UNA APROXIMACIÓN AL SEGMENTARISMO EN LA CREACIÓN Y APLICACIÓN DE LA NORMA: DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA ANTINOMIA VALORATIVA DE LA LEGITIMIDAD Y EFICACIA DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

María Lage Cotelo
Facultad de Derecho UCLM

1. Introducción. 2. La conciencia jurídica y el sentido de la libertad en la elaboración y aplicación de la norma. 3. Derechos Fundamentales y Principio de no Discriminación. La moral para la justicia como justificación de lo justo. 3.1. *Del ser al deber ser* en toda antinomia jurídica sobre el principio de no discriminación. **4. A modo de conclusión.**

1. Introducción.

La actualidad legislativa invita a que consideremos ciertos aspectos previos a la producción y aplicación de la norma. Aspectos que determinan tanto su proceder como su grado de eficacia y cumplimiento. Y través de los cuales se llega a una mejor comprensión de la actualidad jurídica de nuestros días.

Es sabido que en todo proceso analítico que tenga por objeto el replantearse el hecho de la cuestión jurídica como aquella cuestión por la que se establecen las pretensiones de los estados respecto de la normativa, el territorio y ciudadanía, es replantearse la cuestión de derechos que dicha normativa confiere a sus ciudadanos. En lo particular, es razonar sobre la situación de los Derechos Fundamentales, las bases jurídicas sobre las que están asentados los mismos, la interrelación derecho-individuo-sociedad, y su realidad en base a eficacia (jurídica) y grado de respeto y cumplimiento (social). Pero cabe destacar que la situación normativa actual, su producción, está marcada por una profunda fragmentación en la que los Derechos Fundamentales de los estados democráticos actúan como límite en la elaboración de la norma, pero no como garante y expresión de libertades individuales. Se ha invertido el proceso por el que se elabora la norma en base a la norma suprema de los estados, y consecuentemente la producción normativa se circunscribe a una justificación de la realidad social que no vulnere el límite previamente interpuesto por los Derechos Fundamentales de los textos constitucionales.

Por otra parte, no es un tema novedoso el hecho de que en todo sistema normativo existan contradicciones entre sus normas. Tampoco lo es que la coherencia interna de las normas que lo rigen esté determinada por la compatibilidad de dichas normas. En suma, lo que pretende todo *corpus* normativo no es sino la preservación del conflicto en dos niveles: interno, en tanto no exista incompatibilidad entre sus disposiciones normativas; y externo, en la medida en que la aplicación y ejercicio de la norma no se contravenga con el nivel interno. Ahora bien, en numerosas ocasiones es el propio sistema normativo el que en base a lagunas o criterios interpretativos contraría su propia coherencia dando lugar a antinomias jurídicas cuyos requisitos suelen ser: "incompatibilidad normativa, pertenencia al mismo sistema jurídico y coincidencia en el ámbito de aplicación."[1] Los mecanismos generalistas empleados para resolverlas atienden al criterio jerárquico, cronológico y de especialidad[2]. Con ellos, la mayor parte de las incoherencias entre el propio sistema normativo quedan resueltas. Pero dentro de los tipos categóricos en los que suelen clasificarse las antinomias jurídicas[3], una clase de ellas, las antinomias valorativas, resultan paradójicas en sí mismas, pues son aquellas en las que la incoherencia no proviene del mecanismo de aplicación ni de su ejercicio, sino de los criterios de valores implícitos en todo elenco normativo.

Cuando hablamos de antinomias *latu sensu*, tres son las opciones que suelen emplearse respecto a la resolución de conflictos a la que pueden dar lugar: la ponderación, la interpretación y la omisión. Ahora bien, estos tres criterios se aplican a las antinomias relacionadas con el ejercicio y aplicación de la norma. ¿Qué sucede cuando estamos ante un tipo de antinomia que se sustenta en un criterio axiológico y no en un criterio propiamente procesal? ¿Qué sucede cuando la antinomia está en la base misma de los textos normativos, en la elaboración de la norma y es desde ella de dónde trasciende a su aplicación?

