

01325



Introducción al Derecho II: Teoría de la Argumentación Jurídica
Profesor Álvaro Fuentealba Hernández
Segundo Semestre

UNIDAD III: Justificación de la Norma en casos de Antinomias y en situaciones de Integración de la Ley. Criterios de Solución de Antinomias e Integración

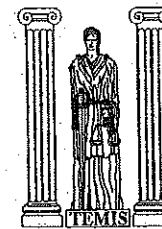
Bibliografía específica:

1. Bobbio, Norberto. "La coherencia del Ordenamiento Jurídico". Teoría General del Derecho. Temis. Bogotá, 1997.
2. Bobbio, Norberto. "La integridad del Ordenamiento Jurídico". Teoría General del Derecho. Temis. Bogotá, 1997.
3. Bascuñán Rodríguez, Antonio. "El principio de distribución de competencias como criterio de solución de antinomias". Revista Chilena de Derecho. Número Especial. Santiago, 1998.
4. Guzmán Brito, Alejandro. Las Reglas del "Código Civil" de Chile sobre Interpretación de las Leyes". Lexis Nexis. Santiago, 2007.

NORBERTO BOBBIO

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

*Segunda reimpresión
de la segunda edición*



EDITORIAL TEMIS S. A.
Santa Fe de Bogotá - Colombia
1997

000001



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

Título del original italiano:

Teoría della norma giuridica

G. Giappichelli-Editore, Torino, 1958

y

Teoría dell'ordinamento giuridico

G. Giappichelli-Editore, Torino, 1960

Traducción de

JORGE GUERRERO R.

© Edición italiana, G. Giappichelli - Editore, Torino, 1958 y 1960.

© Editorial castellana, Editorial Temis, S. A., 1997.

Calle 17, núm. 68D-46, Santa Fe de Bogotá

ISBN 84-8272-552-1

Hecho el depósito que exige la ley.

Impreso en Talleres Editorial Nomos.

Carrera 39 B, núm. 17-85, Santa Fe de Bogotá.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

ADVERTENCIA ACERCA DE LA TRADUCCIÓN

Ante los reclamos de algunos lectores acerca de ciertas fallas que se deslizaron en la traducción de la primera edición castellana, me impuse la tarea, bastante fatigosa por cierto, de revisarla con el mayor cuidado, a fin de ofrecer, en esta segunda edición castellana, una versión fiel, hasta donde me ha sido posible. En efecto, corregí no solo fallas gramaticales y de puntuación, sino también inexactitudes de interpretación, algunas veniales y otras en materia grave. Con esta nueva versión el lector puede tener la seguridad de que el pensamiento del autor ha sido trasladado fielmente, en lo posible, a la lengua castellana.

JORGE GUERRERO R.

000002

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*, entendiéndose 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 quarendo*, 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 éste 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 llevará 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». 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 que 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 sólo 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

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». Y en otro lugar: «La teoría del derecho es de la clase de aquellas teorías que no dependen de los expe-

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.

³ F. Salvi, «L'errore nell' accertamento della filiazione naturale», en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, VI (1952), pág. 24.

⁴ «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»¹.

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

¹ *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 sus 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.

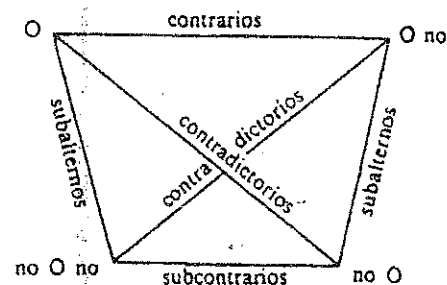
Por otra parte, confrontado con un sistema deductivo, el sistema jurídico es algo menos, y, confrontado con un sistema dinámico, del cual hemos hablado en el párrafo precedente, es algo más; en efecto, si se admite el principio de compatibilidad, para considerar la pertenencia de una norma al sistema, 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 célebres 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 qué 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 no: relación entre prohibición y permiso positivo.
4. O - no O no: relación entre obligatorio y permiso positivo.
5. O no - no O: relación entre prohibido y permiso negativo.
6. no O no - 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 son dos contrarios, y dos contrarios pueden ser ambos falsos (F), pero no verdaderos (V).

