

# I

## ANTINOMIAS

### 1. NOCIÓN DE ANTINOMIA

Puede suceder —en verdad sucede continuamente— que dos normas dispongan para un *mismo* supuesto de hecho (una circunstancia o una combinación de circunstancias), singular y concreto, consecuencias jurídicas entre ellas *incompatibles*<sup>1</sup>. En virtud de una primera norma, N1, el caso F tiene la consecuencia G; en virtud de una segunda norma, N2, el mismo caso F tiene la consecuencia no-G. Estas situaciones de conflicto, contraste o incompatibilidad entre normas se llaman comúnmente «antinomias»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> «Se produce una incoherencia entre dos normas cuando efectos jurídicos incompatibles están relacionados con una misma circunstancia de hecho» (A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, p. 128). Obsérvese: el concepto de antinomia, al igual, por otra parte, que el de laguna (volveremos sobre esto en el próximo capítulo), es una variable dependiente del modo de concebir las normas jurídicas. Para quienes conciben las normas jurídicas como calificaciones deónticas del comportamiento («El comportamiento x es obligatorio», «El comportamiento y está prohibido», «El comportamiento z está permitido», etc.), las antinomias se presentan como calificaciones incompatibles de una misma conducta: se produce una antinomia cuando un mismo comportamiento es calificado como obligatorio y prohibido (contrariedad), o bien prohibido y permitido (contradicción), o incluso obligatorio y facultativo (contradicción). Para quienes en cambio conciben las normas como enunciados condicionales que relacionan supuestos de hecho a consecuencias jurídicas, las antinomias se presentan como consecuencias incompatibles relacionadas con un mismo supuesto de hecho. Este último es el punto de vista adoptado en el texto.

<sup>2</sup> En la vasta literatura: N. Bobbio, «Antinomia», en *Novissimo digesto italiano*, vol. I, Torino, 1957, pp. 667 y s.; G. Gavazzi, *Delle antinomie*, Torino, 1959; N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, cap. III; A. Ross, *On Law and Justice*, cit., § 26; Ch. Perelman (ed.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, 1965; N. Bobbio,

Dicho de otra manera: se produce una antinomia toda vez que un caso concreto es susceptible de dos soluciones distintas y opuestas. En circunstancias de este tipo, no resulta posible decidir sobre el caso. O mejor dicho: el caso, admitiendo dos soluciones, puede resolverse indiferentemente en un modo o en otro. Podría por tanto suceder que un cierto caso fuese resuelto de un cierto modo por un determinado juez, y otro caso del todo análogo al primero fuese resuelto de modo opuesto por otro juez o (¿por qué no?) incluso por el mismo juez en otra ocasión: incurriendo en evidente violación del principio de igualdad y del valor de certeza del derecho.

Se llama «coherente» al conjunto de normas que carece de antinomias<sup>3</sup>. Se llama «incoherente» a un conjunto de normas incluso si presenta una sola antinomia.

## 2. TIPOS DE ANTINOMIAS

Se pueden distinguir dos tipos fundamentales de antinomias: antinomias «en abstracto» (o necesarias) y antinomias «en concreto» (o contingentes). En general, las primeras son relativamente raras; las segundas, por el contrario, son extremadamente frecuentes (y probablemente inevitables).

(1) *Antinomias en abstracto*. Tenemos una antinomia «en abstracto» cada vez que dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a casos abstractos (es decir, a *clases* de casos concretos) que se superponen *conceptualmente*. De manera que la antinomia puede ser

*Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, p. 95 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., 313 y ss.; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, V ed., Padova, 1984, pp. 178 y ss.; T. Mazzaresse, «Antinomia», en *Digesto delle discipline privatistiche*, IV 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.

<sup>3</sup> La coherencia (en inglés: *consistency*) hay que distinguirla de 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 inaprehensible. Cfr. de todos modos N. MacCormick, «La congruenza nella giustificazione giuridica» (1983), en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, I, Torino, 1987, pp. 243 y ss.; M. Ruiz Sanz, *La construcción coherente del Derecho*, Madrid, 2009.

identificada ya en sede de interpretación textual, «en abstracto», sin que por tanto haga falta representarse un caso 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 cada caso 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*. Tenemos una antinomia «en concreto» —o contingente<sup>4</sup>— siempre que, en sede de aplicación, se advierte que dos normas, que no entran en conflicto en abstracto, conectan sin embargo consecuencias jurídicas incompatibles a un mismo caso *concreto*. Tal cosa sucede toda vez que un caso concreto (o una subclase de casos concretos) se inscribe simultáneamente en dos clases de casos *conceptualmente independientes* para los cuales el derecho establece consecuencias jurídicas incompatibles. De manera que la antinomia puede ser identificada solo en sede de aplicación de las normas a un caso concreto (al cual, precisamente, por azar, le son aplicables ambas).

Imaginemos —el ejemplo es insulso, pero nos da una idea— que una primera norma disponga «Los ciudadanos deben pagar los impuestos» y una segunda norma disponga «Las personas desempleadas no deben pagar impuestos». Los casos abstractos a los que se refieren las dos normas —respectivamente «ciudadanos» y «personas desempleadas»— son conceptualmente inconexos: que de hecho haya, o no haya, ciudadanos desempleados es contingente (podría existir pleno empleo; las únicas personas en el paro podrían ser inmigrantes extranjeros). Por lo tanto, el conflicto entre las dos normas en cuestión no es necesario: no se presentará antinomia alguna mientras haya pleno empleo; no se presentará antinomia alguna si existe desocupación solo entre los inmigrantes; en cualquier caso, no se presentará antinomia alguna mientras se trate de decidir si la obligación tributaria grava a los ciudadanos con empleo o a los extranjeros y apátridas desempleados. Pero se presen-

<sup>4</sup> W. Malgoud, «Les antinomies en droit. À propos de l'étude de G. Gavazzi», en Ch. Perelman (ed), *Les antinomies en droit*, cit., p. 18. Malgoud pone el ejemplo de Orestes, al cual una norma le impone vengar al padre (Agamenón), matando a su asesina (Clitemnestra), y otra norma le impone respetar a los padres. Pero la asesina de su padre es precisamente su madre. No hay antinomia en abstracto entre la norma que obliga vengar a los padres y la que impone respetarlos. La antinomia nace en concreto de la circunstancia, casual, de que el asesino de Agamenón es precisamente Clitemnestra.

tará una antinomia toda vez que se discuta la obligación tributaria de un ciudadano desempleado. Tal cosa sucede por la simple razón que —no obstante ser conceptualmente inconexos los dos casos abstractos<sup>5</sup>—, de hecho se verifican casos concretos que entran en el campo de aplicación de ambas normas: los ciudadanos desempleados pertenecen tanto a la clase de los ciudadanos como a la de las personas desempleadas. No se presentaría ninguna antinomia si, de hecho, la clase de los ciudadanos desempleados estuviese vacía, es decir, si no hubiese ciudadanos desempleados o no hubiese desempleados ciudadanos.