---

[1] EZQUIAGA GANUZAS, F.J., *Conflictos normativos e interpretación jurídica*, TEEM, Colección: cuadernos de divulgación sobre cultura de la legalidad, México, 2010, p.15

[2] "Los criterios tradicionalmente utilizados para resolver las antinomias son bien conocidos: el jerárquico, en cuya virtud la ley superior deroga a la inferior; el cronológico, por el que la ley posterior deroga a la anterior; y el de especialidad, que ordena la derogación de la ley general en presencia de la especial[2]. Son numerosas las dificultades y peculiaridades que presentan estos criterios[2], pero creo que todos ellos se caracterizan por lo que pudiéramos llamar su generalidad o vocación de permanencia, de manera que constatada una antinomia entre N1 y N2 siempre habrá de resolverse del mismo modo a la luz de cada criterio[2]: si N1 es superior a N2, deberá *siempre* preferirse N1; si N2 es posterior, será N2 la que deba imponerse también *siempre*; y lo mismo ocurre con la norma especial respecto de la general." En PRIETO SANCHIS, L, Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación, *Diritti y questione pubbliche*, nº2, 2002, p.97

[3]Vid. Op.cit. p.21

Bien es cierto que, como afirma Ezquiaga Ganuzas, en los sistemas legislativos dado el amplio número de normas existentes que regulan o lo pretenden, todas y cada una de las acciones humanas, resulta de enorme dificultad conocer todas y cada una de ellas así como no incurrir en diversas contradicciones en el proceso de elaboración que finalmente serán las que resulten en algún tipo de antinomia jurídica[4].

Caso particular es el de los Derechos Fundamentales. Prieto Sanchís lo señala como uno de los grandes temas doctrinales y polémicos de los estudiosos del derecho[5]. No es para menos. Numerosas son las aportaciones que bien se refieren al propio estudio de la antinomia jurídica en particular, bien tratan de modo parcial algún aspecto concreto de los Derechos Fundamentales; a saber, su vertiente objetiva, subjetiva, su aplicación o sus límites, no obvian la dificultad que plantea su estudio como el devenir de un *continuum* status jurídico *en conflicto*.

Es por ello que el objetivo primordial de estas líneas no es otro que analizar la situación de los Derechos Fundamentales en relación con la aplicación del principio de no discriminación. A partir de lo cual se observará que la fragmentación normativa previa a la aplicación de la norma deriva en una antinomia jurídica vinculada a la eficacia y cumplimiento de dicho principio. Y consecuentemente, la legitimidad y eficacia de los Derechos Fundamentales, está supeditada en exclusiva al derecho subjetivo que dimana de los mismos en relación con el contexto político social, pero no al derecho individual y exclusivo que confiere todo derecho fundamental al ciudadano de un estado en cuestión.

2. La conciencia jurídica y el sentido de la libertad en la elaboración y aplicación de la norma.

La protección jurídica presume una reflexión por parte del legislador en torno a la formación de la conciencia, reflexión, en la que éste intenta ser consciente en tanto

[4] "La complejidad de las sociedades modernas y el papel creciente que ha ido asumiendo paulatinamente el Estado cuando se convierte en "social", han provocado que las necesidades normativas sean muchas, que los órganos con capacidad para producir normas jurídicas sean muy numerosos, y que, en consecuencia, la cantidad de normas jurídicas que componen un ordenamiento jurídico contemporáneo sea inmensa. Este hecho explica la dificultad de conocer cuántas y cuáles son las normas que componen un determinado sistema jurídico. El Derecho de un Estado contemporáneo no sólo es creado por múltiples órganos legislativos, sino que, además, está formado por normas de muchos tipos y de muy diversa antigüedad. En definitiva, cualquier ordenamiento jurídico se caracteriza, no sólo por su *amplitud*, sino también por su *complejidad*." En EZQUIAGA GANUZAS, F.J., *Op.cit.*,p.13