	O	O no
V	V	F
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.

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 ^e
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 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.⁷ 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 distinción⁸, *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

⁸ 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 parágrafo 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 *cuando 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*¹¹, *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 permissiva 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 ¿qué 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 forzado, 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 hológrafo antes o después de la firma. Del primer inciso que dice: «El testamento

hológrafo debe ser escrito íntegramente, *fehado* 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»¹². 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 "rinunzia 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 cuál 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 si 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 desechada, 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*, pág. 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 (más 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 está 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. LV, 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.*)

LA INTEGRIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

72. El problema de las lagunas

Examinamos en los dos capítulos precedentes dos características del ordenamiento jurídico: la unidad y la coherencia. Queda ahora por considerar una tercera característica, que le es comúnmente atribuida: la *integridad*. Por «integridad» se entiende la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso. Dado que a la ausencia de una norma se le denomina generalmente «laguna» (en uno de los sentidos del término «laguna»), integridad significa «ausencia de lagunas». En otras palabras, un ordenamiento es completo cuando el juez puede encontrar en él una norma para regular cada caso que se le presente, o mejor, no hay caso que no pueda ser regulado con una norma del sistema. Si queremos dar una definición más técnica de integridad, podemos decir que un ordenamiento es completo cuando nunca se presenta el caso de que no pueda demostrarse que a él pertenecen determinada norma ni la norma contradictoria.

Queriendo especificar, la no integridad consiste en el hecho de que el sistema no tiene una norma que prohíba un determinado comportamiento ni una norma que lo permita. En efecto, si se puede demostrar que ni la prohibición ni la permisón de un cierto comportamiento son producto del sistema, entonces se puede decir que el sistema es incompleto, que el ordenamiento jurídico tiene una laguna.

Con esta definición más técnica de integridad se comprende mejor cuál es el nexo entre el problema de integridad y el de la coherencia, examinado en el capítulo precedente. Podemos, en efecto, definir la coherencia como aquella propiedad por la cual no es posible demostrar, en ningún caso, la pertenencia al sistema de una determinada

norma y de su contradictoria. Como hemos visto, nos encontramos frente a una antinomia cuando nos damos cuenta que al sistema pertenecen simultáneamente tanto la norma que prohíbe un determinado comportamiento como la que lo permite. Por tanto, el nexo entre coherencia e integridad radica en lo siguiente: la coherencia significa exclusión de toda situación en que dos normas que se contradicen pertenezcan al sistema; la integridad significa exclusión de toda situación en la cual no pertenezca al sistema ninguna de las dos normas que se contradicen. Entonces llamaremos «incoherente» a un sistema en el que existan *tanto* normas que no permitan un cierto comportamiento *como* aquellas que lo permiten; e «incompleto» a un sistema en el que no exista *ni* la norma que prohíbe un determinado comportamiento *ni* la norma que lo permite.

El nexo entre los dos problemas por lo general se ha pasado por alto, pero no faltan en la mejor literatura jurídica señas de la necesidad de un estudio común. Por ejemplo, en el *Sistema* de Savigny se lee este párrafo que me parece muy significativo: «... el conjunto de las fuentes del derecho... forma un todo, que está destinado a la solución de todas las cuestiones que se presenten en el campo del derecho. Para responder a tal fin, éste debe presentar dos características: *unidad e integridad*... El procedimiento ordinario consiste en deducir del conjunto de las fuentes un sistema de derecho... Si falta la *unidad*, entonces se trata de eliminar una *contradicción*; si falta la *integridad*, entonces se trata de llenar una *laguna*. En realidad estas dos cosas pueden reducirse a un único concepto fundamental. En efecto, nosotros tratamos de establecer siempre la unidad: la unidad negativa elimina las contradicciones; la unidad positiva llena las lagunas»¹.

