

CONFLICTOS DE DERECHOS Y ESPACIOS DE DISCRECIONALIDAD

José Manuel CABRA APALATEGUI*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La estructura moral del derecho*. III. *Derechos, valores y relevancia práctica*. IV. *Conflictos de derechos y razonamiento jurídico*. V. *Fuentes consultadas*.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas tanto en ámbitos académicos como jurisprudenciales, especialmente en tribunales constitucionales y altos tribunales internacionales para la protección de los derechos humanos, se ha consolidado una concepción de los derechos fundamentales y, por elevación, del derecho mismo, que se conoce genéricamente en el contexto latinoamericano como *neoconstitucionalismo*.¹ Aunque la misma denominación resulta altamente controvertida considero que, en una primera aproximación, el neoconstitucionalismo puede caracterizarse por contraposición al legalismo; o más específicamente, que la Constitución, los principios, el conflicto, la ponderación y la argumentación han venido a sustituir a la ley, las reglas, la coherencia, la subsunción y la discrecionalidad.² Se trataría, pues, de una revisión —si no una refutación—

* Universidad de Málaga, España.

¹ Otros autores se han referido a esta concepción de los derechos como el “método común” (received approach) (Webber, Grégoire, *The Negotiable Constitution. On the limitations of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010) o el “modelo global” de los derechos constitucionales. Véase: Möller, Kai, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

² Véase Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 160; Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 1998, p. 35; Prieto Sanchís, Luis, “Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica”, en Gascón Abellán, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 17-42.

íntegra, de la teoría del derecho positivista y de cada uno de sus elementos (la tesis de la separación entre el derecho y la moral, la teoría de la norma jurídica, la teoría del ordenamiento y la teoría del razonamiento jurídico). Dicho en términos muy generales, el constitucionalismo lleva hasta sus últimas consecuencias la identificación de la norma jurídica con los intereses, principios y valores morales que expresan. Este axioma propicia una suerte de *giro axiológico* que determina no sólo la teoría del derecho —nuestra comprensión del derecho, de su estructura y de su funcionamiento— sino también la praxis jurídica de los tribunales.

En este trabajo cuestiono alguna de las tesis de la teoría constitucionalista. De forma preliminar, discutiré que la llamada *tesis de la estructura moral del derecho* permita fundamentar para el derecho una conexión relevante con la moral. El grueso de mi argumento, sin embargo, está dirigido contra la teoría constitucionalista de los derechos y sus consecuencias para el razonamiento jurídico. Esta concepción de los derechos tiende a presentar los problemas jurídicos como conflictos normativos, produciendo así un debilitamiento de la fuerza normativa de los derechos y creando espacios de discrecionalidad para jueces y tribunales. Por momentos, el debate entre la concepción conflictivista, propia del constitucionalismo, y la concepción coherentista, propia del modelo legalista, aparenta ser una cuestión meramente lingüística o retórica; y lo es, si de la confrontación se espera derivar diferentes teorías normativas de los derechos, pero en absoluto pretendo afirmar que, necesariamente, ambas teorías tienen diferentes consecuencias normativas. La tesis que voy a sostener es que el marco teórico del legalismo es preferible al constitucionalista. En fin, si se tratara únicamente de una cuestión de palabras creo que correspondería al constitucionalismo la carga de la argumentación.

II. LA ESTRUCTURA MORAL DEL DERECHO

Es común afirmar que el ordenamiento jurídico representa un punto de vista sobre la justicia o la moral, o que las normas jurídicas expresan un valor moral o un interés moralmente relevante. Es la tesis de la *estructura moral del derecho*. En palabras, ya clásicas, de Elías Díaz, el derecho se presenta “como realización de una cierta idea de justicia, una u otra, la que sea, como materialización de un cierto sistema de valores”.³ Las normas jurídicas, en tanto que imponen una determinada conducta, expresan una elección entre cursos

³ Díaz García, E., *Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, Taurus, 1980, p. 52.

de acción (norma de acción) o entre estados de cosas (normas de fin) alternativos⁴ que se corresponde con un valor moral o una determinada idea de justicia.

Pero ¿qué tipo de relación entre las normas jurídicas y los valores que realizan (*i. e.* entre derecho y moral) describe la tesis de la estructura moral? Hay que precisar, antes de nada, que se trata de una tesis conceptual y no descriptiva, pues, como resulta obvio, las autoridades normativas no siempre actúan movidas por razones morales y con el propósito de realizar determinados valores morales. En cuanto al significado de la misma, por un lado es evidente que pretende expresar “algo más” que las ideas de contingencia y libertad,⁵ que son condición de posibilidad y de sentido del discurso normativo pues únicamente donde son posibles dos o más cursos de acción y un agente está en condiciones de seguir libremente cualquiera de ellos, resulta significativo el lenguaje normativo, propio de la moral, el derecho o la política.

Dando un paso más en tal sentido, podemos decir que la contingencia y la libertad no sólo son condiciones necesarias, sino también suficientes para una noción de norma carente de connotaciones axiológicas y, por tanto, conceptualmente independiente de la moral, entendida bien como enunciado deóntico que califica una conducta como obligatoria, prohibida o permitida, bien como juicio de *deber ser* que conecta una acción u omisión con una sanción.

