

SEBASTIÁN AGÜERO-SANJUAN

*Seguridad jurídica a través del análisis de los mecanismos de exclusión normativa.  
Una presentación del caso español*

*Legal Certainty by Means of the Analysis of the Normative Exclusion Mechanisms.  
A Presentation of the Spanish Case*

#### ABSTRACT

La seguridad jurídica constituye uno de los pilares de un orden democrático consolidado, y se inserta en el debate sobre la necesidad de fortalecer el tejido institucional para un adecuado desarrollo económico y social de los Estados. Así, el presente trabajo busca detectar las insuficiencias que presenta el derecho español en materia de seguridad jurídica a partir de un análisis de los mecanismos de exclusión normativa reconocidos en él (principalmente, derogación, nulidad e inaplicabilidad). De esta manera, se explicitan los diversos supuestos en que el ordenamiento jurídico no entrega una solución al momento de determinar la normativa que debe ser empleada, o bien, esta solución no es lo suficientemente clara para motivar el comportamiento de sus destinatarios. Por tanto, a partir de su propuesta de análisis, este trabajo constituye un primer paso hacia una protección más efectiva de los derechos humanos a través del fortalecimiento de un aspecto central del Estado de Derecho: la seguridad jurídica.

Legal certainty is one of the cornerstones of consolidated democratic orders. In this way, legal certainty is inserted in the debate about the need to strengthen the institutional tissue in order to achieve an adequate economic and social development. Consequently, the article specifically focuses on revealing the insufficiencies of Spanish law in the area of legal certainty by means of the analysis of the normative exclusion mechanisms recognized therein (mainly, repeal, nullity and inapplicability). This shows the different cases where either the legal system does not provide a solution for determining the applicable rules or this solution is not clear enough to motivate the behavior of the addressees. Therefore, based on their analysis, this article is a first stage towards a more effective protection of human rights by strengthening one central aspect of the Rule of Law: legal certainty.

#### KEYWORDS

Seguridad jurídica, Mecanismos de exclusión normativa, Derechos Humanos

Legal certainty, normative exclusion mechanisms, Human Rights

SEBASTIÁN AGÜERO-SANJUAN\*

*Seguridad jurídica a través del análisis de los mecanismos de exclusión normativa  
Una presentación del caso español*

1. *Introducción* – 2. *Algunas precisión conceptuales* – 2.1. *Seguridad jurídica* – 2.2. *Exclusión normativa*  
– 3. *Mecanismos de exclusión en el derecho español* – 3.1. *Formas jurídicas del derecho español*  
– 3.2. *Relaciones y mecanismo de exclusión* – 3.3. *Tabla de oposición normativa* – 4. *Los mecanismos  
de exclusión frente a la seguridad jurídica* – 4.1. *Un balance de la situación* – 4.2 *La seguridad jurídica  
de los mecanismos de exclusión* – 5. *Algunas conclusiones*

1. *Introducción*

En 2012, la ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2012) informó sobre los problemas comunes que enfrentan los Estados en sus esfuerzos por garantizar la democracia y el Estado de Derecho. Este informe reconoce la interdependencia entre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho puesto que, el debilitamiento de cualquiera de ellos pone en peligro a los otros. Así, como aspecto fundamental de un Estado de Derecho, la seguridad jurídica constituye uno de los pilares de un orden democrático consolidado; junto con otros principios, como la supremacía de la ley, la igualdad y la separación de poderes. De este modo, cuando se presentan bajos niveles de seguridad jurídica el Estado de Derecho se debilita, y en consecuencia, resultan afectados el orden democrático y los derechos humanos<sup>1</sup>.

De acuerdo con BOBBIO (1989), y a partir de la citada interdependencia, acerca de que el problema de fondo de los derechos humanos es su protección, pretendo mostrar cómo la falta de claridad respecto de los mecanismos de exclusión normativa contemplados en un ordenamiento jurídico concreto afecta los niveles de seguridad jurídica, y consecuentemente, pone en peligro su orden democrático y los derechos humanos reconocidos en él. En otras palabras, a través de la noción de seguridad jurídica, pretendo mostrar cómo algunos rasgos propios de los ordenamientos jurídicos actuales, vinculados con la exclusión normativa, contribuyen a establecer una brecha entre las declaraciones de derechos humanos establecidas en las Constituciones y las Cartas internacionales, y el establecimiento de estos en la práctica.

\* Doctor en Derecho y Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. Email: [sebastian.aguero@uach.cl](mailto:sebastian.aguero@uach.cl).

A Josep María Vilajosana, Alberto Carrio y Lorena Ramírez agradezco los comentarios y las sugerencias formulados a las versiones preliminares del presente trabajo. Este se enmarca en la elaboración de una tesis doctoral financiada por CONICYT, Programa Formación de Capital Humano Avanzado, Becas Chile 72110448.

<sup>1</sup> Por ejemplo, en el informe antes citado, algunos países declararon la adopción de medidas a nivel legislativo, judicial y administrativo para suprimir las incoherencias que se presentan entre sus ordenamientos jurídicos y los principios del derecho internacional, así como también, para determinar los órganos encargados de supervisar la conformidad de la Constitución y las leyes nacionales con el derecho internacional.

De este modo, para satisfacer los objetivos propuestos, el presente trabajo se distribuye en cuatro apartados destinados a presentar algunas precisiones conceptuales en torno a la seguridad jurídica y los mecanismos de exclusión normativa (apartado 2); analizar los mecanismos de exclusión en el derecho español (apartado 3); presentar un balance de los resultados obtenidos a partir del análisis (apartado 4); y finalmente, esbozar algunas conclusiones (apartado 5).

## 2. *Algunas precisión conceptuales*

El presente trabajo analiza los mecanismos de exclusión normativa contemplados en el derecho español en razón de su calidad de caso paradigmático de “derecho positivo contemporáneo”. Entiendo por este último, aquel derecho positivo que en los últimos cincuenta años ha sufrido importantes transformaciones vinculadas con el debilitamiento de la división de poderes, la multiplicación de las fuentes de creación y aplicación normativa, y la consagración de una marcada distribución de competencias<sup>2</sup>.

Así, el “actual derecho español” es claramente subsumible en un derecho positivo con estas características. Este en su Constitución establece y garantiza diversas fuentes de creación y aplicación normativa dentro de la organización territorial del Estado, así como también, atenúa las relaciones jerárquicas entre sus elementos mediante una marcada distribución de competencias entre las Comunidades Autónomas y el Estado central. Y adicionalmente, con el ingreso de España a la Comunidad Económica Europea (antecedente de la Unión Europea – en adelante UE) se multiplican aun más los órganos de creación y aplicación normativa, y se atenúa aun más las relaciones de jerarquía entre sus elementos<sup>3</sup>.

### 2.1. *Seguridad jurídica*

En el derecho español, la seguridad jurídica esta consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución de 1978, y es considerada como uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, los cuales están destinados a promover los valores superiores propugnados por este, como son el Estado social y democrático de Derecho<sup>4</sup>.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional español (en adelante TC), la seguridad jurídica es la suma equilibrada de la certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, de tal suerte que, el orden jurídico, permita promover la justicia, la igualdad y en libertad. En consecuencia, el legislador debe perseguir la claridad o certeza y no la confusión normativa, procurando que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse. También, debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas, principalmente, por razón del reparto de competencias, en las cuales deben colaborar en la legislación el legislador estatal y el autonómico. Por los tanto, para preservar la seguridad jurídica se debe promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho (aspecto objetivo) y evitar perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál

<sup>2</sup> BERMEJO 2005; MAZZARESE 2007; ZAPATERO 2009.

<sup>3</sup> Una visión similar acerca del derecho español en MUÑOZ MACHADO 2006a, 226 ss.

<sup>4</sup> Art. 9.3. Constitución Española de 1978 (en adelante CE) «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

sea el Derecho aplicable, cuáles son las consecuencias derivadas de las normas vigentes e incluso respecto de cuáles sean estas (aspecto subjetivo)<sup>5</sup>.

Esta manera de entender la seguridad jurídica será la empleada para evaluar el grado en que ella se presente en el derecho español con base en los mecanismos de exclusión normativa contemplados en él.

## 2.2. Exclusión normativa<sup>6</sup>

Cuando Adolf Merkl propone una reconstrucción escalonada de los derechos positivos dinámicos utiliza una locución similar a “forma jurídica” para referir tanto al formato como al contenido que puede presentar el derecho al emanar de una autoridad normativa, es decir, la forma jurídica representa tanto a las normas como la cáscara que las encapsula.

Además, Merkl sugiere que el principio de producción y el principio de exclusión normativa constituyen puntos de unidad y coherencia de los derechos positivos dinámicos, porque la manera en que las formas jurídicas de un ordenamiento pueden ser producidos o suprimidos está determinada por las propias normas jurídicas que lo integran. Así, por un lado, todas aquellas normas jurídicas creadas con base en una misma “regla de producción” detentan la misma forma jurídica, y por otro, dos formas jurídicas tienen la misma “fuerza excluyente” cuando pueden suprimirse recíprocamente con base en lo establecido en el propio ordenamiento. De este modo, la propuesta *merkliana* reconoce que una reconstrucción del derecho con base en las “reglas de producción” no es necesariamente equivalente a otra realizada a partir de la “fuerza excluyente”, ya que una misma forma jurídica puede ocupar lugares diversos dentro de una reconstrucción, según qué principio sea utilizado para su confección<sup>7</sup>.