Carnelutti, en su *Teoria generale del diritto*, trata conjuntamente los dos problemas, y habla de falta de integridad por *exuberancia* en el caso de las antinomias, y de falta de integridad por *deficiencia* en el caso de las lagunas, cuyos remedios son opuestos: el de la *purga* del sistema para eliminar las normas exuberantes, o sea las antinomias, y el de la *integración* para eliminar la deficiencia de normas, o sea las lagunas². Carnelutti sabe bien que la antinomia es un caso en el que hay más normas de las que debería haber, es decir, lo que hemos expresado en la forma *tanto... como*, donde el deber del intérprete es suprimir aquello que está de más; la laguna, por el contrario, es un caso en el que hay menos normas de las que debería existir, o sea lo que hemos expresado con las dos conjunciones *ni... ni*, en donde el deber del intérprete es el opuesto, es decir, agregar lo que falta.

Así como en relación con la característica de la coherencia, el problema del teórico general del derecho es saber en qué medida un ordenamiento jurídico es coherente, respecto de la característica de la integridad, nuestro problema es saber en qué medida un ordenamiento jurídico es completo. Por lo que respecta a la coherencia, hemos manifestado que ella es una exigencia, mas no una necesidad, en el sentido de que la exclusión total de la antinomia no es condición necesaria para la existencia de un ordenamiento jurídico, puesto que un ordenamiento jurídico puede tolerar en su seno normas incompatibles, sin desaparecer. Frente al problema de la integridad, si consideramos un determinado tipo de ordenamiento jurídico, como el italiano, caracterizado por el principio de que el juez debe juzgar todo caso mediante una norma perteneciente al sistema, la integridad es algo más que una exigencia, es una necesidad, o sea, es una condición necesaria para el funcionamiento del sistema. La norma que establece el deber que tiene el juez de juzgar todo caso con base en una norma perteneciente al sistema no se podría exigir si no se presupone que el sistema es completo, o sea, que tiene una reglas para todos los casos. Por tanto, la integridad es una condición sin la cual el sistema no podría funcionar en su complejidad. El arquetipo de los ordenamientos fundados, como se ha dicho, en el *dogma de la integridad* es el Código Civil francés, cuyo artículo 4.º dice: «El juez que se niegue a juzgar, so pretexto de silencio, de oscuridad o de insuficiencia de la ley, podrá ser procesado como culpable de denegación de justicia.» En el derecho italiano este principio está establecido en el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, que dice: «Al pronunciarse sobre la causa el juez debe seguir las normas del derecho, salvo que la ley le atribuya el poder de decidir según la equidad.»

En conclusión, la integridad es una condición necesaria para aquellos ordenamientos en los cuales valgan estas dos reglas: 1) el juez está obligado a juzgar todas las controversias que se le presenten a examen, 2) y está obligado a juzgarlas con base en una norma que pertenezca al sistema.

Se comprende que si una de las dos reglas desaparece, la integridad deja de ser considerada como un requisito del ordenamiento. Podríamos imaginar dos tipos de ordenamientos incompletos, según que falte la primera o la segunda de las dos reglas. En un ordenamiento en el que no existiere la primera regla el juez no estaría obligado a juzgar todas las controversias que le fueren presentadas; podría, pura y simplemente, rechazar el caso por ser jurídicamente irrelevante, con un juicio de *non liquet*. Para algunos, el ordenamiento internacional es un ordenamiento de este tipo: el juez internacional tendría facultad en algunos casos para no desestimar ni dar la razón a ninguno de los

¹ F. C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, § 42, pág. 267.

² F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, 2.ª ed., 1946, pág. 76.

contendientes, y esta decisión sería diferente (aunque es discutible que así sea) de la decisión del juez que desestimare a uno diere la razón al otro, o viceversa.

En un ordenamiento en el que faltare la segunda regla, el juez estaría, ahí sí, obligado a juzgar los casos, pero no con base en una norma del sistema. Este es el caso del ordenamiento que autoriza al juez a juzgar, a falta de una disposición legal o de ley que pueda utilizarse, según equidad. Se pueden considerar como ordenamientos de este tipo el inglés y, en alguna medida, el suizo, que en ausencia de ley o de costumbre autorizan al juez para resolver la controversia, como si él mismo fuera el legislador.

