

ANTINOMIAS CONSTITUCIONALES

José Manuel Cabra Apalategui
Universidad de Málaga.
Campus de Excelencia Andalucía Tech.

1. Introducción.

La teoría del Derecho contemporánea que responde a los apelativos de post-positivista o neoconstitucionalista se caracteriza por mantener tres tesis, complementarias entre sí. La primera de ellas afirma que las normas de derecho fundamental son *estructural* (variante fuerte) y/o *funcionalmente* (variante débil) distintas al resto de normas del ordenamiento: son principios. La segunda tesis afirma que la identificación del contenido de las normas-principio está condicionada por la tendencia al conflicto –“a la colisión”, en términos neoconstitucionalistas– de este tipo de normas, de manera que tal identificación es el resultado de resolver el conflicto entre dos normas de derecho fundamental o entre un derecho fundamental y otra norma constitucional. Y –tercera tesis– en la medida en que esto es así, el razonamiento de aplicación de las normas de derecho fundamental no procede según el esquema subsuntivo, sino mediante la ponderación. Éste suele ser el orden lógico en que estas tesis son concatenadas; una secuencia en la que la teoría principialista de la norma jurídica determina la concepción conflictivista del sistema de los derechos fundamentales (y, potencialmente, de todo el ordenamiento jurídico por el “efecto irradiación” de las normas de derecho fundamental) y la teoría del razonamiento jurídico. Parece razonable pensar, entonces, que cuestionando la categoría de los principios, el colapso de las demás tesis va de suyo.

Creo –aunque no puedo extenderme aquí sobre esta cuestión– que la caracterización de una norma como regla o como principio es, en el fondo, una cuestión ideológica o, si se prefiere, de razón práctica: cuanto más importante consideremos el derecho o bien jurídico protegido por la norma, más inclinados estaremos a atribuirle la condición de regla que funciona como razón perentoria en el razonamiento jurídico, por muy abiertas que esté su condición de aplicación; por el contrario, cuanto menos importancia le concedamos, más inclinados estaremos a calificarla o, más bien, usarla como un principio, por muy cerrada y claramente establecida que esté su condición de aplicación. Mi argumento va a seguir, por tanto, otros derroteros. El objetivo es justificar una concepción coherentista del sistema de derechos fundamentales. Para ello, en lugar de cuestionar la distinción entre reglas y principios en el ordenamiento, atenderé a la estructura de los conflictos entre normas de derecho fundamental.

2. Las antinomias en concreto.

Una primera caracterización de los conflictos entre normas de derecho fundamental les atribuiría las siguientes propiedades: (i) en la mayoría de los

casos, se trata de antinomias *en concreto* (también denominadas como antinomias *contingentes* o antinomias *externas*)¹; y (ii) para su solución no podemos recurrir a las reglas clásicas de *lex superior*, *lex posterior* o *lex specialis*².

Estamos ante una antinomia *en abstracto* cuando dos normas califican deónticamente de forma incompatible o conectan consecuencias jurídicas incompatibles a la misma clase de casos. Por ejemplo:

N₁: “Los menores de edad emancipados pueden contraer matrimonio”

N₂: “Únicamente los mayores de edad pueden contraer matrimonio”

Estas dos normas califican una misma clase de casos de forma incompatible, reconociendo en un caso y negando en el otro la capacidad para contraer matrimonio a los menores de edad emancipados.

Nos encontramos igualmente ante una antinomia en abstracto cuando dos normas califican deónticamente de forma incompatible o conectan consecuencias jurídicas incompatibles a clases de casos que se superponen conceptualmente.

N₃: “Prohibido fumar en la Universidad de Oviedo”.

N₄: “Los profesores de la Facultad de Derecho de Oviedo pueden fumar en su despacho”.

Dado que la acción de fumar en el despacho de la facultad es una subclase de la acción más general de fumar en la Universidad de Oviedo, ambos casos se superponen conceptualmente.

Las antinomias en abstracto son antinomias necesarias o *a priori*, identificables con la mera interpretación de los textos jurídicos. Una antinomia en abstracto ponen de manifiesto una inconsistencia del ordenamiento jurídico³. No puede descartarse la posibilidad de conflictos en abstracto entre normas constitucionales. Este tipo de conflictos resulta ciertamente anómalo entre las normas que regulan las instituciones del Estado⁴, la organización territorial, la atribución de competencias, etc., aunque cabe imaginarlo en relación a normas que reconocen valores y bienes constitucionales o derechos fundamentales. Es lo que sucede, al menos aparentemente, con el art. 9.2 CE, que promueve la igualdad material, y el art. 14 CE, que consagra la libertad formal o libertad ante la ley⁵. Ambas normas parecen excluirse mutuamente, de manera que *siempre* que se

¹ Günther (1995), Prieto Sanchís (2003: 178).

