley (Una propuesta de reinterpretación constitucional)*, Madrid: Iustel, y Luis Martín Rebollo (2015), «Uso y abuso del decreto-ley (Un análisis empírico)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175.

2 Sobre el Real Decreto Ley 8/2026 como caso extremo de utilización desaprensiva de este instrumento normativo véase el artículo periodístico de Ana Carmona Contreras (2026), «Vivienda: riesgos de la improvisación regulatoria», *El País,* 6 de abril. Esta constitucionalista es, además, autora de una importante monografía titulada *La configuración constitucional del decreto-ley*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
Siempre sobre el Real Decreto Ley 8/2026 ha escrito Gabriel Doménech Pascual (2026), «La eficacia temporal de los decretos-leyes no convalidados (El caso de la prórroga extraordinaria prevista en el Real Decreto-Ley 8/2026)», *Hay derecho,* 27 de marzo. Allí hace un muy razonado examen de los posibles grados de retroactividad de la legislación anterior que la no convalidación de dicho decreto ley traería consigo.

3 Mi ya antiguo estudio sobre esta materia es *La derogación de las leyes*, Madrid: Civitas, 1990. Sobre el problema de la no convalidación del decreto ley se trata en las págs. 253 y ss.

del decreto-ley comporta su derogación *ex tunc* —es decir, desde el momento en que fue aprobado, no desde el momento en que el Congreso de los Diputados rechaza convalidarlo— y ello arrastra consigo todos los efectos que el decreto ley haya podido surtir, incluido en su caso el efecto derogatorio sobre normas anteriores. *B)* La derogación de normas anteriores por un decreto ley es derogación «impropia», al menos hasta que el decreto ley no sea convalidado. Una variante de esta explicación es la que parece estar detrás del criterio seguido por los servicios del Boletín Oficial del Estado: en la versión consolidada de los textos legales, que puede consultarse en su sitio web, aparecen como vigentes aquellas normas que fueron derogadas por un decreto ley que luego no ha sido convalidado, haciéndose constar este dato. *C)* El art. 2 del Código Civil y, en particular, su prohibición de reviviscencia de las normas derogadas no es aplicable en el supuesto del decreto ley no convalidado.

Ninguna de estas explicaciones convence a García-Andrade, por lo que formula una tesis distinta para justificar que las normas derogadas por un decreto ley no convalidado conservan su vigencia. Parte de la premisa de que normalmente las normas tienen vigencia indefinida; es decir, continúan en vigor hasta que son derogadas o —añado yo— hasta que son anuladas. Las normas a plazo, o *sunset laws* en la terminología anglosajona, son efectivamente un fenómeno excepcional. De aquí se seguiría que las normas de carácter provisional —como son, por definición, los decretos leyes antes de su convalidación— no tienen la fuerza necesaria para derogar normas anteriores, sino solo para desplazarlas temporalmente. La palabra «desplazar» en este contexto significa seguramente inaplicar, es decir, que el decreto ley se pone en el lugar de una norma anterior privándola así temporalmente de eficacia.

Esta tesis valdría tanto para la derogación tácita como para la derogación expresa. En otras palabras, el mero desplazamiento —que no la pérdida de vigencia— de la norma anterior operado por el decreto ley con anterioridad a su convalidación regiría no solo cuando hay mera incompatibilidad entre el decreto ley y la norma anterior, sino también cuando el decreto ley contiene una disposición derogatoria. El supuesto de la derogación expresa acordada por el decreto ley obliga al autor a realizar un esfuerzo argumentativo adicional. Ello no es extraño, porque en la derogación expresa se presume una voluntad de privar de vigencia a una norma anterior; y no simplemente de desplazarla temporalmente. En este punto, el autor incurre en cierta ambigüedad: sostiene que el decreto ley aún no convalidado no puede privar de vigencia a una norma anterior; pero dice también que los efectos de su disposición derogatoria quedan condicionados a que se produzca la convalidación y que, en todo caso, operarían solo a partir de esta. Su tesis parece ser, en definitiva, que las disposiciones derogatorias recogidas en un decreto ley solo surten efectos en el momento de la convalidación de aquel; tesis que apoya en argumentos de índole sustantiva, tales como el ya mencionado carácter provisional del decreto ley y las exigencias inherentes a la democracia parlamentaria y la seguridad jurídica.