Se comprende que un ordenamiento en el que el juez esté autorizado para juzgar en equidad no tiene ninguna importancia el hecho de que el ordenamiento sea preventivamente completo, porque en todo momento es completible.

73. El dogma de la integridad

El dogma de la integridad, es decir, el principio que afirma que el ordenamiento jurídico debe ser completo para que en todo caso pueda ofrecer al juez una solución sin tener que recurrir a la equidad, ha sido dominante, y lo es todavía hoy en parte en la teoría jurídica continental de origen romanista. Algunos lo consideran como uno de los aspectos sobresalientes del positivismo jurídico.

Remontándonos en el tiempo, este dogma de la integridad nace probablemente de la tradición romanista medieval, cuando poco a poco el derecho romano comenzó a ser considerado como el derecho por excelencia, enunciado en el *Corpus iuris* de una vez por todas y de una vez para siempre, al cual no habría nada que agregar ni nada que le sobre, porque contiene las reglas con las cuales el buen intérprete está en capacidad de resolver todos los problemas jurídicos que se le presenten o puedan presentarse. La completa y sutil técnica hermenéutica que desarrollan los comentaristas del derecho romano, lo mismo que los tratadistas, es especialmente una técnica para el conocimiento y el desarrollo interno del derecho romano, sobre el presupuesto de que éste constituye un sistema potencialmente completo, una especie de mina inagotable de la sabiduría jurídica, que el intérprete debe limitarse a excavar para encontrar la veta escondida. Si se nos permitiera resumir con una frase el carácter de la jurisprudencia que se ha desarrollado bajo el imperio y la sombra del derecho romano, diríamos que ella ha desarrollado el método de la *extensión* a costa del

método de la *equidad*, inspirándose más en el principio de autoridad que en el de la naturaleza de las cosas.

En los tiempos modernos el dogma de la integridad se ha convertido en componente de la concepción estatalista del derecho, es decir, de la concepción que hace de la producción jurídica un monopolio del Estado. A medida que el Estado moderno crecía en potencia se iban agotando todas las fuentes del derecho que no fueran la ley, o sea la voluntad del soberano. La omnipotencia del Estado se volcó sobre el derecho de origen estatal, y no se reconoció otro derecho que no tuviera origen directo o indirecto en el soberano. Omnipotente como el Estado del cual emana, el derecho estatal debía regular todo caso posible. ¿Si existiesen lagunas, qué otra cosa debería hacer el juez aparte de recurrir a las fuentes jurídicas extraestatales, como la costumbre, la naturaleza de las cosas, la equidad? Admitir que el ordenamiento jurídico estatal no era completo significaba introducir un derecho paralelo, romper el monopolio de la producción jurídica estatal. De allí que la afirmación del dogma de la integridad vaya paralela con la monopolización del derecho por parte del Estado.

Para mantener este monopolio, el derecho del Estado debe servir para todo uso. Las grandes codificaciones son la expresión macroscópica de esta voluntad de integración. Y es, se sabe, precisamente en el interior de una de estas grandes codificaciones donde se ha pronunciado el veredicto de que el juez debe juzgar siempre de acuerdo con el sistema ya dado. La ilusión de la codificación es la integración, esto es, una regla para cada caso. El código es para el juez un prontuario que le debe servir infaliblemente y del cual no puede apartarse.

