

LA COHERENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

64. *El ordenamiento jurídico como sistema*

En el capítulo anterior hablamos de la *unidad* del ordenamiento jurídico y demostramos que se puede hablar de unidad en cuanto en la base del ordenamiento se presuponga una norma fundamental a la cual se pueden remontar, directa o indirectamente, todas sus normas. El problema ulterior que se presenta es si un ordenamiento jurídico, más allá de su unidad, constituye también un *sistema*, en suma, si es una *unidad sistemática*, entendiendo por «sistema» una *totalidad ordenada*, o sea, un conjunto de entes, entre los cuales existe un cierto orden. Para poder hablar de orden es necesario que los entes constitutivos no estén tan sólo en relación con el todo, sino que estén en relación de coherencia entre sí. Ahora bien, cuando se pregunta si un ordenamiento jurídico constituye un sistema, se pregunta si las normas que lo componen están en relación de coherencia entre sí, y en qué condiciones es posible esta relación.

El problema del sistema jurídico ha sido hasta ahora poco estudiado. Juristas y filósofos del derecho hablan en general del derecho como de un sistema, pero no está muy claro en qué consiste este sistema. Antes de comenzar podemos hacer referencia al análisis del concepto de sistema hecho por Kelsen, quien distingue en los ordenamientos normativos dos tipos de sistemas, uno que denomina *estático*, y otro *dinámico*. Por sistema estático Kelsen entiende aquel en el que las normas están relacionadas entre sí como las proposiciones en un sistema deductivo, comoquiera que unas se deducen de las otras, partiendo de una o más normas originarias de carácter general, razón por la cual

tienen la misma función que los postulados y axiomas en un sistema científico. Demos un ejemplo: Hobbes propone como fundamento de su teoría del derecho y del Estado la máxima *pax est quarendum*, y con esto quiere dar a entender que el postulado ético fundamental del hombre consiste en evitar la guerra y mantener la paz; de esta regla fundamental deduce o pretende deducir todas las reglas principales de la conducta humana, las que denomina leyes naturales. Es claro, por tanto, que todas estas leyes forman un sistema en cuanto se deducen de la primera. Una construcción sistemática similar de un conjunto de normas es lo que Kelsen denomina «sistema estático». Se puede decir, en otras palabras, que en un sistema de este género las normas están relacionadas entre sí por razón de su *contenido*.

Sistema dinámico, en cambio, es aquel en el que las normas que lo componen se derivan unas de otras a través de una delegación sucesiva de poder, o sea, no a través de su contenido sino de la *autoridad* que las ha creado: una autoridad inferior se deriva de una autoridad superior hasta llegar a la autoridad suprema que no tiene ninguna otra autoridad sobre sí. En otras palabras, se puede decir que en este tipo de ordenamiento normativo la correlación entre las diferentes normas no es material sino *formal*. Un ejemplo de sistema dinámico sería aquel que pone en el vértice del ordenamiento la máxima «es necesario obedecer la voluntad de Dios». En este caso la pertenencia de otras normas al sistema no estaría determinada por su contenido, o sea, por establecer cierta conducta en lugar de otra, sino por el hecho de que por el paso de una autoridad a otra se llegue a la autoridad divina.

La distinción entre los dos tipos de correlación entre normas, es decir, la material y la formal, se puede comprobar en la práctica diaria cuando encontrándonos ante el deber de justificar un mandato (la justificación se hace insertándolo en un sistema), nos hallamos ante dos caminos: o lo justificamos deduciéndolo de un mandato de alcance más general, o también atribuyéndolo a una autoridad indiscutible. Por ejemplo, un padre le ordena al hijo hacer la tarea y este pregunta por qué. Si el padre responde «porque debes aprender», la justificación tiende a la construcción de un sistema estático; si responde «porque debes obedecer a tu padre», la justificación tiende a la construcción de un sistema dinámico. Supongamos que el hijo, no satisfecho, desee una justificación ulterior. En el primer caso dirá: «¿Por qué debo aprender?» La construcción del sistema estático llevara a una respuesta de este género: «Porque debes promoverte.» En el segundo caso preguntará: «¿Por qué debo obedecer a mi padre?» La construcción del sistema dinámico comporta una respuesta de este género: «Porque las leyes del Estado autorizan a tu padre para mandar.» Si observamos bien, los dos tipos de correlación para pasar de una norma a la otra difieren

porque en el primer caso este paso se lleva a cabo a través del contenido de la prescripción y, en el segundo, a través de la autoridad que la impuso.

Hecha esta distinción, Kelsen sostiene que los ordenamientos jurídicos son sistemas del segundo tipo, esto es, son sistemas dinámicos. Sistemas estáticos serían, en cambio, los ordenamientos morales. Aparece así otro criterio para distinguir derecho de moral. El ordenamiento jurídico es un ordenamiento en el cual la pertenencia de las normas está determinada con base en un escrito meramente formal, o sea, independiente del contenido; en el ordenamiento moral, el criterio de pertenencia de las normas al sistema se funda en lo que las normas prescriben (y no en la autoridad de la cual derivan). Pero si esto es así, es difícil hablar de ordenamiento jurídico como un *sistema*, o sea, denominar «sistema» al sistema de tipo dinámico con la misma propiedad con la que se habla en general de sistema como totalidad ordenada y, en particular, de sistema estático.

¿Qué orden podría haber entre las normas de un ordenamiento jurídico, si el criterio de pertenencia es puramente formal, o sea, si se refiere no a la conducta que regula sino al modo como ha sido impuesta? ¿La autoridad delegada podría dictar cualquier norma? Y si puede dictar cualquier norma, ¿puede dictar también una norma contraria a la producida por otra autoridad delegada? Pero, ¿podemos seguir hablando de sistema, de orden, de totalidad ordenada en un conjunto de normas en el cual dos normas contradictorias fueran ambas legítimas? En un ordenamiento jurídico complejo, al que nos hemos referido constantemente, caracterizado por la pluralidad de las fuentes, no hay duda que puede haber normas que provengan de una fuente o de otra. Ahora bien, si definimos el sistema dinámico como aquel sistema en el cual el criterio de pertenencia de las normas es puramente formal, se debe concluir que en un sistema dinámico dos normas contrarias son perfectamente legítimas. En efecto, para juzgar la contradicción entre dos normas es necesario examinar su contenido; no basta referirse a la autoridad que las ha dictado. Pero, ¿un ordenamiento que admite en su seno entes contrarios entre sí se podría seguir llamando «sistema»? Como se observa, es obvio que un ordenamiento jurídico constituye un sistema, sobre todo si se parte de identificar el ordenamiento jurídico como un sistema dinámico. O, por lo menos, es necesario precisar, si se desea continuar hablando de sistema normativo en relación con el derecho, en qué sentido, bajo qué condiciones y dentro de qué límites podemos hacerlo.

65. Tres significados de sistema

En el lenguaje jurídico corriente es común el uso del término «sistema» para referirse al del ordenamiento jurídico. Nosotros mismos, en el capítulo anterior, usamos algunas veces la expresión «sistema normativo» en lugar de «ordenamiento jurídico», que es más común. Pero el significado exacto de la palabra «sistema», referida al ordenamiento jurídico, no es muy claro. Tomemos al azar dos de los más conocidos autores italianos: Del Vecchio y Perassi. En el ensayo de Del Vecchio, *Sulla statualità del diritto*, leemos este párrafo: «Las proposiciones jurídicas particulares, aunque pueden por sí mismas considerarse en su abstracción, tienden naturalmente a constituirse en sistema. La necesidad de coherencia lógica lleva a que se acerquen aquellas que son compatibles o respectivamente complementarias, y a que se rechacen las contradictorias o incompatibles. La voluntad, que es una lógica viviente, no puede manifestarse, aun en el campo del derecho, sino vinculando sus afirmaciones, de modo que queden reducidas a un todo armónico»¹. Perassi, en su *Introduzione alle scienze giuridiche*, afirma: «Las normas que forman parte de un ordenamiento no están aisladas, sino que forman parte de un sistema, en cuanto ciertos principios actúan como correlacionantes, por lo cual las normas se entienden en conjunto, de manera tal que constituyen un bloque sistemático».

Si de las declaraciones programáticas pasamos al ejercicio de la actividad del jurista nos encontramos frente a otra prueba de la tendencia constante de la jurisprudencia a considerar el derecho como sistema; la más difundida, entre las varias formas de interpretación, es la denominada *interpretación sistemática*. Se entiende por «interpretación sistemática» aquella que basa sus argumentos en el presupuesto de que las normas de un ordenamiento o, más exactamente, de una parte del ordenamiento (como el derecho privado, el derecho penal) constituyen una totalidad ordenada (dejando un poco en el vacío qué se debe entender con esta expresión), y que, por tanto, es lícito aclarar una norma oscura o integrar una norma deficiente, recurriendo al llamado «espíritu del sistema», yendo aun en contra de lo que resultaría de una interpretación meramente literal. Podemos dar otro ejemplo: recordemos que el artículo 265 del Código Civil italiano solo acepta la violencia (y no el error) como vicio en el reconocimiento del hijo natural. Un intérprete que, contra la letra de la ley, considera necesario acoger el error entre los vicios del reconocimiento del hijo natural, en contra de

¹ El ensayo, que data de 1928, se encuentra publicado en *Studi sul diritto*, vol. I, 1958, págs. 89-115. El párrafo citado está en la pág. 97.