Es importante destacar que Merkl pretendía diferenciarse de la doctrina tradicional de la “fuente del derecho”, caracterizada por su visión simplificada de un variado cuadro de elementos normativos en unas cuantas categorías. Así, para evitar esta perniciosa tendencia de reducir todo el derecho a una única o algunas pocas fuentes equivalentes, y además, evitar la equívocidad de la locución “fuente de derecho”, Merkl propone dos maneras de reconstruir escalonadamente los derechos positivos dinámicos, para capturar en mayor medida la complejidad de los mismos<sup>8</sup>.

En un ordenamiento jurídico la fuerza excluyente de las formas jurídicas que lo integran está determinada por las relaciones existentes entre estas, de modo que, para determinar cada relación de exclusión se deben diferenciar tres elementos: i) un criterio que da mayor fuerza excluyente a una forma jurídica; ii) una regla que impone el deber de elegir la forma jurídica con mayor fuerza excluyente; y consecuentemente, iii) una regla que establece la aplicación de un mecanismo de exclusión como apropiados para eliminar, excluir o relegar unas formas jurídicas frente a otras.

De esta manera, una forma jurídica  $F_{j1}$  detenta una mayor fuerza excluyente que otra  $F_{j2}$  cuando  $F_{j1}$  puede excluir a  $F_{j2}$ , pero  $F_{j2}$  no puede excluir a  $F_{j1}$ , y en cambio, dos formas jurídicas  $F_{j1}$  y  $F_{j2}$

<sup>5</sup> Sentencias del TC 27/1981 de 20 de julio, 46/1990 de 15 de marzo, 146/1993 de 29 de abril, 273/2000 de 15 de noviembre, 146/2013 de 29 de abril, 103/2015 de 28 de mayo,

<sup>6</sup> Agradezco al *referee* sus comentarios, ya que a partir de ellos he podido expresar con mayor claridad y precisión las ideas desarrolladas en este apartado.

<sup>7</sup> Utilizo la expresión “fuerza excluyente” porque plasma en mejor medida la pretensión *merkliana* de abarcar con ella todos los mecanismos que reconoce un ordenamiento jurídico como apropiados para eliminar, excluir o relegar sus normas frente a otras, v.gr., nulidad, derogación e inaplicabilidad, entre otros (este concepto jurídico debe ser entendido como una extensión figurativa o metafórica, y no con un significado físico-casual). En mayor profundidad sobre esta reconstrucción del pensamiento *merkliano* en: MERKL 1931; WALTER 1974; y ABIGNENTE 1990.

<sup>8</sup> MERKL 1931. Son razones suficientes para mantener la nomenclatura de Adolf Merkl, las consideraciones recién citadas y la estrecha vinculación entre el principio de producción y la noción de “fuente de derecho”.

detentan la misma fuerza excluyente cuando pueden excluirse de manera recíproca. Asimismo, la diferencia de fuerza excluyente entre diversas formas jurídicas emanadas de una misma autoridad puede ser establecida por el propio ordenamiento mediante el establecimiento de diversos actos o procedimientos para su expedición. No obstante, no se debe presumir la igualdad de fuerza excluyente de formas jurídicas emanadas de la misma autoridad mediante actos o procedimientos diversos.

Generalmente, en un ordenamiento jurídico, los principales “mecanismos de exclusión normativa” destinados a plasmar la fuerza excluyente de las formas jurídicas que lo integran son la derogación, la nulidad y la inaplicabilidad. Por ende, resulta necesario proponer una definición estipulativa de cada uno de ellos, a saber: i) la forma jurídica  $Fj_2$  deroga a otra forma jurídica  $Fj_1$  cuando  $Fj_1$  es expulsada del ordenamiento, esto es, deja de pertenecer a este; ii) la forma jurídica  $Fj_1$  produce la nulidad de otra forma jurídica  $Fj_2$  cuando  $Fj_2$  es suprimida del ordenamiento, es decir, se retrotraen sus efectos como si nunca hubiese pertenecido a este, o bien, en casos de nulidad sobrevenida a partir de la declaración de nulidad los efectos son suprimidos; y iii) la forma jurídica  $Fj_1$  produce la inaplicabilidad de otra forma jurídica  $Fj_2$  cuando  $Fj_1$  es relegada en su aplicación, i.e., a un caso concreto solo  $Fj_1$  resulta aplicada, aunque luego ambas continúan perteneciendo al ordenamiento.

En definitiva, para mostrar cómo el tratamiento de los mecanismos de exclusión puede socavar la seguridad jurídica, presento las distintas formas jurídicas del derecho español en una relación cronológica (anterioridad y posterioridad), para determinar en qué casos el ordenamiento jurídico establece: i) los mecanismos de exclusión normativa (derogación, nulidad e inaplicabilidad); ii) consagra la preferencia de una forma jurídica frente a las otras; y consecuentemente, iii) explicita los casos en que no se entrega respuesta o esta no es clara.

### *3. Mecanismos de exclusión en el derecho español*

Para un adecuado análisis de los mecanismos de exclusión en el derecho español, es necesario determinar cuáles son sus componentes, es decir, cuáles son las distintas formas jurídicas reconocidas en él, para, a partir de ahí, determinar cuál es la relación de exclusión que se presenta entre ellas y qué mecanismos de exclusión establece el propio derecho para plasmar esta relación.

Es importante enfatizar que la determinación de las formas jurídicas y sus relaciones de exclusión necesita un estudio de los materiales normativos emanados de las diversas autoridades de creación normativa, y fundamentalmente, la revisión de los planteamientos de los operadores jurídicos, en concreto, la doctrina y la jurisprudencia, como representantes privilegiados de la práctica jurídica. De esta manera, solo en la interacción entre derecho positivo, doctrina y jurisprudencia es posible dar respuesta a las interrogantes que pretende resolver el presente artículo. Por ende, es a partir de lo dispuesto en los textos jurídico-positivos y de conformidad con lo sostenido por la doctrina y la jurisprudencia, que en lo que sigue, se desarrolla, en primer lugar, las formas jurídicas reconocidas en el derecho español, para luego examinar las relaciones y mecanismos de exclusión que se presentan entre ellas.

#### *3.1. Formas jurídicas del derecho español*

De acuerdo con una posición dominante, las principales formas jurídicas del derecho español son: los Tratados fundacionales de la UE; los Reglamentos, Directivas y Decisiones de la UE; los Tratados o Convenios suscritos por la UE; la Constitución Española de 1978; los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por el Estado español; las leyes orgánicas constitucionales, las leyes ordinarias, las leyes de base, las leyes básicas, las leyes marco, las leyes de transferencia, y las leyes de armonización; los Reales decretos legislativos, los Reales decretos-leyes, los Reales decretos (del

Presidente del Gobierno y del Consejo de Ministros) y los Reales decretos de emergencia; las Órdenes ministeriales; los Estatutos de Autonomía; las leyes autonómicas de desarrollo (de las políticas globales a nivel nacional o de la coordinación en ciertas materias), las leyes autonómicas delegante (de competencias extraordinarias y de competencias no exclusivas del Estado), las leyes autonómicas ordinarias; y finalmente, los reglamentos autonómicos<sup>9</sup>.

Generalmente, para su análisis, las citadas formas jurídicas son clasificadas o distribuidas en cuatro grandes grupos en atención a cuál es el centro de creación normativa o autoridad de la cual emanan: i) derecho de la UE; ii) derecho internacional; iii) derecho estatal; y iv) derecho autonómico. Por consiguiente, a partir de esta clasificación, presento cómo las formas jurídicas previamente señaladas componen cada uno de los grupos normativos.

*Derecho de la UE.* Está conformado por tres subgrupos: (a) el derecho originario, integrado por los tratados fundacionales, ya sean constitutivos, modificativos y complementarios de la UE; (b) el derecho derivado, compuesto por los reglamentos, directivas y decisiones de la UE; y (c) los compromisos externos de la UE, formados por los acuerdos internacionales celebrados por la UE en el marco de sus competencias externas.

Tradicionalmente, el derecho comunitario no establecía preferencia entre sus componentes derivados (reglamentos, directivas y decisiones). No obstante, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se establece una distinción entre: i) actos legislativos, aquellos adoptados mediante un procedimiento legislativo ordinario o especial; ii) actos delegados, aquellos actos no legislativos de carácter general que complementan o modifican determinados elementos no esenciales del acto legislativo; y iii) actos de ejecución, aquellos destinados a configurar las condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la UE. Además, entre estos actos se establece una relación de exclusión transitiva, es decir, para el caso de oposición entre ellos, los actos legislativos excluyen a los delegados y estos a los de ejecución, los cuales son igualmente excluidos por los primeros. Así, en función de esta distinción y relación de exclusión, para efectos de simplificar la presentación se considerarán a los reglamentos, directrices y decisiones con carácter de actos legislativos<sup>10</sup>.

Asimismo, las directivas obligan solo a los Estados miembros una vez estos han realizado un acto previo de trasposición de las mismas. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la UE (en adelante TJUE) ha resuelto que, excepcionalmente, las directivas pueden ser aplicadas directamente en un Estado miembro sin necesidad del acto de trasposición en los siguientes casos: i) cuando el plazo de trasposición haya vencido y la directiva no haya sido transpuesta o lo haya sido deficientemente; ii) si las disposiciones de la directiva son de contenido suficientemente claro para ser invocadas por un justiciable y aplicadas por un juez; y iii) en los casos en que las disposiciones de la directiva confieran derechos al ciudadano individual, es decir, la obligación en cuestión no pueda ser condicionada por los Estados miembros. En consecuencia, a partir de estas consideraciones y para efectos de esta presentación, se consideran únicamente a las directivas transpuestas o que cumplan alguna de las condiciones señaladas por el TJUE<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Esto de acuerdo con: GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ 2013; LACRUZ et al. 2006; PAREJO, 2003; y MUÑOZ MACHADO 2006b, entre otros. A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (01/12/09), la UE se ha hecho cargo de las competencias anteriormente conferidas a la Comunidad Europea, y de este modo, el Derecho Comunitario ha pasado a ser Derecho de la UE, en la medida en que este último integra todas las disposiciones adoptadas en el pasado. El Tratado de Lisboa en su versión consolidada se integra del Tratado de la UE (en adelante TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante TFUE).