En toda gran codificación (tanto la francesa de 1804 como la germana de 1900) se ha desarrollado entre los juristas y los jueces la tendencia a atenerse escrupulosamente a los códigos, situación que se ha predicado especialmente de los juristas franceses en relación con los códigos napoleónicos, pero que se podría extender a todas las naciones con derecho codificado, como un *fetichismo legislativo*. En Francia, a la escuela jurídica que se ha impuesto después de la codificación se la llama generalmente con el nombre de *escuela de la exégesis* y se la contraponen a la *escuela científica*, que aparece más tarde. El carácter peculiar de la escuela de la exégesis es la admiración incondicional por la obra cumplida por el legislador por medio de las codificaciones, una fe ciega en la suficiencia de las leyes, en definitiva, la creencia de que el código, una vez dictado, se basta completamente a sí mismo, es decir, no tiene lagunas; en otras palabras, es el dogma de la integridad jurídica. La escuela de la exégesis existió no solo en Francia, sino también en Italia, en Alemania y en otros países, y existe aún hoy, como veremos, a pesar de que el problema de las lagunas haya sido planteado

críticamente. Restaría por decir que la escuela de la exégesis y la codificación son fenómenos estrechamente conexos y difícilmente separables.

Cuando, como veremos en el párrafo siguiente, comenzó la reacción contra el fetichismo legislativo y, al mismo tiempo, contra el dogma de la integridad, uno de los mayores representantes de esta reacción, el jurista alemán Eugen Ehrlich, en un libro dedicado al estudio y a la crítica de la mentalidad del jurista tradicional, *La logica dei giuristi (Die juristische Logik, Tübingen, 1925)*, afirmó que el razonamiento del jurista tradicional, anclado en el dogma de la integridad, estaba fundado sobre estos tres presupuestos:

1) La proposición mayor de todo ordenamiento jurídico debe ser una norma jurídica; 2) esta norma debe ser siempre una ley del Estado; 3) todas estas normas deben formar en su conjunto una unidad. Ehrlich, golpeando la mentalidad tradicional del jurista, quería atacar aquella postura del conformismo estatalista, que el dogma de la integridad había generado y arraigado en la jurisprudencia.

74. *La crítica de la integridad*

El libro de Ehrlich, ya citado, es una de las expresiones más significativas de la revuelta contra el monopolio estatal del derecho, que se desarrolló casi simultáneamente en Francia y Alemania a fines del siglo pasado, y que se le conoció con diferentes nombres, pero especialmente con el de *escuela del derecho libre*. El blanco de esta tendencia es el dogma de la integridad del ordenamiento jurídico. Si se quiere atacar el fetichismo legislativo de los juristas, es necesario acabar ante todo con la creencia de que el derecho estatal es completo. La batalla de la escuela del derecho libre contra la diferentes escuelas de la exégesis es una batalla por las lagunas. ¿Acaso los comentaristas del derecho constituido no afirmaban que el derecho no tenía lagunas, y que el deber del interprete era únicamente el de hacer explícito lo que era ya implícito en la mente del legislador? Sin embargo, para los ideólogos de la nueva escuela el derecho constituido estaba lleno de lagunas, y para llenarlas era necesario confiar principalmente en el poder creativo del juez, o sea, de quienes están llamados a resolver los infinitos casos que suscitan las relaciones sociales, más allá y por fuera de toda regla preconstituida.

Son varias las razones por las cuales a fines del siglo pasado surgió y se desarrolló rápidamente este movimiento contra el estatismo jurídico y el dogma de la integridad. Pero parece ser que las principales razones fueron las siguientes. Ante todo, a medida que la codificación

envejecía (y esto es válido principalmente en Francia) se descubrían sus insuficiencias. Lo que al comienzo fue objeto de admiración incondicional, poco a poco se tornó en objeto de análisis crítico, cada vez más exigente, y la confianza en la omnisciencia del legislador disminuyó o desapareció. En la historia del derecho italiano bastaría confrontar la posición de la generación más próxima a los primeros códigos, la generación de 1870 y 1890, con la de las generaciones posteriores. Se habla frecuentemente del tránsito de una jurisprudencia exegética a una jurisprudencia científica para indicar, entre otras cosas, el desarrollo de una crítica libre con respecto de los códigos, cuya reforma preparó esa crítica. Inclusive, quien compare la posición de los juristas de hoy con la de los juristas de los primeros años posteriores a la promulgación de los nuevos códigos no tardará en observar una mayor despreocupación y un respeto menos pasivo.