Por otro lado, en cambio, la tesis de la estructura moral parece expresar “algo menos” que una conexión necesaria con unos valores determinados, dado que resulta indiferente, para poder afirmar la tesis cual sea el sistema de valores que se realiza mediante el derecho. Así, la estructura moral parece hacer referencia a una conexión conceptual entre el derecho y la moral sin reivindicar —a diferencia del iusnaturalismo clásico— un específico código moral. La cuestión es cómo se configura ese espacio intermedio que pretende captar la tesis de la estructura moral y si plantea algún tipo de conexión relevante entre el derecho y la moral en este nivel de abstracción.

Si toda norma (y por extensión todo sistema jurídico) expresa un punto de vista de la justicia, la tesis de la estructura moral resulta trivial dado que la relación de la norma con la moral se afirma *a priori*: sostener que toda

⁴ No obstante, muchas normas jurídicas son moralmente neutrales o moralmente irrelevantes en lo que respecta a su contenido (por ejemplo, aquellas que establecen los plazos de caducidad de las acciones, siempre que éstos sean razonables y no provoquen indefensión); tienen como único valor moral el de su mera existencia, que viene a resolver un problema de coordinación social.

⁵ En un sentido metafísico.

norma realiza una idea de justicia es equivalente a afirmar que cualquier estado de cosas resultante de nuestras acciones u omisiones conformes a esa norma puede ser justificados por referencia a un determinado sistema de valores, aunque se trate de uno absolutamente aberrante. En este sentido, la referencia a los valores, no añade nada a la concepción de la norma como un juicio de deber ser que manda, permite o prohíbe hacer algo, cualquiera que sea su contenido.

Para evitar que la tesis de la estructura moral colapse en la mera identificación de los valores con las condiciones mismas de posibilidad y sentido del discurso normativo —contingencia y libertad—, se sostiene que las normas jurídicas (y el derecho) no sólo deben expresar una elección entre varios cursos de acción posibles y, con ello, una cierta idea de justicia o un sistema de valores, sino una elección justificada. Pero, de nuevo, salvo que identifiquen los valores morales que justificarían esa elección —lo que supondría ya no una conexión conceptual, sino material entre el derecho y una determinada moral— la tesis de la estructura moral no puede sostener una conexión entre derecho y moral relevante en algún sentido.⁶

III. DERECHOS, VALORES Y RELEVANCIA PRÁCTICA

La identificación de las normas jurídicas con los valores morales que expresan tiene importantes implicaciones para la teoría del ordenamiento y del razonamiento jurídico. Aquí se someterán a juicio dos de las principales tesis asociadas a esa concepción de los derechos: a) la negación de una especial

⁶ Ferrajoli, L., “Constitutionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, 34, 2011, p. 28. Este mismo problema se plantea con la tesis de la pretensión de corrección de Robert Alexy. Según esta tesis, las normas jurídicas y las decisiones que las aplican formulan una pretensión de corrección que conecta conceptualmente el derecho con la moral. En principio, esta conexión lo es con cualquier código moral, lo que le lleva a admitir que “el juez que aplica el principio de la raza y del líder formula con su decisión una pretensión de corrección”. *El concepto y la validez del derecho*, cit., p. 82. Sin embargo, la pretensión de corrección —añade— incorpora una pretensión de fundamentabilidad que no puede satisfacerse con cualquier moral, sino con una moral “fundamentable o correcta”, *Idem*. Dado que no puede excluirse la posibilidad de una fundamentación sobre la base de una concepción moral aberrante, la pretensión de fundamentabilidad no garantiza por sí misma la corrección de las normas jurídicas o las decisiones judiciales, salvo que en realidad se refiera a una moral objetiva, que es, por otra parte, lo que parece que hace el propio Alexy cuando sostiene que el intento de fundamentación de un principio racista “no satisface las exigencias mínimas de una fundamentación racional”, *Ibidem*, p. 84. Para una crítica a la tesis de la pretensión de corrección, véase mi trabajo, “La concepción no positivista del derecho de Robert Alexy”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 2005, pp. 131-153.

fuerza normativa de los derechos en el razonamiento jurídico, y b) la concepción conflictivista del sistema jurídico.

1. *Derechos como valores*

La identificación de las normas jurídicas con los valores morales que expresan se produce a través de la teoría de los principios. Como es sabido, los defensores de la teoría principialista sostienen que el derecho se compone de dos tipos de normas que presentan una diferente estructura lógica: las *reglas* que conectan un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, y los *principios* caracterizados como mandatos de optimización⁷ y como normas sin condición de aplicación o con condición de aplicación indeterminada o abierta.⁸ Las normas constitucionales que protegen derechos fundamentales y bienes colectivos pertenecerían en su mayoría a esta segunda categoría.

Hay un aspecto de la teoría principialista en el que no siempre se repara y es que ésta supone la equiparación estructural entre normas y valores. Así Alexy:

Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, *los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico* respectivamente.⁹

No está claro en qué consista realmente la diferencia de carácter (deontológico de las normas, axiológico de los valores) a la que se refiere Alexy, dado que la identificación, o más bien la disolución de lo deontológico en lo axiológico, es absoluta en la práctica; de hecho, para la teoría del derecho constitucionalista, el sistema jurídico se comporta más como un sistema axiológico, caracterizado por el pluralismo y la tendencia al conflicto de los valores, que como un sistema normativo, para el que rigen los postulados de la unidad y la coherencia.¹⁰

⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 81 y ss.

⁸ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2004, pp. 31 y ss.

⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 147 (la cursiva es mía).