² T. Perassi, *Introduzione alle scienze giuridiche*, 1953, pág. 32.

la letra de la ley, ha tenido que apelar a la denominada voluntad objetiva de la ley, o sea a «aquel mandato que, por estar fundado en la lógica del sistema en su conjunto, puede ser realmente vinculante para el intérprete». Por tanto, es un presupuesto de la actividad interpretativa e instrumento del oficio del jurista asumir que el ordenamiento jurídico, o al menos una parte de éste, constituye un sistema.

Pero que el ordenamiento jurídico sea un sistema normativo no quiere decir que se sepa qué tipo de sistema es. El término «sistema» tiene muchos significados, que cada cual utiliza de acuerdo con su propia conveniencia. Del uso que se le ha dado históricamente en la filosofía del derecho y en la jurisprudencia, me parece que emergen tres diferentes significados de sistema. Un primer significado es aquel que está más próximo al significado de «sistema» en la *expresión «sistema deductivo»* o, más exactamente, se ha recalcado sobre éste. En este sentido se dice que un ordenamiento dado es un sistema en cuanto todas las normas jurídicas del ordenamiento se derivan de algunos principios generales (dicho de otra manera, «principios generales del derecho»), considerados del mismo modo que los postulados de un sistema científico. Esta acepción es bastante comprometedora, como se puede ver, por cuanto el término sistema está ligado históricamente y de manera exclusiva al ordenamiento del derecho natural. Ésta ha sido una de las más constantes pretensiones de los iusnaturalistas modernos, pertenecientes a la escuela racionalista que intenta construir el derecho natural como un sistema deductivo. Y como el ejemplo clásico del sistema deductivo era la geometría de Euclides, la pretensión de los iusnaturalistas se convertía en la tentativa (sin duda desesperada) de elaborar un sistema jurídico geométrico *more demonstratum*. Citemos un pasaje muy significativo de Leibniz: «De cualquier definición se pueden sacar consecuencias seguras, empleando las incontestables reglas de la lógica. Esto es precisamente lo que se hace cuando se construyen las ciencias necesarias y demostrativas, que no dependen de los hechos, sino únicamente de la razón, como son la lógica, la metafísica, la aritmética, la geometría, la ciencia del movimiento, también la *ciencia del derecho*, las cuales no se fundamentan en la experiencia ni en los hechos, sino que más bien dan razón a los hechos y los regulan anticipadamente: lo que valdría, para el derecho, aun cuando no existiese en el mundo ni siquiera una ley»¹. Y en otro lugar: «La teoría del derecho es de la clase de aquellas teorías que no dependen de los expe-

¹ F. Salvi, «L'errore nell' accertamento della filiazione naturale», en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, VI (1952), pág. 24.

² «Riflessioni sulla nozione comune di giustizia», en *Scritti politici e di diritto naturale*, Turín, Utet, 1951, pág. 219.

rimentos sino de las definiciones; no de aquellos que se demuestran por medio de los sentidos sino de la razón»⁵.

Un segundo significado de sistema, que no tiene nada que ver con el anterior, lo encontramos en la ciencia del derecho moderno, que nace, al menos en el continente, de la pandectística alemana, y que se remonta hasta Savigny, autor, no por casualidad, del célebre *Sistema del diritto romano attuale*. Y es frecuente entre los juristas la opinión de que la ciencia jurídica moderna nació con el paso de la jurisprudencia exegética a la *jurisprudencia sistemática*, o, en otras palabras, cuando la jurisprudencia se elevó al rango de ciencia tornándose «sistemática». Parece que se desea decir que la jurisprudencia, hasta que no llega al sistema, no merece el nombre de ciencia, sino solamente el de arte, hermenéutica, técnica, comentarios a los textos legislativos. Muchos tratados jurídicos se intitulan *Sistema*, evidentemente para indicar que se trata de un estudio científico. ¿Qué significa «sistema» en esta acepción? Los juristas no creen que sea correcto afirmar que la jurisprudencia consiste en la deducción de todo el derecho de algunos principios generales, como deseaba Leibniz. Aquí el término «sistema» es usado, al contrario, para indicar un ordenamiento de la materia, por medio de un procedimiento inductivo, o sea, partiendo del contenido de las normas particulares con el fin de construir conceptos siempre más generales, y clasificaciones o divisiones de toda la materia: la consecuencia de estas operaciones sería el ordenamiento del material jurídico, de la misma manera que las laboriosas clasificaciones que dan los zoólogos al reino animal.

En la expresión «jurisprudencia sistemática» se usa la palabra «sistema» no en el sentido de la ciencia deductiva sino en el de la ciencia empírica o natural, o sea, como ordenamiento desde abajo, del mismo modo que se habla de una zoología sistemática. El procedimiento típico de esta clase de sistema no es la deducción sino la *clasificación*. Su fin no es ya desarrollar analíticamente, mediante reglas preestablecidas, algunos postulados iniciales, sino reunir los datos provenientes de la experiencia, con base en las semejanzas, para formar conceptos cada vez más generales hasta llegar a conceptos generalísimos que permitan unificar todo el material dado. Así nos damos perfectamente cuenta del significado de sistema como ordenamiento desde abajo, propio de la jurisprudencia sistemática, si tenemos presente que una de las mayores conquistas de esta jurisprudencia ha sido la teoría del negocio jurídico. El concepto de negocio jurídico es manifiestamente el resultado de un esfuerzo constructivo y sistemático en el sentido del sistema empírico que ordena generalizando y clasificando. Este concepto surgió

⁵ *Elementi di diritto naturale, op. cit.,* pág. 87.

de la reunión de varios fenómenos, quizá aparentemente lejanos, que, sin embargo, tenían la característica común de ser una manifestación de voluntades con consecuencias jurídicas. El concepto más general, elaborado por la jurisprudencia sistemática, es muy probablemente el de la relación jurídica que es un concepto que permite reducir todos los fenómenos jurídicos a un esquema único, favoreciendo así la construcción de un sistema en el sentido de sistema empírico o inductivo. El concepto de relación jurídica es el concepto sistemático por excelencia de la ciencia jurídica moderna. Pero es claro que su función no es la de dirigir un proceso de deducción sino la de permitir un mayor ordenamiento de la materia.

El tercer significado de sistema jurídico es indudablemente el más interesante, y en él nos detendremos en este capítulo. Se dice que un ordenamiento jurídico constituye un sistema porque en él no pueden coexistir *normas incompatibles*. Aquí, «sistema» equivale a validez del principio que excluye la *incompatibilidad* de las normas. Si en un ordenamiento existieran dos normas incompatibles, una de las dos, o ambas, deben ser eliminadas. Si esto es verdad, quiere decir que las normas de un ordenamiento tienen cierta relación entre sí, y que esta relación es una relación de compatibilidad, que implica la exclusión de la incompatibilidad. Adviértase, sin embargo, que decir que las normas deben ser compatibles no significa que se ensamblen la una con la otra, es decir, que constituyan un sistema deductivo perfecto.

En este tercer sentido de sistema, el sistema jurídico no es un sistema deductivo, como en el primer caso; si se quiere es un sistema en un sentido menos comprometedor, en un sentido negativo, o sea, de un orden que excluye la incompatibilidad de su partes individuales. Dos proposiciones como: «La pizarra es negra» y «El café es amargo» son compatibles, pero sin que se impliquen mutuamente. Por tanto, es inexacto hablar como se hace muy frecuentemente, de *coherencia* del ordenamiento jurídico en su conjunto; se puede hablar de exigencia de coherencia sólo entre las partes individuales de éste. Si en un sistema deductivo aparece una contradicción, todo el sistema se derrumba. En un sistema jurídico la admisión del principio que excluye la incompatibilidad tiene como consecuencia, en caso de incompatibilidad de dos normas, la caída no ya de todo el sistema, sino sólo de una de las dos normas o a lo sumo de ambas.

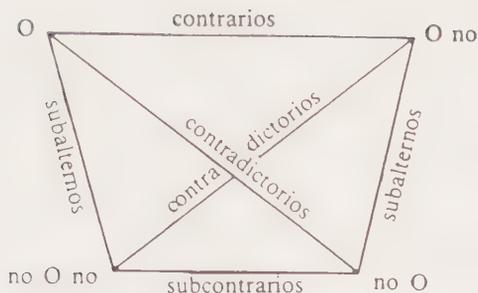
Por otra parte, confrontado con un sistema deductivo, el sistema jurídico es algo menos, y confrontado con un sistema dinámico, del cual hemos hablado en el párrafo precedente, es algo más; en efecto, si se admite el principio de compatibilidad, para considerar la pertenencia de una norma al sistema, no bastará demostrar simplemente su derivación de una de las fuentes autorizadas sino que será necesario

demostrar que ésta no es incompatible con otras normas. En este sentido, no todas las normas producidas por las fuentes autorizadas serían normas válidas sino sólo aquellas que fuesen compatibles con las demás. Se trata de ver, por otra parte, si este principio, que excluye la compatibilidad, existe y cuál es su función.

