

a) Un ordenamiento OJ1 está subordinado a otro ordenamiento OJ2, toda vez que «su» norma suprema —esto es, su primera constitución— es, al mismo tiempo, una norma perteneciente a OJ2⁴⁸. Recíprocamente, un ordenamiento OJ2 está supraordenado a otro ordenamiento OJ1, toda vez que incluye dentro de sí la norma suprema de OJ1.

En otros términos, un ordenamiento subordinado no es propiamente un ordenamiento (independiente) sino, más bien, *parte de otro* ordenamiento, esto es, un ordenamiento «parcial». Un ordenamiento supraordenado, por su parte, es el ordenamiento «total» que engloba en sí el ordenamiento subordinado.

Por ejemplo, un ordenamiento regional está subordinado al ordenamiento estatal (del cual, precisamente, «forma parte»); el ordenamiento de un Estado federal está supraordenado a los ordenamientos de los Estados miembros. Según una cierta forma de ver las cosas —defendida, por ejemplo, por KELSEN⁴⁹— conocido como «monismo», los ordenamientos estatales estarían subordinados al ordenamiento internacional⁵⁰.

b) Dos ordenamientos son recíprocamente independientes toda vez que, banalmente, *no* mantienen una relación de supraordenación-subordinación. Dicho con otras palabras: OJ1 es independiente de OJ2 si, y solo si, su norma suprema —i. e. su primera constitución— *no* pertenece a OJ2; y, recíprocamente, OJ2 es independiente de OJ1 si, y solo si, su norma suprema *no* pertenece a OJ1.

Son recíprocamente independientes, en este sentido, los diversos ordenamientos estatales⁵¹, como también —en el ámbito de un ordenamiento estatal— los diversos ordenamientos regionales⁵².

CAPÍTULO XXIV CONFLICTOS ENTRE NORMAS

1. NOCIÓN DE ANTINOMIA

Puede suceder —en realidad sucede continuamente— que dos normas establezcan para un *mismo* supuesto de hecho (una circunstancia o una combinación de circunstancias) singular y concreto consecuencias jurídicas *incompatibles* entre sí. En virtud de una primera norma N1, el supuesto de hecho H tiene la consecuencia J; en virtud de una segunda norma N2, el mismo supuesto de hecho H tiene la consecuencia no-J. Estas situaciones de conflicto, contraste, o incompatibilidad¹ entre normas se llaman comúnmente «antinomias»².

Dicho de otro modo: se da una antinomia toda vez que un caso concreto es susceptible de dos diversas, y opuestas, soluciones. En circunstancias como estas, el caso es indecible. Mejor dicho: el caso, admitiendo dos soluciones, puede ser decidido indistintamente en un modo o en el otro. Por tanto, podría

⁴⁸ Dentro del cual puede ocupar, indistintamente, la posición de norma suprema o de norma dependiente.

⁴⁹ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, op. cit., pp. 366 y ss. (trad. esp. *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Imprenta Universitaria, 1949); H. KELSEN, *Dottrina pura del diritto*, op. cit., pp. 365 y ss. (trad. esp. *Teoría pura del derecho*, op. cit.). La tesis opuesta («dualista»), según la cual los ordenamientos estatal y el ordenamiento internacional son recíprocamente independientes es defendida, por ejemplo, por D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, I, *Introduzione. Teorie generali*, 4.ª ed., Padova, 1955. Véase a este respecto R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torino, 2006, pp. 193 y ss.

⁵⁰ Se discutirá más adelante sobre este punto: cap. XXXI, quinta parte.

⁵¹ Según la tesis monista, a la que se aludía anteriormente, los ordenamientos estatales no son ya recíprocamente independientes, sino que están coordinados (estando todos ellos igualmente subordinados al ordenamiento internacional).

⁵² Hablando en sentido estricto, diría KELSEN, los distintos ordenamientos regionales son no ya recíprocamente independientes, sino que están coordinados (estando todos ellos igualmente subordinados al ordenamiento internacional).

¹ La incompatibilidad se encuentra en que las dos normas no pueden ser ambas satisfechas: la observancia de una norma constituye la inobservancia o violación de la otra.