¹⁰ Aunque existen diversas teorías éticas monistas que afirman la unidad y la coherencia de los valores a partir de un valor último (felicidad, bien común, utilidad, etcétera), lo que el giro axiológico del constitucionalismo pretende captar es, precisamente, los rasgos que en-

La primera consecuencia de concebir ciertas normas (por lo general, las normas constitucionales) como principios es que en cuanto expresión de valores, intereses o principios morales —en definitiva, como argumentos—, su relevancia práctica únicamente es determinable de manera concluyente a la luz de otros valores, intereses o principios morales (argumentos). Dicho de otro modo, no se trata ya de determinar, examinando el alcance de la norma mediante su interpretación, si la conducta que se enjuicia cae o no bajo su ámbito de aplicación, sino de decidir el valor o interés prevalente de entre aquellos concurrentes en cada caso.

El propio Alexy anticipa las consecuencias paradójicas y debilitadoras que esto tiene para los derechos y pretende suavizar esta conclusión cuando afirma que los derechos fundamentales presentan una estructura compleja en la que coexisten reglas y principios. Las normas de derecho fundamental no deben concebirse sólo como reglas o sólo como principios, sino que su comprensión adecuada “se obtiene cuando a las disposiciones iusfundamentales se adscriben tanto reglas como principios”, esto es, se adscriben a los titulares de los derechos tanto posiciones jurídicas definitivas como posiciones jurídicas *prima facie* cuyo estatuto definitivo habrá de resolverse en función de la concurrencia de otros derechos y bienes colectivos.¹¹ Así entendidos, los derechos fundamentales estarían compuestos por dos tipos de contenido: las posiciones *definitivas* respaldadas por reglas, y las posiciones *prima facie* respaldadas por principios.

Sin embargo, resulta ilusoria la conclusión de que parte del contenido del derecho fundamental está protegido por el carácter definitivo, perentorio o inderrotable de las reglas. Una norma es derrotable cuando el conjunto de las excepciones a su aplicación no puede ser identificado completa y exhaustivamente *ex ante*. Si se entiende —como hace la teoría principialista— que la derrotabilidad tiene un fundamento ético o moral cualquier norma (esto es, cualquier regla) es derrotable por un principio constitucional, explícito o implícito.¹² Para un principialismo consecuente, la dicotomía reglas/principios queda bastante difuminada desde el punto

carna el pluralismo ético: la pluralidad material (ideológica, cultural, etcétera) y la tendencia al conflicto de los valores en las sociedades democráticas contemporáneas.

¹¹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 138.

¹² García Figueroa, Alfonso, “¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy”, en Alexy, Robert *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 333-370, cita en p. 357; García Figueroa, Alfonso, “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 256 y ss.

de vista del carácter definitivo y no de la posición del titular en el marco de una relación jurídica.¹³

2. *La inflación de los derechos*

Al identificar las normas con valores morales o intereses la teoría de los principios amplía, aparentemente, el ámbito de protección de los derechos. Como veremos, esta ampliación tiene como efecto paradójico la relativización de la fuerza normativa de los derechos.

Veamos lo primero. La concepción principialista de las normas implica la que se ha denominado *tesis amplia del supuesto de hecho*.¹⁴ Esta tesis sostiene lo siguiente: los principios expresan deberes *prima facie*, por lo que es necesario distinguir dos etapas en la identificación del contenido del derecho. En primer lugar, se adscribe al derecho toda posición que pueda ser subsumida en el supuesto de hecho de la norma constitucional. En segundo lugar se limita el alcance de la protección del derecho fundamental en función de otros derechos (o bienes constitucionales) con los que aquel entra en conflicto en el caso concreto. Dicho en otros términos, las normas establecen un ámbito de protección inicial o *prima facie* más extenso que el ámbito de protección final o *definitivo* para el que rigen las consecuencias jurídicas (libertad protegida, derecho prestacional, etcétera) del principio en cuestión. La limitación del ámbito de protección inicial estará justificada —será conforme a la Constitución— si es adecuada, necesaria y proporcional (juicio de proporcionalidad).

¹³ Sin embargo, la distinción entre reglas y principios sigue teniendo sentido en el marco de la teoría principialista en relación con la distribución de las cargas de la argumentación así como en la valoración de los llamados principios formales (en ambos casos, a favor de quien ocupa la posición determinada por la regla).

¹⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 298. Esta tesis coincide, en lo esencial, con la teoría de los límites externos de los derechos; aquí he preferido la denominación que utiliza Alexy por dos razones: primera porque enuncia con mayor claridad el contenido de la tesis que la referencia a la externalidad de los límites de los derechos, y segunda porque los límites externos pueden ser entendidos como aquellos que, al margen de los límites internos positivos (establecidos por la propia Constitución) o los límites internos lógicos o immanentes (derivados de la necesaria unidad y coherencia interna de la Constitución), son establecidos por el legislador (o, en su caso, otro poder público) habilitado a tal fin. Sobre esta distinción, véase Villaverde Menéndez, Ignacio, “Los límites a los derechos fundamentales”, en Bastida Freijedo, Francisco *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 120-150, especialmente, pp. 127 y ss.