O incluso: una primera norma dispone que es obligatorio detener el coche frente a un semáforo en rojo; una segunda norma prohíbe detener el coche en los alrededores de las instalaciones militares. Los casos regulados por las dos normas (respectivamente: «semáforo rojo» y «alrededores de las instalaciones militares») son inconexas, de manera que entre las dos normas no se produce, en abstracto, antinomia alguna. Para que una antinomia se presente basta sin embargo que alguien tenga la «poco brillante [...] idea de ubicar un semáforo en las proximidades de una instalación militar»<sup>6</sup>.

Las antinomias en abstracto dependen de la estructura conceptual del discurso de las fuentes, mientras que las antinomias en concreto dependen, por así decir, de aquello que sucede en el mundo, es decir, de las circunstancias de hecho<sup>7</sup>.

Por otra parte, las clases de casos regulados por las dos normas que forman la antinomia pueden superponerse *completamente* o *parcialmente*<sup>8</sup>.

(i) *Antinomias totales*. Tenemos superposición total siempre que las dos normas conectan consecuencias incompatibles con la *misma* clase de supuestos de hecho. Por ejemplo una norma califica el divorcio como permitido y otra lo califica como no permitido<sup>9</sup>.

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

<sup>5</sup> Ciudadanía y empleo son, evidentemente, conceptos independientes.

<sup>6</sup> J.L. Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, 2002, p. 93, del cual tomo el ejemplo.

<sup>7</sup> Las antinomias en cuestión se producen entre dos normas «por la casual configuración, en la realidad, de aquello sobre lo que ellas [las normas] versan» (T. Mazzaresse, «Antinomia», en *Digesto*, IV ed., Torino, 1987, § 3). Cfr. también G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, p. 170.

<sup>8</sup> A. Ross, *On Law and Justice*, cit., p. 128 ss.; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 143; P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile*, cit., pp. 276 y ss.

<sup>9</sup> Las antinomias totales son además antinomias en abstracto.

(a) *Antinomias parciales unilaterales*. En primer lugar, puede suceder que la clase de supuestos de hecho regulada por una norma esté enteramente incluida en la clase de supuestos de hecho regulada por la otra. Retomemos el ejemplo dado más arriba: una norma N1 prohíbe el aborto sin ulteriores especificaciones (es decir, toda la clase de los abortos); otra norma N2 permite el aborto terapéutico (que es una subclase de los abortos). No se produce antinomia cuando estén en discusión abortos no terapéuticos (prohibidos por N1), pero se produce antinomia cuando estén en discusión abortos terapéuticos, que están permitidos por N2 pero prohibidos por N1.

(b) *Antinomias parciales bilaterales*. En segundo lugar, puede suceder que se produzca una intersección entre las dos clases de supuestos de hecho, de manera que algunos, *pero solo algunos*, de los casos regulados por una norma coincidan con algunos, *pero solo algunos*, de los casos regulados de manera incompatible por la otra. Por ejemplo, una norma N1 dicta una regulación cualquiera para los «reglamentos», mientras otra norma N2 dicta una regulación incompatible para los «actos ministeriales»<sup>10</sup>: no se produce antinomia cuando estén en discusión actos ministeriales no reglamentarios (regulados solo por N2), o reglamentos no ministeriales (regulados solo por N1); pero se produce antinomia cuando estén en discusión reglamentos ministeriales (regulados de manera incompatible tanto por N1 como por N2).

### 3. ANTINOMIAS E INTERPRETACIÓN

Tradicionalmente los conflictos entre normas se discuten bajo la rúbrica de la interpretación, como si su solución fuese un problema interpretativo. Pero la cuestión no es exactamente así.

Hay que empezar por la constatación que las disposiciones normativas son (si no siempre, casi siempre) equívocas: es decir, admiten más de una interpretación. Y cada interpretación distinta hace que de una misma disposición se desprenda una norma distinta.

Por ejemplo: el art. 40 de la Constitución italiana dispone que «El derecho de huelga se ejerce en el ámbito de las leyes que lo regulan»; el art. 503 Cód. penal italiano —ahora parcialmente anulado por inconstitucionalidad<sup>11</sup>— sanciona (sancionaba) la huelga «con fines po-

<sup>10</sup> Se sobrentiende que algunos reglamentos (pero no todos) son actos ministeriales y que algunos actos ministeriales (pero no todos) son reglamentos.

<sup>11</sup> Tribunal Constitucional italiano 290/1974.

líticos». Ahora bien, el art. 40 de la Constitución italiana admite (entre otras) dos interpretaciones: (i) está permitido abstenerse colectivamente de trabajar (solo) con fines contractuales (la así llamada huelga «económica»); (ii) Está permitido abstenerse colectivamente de trabajar para defender cualquier interés, incluso político, de los trabajadores. Si se adopta esta segunda interpretación, las dos disposiciones expresan normas incompatibles<sup>12</sup>; si se adopta la primera, no se presenta ninguna antinomia.

O incluso: la Constitución italiana (art. 70) reserva a las Cámaras la función legislativa y al Gobierno (arts. 76 y 77) la adopción, bajo ciertas condiciones, de actos con fuerza de ley. Se sigue de esto que ningún acto administrativo puede derogar la ley, porque solo actos con fuerza de ley pueden derogar las leyes. El art. 2, apartado 1, del Texto único de las leyes de seguridad pública (R.D. 773/1931), dispone que «El Prefecto, en caso de urgencia o por grave necesidad pública, tiene facultad de adoptar las medidas [administrativas] indispensables para la tutela del orden público y de la seguridad pública». Esta disposición puede ser entendida en el sentido que (i) el Prefecto puede adoptar medidas de urgencia solo en el ámbito de las leyes vigentes, o bien en el sentido que (ii) el Prefecto puede adoptar medidas de urgencia incluso derrotando una ley. Si se adopta esta segunda interpretación, las dos disposiciones expresan normas incompatibles; si se adopta la primera<sup>13</sup>, no se presenta antinomia alguna.