Aun así, no está del todo claro si lo que sostiene es que incluir disposiciones derogatorias en un decreto ley es «un supuesto de *ultra vires*», o si «sería preferible que el decreto-ley especificara que las normas por él afectadas únicamente se entenderán derogadas a partir de su convalidación por el Congreso de los Diputados». Las palabras son suyas. Lo primero es afirmar un requisito de validez del decreto ley, mientras que lo segundo es expresar un desiderátum de buena técnica normativa.

Todo el notable esfuerzo constructivo desplegado por García-Andrade tiene por finalidad justificar la conservación de la vigencia de las normas anteriores afectadas por el decreto ley no convalidado sin caer para ello en lo que, según el propio autor, constituye el grave defecto de las otras explicaciones; defecto que estriba en dar por buena la reviviscencia de la norma derogada, contraviniendo lo establecido por el art. 2 del Código Civil. Y esto lo evita, en definitiva, afirmando que el decreto ley no puede derogar nada mientras no esté convalidado.

III

¿Qué puede decirse de esta tesis? Conviene comenzar señalando que la citada tesis —que las normas derogadas por el decreto ley no convalidado conservan su vigencia— se orienta a evitar la incertidumbre y la confusión en las relaciones jurídicas y, por ello mismo, tiene mucho sentido en términos de justicia material. Cuestión distinta es su fundamentación técnica.

Debe decirse, aún en vía preliminar, que es preferible examinar esa tesis en su versión fuerte, según la cual el decreto ley no tendría competencia para incluir disposiciones derogatorias. La versión débil, como se dejó apuntado, es una mera admonición, que añade poco a la hora de resolver casos concretos. Y ya en el plano de la versión fuerte, vale la pena observar que el problema de si el decreto ley no convalidado puede surtir efecto derogatorio de normas anteriores se plantea en toda su crudeza con la derogación expresa. La posible derogación tácita producida por un decreto ley no convalidado es algo menos problemática, porque se resuelve normalmente en términos de mera inaplicación de la norma anterior incompatible, no en términos de pérdida de vigencia de esta. De aquí que opere de manera más flexible y dependiente de la interpretación de cada caso que la derogación expresa. Los operadores jurídicos y, en definitiva, los tribunales tienen margen para modular las consecuencias de la incompatibilidad entre normas anteriores y un decreto ley no convalidado; algo que no ocurre cuando este contiene disposiciones derogatorias.

Hechas estas precisiones, cabe admitir que nuestro autor tiene razón al rechazar las tres explicaciones que hasta ahora se habían dado para justificar que las normas derogadas por el decreto ley no convalidado conservan su vigencia sin que ello suponga contravenir lo dispuesto por el art. 2 del Código Civil. Puede admitirse a efectos argumentativos, porque es criterio mayoritario que la

no convalidación del decreto ley conduce a la derogación de este y que toda derogación —salvo que haya una norma especial que establezca otra cosa— produce efectos *ex nunc*. Debe dejarse constancia, no obstante, de que ninguna de esas tres explicaciones es disparatada; y ello porque se trata de explicaciones que, de modo más o menos explícito, matizan los dos presupuestos que se acaban de mencionar; es decir, no comparten plenamente la idea de que la no convalidación del decreto ley comporta una auténtica derogación y que, en cuanto tal, debe producir efectos *ex nunc*. Y puede haber buenas razones para sustentar tal opinión, aunque no quepa ahora examinarlas en detalle.

Encuadrado así el tema, creo que la construcción de García-Andrade está expuesta a dos objeciones.

Por un lado, no da respuesta a la hipótesis de que la falta de convalidación del decreto ley no sea consecuencia de su rechazo por el Congreso de los Diputados, sino sencillamente de que este no haya llegado siquiera a votar dentro del plazo de treinta días. Es verdad que se trata de una hipótesis académica. Lo más parecido que ha sucedido en la práctica es un caso de convalidación tardía del decreto ley, que el Tribunal Constitucional dio por buena (STC 29/1986). Pero esto no significa que tal hipótesis no pueda llegar a materializarse un día; y sobre todo, cuando se propone una interpretación de alcance general de la conexión entre el art. 86 de la Constitución y el art. 2 del Código Civil, es preciso confrontarla con todas las hipótesis posibles.