² Alexy (2003: 434).

³ Guastini (2014: 118-9). La idea de que los sistemas jurídicos pueden ser lógicamente inconsistentes no es una cuestión pacífica en la doctrina. El que dos normas sean de imposible cumplimiento por el sujeto obligado no significa que entre ellas exista una contradicción lógica, sino, más bien, una imposibilidad pragmática o un defecto del sistema normativo desde el punto de vista teleológico (ver, por todos, Kelsen, 1973).

⁴ No obstante, recordemos el ejemplo referido por Alf Ross sobre la Constitución danesa de 1920, en cuyo párrafo 36, primera parte, establece que los miembros de la Primera Cámara no pueden exceder de 68 y, en su segunda parte, al establecer las normas para la elección de los miembros de la Cámara resultan 69 (Ross, 1997: 165).

⁵ Prieto Sanchís (2003: 185).

adopte una medida para favorecer la igualdad material de una determinada clase de individuos se estará vulnerando el principio de igualdad formal. No obstante, ni es frecuente, ni es éste el tipo de conflicto que tiene en mente el neoconstitucionalismo, que es la antinomia *en concreto*.

Se produce un antinomia en concreto cuando un *caso individual* es subsumible en o es una instancia de dos *clases de casos conceptualmente independientes* a las que dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles. Tomo prestado un ejemplo de Guastini para ilustrar este tipo de conflicto⁶. Pensemos en las siguientes dos normas:

*N*₅: “Los ciudadanos deben pagar impuestos”

*N*₆: “Los desempleados no tienen la obligación de pagar impuestos”.

Las clases de casos que regulan esas dos normas, “ostentar la ciudadanía” y “estar desempleado”, son conceptualmente independientes. Siempre que podamos proporcionar una descripción del caso que permita identificarlo como una instancia de ambas clases de casos se dará un conflicto de este tipo. En el ejemplo, basta con constatar que una persona que ostenta la ciudadanía se encuentra desempleado para que se produzca la antinomia.

Se afirma, por tanto, que la antinomia en concreto no resulta de la interpretación de los textos jurídicos, de la cual no se infiere contradicción alguna, sino de la aplicación de las normas a casos concretos⁷. A diferencia de las antinomias en abstracto, el conflicto en las antinomias en concreto no responden a una inconsistencia del sistema jurídico, sino que dependen de las circunstancias empíricas que concurran en una determinada situación.

Pero esta caracterización de las antinomias en concreto precisa todavía una aclaración. La independencia conceptual entre las clases de casos que las dos normas regulan no significa únicamente que éstas no se superpongan, como ocurre en *N*₃ y *N*₄, sino también que la pertenencia a una de las clases no excluya la pertenencia a la otra, esto es, que ambas clases de casos no se *excluyan mutuamente*. Por otra parte, esta relación de exclusión mutua puede ser establecida *normativamente*. Siguiendo con el ejemplo anterior, si en virtud de una tercera norma la pérdida del empleo llevara aparejada la pérdida de la ciudadanía, o si se garantizara un empleo a todo ciudadano sin excepción por el hecho de serlo, supuestos ambos en los que la ostentación de la ciudadanía y la condición de desempleado se excluyen mutuamente, no habría lugar a la antinomia entre las normas *N*₅ y *N*₆ porque ningún caso individual podría ser subsumido simultáneamente en ambos supuestos de hecho.

Según la postura más extendida, las antinomias en concreto es el tipo al que responden las colisiones entre principios, aunque, como pone de manifiesto el ejemplo anterior, también son posibles este tipo de conflictos entre normas que deben ser consideradas como reglas. La diferencia radicaría, pues, en cómo hayan de resolverse cada uno de los conflictos.

En segundo lugar, y como se ha señalado más arriba, los conflictos entre principios constitucionales no pueden resolverse mediante las reglas clásicas de

⁶ Guastini (2014: 119).

⁷ Guastini (2014: 119).

lex superior, lex posterior o *lex specialis*. Esta característica es independiente de la anterior y no responde, al menos en la mayoría de los casos, a la estructura del conflicto, sino al hecho de que ambas normas en conflicto pertenecen al mismo documento normativo. Las dos primeras reglas no son aplicables a los conflictos entre normas constitucionales porque entre ellas no puede establecerse una relación jerárquica, salvo que el propio texto constitucional disponga algo en este sentido, y tampoco una relación temporal, dado que, obviamente, ambas son coetáneas. Sólo en algunas ocasiones, y cuando entre ambas normas pueda establecerse una relación de género a especie, como ocurre con los artículos 14 y 57 de la Constitución Española, podrían las antinomias entre normas constitucionales resolverse mediante la regla de *lex specialis*, pero, por lo general, no suele darse esta circunstancia en los conflictos entre derechos fundamentales. Además –y esto es lo más relevante aquí– la aplicación de estas reglas para la resolución de antinomias significa o bien la expulsión del ordenamiento jurídico de una de las reglas en conflicto –pérdida de *validez* de la norma cuando se aplica la regla de *lex superior* o pérdida de *vigencia* de la norma cuando se aplica la regla de *lex posterior*–, o bien la incorporación de una excepción definitiva y permanente a la regla más general.