Más en general, supongamos que tenemos dos disposiciones normativas, D1 y D2, cada una de las cuales admite dos interpretaciones distintas: D1a y D1b y, respectivamente, D2a y D2b. Supongamos además que D1a es incompatible con D2a. Las interpretaciones combinadas posibles de las dos disposiciones son obviamente cuatro: (i) D1a y D2a, (ii) D1a y D2b, (iii) D1b y D2a, (iv) D1b y D2b. Pues bien, si se escoge la combinación (i) se crea una antinomia. Pero basta escoger una cualquiera de las tres combinaciones restantes para que la antinomia desaparezca o, mejor dicho, no se presente.

En este sentido las antinomias son fruto de interpretación.<sup>14</sup> Pero, naturalmente, la interpretación, si puede crear una antinomia, también

<sup>12</sup> Es obviamente esta segunda la interpretación recogida por el Tribunal en la sentencia citada en la nota anterior.

<sup>13</sup> Que hace propia el Tribunal Constitucional, en un primer momento con una sentencia interpretativa desestimatoria (Tribunal Constitucional italiano 8/1956), y después con una sentencia interpretativa estimatoria (Tribunal Constitucional italiano 26/1961).

<sup>14</sup> Lo ha mostrado de manera magistral G. Gavazzi, *Delle antinomie*, cit., cap. I.

puede evitarla, prevenirla<sup>15</sup>. Así son las cosas, por tanto, en cuanto a la relación entre antinomias e interpretación.

(i) En primer lugar, una antinomia puede (tal vez no siempre, pero seguramente en muchos casos) evitarse, o prevenirse, por medio de oportunas precauciones interpretativas. En el sentido que puede interpretarse que los textos normativos expresan normas entre ellas compatibles, de manera que no se presente ninguna antinomia<sup>16</sup>.

Podemos decirlo así: en una *primera* interpretación (o interpretación *prima facie*) dos disposiciones expresan normas antinómicas. Sin embargo, es posible revisar y, en definitiva, descartar esta primera interpretación, procediendo a una *segunda* y distinta interpretación, de manera tal que no se presente ninguna antinomia<sup>17</sup>.

Supongamos que una disposición legislativa admita dos interpretaciones en conflicto, N1 y N2, donde N1 es conforme a la constitución, mientras N2 se opone a ella. Pues bien, si la disposición en cuestión fuese entendida en el sentido N2, sería inevitable el surgimiento de una antinomia (entre ley y constitución). Pero si se entiende en cambio dicha disposición en el sentido N1, se evita así la antinomia. Esto es lo que se llama «interpretación conforme»<sup>18</sup>.

(ii) En segundo lugar, una antinomia —así como puede evitarse mediante interpretación, del mismo modo— puede también producirse mediante interpretación. En el sentido que puede interpretarse que los textos normativos expresan normas incompatibles.

Retomemos el ejemplo precedente: tenemos una disposición legislativa que admite dos interpretaciones en conflicto, N1 y N2, donde N1 es conforme a la constitución, mientras N2 se opone a ella. Así como se puede escoger la interpretación conforme a la constitución (N1), evitando la antinomia, también se puede escoger la interpretación opuesta a la constitución (N2), con el resultado de producir la antinomia.

Naturalmente la producción de una antinomia mediante interpretación, si es llevada a cabo por un órgano jurisdiccional, no es el prelu-

<sup>15</sup> Ver los muchos ejemplos citados por P. Foriers, «Les antinomies en droit», en Ch. Perelman (ed), *Les antinomies en droit*, cit., pp. 20 y ss.

<sup>16</sup> Ch. Perelman, «Les antinomies en droit. Essai de synthèse», en Ch. Perelman (ed), *Les antinomies en droit*, cit., p. 398, 403.

<sup>17</sup> 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; P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, pp. 297 y s.

<sup>18</sup> Volveremos sobre este punto en su momento: parte tercera, cap. IV.

dio de una sentencia de *non liquet*, sino que está predispuesta, más bien, a la no aplicación, o incluso a la anulación, de una de las dos normas en conflicto. Por otra parte, si es llevada a cabo por un jurista, la creación interpretativa de una antinomia está predispuesta a algún tipo de maniobra de política del derecho: según los casos, puede tratarse de una recomendación *de lege ferenda* o *de sententia ferenda*.

(iii) En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, la identificación de una antinomia presupone la interpretación: no se producen antinomias antes de la interpretación; una antinomia solo puede presentarse cuando se ha consumado ya la interpretación.

(iv) En cuarto lugar, puesto que las antinomias son fruto de interpretación o, en cualquier caso, siguen —no preceden— a la interpretación, toda antinomia abre no propiamente un problema interpretativo, sino un problema de otra naturaleza. Es decir, una antinomia no puede «resolverse» por vía interpretativa (advírtase: una cosa es resolver una antinomia, otra cosa es prevenirla o evitarla):

(a) Por una lado, por la simple razón que si la antinomia se presenta lo hace solo cuando la interpretación ya ha concluido<sup>19</sup>.

(b) Por otro lado, por la no tan simple razón que para resolver una antinomia hay que «eliminar» —en algún sentido que habrá que precisar<sup>20</sup>— o al menos derrotar una de las dos normas en conflicto (o, quizás, eliminar ambas); y «eliminar», así como derrotar, una norma son cosas que atañen a la producción del derecho antes que a la interpretación.

#### 4. MODOS DE SOLUCIÓN DE LAS ANTINOMIAS

En cierto sentido, las técnicas de solución de las antinomias no son objeto de la teoría de la interpretación, dado que (aunque con alguna excepción no marginal) son reguladas por normas jurídicas positivas<sup>21</sup>,

<sup>19</sup> Claro está que es en sentido lógico, no cronológico, que las antinomias «siguen» —no «preceden»— a la interpretación.

<sup>20</sup> Una de las dos normas podría ser considerada derogada por entrar en conflicto con una norma posterior en el tiempo, o anulada por entrar en conflicto con una norma materialmente superior; en el ordenamiento italiano vigente (como veremos) una norma legislativa debe ser «inaplicada» (es decir, dejada de lado) cuando entre en conflicto con una norma comunitaria.

<sup>21</sup> Se alude en particular: (i) al art. 15 disp. prel. Cód. civil italiano, que establece el principio «lex posterior derogat priori»; (ii) a todas aquellas disposiciones que esta-

y son distintas según el tipo de fuentes involucradas. Sucintamente, en el derecho italiano vigente la situación es la siguiente.

Una antinomia puede presentarse en al menos tres circunstancias distintas:

(1) Primer caso: antinomias entre normas provenientes de dos fuentes distintas, pero del mismo tipo (por ejemplo, dos leyes estatales ordinarias).