² En la amplia literatura, pueden destacarse: N. BOBBIO, «Antinomia», en *Novissimo digesto italiano*, vol. I, Torino, 1957, pp. 667 y ss.; G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, 1959; N. BOBBIO, *Teoría dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, cap. III; A. ROSS, *On Law and Justice*, London, 1958, § 26 (trad. esp. *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1997); N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, pp. 95 y ss.; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, Bologna, 1977, pp. 103 y ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 143 y ss., y 313 y ss. (trad. esp. *La interpretación de la ley*, Lima, Palestra, 2013); V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, 5.ª ed., Padova, 1984, pp. 178 y ss.; T. MAZZARESE, «Antinomia», en *Digesto delle discipline privatistiche*, 4.ª ed., Sezione civile, vol. I, Torino, 1987; P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, pp. 274 y ss.; P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, cap. IV (trad. esp. *Técnicas de interpretación jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2011).

sucedir que un cierto caso fuese decidido en un determinado modo por parte de un juez, y otro caso en todo análogo al primero fuese decidido en modo opuesto por otro juez o, incluso (¿por qué no?) por el mismo juez en una ocasión sucesiva (en evidente violación del principio de igualdad y del valor de la certeza del derecho).

Se llama «coherente» a un conjunto de normas carente de antinomias³. Se llama «incoherente» a un conjunto de normas aunque presente solamente una única antinomia.

2. TIPOS DE ANTINOMIAS

Se pueden distinguir dos tipos fundamentales de antinomias: antinomias «in abstracto» (o necesarias) y antinomias «en concreto» (o contingentes). Hablando en términos generales, las primeras son relativamente raras; las segundas, al contrario, son muy frecuentes (y probablemente inevitables).

1) *Antinomias en abstracto*. Se está frente a una antinomia «en abstracto» toda vez que dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a supuestos de hecho abstractos (esto es, a *clases* de supuestos de hecho concretos) que se superponen, en todo o en parte, *conceptualmente*. De esta forma, la antinomia puede ser identificada ya en sede de interpretación textual, «en abstracto», es decir, sin que sea necesario que se presente en un supuesto de hecho concreto.

Si, por ejemplo, una primera norma prohíbe (literalmente) el «aborto» sin ulteriores especificaciones y una segunda norma permite (literalmente) el «aborto terapéutico», la antinomia puede ser reconstruida «en abstracto», independientemente de cualquier supuesto de hecho concreto, dado que la clase de los abortos terapéuticos está *conceptualmente* incluida en la (constituye una subclase de la) clase de los abortos sin especificaciones.

2) *Antinomias en concreto*. Se está frente a una antinomia «en concreto» toda vez que —en sede de aplicación— nos encontramos con dos normas que, aunque no chocan en abstracto, conectan consecuencias jurídicas incompatibles a un mismo supuesto de hecho *concreto*. Ello sucede toda vez que un supuesto de hecho concreto (o una subclase de supuestos de hecho concretos) recae simultáneamente en dos clases de supuestos de hecho *conceptualmente*

³ Es necesario recordar que la coherencia (en inglés: *consistency*) es distinta a la cohesión o congruencia (en inglés: *coherence*). El concepto de coherencia es cristalino: «coherencia» significa ausencia de contradicciones. Por el contrario, el concepto de congruencia —*grosso modo*: armonía axiológica— es bastante fumígeno. Cfr. en cualquier caso, N. MACCORMICK, «La congruenza nella giustificazione giuridica» (1983), en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, I, Torino, 1987, pp. 243 y ss.

independientes, para los cuales el derecho atribuye consecuencias jurídicas incompatibles. De este modo, la antinomia puede ser identificada solo en sede de aplicación de las normas a un caso concreto (al cual, precisamente, le son, en nuestra hipótesis, ambas aplicables).

Imaginemos —el ejemplo es insulso, pero da cuenta de la idea— que una primera norma disponga «Los ciudadanos deben pagar los impuestos», y una segunda norma disponga «Los desempleados no tienen que pagar ningún impuesto». Los supuestos de hecho abstractos a los que las dos normas se refieren —respectivamente «ciudadanos» y «desempleados»— no están conceptualmente relacionados. Que, de hecho, haya o no haya ciudadanos desempleados es contingente (podría haber pleno empleo, o que los únicos desempleados fueran los inmigrantes extranjeros). Por tanto, el conflicto entre las dos normas en cuestión no es necesario: ninguna antinomia se presentará mientras que haya pleno empleo; ni tampoco se presentará si el desempleo se produce solo entre los inmigrantes; ninguna antinomia se presentará mientras haya que decidir solo sobre si la obligación tributaria grava a los ciudadanos ocupados o sobre los extranjeros y apátridas desempleados. Pero una antinomia se presenta toda vez que se discuta sobre la obligación tributaria de un ciudadano desempleado. Ello sucede por la banalísima razón de que —aunque los dos supuestos de hecho abstractos no están conceptualmente conectados— efectivamente se verifican supuestos de hecho concretos que caen en el campo de aplicación de ambas normas: los ciudadanos desempleados pertenecen tanto a la clase de los ciudadanos, como a aquella de los desempleados. No se presentaría ninguna antinomia si, de hecho, la clase de los ciudadanos desempleados estuviera vacía, esto es, si no hubieran ciudadanos desempleados.