Por razones obvias, la consecuencia de la resolución de los conflictos entre normas de derecho fundamental no puede ser la pérdida de validez o de vigencia de uno de ellos o en la incorporación de una excepción permanente y definitiva a favor de uno de los principios en detrimento del otro. El método para resolver los conflictos entre normas de derecho fundamental sería, pues, el de la *ponderación*; método que permitiría determinar –y, al mismo tiempo, justificar– *en cada caso* cuál de los principios resulta aplicable sin comprometer la validez o la vigencia de ninguno de ellos y sin incorporar excepciones definitivas que supongan la preferencia de uno de los principios sobre el otro en todos los casos en que concurren ambos⁸.

3. Las antinomias contextuales.

Como hemos visto, las antinomias en concreto presentan las siguientes características: (i) no responden a una inconsistencia del sistema jurídico, es decir, no son antinomias cuya constatación derive de la interpretación de los textos normativos; y, por tanto, (ii) depende de cuáles sean las circunstancias empíricas del caso el que se produzcan o no.

David Martínez Zorrilla ha cuestionado que la estructura de los conflictos entre principios constitucionales y, en particular, las normas de derecho fundamental, responda a la categoría de las antinomias en concreto. En su lugar ha propuesto una noción distinta de antinomia que denomina “antinomia contextual”⁹. Las antinomias contextuales, al igual que las antinomias en concreto, no responden a inconsistencias del sistema jurídico, pero, a diferencias de éstas, no son dependientes de las circunstancias empíricas. Así, los conflictos entre normas de

⁸ Distingo aquí expresamente los casos en los que la ponderación sirve como método para la resolución de conflictos entre normas constitucionales positivas y aquellos otros casos en los que la ponderación sirve como método para la inaplicación o revisión del derecho vigente a la luz de supuestos principios implícitos o de los principios de la razón práctica.

⁹ Martínez Zorrilla (2007: 124 y ss.) y (2011: 737).

derecho fundamental son definidos como conflictos en abstracto no derivables de inconsistencias del sistema jurídico.

3.1. Una nueva tipología de los conflictos normativos.

Para construir su tipología de conflictos normativos, Martínez Zorrilla parte de la distinción entre acciones *genéricas* y acciones *individuales*. Las normas regulan acciones genéricas calificándolas deónticamente como prohibidas, permitidas u obligatorias; por ejemplo, la norma que obliga al comprador a pagar el precio o al vendedor a entregar la cosa. Las acciones individuales, por su parte, son las instancias de esas acciones genéricas; por ejemplo, la obligación de un sujeto A de pagar a un sujeto B el precio acordado y la obligación del sujeto B de entregar al sujeto A la cosa objeto de la compraventa. También las normas de derecho fundamental regulan acciones genéricas; así, la libertad de expresión califica como permitida la acción genérica de manifestar públicamente una opinión acerca de cualquier asunto, el derecho a la educación establece la obligación de los poderes públicos de garantizar un periodo mínimo de escolarización, etc. Ahora bien, una acción individual *a* puede ser, simultáneamente, una instancia de dos o más acciones genéricas, A_1 y A_2 , calificadas deónticamente de manera incompatible por dos normas N_7 y N_8 , la primera de las cuales permite la acción genérica A_1 , mientras que la segunda prohíbe la acción genérica A_2 . En estos casos la acción *a* está, simultáneamente, permitida, en tanto que instancia de A_1 , y prohibida, en tanto que instancia de A_2 . Esta incompatibilidad se produce por razones lógicas y se trataría, por tanto, de un conflicto *in abstracto*¹⁰.

La tipología de los conflictos normativos se vería así ampliada a tres categorías¹¹:

1. Antinomias *genéricas*. Se trata de inconsistencias entre las normas del sistema. En tanto que tienen un fundamento lógico (en el sentido de la lógica deóntica), son conflictos en abstracto. Este tipo de antinomia se da cuando dos normas del sistema jurídico califican deónticamente de forma incompatible una misma acción genérica *A*, esto es cuando una norma N_9 permite *A* y la norma N_{10} la prohíbe.

Se produce igualmente una antinomia de este tipo cuando dos normas del sistema jurídico califican deónticamente de forma incompatible dos acciones genéricas A_1 y A_2 que se implican lógicamente. Así, por ejemplo:

N_{11} : Se reconoce el derecho a manifestar, verbalmente o de cualquier otra forma, opiniones, ideas y creencias [A_1].