Pues bien, dos fuentes semejantes normalmente habrán sido dictadas en momentos distintos. En estos casos, la antinomia se resuelve dando la preferencia a la norma más reciente en el tiempo. La norma posterior debe ser aplicada, la norma anterior debe considerarse derogada, no ya en vigor.

De este modo, se aplica el así llamado principio cronológico, dispuesto en el art. 15 disp. prel. Cód. civ. italiano: la norma posterior deroga a la anterior («*lex posterior derogat legi priori*»).

(2) Segundo caso: antinomias entre normas provenientes de dos fuentes de distinto tipo. Aquí hay que hacer una ulterior distinción.

(2.1) En primer lugar, es posible que las dos fuentes en cuestión tengan entre sí una relación jerárquica, es decir, que una de ellas esté materialmente subordinada a la otra, en el sentido que no le está permitido contradecirla. Es lo que sucede, por ejemplo, en las relaciones entre constitución y ley (la ley no puede contradecir la constitución: arts. 134, 136 y 138 Constitución italiana), entre ley delegada y decreto legislativo (el decreto legislativo no puede contradecir la ley delegada: art. 76 Constitución italiana), entre ley y reglamento del ejecutivo (el reglamento no puede contradecir la ley: art. 4 disp. prel. Cód. civ. italiano).

En estos casos se debe aplicar la norma «superior». En cuanto a la norma inferior, esta es inválida: si es una norma de rango legislativo debe ser anulada por el Tribunal Constitucional; si es de rango reglamentario no debe ser aplicada por los jueces civiles y debe ser anulada por los jueces administrativos.

De este modo se aplica el así llamado *principio jerárquico*: la norma superior invalida la inferior («*lex superior derogat legi inferiori*»).

blecen relaciones de jerarquía material entre una fuente y otra, disponiendo que una determinada fuente no puede válidamente contradecir a otra (ejemplo: arts. 134 y 138 Constitución italiana, prevalencia de la Constitución sobre la ley ordinaria; art. 4, apartado 1, disp. prel. Cód. civil italiano, prevalencia de la ley sobre el reglamento; etc.). El concepto de jerarquía material se ilustra *infra*, cap. IV.

Obsérvese: el ordenamiento incluye una multiplicidad de normas que, con variadas formulaciones, establecen una relación jerárquica entre una fuente y otra (entre constitución y ley ordinaria, entre leyes estatales de principio y leyes regionales de detalle, entre leyes y reglamentos, etc.). En virtud de tal relación jerárquica, a una determinada fuente le está prohibido contradecir otra fuente. El principio jerárquico, sin embargo, no está establecido *en general* por norma positiva alguna: es fruto, más bien, de generalizaciones doctrinales.

(2.2) En segundo lugar, es posible que las dos fuentes, no existiendo entre ellas relación jerárquica, 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 regular una materia que la constitución reserva a la ley del Estado, o que un decreto-ley pretenda regular 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, esta es inválida. Por ejemplo, la ley regional que invade la competencia estatal es inválida: no porque contradiga la ley del estado, sino porque viola la norma constitucional (por tanto una norma «superior») que determina la competencia regional<sup>22</sup>.

(2.3) En tercer lugar, es posible que las dos fuentes sean de igual rango en la jerarquía de las fuentes (la ley y el decreto-ley, por ejemplo) y que, teniendo ámbitos de competencia parcialmente distintos, de hecho cada una de ellas haya actuado en su ámbito de competencia.

En estos casos, se aplica una vez más el principio cronológico: la norma posterior deroga la anterior.

(3) Tercer caso: antinomia entre normas estatales y normas comunitarias (o, mejor dicho, de la Unión Europea). Este caso necesita una explicación independiente.

Dos posibles antinomias deben ser examinadas: la que se produce entre norma comunitaria y ley, y la que se produce entre norma comunitaria y constitución.

<sup>22</sup> Como surge del ejemplo, el criterio de la competencia es parasitario del principio jerárquico. Sobre las relaciones entre jerarquía y competencia, en la literatura reciente, ver G.U. Rescigno, «Gerarchia e competenza, tra atti normativi, tra norme», en *Diritto pubblico*, 1-2, 2010.

(3.1) En el caso de antinomia entre una norma comunitaria y una norma de rango legislativo —según la jurisprudencia constitucional—<sup>23</sup> debe aplicarse la norma comunitaria y debe dejarse de lado, inaplicarse, la norma interna, tanto si es anterior como si es posterior, poco importa<sup>24</sup>.

Sin embargo, la norma interna —aunque «dejada de lado», inaplicada— no es derogada, ni queda invalidada<sup>25</sup>. Sigue en el ordenamiento, por así decir, «en letargo»: podría recuperar eficacia en el momento en que la norma comunitaria fuese derogada (por un acto comunitario) y no sustituida.

(3.2) En el caso de antinomia entre una norma comunitaria y una norma constitucional, hay que hacer una ulterior distinción:

(a) En general, en el conflicto entre normas comunitarias y normas constitucionales —según la jurisprudencia constitucional<sup>26</sup>— la norma comunitaria (inopinadamente) prevalece, de manera que la norma constitucional debe ser dejada de lado e inaplicada<sup>27</sup>: en definitiva resulta derrotada<sup>28</sup>.

(b) Sin embargo, la norma comunitaria sucumbe cuando esté en conflicto con los principios constitucionales supremos o con las normas constitucionales que garantizan derechos inviolables: principios y normas que son —según el Tribunal Constitucional— absolutamente inderrotables<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> Se trata de derecho jurisprudencial.

<sup>24</sup> Tribunal Constitucional italiano 170/1984, 399/1987, 168/1991.

<sup>25</sup> Dado que, según el Tribunal Constitucional italiano, la norma comunitaria pertenece a un ordenamiento jurídico distinto y separado del ordenamiento interno, si bien «comunicante» con él, y ninguna norma puede provocar la derogación o invalidez de una norma que pertenece a un ordenamiento *distinto*: Tribunal Constitucional italiano 170/1984, 399/1987.

<sup>26</sup> Se trata, nuevamente, de (discutible) derecho jurisprudencial.

<sup>27</sup> O, mejor dicho, «no aplicada».

<sup>28</sup> Tribunal Constitucional italiano 399/1987, 168/1991, 117/1994.

<sup>29</sup> Tribunal Constitucional italiano 168/1991, y también 1146/1988.

## 5. INTERFERENCIAS ENTRE PRINCIPIO JERÁRQUICO Y PRINCIPIO CRONOLÓGICO

El criterio jerárquico («*lex superior*») y el cronológico («*lex posterior*») de resolución de antinomias pueden interferir<sup>30</sup>. Tal interferencia se verifica siempre que las dos normas en conflicto estén no solo establecidas en planos distintos de la jerarquía de fuentes, sino que hayan sido también dictadas en tiempos distintos.