La doble estructura tiene dos efectos importantes en la identificación del contenido del derecho. En primer lugar propicia una interpretación amplia o extensiva de las disposiciones de derecho fundamental. Si el criterio para identificar el contenido definitivo del derecho es el juicio de proporcionalidad, y no los clásicos criterios hermenéuticos de la interpretación jurídica, poco importa qué diga el texto constitucional o sus desarrollos doctrinales y jurisprudenciales sobre los derechos; cuáles sean los límites establecidos expresamente por la propia Constitución (límites positivos) o aquellos derivados de las relaciones sistemáticas entre los derechos (límites lógicos o inmanentes); los términos en que estén formuladas las cláusulas limitativas de los derechos que habilitan para la imposición de límites externos; o, en última instancia, la voluntad del constituyente. Puede que nada de eso resulte determinante.

Como consecuencia de ello se produce una expansión casi ilimitada del contenido *prima facie* de los derechos, especialmente de aquellos con un mayor grado de vaguedad, como la libertad de conciencia, la libertad de expresión, o el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Esta inflación de los derechos supone la “pre-admisión” en el círculo de *protección inicial* de casi cualquier conducta que tenga algún valor para el titular del derecho; cualquier pretensión, por descabellada o banal que sea, adquiere, por la mera afirmación del interés del titular,¹⁵ el estatus de derecho aunque no signifique que la misma resulte finalmente amparada y protegida.

El segundo efecto aparejado a esta concepción de los derechos es la disolución de cualquier criterio de corrección en la identificación de su contenido *prima facie*. Los derechos adoptan en primer instancia un carácter inclusivo e igualador que abarca —en palabras de Webber— “lo fundamental y lo mundano”,¹⁶ degradando la noción de *derecho* tanto en el ámbito moral como en el jurídico al equiparar pretensiones cuyo reconocimiento está fuera de toda duda, como el derecho a la crítica de la acción política del gobierno, con otras mucho menos evidentes, como la difusión de ideas

¹⁵ Webber sugiere que otro de los efectos de un planteamiento de este tipo es que el contenido de los derechos vendría determinado por las pretensiones de los más individualistas: “Y lo que es peor, esta subjetividad radical [en la identificación del contenido inicial de los derechos] implica que los miembros de la comunidad más rectos y honestos, preocupados por hacer su parte y dar a cada uno lo suyo, tendrán menos «intereses» que el miembro deshonesto de la comunidad, egoísta y desentendido de los demás e inclinado a hacer el mal y a buscar obtener más de lo que justamente le corresponde”, Webber, Grégoire, “On the Loss of Rights”, en Huscroft, Grant *et al.* (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 142.

¹⁶ Webber, Grégoire, *The Negotiable Constitution*, *cit.*, p. 67.

racistas, ambas presuntamente configuradoras de la libertad de expresión. Está claro que una y otra ofrecerán un grado de resistencia muy distinto a la hora de ser limitados por otros derechos o bienes constitucionales, pero ello no obsta para que, coherentemente con las posiciones principialistas, ambos formen parte del derecho *prima facie* de libertad de expresión.

La teoría principialista, en fin, tiende a identificar la libertad jurídica con la libertad natural del titular, lo cual —obvio es decirlo— resulta incompatible con un sistema de libertades y derechos igual para todos, así como con la existencia de bienes colectivos. Los derechos *prima facie*, en tanto que orientados a la protección de las libertades e intereses del titular no se configuran considerando libertades e intereses de terceros o bienes colectivos reconocidos constitucionalmente con los que puede entrar en conflicto. Éstos no son tenidos en cuenta sino más tarde en la forma de límites externos al derecho.

Así, la libertad de expresión *prima facie* comprendería la manifestación de cualquier opinión, idea o parecer, lo que incluiría la crítica política, la creación artística o la crónica periodística, pero también la difamación, la vulneración de la presunción de inocencia o la incitación a la violencia y al odio. Del mismo modo, la libertad religiosa *prima facie* comprendería la libertad de creencias, de culto o el derecho a no declarar acerca de las creencias religiosas y a no ser discriminado por ello, pero también a los sacrificios rituales, la discriminación de determinados grupos o minorías sociales (mujeres, castas de nivel inferior, etcétera). Sólo la confrontación con los derechos e intereses de terceros o con bienes colectivos que constituyen, según el principialismo, límites externos de los derechos, se determina que el contenido definitivo del derecho a la libertad de expresión está limitado y no ampara conductas difamatorias ni conductas que vulneren la presunción de inocencia o que inciten a la violencia y al odio, del mismo modo que la libertad religiosa no ampara los sacrificios rituales o ciertas formas de discriminación.

Resulta muy discutible concebir los derechos como mera expresión de las libertades e intereses de sus titulares, lo que obliga a diferenciar el derecho *prima facie* del derecho definitivo. Con los derechos fundamentales como con cualquier norma jurídica, se determina, con mayor o menor precisión, la *posición* del titular en el marco de una relación jurídica; una posición que no es —no puede ser— coextensiva de la libertad natural ni de los intereses individuales de su titular. La posición que atribuyen los derechos a su titular describe un haz de facultades (pueden utilizarse aquí las categorías de Hohfeld), cuya identificación no puede ignorar los derechos de terceros y

los bienes colectivos con los que eventualmente puede entrar en conflicto. Los derechos, así entendidos, no tienen carácter *prima facie*, sino absoluto o definitivo.