N_{12} : No se podrá menoscabar el honor de terceros [A_2].

Dado que todo menoscabo del honor se produce mediante la expresión de una opinión, idea o creencia, todas las acciones individuales que instancian A_2 implican lógicamente la acción genérica A_1 , es decir, son también instancias de A_1 . No ocurre así a la inversa; no todo ejercicio de la libertad de expresión supone un

¹⁰ Martínez Zorrilla (2011: 738).

¹¹ Martínez Zorrilla (2007: 135 y s.) y (2011: 741).

menoscabo al honor. Por tanto, no todas las acciones individuales que instancian A_1 implican lógicamente la acción genérica A_2 , es decir, no todas las acciones individuales que instancian A_1 son también instancias de A_2 .

2. Antinomias *contextuales*. Se trata, como hemos visto más arriba, de inconsistencias que se producen cuando una acción individual es subsumible en dos (o más) acciones genéricas que son calificadas deónticamente de forma incompatible por dos (o más) normas del sistema. Aunque no puede concebirse como una inconsistencia del sistema normativo, en tanto que la incompatibilidad se produce por razones lógicas, se trata igualmente de un conflicto en abstracto.

3. *Conflictos de instanciación*. Son conflictos de este tipo todos aquellos en los que el cumplimiento de todas las normas aplicables resulta imposible no por razones lógicas, sino por las circunstancias empíricas del caso concreto. Estos conflictos se producen en los siguientes casos:

a) Cuando dos normas correlacionan sendas acciones genéricas con soluciones compatibles lógicamente, pero cuyo cumplimiento conjunto resulta imposible dadas las circunstancias; por ejemplo, cuando un agente no puede hacer frente a dos obligaciones dinerarias derivadas de dos normas distintas, la obligación de pagar impuestos, por un lado, y la obligación de pagar una pensión de alimentos, por otro.

b) Cuando todas las acciones individuales empíricamente posibles son instancias de acciones genéricas calificadas deónticamente como prohibidas, de manera que no sea posible dejar de incumplir alguna de las normas se haga lo que se haga, como ocurre en la mayoría de los *dilemas morales*; por ejemplo, dadas las normas morales:

N_{13} : Es obligatorio cumplir las promesas [está prohibido romper una promesa]

y

N_{14} : Es obligatorio ayudar al necesitado [está prohibido no hacerlo],

es posible que, en determinadas circunstancias específicas, la única forma de ayudar a alguien que lo necesita sea faltando a una promesa, y a la inversa, la única forma de cumplir la promesa sea no prestando ayuda a quien lo necesita.

c) Cuando una misma norma genera obligaciones imposibles de satisfacer conjuntamente por un agente que es incapaz de realizar dos o más acciones individuales instancias de una misma acción genérica; por ejemplo, un comprador que no puede satisfacer todas sus obligaciones derivadas de dos o más contratos de compraventa.

Esta tipología presenta diferencias notables respecto de la concepción estándar presentada en el apartado anterior y conviene detenerse en ella. Las antinomias *genéricas*, tanto en su forma más básica, esto es, cuando dos normas

del sistema jurídico califican deónticamente de forma incompatible una misma acción genérica, como cuando dos normas del sistema jurídico califican deónticamente de forma incompatible dos acciones genéricas que se “implican lógicamente”, vienen a coincidir con las antinomias en abstracto. El único problema surge no con la caracterización de esta categoría, sino con su ejemplificación. Martínez Zorrilla ilustra este tipo de antinomias con el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión, afirmando que no parece posible violar el derecho al honor de una persona o un colectivo sin ejercer la libertad de expresión¹². No es que el ejemplo sea incorrecto; todo lo contrario. De hecho, expresa la tesis más general que voy a sostener en este trabajo, a saber: que los conflictos entre derechos fundamentales o entre éstos y otros valores o principios constitucionales responde a este tipo de antinomia. El problema es que este mismo conflicto es utilizado reiteradamente como ejemplo de antinomia *contextual*¹³. El que un mismo conflicto haya sido encuadrado en dos categorías distintas no es necesariamente una objeción contra la tipología propuesta: puede que su inclusión en alguna de las dos categorías obedezca a un error. Así las cosas, hay dos respuestas posibles al problema planteado: o bien el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión no es una antinomia genérica, sino una antinomia contextual, en cuyo caso habría que preguntarse qué significa que dos acciones genéricas se “implican lógicamente” (dado que resulta difícil concebir una vulneración del derecho al honor si no es mediante la manifestación de ideas, opiniones, etc., a través de cualquier medio de expresión), o bien la tipología propuesta no es excluyente, de manera que un mismo conflicto puede ser clasificado como antinomia *genérica* y como antinomia *contextual* simultáneamente, lo cual pone en cuestión la utilidad de introducir una nueva categoría.