La interferencia entre principio jerárquico y principio cronológico puede presentarse en dos situaciones distintas:

(i) En primer lugar, puede darse una antinomia entre dos normas, una de las cuales es al mismo tiempo jerárquicamente inferior pero cronológicamente posterior y la otra jerárquicamente superior pero cronológicamente anterior. Este es el caso, por ejemplo, de una norma de rango legislativo que se opone a una norma constitucional anterior o de una norma reglamentaria que se oponga a una norma legislativa anterior. En estas circunstancias, los dos criterios chocan entre sí: en virtud del criterio cronológico la norma inferior, en cuanto posterior, debería prevalecer sobre la norma superior (aunque sea superior); en virtud del criterio jerárquico, la norma inferior, en cuanto tal, debería sucumbir frente a la norma superior (aunque sea anterior).

Pero en realidad es aceptado sin discusión que, en caso de conflicto, el principio jerárquico prevalece sobre el cronológico. De manera que la norma inferior, independientemente del hecho de que sea anterior o posterior, es inválida cuando entra en conflicto con una norma superior. Por ejemplo, la ley posterior a la constitución que entra en conflicto con la propia constitución, claramente no deroga la constitución, sino que, al contrario, es inconstitucional y por lo tanto inválida.

(ii) En segundo lugar, puede darse una antinomia entre dos normas, una de las cuales es al mismo tiempo jerárquicamente superior y cronológicamente posterior a la otra. Este es el caso, por ejemplo, de una norma de rango legislativo que entra en conflicto con una norma constitucional posterior, o de una norma reglamentaria que entra en conflicto con una norma legislativa posterior. En estas circunstancias, los dos criterios no entran en conflicto, sino que concurren: la norma anterior e inferior, de hecho, puede indiferentemente considerarse o

<sup>30</sup> V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, cit., pp. 195 y ss.; A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, cit., pp. 111 y ss.; N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., pp. 113 y ss.

bien derogada por ser anterior (en virtud del principio cronológico), o bien inválida por ser inferior (en virtud del principio jerárquico).

El derecho vigente parece consentir ambas soluciones.

Por otra parte, cuando está en discusión una antinomia entre constitución y ley anterior a la constitución, doctrina y jurisprudencia parecen preferir decididamente la segunda, de manera que una norma legislativa en conflicto con la constitución, pero anterior a esta, debe considerarse no simplemente derogada, sino inválida, por inconstitucionalidad sobreviniente. Con la relevante consecuencia que la antinomia entre constitución y ley anterior no la pueden resolver los jueces comunes (por otra parte con efectos circunscritos al caso en cuestión), sino solo el Tribunal Constitucional (cuyas sentencias estimatorias tienen efectos *erga omnes*).

## 6. ESPECIALIDAD E INCOMPATIBILIDAD

El criterio de solución —o, mejor dicho, de composición— de las antinomias llamado «de especialidad» («*lex specialis derogat legi generali*»), que hasta aquí no ha sido siquiera mencionado, merece una explicación aparte. A diferencia de los criterios «*lex posterior*» y «*lex superior*», el criterio «*lex specialis*» no está prescrito en general por norma positiva alguna<sup>31</sup>: la mayoría de las veces es fruto de construcción jurídica<sup>32</sup>.

Comencemos por precisar el (o, mejor, un) concepto de norma especial<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> El artículo 15 del Cód. penal italiano dispone: «Cuando varias leyes penales o varias disposiciones de la misma ley penal regulan la misma materia, la ley o la disposición legal especial derrota la ley o la disposición legal general, salvo disposición en contrario». Aquí, sin embargo, el criterio de especialidad se prescribe como método para escoger no ya entre normas en conflicto (es decir, como método de solución de antinomias), sino entre normas concurrentes. Ver por ejemplo G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna, 2010, pp. 679 y ss.

<sup>32</sup> Normalmente, el uso del criterio de especialidad es fruto de una decisión interpretativa autónoma del órgano de aplicación. Solo ocasionalmente el uso del criterio de especialidad es prescrito directamente por el legislador: algunas veces indicando expresamente que una determinada norma plantea una excepción a otra, y es por tanto «especial» (o, mejor, «excepcional») respecto de esta (con fórmulas del tipo «Dejando sin efecto...» y similares); otras veces indicando expresamente que cierta norma sufre excepciones y es por tanto norma «general» respecto de otras (con fórmulas del tipo «Con excepción de lo prescrito...» y similares).

<sup>33</sup> Ver el trabajo fundamental de S. Zorzetto, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, 2011.

Dadas una norma N1 que regula la clase de casos F (supongamos: los transportes suburbanos) y una norma N2 que regula una subclase de la clase de casos incluidos en F (supongamos: los transportes suburbanos por carretera),<sup>34</sup> diremos que N1 es general en relación con N2, y simétricamente que N2 es especial en relación con N1. Simplemente: los casos regulados por las dos normas presentan una relación de género a especie<sup>35</sup>.

Ahora bien, una norma especial puede, según los casos, constituir una *especificación* de la norma general<sup>36</sup>, o en cambio puede plantear una *excepción* a la norma general<sup>37</sup>.

Una norma especial plantea una excepción a una norma general siempre que disponga —para uno o más casos incluidos en el campo de aplicación de la norma general— una consecuencia jurídica incompatible con aquella dispuesta por la norma general. Para ser más precisos, en estos casos no se debería hablar de normas especiales, sino más bien de normas *excepcionales*<sup>38</sup>.

Evidentemente, el criterio llamado «de especialidad» —en tanto criterio de solución de antinomias— se alega en presencia de normas generales y normas excepcionales, es decir, de normas especiales que sean además *incompatibles* con las relativas normas generales. Solo de una norma excepcional se puede decir que derrota (en el caso en que verdaderamente derrote) a una norma general<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> Es decir, un supuesto de hecho concreto incluido en la clase F.

<sup>35</sup> Como se ve, especialidad y generalidad son conceptos de relación. Por otra parte, el ilustrado en el texto (relación de género a especie *de los supuestos de hecho regulados*) no es el único tipo de especialidad concebible: volver a ver S. Zorzetto, *La norma speciale*, cit., cap. I.

<sup>36</sup> Por ejemplo, «Todos los ciudadanos deben pagar el impuesto sobre inmuebles», «Los ciudadanos de Liguria deben pagar un impuesto sobre inmuebles equivalente al x%».