En segundo lugar, junto al proceso natural de envejecimiento del código es necesario considerar que en la segunda mitad del siglo pasado se presentó, por obra de la llamada revolución industrial, una profunda y rápida transformación de la sociedad, lo que dio lugar a que las primeras codificaciones —que reflejaban una sociedad todavía agrícola y escasamente industrializada— se tornasen anacrónicas, y por consiguiente, insuficientes e inadecuadas, circunstancia que aceleró el proceso natural de envejecimiento. Basta pensar que aun en el Código Civil de 1885, que se derivaba del francés, todos los problemas relativos al trabajo, a los cuales se dedica ahora un libro entero, se trataban en un solo artículo. Hablar de integridad de un derecho, que ignoraba el surgimiento de la gran industria y todos los problemas conexos de la organización del trabajo, implicaba cerrar los ojos frente a la realidad por amor a una fórmula, dejarse arrullar por la inercia mental y el prejuicio.

Agreguemos que este desfase, cada vez más rápido y macroscópico, entre derecho constituido y realidad social estuvo acompañado de un desarrollo particular de la filosofía social y de las ciencias sociales en el siglo pasado, que, no obstante sus diversas corrientes, tenían una característica en común: la polémica contra el Estado y el descubrimiento de la *sociedad* al lado del *Estado*. Tanto el marxismo como la sociología positivista —para limitarnos a las dos corrientes más importantes de la filosofía social— estaban animados por una crítica contra el monismo, que tuvo su expresión más intransigente en la filosofía hegeliana, pero que desde tiempo atrás se venía propagando. El Estado se erguía sobre la sociedad y tendía a absorberla; pero la lucha de clases, por un lado, que tendía a romper continuamente los límites del orden estatal, y la formación siempre espontánea (de todos modos no provocada o impuesta por el Estado) de nuevas agrupaciones sociales, como

los sindicatos y los partidos, y las siempre nuevas relaciones entre los hombres, derivadas de la transformación de los medios de producción, hacían evidente una vida subyacente o contrastante con el Estado, que ni el sociólogo, y por consiguiente, tampoco el jurista podían ignorar.

La sociología, esta nueva ciencia que fue el producto más típico del espíritu científico del siglo XIX, en el momento en que se hacen conscientes las corrientes subterráneas que animaban la vida social, representó la destrucción del mito del Estado. Hemos visto que uno de los elementos del mito del Estado era el dogma de la integridad. Se comprende así que la sociología haya podido proveer elementos críticos a los nuevos juristas empeñados en luchar contra las diferentes formas de jurisprudencia apegadas al dogma de la estatalidad y de la integridad del derecho. Al fin de cuentas, la conciencia que se estaba formando con el desfase entre derecho constituido y realidad social, se reforzaba con el descubrimiento de la importancia de la sociedad frente al Estado, y encontraba en la sociología un punto de apoyo para contrarrestar las pretensiones del estatismo jurídico.

En el ámbito más vasto de la sociología se formó una corriente de sociología jurídica, de la cual Ehrlich, ya recordado, es uno de los representantes más autorizados. En sus albores el problema de la sociología jurídica fue principalmente demostrar que el derecho era un fenómeno social, y que, por tanto, la pretensión de los juristas ortodoxos de hacer del derecho un producto del Estado era infundada y conducía a varios absurdos, como el de creer en la integridad del derecho codificado. Las relaciones entre la escuela del derecho libre y la sociología jurídica son muy estrechas: son dos caras de la misma medalla. Si el derecho era un fenómeno social, un producto de la sociedad (en sus múltiples formas) y no solamente del Estado, el juez y el jurista debían determinar las reglas jurídicas adecuadas a las nuevas necesidades del estudio de la sociedad, de la dinámica de las relaciones entre las diversas fuerzas sociales y de los intereses que éstas representaban, y no de las reglas muertas y cristalizadas de los códigos.