[5]Vid. PRIETO SANCHIS, L, *Op.cit.*,p.101-103

que "tiene que estar precisamente neutral ante el problema axiológico"[6]. Pero la dificultad de elaborar un elenco legislativo que guarde coherencia con la moral y la ética social, individual y colectivamente, es una tarea en la que la dogmática jurídica debe ser prudente. La tarea pendiente sigue siendo el cómo consensuar una heteronomía moral implícita en toda norma que no condicione la autodeterminación individual. *A priori* puede parecer que se contraponen en exclusiva el legislar un territorio y dotarlo de seguridad jurídica, con que dentro de esa seguridad jurídica los ciudadanos de ese territorio tengan el grado máximo de libertad que la ley le otorga. Pero la cuestión no agota aquí sus posibilidades sino que también concierne a la interpretación que el estado en cuestión otorga, el ejercicio externo de esa libertad y la adopción de límites individuales e internos al ejercicio de la libertad moral en consenso con la preservación del orden público. Pero como es sabido, arbitrar los diversos tipos de libertad es extraordinariamente difícil, o en palabras de Sánchez Ferriz "definir la libertad es extraordinariamente difícil y, en todo caso, muy subjetivo por cuanto la experiencia de su disfrute o su ausencia pertenece a cada hombre."[7]

Los teóricos del liberalismo tales como Green, Berlin, Skinner, Bousanquet[8] parecen conformes al aceptar la existencia de dos tipos de libertad: libertad en sentido positivo, y libertad en sentido negativo. Inclusive, en diferente grado, parecen apuntar a un tercer concepto de libertad en el sentido de Skinner o Ralws. No obstante los postulados liberales sobre la conceptualización de los tipos de libertad colisionan con los diversos matices jurídicos de la libertad de los estados democráticos contemporáneos. Si bien, la búsqueda por el fundamento de la libertad parece encontrar un nexo común a lo largo de la historia, en lo que concierne en estricto al ámbito jurídico, el problema de la libertad, entendida como autodeterminación, parece tener ser entendido como una limitación a la ausencia de coacción por parte del estado.

Pero hablar de conciencia jurídica va más allá de confinarse a la confección de un sistema normativo y de las manifestaciones de la libertad presentes en él. Comprende el hecho mismo de la formación de la conciencia individual de cada uno de sus elementos configuradores: territorio y ciudadanía. Y del mismo modo, el ámbito de libertad a la que quedan circunscritos. El cenit de la cuestión está en determinar si existe un tipo de "legalidad moral" que admita una pluralidad de conciencias en base a estos

---

[6] MARTÍN BERNAL, J.M., *El abuso del derecho*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1982, p.119
[7] SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Estudio sobre las libertades*, Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 1995, p.43
[8] Vid. SKINER, Q., La libertad de las repúblicas ¿Un tercer concepto de libertad?, *Isegoría*, nº33, 2005, p.19-49

dos elementos sin contrariar el *ius cogens*. Porque parece claro que se admite una moralidad individual, pero lo que no es tan fácil atisbar es que el ejercicio de esta moralidad no sea coaccionada por las normas imperativas[9]. Pues en tanto la libertad para la formación de la conciencia individual fuese idéntica entre todos los individuos que conforman un territorio, una determinada sociedad, no existiría contradicción entre las tres manifestaciones de la moral: la individual, la colectiva (o plural) y la legal.

Por medio de la regulación normativa, el derecho a la libertad en cualquiera de sus manifestaciones supera la tesis en la que el derecho simplemente se dedica a legislar comportamientos externos. Si bien algunos autores consideran que la conciencia individual como derecho universal encierra un derecho primario y presente en cualquier otro tipo de derecho como lo es el derecho a la libertad[10]; la libertad, como conciencia jurídica y expresión de la voluntad de la Ley, es libre en el sentido de libertad moral tal y como la entiende Peces-Barba[11]. Es el único tipo de libertad que nos permite elegir plenamente, mientras que el ejercicio del derecho reconocido en los estados democráticos contemporáneos debe ser considerado como una libertad en sentido negativo. Así es que la libertad individual entendida como autodeterminación encuentra su límite en la tutela de los intereses públicos con carácter general, y " de este modo, a partir de la libertad, es posible un enfoque unitario de todas las libertades públicas y de todos los derechos sin perder de vista que, en el nivel ya alcanzado por los regímenes democráticos, ello sólo debe hacerse desde una concepción, también actual de la libertad: la única posible en un Estado Social y Democrático de Derecho que postula el abandono, o la suspensión, de la libertad formal reconocida por las Constituciones del Estado Liberal Burgués; (…) éste entendía la libertad como un presupuesto de la