3. *La fuerza normativa de los derechos*

La contrapartida a la inflación principialista es la pérdida de una especial fuerza normativa o relevancia práctica de los derechos. Como hemos visto, la teoría principialista separa conceptualmente la *definición* de un derecho (contenido *prima facie*) y su *limitación* (contenido definitivo); o lo que es lo mismo, entre la *afirmación* de un derecho y sus *consecuencias normativas*: afirmar que se tiene un derecho puede tener una nula o escasa relevancia práctica en el razonamiento jurídico puesto que el ámbito de protección *inicial* representado por las pretensiones del titular puede ser inferior al ámbito de protección final, de tal manera que, en caso de conflicto con otros derechos, el titular del mismo no ve realizada la consecuencia jurídica de la norma que reconoce el derecho del que es titular.

No obstante, es preciso reconocer que la teoría principialista ha hecho importantes esfuerzos por esclarecer desde su propio marco conceptual la fuerza normativa de los derechos en el razonamiento jurídico. Según hemos visto, los derechos no funcionan en el razonamiento jurídico como razones excluyentes o de segundo orden: la afirmación de un derecho no determina el resultado del razonamiento jurídico. Sin embargo, tampoco operan como razones de primer orden sin más, a las que puedan contraponerse otras razones de primer orden en virtud de su contenido material. La explicación es la siguiente: el derecho presenta una dimensión institucional de la cual dan cuenta los llamados *principios formales*.¹⁷ Ejemplos de estos principios son la seguridad jurídica (y otros valores derivados, como la previsibilidad, la autonomía, etcétera), el principio de respeto al legislador democrático, los principios de legalidad, de división de poderes o el de vinculación a los precedentes. Así, una decisión *contra legem* o *praeter legem* que afectara al ámbito de protección de un derecho no sólo debe considerar y sopesar —esto es, ponderar— el contenido (*i. e.*, los valores e intereses) de las normas en conflicto, sino también aquellas razones a favor de seguir las normas establecidas por quien tiene competencia jurídica para hacerlo.

¹⁷ Alexy, Robert, “Principios formales”, *Doxa*, núm. 37, 2014, pp. 15-29; Portocarrero Quispe, J. A., *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

Ahora bien, son varias las cuestiones que surgen al hilo de la valoración de los principios formales: ¿cómo se determina el peso de los principios formales?; ¿qué fuerza normativa tiene, pongamos por caso, el principio de legalidad en el razonamiento jurídico?; ¿cuentan todos los principios formales (seguridad, respeto al legislador democrático, legalidad, separación de poderes, etcétera) en todas y cada una de las ponderaciones?; ¿deben contar en su valoración circunstancias contingentes como el hecho de que la norma que reconoce un determinado derecho fuera aprobada por un margen exiguo de votos en el órgano legislativo correspondiente o la calidad deliberativa del procedimiento de aprobación de las normas?; ¿cómo valorar argumentos de tipo consecuencialista relativos al establecimiento y seguimiento de reglas, a las consecuencias de introducir excepciones a las reglas, etcétera? Estos interrogantes sugieren, al menos, dos problemas. El primero de ellos es interno a la propia teoría de los principios: asumiendo que la relevancia práctica de los derechos viene dada por la suma de la dimensión material y la dimensión institucional (principios formales) resulta difícil justificar objetivamente la atribución de un determinado valor en la ponderación a los principios formales (también a los materiales, pero de eso no se trata aquí ahora), por no decir que en la mayoría de las ocasiones es una variable ignorada por quien realiza la ponderación. El segundo problema es externo a la teoría y sólo puede quedar apuntado aquí. La incorporación de los principios formales al razonamiento jurídico no es sólo un refinamiento de la fórmula de la ponderación, sino que supone un salto cualitativo, pues los principios formales, como el principio de legalidad penal, no serían ya elementos irrenunciables (absolutos) del Estado de derecho, sino razones para la acción que operan en el mismo plano que el resto de razones materiales.

Volvamos a la cuestión de la fuerza normativa. La singular (ir)relevancia práctica de los derechos supone que no debe apreciarse contradicción alguna en “decir que una cierta conducta representa *prima facie* el ejercicio de un derecho y que es, al mismo tiempo, una conducta ilícita”¹⁸ (lo que, en principio, debe valer para conductas como la manifestación de opiniones racistas, el sacrificio animal y el sadismo en ceremonias religiosas, o el homicidio). Uno diría que carece de sentido afirmar que se es titular de un derecho cuyo ejercicio, en determinadas circunstancias (o sea, en concurrencia con otros derechos o bienes colectivos), es contrario a derecho. Parece más sensato y menos contradictorio sostener que o bien la conducta forma parte del contenido del derecho y está protegida por los mecanismos que la ley es-

¹⁸ Prieto Sanchís, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 228.

tablezca en cada caso, o bien no forma parte del mismo y, por tanto, no está protegida o, incluso, está prohibida; en otras palabras, que la afirmación de un derecho y la afirmación de sus consecuencias normativas deben ser una y la misma cosa.

Con todo, la discusión acerca de la concepción de los derechos y su fuerza normativa en el razonamiento jurídico puede ser vista como un desacuerdo meramente lingüístico, esto es, una pseudodiscusión más retórica que teórica,¹⁹ dado que cada concepción se desenvuelve en niveles de análisis distintos y el término “derecho” es usado con significados distintos. Así, mientras el constitucionalismo sitúa los derechos (*prima facie*) como premisas del razonamiento jurídico, entendiendo por tales las pretensiones de las partes susceptibles de ser definitivamente reconocidas y amparadas por el ordenamiento jurídico, la doctrina que podemos denominar tradicional o coherentista concibe los derechos únicamente como la conclusión del razonamiento, esto es, el derecho definitivamente reconocido y amparado por el ordenamiento jurídico una vez interpretadas las normas aplicables al caso. En consecuencia, los problemas jurídicos se plantearán en el marco teórico constitucionalista como “conflictos de derechos”, mientras que ese conflicto es conceptualmente inconcebible en el marco coherentista. Creo que hasta aquí se han dado razones suficientes para rechazar la concepción constitucionalista de los derechos; en el siguiente apartado abordaré el problema desde la perspectiva del razonamiento jurídico.