El derecho libre, en otras palabras, sacaba las consecuencias no sólo de las lecciones de los hechos (o sea, de comprobar la inadecuación del derecho estatal frente al desarrollo de la sociedad), sino también del nuevo conocimiento que el desarrollo de las ciencias sociales estaba difundiendo acerca de la importancia de las fuerzas sociales latentes al interior de la estructura aparentemente sólida del Estado; las lecciones de los hechos y la madurez científica se ayudaban mutuamente para combatir el monopolio jurídico del Estado y, consiguientemente, el dogma de la integridad.

La literatura crítica del estatismo jurídico es muy extensa. Aquí nos limitamos a recordar la obra de Géný, *Méthode d'interprétation et*

sources du droit positif, 1889, que contraponía a la peculiar exégesis de los textos legislativos *la libre recherche scientifique*, por medio de la cual el jurista debía obtener la regla jurídica directamente del derecho vivo en las relaciones sociales. «El derecho es cosa bastante compleja y móvil —escribía Géný— para que un individuo o una asamblea, a pesar de que esté investida de autoridad soberana, pueda pretender fijar de un solo golpe los preceptos que satisfagan todas las exigencias de la vida jurídica». Al mismo tiempo, los estudios de Edouard Lambert sobre el derecho consuetudinario y sobre el derecho judicial servían para llamar la atención sobre un derecho que no fuera de origen legislativo. Libros como el de Jean Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois* (1914), que proponía el método de una legislación experimental, que habría debido adecuarse a las necesidades sociales, teniendo en cuenta al máximo la costumbre y la jurisprudencia, o como el de Gaston Morin, *La révolte des faits contre la loi* (1920), que ponía al desnudo la contradicción entre la sociedad económica y el Estado, son ejemplos elocuentes del movimiento antidogmático que se estaba desarrollando en la jurisprudencia francesa.

En Alemania, la señal de batalla contra el tradicionalismo jurídico en nombre de la sociología jurídica y de la libre investigación del derecho fue dada por Hermann Kantorowicz, quien en 1906 publicó un panfleto bajo el título *La lotta per la scienza del diritto (Der Kampf und die Rechtswissenschaft)*, con el seudónimo de Gnaeus Flavius, en el cual mostraba en el derecho libre, obtenido directamente de la vida social e independientemente de las fuentes jurídicas de derivación estatal, el nuevo derecho natural, que tenían la misma función del antiguo derecho natural; es decir, la de representar un orden normativo no de origen estatal, aun si no tenía la naturaleza de él, comoquiera que el derecho libre era también un derecho positivo, esto es, eficaz. Sólo el derecho libre estaba en capacidad de llenar las lagunas de la legislación. El dogma de la integridad caía como inútil y peligroso obstáculo a la adecuación del derecho a las exigencias sociales, y en su lugar quedaba la convicción de que el derecho legislativo tenía lagunas, y que las lagunas no podían ser colmadas mediante el mismo derecho establecido, sino mediante el descubrimiento y la formulación del derecho libre.

75. El espacio jurídico vacío

La corriente del derecho libre, de la libre investigación del derecho, tiene entre los juristas más adversarios que amigos. El positivismo ju-

F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources du droit positif*, t. II, 2.ª ed., 1919, pág. 324.

rídico de estricta observancia, vinculado a la concepción estatalista del derecho, no se dejó derrotar. El derecho libre representaba ante los ojos de los juristas tradicionales una nueva encarnación del derecho natural, que desde la escuela histórica en adelante se consideraba derrotado y, por consiguiente, sepultado para siempre. Admitir la libre investigación del derecho (libre en el sentido de no estar ligada al derecho estatal), conceder carta de ciudadanía al derecho libre (esto es, a un derecho creado por el juez), significaba derribar el muro de contención del principio de legalidad, instituido en defensa del individuo, abrir las puertas al arbitrio, al caos, a la anarquía. La integridad no era un mito, sino una exigencia de justicia, la *certeza*. Detrás de la batalla de los métodos había, como siempre, una batalla ideológica. ¿Era deber de los juristas defender la justicia legal o bien favorecer la justicia sustancial? Los defensores de la legalidad permanecieron apegados al dogma de la integridad.