66. *Las antinomias*

La situación de las normas incompatibles entre sí es una dificultad tradicional, a la cual se han enfrentado los juristas de todos los tiempos, y tiene una denominación propia característica: *antinomia*. La tesis según la cual el ordenamiento jurídico constituye un sistema en el tercer sentido ya explicado se puede expresar también diciendo que *el derecho no tolera antinomias*. En nuestra tradición romanista el problema de la antinomia fue planteado con gran claridad en las dos celebres constituciones de Justiniano, con las cuales se abre el *Digesto*; allí Justiniano afirma imperiosamente que en el *Digesto* no existen normas incompatibles y usa la palabra *antinomia*. «Nulla itaque in omnibus praedicti codicis membris *antinomia* (sic enim a vetustate Graeco vocabulo noncupatur) aliquid sibi vindicet locum, sed sit una concordia, una consequentia, adversario nemine constituto» (*Deo auctore, o De conceptione digestorum*). Análogamente: «Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet» (*Tanta, o De confirmatione digestorum*). En el derecho romano, considerado durante muchos siglos el derecho por excelencia, no se presentaron antinomias a causa de los constantes cánones de los intérpretes, al menos mientras éste estuvo vigente. Uno de los fines de la interpretación jurídica era también el de eliminar las antinomias, si llegaban a presentarse, recurriendo a los más diversos medios hermenéuticos. En estas operaciones para resolver las antinomias se elaboraron algunas reglas técnicas que veremos en seguida.

Pero antes hay que responder a la pregunta: ¿Cuándo se dice que dos normas son incompatibles? ¿En que consiste una antinomia jurídica? Para aclarar estos puntos retomamos cuanto hemos dicho en la parte relativa a la teoría de la norma jurídica sobre las relaciones concurrentes entre las cuatro figuras de calificación normativa, el *mandato*, la *prohibición*, el *permiso positivo* y el *permiso negativo*. Traemos a colación, por comodidad, el cuadro ilustrativo de estas relaciones, ya expuesto en la primera parte (*supra*, pág. 147).



Este cuadro representa seis (6) relaciones, vale decir:

1. $O - O\ no$: relación entre obligatorio y prohibido.
2. $O - no\ O$: relación entre obligatorio y permiso negativo.
3. $O\ no - no\ O$: relación entre prohibición y permiso positivo.
4. $O - no\ O$: relación entre obligatorio y permiso positivo.
5. $O\ no - no\ O$: relación entre prohibido y permiso negativo.
6. $no\ O - no\ O$: relación entre permiso positivo y permiso negativo.

Si definimos como incompatibles dos proposiciones (en nuestro caso dos normas) *que no pueden ser al mismo tiempo verdaderas*, de las seis relaciones indicadas tres son de compatibilidad y tres de incompatibilidad. Son relaciones de incompatibilidad las tres primeras y de compatibilidad las tres últimas. En efecto:

1. O y $O\ no$ no son dos contrarios, y dos contrarios pueden ser ambos falsos (F), pero no verdaderos (V).

O	$O\ no$
V	F
F	V o F

2. O y no O son dos contradictorios, y dos contradictorios no pueden ser al mismo tiempo ni verdaderos ni falsos.

\hat{O}	no O
V	F
F	V

3. O no y no O no son también dos contradictorios, y vale para ellos la regla precedente.

O no	no O no
V	F
F	V

4. O y no O no son dos subalternos, entre los cuales existe una relación de implicación, en el sentido de que de la verdad del primero (o subalternante) se deduce la verdad del segundo y no lo contrario, y de la falsedad del segundo (o subalternado) se deduce la falsedad del primero y no viceversa. (Si una acción es obligatoria también es necesariamente permitida, mientras que no se puede decir que una acción permitida es también obligatoria). Gráficamente, distinguiendo la relación que va de O a no O no (o relación de superimplicación) de aquella que va de no O no a O (o relación de subimplicación):

O	no O no	no O no	O
V	V	V	V o F
F	F o V	F	F

5. O no y no O no son también subalternos, y valen para ellos las consideraciones del numeral precedente.

6. no O no y no O son subcontrarios y vale para éstos la regla que considera que ambos pueden ser verdaderos y que no pueden ser a un mismo tiempo falsos:

no O no	no O
F	V
V	V o F

Si se observan atentamente las representaciones gráficas, resulta que en los tres primeros casos no se presenta la situación de encontrar frente a frente dos V (lo que significa que en ninguno de los tres primeros casos las dos proposiciones pueden ser a un mismo tiempo verdaderas); por el contrario, en los tres últimos casos se pueden encontrar dos V frente a frente (lo que significa que en estos tres casos las dos proposiciones pueden ser a un mismo tiempo verdaderas). Repetimos, por tanto, que si definimos como normas incompatibles aquellas que no pueden ser al mismo tiempo verdaderas, las relaciones de incompatibilidad normativa se presentarán en estos tres casos:

1. Entre una norma que *manda* hacer alguna cosa y una norma que la *prohíbe* (contrariedad).
2. Entre una norma que *manda* hacer y otra que *permite* no hacer (contradictoriedad).
3. Entre una norma que *prohíbe* hacer y una que *permite* hacer (contradictoriedad).

Explicaremos estos tres casos con tres ejemplos⁶:

Primer caso: el artículo 27 de la Constitución en el cual se lee: «La responsabilidad penal es personal» contrasta con el artículo 57 inc. 2. del C.P. que hace responsable al director del periódico de los delitos cometidos por sus colaboradores por medio de la prensa, si se interpreta este artículo como configurante de una responsabilidad objetiva (aunque se puede interpretar de otros modos que superan la antinomia). Se trata de dos artículos dirigidos a los órganos judiciales, de los cuales el primero puede ser formulado de este modo: «Los jueces *no*

⁶ Tomo estos ejemplos y otras ideas del libro de G. Cavazzi, *Delle antinomie*, Turín, Giappichelli, 1959.

deben condenar a nadie que no sea responsable personalmente»; el segundo en modo opuesto: «El juez *debe* condenar a quien... (en el caso específico el director del periódico), aunque no sea responsable personalmente.» Ya que una norma obliga y la otra prohíbe el mismo comportamiento, se trata de dos normas incompatibles por ser contrarias.

Segundo caso: el artículo 18 del T.U. de las leyes sobre la Seguridad Pública dice: «Los promotores de una reunión en lugar público o abierto al público deben dar aviso, al menos tres días antes, al jefe superior de la policía»; y el artículo 17 inc. 2 de la Constitución dice: «Para las reuniones, aun en lugares abiertos al público, no es necesario el preaviso.» Aquí el contraste es claro: el art. 18 del T.U. obliga hacer aquello que el art. 17 de la Constitución permite no hacer. Se trata de dos normas incompatibles porque son contradictorias.

Tercer caso: el artículo 502 del C.P. considera la huelga como un delito; el artículo 40 de la Constitución dice: «El derecho de huelga se ejercerá en el ámbito de las leyes que lo regulan.» O sea, que la primera norma prohíbe y la segunda considera lícito, o permite hacer (pero dentro de ciertos límites). También estas dos normas son incompatibles por ser contradictorias.

67. *Diversos tipos de antinomias*

Hemos definido la antinomia como aquella situación en la que se encuentran dos normas, cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe, o cuando una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento. Pero la definición no es completa, porque para que se pueda dar una antinomia se requieren dos condiciones, que aun cuando son evidentes, deben explicarse:

1. Las dos normas deben pertenecer al mismo ordenamiento. El problema de una antinomia entre dos normas pertenecientes a diversos ordenamientos nace cuando estos ordenamientos no son independientes entre sí, sino que están en alguna relación que puede ser de coordinación o de subordinación. Veremos mejor la naturaleza de este problema en el último capítulo dedicado a las relaciones entre los ordenamientos. Aquí basta hacer referencia a la discusión tradicional en torno a la compatibilidad de las normas de un ordenamiento positivo con las normas del derecho natural. Un verdadero y propio problema de antinomias entre derecho positivo y derecho natural (o sea, entre diversos ordenamientos) subsiste en la medida en que se considere el

⁷ Texto único. (N. del T.)

derecho positivo como ordenamiento subordinado al derecho natural; en este caso el intérprete tendrá que eliminar no sólo las antinomias en el interior del ordenamiento positivo, sino también aquellas que subsisten entre el ordenamiento positivo y el ordenamiento natural. Hemos hablado hasta ahora del ordenamiento jurídico como sistema, pero nada excluye que el sistema resulte de la correlación de varios ordenamientos en un ordenamiento más general. El mismo paso de una norma inferior a una norma superior, que hemos comprobado en el interior de un ordenamiento individual, puede subsistir cuando se trate del paso de un ordenamiento inferior a un ordenamiento superior hasta llegar a un ordenamiento supremo que los abarque a todos (al derecho natural le ha sido atribuida por lo general la función de esta coordinación universal de todo el derecho).

2. Las dos normas deben tener el mismo ámbito de validez. Se distinguen cuatro ámbitos de validez de una norma: *temporal*, *espacial*, *personal* y *material*. No constituyen antinomia dos normas que no coincidan respecto de la:

a) Validez temporal: «Está prohibido fumar de las cinco a las siete» no es incompatible con: «Está permitido fumar desde las siete hasta las nueve».

b) Validez espacial: «Está prohibido fumar en la sala de cine» no es incompatible con: «Está permitido fumar en la sala de espera».

c) Validez personal: «Se prohíbe fumar a los menores de 18 años» no es incompatible con: «Se permite fumar a los adultos».

d) Validez material: «Se prohíbe fumar cigarros» no es incompatible con: «Se permite fumar cigarrillos».