Las antinomias en abstracto dependen, por decirlo de algún modo, de la estructura conceptual del discurso de las fuentes, mientras que las antinomias en concreto dependen de aquello que sucede en el mundo, es decir, de las circunstancias de hecho⁴.

Por otra parte, las clases de supuestos de hecho disciplinados por las dos normas antinómicas pueden superponerse *completa* o *parcialmente*⁵. Tendremos por tanto:

i) *Antinomias totales*. Estamos frente a una superposición total toda vez que las dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a la *misma* clase de supuestos de hecho. Por ejemplo: una norma califica como lícito y otra norma como ilícito el divorcio⁶.

⁴ G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, p. 170.

⁵ A. ROSS, *On Law and Justice*, op. cit., pp. 128 y ss. (trad. esp. *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit.); G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, op. cit., p. 143 (trad. esp. *La interpretación de la ley*, op. cit.).

⁶ Las antinomias totales son, además, antinomias en abstracto.

ii) *Antinomias parciales*. La superposición parcial puede ser de dos tipos:

a) *Antinomias parciales unilaterales*. En primer lugar, puede suceder que la clase de supuestos de hecho disciplinada por una norma esté enteramente incluida en la clase de supuestos de hecho disciplinada por la otra. Recordemos el ejemplo empleado más atrás: una norma N1 prohíbe el aborto sin ulteriores especificaciones (esto es, la entera clase de los abortos); otra norma N2 permite el aborto terapéutico (que es una subclase de los abortos). No se produce antinomia cuando se discute de abortos no terapéuticos (prohibidos por N1), pero sí se produce antinomia cuando se discute de abortos terapéuticos, que están permitidos por N2 pero prohibidos por N1.

b) *Antinomias parciales bilaterales*. En segundo lugar, puede suceder que las dos clases de supuestos de hecho se intersequen, de manera tal que algunos, pero solo algunos, de los supuestos de hecho disciplinados por una norma coincidan con algunos, pero solo algunos, de los supuestos de hecho disciplinados incompatiblemente por la otra. Por ejemplo: una norma N1 prohíbe la caza de jabalíes y de liebres, mientras que otra norma N2 permite la caza de liebres y zorros: no se produce antinomia cuando se discute la caza del jabalí (prohibida por N1) o del zorro (permitida por N2); pero se produce antinomia cuando se discute de la caza de liebres, que N1 prohíbe mientras que N2 permite.

3. ANTINOMIAS E INTERPRETACIÓN

Tradicionalmente los conflictos entre normas son discutidos bajo el epígrafe de la interpretación, casi como si su solución fuese un problema interpretativo. Pero las cosas no son exactamente así.

Es preciso iniciar constatando que las disposiciones normativas son (si no siempre, casi siempre) equívocas, esto es, admiten más de una interpretación. Y toda interpretación diversa obtiene, de una misma disposición, una norma diferente⁷.

Pues bien, supongamos que estamos frente a dos disposiciones normativas D1 y D2. Supongamos también que cada una de ellas sea susceptible de dos interpretaciones alternativas: a cada interpretación diversa corresponde una norma diversa. Continuando con nuestra hipótesis, D1 puede expresar la norma N1 o la norma N2; D2, a su vez, puede expresar la norma N3 o la norma N4. Supongamos finalmente que N1 está en conflicto con N3. Como es evidente, basta con no interpretar D1 en el sentido N1 y, al mismo tiempo, D2 en el sentido N3 para que la antinomia no se produzca en absoluto⁸.

⁷ Véase cap. XXXIII, sexta parte.

⁸ Cfr. R. GUASTINI, «Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico», en L. GIANFORMAGGIO y E. LECALDANO (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Bari, 1986, pp. 181 y ss.

En este sentido, la antinomia es fruto de la interpretación. Pero, naturalmente, la interpretación, si bien puede crear una antinomia, también puede evitarla o prevenirla. Las cosas por tanto, en lo relativo a las relaciones entre antinomias e interpretación, son del siguiente modo⁹:

i) En primer lugar, una antinomia puede (quizás no siempre, pero ciertamente en muchos casos) ser evitada o prevenida por medio de los oportunos instrumentos interpretativos. En el sentido de que los textos normativos pueden ser interpretados para que expresen normas entre sí compatibles, de forma tal que no se presente ninguna antinomia.

Podríamos decirlo así: en una *primera* interpretación (o interpretación *prima facie*), dos disposiciones expresan normas antinómicas. Sin embargo, es posible revisar y, después de todo, descartar esta primera interpretación, procediendo a una *segunda* y diversa interpretación, que haga que no se presente ninguna antinomia¹⁰.