<sup>10</sup> La distinción se consagra en los art. 289, 290 y 291 del TFUE.

<sup>11</sup> La aplicación excepcional de las Directivas se consagra en las sentencias del TJUE: Asunto Van Duyn 41/174 de 04 de diciembre de 1974, Asunto Ratti 148/78 de 05 de abril de 1979, y Asunto Becker 08/81 de 19 de enero de 1982. Además, es señalada por FERNÁNDEZ et al 2000, 154-159.

De igual modo, es importante distinguir entre los acuerdos internacionales concluidos por la UE de aquellos concluidos por sus Estados miembros, ya que, mientras los primeros son abordados como derecho de la UE, los segundos serán desarrollados como derecho internacional, con la finalidad de no alterar la perspectiva explicativa adoptada, i.e., situar el eje de la reconstrucción desde el derecho español<sup>12</sup>.

*Derecho Internacional.* Este grupo se encuentra constituido por los diversos tratados y convenios internacionales válidamente celebrados por el Estado español y publicados oficialmente en España.

Cabe precisar que, en la presente reconstrucción no se consideran las modificaciones sufridas por el derecho internacional general, es decir, aquellas de carácter consuetudinario, cuyo contenido y alcance se determina de acuerdo con la práctica constante y uniforme unida a la *opinio juris* de la generalidad de los Estados. Por lo mismo, únicamente se considera el derecho internacional convencional, esto es, aquel que en principio es de carácter escrito.

*Derecho Estatal.* Este grupo está integrado por tres subgrupos: (a) el derecho constitucional, representado por la CE y sus reformas; (b) el derecho legislativo estatal, formado por las diversas clases de las leyes orgánico constitucionales, las leyes ordinarias, las leyes de base, las leyes básicas, las leyes marco, las leyes de transferencia, las leyes armonización, los reales decretos legislativos y los reales decretos-leyes; y (c) el derecho reglamentario estatal, conformado por los Reales decretos legislativos, los Reales decretos-leyes, los Reales decretos (del Presidente del Gobierno y del Consejo de Ministros) y los Reales decretos de emergencia, junto con las Órdenes ministeriales.

*Derecho Autonómico.* Este grupo normativo se encuentra compuesto por tres subgrupos: (a) el derecho de los estatutos de autonomía, representado por los propios Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y sus reformas, (b) el derecho legislativo autonómico integrado principalmente por las leyes autonómicas de desarrollo (del marco de las políticas globales a nivel nacional o de la coordinación en ciertas materias), las leyes autonómicas delegante (de competencias extraordinarias y de competencias no exclusivas del Estado), las leyes autonómicas ordinarias; y (c) el derecho reglamentario autonómico, formado por los reglamentos emanados de los gobiernos autonómicos.

Ahora bien, para efectos del presente análisis únicamente considero dos grupos, Derecho de la UE y Derecho Internacional, junto con el subgrupo Derecho Constitucional, ya que, dentro del derecho español, estos son elementos que presentan una mayor importancia, junto con un mayor ámbito de aplicación. De este modo, de los setecientos noventa y tres (793) casos genéricos o situaciones posibles en las cuales es necesario elegir entre las diversas formas jurídicas que integran el derecho español situadas en momentos temporales diversos, el presente análisis solamente incluye cien (100) casos genéricos o situaciones posibles en razón de su alcance y preponderancia para entender otros ordenamientos jurídicos contemporáneos, principalmente, de los estados miembros de UE<sup>13</sup>.

### 3.2. Relaciones y mecanismo de exclusión

Las distintas formas jurídicas del derecho español se ubican en una situación en que una de ellas debe elegida en virtud de su fuerza excluyente, para lo cual se considera: i) el tipo de forma jurídica de que se trata; ii) el grupo o subgrupo normativo al cual pertenecen; y iii) la ubicación que ocupa en una relación

<sup>12</sup> Distinción compartida por FERNÁNDEZ et al 2000, 166-173; e ISAAC 1997, 208-213.

<sup>13</sup> El total de casos genéricos o situaciones posibles de oposición se obtiene de los casos en que las diversas formas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico español (27 formas jurídicas) se sitúan en momentos temporales diversos (27 anteriores por 27 posteriores) y se debe elegir entre una ellas. Además, se debe tener presente que en las relaciones entre el derecho estatal y el derecho autonómico cada caso genérico se divide en dos para diferenciar las situaciones desarrolladas dentro de la competencia exclusiva de la comunidad de las que se encuentran fuera de esta, lo cual entrega por sí mismo 284 casos genéricos. Para un análisis completo de las relaciones de exclusión entre todas las formas jurídicas que integran el derecho español véase AGÜERO-SANJUAN 2015, especialmente, el Capítulo 1.

temporal (anterioridad y posterioridad). Así, mientras las dos primeras consideraciones contribuyen a precisar el modo en que el derecho se expresa y la autoridad de la cual proviene, la tercera se centra en el carácter dinámico del ordenamiento, es decir, en los cambios que puede sufrir a lo largo del tiempo, y consecuentemente, la admisibilidad o no de nuevas formas jurídicas.

Por consiguiente, las diversas formas jurídicas son presentadas en función de su fuerza excluyente, la cual se determina, en primer lugar, a través de la revisión de las relaciones de exclusión entre una forma jurídica de un grupo normativo y las demás formas jurídicas que integran los otros grupos y subgrupos normativos, y en segundo lugar, mediante la presentación de las relaciones de exclusión existentes entre las formas jurídicas que integran dicho grupo. De esta manera, se obtiene un panorama general de la fuerza excluyente de todas las formas jurídicas que integran el derecho español y de la importancia de cada mecanismo de exclusión en la plasmación de dicha fuerza. Por lo tanto, su presentación sigue el siguiente orden: i) derecho de la UE; ii) derecho constitucional; y iii) derecho internacional.

*Derecho de la UE.* Según los criterios de exclusión contenidos en el derecho español, el derecho de la UE presenta un carácter predominante frente a todas las formas jurídicas de los otros grupos normativos (internacional, estatal y autonómico). Esta preponderancia se consagra en el principio *pro comunitate*, y se manifiesta con independencia del lugar ocupado por las formas jurídicas del derecho de la UE en una relación temporal (anterioridad o posterioridad). Así, el derecho de la UE excluye o relega a las otras formas jurídicas del derecho español al momento de su aplicación, es decir, su fuerza excluyente consiste en su prioridad aplicativa frente a otros elementos del ordenamiento jurídico desplazados mediante el mecanismo de la inaplicabilidad<sup>14</sup>.

Además, la fuerza excluyente del derecho de la UE se plasma en la obligación que tienen los Estados miembros de derogar todas las normas internas que induzcan a confusión o dificulten la plena e incondicionada aplicación de las formas jurídicas de la UE. En esta línea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español (en adelante TS) ha reconocido que el derecho comunitario no solo produce la inaplicabilidad de las formas jurídicas internas contrarias a él, sino que también deroga las anteriores a él. Y además, el propio TS ha sostenido que el derecho de la UE además de producir la inaplicabilidad del derecho interno, produce la anulación de los reglamentos de derecho interno cuando estos últimos son posteriores a él. No obstante, no existe claridad acerca del alcance de las propuestas del TS en relación con el derecho constitucional<sup>15</sup>.

Sin embargo, el propio derecho de la UE establece una excepción a la señalada fuerza excluyente. Se reconoce la aplicación preeminente del derecho nacional en materia de derechos fundamentales, cuando este contenga un nivel de protección superior al proporcionado por el propio derecho de la UE, caso en el cual, este último proporcionará al primero únicamente cierto margen de maniobra en su ejecución<sup>16</sup>.

Otra excepción se presenta en relación con los tratados y convenciones internacionales que integran el ordenamiento jurídico con anterioridad a la adhesión de España en la UE, ya que estas formas jurídicas tienen preferencia en su aplicación frente al derecho originario y derivado de la UE. En el

<sup>14</sup> La fuerza excluyente del derecho de la UE se consagra en sentencias del TJUE: Costa-ENEL 06/64 de 15 de julio de 1964 y Simmenthal 106/77 de 09 de marzo de 1978, y es reconocida por sentencias del TC de 14 de febrero de 1991(28/1991), 22 de marzo de 1991 y de 13 diciembre de 2004.

<sup>15</sup> La obligación de derogar se encuentra en sentencias del TJUE Comisión contra Italia 168/85 de 15 de octubre de 1986, y de 26 de abril de 1988 Comisión contra República Federal de Alemania 74/86, y también, en autores como MUÑOZ MACHADO 2006b, 515 y 524. La sentencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) sobre excluir y derogar es de 10 mayo 1993, y la de anulación como expresión de la preferencia normativa se encuentra establecida en sentencia del TS de 03 de noviembre de 1997 y de 26 de enero de 2000.