Esto es importante porque, si bien suele pasar inadvertido, el art. 86 de la Constitución no predica la derogación del decreto ley de su no convalidación por el Congreso de los Diputados dentro de los treinta días siguientes a su promulgación. En rigor, la predica del voto contrario de la Cámara. Así se desprende del inciso donde dice que «el Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación». El precepto constitucional exige que la Cámara vote y, por tanto, parece dar por supuesto que debe haber un acto de derogación. Admitir que la no convalidación del decreto ley por falta de pronunciamiento del Congreso de los Diputados también conduce a su derogación no solo carece de apoyo literal en el art. 86 de la Constitución, sino que supone admitir algo muy extraño: que pueda haber derogación sin un acto que la acuerde. Como traté de explicar en su día, la ausencia de votación en el Congreso de los Diputados sobre el decreto ley debería caracterizarse, en puridad de conceptos, como un supuesto de caducidad. Y en ningún lugar está dicho que los efectos de la caducidad de una norma sean los mismos que los de su derogación.

Por otro lado, nuestro autor parece sostener, como se ha visto, que los decretos leyes solo pueden surtir un efecto derogatorio sobre normas anteriores a partir del momento en que son convalidados. Que un decreto ley estableciera de manera explícita la inmediata derogación de una norma anterior resultaría, así, irrelevante. La justificación ofrecida para esta afirmación es la provisionalidad del decreto ley mientras no haya sido convalidado o, si se prefiere, su carácter claudicante y, por ello mismo, esencialmente inidóneo para introducir cambios perma-

nentes en el ordenamiento jurídico. No se puede negar que esta tesis es atractiva, especialmente en un contexto de escandaloso abuso de los decretos leyes. Pero deja dos preguntas sin respuesta: primera, ¿por qué un decreto ley tempestivamente convalidado no podría surtir efecto derogatorio de normas anteriores desde el momento en que fue promulgado?; y segunda, ¿por qué deberíamos pensar que derogar una norma anterior no puede ser, en determinadas circunstancias, algo extraordinariamente urgente que justifica por sí solo la aprobación de un decreto ley? No hay nada en el art. 86 de la Constitución que avale una respuesta negativa a estas dos preguntas.

Llegados a este punto, insisto en que García-Andrade ha llevado a cabo un excelente análisis de un problema muy real, por la utilización abusiva —cuando no irresponsable— de los decretos leyes. En este sentido, la prohibición de reviviscencia de las normas derogadas, establecida en el art. 2 del Código Civil, es un obstáculo que debe tomarse en serio, como con toda razón hace nuestro autor. Reitero, asimismo, que la solución por él propuesta me parece correcta, a saber: que el decreto ley no convalidado no produce efecto derogatorio sobre normas anteriores. Mi reflexión ha ido encaminada, más bien, a mostrar que su construcción técnica no está absolutamente blindada, como tampoco lo están las otras explicaciones que él rechaza.

Si he de hacer una contribución positiva, a la espera de una improbable reforma del art. 86 de la Constitución que ponga las cosas en su sitio, pienso que la justificación más convincente y tal vez la más sencilla de que conservan vigencia las normas anteriores que un decreto ley no convalidado haya pretendido derogar se encuentra en una lectura atenta del art. 2 del Código Civil. Lo que este dice es que por la «simple» derogación de una norma no recobran vigencia las que esta haya derogado. El adjetivo es importante, porque la prohibición de reviviscencia de las normas derogadas no se hace depender de la derogación de la ley derogatoria, sino de una derogación de esta que pueda calificarse de «simple». Es verdad que la presencia de este adjetivo puede entenderse como una derogación que no va acompañada de una nueva regulación de la misma materia, es decir, como una derogación pura y simple. Pero nada impide interpretarla también como una derogación que, por las circunstancias en que se produce o por sus peculiaridades técnico-jurídicas, exige dejar abierta la posibilidad de recuperación —o de conservación— de la vigencia de las normas anteriormente derogadas. Y ni que decir tiene que la provisionalidad inherente al decreto ley mientras no haya sido convalidado, tan acertadamente puesta de relieve por García-Andrade, determina que las situaciones vinculadas a su destino final sean cualquier cosa menos simples.

Luis María Díez-Picazo
Magistrado del Tribunal Supremo