<sup>37</sup> Por ejemplo, «Todos los ciudadanos deben pagar el impuesto sobre inmuebles», «El impuesto sobre inmuebles no lo deben pagar los ciudadanos que residan en otros municipios».

<sup>38</sup> Dos normas guardan entre sí una relación de regla y excepción en la siguiente circunstancia. Supongamos que una norma N1 regula de un determinado modo una determinada clase de supuestos de hecho F («Si F, entonces G»). En principio, la clase de supuestos de hecho F incluye diversas subclases: F1, F2, F3, etc. Entre la clase F y sus subclases, evidentemente, media una relación de «género» a «especie». Supongamos además que una segunda norma N2 regula de manera incompatible una de estas subclases, por ejemplo F2 («Si F2, entonces no-G»). De este modo, la norma N2 excluye del campo de aplicación de la norma N1 la subclase de supuestos de hecho F2, y por tanto lo restringe. Pues bien, en estos casos, se suele decir indiferentemente que N2 constituye una norma «especial» respecto de N1, que N2 «plantea una excepción» a N1, o que N2 «derrota» a N1. Por ejemplo, el art. 2046 del Cód. civil italiano («No responde por las consecuencias del hecho dañoso quien no tenía capacidad de discernimiento y voluntad en el momento en que lo ha cometido [...]») derrota a la norma (más general dispuesta en el art. 2043 («Cualquier hecho doloso o culposo, que causare a otros un daño injusto, obliga a quien lo haya cometido a resarcir el daño»)).

<sup>39</sup> Solo si por norma especial se entiende (como casi siempre sucede) norma excepcional, se puede sostener que el criterio de especialidad («lex specialis derogat legi

## 7. DOS VARIANTES DEL CRITERIO DE ESPECIALIDAD

El criterio de especialidad —la norma especial derrota a la general— conoce, sin embargo, dos posibles variantes, que conviene distinguir.

(i) *Primera variante*. En una primera variante, el criterio de especialidad es una técnica de resolución de antinomias que se aplica en presencia de una antinomia entre dos normas —contiguas, o en cualquier caso de igual rango en la jerarquía de fuentes<sup>40</sup>— que tengan entre ellas una relación de regla y excepción<sup>41</sup>: una antinomia, por tanto, del tipo parcial unilateral<sup>42</sup>.

generalis») no es otra cosa que una definición (apenas disfrazada) de norma especial (es decir, precisamente excepcional). Una norma excepcional es, de hecho, precisamente esto: una norma que presenta una excepción —y en este sentido derrota— a una norma relativamente más general. Desde este punto de vista, el criterio de especialidad se presenta no ya como una meta-norma para la solución de antinomias (lo que en efecto es), sino como una necesidad lógica (por definición, la excepción derrota a la regla general). Sin embargo, una definición, de por sí, no puede ofrecer una regla para la decisión de las controversias.

<sup>40</sup> Se puede dar por bueno que el criterio de especialidad no es aplicable cuando las dos normas en conflicto estén entre sí jerárquicamente ordenadas (la norma superior, aunque general, prevalece sobre la inferior, aunque especial).

<sup>41</sup> Hay que hacer notar que, de dos normas se puede decir que guardan entre sí una relación de regla y excepción solo una vez interpretadas: lo cual es bastante obvio. Es sin embargo importante entender —y esto no es para nada obvio (lo ha aclarado muy bien S. Zorzetto, *La norma speciale*, cit.)— que, en estos casos, el intérprete realiza no una, sino dos operaciones distintas: por un lado, interpreta en sentido estricto (es decir, atribuye significado a los textos involucrados); por otro lado, atribuye a una de las normas (obtenidas mediante interpretación) el valor de «regla» y a la otra el valor de «excepción» (esta segunda operación no es exactamente interpretativa, sino más bien «constructiva»). Así, la identificación de una norma como regla y de la otra como excepción no es tan «natural» como parece: depende de presuposiciones de variada naturaleza no lógicamente controlables. En muchos casos, se considera general la norma imperativa o prohibitiva y excepcional la norma permisiva o facultativa en el presupuesto ideológico-político de que el derecho, en cuanto ordenamiento normativo de la conducta, es esencialmente un conjunto de mandatos, cuya sola función es limitar la libertad «natural» (esa libertad, en sentido débil, de la que gozaría cada uno en un hipotético «estado de naturaleza», carente por completo de derecho); y que por lo tanto una norma jurídica positiva con contenido permisivo o facultativo no tiene otra función que la de circunscribir el campo de aplicación de una preexistente norma imperativa o prohibitiva (no tendría sentido establecer un permiso o una facultad que simplemente reiterase una libertad «primordial»).

<sup>42</sup> Por lo general, cuando se trata de normas contiguas, la antinomia es considerada por los intérpretes como «aparente», asumiendo que la voluntad de toda autoridad normativa es al menos sincrónicamente coherente. De manera que la antinomia se evita o previene con idóneas técnicas interpretativas: una de estas es precisamente el criterio de especialidad (otras son la interpretación restrictiva, la interpretación conforme, la interpretación sistemática, la ponderación).

En virtud del criterio de especialidad, se considera no que una de las dos normas en conflicto sea inválida o quede derogada, sino que una de ellas —y precisamente la norma más general— es simplemente derrotada por la otra. La norma (relativamente) más específica es una excepción respecto de aquella (relativamente) más general; ambas son válidas y vigentes, pero la norma general no se aplica (es precisamente derrotada) allí donde resulte aplicable aquella particular. En este sentido, la norma especial —más precisamente: excepcional— «prevalece» sobre la general: la primera derrota, plantea una excepción, a la segunda<sup>43</sup>.

Tómense por ejemplo los arts. 2043 y 2044 Cód. civ. italiano. Esquemáticamente: «Si daño injusto, entonces responsabilidad», «Si daño injusto y legítima defensa, entonces no responsabilidad»<sup>44</sup>.

En algún sentido se podría decir que se trata no ya de dos normas distintas, sino de dos fragmentos normativos, que se pueden recomponer en una única norma que incorpora una excepción: «Si daño injusto y no legítima defensa, entonces responsabilidad». De este modo, la norma general se reformula en sede interpretativa, incorporando a la misma la norma excepcional, es decir, introduciendo en la norma general una cláusula de excepción o de exclusión. En otras palabras, desde este punto de vista aquí «no existe una verdadera incoherencia, sino solo un modo de expresarse [del legislador] que puede ser parafraseado mediante una sola norma»<sup>45</sup>.