<sup>16</sup> Sobre la excepción a la fuerza excluyente ver sentencia del TJUE Åklagaren y Hans Åkerberg Fransson 617/10 de 26 de febrero de 2013, y también, GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ 2013, 186.

caso en que la inaplicabilidad afecta al derecho originario existe una obligación dirigida al Estado miembro para que este elimine los casos de incompatibilidad entre este derecho y los tratados o convenciones anteriores a la adhesión. A su vez, la relación de exclusión entre estos últimos y los acuerdos externos de la UE no está determinada, de modo que, no existe una respuesta a cuál forma jurídica detenta mayor fuerza excluyente, ni tampoco a qué mecanismo plasmaría dicha fuerza (derogación, nulidad o inaplicabilidad)<sup>17</sup>.

Asimismo, una tercera excepción se presenta con los tratados y convenciones internacionales que integran el ordenamiento jurídico con posterioridad a la adhesión de España en la UE, ya que cuando estos no afectan las competencias de la UE es posible determinar su fuerza excluyente mediante la inaplicabilidad de las formas jurídicas del derecho de la UE. En cambio, cuando dichos tratados o convenios afectan o involucran las competencias concedidas a la UE, esta última puede sustituir al Estado miembro en las obligaciones derivadas de los tratados o convenios, y así, estos pasan a formar parte del derecho de la UE como acuerdo internacional suscrito por la UE; en cambio, no se establece una solución para los casos en que la UE no sustituye al Estado miembro<sup>18</sup>.

Ahora bien, las relaciones de exclusión entre las formas jurídicas que integran el derecho de la UE se establecen de manera transitiva entre sus subgrupos en el siguiente orden: derecho originario, acuerdos externos de la UE y derecho derivado. El fundamento de esta prelación se encuentra, por un lado, en que el derecho originario constituye el fundamento de la legalidad en la UE, al entregar sustento, estructura y límites a las demás formas jurídicas que la integran; y por otro lado, en que los acuerdos externos firmados por la UE vinculan a sus instituciones, de modo que, estas al producir formas jurídicas derivadas deben respetarlos. Por tanto, el bloque de legalidad salvaguardado por el TJUE está integrado por el derecho originario y los acuerdos externos de la UE<sup>19</sup>.

La fuerza excluyente del derecho originario frente a los acuerdos externos de la UE posteriores a él se manifiesta a través de una declaración de nulidad del acuerdo externo con efectos solo dentro del derecho de la UE. Por su parte, está indeterminada la manera en la cual se manifiesta la fuerza excluyente del derecho originario frente a los acuerdos externos anteriores a él, e inclusive la doctrina y jurisprudencia no establecen ni proponen un mecanismo para ello. De manera similar, la fuerza excluyente del derecho originario frente al derecho derivado se encuentra claramente establecida solo en relación con el derecho derivado posterior a él, pues en estos casos estos últimos son susceptibles de declaración de nulidad por parte del TJUE. En cambio, la relación de exclusión del derecho originario con el derecho derivado anterior a él no se encuentra regulada, y a partir de la práctica jurídica se deriva el uso de la derogación para estos casos<sup>20</sup>.

Por su parte, la fuerza excluyente de los acuerdos externos de la UE frente al derecho derivado solo se manifiesta de manera clara mediante la declaración de nulidad por infracción del bloque de legalidad, cuando en la relación de prelación el derecho derivado es posterior en el tiempo a los

<sup>17</sup> Esta excepción en art. 351 del TUE, sentencia del TJUE Asunto Ministère public y Direction du travail et de l'emploi y Jean-Claude Levy, C-158/91 de 02 de agosto de 1993. Además, es destacada por ROLDÁN BARBERO 1994.

<sup>18</sup> Esta excepción en conformidad con el art. 351 párrafo 3 del TUE, y además, sugerida por: ISAAC 1997, 210 s.; FERNÁNDEZ et al. 2000, 169 s.; y MANGAS, LIÑÁN 2005, 379.

<sup>19</sup> La prevalencia del derecho originario en: Protocolo n° 36 del Tratado de Lisboa artículo 9, y también, en FERNÁNDEZ et al. 2000, 138; e ISAAC 1997, 182. Por su parte, la prevalencia de los acuerdos externos en sentencia del TJUE en asunto *International Fruit Company* 24/72, 12 de diciembre de 1972, e ISAAC 1997, 211 s.

<sup>20</sup> La relación de exclusión entre el derecho originario y los acuerdos externos de la UE en art. 218 del TFUE e ISAAC 1997, 211; y acerca de la declaración de nulidad en art. 263, 264 y 267 del TFUE. Cabe precisar que, el derecho de la UE contempla un mecanismo *a priori* para armonizar las formas jurídicas del derecho originario con los acuerdos externos posteriores en el tiempo. De acuerdo con él, es posible la modificación tanto derecho originario como del acuerdo externo antes de que este último ingrese al derecho de la UE.

acuerdos externos de la UE. Además, igualmente que en las situaciones anteriores, la utilización de la derogación como mecanismo de exclusión del derecho derivado anterior a los acuerdos externos no se encuentra regulada en el derecho de la UE, y podría derivarse más bien de la propia práctica jurídica<sup>21</sup>.

Adicionalmente, la inaplicabilidad respalda la fuerza excluyente del derecho originario y los acuerdos externos de la UE, para los casos en que ha transcurrido el plazo para interponer el recurso de nulidad sin que este sea presentado. Así, como en estos casos no hay declaración de nulidad, el TJUE puede declarar a petición de los interesados la inaplicabilidad de las formas jurídicas posteriores y contrarias al bloque de legalidad, sean estas formas jurídicas acuerdos externos de la UE y/o derecho derivado<sup>22</sup>.

A su vez, dentro de cada uno de los subgrupos que integran el derecho comunitario la fuerza de exclusión no se encuentra completamente explicitada. Las relaciones de exclusión entre iguales formas jurídicas situadas en una relación temporal no se encuentran expresamente consagradas en el derecho positivo (en sentido estricto), pero puede derivarse de la práctica jurídica. De acuerdo con esta, se emplea el criterio o principio cronológico para utilizar la derogación entre iguales formas jurídicas situadas en una relación temporal, y de este modo, excluir las formas jurídicas anteriores en el tiempo. Sin embargo, este mecanismo solo podría ser utilizado entre iguales formas jurídicas de un mismo subgrupo (originario o derivado), y cuando estas hayan emanado a partir de iguales competencias, de modo que, está igualmente indeterminada la relación de exclusión que se presenta entre reglamentos, directrices y decisiones con carácter legislativo<sup>23</sup>.

Por su parte, para determinar las relaciones de exclusión entre las formas jurídicas en una relación temporal integrantes de los acuerdos externos de la UE es necesario recurrir al derecho internacional. De acuerdo con este, los acuerdos externos de la UE solo ceden ante aquellos acuerdos externos posteriores que cumplan los requisitos establecidos en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 (en adelante CVDT). Así, en los casos en que no se cumplan estos requisitos los acuerdos internacionales en modo alguno pueden estimarse excluidos o modificados. A lo anterior cabe añadir que, la CVDT reconoce cierta prevalencia de la Carta de las Naciones Unidas sobre las obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro tratado o convenio, aunque no determine cómo se manifiesta la prevalencia frente al derecho de la UE. Además, si bien las disposiciones de la CVDT enfatizan la importancia de la presencia de las mismas partes para que los cambios o modificaciones introducidos en un nuevo tratado o convenio produzcan sus efectos, no señalan cuál es la relación de exclusión entre tratados celebrados por un Estado miembro con distintas partes celebrantes, ni menos señala cómo esta se manifiesta<sup>24</sup>.

*Derecho Constitucional.* El derecho español en su conjunto atribuye al derecho constitucional (la Constitución española y todas sus modificaciones) una fuerza excluyente que le permite desplazar a las restantes formas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico. Esta preeminencia se manifiesta a través de los diversos mecanismos de exclusión contemplados en el ordenamiento (derogación, nulidad e inaplicabilidad) y la elección entre uno de ellos dependerá de qué tipo de forma jurídica se

<sup>21</sup> La declaración de nulidad deriva de los arts. 263 y 264 del TFUE.

<sup>22</sup> La inaplicabilidad subsidiaria se encuentra regulada en art. 277 del TFUE.

<sup>23</sup> Sobre la falta de explicitación de la fuerza excluyente de las formas jurídicas que integran los subgrupos originario y derivado, véase: FERNÁNDEZ et al. 2000, 138. Un posible fundamento al uso de la derogación dentro del derecho originario se encuentra en el art. 48 del TUE sobre modificación de los tratados.

<sup>24</sup> Ver art. 3.5 y 21.1 del TUE sobre la sujeción y el respeto de la UE al derecho internacional, y también, las partes IV y V, sobre enmienda y modificación de tratado, y nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados, de la CVDT. Sobre la fuerza excluyente de la Carta de las Naciones Unidas en art. 30.1 de la CVDT, y los citados artículos del TUE. En mayor profundidad véase: RODRÍGUEZ 2002, 201; y PASTOR 2009, 162.

opone al derecho constitucional junto cuál es la relación temporal entre este último y las formas jurídicas en oposición a él<sup>25</sup>.