Después de estas precisiones podemos redefinir la antinomia jurídica como la situación en que dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen al mismo ordenamiento, tienen el mismo ámbito de validez. Las antinomias, definidas así, pueden ser a su vez de tres diversos tipos, de acuerdo con la mayor o menor extensión de la contradicción entre las dos normas.

1. Si dos normas incompatibles tienen *igual* ámbito de validez, la antinomia se puede denominar, siguiendo la terminología de Ross, quien ha puesto su atención en esta distinción⁶, *total-total*: en ningún caso una de las dos normas puede ser aplicada sin generar conflicto con la otra. Ejemplo: «Se prohíbe fumar a los adultos, de las cinco a las siete, en la sala de cine», y «está permitido fumar a los adultos, de

⁶ Ross, *op. cit.*, págs. 128 y 129.

las cinco a las siete, en la sala de cine». En los ejemplos dados anteriormente, es un caso de antinomia total-total la oposición entre la prohibición de la huelga y el permiso de la huelga.

2. Si dos normas incompatibles tienen un ámbito de validez en parte igual y en parte diverso, la antinomia subsiste sólo en aquellas partes que tengan en común, y se puede denominar *parcial-parcial*: cada una de las normas tiene un campo de aplicación que está en conflicto con el de la otra, y un campo de aplicación en el cual el conflicto no existe.

Ejemplo: «Se prohíbe fumar pipa y cigarrillo a los adultos, de las cinco hasta las siete, en la sala de cine» y «se permite fumar cigarrillos y cigarrillos a los adultos, desde las cinco hasta las siete, en la sala de cine».

3. Si de dos normas incompatibles una tiene un ámbito de validez igual al de la otra, pero más restringido o, en otras palabras, su ámbito de validez es en parte igual y en parte diverso con relación a la otra, hay antinomia total de la primera norma respecto de la segunda, y sólo parcial de la segunda respecto de la primera, lo que podemos denominar *total-parcial*. La primera norma no puede ser aplicada en ningún caso sin entrar en conflicto con la segunda; la segunda tiene un ámbito de aplicación que no entra en conflicto con la primera.

Ejemplo: «Se prohíbe fumar a los adultos, desde las cinco hasta las siete, en la sala de cine» y «sólo se permite fumar cigarrillos a los adultos, desde las cinco hasta las siete, en la sala de cine».

Al lado del significado aquí explicado, de antinomia como una situación producida por el encuentro de dos normas incompatibles, se habla, en el lenguaje jurídico, de antinomia con referencia a otras situaciones. Nos limitamos aquí a enumerar otros significados de antinomia, poniendo de presente que el problema clásico de la antinomia jurídica es el que hemos planteado aquí. Por tanto, para distinguirlas las denominaremos *antinomias impropias*.

En derecho se habla de antinomia para referirse al hecho de que un ordenamiento jurídico puede estar inspirado en valores contrapuestos (o en ideologías opuestas). Si consideramos, por ejemplo, el valor de la libertad y el de la seguridad como valores antinómicos, en el sentido de que la garantía de la libertad va generalmente en perjuicio de la seguridad, y la garantía de la seguridad tiende a restringir la libertad, como consecuencia diremos que un ordenamiento que se inspira en ambos valores reposa sobre principios antinómicos. En este caso se puede ha-

* Tomo esta enumeración del extenso estudio de K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 1956, págs. 158 y sigs.

blar de *antinomias de principio*. Las antinomias de principio no son antinomias jurídicas propiamente dichas, pero pueden dar lugar a normas incompatibles. Es lícito suponer que una fuente de normas incompatibles puede ser la causa de que el ordenamiento esté minado de *antinomias de principio*.

Otra acepción de antinomia es la denominada *antinomia de valoración*, que se presenta cuando una norma castiga un delito menor con una pena más severa que la prescrita para un delito mayor. Es claro que en este caso no existe una antinomia en sentido propio, porque las dos normas, la que castiga el delito más grave con una pena menor y la que castiga el delito menos grave con una pena mayor, son perfectamente compatibles. En este caso no se debe hablar de antinomia sino de injusticia. Antinomia e injusticia tienen en común que ambas dan lugar a una situación que requiere una corrección; pero la razón para corregir la antinomia es diferente de la que se invoca para corregir la injusticia. La antinomia produce *incertidumbre*; la injusticia produce *desigualdad*, y, por tanto, en los dos casos la corrección obedece a dos valores diversos: en un caso al valor del orden y en el otro al valor de la igualdad.

Una tercera acepción de antinomia se refiere a las denominadas *antinomias teleológicas*, que se presentan cuando existe contradicción entre la norma que prescribe el medio para alcanzar el fin y la que prescribe el fin, de manera que si aplico la norma que prevé el medio no puedo lograr el fin, y viceversa. Aquí la contradicción nace más frecuentemente de la insuficiencia del medio; pero, entonces, se trata más que de antinomia, de *laguna* (de la laguna hablaremos ampliamente en el capítulo cuarto).

68. *Criterios para solucionar las antinomias*

Dada la tendencia de todo ordenamiento jurídico a constituirse en sistema, la presencia de antinomias en sentido propio es un defecto que el intérprete tiende a eliminar. Dado que «antinomia» significa choque de dos proposiciones incompatibles, que no pueden ser verdaderas a un mismo tiempo y con relación a un sistema normativo, colisión de dos normas que no pueden ser aplicadas a un mismo tiempo, la eliminación de este inconveniente no podrá consistir más que en eliminar una de las dos normas (en caso de normas contrarias, también será necesario eliminar las dos). Pero, ¿cuál de las dos normas debe ser eliminada? Este es el problema más grave de la antinomia. Lo que dijimos en el párrafo 66 hacía referencia a las reglas para establecer cuándo nos encontrábamos ante una antinomia. Pero una cosa es des-

cubrir la antinomia y otra resolverla. Las reglas vistas hasta ahora sirven para saber que dos normas son incompatibles, pero no nos dicen nada acerca de cuál de las dos normas debe ser conservada y cuál eliminada. Es preciso entonces pasar de la *determinación* de las antinomias a su *solución*.

En el curso de su secular obra de interpretación de las leyes, la jurisprudencia ha elaborado algunas reglas para resolver las antinomias, que son aceptadas comúnmente. Por otra parte, es necesario agregar que estas reglas no sirven para resolver todos los casos posibles de antinomia. De aquí deriva la necesidad de introducir una nueva distinción en el ámbito mismo de la propia antinomia, o sea, la distinción entre *antinomias solubles* y *antinomias insolubles*. Dos son las razones por las cuales no todas las antinomias son solubles:

1. Hay casos de antinomias a los cuales no se les puede aplicar ninguna de las reglas ideadas para la solución de las antinomias.

2. Hay casos en los cuales se pueden aplicar, al mismo tiempo, dos o más reglas opuestas entre sí.

A las antinomias solubles las llamamos *aparentes*, y a las insolubles, *reales*. Diremos, por tanto, que las antinomias reales son aquellas en las cuales el intérprete queda abandonado a sí mismo, ya sea por la ausencia de un criterio o por un conflicto entre los criterios dados. A explicar lo anterior dedicaremos los siguientes párrafos:

Tres son las reglas fundamentales para resolver las antinomias:

- a) El criterio cronológico.
- b) El criterio jerárquico.
- c) El criterio de la especialidad.

El criterio cronológico, denominado también de la *lex posterior*, es aquel según el cual entre dos normas incompatibles prevalece la posterior: *lex posterior derogat priori*. Este criterio no necesita un comentario particular. Es regla general del derecho que la voluntad posterior abroga la precedente, y que de dos actos de voluntad de la misma persona, es válido el último en el tiempo. Si imaginamos la ley como expresión de la voluntad del legislador, no hay dificultad para aceptar esta regla. La regla contraria obstaculizaría el progreso jurídico y la gradual adaptación del derecho a las exigencias sociales. Pensemos en las consecuencias absurdas que se derivarían de la regla que ordenase atenerse a la norma precedente. De otra parte, se presume que el legislador no busca hacer cosas inútiles o sin sentido; si la norma precedente debe prevalecer, las normas posteriores serían un acto inútil y sin

finalidad. En el ordenamiento positivo italiano el principio de la *lex posterior* está claramente enunciado en el artículo 15 de las Disposiciones Preliminares, que además prescribe como causa de abrogación la derivada de la promulgación de una ley incompatible con una ley precedente. Textualmente: «Las leyes sólo pueden ser abrogadas... *por incompatibilidad entre las nuevas disposiciones y las precedentes.*»

El criterio jerárquico, denominado también de la *lex superior*, es aquel según el cual de dos normas incompatibles prevalece la norma jerárquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*. No hay dificultad para comprender la razón de este criterio después de haber visto en el capítulo precedente que las normas de un ordenamiento están colocadas en diferentes planos, o sea, que están dispuestas en orden jerárquico. Una de las consecuencias de la jerarquía normativa consiste precisamente en que las normas superiores pueden abrogar las inferiores, en tanto que las normas inferiores no pueden abrogar las superiores. La inferioridad de una norma con respecto a otra consiste en la menor fuerza de su poder normativo, que se manifiesta precisamente en la incapacidad de establecer una reglamentación que sea contraria a la reglamentación de una norma jerárquicamente superior.