[9] "¿Es el individuo quien dispone de su libertad y concibe su particular modo de desarrollar su propia personalidad? O por el contrario, ¿es la sociedad o los grupos más restringidos quienes, inclinándose por un concreto desarrollo de la personalidad, delimitan en parte la libertad del individuo? Y en este caso, ¿quiere decirse que no habría de ser permitida, al menos realmente garantizada la libertad que no va a ser realmente utilizada, en pro del *telos* socialmente establecido?" En SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Estudio sobre las libertades*, Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 1995, p. 53-54

[10] "La libertad de conciencia se confunde con la identidad personal como radical libertad y con el libre desarrollo de la personalidad. La conciencia no es otra cosa que la percepción por el sujeto de si mismo como radical libertad que sólo tiene una forma posible: desarrollarse en libertad" En LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho a la Libertad de Conciencia I*, Cívitas, Pamplona, 2007, p.25

[11] "Se pueden distinguir, a mi juicio, tres sentidos diferentes de la palabra libertad tal como ha sido usada a lo largo del tiempo. Todos están ligados en la cultura humana, aunque diacrónicamente no aparecen al mismo tiempo. Uno de ellos resume la idea de derechos humanos y los otros se complementan e inciden al mismo tiempo en la comprensión de la libertad como fundamento de los derechos humanos. Empezando por los dos últimos sentidos podemos hablar de la libertad psicológica o libertad de elección y de la libertad moral o como autonomía moral." En PECES-BARBA, G., Sobre el fundamento de los Derechos Humanos. Un problema de Moral y de Derecho, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, .nº. 28, pp.193-208, Cátedra Francisco Suárez (Departamento de Filosofía del Derecho), 1988, p.201

dignidad humana. Hoy, en cambio, sabemos que no cabe siquiera hablar de libertad cuando se carecen de las condiciones mínimas para un desarrollo vital digno"[12].

3. Derechos Fundamentales y Principio de no Discriminación. La moral para la justicia como justificación de lo justo.

El principio de no discriminación ha sido un principio recurrente y consolidado en el Derecho Internacional. Dicha recurrencia y consolidación no está exenta de matices, tanto es así que en numerosas ocasiones la fórmula "no discriminación" aparece entrelazada con "igualdad". Desde un punto de vista jurídico y en perspectiva histórica puede afirmarse que, en cuánto enunciación (como principio) tanto la no discriminación como la igualdad son procederes complementarios, pero no idénticos. A pesar de que los sistemas normativos pueden dar a entender que la no discriminación se configura como preludio de la igualdad. Una opinión sostenida también por la doctrina jurídica y autores como Ramcharan, Henkin, Mckean o Distein entre otros[13].

Tratando por separado ambas cuestiones, la igualdad como principio carece de una enunciación en términos absolutos y ecuánimes. En lo fundamental, cuando se aborda jurídicamente la igualdad, dejando por un momento al margen la usual distinción entre igualad formal y material, su vertiente objetiva y subjetiva, igualdad presupone la condición misma. Y en tanto que condición circunscrita en exclusiva a "lo jurídico" no deja de ser un precepto rodeado de cierto halo de irrealidad social. Piénsese sino en cómo la igualdad en los distintos sistemas democráticos está asociada a su justificación[14], como se ha sugerido, el objetivo de la igualdad en cuanto que el derecho, reside en la esfera de libertad que le infiera el derecho positivo vigente para cada estado en cuestión. De este modo, al existir en el marco jurídico una vinculación directa (y en ciertos casos equiparación) entre el principio de igualdad y el principio de no discriminación, la legitimidad y eficacia no se plantean como un presupuesto esencial para el cumplimiento, sino que *es* el cumplimiento mismo el que nos revela el grado de aceptación, por lo que se hace menester distinguir entre la no discriminación en tanto que cuestión y decisión jurídica y la no discriminación en tanto que cuestión legítima. Y

[12] SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Op.cit.*,p.49.