De este modo, su fuerza excluyente frente al derecho internacional se plasma en que los tratados o convenios internacionales posteriores a él pueden ser declarados nulos tanto por mecanismos internos como externos. En el primer caso mediante un recurso de inconstitucionalidad, una cuestión de inconstitucionalidad, o bien, un recurso de amparo, en cambio en el segundo caso, por medio de la causal de nulidad contenida en el derecho internacional. Es importante precisar que estos mecanismos de exclusión son respecto de las leyes que autorizan o ratifican los tratados o convenios internacionales, y no respecto del tratado en sí mismo, pues la validez de este último depende de las normas internacionales y no del derecho interno. A su vez, si bien el derecho constitucional posterior en el tiempo posee fuerza excluyente frente a tratados o convenios internacionales anteriores a él, la manera en la cual se manifiesta esta exclusión no se encuentra expresamente regulada, sino más bien es posible desprenderla de algunas disposiciones, de acuerdo con las cuales el derecho internacional podría considerarse derogado por el derecho constitucional posterior. Adicionalmente, la fuerza excluyente del derecho constitucional se refuerza con la posibilidad que tienen los tribunales de declarar la inaplicabilidad de un elemento internacional contrario a la Constitución<sup>26</sup>.

La fuerza excluyente del derecho constitucional frente a las demás formas jurídicas del derecho español se establece mediante la declaración de nulidad para los casos en que estas formas jurídicas sean contrarias a él y posteriores en el tiempo. La obtención de esta declaración se realiza mediante distintos procedimientos, a saber: i) las formas jurídicas legislativas se excluyen a través de un recurso de inconstitucionalidad o mediante una cuestión de inconstitucionalidad; ii) si transgreden los derechos y libertades reconocidos por la CE las formas jurídicas sin carácter de ley emanadas de los poderes del Estado o las Comunidades Autónomas se excluyen mediante el recurso de amparo; iii) las formas jurídicas emanadas desde los órganos del Estado o las Comunidades Autónomas se excluyen con los conflictos de competencia cuando contraviene las atribuciones entregadas por la Constitución a los órganos Estatales, Comunidades Autónomas, Provincias o Municipidades; iv) las formas jurídicas con carácter de reglamento se impugnan a través de recurso contencioso-administrativo cuando afectan los derechos susceptibles de amparo constitucional; y por último, v) la nulidad de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas se obtienen mediante la impugnación del Gobierno<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Esta preeminencia en el art. 9.3. de la CE y la declaración del TC 13 de diciembre de 2004.

<sup>26</sup> La posibilidad de excluir el derecho internacional se plasma de manera interna en: i) el recurso de inconstitucionalidad (art. 161.1.a de la CE y el artículo 27.2.c) de la Ley Orgánica del TC (en adelante LOTC), ii) la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la CE y artículos 35 y ss. LOTC), iii) el recurso de amparo (art. 55.2 de la LOTC y sentencia del TC de 03 de octubre de 1991); por su parte, de manera externa en el art. 46 de la CVDT; y además, en dogmáticos como: RODRÍGUEZ 2002, 282. A su vez, la derogación podría derivarse de la disposición derogatoria tercera de la CE, y la inaplicabilidad encuentra su fundamento en el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ). Solo cabe añadir que, el art. 95 de la CE consagra un control *a priori* de los tratados internacionales, pues estos no pueden formar parte del derecho español si son contrarios a la Constitución, y de acuerdo con este, previo pronunciamiento del TC, es posible reformar la Constitución para la compatibilización de ambas formas jurídicas. Un mayor detalle en PASTOR 2009, 176.

<sup>27</sup> La nulidad como manifestación de la fuerza excluyente del derecho constitucional se consagra en los art. 39, 55, 63, 66, 75 de la LOTC, y el art. 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Y los diversos procedimientos en: i) declaración y cuestión de inconstitucionalidad en art. 161.1 letra a) y 163 de la CE, y el Título II de la LOTC; ii) recurso de amparo en art. 161.1 letra b) de la CE y el Título de la III LOTC; iii) conflictos de competencia en art. 161.1 letras c) y d) de la CE, y el Título IV de la LOTC; iv) recurso contencioso-administrativo en art. 114 y ss. de la

En cambio, cuando el derecho constitucional es posterior en el tiempo a las otras formas jurídicas del derecho español el modo en que se plasma su fuerza excluyente no se encuentra absolutamente determinado, ya que es posible utilizar tanto la derogación como la nulidad para excluir las formas jurídicas de los otros grupos y subgrupos normativos. Adicionalmente, la relación de exclusión que detenta el derecho constitucional frente a las otras formas jurídicas se expresa mediante la posibilidad que tienen los tribunales de utilizar el mecanismo de la inaplicabilidad, en relación con las formas jurídicas anteriores o posteriores a él para los casos de oposición<sup>28</sup>.

Finalmente, en los casos de reforma constitucional, para determinar la relación de exclusión entre formas jurídicas anteriores y posteriores en el tiempo, se recurre al criterio cronológico. Así, la fuerza excluyente de la forma jurídica posterior se manifiesta en la derogación de la forma jurídica anterior, si la primera ha cumplido todos los requisitos para su formación<sup>29</sup>.

*Derecho Internacional.* De acuerdo con el derecho español, la fuerza excluyente atribuida al derecho internacional se expresa de un modo negativo. El derecho internacional no puede ser derogado, modificado o suspendido en su aplicación por formas jurídicas de otros grupos y subgrupos normativos, sean estos posteriores o anteriores en el tiempo (derechos estatal legislativo y reglamentario, y derecho autonómico). Pese a su formulación negativa la jurisprudencia del TS y TC reconocen la posibilidad de utilizar la inaplicabilidad como mecanismo de exclusión, para garantizar la fuerza excluyente del derecho internacional<sup>30</sup>.

Además, como fue señalado en relación con los acuerdos externos de la UE, la modificación, derogación o suspensión entre tratados internacionales se realiza en conformidad con el propio tratado y/o de acuerdo con las normas del derecho internacional ya señaladas (la CVDT). Asimismo, la jurisprudencia refuerza esta posición a través de considerar la imposibilidad de que acuerdos internacionales puedan estimarse modificados mediante convenios celebrados entre una de las partes contratantes con una tercera potencia<sup>31</sup>.

### 3.3. *Tabla de oposición normativa*

En la reconstrucción del derecho español, como paradigma de derecho positivos contemporáneo, se presentan una gran cantidad y diversidad de relaciones jurídicas. Dentro de estas, en la determinación de la fuerza excluyente de algunos de sus elementos, desempeñan un rol preponderante las derivadas de una distribución de competencias, ya que a partir de ellas es posible concebir un ordenamiento jurídico como integrado por distintos sistemas, los cuales se vinculan entre sí a través de un instrumento jurídico que

Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; e v) impugnación del Gobierno en art. 161 n° 2 de la CE y art. 76 y 77 de la LOTC.

<sup>28</sup> La posibilidad de utilizar la derogación o la nulidad según el caso derivaría del párrafo tercero de la disposición derogatoria de la CE, y distintas sentencias del TC (de 29 abril 1981, de 02 febrero 1981, de 31 marzo 1981, de 26 diciembre 1983, de 06 abril 1981 y de 24 julio 1984, entre otras). Por su parte, el uso de la inaplicabilidad se encuentra establecida en el artículo 6 de la LOPJ. En mayor detalle ver: PAREJO 1981; PEÑARANDA 1983; SANTAMARÍA 1988; DELGADO ECHEVERRÍA 2003; y MARTÍN 2010.

<sup>29</sup> Este mecanismo en la regulación realizada por los arts. 166 y ss. de la CE. Además, en esta reconstrucción no se consideran las modificaciones materiales de la Constitución, v.gr., las producidas por los elementos del derecho comunitario o estatal interno. En mayor profundidad véase MUÑOZ MACHADO 2006a, 525-534.

<sup>30</sup> Esta fuerza excluyente se encuentra en el art. 96.1 y 94 letra e) de la CE, y las sentencias del TS de 22 de mayo de 1989, de 07 de julio de 2000 y de 27 de febrero de 2012, unidas las sentencias del TC de 30 de enero de 1985, de 14 de febrero de 1991 (36/1991) y de 28 de septiembre de 1995. Además, en los autores: MUÑOZ MACHADO 2006a, 230; PASTOR 2009, 177 s.; y GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ 2013, 176.

<sup>31</sup> Esta posición se encuentra en la señalado CVDT, las sentencias del TC de 5 diciembre 2013, y de 20 marzo de 1990, así como también, la sentencia del TS de 22 mayo 1989.

hace de eje a todo el conjunto. En el caso español la Constitución desempeña este papel, y reconoce como sistemas jurídicos al derecho comunitario, el derecho internacional, el derecho estatal y el derecho autonómico. Además, a partir de estas distribuciones de competencia se establece la autosuficiencia de cada sistema o grupo normativo, y se delimita indirectamente otras relaciones igualmente preponderantes como las provenientes de una cadena de producción normativa, cuyo ámbito de aplicación queda restringido al funcionamiento interno de cada sistema. Sin embargo, la remarcada complejidad del ordenamiento afecta directamente la aplicación generalizada de este tipo de relaciones (competencial y jerárquica), ya que para la determinación de la fuerza excluyente de cada forma jurídica ellas resultan menguadas y complementadas por otro tipo de relaciones con un marcado carácter *ad hoc*.