En nuestro ordenamiento, el principio de la jerarquía de las normas se ha expresado de varias formas. La superioridad de la norma constitucional sobre la ordinaria está sancionada en el artículo 134 de la Constitución; la de las leyes ordinarias sobre los reglamentos en el artículo 4.º de las Disposiciones Preliminares («Los reglamentos no pueden contener normas contrarias a las disposiciones de las leyes»); la de las leyes ordinarias sobre las disposiciones del juez, en el artículo 360 del C. del P.C. que establece los motivos de impugnación de las sentencias, entre ellos la «violación o falsa aplicación de normas de derecho»; y, por tanto, la superioridad de las leyes ordinarias sobre la autonomía privada, en el artículo 1343 del C.C. que considera como causa ilícita de un contrato el hecho de que éste sea contrario a una «norma imperativa».

Un problema más complejo surge de las relaciones entre ley y costumbre. En nuestro ordenamiento la costumbre es una fuente jerárquicamente inferior a la ley. En la enumeración de las fuentes que hace el artículo 1.º de las Disposiciones Preliminares, la costumbre ocupa el tercer lugar (después de las leyes y de los reglamentos). Del artículo 8.º resulta que los usos «en las materias reguladas en las leyes y los reglamentos... tienen eficacia sólo en cuanto estén previstos en ésta». De considerar la costumbre como jerárquicamente inferior a la ley se deriva que de dos normas incompatibles, de las cuales una es consuetudinaria, prevalecerá la legislativa. Con una expresión más corriente se dice que la costumbre vale *secundum* y *praeter legem*, pero no vale

contra legem. En otras palabras, en los ordenamientos en los que la costumbre es inferior a la ley, no vale la costumbre abrogativa: la ley no puede ser abrogada por una costumbre contraria. Pero este principio no vale en todos los ordenamientos. Hay algunos ordenamientos más primitivos, menos centralizados en los cuales leyes y costumbres son fuentes de igual grado. ¿Qué ocurre en caso de conflicto entre ley y costumbre? Evidentemente no se puede aplicar el criterio jerárquico. Se aplicará entonces el criterio cronológico, con la consecuencia de que la ley posterior abroga la costumbre precedente, y viceversa.

El derecho canónico, por ejemplo, es un ordenamiento en el que la costumbre tiene mayor fuerza que en los ordenamientos estatales modernos. El canon 27 [del código de Derecho Canónico de 1917] trae tres casos:

1. Una costumbre contraria al derecho divino y natural, *no prevalece*.

2. Una costumbre contraria al derecho humano eclesiástico, *prevalece* a condición de que sea *rationabilis* y haya tenido una duración de cuarenta años.

3. Una costumbre contraria a una ley humana eclesiástica que excluya la validez de cualquier costumbre futura, *prevalece* a condición de que haya tenido una duración centenaria, o sea inmemorable. Como se ve, en el derecho canónico, la costumbre abrogativa es admitida aunque dentro de ciertos límites. Como decíamos, el caso de la relación entre ley y costumbre es más complejo porque no puede aceptar una respuesta general, dado que algunos ordenamientos consideran la costumbre inferior a la ley, y entonces en caso de antinomia se aplica el criterio de la *lex superior*, y otros ordenamientos consideran ley y costumbre en el mismo plano, y entonces necesitan aplicar otros criterios. En general, la prevalencia de la ley es el fruto de la formación del Estado moderno con poder fuertemente centralizado. En el antiguo derecho romano, en el derecho inglés, en la sociedad medieval, la costumbre era fuente primaria, superior a la misma ley, y, por tanto, la ley contraria a la costumbre se admitía aplicando el tercer criterio, en cuanto era considerada como *lex specialis*.

De acuerdo con el tercer criterio, precisamente el de la *lex specialis*, de dos normas incompatibles, la una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda: *lex specialis derogat generali*. También aquí la razón del criterio es clara, puesto que ley especial es aquella que deroga una ley más general, o sea que subtrae de una norma

¹⁰ En el Código de 1983, véanse los cánones 24, 25 y 26. (N. del E.)

una parte de la materia para someterla a una reglamentación diversa (contraria o contradictoria). El paso de una regla más amplia (que abarque un cierto *genus*) a una regla derogatoria menos amplia (que abarca una *species* del *genus*) corresponde a una exigencia fundamental de justicia, entendida como igual tratamiento a las personas que pertenecen a una misma categoría. El paso de la regla general a la especial corresponde a un proceso natural de diferenciación de las categorías y a un descubrimiento gradual por parte del legislador de esta diferenciación. Dada o descubierta la diferenciación, persistir en la regla general comportaría dar igual tratamiento a personas que pertenecen a categorías diversas, lo que implicaría una injusticia. En este proceso de especialización gradual, llevada a cabo mediante leyes especiales, opera una de las reglas fundamentales de la justicia, la regla del *suum cuique tribuere*.

Se comprende entonces que la ley especial debe prevalecer sobre la general porque aquella representa un momento que no se puede eliminar en el desarrollo de un ordenamiento. Bloquear la ley especial ante la ley general sería detener este desarrollo. En nuestro derecho este criterio de especialidad se encuentra enunciado, por ejemplo, en el artículo 15 del C.P.: «Cuando varias leyes penales o varias disposiciones de la misma ley penal regulan la misma materia, la ley o disposición especial deroga a la ley o a la disposición general, salvo que se haya establecido de otra manera.»

La situación de antinomia creada por la relación entre una ley general y una ley especial corresponde al tipo de antinomia *total-parcial*. Esto significa que cuando se aplica el criterio de la *lex specialis* no hay lugar a eliminar totalmente una de las dos normas incompatibles, sino sólo aquella parte de la ley general que es incompatible con la ley especial. Por efecto de la ley especial, la ley general pierde vigencia *parcialmente*. Cuando se aplica el criterio cronológico o el jerárquico, generalmente se elimina totalmente una de las dos normas. Luego, a diferencia de la relación cronológica y de la jerárquica, que no suscitan necesariamente situaciones antinómicas, la relación de especialidad es necesariamente antinómica, lo que significa que los dos primeros criterios se aplican *cundo* surge una antinomia y el tercero se aplica *porque* se presenta una antinomia.

69. *Insuficiencia de los criterios*

El criterio cronológico sirve cuando dos normas incompatibles son sucesivas; el criterio jerárquico sirve cuando dos normas incompatibles están en diferente nivel, y el criterio de especialidad en el conflicto de

una norma general con una norma especial. Pero puede darse el caso en el cual se produce una antinomia entre dos normas: 1. *Contemporáneas*. 2. *En el mismo nivel*. 3. *Ambas generales*. Se comprende que en este caso los tres criterios no podrían ayudar. El caso, que es más frecuente de lo que se puede imaginar, corresponde a la situación de dos normas generales incompatibles, que se encuentren en un mismo código. Si en un Código hay antinomias del tipo *total-total* y *parcial-parcial* (con exclusión del tipo *total-parcial* que cae bajo el criterio de la especialidad), estas antinomias no pueden resolverse con ninguno de los tres criterios: con el cronológico no porque las normas de un código se dictan al mismo tiempo; tampoco con el jerárquico por cuanto todas son leyes ordinarias, y menos con el criterio de la especialidad porque éste resuelve sólo el caso de la antinomia *total-parcial*.

Quid faciendum? ¿Existe un cuarto criterio que permite resolver las antinomias de este tipo? Por «existe» aquí entendemos un criterio «válido», o sea, un criterio reconocido como vinculante para el intérprete ya sea por ser razonable o por su dilatado e indiscutible uso. Debemos responder que no. El único criterio, del cual se encuentran señas en los antiguos tratadistas (pero que no se encuentra ya en los tratadistas modernos, aunque de todos modos se confirma en un paciente análisis de las decisiones de los magistrados), es el que venimos tratando, esto es, el de la forma de la norma.

Según la forma, las normas pueden ser, como ya hemos visto, *imperativas*, *prohibitivas* y *permissivas*. El criterio es ciertamente aplicable, porque es claro que dos normas incompatibles son diferentes en cuanto a la forma: si una es imperativa la otra es prohibitiva o permissiva. No he dicho que este criterio sea justo y que sea constantemente seguido por los juristas.

El criterio respecto a la forma consistiría en establecer un grado de prevalencia entre las tres formas de la norma jurídica, por ejemplo, de este modo: si de dos normas incompatibles una es imperativa o prohibitiva y la otra es permissiva, prevalece la permissiva. Este criterio parece razonable y corresponde a uno de los cánones interpretativos seguidos más frecuentemente por los juristas, esto es, el de dar prevalencia, en caso de ambigüedad o incertidumbre en la interpretación de un texto, a la interpretación *favorable* antes que a la *odiosa*.