[13] Para más detalle sobre esta cuestión vid.BAYEFKSY, El principio de igualdad o no Discriminación en Derecho Internacional, Título original: "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", publicado en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, Nº 1-2, 1990, p 1-34.

[14] Tal como indica Gómez Sánchez, "la justificación última de la democracia es la garantía de la libertad de los ciudadanos". En GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Derecho Constitucional Europeo. Derechos y Libertades*, Sanz y Torres, Madrid, 2008, p.82

esto es así porque, en efecto, el problema del derecho *latu sensu* es el problema de su legitimidad, máxime en el ámbito de la decisión, bien sea esta jurídica o legislativa. En el primero de los casos si la decisión legislativa no se considera legítima podría decirse que está vulnerando los preceptos que consolidan un estado democrático. En el segundo de los casos, si la decisión jurídica no se considera legítima es el ciudadano o sujeto particular el que debe invocar la ilegitimidad del Derecho. Póngase por caso, la lectura del principio de igualdad que se desprende de la normativa europea. Pues estamos ante un principio afecto a supuestos concretos, es decir una interpretación concreta de la igualdad formal, que extiende su validez a todo un territorio, el de la Unión, y que no concuerda necesariamente con la "propuesta narrativa" de los textos constitucionales, sino que estamos ante un principio de igualdad cuya practicidad y aplicación reivindica *persé* la igualdad formal en su presupuesto material.

En su vertiente práctica, la propia doctrina jurídica y sus teóricos son los que han refrendado la idea de concebir una "justicia para la sociedad" apelando a cuestiones morales y éticas presentes en toda norma y aplicación de la misma. Para los juristas, en palabras de Díez-Picazo, "el reto o el desafío, cada vez más agudo y creciente, consiste obviamente, en averiguar cómo se interrelacionan los cambios sociales y los cambios jurídicos o, dicho de otro modo, en esbozar una teoría del cambio jurídico". Evidentemente es un reto el replantearse la cuestión jurídica como la cuestión social, pues la interrelación "cambio social-cambio jurídico" puede ser examinada desde cada uno de los ángulos determinados por los miembros del conflicto"[15], y en función de ello, que el ámbito jurídico circunscrito por excelencia al elenco normativo y a la aplicación mecánica de la normativa no concuerde con las pretensiones individuales o colectivas que demande la sociedad. Por lo que "cabe una primera pregunta: ¿De qué manera repercute un cambio social en el ordenamiento jurídico? ¿Cambia o no cambia y cómo cambia el orden jurídico como consecuencia de la transformación social? También, una segunda pregunta: ¿En qué medida un cambio jurídico es un vehículo o un instrumento idóneo para operar una reforma social?"[16]

En un intento de dar respuesta a las dos cuestiones precedentes, la primera de ellas desde una perspectiva social siempre tiene, valga la redundancia, respuesta. Con independencia de que los ciudadanos que se sientan afectados por un cambio normativo tengan conocimientos jurídicos o no, estarán a favor o en contra del cambio propuesto

[15] DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p.297
[16]Ibidem.

por sus legisladores. En la segunda cuestión, deben precisarse ciertas matizaciones, pues puede verse afectada la idea de orden público, y con ello nociones básicas para entender los procesos de socialización, a saber: identidad, autodeterminación e integración. Habida cuenta, esta segunda cuestión es a la que ha intentado dar respuesta la Carta de Derechos Fundamentales por una parte, y por otra el hecho de incluir el principio de no discriminación en extenso en el articulado del TFUE.

Todo lo anterior no indica más que la pretensión del legislador de consensuar la conciencia jurídica con la vertiente moral que de modo inexorable está implícita en toda disposición normativa. Tanto es así que la inconsistencia lógica entre preceptos axiológicos dimanantes de los articulados propios de los Derechos Fundamentales ha radicado precisamente en ello, en el intento previo de no incurrir en una argumentación carente de moralidad, pero que tampoco vulnere lo regio de la elaboración y consecuente aplicación de la norma.