En el derecho de la UE este tipo de relaciones *ad hoc* establecen excepciones a la prioridad aplicativa de sus formas jurídicas frente a los demás componentes del ordenamiento, y establecen una fuerza excluyente con base en: i) el estándar de la regulación (el derecho de un Estado miembro produce la inaplicabilidad del derecho de la UE cuando contiene un nivel de protección superior al proporcionado por este en materia de derechos fundamentales); ii) la anterioridad del compromiso (los tratados internacionales que integran el ordenamiento con anterioridad a la adhesión de España en la UE, producen la inaplicabilidad del derecho de la UE originario y derivado); iii) un acto decisorio (la UE, puede sustituir o no al Estado miembro en las obligaciones derivadas de los tratados internacionales que integran el ordenamiento jurídico con posterioridad a la adhesión de España en la UE). A su vez, para determina la fuerza excluyente entre los componentes del subgrupo de los acuerdos externos de la UE, y asimismo, dentro del grupo del derecho internacional se deben considerar relaciones sustentadas en la entidad de la forma jurídica (la Carta de las Naciones Unidas tiene prevalencia de sobre las obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro tratado o convenio).

Además, la complejidad del ordenamiento hace problemática una aplicación generalizada de las relaciones derivadas de la distribución de competencias o reglas de producción, ya que en algunos casos la fuerza excluyente entre sus formas jurídicas se presenta de un modo negativo, i.e., solamente se establece que  $F_{j1}$  no puede ser excluida del ordenamiento por  $F_{j2}$ , sin que esto conlleve que  $F_{j2}$  pueda ser excluida por  $F_{j1}$ . Esto se aprecia en relación con el derecho internacional, el cual no puede ser derogado, modificado o suspendido en su aplicación por formas jurídicas de otros grupos y subgrupos normativos, aunque estas últimas solo pueden ser inaplicadas por él<sup>32</sup>.

Ahora bien, en este contexto de múltiples formas y relaciones jurídicas, una representación de los derechos positivos contemporáneos en general, y del derecho español en particular, resulta sumamente compleja, puesto que no es dable realizarla de manera uniforme y estática, en razón de que no resulta posible una aplicación generalizada de las relaciones derivadas de una distribución de competencias y una cadena de producción normativa. Por ende, sí no se desea incurrir en una representación reduccionista con una limitada capacidad explicativa, en primer lugar, se debe desestimar toda representación fundada en el modelo de una pirámide normativa, y en segundo lugar, es necesario buscar nuevas maneras de representar la complejidad de los derechos positivos contemporáneos. Así, considero que, los modelos de representación deben estar más cerca de un diagrama o una red (con sus nodos, conectores y propiedades) que de una pirámide normativa.

No obstante las dificultades implicadas en representar la dinámica normativa en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, propongo una primera aproximación a la representación visual de este tipo de ordenamientos. Esto mediante una tabla de oposición normativa en la cual cada una de sus formas jurídicas se presenta en momentos temporales diversos (anterior y posterior). Así, en la tabla es posible distinguir claramente la fuerza excluyente de cada una de sus formas jurídicas frente a todas

<sup>32</sup> La fuerza excluyente se presenta de un modo positivo cuando:  $F_{j1}$  puede excluir (derogar, anular o inaplicar) a  $F_{j2}$  del ordenamiento pero  $F_{j2}$  no puede realizar lo mismo con  $F_{j1}$ .

las otras cuando se sitúan en una relación temporal. Además, en ella es patente cuál es el mecanismo de exclusión al cual recurre el ordenamiento para manifestar dicha exclusión. En consecuencia, para el caso del derecho español y de acuerdo con la reconstrucción previamente desarrollada, propongo una tabla de oposición normativa con la siguiente forma y contenido:

Derogación			Derogación y Nulidad		Es preferida la forma jurídica anterior	Fa		Caso imposible	-----
Nulidad		Derogación, Nulidad e Inaplicabilidad	Derogación e inaplicabilidad		Es preferida la forma jurídica posterior	Fp			
Inaplicabilidad			Nulidad e inaplicabilidad		No se considera la relación de precedencia	Os		Respuesta indeterminada	¿?

Formas Jurídicas Posteriores											
Derecho Comunitario						Derecho Internacional				D. Estatal	
D. Originario	D. Deriv			D. Ac externo	D. A.UE	D.Post		Carta ONU	D. Const.		
	Reglamt	Direct	Decis			FC UE	DC UE				
Derecho Originario	Fa	Fa	Fa	Fa	Fp	Fp	Os	----	Fa		
Derecho Derivado	Reglamento	Fp?	¿?	¿?	Fp?	Fp	Fp	Os	----	Fa	
	Directiva	Fp?	¿?	Fp?	Fp?	Fp	Fp	Os	----	Fa	
	Decisión	Fp?	¿?	Fp?	Fp?	Fp	Fp	Os	----	Fa	
D. Acuerdos externos	¿?	Fa	Fa	Fa	Fp	Fp	Os	----	Fa		
D. Internacional	D. Anterior Ingreso UE	Fa	Fa	Fa	¿?	Fp	----	----	Fp	Fp	
	D. Posterior Ingreso UE	Fuera Competencia UE	Fa	Fa	Fa	Fa	----	Fp	Os	Fp	Fp
		Dentro Competencia UE	Os	Os	Os	Os	Os	----	Os	Fp	Fp
	Carta de las Naciones Unidas	¿?	¿?	¿?	¿?	Fa	Fa	Fa	Fp	Fp	
D. Estatal	Derecho Constitucional	Fp	Fp	Fp	Fp	Fp	Fa	Fa	Fa	----	Fp

TABLA 1. Una porción del derecho español a partir del principio de exclusión

Es importante explicitar que, para efectos de realizar esta presentación de los elementos analizados a través de una tabla de oposición normativa, realicé las siguientes asunciones: i) el derecho español en materia de derechos fundamentales no contiene un nivel de protección superior al proporcionado por el propio derecho de la UE; y ii) en el derecho internacional se cumplen los requisitos establecidos en la CVDT para la efectiva modificación de los tratados.

#### 4. *Los mecanismos de exclusión frente a la seguridad jurídica*

*Situación general.* En este contexto, interactúan entre sí diez tipos distintos de formas jurídicas a través de los cambios que pueden sufrir el ordenamiento a lo largo del tiempo (dinámica normativa), lo cual complejiza su reconstrucción y representación, pero incluye una eventual relación de precedencia entre ellas. De este modo, al contemplar esta relación es posible la ocurrencia de, al menos, cien (100) casos genéricos o situaciones en las cuales es necesario elegir entre las formas jurídicas analizadas que integran el ordenamiento y que están situadas en momentos temporales diversos. Así, como muestra la tabla de oposición, el total de casos genéricos o situaciones posibles de oposición se obtiene de los casos en que las formas jurídicas analizadas que integran el ordenamiento jurídico (10 formas jurídicas) se sitúan en momentos temporales diversos (10 anteriores por 10 posteriores) y se debe elegir entre ellas.

##### 4.1. *Un balance de la situación*

*Casos básicos.* Del total de cien (100) casos genéricos en los cuales es necesario elegir entre formas jurídicas situadas en una relación temporal, solo en cuarenta y cuatro oportunidades el ordenamiento establece solo un mecanismo de exclusión para plasmar la fuerza excluyente de una de sus formas jurídicas frente a otras. Así, en la mayoría de estas situaciones la fuerza excluyente se plasma a través de la inaplicabilidad, en concreto, en veintiocho casos (28% de los casos analizados). En segundo lugar, la derogación es utilizada por el ordenamiento para mostrar la fuerza excluyente de uno de sus elementos en dieciséis oportunidades (16% de los casos analizados). A su vez, en esta porción del ordenamiento jurídico, la nulidad solo se presenta a través de casos combinados.

*Casos combinados.* La diversidad de las relaciones presentes en un ordenamiento jurídico permiten que una misma relación de exclusión pueda manifestarse a través de más de un mecanismo de exclusión (inaplicabilidad, derogación y nulidad), y estos casos presentan la siguiente frecuencia: i) inaplicabilidad y derogación, es posible recurrir a cualquiera de ellos en cuatro situaciones (4% de los casos analizados); e ii) inaplicabilidad y nulidad, el ordenamiento recurre a ambas para manifestar diez relaciones de exclusión (10% de los casos analizados). Por su parte, en el análisis de esta porción del derecho español no se presentan casos que puedan ser resueltos por los siguientes casos combinados: i) derogación y nulidad; e ii) inaplicabilidad, derogación y nulidad.

*Casos especiales.* Entre otras consideraciones, la complejidad del ordenamiento produce diversos casos genéricos cuya situación es incierta, a saber: i) se presentan siete casos en que está determinada la fuerza excluyente de una forma jurídica, pero no está establecido el mecanismo por el cual esta se plasma (7% de los casos analizados); ii) en trece situaciones se encuentra indeterminada la fuerza excluyente de las formas jurídicas analizadas que integran el ordenamiento (13% de los casos analizados); y iii) en doce casos el ordenamiento proporciona una solución más allá de las variables manejadas (12% de los casos analizados).

*Casos imposibles.* Esta explicación debe ser complementada con la explicitación de los casos cuya ocurrencia resulta imposible, los cuales ocupan diez casilleros de la tabla, equivalente al diez

por ciento de los casos (10% de los casos analizados). Por ejemplo, en el derecho español, son situaciones cuya ocurrencia es temporalmente imposible los casos en que la Carta de las Naciones Unidas sea considerada una forma jurídica anterior a la Constitución española o el Derecho de la UE.