Pongamos, por ejemplo, que una disposición de ley admita dos interpretaciones que chocan, N1 y N2, donde N1 es conforme a la constitución, mientras que N2 contrasta con aquella. Pues bien, si la disposición en cuestión fuera entendida en el sentido N2, surgiría fatalmente una antinomia (entre ley y constitución). Por el contrario, si se entiende aquella disposición en el sentido N1, la antinomia es evitada. Esto es lo que se llama «interpretación adecuada» o «conforme».

La interpretación adecuada previene las antinomias entre textos normativos distintos, y en particular entre textos normativos jerárquicamente ordenados —bien desde el punto de vista material (por ejemplo, una ley y la constitución), bien desde el punto de vista axiológico (por ejemplo, una disposición de detalle y un principio general)— *evitando* obtener del texto normativo subordinado normas que entrarían en conflicto con las normas (previamente obtenidas mediante interpretación) del texto normativo supraordenado. Cuando están en juego textos normativos de rango diverso en la jerarquía material de las fuentes, la interpretación adecuada produce el efecto de conservar la validez de los textos jerárquicamente inferiores, en el sentido de que, interpretando de este modo, se evita declarar la invalidez de un texto normativo que resultaría inválido si fuera interpretado de otro modo. Se encuentran ejemplos paradigmáticos de interpretación adecuada en todas las —así llamadas— sentencias «interpretativas» de la Corte constitucional: tanto en las sentencias interpretativas estimatorias (aquellas en las que la Corte evita declarar como inconstitucional una disposición en su totalidad, y se limita a declarar la inconstitucionalidad de una de sus posibles interpretaciones), como —de mane-

⁹ Véase el pionero trabajo de G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, op. cit.

¹⁰ Cfr. P. CHIASSONI, «L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi», en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990.

ra aún más clara— en las sentencias interpretativas desestimatorias (aquellas en las que la Corte evita declarar como inconstitucional una disposición, interpretándola de manera tal que sea conforme a la Constitución)¹¹.

ii) En segundo lugar, una antinomia —del mismo modo que puede ser evitada mediante la interpretación, igualmente— puede también ser producida mediante la interpretación. En el sentido de que los textos normativos pueden ser interpretados para que expresen normas incompatibles.

Retomemos el ejemplo precedente: tenemos una disposición de ley que admite dos interpretaciones que chocan, N1 y N2, donde N1 es conforme a la constitución, mientras que N2 contrasta con aquella. Del mismo modo que es posible elegir la interpretación conforme a la constitución (N1), evitando así la antinomia, también se puede elegir la interpretación que contrasta con la constitución (N2), con el resultado de producir la antinomia.

Naturalmente la producción de una antinomia mediante interpretación, si es cumplida por un órgano jurisdiccional, no es la antea de una sentencia de *non liquet* sino que, más bien, precede a la no aplicación de una de las normas en conflicto. Por otro lado, si la operación es llevada a cabo por un jurista, la creación interpretativa de una antinomia es el preludio de algún tipo de operación de política del derecho (según el caso, de una recomendación *de lege ferenda* o de *sententia ferenda*).

iii) En tercer lugar, y de consecuencia, la identificación de una antinomia presupone la interpretación: las antinomias no subsisten antes de la interpretación. Una antinomia puede presentarse solo después de que se haya realizado una interpretación.

iv) En cuarto lugar, dado que las antinomias son fruto de la interpretación o, al menos, son posteriores —y no anteriores— a la interpretación, toda antinomia revela un problema no propiamente interpretativo sino de otra naturaleza. Esto es, una antinomia no puede ser «resuelta» por vía de interpretación (nótese bien: una cosa es resolver una antinomia, y otra distinta prevenirla o evitarla):

a) Por un lado, por la banal razón de que, si la antinomia se presenta, se presenta solo cuando la interpretación ya se ha concluido¹².

b) Por el otro, por la no banal razón de que, para resolver una antinomia, es necesario «eliminar» —en algún sentido que sería necesario precisar¹³—

¹¹ Sin embargo, se encuentran buenos ejemplos de interpretación adecuadora también en todas las decisiones en las que uno u otro juez común rechaza una cuestión de inconstitucionalidad aducida por una de las partes, decidiendo que la cuestión es manifiestamente infundada con el argumento de que la disposición sospechosa de inconstitucionalidad es susceptible de una interpretación conforme a la Constitución.

¹² Bien entendido: es en sentido lógico, no cronológico, que las antinomias «siguen» —y no «preceden»— a la interpretación.

¹³ Una de las dos normas podría ser considerada abrogada por estar en conflicto con una norma sucesiva en el tiempo, o ser anulada por estar en conflicto con una norma materialmente superior.

o, al menos, derogar una de las dos normas en conflicto (o, quizás, eliminar ambas); y la «eliminación», como también la derogación, de una norma son cosas que tienen qué ver con la producción del derecho antes que con su interpretación.