Veamos más de cerca este segundo tipo, las antinomias *contextuales*. Como vimos, éstas se producen cuando una acción individual *a* es subsumible en dos acciones genéricas, *A*₁ y *A*₂, que son calificadas deónticamente de forma incompatible por dos normas del sistema (por ejemplo según *A*₁ está permitida y *A*₂ está prohibida). El conflicto normativo, por tanto, no deriva de una inconsistencia lógica del sistema (de lo contrario, las antinomias contextuales serían indistinguibles de las antinomias genéricas y estaríamos, por tanto, ante una categoría redundante), pero se produce por razones lógicas.

Las antinomias contextuales deberían catalogarse –sostiene Martínez Zorrilla– como conflictos en abstracto, pues necesariamente y al margen de otras condiciones empíricas, cada vez que una acción individual *a* sea subsumible en dos acciones genéricas *A*₁ y *A*₂ a las que dos normas atribuyan una calificación deóntica incompatible se producirá el conflicto¹⁴:

“[L]a razón por la que la inconsistencia, y por tanto, el conflicto se produce es que ciertos casos reúnen ciertas *propiedades*, de modo que puede afirmarse que todo supuesto o caso individual que comparta tales propiedades dará lugar a un conflicto, aunque las condiciones empíricas concretas del caso resulten obviamente indeterminadas”¹⁵.

¹² Martínez Zorrilla (2007: 125).

¹³ Martínez Zorrilla (2007: 131, 139).

¹⁴ Martínez Zorrilla (2007: 132).

¹⁵ Martínez Zorrilla (2007: 133).

Es de suponer que por muy indeterminadas que sean estas condiciones empíricas, siempre se podrá identificar entre ellas aquellas propiedades que califican la acción individual como una instancia de las acciones genéricas reguladas por las normas entre las que se produce el conflicto. De cualquier modo, no es preciso que se produzca *de hecho* un caso de ese tipo para poder afirmarse “que se producirá un conflicto”¹⁶. Por este motivo podría decirse que el conflicto es independiente de las circunstancias empíricas.

En definitiva, *siempre* que se produzca una acción individual *a* que presente, entre otras, ciertas propiedades *x, y, z* se dará un conflicto entre las normas que conectan a consecuencias jurídicas incompatibles acciones genéricas cuya descripción incorpora alguna de las propiedades *x, y, z*.

3.2. Antinomias contextuales como antinomias en abstracto.

Ahora bien, ¿significa lo anterior que el conflicto no depende de las circunstancias concretas? Si lo que se quiere decir es que un conflicto normativo de este tipo puede concebirse como hipótesis y anticiparse con independencia de que haya tenido lugar *de facto* una determinada acción individual, la afirmación es verdadera, pero no justificaría la introducción la categoría de las antinomias contextuales como una categoría específica: los problemas de instanciación (antinomias en concreto) son, en este sentido, igualmente previsibles.

Por otra parte, si lo que se quiere decir, en cambio, es que el conflicto normativo se produce siempre que tenga lugar una acción individual que presente las propiedades *x, y, z* al margen de que concurren otras circunstancias concretas, no se ve en qué sentido el conflicto normativo es independiente de las circunstancias concretas del caso porque, de no darse un caso individual que presente dichas propiedades y que, por tanto, sea subsumible en las acciones genéricas de ambas normas, no puede hablarse de conflicto normativo, a diferencia de lo que ocurre con las antinomias genéricas.

Quizás la afirmación de que las antinomias contextuales no dependen de las circunstancias concretas se refiera a las capacidades particulares del agente que realiza la acción individual y no de la acción misma. Veamos. Para evitar los problemas que conlleva una noción de conflicto normativo dependiente del concepto de contradicción o inconsistencia lógica del sistema jurídico¹⁷, Martínez Zorrilla parte “de la idea pragmática e intuitiva según la cual una situación de conflicto normativo es aquella en que el agente no puede adecuar su comportamiento a las exigencias del conjunto de normas aplicables al caso”¹⁸. La idea de contradicción lógica, en todo caso, hay que entenderla en el sentido de la lógica deóntica, como “imposibilidad de satisfacción”, es decir, referida no a las normas, sino a los contenidos normativos.

Si volvemos sobre los conflictos de instanciación, comprobaremos que en dos de ellos, los supuestos a) y c), son las circunstancias particulares del agente las que le impiden la satisfacción de ambas normas simultáneamente; en el primer supuesto, porque no puede hacer frente al pago de dos obligaciones dinerarias derivadas de dos normas lógicamente independientes, y en el segundo supuesto,

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Vid. Iturralde Sesma (2003: 162 y ss.).