IV. CONFLICTOS DE DERECHOS Y RAZONAMIENTO JURÍDICO

Corresponde a la concepción constitucionalista de los derechos una concepción conflictivista del ordenamiento y, por tanto, también de la praxis jurídica. El razonamiento jurídico en el marco constitucionalista consistirá las más de las veces en la resolución de un conflicto de derechos, o, al menos, así será planteado por los tribunales, cuya solución vendrá dada por la ponderación de los derechos en conflicto, a fin de establecer entre ellos una relación de precedencia para el caso en concreto, que habrá de poder ser justificada conforme a un juicio de proporcionalidad. Desde el punto de vista del coherentista, en cambio, el problema jurídico se plantea como un problema de calificación o subsunción que, en los casos difíciles, exigirá la delimitación del ámbito de aplicación de las posibles normas aplicables, especificando sus

¹⁹ Maldonado Muñoz, Mauricio, *Derechos y conflictos. Conflictivismo y anticonflictivismo en torno a los derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 94.

condiciones de aplicación conforme a los principios de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.²⁰

De nuevo, pareciera que se trata de una discusión terminológica sin especial relevancia práctica, pero creo que no es así especialmente en el caso del razonamiento jurídico. Y ello por dos razones: la primera ha quedado apuntada más arriba y se refiere al postulado de coherencia que es propio de los sistemas jurídicos; la segunda al mayor margen de discrecionalidad que resulta de plantear los problemas jurídicos como conflictos normativos.

1. *Coherencia de los sistemas normativos*

Como venimos repitiendo, casi cualquier problema jurídico puede plantearse como un conflicto de derechos, entendido como un conflicto normativo, es decir, una situación en la que una misma conducta es calificada deónticamente por dos normas constitucionales de manera distinta (por ejemplo, como prohibida y como permitida). Y esto es asumido por el constitucionalismo, lo que, de entrada, supone dar por bueno para las normas constitucionales lo que en cualquier otro contexto del derecho se tendría como irrazonable, a saber, una interpretación del texto constitucional que no solo no rehúye, sino que parece favorecer las contradicciones entre sus disposiciones con el fin de reflejar el pluralismo social de las sociedades democráticas contemporáneas. Sin embargo, como sostiene Grégoire Webber, con ello se compromete el principio de coherencia —consistencia lógica— y la posibilidad de cumplimiento de las normas propias de un Estado de derecho.²¹ La coherencia del sistema jurídico no es únicamente un postulado del discurso normativo²² (postulado al que sí pueden renunciar los sistemas axiológicos), sino que presenta también una dimensión moral y una dimensión política irrenunciables.

Por otra parte, muchos de los supuestos conflictos entre derechos ignoran no sólo los límites internos que la propia Constitución impone, sino, sobre todo, los límites lógicos o inmanentes que resultan de las relaciones sistemáticas y teleológicas existentes entre los derechos o entre éstos y otros bienes constitucionales. Tomarse en serio estas relaciones significa que no

²⁰ Véase Cabra Apalategui, José Manuel, “Conflictos de derechos y estrategias argumentativas”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 51, 2017, p. 363.

²¹ Webber, “On the Loss of Rights”, *cit.*, p. 133.

²² Ferrajoli, L., *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, vol. 1. *Teoría del derecho*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2016, pp. 24 y ss.

podemos sostener que el derecho al honor o la protección de la imagen de los menores entran en conflicto con la libertad de expresión, sino que los primeros son excepciones de la segunda. Dicho de otro modo, una conducta no puede calificarse como una vulneración del derecho al honor y simultáneamente como el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión; sencillamente, cuando una conducta atenta contra el honor de una persona cae fuera del ámbito de protección constitucional de la libertad de expresión. El conflicto no es, por tanto, un conflicto normativo o antinomia; el conflicto, si es que puede denominarse así, lo es entre las pretensiones de las partes y se produce en el momento interpretativo a la hora de delimitar el alcance de la protección constitucional de uno u otro derecho o libertad.

2. *La construcción de los problemas jurídicos*

Al sostener que los problemas jurídicos se pueden *plantear* como conflictos de derechos, esto es, como conflictos normativos, estamos afirmando que se trata de una *construcción* o un *modo* de presentar los problemas jurídicos (propiciado por el marco conceptual del constitucionalismo) y que la misma situación que es descrita como un conflicto de normas podría ser planteada como un desacuerdo interpretativo sobre la delimitación de los ámbitos de protección de una norma.²³ El modo en que se plantee el problema, bien como conflicto normativo, bien como desacuerdo interpretativo, determina tanto la estructura o el esquema del razonamiento que el juez o el tribunal llevarán a cabo como la articulación de las razones utilizadas en la justificación de la decisión final. Así, si se plantea el problema como un conflicto normativo, esto es, como una antinomia constitucional, habrá de resolverse ponderando cuál de las normas en conflicto prevalece en el caso en cuestión;²⁴ en cambio, si se plantea como un desacuerdo acerca del alcance de una norma constitucional, el juez procederá a especificar las

²³ García Amado, J. A., “La esencial intercambiabilidad del método ponderativo–subsuntivo y el interpretativo–subsuntivo y las ventajas e inconvenientes de cada uno (al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 10 de diciembre de 2010)”, en *id.*, *Ponderación judicial. Estudios críticos*, Puno, Zela, 2019, pp. 157-189.