4. MODOS DE SOLUCIÓN DE LAS ANTINOMIAS

Hablando en términos generales, las técnicas de solución de antinomias no son materia de teoría de la interpretación, ya que (aunque con alguna excepción no marginal) aquellas están disciplinadas por normas jurídicas positivas, y difieren según los tipos de fuentes implicadas. Sucintamente, en el derecho italiano vigente las cosas están del siguiente modo.

Una antinomia puede presentarse en al menos cuatro circunstancias diversas.

1) Primer caso: antinomias entre normas provenientes de dos fuentes distintas pero pertenecientes a la misma clase de fuentes (por ejemplo, dos leyes estatales ordinarias).

Pues bien, dos fuentes del mismo tipo normalmente habrán sido promulgadas en diferentes momentos. En estos casos, la antinomia se resuelve dando preferencia a la norma más reciente en el tiempo. La norma sucesiva debe ser aplicada, mientras que la norma anterior debe considerarse abrogada, no estando ya más en vigor (art. 15, Disp. prel. cod. civ.).

De este modo, se aplica el así llamado *criterio cronológico* de solución de antinomias: la norma sucesiva abroga la norma precedente («*lex posterior derogat legi priori*»).

2) Segundo caso: antinomias entre normas provenientes de fuentes de diferente tipo. Aquí, no obstante, es necesario distinguir ulteriormente.

2.1) En primer lugar, es posible que las dos fuentes en cuestión mantengan una relación jerárquica entre sí, es decir, una de ellas esté materialmente subordinada a la otra en el sentido de que no le es consentido contradecirla. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en las relaciones entre constitución y ley (la ley no puede contradecir la Constitución según los arts. 134, 136 y 138, Const. it.), o entre ley y reglamento del ejecutivo (el reglamento no puede contradecir la ley según el art. 4, Disp. prel. cod. civ. it.), etcétera.

En estos casos, debe ser aplicada la norma «superior». En cuanto a la norma inferior, aquella es inválida: si es una norma de rango legislativo, debe ser anulada por la Corte constitucional; si es de rango reglamentario, no debe ser aplicada por los jueces civiles y debe ser anulada por los jueces administrativos.

Ello constituye aplicación del así llamado *criterio jerárquico* de solución de antinomias: la norma superior convierte en inválida la norma inferior («*lex superior derogat legi inferiori*»).

2.2) En segundo lugar, es posible que las dos fuentes, aunque no mantengan relaciones jerárquicas, tengan ámbitos de competencia distintos, y que una de las dos haya invadido la competencia de la otra. Por ejemplo, puede suceder que una ley regional pretenda disciplinar una materia que la constitución reserva a la ley del Estado, o que un decreto-ley pretenda disciplinar una materia que la constitución reserva a la ley formal.

En estos casos, en virtud del así llamado principio «de competencia», la norma que proviene de la fuente competente debe ser aplicada. En cuanto a la norma proveniente de la fuente incompetente, aquella es inválida. Por ejemplo, la ley regional que invade las competencias estatales es inválida —no ya porque contradiga la ley del Estado sino— porque viola la norma constitucional (y, por tanto, una norma «superior») que determina la competencia regional¹⁴.

2.3) En tercer lugar, es posible que las dos fuentes estén ordenadas en el mismo nivel en la jerarquía de las fuentes (por ejemplo, la ley y el decreto-ley) y, pese a tener ámbitos de competencia parcialmente diversos, de hecho cada una de ellas haya regulado en su propio ámbito de competencia.

En estos casos, se aplica todavía el principio cronológico: la norma posterior abroga a aquella precedente.

3) Tercer caso: antinomia entre normas estatales y normas comunitarias (o, mejor dicho, europeas). Este caso requiere un discurso independiente.

Debemos examinar dos posibles antinomias: aquella entre norma comunitaria y ley, y aquella entre norma comunitaria y Constitución.

3.1) En el caso de antinomia entre una norma comunitaria y una norma de rango legal, debe ser aplicada —según la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana¹⁵— la norma comunitaria, y debe ser dejada de lado (no aplicada) aquella interna, tanto si esta última es anterior como si es posterior¹⁶.

No obstante, la norma interna —aunque «dejada de lado» o no aplicada— no es abrogada ni tampoco es inválida¹⁷. Permanece en el ordenamiento, por decirlo de algún modo, «en letargo»: podría volver a tener eficacia si la norma comunitaria fuese abrogada y no sustituida (por un acto comunitario).

¹⁴ Como muestra el ejemplo, el criterio de competencia es parásito del principio jerárquico.