En líneas generales, si se entiende por *lex favorabilis* aquella que concede una determinada libertad (facultad o derecho subjetivo) y por *lex odiosa* aquella que impone una obligación (seguida de sanción), no hay duda que una *lex permissiva* es *favorabilis*, y una *lex imperativa* es

¹¹ Aquí entiendo «imperativo» en sentido estricto, con referencia exclusiva a los imperativos positivos.

odiosa. El canon, por otro lado, es mucho menos evidente de lo que puede parecer en virtud de lo que se ha dicho, por la simple razón de que la norma jurídica es bilateral, o sea, que atribuye a un mismo tiempo un derecho a una persona e impone un deber (positivo o negativo) a otra; de ello resulta que en una relación jurídica la interpretación favorable a un sujeto es, al mismo tiempo, odiosa para el otro sujeto, y viceversa. En otras palabras, se comprende que si una norma se interpreta en la forma más favorable para el deudor, haciendo prevalecer, en caso de ambigüedad o de conflicto, la interpretación que le reconoce un cierto derecho sobre la interpretación que le impondría una cierta obligación, tal interpretación sería odiosa desde el punto de vista del acreedor. De aquí se deriva la ambigüedad denunciada del canon, puesto que el verdadero problema que encuentra más adelante el intérprete no es el de hacer prevalecer la norma permisiva sobre la imperativa, o viceversa, sino el de establecer a cuál de los dos sujetos de la relación jurídica es más justo proteger, esto es, cuál de los dos intereses en conflicto es justo hacer prevalecer, y en esta decisión la diferencia formal entre las normas no ofrece la más mínima ayuda.

Pero en el conflicto entre dos normas incompatibles existe, respecto de la forma de la norma, otro caso: cuando una de las dos normas es imperativa y la otra es prohibitiva. Una posible solución a este caso se podría deducir de la consideración de que, mientras en el primer caso, ya explicado, se trata de un conflicto entre dos normas contradictorias respecto de las cuales *tertium non datur* (o se aplica la una o la otra), en este segundo caso se trata de un conflicto entre dos *normas contrarias* que se excluyen, alternativamente, pero que por ello no excluyen una tercera solución, en el sentido ya explicado, según el cual dos proposiciones contrarias no pueden ser ambas verdaderas, pero pueden ser ambas falsas. En el conflicto entre deber positivo y deber negativo, el *tertium* está permitido. Entonces, se puede tener como bien fundada la regla según la cual dos normas contrarias, o sea, una norma que obliga a hacer algo y otra que prohíbe hacer lo mismo, se eliminan mutuamente y, por tanto, el comportamiento, antes de ser ordenado o prohibido, se considera permitido o lícito.

Empero, debemos reconocer que estas reglas deducidas de la forma de la norma no tienen el carácter vinculante de las reglas deducidas de los tres criterios examinados en el párrafo precedente. Esto significa, en otras palabras, que en caso de un conflicto en el cual no se pueda aplicar ninguno de los tres criterios, su solución se confía a la libertad del intérprete; podemos así hablar de un verdadero y propio poder discrecional del intérprete, al cual se remite la resolución según la oportunidad, valiéndose de todas las técnicas de la hermenéutica adoptadas tras una larga y consolidada tradición de los juristas, sin limitar-

se a aplicar solamente una regla. Por tanto, decimos en general que en caso de conflicto entre dos normas, para el cual no valgan el criterio cronológico ni el jerárquico, y tampoco el de la especialidad, el intérprete, ya sea el juez o el jurista, tiene tres posibilidades:

1. Eliminar una de las normas.
2. Eliminar la dos.
3. Conservar las dos.

En el primer caso, la operación que cumple el juez o el jurista se llama *interpretación abrogante*. Pero se trata, a decir verdad, de abrogación en sentido impropio, porque si quien interpreta es el jurista, éste no tiene poder normativo y, por consiguiente, no tiene ningún poder abrogativo (el jurista sugiere soluciones a los jueces y eventualmente también al legislador); si la interpretación la hace el juez, éste, en general (en los ordenamientos estatales modernos) tiene el poder de no aplicar la norma que considera incompatible en el caso concreto, pero no tiene el poder de excluirla del sistema (o sea, de abrogarla). Tan es así, que otro juez que deba juzgar el mismo caso podría darle al conflicto de normas una solución opuesta y aplicar precisamente aquella norma que el juez anterior había eliminado.

No es muy fácil encontrar ejemplos de interpretación abrogante. En el Código Civil italiano, por ejemplo, hay dos normas que se han considerado manifiestamente contrarias entre sí: es el caso de los artículos 1813 y 1822. El artículo 1813 define el mutuo como un contrato real: «El mutuo es el contrato por el cual una parte *entrega* a la otra una determinada cantidad de dinero, etc.»; el artículo 1822 regula la promesa de mutuo: «Quien ha prometido dar en mutuo puede rehusar el cumplimiento de su obligación, etc.» Pero ¿que significa la admisión del valor vinculante de la promesa de mutuo sino la admisión, con otro nombre, del mutuo como contrato consensual? ¿Es entonces el mutuo un contrato real, como dice claramente el primer artículo, o bien un contrato consensual, como deja entender, aun sin decirlo explícitamente, el segundo artículo? El intérprete que respondiese afirmativamente a la segunda pregunta terminaría por considerar inexistente la primera norma, o sea, que llevaría a cabo una abrogación interpretativa.

El segundo caso —eliminación de las dos normas en conflicto— puede presentarse, como hemos visto, solamente cuando la oposición entre las dos normas no sea de contradictoriedad sino de contradicción. Se podría ver un ejemplo, aunque un poco torzado, en la duda que puede surgir en la interpretación del artículo 602 del C.C. italiano, relacionada con la colocación de la fecha en el testamento holográfico antes o después de la firma. Del primer inciso que dice: «El testamento

hológrafo debe ser escrito íntegramente, *fechado* y suscrito por la mano del testador», se podría deducir que la fecha debe ser puesta antes de la firma. Del segundo inciso, «La firma debe ser puesta al final de las disposiciones», se podría pensar, por el contrario, que la fecha, no siendo una disposición, debe ser colocada después de la firma. En la duda entre la obligación y la prohibición de poner la fecha antes de la firma, el intérprete podría estar inducido a considerar alternativamente excluyentes las dos normas contrarias, y a considerar que es lícito colocar la fecha tanto antes como después de la firma. También en este caso se puede hablar de interpretación abrogante, si bien, como en el caso precedente, en modo impropio. Pero, a diferencia del caso de las dos disposiciones contradictorias de las cuales una elimina a la otra y una de las dos no puede permanecer, aquí, tratándose de dos disposiciones contrarias, *se eliminan mutuamente y no se conserva ninguna de las dos*. Se trata, como puede verse, de una doble abrogación, mientras que en el primer caso se tiene una *abrogación simple*.

La tercera solución —conservar las dos normas incompatibles— es, tal vez, a la que recurre más frecuentemente el intérprete. Pero ¿cómo es posible conservar dos normas incompatibles, si por definición dos normas incompatibles no pueden coexistir? Ello es posible si se demuestra que las dos normas no son incompatibles, que la incompatibilidad es meramente aparente, que la presunta incompatibilidad se deriva de una mala interpretación, unilateral, incompleta o errada de una de las dos normas o de ambas. O sea, que el intérprete tiende generalmente no ya a eliminar las normas incompatibles, sino más bien a *eliminar la incompatibilidad*. A veces, para obtener este fin, el intérprete introduce alguna modificación leve o parcial en el texto; y, en este caso, se tiene aquella forma de interpretación que se denomina *correctiva*. En general, por interpretación correctiva se entiende aquella forma de interpretación que pretende conciliar dos normas aparentemente incompatibles para conservarlas ambas en el sistema, o sea, para evitar el remedio extremo de la abrogación.

Se entiende que en la medida en que la corrección introducida modifique el texto original de la norma, también la interpretación correctiva es abrogante, si bien limitada a la parte de la norma corregida. Más que contraponer la interpretación correctiva a la abrogante, se debería considerar la primera como una forma atenuada de la segunda, en el sentido de que mientras la interpretación abrogante tiene por efecto eliminar *totalmente* una norma (o aun las dos normas), el efecto de la interpretación correctiva es eliminar *parcialmente* una norma (o ambas).

Para dar un ejemplo de esta forma de interpretación, nos referimos al caso ya explicado de la antinomia entre el artículo 57 del C.P. sobre

la responsabilidad (objetiva) del director del periódico y el artículo 27 de la Constitución que excluye toda forma de responsabilidad que no sea personal. Hay al menos dos interpretaciones del artículo 57 del C.P. que eliminan la antinomia: 1) El director del periódico está *obligado* a impedir los delitos de sus colaboradores (con base en el artículo 40, inciso 2.º del C.P., según el cual «el no impedir un evento, que se tiene la obligación jurídica de impedir, equivale a ocasionarlo»); si se presume este deber, la condena no depende de la circunstancia objetiva de la función de director, sino del no cumplimiento de un deber y, por consiguiente, de la valoración de una responsabilidad subjetiva. 2) El director del periódico está *obligado* a vigilar la actividad de sus colaboradores, esto es, en última instancia, a controlar todos los artículos que aparezcan en el periódico que dirige; si se presume este deber, su condena puede estar justificada mediante el reconocimiento de una *culpa in vigilando*, o sea, aún más, de una responsabilidad subjetiva. Pero está claro que estas dos interpretaciones sólo son posibles si se introduce una ligera modificación en el texto del artículo 57 del Código Penal que dice que el director responde «por tanto sólo» del delito cometido. Es claro que «por tanto sólo» significa «por el solo hecho de ser director del periódico» y, por ende, independientemente de toda culpa. Es necesario, por consiguiente, eliminar la frase «por tanto sólo» si se desea que este artículo sea compatible con la disposición pertinente de la Constitución. La *conciliación* entonces se haría por medio de una *corrección*.