Un ejemplo lo observamos en la existencia de la discriminación inversa respecto de la aplicación del principio de igualdad. La legitimación en la diferente interpretación de este principio está avalada por una extensa doctrina constitucional en donde quizá no siempre se haya guardado la debida coherencia para arrojar luz al asunto. También puede que sea en este punto donde se observe con mayor claridad que los Derechos Fundamentales garantizados por el texto constitucional no sean un garante jurídico análogo a todas las personas. Son numerosas las tesis contrarias a esta postura, entre ellas podría llegar a incluirse el positivismo dualista de los Derechos Fundamentales planteado por Peces-Barba. Sin embargo, a mi modo de ver, el principal conflicto que reside en esta, denominémosla, "desigualdad de la igualdad" se encuentra en delimitar la temporalidad de los propios Derechos Fundamentales. Es decir, la lectura de los Derechos Fundamentales desde este planteamiento, al igual que la lectura del principio de no discriminación y subsidiariamente el derecho a la igualdad tanto en su vertiente formal como en su vertiente material, invita a considerarlos exclusivamente desde la cuestión político-territorial, y no con pretensiones universalistas. El derecho inicia y finaliza con el Estado. En consecuencia, los Derechos Fundamentales están supeditados en exclusiva al poder legislativo, y con ello en última instancia a la expresión de la conciencia individual de quienes lo detenten, pero no tienen un carácter inherente a todo ser humano cuya validez sea universal. Habida cuenta, este planteamiento superaría la tesis heredada (con salvedades) de la escuela racionalista del siglo XVII, a favor de un *iuspositivismo* en el que cualquier incoherencia del sistema normativo que se suceda en

la aplicación, bien directa, bien como cuestión de fondo, de los Derechos Fundamentales, se resolvería por la vía de la ponderación entre normas en conflicto, o por la ponderación entre cuestiones de intereses.

Cuestión más compleja sería resolver este tipo de antinomias desde una interpretación *iusnaturalista*, pues en este caso, el jurista no sólo tendrá que prescindir de aquellos conflictos de leyes que se planteen en su propio sistema normativo, sino que también tendrá que hacerlo de cualquier noción axiológica que, por caso de los Derechos Fundamentales, rebase la vertiente formal de dicho derecho. Lo que, en definitiva, no deja de ser un reduccionismo absoluto al derecho positivo circunscrito a cada estado en cuestión[17].

3.1. *Del ser al deber ser* en toda antinomia jurídica sobre el principio de no discriminación.

Si las antinomias jurídicas nos sitúan en la tesitura de dudar de nuestro propio derecho, repensar la cuestión del *ser* y del *deber ser* desde la concepción europeísta, y para nuestro caso, estatal de los Derechos Fundamentales, invita a que nos cuestionemos las bases mismas del propio derecho. El problema de trasladar el tránsito del *es* al *debe* a las normas positivas sobre Derechos Fundamentales radica en que esto pueda confundirse con una defensa a ultranza del Derecho Natural, y que se rescaten sin pretenderlo, las bellas tesis naturalistas *tomasianas*, o en versión local, en la existencia de una fundamentación de una ley natural para toda ley humana como había esbozado Francisco Suárez en su momento. Nada más lejos de ello[18]. Cuando se introduce el principio de no discriminación en la normativa europea, lo que se pretende trasladar es el sentir común de una concepción generalista de los Derechos Fundamentales presentes en los Estados Miembros. Dotar de una seguridad jurídica al territorio de la Unión

[17] Tanto es así que ya no es la primera vez que el TC en cuanto existe colisión entre el Derecho supranacional con el ordenamiento positivo interno en materia de Derechos Humanos, por consiguiente, Derechos Fundamentales, no ha validado como "canon de constitucionalidad "preceptos jurídicos aludidos ajenos a los del propio ordenamiento español. Véase para este caso, la STC 236/2007 de 7 de Noviembre, F.J. 5.