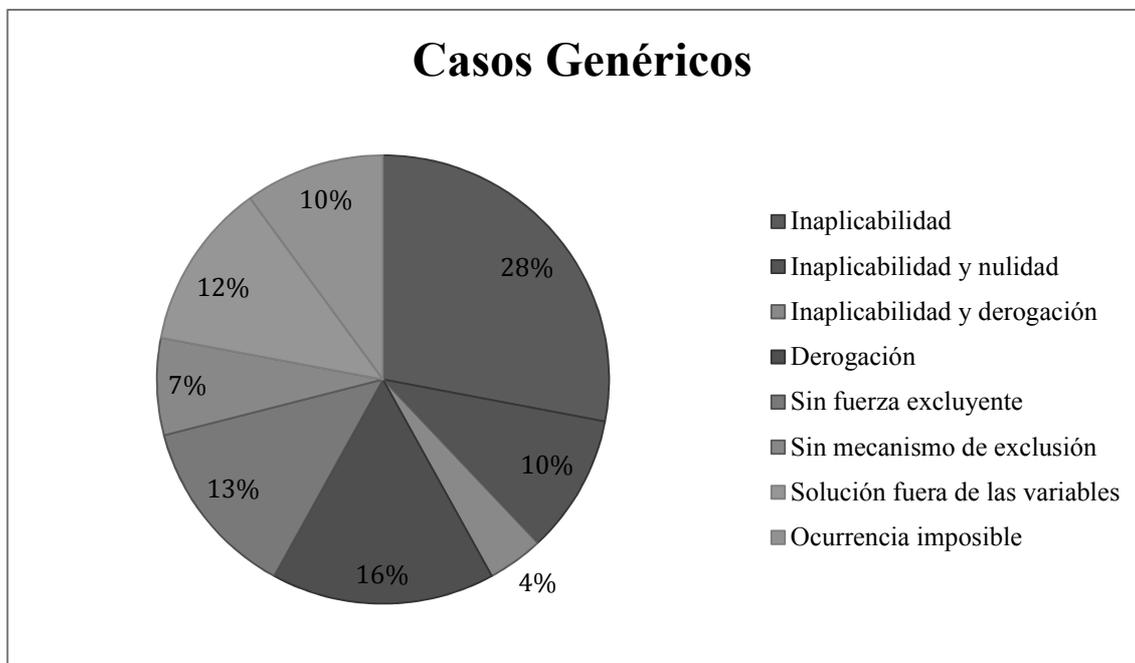


GRÁFICO 1. Ocurrencia de casos genéricos

#### 4.2. La seguridad jurídica de los mecanismos de exclusión

A partir de la noción establecida por el TC, dentro de una porción del ordenamiento jurídico, es posible realizar un diagnóstico de la seguridad jurídica dentro del derecho español a partir del análisis de los mecanismos de exclusión normativa, y consecuentemente, detectar si la interdependencia entre Estado de Derecho, orden democrático y derechos humanos puede resultar afectada.

El TC español reconoce que el principio de seguridad jurídica establece una exigencia al legislador de perseguir la claridad y no la confusión normativa en la elaboración de normas, de manera que, los operadores jurídicos y ciudadanos deben saber a qué atenerse respecto de las materias que sean legisladas. Sin embargo, resulta sorprendente constatar que, dentro de los noventa casos genéricos de ocurrencia posible, existe un 22,2% de casos en los cuales no se satisfacen estas exigencias del TC. Esto en razón de que existe indeterminación respecto de qué forma jurídica detenta una mayor fuerza excluyente en un 14,4% de los casos estudiados, y no es claro a través de qué mecanismo se plasma la fuerza excluyente de una de las formas jurídicas en 7,7% de los casos.

También, es importante destacar las situaciones en que es posible recurrir a la inaplicabilidad como mecanismo de exclusión normativa en relación con las exigencias derivadas de la seguridad jurídica reconocidas por el TC. Estas exigen promover y buscar la certeza respecto a qué es derecho (aspecto

objetivo), junto con evitar perplejidades difícilmente salvables respecto de la previsibilidad de cuál es el derecho aplicable y cuáles son las consecuencias derivadas de las normas vigentes e inclusive respecto de cuáles son estas (aspecto subjetivo). De este modo, al ser empleada la inaplicabilidad en un 46,6% del total de casos de ocurrencia posible, se produce en el ordenamiento jurídico un remanente normativo que afecta directamente el aspecto subjetivo de la seguridad jurídica. Por ejemplo, es perfectamente posible que una situación esté regulada de modo diverso por distintas formas jurídicas pertenecientes al ordenamiento, pero que solo al momento de aplicar una de ellas a casos concretos la otra resulte desplazada.

Consciente de esta situación de incertidumbre, el TJUE estableció la obligación a los Estados miembros de “derogar” el derecho interno contrario al derecho de la UE para que así los destinatarios de las normas no se sitúen en una situación de ambigüedad, a saber:

«el mantenimiento sin cambios, en la legislación de un Estado miembro, de un texto incompatible con una disposición del Tratado, aunque sea directamente aplicable en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, da lugar a, una situación de hecho ambigua que mantiene a los sujetos de derecho interesados en una situación de incertidumbre en cuanto a sus posibilidades de recurrir al Derecho comunitario y que dicho mantenimiento constituye, por lo tanto, en lo que se refiere a dicho Estado, un incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado [...] La incompatibilidad de la legislación nacional con las disposiciones del Tratado, aunque sean directamente aplicables, sólo puede quedar definitivamente eliminada mediante disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo valor jurídico que aquellas que deben modificarse» (15 de octubre de 1986).

«Se deduce de ello que la República Federal de Alemania tenía la obligación no sólo de no incluir en su legislación normas contrarias a las disposiciones comunitarias, sino además la de derogar tales normas inmediatamente después de su adopción» (26 de abril de 1988).

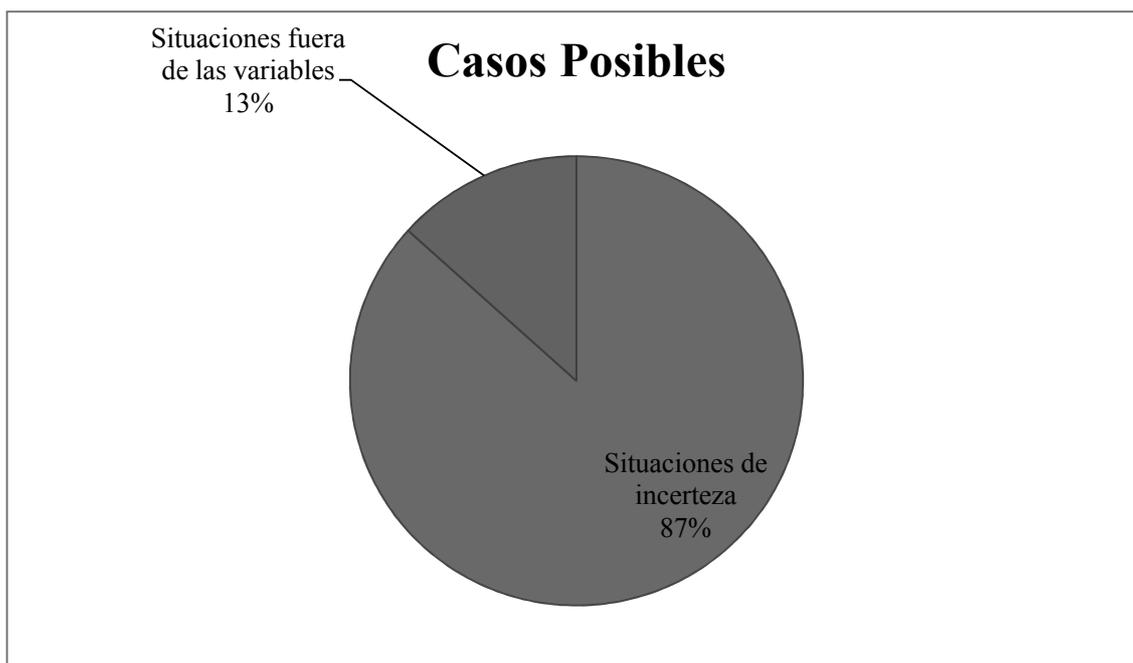
Así también, la derogación pueda afectar el grado de seguridad jurídica del derecho español. Esta puede ser empleada en un 22,2% de los casos genéricos de ocurrencia posible y presenta problemas vinculados con, al menos, los siguientes aspectos: i) la manera en que ella es reconocida como mecanismos de exclusión normativa, puesto que en la generalidad de situaciones su utilización deriva de la práctica o acervo jurídico, el cual asume como criterio rector de los ordenamientos jurídicos al principio cronológico, en virtud del cual la forma jurídica posterior deroga a la anterior<sup>33</sup>; y ii) algunas prácticas legislativas propias de los derechos contemporáneos, las cuales complejizan aún más la determinación de los alcances y la eficacia de la derogación, concretamente, la delimitación de qué elementos son derogados y cuáles son los derogatorios, v.gr., las cláusulas derogatorias generales. Finalmente, toda esta falta de especificidad explicita y enfatiza las dificultades vinculadas con la determinación de qué deroga y qué es derogado en el derecho positivo español.

El aspecto subjetivo de la seguridad jurídica exige no poner a los destinatarios de las normas en situaciones que les impidan prever cuáles son las consecuencias jurídicas de ciertos hechos o acciones. No obstante, es posible predicar la incerteza de 78 situaciones (87%) de los 90 casos de ocurrencia posible. En estos casos el derecho español afecta los niveles de seguridad jurídica al contener

<sup>33</sup> Esto es sin perjuicio de lo explicado en líneas anteriores acerca de que, en algunos casos, el uso de la derogación se regula indirectamente por medio de diversas disposiciones que norman cómo deben ser modificadas determinadas formas jurídicas, v.gr., el art. 48 del TUE, los arts. 166 y ss., de la CE, y a su vez, del reconocimiento de la derogación en diversas secciones de la CVDT en relación con la enmienda, modificación, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados.

situaciones de indeterminación (22,2%) y establecer la inaplicabilidad (46,6%) y/o la derogación (17,7%) como mecanismos de exclusión normativa.