¹⁸ Martínez Zorrilla (2007: 87).

porque no puede hacer frente al pago de dos obligaciones dinerarias derivadas de una misma norma. Otro agente, solvente económicamente, sí estaría en condiciones de satisfacer todas sus obligaciones, desapareciendo el conflicto normativo. Que se de o no el conflicto normativo depende exclusivamente de circunstancias particulares, pero no de las propiedades con que se definen la acción genérica regulada por la norma o la acción individual, sino de una circunstancia contingente: la situación del agente y sus capacidades individuales para adecuar su comportamiento a un conjunto de normas. Surgen varias dudas a este respecto; ¿qué ocurriría si un agente no pudiera satisfacer ninguna de esas obligaciones?; ¿estaríamos igualmente ante un conflicto de normas? Y, por otra parte, ¿cómo se conectan ambas normas en los conflictos de instanciación?; ¿cuál es la relevancia del caso en estos supuestos?

Los conflictos de instanciación en los que la imposibilidad de satisfacción de dos normas dependen exclusivamente de las circunstancias particulares del agente y no de las propiedades del caso y su relación lógica con ambas normas no pueden verse como conflictos normativos en sentido estricto¹⁹. Es la descripción del caso, al presentar propiedades contenidas en las acciones genéricas de dos normas lógicamente independientes pero con consecuencias jurídicas incompatibles, la que determina la aplicabilidad de las normas a ese caso concreto y pone de manifiesto la imposibilidad de adecuar el comportamiento del agente –¡de cualquier agente!– a ambas simultáneamente. En cambio, en los conflictos de instanciación es el agente quien ocupa un lugar central, en tanto que titular de varias obligaciones que él, pero no necesariamente otros agentes, no puede satisfacer. De hecho, el que los conflictos de instanciación aparezcan en esta tipología es consecuencia de la propia definición de conflicto normativo, que queda . Al concebir el conflicto normativo como aquella situación en la que el agente no puede satisfacer el contenido de dos normas simultáneamente, el concepto de conflicto normativo se extiende, además de aquellos incumplimientos que tienen su origen en la relación lógica entre dos o más normas, a aquellos casos en los que, independientemente de su contenido, los agentes no están en disposición de cumplir con lo establecido en ellas.

Las antinomias contextuales no dependen en este sentido de las circunstancias concretas del caso, esto es, se producen con independencia de cuáles sean las circunstancias particulares de los agentes. No obstante, no creo que sea éste el significado de la calificación de las antinomias contextuales como conflictos en abstracto. Quizás el análisis del supuesto b) de los conflictos de instanciación resulte más clarificador. Este supuesto se produce cuando todas las acciones individuales disponibles para el agente, dadas las circunstancias, están calificadas como prohibidas (en el ejemplo del dilema moral anteriormente mencionado, el agente tienen prohibido tanto incumplir su promesa como dejar de ayudar a alguien que lo necesita). Lo que hace que esta situación una antinomia es la concurrencia temporal de ambas normas y no sus relaciones lógicas a partir de la descripción de un caso. En un momento determinado, un agente se enfrenta a dos obligaciones que no puede satisfacer simultáneamente, aunque podría hacerlo sucesivamente. El contenido de ambas normas es lógicamente independiente y lo único que impide la satisfacción de ambas es que ésta deba producirse

¹⁹ Cuestión distinta es que se tomen en consideración estas circunstancias para dilucidar cuál de las dos obligaciones debe atender, por ejemplo, dar prioridad al pago de alimentos frente al pago de impuestos, si es que puede atender al menos una de ellas.

simultáneamente. A diferencia de los casos anteriores a) y c), el cumplimiento de las normas no depende de las circunstancias específicas de cada agente: ningún agente en esta misma situación está en condiciones de satisfacer el contenido de ambas normas simultáneamente.

En definitiva, en las antinomias contextuales el conflicto normativo no depende ni de las circunstancias particulares del agente que debe satisfacer ambas normas, ni de en qué momento surgen las obligaciones. En otras palabras, estamos ante una antinomia contextual cuando el conflicto normativo no responde a circunstancias contingentes, sino a la relación lógica entre los contenidos de las normas.

Desde el punto de vista lógico, no veo ninguna diferencia relevante entre las antinomias contextuales y las antinomias en concreto de la concepción estándar; en todo caso, la distinción entre antinomias contextuales y conflictos de instanciación viene a aclarar en qué sentido –y en qué sentido no– depende el conflicto normativo de las circunstancias del caso. Así las cosas, la denominación de las “antinomias en concreto” de la teoría estándar no responde a la presencia de circunstancias contingentes que hacen imposible la satisfacción conjunta de ambas normas (esto es, la situación de los agentes obligados o el tiempo en que surgen las obligaciones), sino al hecho de que es en relación con un caso concreto que presenta determinadas propiedades, las cuales permiten subsumirlo en el supuesto de hecho de ambas normas, lo que da pie al conflicto entre normas.

3.3. Antinomias y consistencia del sistema normativo.

Una segunda característica de las antinomias contextuales, compartida con las antinomias en concreto, es que éstas no derivan de una inconsistencia lógica del sistema normativo²⁰.