¹⁵ Se trata de derecho jurisprudencial.

¹⁶ Corte cost. 170/1984, 399/1987, 168/1991.

¹⁷ Dado que, según la Corte constitucional, la norma comunitaria pertenece a un ordenamiento jurídico distinto y separado respecto del interno, aunque comunicado con aquel, y ninguna norma puede provocar la abrogación o la invalidez de una norma perteneciente a un ordenamiento *diferente*. Cfr. Corte cost. 170/1984, 399/1987.

3.2) En el caso de antinomia entre una norma comunitaria y una norma constitucional, es necesario distinguir ulteriormente.

a) En general, en el conflicto entre normas comunitarias y normas constitucionales —según la jurisprudencia constitucional italiana¹⁸— la norma comunitaria (sorprendentemente) prevalece, de manera tal que la norma constitucional debe ser dejada de lado y no aplicada¹⁹. En síntesis: resulta derogada²⁰.

b) Sin embargo, la norma comunitaria sucumbe cuando entra en conflicto con los principios constitucionales supremos o con las normas constitucionales que garantizan los derechos inviolables: principios y normas que son —según la Corte constitucional italiana— absolutamente inderogables²¹.

4) Cuarto caso: antinomia entre principios constitucionales. Este caso es bastante peculiar: se trata de antinomias *in concreto*, entre normas que *no* mantienen una relación regla-excepción, cuya solución no es disciplinada por ninguna norma positiva.

No es aplicable el principio jerárquico dado que las normas en cuestión tienen el mismo rango en la jerarquía de las fuentes. No es aplicable el principio cronológico dado que las normas en cuestión —salvo que una de ellas haya sido introducida mediante revisión constitucional— son contemporáneas. No es aplicable el principio de especialidad dado que las clases de supuestos de hecho disciplinados no mantienen entre sí una relación de género-especie, sino que se intersecan.

La técnica generalmente empleada por los jueces constitucionales en casos de este tipo suele llamarse *ponderación (o balanceo) de principios*, y consiste en instituir entre los dos principios implicados una jerarquía: a) *axiológica*, y b) *móvil*²².

a) Una jerarquía axiológica, como se recordará, es una relación *de valor* instituida por el intérprete mediante un propio juicio comparativo de valor²³. Para resolver la antinomia en cuestión no hay otra forma de operar sino atribuyendo a una de las dos normas en conflicto un mayor «peso», es decir, un *mayor valor* respecto de la otra. La norma dotada de mayor valor prevalece, en el sentido de que es aplicada; la norma axiológicamente inferior sucumbe

¹⁸ Se trata nuevamente de (discutible) derecho jurisprudencial.

¹⁹ Mejor dicho, «no aplicada».

²⁰ Corte cost. 399/1987, 168/1991, 117/1994.

²¹ Corte cost. 168/1991, además de 1146/1988.

²² En la ya vasta literatura, véase R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, 1993; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, pp. 216 y ss.; M. CARBONELL y P. P. GRÁNDEZ CASTRO (eds.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Lima, Palestra, 2010; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, op. cit., cap. VII.

²³ *Supra*, cap. XX.

—no en el sentido de que sea inválida o sea abrogada, sino— en el sentido de que es *dejada de lado* o no aplicada.

b) Una jerarquía móvil es, por otra parte, una relación *inestable, mutable*, que vale solo para el caso concreto, pero que podría invertirse con ocasión de un caso concreto diverso. En otras palabras, el juez constitucional no sopesa el valor de los principios en abstracto y de manera definitiva, sino que valora el posible impacto de su aplicación *al caso concreto*. No se excluye que, en un caso diverso, el principio que hoy ha sido dejado de lado sea en el futuro aplicado, y el principio que hoy ha sido aplicado sea dejado de lado²⁴.

Algún ejemplo puede resultar ilustrativo. En algunas ocasiones, la Corte constitucional ha considerado que el principio de autonomía regional debe prevalecer sobre el principio de igualdad (inadmitiendo la comparación entre normas estatales y normas regionales, o entre normas de diferentes Regiones, para valorar la eventual violación del principio de igualdad)²⁵. En otras ocasiones, ha considerado que el principio de autonomía regional debe ceder frente al principio de igualdad como, por ejemplo, en relación a la incompetencia de las Regiones en materia penal²⁶, o sobre la incompetencia de las Regiones en materia civil²⁷. En otras ocasiones, la Corte ha considerado que el así llamado principio de igualdad formal (dispuesto en el art. 3.1, Const. it.) debe prevalecer sobre el así llamado principio de igualdad sustancial (art. 3.2, Const. it.) como, por ejemplo, en los casos de inconstitucionalidad de la prohibición del trabajo nocturno para las mujeres²⁸, y de inconstitucionalidad de las cuotas en las listas electorales²⁹. Y en otras todavía ha considerado, al contrario, que el principio de igualdad sustancial debe prevalecer sobre el principio de igualdad formal como, por ejemplo, en los casos de constitucionalidad de acciones positivas para las nuevas empresarias³⁰, o de constitucionalidad de un tratamiento más favorable para los trabajadores en el ámbito del proceso laboral³¹.