Hemos dicho que esta tercera vía es la que los intérpretes siguen con más frecuencia. El jurista y el juez tienden, en cuanto les es posible, a la *conservación de las normas dadas*. Es ciertamente una regla tradicional de la interpretación jurídica que el sistema debe ser obtenido con el menor desorden, o, en otras palabras, que la exigencia del sistema no debe ir en perjuicio del principio de autoridad, según el cual las normas adquieren existencia por el solo hecho de ser promulgadas. Podemos aducir un ejemplo elocuente. Messineo ha dicho recientemente que el inciso 1.º del artículo 2937 del C.C. italiano es un rompecabezas que «somete a duras pruebas las meninges del intérprete». Según este artículo, no puede renunciar a la prescripción quien no puede disponer válidamente del *derecho*. Pero ¿de cuál derecho se habla? La prescripción extintiva a la que se refiere este artículo hace desaparecer un *deber*, no hace surgir un derecho. Messineo demuestra que este artículo se deriva del 2108 del C.C. de 1865, en el que, no siendo distinta la regulación de la prescripción extintiva a la de la prescripción

¹² F. Messineo, «Variazioni sul concetto di "rinuncia alla prescrizione"», en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, XI, 1957, págs. 505 y sigs.

adquisitiva (usucapión), el caso de la renuncia al derecho se refería no ya a la primera sino a la segunda; y en relación con la segunda es perfectamente apropiado hablar de un derecho del cual se puede disponer. Sin embargo, a pesar de la demostrada impropiedad de la dicción, nuestro autor sostiene que de todos modos el intérprete debe dar a ésta un sentido, y, por tanto, observa que la palabra «derecho» se podría entender en el contexto del artículo 2937 como «derecho a la liberación de la obligación». Y ha hecho a este propósito una declaración en extremo interesante, por el valor paradigmático que tiene al ser confrontada con la actitud de respeto del intérprete en relación con el legislador: «Es estricto deber del intérprete, antes de acudir a la interpretación abrogante (que en un primer momento sería la forma de resolverla), intentar otra vía para que la norma jurídica tenga sentido. Hay un derecho a la existencia que no puede ser negado a la norma en manera alguna, desde que ha sido promulgada»¹³.

70. *Conflicto de criterios*

Hemos dicho, al inicio del párrafo 68 (*supra*, pág. 203) que hay antinomias insolubles y antinomias solubles, y que hay antinomias insolubles por dos razones: por la inaplicabilidad de los criterios, o bien por la aplicabilidad de dos o más criterios contrarios entre sí. A la primera razón dedicamos el párrafo precedente; a la segunda, dedicaremos el presente.

Hemos visto que tres son los criterios tradicionalmente aceptados para resolver la antinomia: el cronológico, el jerárquico y el criterio de especialidad. Ahora bien, puede acaecer que a dos normas incompatibles entre sí y que estén en una determinada relación se les puedan aplicar a un mismo tiempo, no sólo uno, sino dos o tres criterios. Para poner un ejemplo más fácil: una norma constitucional y una norma ordinaria generalmente son dictadas en diferentes épocas, por lo que entre estas dos normas existe a la vez una diferencia jerárquica y una cronológica. Desde luego, como ocurre frecuentemente, la norma constitucional es general y la ordinaria es especial, y los criterios aplicables son tres. Esta situación compleja no suscita especial dificultad cuando las dos normas están dispuestas en modo tal que, cualquiera que sea el criterio que se quiera aplicar, la solución no cambia; por ejemplo, si de dos normas incompatibles una es superior y subsiguiente, y la otra inferior y antecedente, tanto el criterio jerárquico como el cronológico

¹³ *Op. cit.*, pág. 516.

dan como resultado el hacer prevalecer a la primera. Lo mismo ocurre si la norma subsiguiente es especial respecto de la precedente puesto que aquella prevalece ya sea con base en el criterio de especialidad o con base en el criterio cronológico. Los dos criterios se suman, pero desde luego bastaría uno sólo para dar prevalencia a una de las dos normas, comoquiera que se dice que la norma prevalente prevalece *a fortiori*.

Pero la situación no es siempre tan simple. Supongamos un caso en que dos normas se encuentran en una relación tal que los dos criterios son aplicables, pero al aplicar un criterio se obtiene una solución opuesta a la que resultaría de aplicar el otro criterio. Es claro que en este caso no se pueden aplicar, al mismo tiempo, los dos criterios. Es necesario aplicar uno con preferencia del otro. ¿Cuál? He aquí el problema. Para hacer aún más fácil el ejemplo, basta pensar en el caso de una incompatibilidad entre una norma constitucional precedente y una ordinaria posterior. En este caso son aplicables dos criterios, el jerárquico y el cronológico; pero si se aplica el primero se da prevalencia a la primera norma, y si se aplica el segundo se da prevalencia a la segunda. Los dos criterios no se pueden aplicar al mismo tiempo porque son incompatibles. Aquí tenemos una incompatibilidad de segundo grado: no se trata ya de la incompatibilidad entre normas, de la que hemos tratado hasta ahora, sino de la incompatibilidad entre los criterios válidos para solucionar la incompatibilidad entre las normas. Junto al conflicto de las normas, que da lugar al problema de las antinomias, existe el conflicto de criterios para solucionar las antinomias, que da lugar a una antinomia de segundo grado. ¿Son solucionables estas antinomias de segundo grado? La respuesta afirmativa depende del hecho de si hay o no reglas tradicionalmente admitidas para la solución del conflicto de criterios, así como existen reglas admitidas para solucionar el conflicto entre normas. Se trata, en otras palabras, de saber si existe un criterio establecido para la solución de los conflictos entre criterios, y de saber cuál es este criterio. Como no podríamos dar una respuesta general, debemos examinar uno a uno los casos de conflicto entre criterios. -

Siendo tres los criterios (A, B, C), los conflictos entre criterios pueden ser tres: A con B, B con C, A con C:

1. *Conflicto entre el criterio jerárquico y el cronológico.* Este conflicto tiene lugar cuando una norma anterior-superior es antinómica respecto de una norma posterior-inferior.

El conflicto consiste en que si se aplica el criterio jerárquico prevalece la primera, y si se aplica el criterio cronológico prevalece la segunda. Entonces el problema consiste en saber cual de los dos criterios

prevalece sobre el otro. Aquí la respuesta no tiene duda. El criterio jerárquico prevalece sobre el cronológico, lo que tiene por efecto eliminar tanto la norma inferior como la posterior. En otras palabras, se puede decir que el principio *lex posterior derogat priori* no es aplicable cuando la *lex posterior* es jerárquicamente inferior a la *lex prior*. Esta solución es bastante obvia: si el criterio cronológico debiese prevalecer sobre el jerárquico, el mismo principio del orden jerárquico de las normas sería vano, porque la norma superior perdería el poder que le es propio, de ser abrogada por las normas inferiores. El criterio cronológico vale como criterio de elección entre dos normas puestas en el mismo plano, mas cuando dos normas están colocadas en planos diferentes, el criterio natural de elección nace de la misma diferencia de planos.

2. *Conflicto entre el criterio de especialidad y el cronológico.* Este conflicto tiene lugar cuando una norma anterior-especial es incompatible con una norma posterior-general. Existe conflicto porque al aplicar el criterio de especialidad se da prevalencia a la primera norma, y al aplicar el criterio cronológico se da prevalencia a la segunda. También aquí se ha establecido una regla general: *lex posterior generalis non derogat priori specialis*. Con base en esta regla el conflicto entre el criterio de especialidad y el criterio cronológico debe ser resuelto en favor del primero: la ley general posterior no elimina la ley especial anterior. Ello lleva a una excepción ulterior al principio *lex posterior derogat priori*, ya que este principio desaparece no sólo cuando la *lex posterior* es inferior, sino también cuando es general (y la *lex prior* es *specialis*). Esta regla, por otra parte, debe ser tomada con cierta cautela, ya que tiene un valor menos perentorio que el de la regla precedente. Se diría que la *lex specialis* tiene menos fuerza que la *lex superior*, y que, por consiguiente, su victoria sobre la *lex posterior* es más discutida. Sin embargo, para hacer afirmaciones más precisas en este campo es necesario disponer de una amplia casuística.

3. *Conflicto entre el criterio jerárquico y el de la especialidad.* En los dos casos precedentes vimos el conflicto de estos dos criterios respectivamente con el criterio cronológico y comprobamos que ambos criterios son más fuertes que el cronológico. El caso más interesante se presenta cuando están en conflicto no uno de los dos criterios fuertes con el criterio débil (el cronológico), sino los dos criterios fuertes entre sí. Es el caso de una norma superior-general incompatible con una norma inferior-especial. Si se aplica el criterio jerárquico prevalece la primera, y si se aplica el criterio de especialidad prevalece la segunda. ¿Cuál de los dos criterios se debe aplicar? Una respuesta segura es imposible. No existe una regla general consolidada. También en este caso, como en el caso de ausencia de criterios, la solución dependerá

del intérprete, quien aplicará uno u otro criterio, de acuerdo con las circunstancias.