²⁴ Está generalmente admitido que cuando se trata de conflictos normativos entre normas constitucionales no resultan operativos los criterios clásicos de resolución de antinomias: jerarquía, cronología y especialidad. En efecto, la inaplicabilidad de los dos primeros no es cuestionable; menos clara me parece la exclusión del principio de especialidad, pues, como vengo sosteniendo en este trabajo, creo que el subsistema de los derechos fundamentales y de los bienes jurídicos constitucionales debe concebirse e interpretarse como un sistema unitario y coherente partiendo de sus relaciones sistemáticas y teleológicas entre las normas.

condiciones de aplicación de la norma en cuestión, esto es, a delimitar el contenido del derecho. Las razones que cuentan en la ponderación se encuentran en el sustrato valorativo de las normas en conflicto y su relevancia práctica —su “peso”—²⁵ en el contexto del caso. La resolución de un conflicto interpretativo se resolverá sobre la base de argumentos interpretativos y reglas de la interpretación,²⁶ esto es, a las razones para dar a la norma una u otra de las interpretaciones posibles.²⁷

No creo que entre las distintas formas de construir los problemas jurídicos y sus correspondientes formas de razonamiento den lugar necesariamente a diferentes teorías normativas de los derechos. Tampoco creo que ninguna de ellas implique necesariamente un déficit de justificación de la decisión judicial. La tesis que vengo sosteniendo aquí es más débil. Resulta indiscutible que en cualquier caso, ponderando o interpretando, existe un margen de discrecionalidad en la decisión. Sin embargo, el marco teórico del conflictivismo y la construcción de los problemas jurídicos como conflictos de normas genera espacios de discrecionalidad para el juez o el tribunal.

El primero de ellos, con la identificación de los derechos en conflicto (o, en su caso, los derechos y los bienes constitucionales). La tesis amplia del supuesto de hecho supone una tal inflación del contenido de los derechos, que difícilmente puede encontrarse una situación en la que a una pretensión fundada en un derecho constitucional no se pueda contraponer una pretensión en sentido contrario igualmente fundada en un precepto constitucional; siendo el caso que muchas de estas adscripciones (*prima facie*) serían más que discutibles si se procediera a una interpretación rigurosa (no necesariamente restrictiva) de los preceptos en juego.²⁸ Sin embargo, la tendencia de

²⁵ El peso de las normas en conflicto se determina a partir de la atribución de valores a un conjunto de variables; Alexy, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, núm. 16 (4), 2003, pp. 433-449, y Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, 2006, pp. 51-75.

²⁶ Sobre las nociones de argumentos interpretativos y reglas de la interpretación, véase Cabra Apalategui, José Manuel, “Argumentos, reglas y valores en la interpretación jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2017, pp. 37-62.

²⁷ García Amado, J. A., “La esencial intercambiabilidad del método ponderativo-substantivo y el interpretativo-substantivo”, *cit.*, pp. 160-161.

²⁸ Traigo como ejemplo la polémica Sentencia 145/2015, de 25 de junio de 2015, del Tribunal Constitucional español, en la que se admite la demanda de un farmacéutico que ha sido sancionado por incumplir la obligación de disponer de existencias de la llamada “píldora del día después” en su oficina de farmacia (obligación amparada por el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la salud de la mujer —artículos 15 y 43 de la Constitución Española—). El demandante alega que incumplió dicha obligación por motivos de conciencia dados los efectos abortivos de dicho medicamento (aunque sobre éstos el Tribunal

la concepción conflictivista y la dinámica de la ponderación es, precisamente, la contraria, a favorecer la construcción de los problemas jurídicos como conflictos de normas y a derivar al juicio de proporcionalidad la calificación deóntica de la conducta en cuestión.

El segundo espacio de discrecionalidad viene propiciado por la propia naturaleza del problema jurídico que el juez debe resolver, a saber, un conflicto normativo. Al plantear el problema como un conflicto normativo, esto es, como una inconsistencia del sistema jurídico, el tipo de razones a los que acudirá el juez o el tribunal no serán ya aquellas razones interpretativas²⁹ o técnico-jurídicas admitidas por la comunidad jurídica, que sí condicionan la interpretación de las normas. El esquema argumentativo de la ponderación permite, dentro de un orden, identificar cuáles son las circunstancias y cuál su relevancia práctica para determinar si una conducta resulta o no constitucionalmente protegida.³⁰