A pesar de esto, resulta más plausible sostener que en estos casos tenemos ante nosotros una incompatibilidad genuina, que se resuelve —en el ámbito de la construcción jurídica— adoptando un criterio de

<sup>43</sup> Si, por ejemplo, una norma N1 prohíbe el comercio de sustancias estupefacientes en general y otra norma N2 permite el comercio de cáñamo índico (suponiendo que el cáñamo índico se considere una sustancia estupefaciente), aplicando el criterio de especialidad se considerará que ambas normas son válidas y están vigentes, pero que N1 es derrotada por N2. Esto se resuelve a través de 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 índico.

<sup>44</sup> Recuérdese sin embargo lo que hemos dicho en una nota precedente a propósito de la identificación de una norma como regla y de otra norma como excepción. Parece «natural» considerar la clase de los daños provocados en el ejercicio de la legítima defensa como subclase de los daños sin ulteriores especificaciones. Pero no es así: la lógica no prohíbe considerar la clase de los actos de ejercicio de la legítima defensa que provocan daños como subclase de los actos de ejercicio de la legítima defensa sin ulteriores especificaciones. De nuevo: la identificación de una norma como regla y de otra como excepción depende de presupuestos no lógicamente controlables.

<sup>45</sup> A. Ross, *On Law and Justice*, cit., p. 130. Críticas perspicuas a este modo de ver, en S. Zorzetto, *La norma speciale*, cit., cap. VI.

preferencia entre las dos normas incompatibles (el criterio «*lex specialis*», precisamente). Criterio, hay que insistir, que —aunque pueda parecer obvio— es él mismo fruto de construcción jurídica, dado que en general no es prescrito por norma positiva alguna<sup>46</sup>.

Como quiera que sea, el uso del criterio de especialidad no plantea especiales problemas —parece realmente una operación completamente «natural»— cuando se presenta una antinomia entre dos normas contiguas (expresadas, por ejemplo, por dos disposiciones distintas de una misma ley). Los problemas nacen, sin embargo, cuando se lo quiere aplicar a normas diversamente dispuestas en el tiempo, de manera que una es cronológicamente posterior a la otra. En estos casos, de hecho, el criterio de especialidad interfiere inevitablemente con el principio cronológico («*lex posterior*»).

Pueden darse las dos situaciones siguientes<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Señala agudamente S. Zorzetto, *La norma speciale*, cit., pp. 532 y ss., que considerar las dos disposiciones del Cód. civ. italiano mencionadas más arriba como normas distintas o como fragmentos de una única norma parece tener consecuencias relevantes sobre la carga de la prueba. En el primer caso (normas distintas), parece que el actor debe probar (solo) el daño, y que toca al demandado probar la legítima defensa; en el segundo caso (única norma que incorpora una excepción), parece que el actor debe probar tanto el daño como la ausencia de legítima defensa.

<sup>47</sup> A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, Bologna, 1977, pp. 111 y ss.; N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., p. 113 ss. Un ejemplo. El art. 11, apartado 5, d. p. r. 382/1980 (modificado por las leyes 705/1985 y 118/1989), del ordenamiento italiano, prohíbe a los profesores universitarios a tiempo completo desempeñar cargos retribuidos por cuenta de cualquier sujeto que no sea una administración del Estado, un ente público, o un organismo con participación estatal mayoritaria. El art. 58, apartado 9, del decreto legislativo italiano 29/1993 (modificado por el art. 26 del decreto legislativo italiano 80/1998), a su vez, dispone que «los entes públicos económicos y sujetos privados no pueden conferir cargos retribuidos a dependientes públicos sin la previa autorización de la administración a la que pertenezcan dichos dependientes». Se puede inferir, a contrario, que entes públicos económicos y sujetos privados —al igual que las administraciones públicas (apartado 8)— pueden conferir cargos retribuidos a dependientes públicos, previa autorización de la administración a la que pertenecen. Por otra parte, esta norma se aplica a todos los dependientes de las administraciones públicas mencionadas en el art. 1, apartado 2, y en el art. 2, apartados 4 y 5, del mismo decreto legislativo italiano 29/1993: entre ellos se encuentran los profesores y los investigadores universitarios a tiempo completo (art. 2, apartado 5). Pues bien: se debe por tanto considerar que las nuevas disposiciones cambian el régimen preexistente de incompatibilidad de los profesores e investigadores a tiempo completo, de manera que también los profesores e investigadores a tiempo completo puedan ahora, previa autorización, aceptar cargos retribuidos no solo de las administraciones públicas (apartado 8), sino también de entes públicos económicos y de sujetos privados (apartado 9); ¿o al contrario se debe considerar que las nuevas disposiciones, en cuanto «generales», no derogan el régimen «especial» antes vigente relativo a los profesores e investigadores universitarios?

(a) La norma especial<sup>48</sup> es anterior a la general. En este caso —si la norma especial derrotase a la general— el criterio de especialidad debería reformularse de este modo: la norma especial no es derogada por la norma general posterior, sino que constituye una excepción a esta última (restringe su ámbito de aplicación): «*lex posterior generalis non derogat priori speciali*», como se suele decir en la doctrina.

Esta regla para la solución de las antinomias, sin embargo, no parece tener fundamento alguno en el ordenamiento italiano vigente, dado que, salvo las eventuales excepciones dispuestas por el legislador de manera expresa, la norma posterior, *aunque sea general*, deroga la anterior, *aunque sea especial*, en virtud del principio cronológico, que sí está establecido por el derecho positivo (art. 15 disp. prel. Cód. Civ. italiano). De manera que utilizar el criterio de especialidad para conservar la eficacia de una norma especial anterior constituye, *prima facie*, una violación del art. 15 disp. prel. Cód. civ. italiano.

Al menos se debe admitir, como hace el Tribunal Constitucional italiano, que «en la hipótesis en la que una ley general sobreviene a una ley especial, no es en absoluto verdadera la máxima *lex posterior generalis non derogat priori speciali*: puesto que los límites de dicho principio hay que verificarlos, en efecto, siempre y en cada caso, teniendo en cuenta la intención del legislador. Y no hay que descartar que en concreto la interpretación de la *voluntas legis*, de la que depende la solución del mencionado problema de sucesión de normas, ponga de manifiesto una extensión tal de la ley general posterior, que no tolere excepciones, ni siquiera provenientes de leyes especiales: que quedan, de tal modo, tácitamente derogadas»<sup>49</sup>.

(b) La norma especial es posterior a la general. En este caso —si la norma especial derrotase a la general— el criterio de especialidad debería reformularse del siguiente modo: la norma especial no deroga la norma general anterior, sino que se limita a establecer una excepción a la misma (se limita a restringir su campo de aplicación, lo cual, por otra parte, no es muy distinto de una derogación «parcial»<sup>50</sup>).