La gravedad del conflicto se deriva del hecho de que están en juego dos valores fundamentales de todo ordenamiento jurídico: el de respeto al ordenamiento, que exige el respeto a la jerarquía y, por consiguiente, al criterio de la superioridad, y el de la justicia, que exige la adaptación gradual del derecho a las necesidades sociales, así como el respeto al criterio de la especialidad. Teóricamente, debería prevalecer el criterio jerárquico ya que si se admitiese el principio de que una ley ordinaria especial puede derogar los principios constitucionales, que son normas generalísimas, los principios fundamentales de un ordenamiento jurídico estarían condenados a perder todo contenido.

Pero, en la práctica, la exigencia de adaptar los principios generales de una constitución a las siempre cambiantes y nuevas situaciones lleva frecuentemente a hacer triunfar la ley especial, aunque sea ordinaria, sobre la constitucional, como cuando la Corte Constitucional italiana decidió que el artículo 3.º, inciso 3.º, de la ley del 22 de diciembre de 1956, relativa a la creación del Ministerio de las Participaciones Estatales, que imponía a las empresas con participación estatal la obligación de retirarse de las organizaciones sindicales patronales, no era incompatible con el artículo 39 de la Constitución, que afirma para todos la libertad sindical (y, por consiguiente, la libertad de participar en la asociación sindical de su agrado). En este caso, el conflicto era claro entre una ley superior-general y una ley inferior-especial; pero con la declaratoria de constitucionalidad pronunciada por la Corte se le dio prevalencia a la segunda y no a la primera.

71. *El deber de la coherencia*

Todo el análisis hecho en este capítulo presupone que la incompatibilidad entre dos normas es un mal que se debe eliminar, y, por consiguiente, presupone una *regla de coherencia*, que podría ser formulada así: «En un ordenamiento jurídico no *deben* existir antinomias.» Pero ¿esta regla es, a su vez, una regla jurídica? ¿El deber de eliminar la antinomia es un deber jurídico? ¿Se puede decir que una regla semejante pertenece al ordenamiento jurídico, aun sin ser expresa? ¿Hay argumentos suficientes para sostener que en todo ordenamiento está implícita la prohibición de la antinomia y que concierne solamente al intérprete entenderla como explícita? Hago, finalmente, esta pregunta, ¿por qué se sostiene generalmente que la prohibición de la antinomia

es una regla del sistema, sin profundizar en la naturaleza, en la fuente ni en la eficacia?

Una regla que concierna a las normas de un ordenamiento jurídico — como la prohibición de las antinomias — no puede estar dirigida sino a quienes tienen injerencia en la producción y en la aplicación de las normas, en particular al legislador que es el productor por excelencia y al juez que es el aplicador por excelencia. Dirigida la prohibición a los creadores de normas, diría así: «No debéis crear normas que sean incompatibles con otras normas del sistema.» Dirigida a los aplicadores, la prohibición asumiría esta otra forma: «Si encontráis antinomias debéis eliminarlas.» Se trata ahora de ver si existen, y en qué situación, una u otra de estas dos normas, o las dos. Supongamos tres casos:

1) El de las normas de diferente nivel, esto es, dispuestas jerárquicamente. En este caso, generalmente la regla de la coherencia presenta estas formas: *a)* la persona o el órgano autorizado para dictar normas inferiores debe producir normas que no sean contrarias a las normas superiores (piénsese en la obligación de quien tiene un poder reglamentario o un poder negocial para desarrollar este poder dentro de los límites establecidos por las normas superiores); *b)* el juez, cuando se encuentra ante un conflicto entre una norma superior y una norma inferior, debe aplicar la norma superior.

2) El caso de normas de igual nivel, sucesivas en el tiempo. En este caso no existe ningún deber de coherencia por parte del legislador, mientras que sí existe por parte del juez el deber de resolver la antinomia, eliminando la norma anterior y aplicando la posterior. Existe, por tanto, la regla de la coherencia, en la segunda forma, o sea, dirigida a los jueces, pero no en la primera (dirigida al legislador): *a)* el legislador ordinario es perfectamente libre de dictar sucesivamente normas contrarias entre sí; esto se ha previsto, por ejemplo, en el artículo 15 de las Disposiciones Preliminares, ya citado, que admite la abrogación implícita, o sea, que admite la legitimidad de una ley posterior contraria a una anterior; *b)* pero cuando la contradicción se presente el juez debe eliminarla, aplicando, de las dos normas, la posterior. Se puede decir entonces que el legislador es perfectamente libre para contradecirse, pero la coherencia se salva igualmente porque de las dos normas contrarias una cae y la otra permanece como válida.

3) El caso de las normas de un mismo nivel, contemporáneas (por ejemplo, la promulgación de un código o de un texto único; o de una ley que regula toda una materia). Tampoco hay aquí obligación alguna, jurídicamente cualificada, para el legislador de no contradecirse, en el sentido de que una ley que contenga disposiciones contradictorias será siempre una ley válida, y son válidas las dos disposiciones contra-

rias. Podemos hablar, aún más, en relación con el legislador, de un deber moral de no contradecirse, en consideración al hecho de que una ley contradictoria se torna más difícil y puede entorpecer la administración de justicia. En cuanto al juez, que se encuentra frente a una antinomia entre normas, supongamos de un código, tampoco tiene un deber jurídicamente cualificado de eliminar la antinomia. Simplemente, en el momento en que dos normas antinómicas no se pueden aplicar ambas al mismo caso, se encontrará en la necesidad de aplicar una y desechar la otra. Pero se trata de una necesidad de hecho y no de una obligación (o de una necesidad moral), y, por tanto, las dos normas antinómicas continúan subsistiendo en el ordenamiento, una al lado de la otra, y el mismo juez en un caso posterior u otro juez en el mismo caso (por ejemplo, un juez de segunda instancia) de las dos normas antinómicas puede aplicar la norma precedentemente desecheda, y viceversa.

Resumiendo, en los tres casos tratados el problema de una presunta regla de la coherencia se resuelve de tres diferentes formas. En el primer caso, la regla de la coherencia vale en ambas formas; en el segundo, vale solamente en la segunda forma; y en el tercero, no vale ni en la primera ni en la segunda forma, o sea, que no existe ninguna regla de la coherencia. De este planteamiento podemos sacar luces para aclarar un problema controvertido, que consiste en si la compatibilidad es una condición necesaria para la validez de una norma jurídica, como dijimos en la parte primera de esta obra (*supra*, pag. 34). Aquí, por la razón ya expuesta, debemos responder negativamente, por lo menos con relación al tercer caso, o sea el de normas de un mismo nivel y contemporáneas, en las cuales, como hemos visto, no existe ninguna regla de coherencia. *Dos normas incompatibles, del mismo nivel y contemporáneas, son ambas válidas*. Las dos no pueden ser contemporáneamente eficaces, por cuanto la aplicación de una al caso concreto excluye la aplicación de la otra; pero son ambas válidas, en el sentido de que, no obstante su conflicto, continúan existiendo en el sistema, y no existe remedio para su eliminación (mas allá, se entiende, de la abrogación legislativa).

De donde la coherencia no es condición de validez, pero es siempre condición para la justicia del ordenamiento. Es evidente que si las dos normas contradictorias son ambas válidas, pueden ser aplicadas indistintamente una u otra, según el criterio del juez que esta llamado a aplicarla, dando lugar a la violación de dos exigencias fundamentales, en las que se inspiran o tienden a inspirarse los ordenamientos jurídicos: la exigencia de la certeza (que corresponde a los valores de la paz o del orden), y la de la justicia (que corresponde al valor de la igual-

dad). Por consiguiente, existiendo dos normas antinómicas, ambas válidas, y, por tanto, aplicables, el ordenamiento jurídico no garantiza la certeza, entendida como la posibilidad del ciudadano de prever con exactitud la consecuencia jurídica de su propia conducta, ni la justicia entendida como igual tratamiento a las personas que pertenecen a la misma categoría. Hay un episodio de *I promessi sposi* que ilustra muy bien las razones morales por las cuales es bueno que en el derecho no existan antinomias. Es el episodio del homicidio cometido por Fray Cristóforo (alias Ludovico). La riña, seguida de un doble homicidio, surgió porque «los dos (Ludovico y su adversario) caminaban rozando el muro; pero Ludovico (nótese bien) lo tocaba con el lado derecho, y esto, según una costumbre, le daba el derecho (¡hasta dónde se tiene que meter el derecho!) de no separarse del muro para dar paso a quien fuera, cosa a la cual entonces se le daba mucha importancia. El otro pretendía, por el contrario, que ese derecho le competía a él, por ser noble, y que a Ludovico le tocaba ir por el centro, y esto en razón de otra costumbre. Como se observa, en este caso, como en muchos otros, estaban en vigor dos costumbres contrarias, sin que se hubiere decidido cuál de las dos era la correcta; lo que podría ocasionar una guerra, toda vez que un cabeza dura se debatiera con otro del mismo carácter»¹⁴.

¹⁴ *I promessi sposi*, cap. IV, ed. Einaudi, pág. 58. El episodio es citado por C. E. Balossini, *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, 1958, pág. 368.

¹⁵ Se trata de la novela de A. Manzoni *Los novios*. (N. del T.)