únicamente admite que existe una duda razonable —FJ 4—), y que, por tanto, su conducta debe considerarse amparada por el derecho a la objeción de conciencia como manifestación del derecho fundamental a la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución Española, el cual se ha visto vulnerado. De manera sorprendente, el alto tribunal falla a favor del demandante y declara vulnerado su derecho a la objeción de conciencia. Sin embargo, si se atienden a los argumentos de dos de los votos particulares de la sentencia no hay tal conflicto porque la conducta del farmacéutico no puede entenderse amparada por el derecho a la objeción de conciencia. El voto del magistrado Fernando Valdés Dal-Ré denuncia el carácter artificial del debate constitucional ante la falta de un verdadero conflicto normativo constitucional dado que el objeto de la sanción es la negativa a disponer de existencias, conducta que quedaría fuera de una supuesta protección del derecho a la objeción, y no a la dispensación del medicamento. Sin embargo, es el voto firmado por la magistrada Adela Asúa Batarrita el que manifiesta con mayor claridad la crítica que aquí se ha efectuado a la concepción amplia de los derechos para fundamentar su discrepancia. La magistrada cuestiona que el supuesto derecho del derecho a la objeción de conciencia pueda tener un alcance tal que relativice mandatos constitucionales y deberes legales que garanticen el ejercicio de derechos fundamentales de terceros, especialmente cuando —como es el caso— se carece de una previa regulación por parte del legislador para ejercitar el pretendido derecho de objeción. Una concepción del derecho a la objeción de conciencia como la que se impugna supondría —continúa el voto— “santificar cualquier tipo de objeción de conciencia, como si la conciencia de cada uno pudiera imperar legítimamente frente a la colectividad y frente al Estado Constitucional de Derecho, del que la Ley es precisamente su expresión más acendrada”.

²⁹ Entiendo que los argumentos interpretativos en sentido estricto —argumentos semánticos, psicológicos, históricos, teleológicos o sociológicos—, esto es, aquellos que permiten atribuir significado a un enunciado normativo en función de, entre otros, el sentido de sus palabras, de la voluntad de quien lo formuló o de cuál es su finalidad.

³⁰ En la citada Sentencia 145/2015, de 25 de junio, el principal argumento del Tribunal Constitucional para fallar a favor del derecho a la objeción de conciencia del demandante de amparo es que el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos

V. FUENTES CONSULTADAS

ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. de J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris*, núm. 16 (4), 2003.

ALEXY, Robert, “Principios formales”, *Doxa*, núm. 37, 2014.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2004.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004.

BERNAL PULIDO, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, 2006.

CABRA APALATEGUI, José Manuel, “Argumentos, reglas y valores en la interpretación jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2017.

autorizados no fue puesto en peligro, toda vez que la oficina de farmacia del demandante se encuentra en el centro urbano de una gran ciudad, de lo que se deduce la disponibilidad de otros establecimientos que podrían satisfacer ese derecho (FJ. 5). Al razonar de este modo, y considerar como razón dirimente la ausencia de riesgo del ejercicio derecho basándose en una (razonable) suposición acerca de la disponibilidad del medicamento, el Tribunal resuelve de un modo harto paradójico, pues plantea un conflicto normativo entre los derechos de objeción de conciencia (artículo 16, CE) y a la salud reproductiva de la mujer (artículos 15 y 43, CE) y resuelve negando que exista tal conflicto. Lo problemático de este razonamiento es que el “conflicto normativo” del que se parte se presenta como una antinomia, esto es, es el caso que una misma conducta —dispensar medicamentos con efectos abortivos— es calificada simultáneamente como obligatoria, de conformidad con los artículos 15 y 43 de la CE, y como facultativa de conformidad con el artículo 16 de la CE. Sin embargo, el fallo se fundamenta principalmente en la negación de un conflicto puesto que el derecho de la mujer puede verse satisfecho en otro establecimiento de farmacia. Ahora bien, éste ya no es un conflicto de normas, sino un “conflicto de instanciación”, que es aquel que se produce cuando el cumplimiento de las normas aplicables resulta imposible, no por razones lógicas, sino por las circunstancias empíricas del caso concreto. Porque, ¿qué ocurriría si la mujer no pudiera ver satisfecho su derecho en otro establecimiento?

Como vemos, en esta sentencia, el Tribunal ha conformado los espacios de discrecionalidad a los que me he referido en este trabajo. Primero al construir el supuesto conflicto normativo mediante una interpretación amplia del derecho de objeción de conciencia, y segundo al resolver el (supuesto) conflicto sobre la base de circunstancias contingentes y no entrar a delimitar el contenido de los derechos en conflicto.

- CABRA APALATEGUI, José Manuel, “Conflictos de derechos y estrategias argumentativas”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 51, 2017.
- CABRA APALATEGUI, José Manuel, “La concepción no positivista del derecho de Robert Alexy”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 2005.
- DÍAZ GARCÍA, E., *Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, Taurus, 1980.
- FERRAJOLI, L., “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, 34, 2011.
- FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, vol. 1. *Teoría del derecho*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2016.
- GARCÍA AMADO, J. A., “La esencial intercambiabilidad del método ponderativo-subsumtivo y el interpretativo-subsumtivo y las ventajas e inconvenientes de cada uno (al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 10 de diciembre de 2010)”, en *id.*, *Ponderación Judicial. Estudios críticos*, Puno, Zela, 2019.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “¿Existen diferencias entre reglas y principios en el estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy”, en ALEXY, Robert *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”, en CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- MALDONADO MUÑOZ, Mauricio, *Derechos y conflictos. Conflictivismo y anticonflictivismo en torno a los derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- MÖLLER, Kai, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- PORTOCARRERO QUISPE, J. A., *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Madrid, Marcial Pons.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 1998.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica”, en GASCÓN ABELLÁN, Marina (coord.), *Argumentación Jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

WEBBER, Grégoire, *The Negotiable Constitution. On the limitations of Rights*. Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

WEBBER, Grégoire, “On the Loss of Rights”, en Huscroft, Grant *et al.* (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.