Esta tesis supone la aceptación de dos enunciados aparentemente contradictorios:

- (1) *No existe inconsistencia normativa* entre las normas N_{11} y N_{12} que califican deónticamente las acciones genéricas A_1 y A_2 .
- (2) *Existe inconsistencia normativa* entre las normas N_{11} y N_{12} que califican deónticamente la acción individual c .

La explicación más sencilla de esta situación es que estamos ante dos sistemas normativos distintos, uno genérico y otro más específico, de manera que N_{11} y N_{12} no tienen el mismo contenido en (1) y en (2).

Ahora bien, con esto no se quiere decir que cuanto más general sea la descripción de las acciones genéricas que regula, mayor será su consistencia en abstracto y mayor también la posibilidad de conflictos normativos; la aparición de inconsistencias entre normas es algo que depende de las características de los casos particulares. Igualmente, la especificación de las normas de un sistema puede servir tanto sacar a la luz conflictos latentes, ocultos en la indeterminación de las normas, como para resolverlos.

²⁰ Esta tesis puede encontrarse ya en Alchourrón (1991).

Lo que resulta indiscutible es que no puede haber conflicto normativo sin una previa descripción de la acción individual *c* según la cual ésta sea una instancia de las acciones genéricas A_1 y A_2 . En este sentido, el conflicto no depende de las circunstancias del caso, sino de la interpretación que de las mismas se haga.

4. Una concepción coherentista de los derechos.

Tanto la concepción estándar –antinomias en concreto– como las antinomias contextuales proporcionan una explicación de la estructura lógica de los conflictos normativos entre las normas de derecho fundamental. Y en ambos casos parece asumirse una de las tesis centrales del post-positivismo: el carácter conflictivo de los derechos. En mi opinión, tanto una como otra caracterización – por otra parte, muy similares– adolecen del mismo error, consistente en tratar las normas de derecho fundamental como normas que regulan clases de casos o acciones genéricas conceptualmente independientes, en parte porque se mueven en un nivel de abstracción que impide captar las relaciones conceptuales existentes entre los distintos derechos. Sin embargo, es posible una teoría jurídica de los derechos fundamentales capaz de mostrar que las relaciones entre las normas de derecho fundamental o las relaciones entre éstas y otros bienes y valores constitucionales son de tipo conceptual y responderían, por tanto, a relaciones de superposición parcial y que –por decirlo con Ross– darían lugar a conflictos total-parcial que se resolverían vía *lex specialis*, o más bien no constituirían conflicto alguno.

Una teoría de este tipo es la propuesta por García Amado, que distingue cuatro tipos de derechos fundamentales²¹:

1. Derechos *inclusivos* (o *derechos-regla*). El objeto de este derecho es una actividad natural o realidad prenormativa: expresar ideas u opiniones, desplazarse, realizar actos de culto, etc. Lo que el derecho hace no es determinar en qué consisten estas actividades o conductas, sino definir los límites al ejercicio espontáneo de las mismas. Pertenecen a este tipo la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE), el derecho de libertad (art. 17.1 CE), el derecho a circular por el territorio nacional (art. 19 CE), la libertad de expresión (art. 20.1 CE), el derecho de reunión (art. 21.1 CE) o el derecho de asociación (art. 22.1 CE).

2. Derechos *de exclusión* (o *derechos-excepción*). El objeto de protección de estos derechos es delimitado normativamente. Las normas que reconocen este tipo de derechos definen su contenido positivo estableciendo un ámbito de protección frente a cualquier intromisión, que se considerará vulneración del derecho. Pertenecen a este tipo el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (art. 18.1 CE), el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) o el derecho de participación en los asuntos públicos (art. 23.1), entre otros.

3. Derechos *a un hacer positivo del Estado*. El objeto de estos derechos es una acción o prestación por parte del Estado, o más bien, el resultado de esa actividad, sin el cual no pueden ser satisfechos. Son derechos de este tipo el

²¹ García Amado (2016: 39 y ss.).

derecho a ser informado de los derechos del detenido y de las razones de la detención (art. 17.3 CE), el derecho de *habeas corpus* (art. 17.4 CE), el derecho al debido proceso o tutela judicial efectiva (art. 24. 1 CE), el derecho al juez predeterminado por la ley y el resto de derechos del art. 24.2 CE o el derecho a que las penas privativas de libertad estén orientadas a la reinserción social (art. 25.2 CE).