Pero también esta regla de solución de antinomias, dejando de lado los (raros) casos en los que es expresamente prescrita, es discutible. Es

<sup>48</sup> Para simplificar continúo expresándome en términos de «norma especial», pero debe quedar claro que me refiero exclusivamente a las normas especiales *incompatibles* con las correspondientes normas generales, es decir, a las normas *excepcionales*.

<sup>49</sup> Tribunal Constitucional italiano 29/1976.

<sup>50</sup> H. Kelsen, «La derogazione» (1962), en H. Kelsen, *La teoria politica del bolshevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato*, Milano, 1981.

verdad que, una norma especial establece una excepción a una norma general anterior, sin derogarla, cuando esto es expresamente establecido por el legislador. Pero en ausencia de una previsión expresa del legislador, resulta siempre posible afirmar que la norma más reciente (aunque sea especial) constituye una tácita derogación de la norma más antigua (aunque sea general): por ejemplo, argumentando que la norma más reciente expresa un nuevo principio (de una nueva política del derecho) capaz de arrasar por completo la vieja regulación<sup>51</sup>.

(ii) *Segunda variante*. En una segunda variante, el criterio de especialidad es una técnica de composición de las antinomias que puede aplicarse en presencia de una antinomia entre dos normas —contiguas o en cualquier caso del mismo rango en la jerarquía de fuentes— cuyos ámbitos de aplicación no guardan entre sí exactamente una relación de género a especie, sino que más bien se superponen parcialmente: una antinomia, en definitiva, del tipo parcial bilateral.

En estas circunstancias, el criterio de especialidad no puede aplicarse sino después de haber establecido, entre las dos normas en con-

<sup>51</sup> También puede suceder que el principio de especialidad interfiera con el jerárquico. (i) Puede suceder, en primer lugar, que la norma especial sea jerárquicamente superior a la general. En este caso, el criterio de especialidad, si se toma en serio, debería decir así: la norma especial derrota a la norma general que está subordinada a la primera, sin provocar, sin embargo, su invalidez (si la norma general fuese inválida sin más, entonces veríamos actuar al principio jerárquico y no al de especialidad). Ahora bien, no cabe duda de que la norma especial superior o principal «prevalece» sobre la general subordinada: es decir, que la norma especial debe ser aplicada (cuando concurren, se entiende, los presupuestos), y la norma general inaplicada. Nótese, por otra parte, que aquí la norma especial prevalece sobre la general no en cuanto especial, sino en cuanto jerárquicamente superior. Resulta muy dudoso, sin embargo, que la norma general no deba ya considerarse inválida, sino simplemente derrotada, permaneciendo como norma válida (y por tanto aplicable, cuando no concurren los presupuestos para aplicar la norma especial). Se trata obviamente de un problema de interpretación: en particular, uno de esos problemas que se pueden resolver solo recurriendo a la interpretación llamada sistemática. En principio, la norma general puede considerarse inválida, por lo menos siempre que se pueda argumentar de manera convincente que la norma especial expresa o presupone un (nuevo) principio de derecho, de modo tal que echa por tierra cualquier norma que se oponga a él. (ii) Puede suceder, en segundo lugar, que en términos jerárquicos la norma especial esté subordinada a la general. En este caso, si se lo toma en serio, el criterio de especialidad debería decir así: la norma general superior no provoca la invalidez de la norma especial, sino que más bien esta última restringe el campo de aplicación de la primera. Evidentemente, en esta versión, el criterio de especialidad no tiene razón de ser. No cabe duda de que en estos casos la norma general «prevalece» sobre la especial: y precisamente en el sentido que la norma especial en contraposición con una norma general superior resulta decididamente inválida (y por tanto totalmente ineficaz). Baste una reflexión en el sentido que, si así no fuese, las leyes ordinarias podrían derrotar a la constitución.

flicto, una relación jerárquica, y precisamente *una jerarquía axiológica*, es decir, una relación de valor<sup>52</sup>. Una relación jerárquica, en otras palabras, creada no por el derecho mismo, sino por los intérpretes a través de la «construcción jurídica».

Supongamos, 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. Así, la publicación de una noticia periodística relativa a los hábitos sexuales de Ticio, por un lado, viola el derecho a la intimidad de este señor, pero, por otro lado, constituye un legítimo ejercicio de la libertad de prensa. En otras palabras: un mismo comportamiento es calificado ilícito por N1, lícito por N2. Pues bien, en un caso como este se puede entender *indiferentemente*:

(a) que la norma N1 constituye la regla general y N2 establece una excepción a aquella: como consecuencia, la libertad de prensa «cede» frente al derecho a la intimidad; el derecho a la intimidad no puede ser violado (ni siquiera) en ejercicio de la libertad de prensa; o bien lo opuesto,

(b) que la norma N2 es la regla general y N1 establece una excepción a aquella: como consecuencia, el derecho a la intimidad «cede» frente a la libertad de prensa; la libertad de prensa se puede ejercer (incluso) en violación del derecho a la intimidad.

Pero optar por una u otra solución presupone *en cualquier caso* una jerarquía de valores entre las dos normas en cuestión. En el caso (a), la norma N2 es axiológicamente superior respecto de la norma N1; en el caso (b), al contrario, la norma N1 es axiológicamente superior a la norma N2. De otro modo, la antinomia sería insoluble.

## 8. ANTINOMIAS ENTRE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES (REENVÍO)

Finalmente, necesitan un apartado especial las antinomias entre principios constitucionales. Se trata de antinomias sumamente peculiares: en general, son antinomias *en concreto*, entre normas que no guardan entre sí una relación de regla a excepción (antinomias, por tanto, del tipo parcial bilateral), cuya solución no está regulada por norma positiva alguna, de manera que solo puede ser fruto de construcción jurídica.

<sup>52</sup> Volveremos más extensamente sobre este punto en otro capítulo.

No es aplicable el principio jerárquico, dado que las normas en cuestión tienen el mismo rango en la jerarquía de fuentes. No es aplicable el principio cronológico, dado que las normas en cuestión —salvo que una de ellas haya sido introducida a través de reforma constitucional— son coevas. No es aplicable el principio de especialidad, dado que las clases de supuestos de hecho reguladas no guardan entre sí una relación de género a especie, sino que se cruzan.

Baste aquí con decir que la técnica generalmente utilizada por los jueces constitucionales en casos como estos lleva por nombre *ponderación de principios*, y consiste en establecer entre los dos principios involucrados una jerarquía (a) axiológica y (b) móvil.

Volveré sobre este tema en otro capítulo, al hablar sobre la aplicación de los principios constitucionales.