[18] Y esto a pesar de que a colación de los Derechos Fundamentales, "numerosos autores contemporáneos continúan intentando otorgar alguna fundamentación racional a esos derechos: Robert Alexy, John Finnis, Ronald Dworkin, Carlos Nino y varios más han emprendido la tarea de esta fundamentación con rigor y erudición. Este hecho pone en evidencia que resulta constitutivamente necesario, para los seres humanos, justificar racionalmente sus deberes, normas y derechos, y esto de modo tan demandante, que las críticas desfundamentadoras no detienen sus reiterados intentos de encontrar una explicación racional -de una cierta consistencia argumentativa- para las realidades ético-jurídicas" En MASSINNI-CORREAS,C.I.,El fundamento de los Derechos Humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi Ferrajoli, *Derecho y persona*, nº61,2009, p.228

tomando como fuente de inspiración los derechos estatales. Sin embargo, el principio de no discriminación en su formulación positiva no deja de ser una "antinomia jurídica" en si misma que toma por fundamento la noción de ciudadanía. Y es a partir de dicho concepto de donde dimanan toda una serie de cuestiones afines a los propios derechos intrínsecos de *ciudadano europeo* como *persona europea* en cuanto a Derechos Fundamentales se refiere[19]. Inicialmente, significaba la atribución complementaria de la cualidad de ciudadano de la Unión a todos quienes ostentasen la condición de nacional de un Estado Miembro, tal y como indica el TFUE. Pero sin detenernos en esta cuestión, que sirva para aproximarnos a grandes rasgos a una de las primeras contrariedades del derecho europeísta, aquella que supedita el estatuto del ciudadano de la Unión a *sus* Derechos Fundamentales. La adscripción territorial individual de cada *ciudadano europeo* es la que determina modo, forma y tiempo de la garantía de los Derechos Fundamentales europeos por una parte, y de los Derechos Fundamentales estatales por otra. Pero sigue siendo la condición de nacional, la que hace posible la vinculación jurídica entre territorio-individuo, y por tanto la que sigue determinando el disfrute de los Derechos Fundamentales vigentes en una determinada nación al disfrute[20] en términos análogos y complementarios de los Derechos Fundamentales europeos. Como es de suponer, el problema no está en la complementariedad sino en que cuando entran en conflicto dos normas, y la lectura que hace el tribunal estatal puede no ser la misma que la que hace el tribunal europeo. La cuestión aquí no es el dirimir qué tribunal, desde la primera hasta la última instancia, realizará una interpretación más o menos favorable, más o menos restrictiva, sino en replantearse la finalidad y conciencia jurídica contenida en la norma desde el mismo momento en que ésta se elabora, máxime en el ámbito de los Derechos Fundamentales.

Pero sin embargo, el hecho más paradójico y en consecuencia más evidente que avala la tesis de una predisposición a la existencia de algún tipo de antinomia valorativa

[19] Como es sabido, el concepto de ciudadanía confiere derechos pero también comporta deberes. En el caso europeo confiere derechos pero no exime de los respectivos deberes constitucionales de cada estado miembro. Es más, el estatuto de ciudadanía europea como estatuto derivado de la condición de nacional de un Estado Miembro no es equiparable al derecho objetivo de los textos normativos fundamentales de cada uno de los Estados Miembros.

[20] Cuando nos referimos a disfrute, debemos precisar que en realidad, y a diferencia de los derechos constitucionales, es equiparable a garante. Pues a pesar de existir concurrencia en la titularidad, esto es concurrencia entre Derechos Fundamentales otorgados por la Carta y los Derechos Fundamentales de los respectivos países miembros, la titularidad no está circunscrita en exclusiva a los ciudadanos de los países miembros de la Unión, por el contrario de lo que si sucede con la ciudadanía europea. Es decir, a pesar de existir concurrencia en la titularidad para los nacionales de los Estados Miembros, el catálogo de Derechos Fundamentales europeo ha sido concebido más en términos de garantizar la seguridad jurídica de sus ciudadanos, que de una ostentación equiparable a la nacional de cada país miembro.