²⁴ Se entiende que el juicio de constitucionalidad, allí donde se realiza de forma «concentrada» (como sucede en general en los ordenamientos europeos), aunque ocasionado «incidentalmente» por una controversia concreta (como en el ordenamiento italiano), tiene por objeto —no ya la propia controversia sino— la conformidad a la constitución de una norma de ley. De esta forma, en ordenamientos como aquel vigente en Italia, el juez constitucional no decide exactamente «casos» —en el sentido de casos concretos (tampoco cuando la cuestión de constitucionalidad nace por vía incidental en el curso de un proceso que tiene por objeto un caso concreto)— sino *clases de casos*. Por el contrario, en los sistemas de control difuso, el juez constitucional decide casos concretos en sentido estricto.

²⁵ Corte cost. 234/1988, 143/1989, 103/1991, etcétera.

²⁶ Corte cost. 58/1959, 142/1969.

²⁷ Corte cost. 109/1957, 6/1958.

²⁸ Corte cost. 210/1986.

²⁹ Corte cost. 422/1995.

³⁰ Corte cost. 109/1993.

³¹ Corte cost. 13/1977.

5. EL CRITERIO DE ESPECIALIDAD

El criterio de solución (mejor dicho, de composición) de las antinomias llamado «de especialidad»³² —«*lex specialis derogat legi generali*»— requiere un discurso aparte³³. Aquel tiene dos variantes, entre las cuales es conveniente distinguir³⁴.

i) *Primera variante*. En una primera variante, el criterio de especialidad es una técnica de composición de antinomias que se aplica cuando estamos frente a una antinomia entre dos normas —contiguas, o al menos del mismo rango en la jerarquía de las fuentes³⁵— que mantienen una relación de regla-excepción. Esto es, cuando estamos frente a una antinomia de tipo parcial unilateral.

Dos normas mantienen una relación de regla-excepción toda vez que una de ellas (la «regla») disciplina de un determinado modo una clase de supuestos de hecho H, y la segunda (la «excepción») disciplina en modo incompatible una clase de supuestos de hecho H1 que constituye una subclase de H, o bien un supuesto de hecho concreto que forma parte de la clase H³⁶.

En virtud del criterio de especialidad, se considera —no que una de las dos normas en conflicto sea inválida o abrogada sino— que una de ellas, y precisamente la norma más general, es simplemente derogada por la otra. La norma

³² Texto fundamental en la materia es S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, 2011. El criterio de especialidad no es prescrito en general por ninguna norma positiva. El art. 15 Cod. pen. it. («Cuando más de una ley penal o más de una disposición de la misma ley penal regulen la misma materia, la ley o la disposición de ley especial deroga la ley o la disposición de ley general, excepto que sea establecida otra cosa») prescribe un método de elección no entre normas en conflicto sino entre normas concurrentes.

³³ El uso del criterio de especialidad es, en ocasiones, fruto de una decisión interpretativa autónoma del órgano de aplicación; en otras, es prescrito directamente por el legislador. En este último caso, a veces se indica expresamente que una determinada norma es excepción de otras y, por tanto, es «especial» respecto a esta («Queda derogada...» y expresiones similares); y, otras veces, es indicado expresamente que una determinada norma sufre excepciones y, por tanto, es norma «general» respecto a otras («Salvo lo prescrito por...» y similares).

³⁴ Dicho sea de paso: el uso del criterio de especialidad no implica especiales problemas cuando se presenta una antinomia entre dos normas contiguas (expresadas, por ejemplo, por dos diversas disposiciones de una misma ley). Los problemas nacen, por el contrario, cuando se quiere aplicarlo a normas en las que una de ellas es cronológicamente sucesiva a la otra. En efecto, en estos casos el criterio de especialidad interfiere fatalmente con el principio cronológico («*lex posterior*»). Véase N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, pp. 113 y ss. Según una difundida forma de pensar, a) la norma anterior general no es abrogada sino solo derogada por aquella posterior especial, y b) la norma anterior especial no es abrogada por la norma general sucesiva sino que, por el contrario, constituye una derogación de la general («*lex posterior generalis non derogat priori specialis*»). Sobre la tesis a), aunque discutible, se puede convenir. Pero la tesis b) no tiene ningún fundamento en el derecho positivo italiano, pareciendo más bien contradecir el art. 15, Disp. prel. cod. civ. it. Véase a este respecto Corte cost. 29/1976.