4. Derechos *a una omisión del Estado*. Estos derechos imponen al Estado una obligación de abstenerse de llevar a cabo determinadas acciones. Estos derechos suelen ser concreciones de un derecho más general cuya protección queda reforzada frente a determinados riesgos específicos. Por ejemplo, el derecho no ser detenido ilegalmente (art. 17.4 CE) es una concreción del derecho general de libertad (art. 17. 1 CE), el derecho a no sufrir pena de muerte es una concreción del derecho a la vida (art. 15 CE) o el derecho a no ser torturado lo es del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Pertenecen igualmente a esta clase de derechos los siguientes: el derecho a no sufrir penas y tratos degradantes e inhumanos (art. 15 CE), el derecho a no ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa (art. 25.1 CE), el derecho a no ser condenado a trabajos forzados (art. 25.2 CE), el derecho a no declarar sobre la ideología, religión o creencias (art. 16.2 CE) o el derecho a no declarar (art. 17 CE).

Lo importante aquí son las relaciones entre los distintos tipos de derechos y entre éstos y otros bienes constitucionales.

En primer lugar, por la configuración de su objeto, los derechos inclusivos o derechos-regla son limitados por los derechos de exclusión o derechos-excepción, pero no a la inversa. Los primeros amparan la realización de su contenido, que, recordemos, es una actividad natural, salvo en aquellos casos en que se afecte a los derechos de exclusión. De este modo, la relación entre ambos derechos se configura según el esquema de “regla-excepción”. Por ejemplo, la libertad de expresión estará limitada por el derecho al honor, pero no puede decirse que el derecho al honor esté limitado por la libertad de expresión; el honor no tiene un contenido específico que se vea limitado por la libertad de expresión, sino que su contenido es propiamente aquello que se declara protegido frente al ejercicio de la libertad de expresión²².

Este esquema de “regla-excepción” refleja una superposición conceptual o implicación lógica entre los derechos inclusivos y los derechos de exclusión. No todo ejercicio de un derecho inclusivo significa vulneración de un derecho de exclusión, pero toda vulneración de un derecho de exclusión es *necesariamente* el resultado del ejercicio (ilegítimo) de un derecho de inclusión. Esto se traduce en que ambas normas operan de manera excluyente²³: una vez podamos subsumir una acción individual *a* en el supuesto de hecho de una norma de derecho de exclusión, esto es, una vez podamos determinar que se trata de una excepción a la regla general, no puede hablarse propiamente de conflicto normativo.

²² García Amado (2016: 40).

²³ Vid. apartado 2.

La relación entre los derechos de excepción y otros bienes constitucionales se rige en los mismos términos descritos para los derechos inclusivos²⁴.

En cuanto a los otros dos tipos, los derechos que imponen deberes u omisiones por parte del Estado, los conflictos normativos no se producen por lo general con otros derechos cuyo contenido delimiten, sino con otros valores o bienes constitucionales que el Estado tiene la obligación de garantizar, como el orden público, la justicia, la seguridad o la paz social. Si se consideran estos derechos en su sentido originario como garantías del ciudadano frente al Estado y los poderes públicos, esto es, como límites al poder político, veremos que funcionan respecto de los valores y bienes constitucionales (y también de otras actuaciones menos loables) como excepciones o ámbitos de protección al modo en que lo hacen los derechos de excepción respecto de los derechos de inclusión, por tanto, una vez que una acción (u omisión) individual *a* puede ser subsumida en el supuesto de hecho de alguno de estos derechos, queda excluida la posibilidad del conflicto normativo, pues esa acción no puede calificarse de otro modo que como contraria a derecho.

En definitiva, una adecuada clasificación de los derechos permite determinar que las relaciones entre éstos, o entre éstos y otros bienes y valores constitucionales, no es de independencia conceptual, como presuponen quienes caracterizan la estructura de los conflictos entre normas de derecho fundamental como antinomias en concreto o antinomias contextuales, sino de superposición, lo que significa que la relación entre las normas de derecho fundamental no es antinómica.

Bibliografía

Alchourrón, C. (1991): "Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos", en Alchourrón, C. / Bulygin, E., *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 291-301.

Alexy, R. (2003): "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio Juris* 16 (4), pp. 433-49.

García Amado, J. A. (2016): "Conflictos de derechos: qué son y cómo se resuelven", en García Amado, J. A. (coord.) *Razonar sobre derechos*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 15-50.

Guastini, R. (2014): *Interpretar y argumentar*, trad. Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Günther, K. (1995): "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", *Doxa* 17-18, pp. 271-302.

Iturralde Sesma, V. (2003): *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Martínez Zorrilla, D. (2007): *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid, Marcial Pons.

²⁴ Vid. por ejemplo, la STC 14/2003 de 28 de enero, en la que se dilucida si la publicación de una fotografía de una persona el día de su detención por parte de la policía, en aras, supuestamente, de la seguridad pública, resulta atentatoria contra su derecho a la propia imagen.

- (2011): "The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights", *Law and Philosophy* 30, pp. 729-749.

Prieto Sanchís, L. (2003): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta.

Ross, A. (1997): *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Eudeba.