en la enunciación de los Derechos Fundamentales, está en la formulación del principio de no discriminación. En primer lugar, debe tenerse claro que el tipo de enunciado que se emplea en la redacción de los Derechos Humanos en general, es un tipo de enunciado que no posee en sí mismo una condición de verdad. En segundo lugar, el principio de no discriminación entendido como la formulación negativa de la igualdad como principio (no como derecho) afirma la inconsistencia de éste por cuanto no se aplica al ejercicio de un derecho sino a conjuntos de categorías; y en cuando a su legitimidad y eficacia es cuando jurisprudencial y doctrinalmente se verifica la existencia de la discriminación inversa, (o también trato desigual en situaciones desiguales). Desde el mismo momento en el que se introduce el concepto discriminación con su enunciación en negativo, se está afirmando la insuficiencia del elenco normativo existente, en concreto, en toda la normativa estatal y europea sobre Derechos Fundamentales, para hacer frente a una cuestión de mayor magnitud, *prima facie* la razón de ser de todo contenido axiológico en la existencia de la norma. Y del mismo modo, también se dogmatiza con su redacción la existencia de discriminaciones particulares (el caso de colectivos, raza, ideología, sexo…)Si está en la base misma del derecho, en este caso, la posible existencia de una contradicción en cuanto a la extensión de derechos inherentes a la condición del ser humano (o que se presumen como tales), y por otra parte, existen ciertos o considerables matices por la afectación de los mismos a un territorio concreto, lo más loable es que cuando se aplique la norma, estos derechos entren en conflicto. Más si cabe, cuando es el concepto propiamente (no discriminación) sobre el que se centra la validez y eficacia de la norma.

La particularidad de los Derechos Fundamentales y su coherencia con el sistema normativo desde este punto de vista de la posible contradicción o conflicto de intereses, no atiende en exclusiva al hecho de anular una proposición normativa a favor de otra en cuanto a su aplicación. Sino que su paradoja está, como sabemos, en su ejercicio. Por caso, la contraposición entre la libertad y la igualdad en determinados supuestos de hecho, limita o anula una a favor de la otra. Evidente que la anulación o limitación atiende a criterios de ponderación para el caso concreto en el que se dicte, y de igual modo a criterios de ponderación más rígidos en su vertiente objetiva que en su vertiente subjetiva. Pero lo que interesa resaltar a este respecto es que la antinomia jurídica que deriva de los Derechos Fundamentales en relación con el resto de disposiciones normativas que los regulan es un tipo de antinomia heredada en muchos casos de la hermenéutica jurídica por cuanto pauta preceptos axiológicos, por consiguiente, y

dependiendo del criterio interpretativo que se siga para su lectura, aspectos cuya vertiente subjetiva está lejos de confinarse en una única proposición normativa que tenga una validez universal.

4. A modo de conclusión.

Bien es cierto que la creación de la norma siempre ha estado marcada por ese cariz especulativo que en lo particular tan poco ha gustado a los juristas de todos los tiempos. No es menos cierto que a lo largo de la historia siempre se ha intentado mitigar aquellos conflictos jurídicos concernientes a los derechos que atañen al hombre. Y así mismo también es remarcable que, en definitiva, lo que determina, muy a mi pesar, la validez o invalidez de la norma jurídica es el sistema político estatal. Digo muy a mi pesar, pues aunque a lo largo de estas líneas la postura de la exposición está más próxima y avalada por tesis que contrarían en ciertos preceptos al *iuspositivismo*, la realidad tanto social como jurídica lo que indica es que la norma se dicta por y para un *iuspositivismo* latente en la conciencia jurídica. Aquí no se puede determinar si lo consuetudinario en cuanto al *iuspositivismo* jurídico actual es adquirido o es fruto de una herencia jurídica generacional la que finalmente invita a que de un modo u otro la norma positiva sea la que determine la legitimidad y la eficacia del propio empleo de la misma. Tampoco es momento de debatirlo. Simplemente creo que es menester que pensemos desde lo utópico que ello nos pueda parecer, y desde la incoherencia, laguna o interés que suscita la cuestión de los Derechos Humanos, por ende de los Derechos Fundamentales en tanto que fragmentaria y "nominalista", en los orígenes del diálogo antagónico naturalismo vs. positivismo y a partir de ello retomemos la cuestión de qué o cuales son y deben ser los derechos inherentes a cada uno de nosotros mismos como ciudadanos de un territorio-estado y, también podría decirse como…*¿súbditos* de la norma (del mismo)?