³⁵ Aquello que es bastante pacífico es que el criterio de especialidad no es aplicable cuando las dos normas en conflicto están ordenadas jerárquicamente.

³⁶ Por supuesto, se puede decir que dos normas mantienen una relación de regla-excepción solo después de la interpretación.

(relativamente) más específica constituye una excepción a aquella (relativamente) más general. Ambas son válidas y vigentes, pero la norma general no tiene aplicación (es derogada) allí donde resulta aplicable la norma particular. En este sentido, la norma especial «prevalece» sobre aquella general: aquella *deroga*, es una excepción, de la norma general³⁷.

ii) *Segunda variante.* En una segunda variante, el criterio de especialidad es una técnica de composición de antinomias que se aplica cuando estamos en presencia de una antinomia entre dos normas —contiguas, o al menos del mismo rango en la jerarquía de las fuentes— cuyos ámbitos de aplicación se superponen parcialmente. Esto es, cuando estamos frente a una antinomia de tipo parcial bilateral.

También en este caso, el criterio de especialidad induce a concluir —no que una de las dos normas en conflicto es inválida o abrogada, sino— que una de ellas es simplemente derogada por la otra. El punto es que, en presencia de una antinomia de este tipo, no estamos frente a una norma (relativamente) más específica y otra (relativamente) más general. Más bien, estamos frente a normas igualmente generales cuyos ámbitos de aplicación se intersecan.

En estas circunstancias, el criterio de especialidad puede ser utilizado solo después de haber instituido entre las dos normas en conflicto una relación jerárquica y, precisamente, una relación de *jerarquía axiológica*.

Imaginemos, por ejemplo, que una primera norma N1 tutele el derecho a la intimidad de la vida privada, y otra norma N2 garantice la libertad de prensa. Imaginemos ahora la publicación de una noticia periodística relativa a las costumbres sexuales de Juan Pérez que, por un lado, viola el derecho a la intimidad de este señor pero, por el otro lado, constituye un legítimo ejercicio de la libertad de prensa. En otras palabras: un mismo comportamiento es calificado como ilícito por N1, y lícito por N2. Pues bien, en un caso como este se puede *indistintamente* sostener:

a) Que la norma N1 es una regla general y que N2 es una excepción a aquella. Por consiguiente, la libertad de prensa «cede» frente al derecho a la

privacidad: el derecho a la privacidad no puede ser violado (tampoco) en ejercicio de la libertad de prensa.

b) O también se puede sostener justamente lo opuesto, esto es, que la norma N2 es una regla general y que N1 es una excepción a aquella. Por consiguiente, el derecho a la intimidad «cede» frente a la libertad de prensa: la libertad de prensa puede ser ejercida incluso en violación del derecho a la intimidad.

Pero optar por una u otra solución presupone una jerarquía de valor entre las dos normas en cuestión. En el caso a), la norma N2 es axiológicamente supraordenada a la norma N1, de modo que N1 es derogada. En el caso b), por el contrario, la norma N1 es axiológicamente supraordenada a la norma N2, de modo que N2 es la norma derogada. De otra manera la antinomia sería irresoluble.

³⁷ Si, por ejemplo, una norma N1 prohíbe el comercio de sustancias estupefacientes en general y otra N2 permite el comercio del cáñamo (presuponiendo que el cáñamo sea una sustancia estupefaciente), en aplicación del criterio de especialidad se considerará que ambas normas son válidas y vigentes, pero que N1 ha sido derogada por N2. Ello se resuelve en una interpretación restrictiva de N1, en virtud de la cual N1 prohíbe no ya el comercio de cualquier sustancia estupefaciente sino solo el comercio de sustancias estupefacientes que no sean cáñamo. En resumen, N1 es reformulada en sede interpretativa, incorporando en ella la norma N2, esto es, introduciendo en N1 una cláusula de excepción o de exclusión. Tómense como ejemplos los arts. 2.043 y 2.044 Cod. civ. it. En un sentido, estamos no frente a dos normas distintas («Si daño injusto, entonces responsabilidad», «Si legítima defensa, entonces no responsabilidad»), sino frente a una sola norma que incorpora una excepción («Si daño injusto y no legítima defensa, entonces responsabilidad», o bien «Si daño injusto, entonces responsabilidad, salvo legítima defensa»). Aquí, se podría decir, «no existe una verdadera incoherencia, sino solo una forma de expresarse que puede ser parafraseada mediante una sola norma» [A. Ross, *On Law and Justice*, op. cit., p. 130 (trad. esp. *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit.)].