Por consiguiente, al contemplar diversos cursos de acción para múltiples situaciones a partir de las diferentes formas jurídicas que pueden regular una misma situación, el ordenamiento jurídico español produce una gran cantidad de casos o situaciones de incerteza jurídica, las cuales repercuten directamente en el Estado de Derecho, y por vía de la consecuencia, afectan al orden democrático y los derechos humanos.



**GRÁFICO 2.** Casos genéricos de ocurrencia posible

Finalmente, en palabras de Antonio MARTINO (1977; 1990), esta situación de afectación a la seguridad jurídica, se produce por considerables niveles de “contaminación legislativa”, los cuales derivan no solo de la presencia de un excesivo remanente de formas jurídicas que, probablemente, nunca sean aplicables dentro del ordenamiento, sino también por la excesiva proliferación y promulgación de formas jurídicas. Así, como sostiene el autor, la contaminación legislativa se presenta en los derechos positivos contemporáneos por un crecimiento sin control de las formas jurídicas, junto con la imposibilidad de poder deshacerse de los desechos.

##### 5. Algunas conclusiones

Se realizó una detallada reconstrucción de una porción del derecho español a partir del principio de exclusión, bajo la finalidad última de contribuir a la protección a los derechos humanos a través del

estudio de los mecanismos de exclusión normativa en un ordenamiento jurídico contemporáneo. Así, a partir de la noción de fuerza excluyente fue posible analizar cada uno de los casos en que resulta necesario elegir entre distintas formas jurídicas situadas en una relación temporal, y así también, especificar el mecanismo que plasma la fuerza excluyente de una de dichas formas. De este modo, este análisis permitió obtener un catastro de las situaciones en que, la parte del ordenamiento jurídico estudiada, presenta un alto grado de indeterminación e incertidumbre en relación con cuáles son las consecuencias jurídicas de un acción o hecho en un momento determinado.

En este sentido, a través de la noción de seguridad jurídica desarrollada por el TC español, el presente trabajo pretendió mostrar cómo un análisis de algunos rasgos propios de los ordenamientos jurídicos contemporáneos puede contribuir a disminuir la brecha entre las declaraciones de derechos establecidas en las Constituciones y Cartas internacionales, y el establecimiento efectivo de estos en la práctica. Esto en razón de que cuando se presentan bajos niveles de seguridad jurídica se debilita el Estado de Derecho, y consecuentemente, resultan afectados tanto el orden democrático como los derechos humanos.

Por lo mismo, a partir del aspecto subjetivo de la seguridad jurídica, el cual exige evitar perplejidades difícilmente salvables respecto de cuáles son las consecuencias derivadas de las normas vigentes e incluso respecto de cuáles son estas, se mostró cómo el ordenamiento jurídico español atenta contra este principio. Esto a partir de las situaciones en que no es efectivamente eliminado todo el material normativo inaplicado o derogado tácitamente, así como también, en los casos en que no es establecido claramente qué forma jurídica detenta una mayor fuerza excluyente, y además, cuando no se consagra un mecanismo de exclusión que plasme la fuerza excluyente detentada previamente por una forma jurídica en concreto. Así, como estos supuestos se caracterizan por contener para una determinada situación diversos cursos de acción, es a partir de ellas que se explicita con claridad los niveles de incerteza jurídica presentes en una porción del derecho español.

Por lo anteriormente señalado, esta investigación constituye únicamente un primer paso en el fortalecimiento de la seguridad jurídica, ya que solo una vez son explicitadas las situaciones de incertidumbre resulta posible adoptar medidas para subsanarlas. De este modo, a partir de la detección de las insuficiencias que presenta el derecho positivo en materia de mecanismos de exclusión normativa, es posible avanzar hacia el fortalecimiento del Estado de Derecho a través de una mayor preocupación por los niveles de seguridad jurídica presentes en el derecho español.

En definitiva, detectadas las insuficiencias que presenta una porción del derecho español en materia de los mecanismos de exclusión, corresponde a las autoridades de creación normativa continuar el avance hacia un mayor fortalecimiento de Estado de Derecho a través del mejoramiento efectivo del aspecto subjetivo de la seguridad jurídica. Esto con el propósito de redoblar los esfuerzos por garantizar la democracia y el Estado de Derecho, desde una perspectiva de los derechos humanos, dado el equilibrio y la relación que debe existir entre democracia, derechos humanos y Estado de Derecho.

## Bibliografía

- ABIGNENTE A. 1990. *La dottrina del diritto tra dinamicità e purezza. Studio su Adolf Julius Merkl*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990.
- AGÜERO-SANJUAN S. 2015. *La derogación. Una análisis a la dinámica de los ordenamientos jurídicos*. Disponible en Tesis Doctorales en Red: <http://www.tdx.cat/handle/10803/323897> (Consultado el 03/03/2016).
- MAZZARESE T. 2007. *Iuspositivismo y globalización del derecho: ¿Qué modelo teórico?* en MORESO J.J., REDONDO M.C. (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid, Marcial Pons, 2007, 61 ss.
- ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS 2012. *Estudio sobre los problemas comunes a que se enfrentan los Estados en sus esfuerzos por garantizar la democracia y el Estado de Derecho desde una perspectiva de derechos humanos*. Naciones Unidas. Asamblea General. Disponible en: [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-29\\_spanish.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-29_spanish.pdf). (Consultado el 05/10/2015).
- BERMEJO J. 2005. *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Madrid, Thomson Civitas, 2005.
- BOBBIO N. 1989. *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991 (ed. or. *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1989, trad. esp. de R. de Asis Roig).
- DELGADO ECHEVERRÍA J. 2003. *Las normas derogadas: validez, vigencia y aplicabilidad*, en «Derecho Privado y Constitución», 17, 2003, 197 ss.
- FERNÁNDEZ A., FORCADA I., HUESA R., SÁNCHEZ Á. 2000. *Instituciones de derecho comunitario*, 2 ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNÁNDEZ T.R. 2013. *Curso de derecho administrativo*, 16 ed., vol. I, Madrid, Thomson Civitas, 2013.
- ISAAC G. 1997. *Manual de derecho comunitario general*, 5 ed., Barcelona, Ariel, 2000 (ed. or. *Droit communautaire général*, Paris, Armand Colin, 1997, trad. esp. di G.L. Ramos Ruano).
- LACRUZ J., SANCHO F., LUNA A., DELGADO J., RIVERA F., RAMS J. 2006. *Elementos de derecho civil I. Parte general*, 4 ed., vol. I, Madrid, Dykinson, 2006.
- MANGAS A., LIÑÁN D. 2005. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 5 ed., Madrid, Tecnos, 2005.
- MARTIN M.I. 2010. *Aspectos constitucionales y procesales de la inmunidad parlamentaria en el ordenamiento español*, Madrid, Dykinson, 2010.
- MARTINO A. 1977. *La contaminación legislativa*, en «Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas», 1977, 47 ss.
- MARTINO A. 1990. *Auxilio computacional a la legislación ¿Hacer leyes con las computadoras?*, en «Anuario Jurídico», 17, 1990, 141 ss.
- MAZZARESE T. 2007. *Iuspositivismo y globalización del derecho: ¿Qué modelo teórico?* en MORESO J.J., REDONDO M.C. (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid, Marcial Pons, 2007, 61 ss.
- MERKL A. 1931. *Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto*, en GERACI C. (ed.) *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, Giuffrè Editore, 1987, 1 ss. (ed. or. *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, in VERDROSS A. (ed.), *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag*, Wien, Geburtstag, 1931, trad. it. di C. Geraci).
- MUÑOZ MACHADO S. 2006a. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, vol. II, Madrid, Iustel, 2006.

- MUÑOZ MACHADO S. 2006b. *Derecho público de las comunidades autónomas*, 2 ed., Madrid, Iustel, 2006.
- PAREJO L. 1981. *La constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida*, en «Revista de Administración Pública», 94, 1981, 201 ss.
- PAREJO L. 2003. *Derecho administrativo*, Barcelona, Ariel, 2003.
- PASTOR J. 2009. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 13 ed., Madrid, Tecnos, 2009.
- PEÑARANDA J.L. 1983. *Disposición derogatoria: Constitución y ordenamiento preconstitucional*, en ALZAGA O. (ed.), *Comentarios a la leyes políticas*, en «Revista de Derecho Privado», 1983, 649 ss.
- RODRÍGUEZ A. 2002. *Lecciones de derecho internacional público*, 5 ed., Madrid, Tecnos, 2002.
- ROLDÁN BARBERO F.J. 1994. *Una revisión del artículo 234 del TCE. La sentencia “Levy” dictada por el TJCE el 02 de agosto de 1993*, en «Revista de Instituciones Europeas», XXI, 2, 1994, 481 ss.
- SANTAMARÍA J. 1988. *Fundamentos de derecho administrativo*, vol. I, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, 1998.
- WALTER R. 1974. *La estructura del orden jurídico. Disertación jurídico-teórica basada en la teoría pura del derecho*, Bogotá, Editorial Temis, S.A., 1984 (ed. or. *Der Aufbau der Rechtsordnung*, Wien, Verlags Und Universitätsbuchhandlung, 1974, trad. esp. de Volkening).
- ZAPATERO V. 2009. *El arte de legislar*, Cizur-Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2009.