Pero para hacerlo debieron encontrar argumentos nuevos. Después del ataque del derecho libre, repetir ingenuamente la vieja fe en la sapiencia del legislador no era suficiente. La fe fue sacudida. Era necesario demostrar críticamente que la integridad, lejos de ser una cómoda ficción o, peor, una creencia ingenua, era un carácter constitutivo de todo ordenamiento jurídico, y que si había una teoría errónea para refutar, ésta no era ya la teoría de la integridad, sino la que sostenía la existencia de las lagunas. Los juristas tradicionalistas, en suma, pasaron al contraataque. Como efecto de este contraataque el problema de la integridad pasó de una fase dogmática a una fase crítica.

El primer argumento esgrimido por los positivistas de estricta observancia consistió en lo que llamaremos, por brevedad, el argumento del *espacio jurídico vacío*, enunciado y definido por uno de los más encarnizados seguidores del positivismo jurídico contra todo renacimiento iusnaturalista, Karl Bergbohm, en el libro *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1892). En Italia fue aceptado por Santi Romano en el ensayo *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale* (1925).

El razonamiento de Bergbohm es el siguiente: toda norma jurídica representa una limitación a la libre actividad humana; por fuera de la esfera regulada por el derecho, el hombre es libre de hacer lo que desee. El ámbito de actividad de un hombre puede, por tanto, considerarse dividido desde el punto de vista del derecho, en dos compartimentos: aquel en el cual está vinculado por normas jurídicas y que podemos denominar el espacio jurídico pleno, y aquel en el cual es libre y que podemos llamar espacio jurídico vacío. O hay vínculo jurídico o hay absoluta libertad. *Tertium non datur*: El ámbito de la libertad puede disminuir o aumentar, según que aumenten o disminuyan las normas jurídicas; pero no se puede dar el caso de que un acto nuestro

sea al mismo tiempo libre y vinculado. Transportemos esta alternativa al plano del problema de las lagunas: un caso, o está regulado por el derecho y, por tanto, es un caso jurídico o jurídicamente relevante, o no está regulado por el derecho y entonces pertenece al ámbito de la libre expresión de la actividad humana, que es el ámbito de lo *jurídicamente irrelevante*. No hay lugar para las lagunas del derecho. Como es absurdo pensar en un caso que no sea jurídico y sin embargo esté regulado, asimismo es imposible admitir un caso que sea jurídico y que, no obstante, no esté regulado, esto es, no es posible admitir una laguna del derecho. Allí donde el derecho llega con sus normas evidentemente no hay lagunas; pero allí donde no llega, está el espacio jurídico vacío, y, por consiguiente, no la laguna del derecho, sino la actividad indeferente del derecho. No existe un espacio intermedio entre el jurídicamente pleno y el jurídicamente vacío, donde se puedan colocar las lagunas: o hay ordenamiento jurídico y entonces no puede hablarse de laguna, o existe la denominada laguna y entonces no hay más ordenamiento jurídico, y la laguna no es tal porque no representa una deficiencia del ordenamiento, sino sus límites naturales. Lo que se encuentra más allá de los límites de las reglas de un ordenamiento no es una laguna del ordenamiento, sino algo distinto del ordenamiento, así como la ribera de un río no es la ausencia de un río, sino simplemente la separación entre lo que es río y lo que no es río.

¿El punto débil de esta teoría consiste acaso en que se funda sobre un concepto bastante discutible como es del de espacio jurídico vacío, o del ámbito de lo jurídicamente irrelevante? ¿Existe el espacio jurídico vacío? Parece que la afirmación del espacio jurídico vacío proviene de la falsa identificación de lo jurídico con lo obligatorio. Pero, ¿debe considerarse jurídicamente irrelevante o indiferente lo que no es obligatorio y, por consiguiente, lo que representa la esfera de lo permitido o de lo lícito? Aquí está el error. Hemos hablado frecuentemente de lo mandado, de lo prohibido y de lo permitido como de las tres modalidades normativas. Para sostener la tesis del espacio jurídico vacío es necesario excluir el permiso de las modalidades jurídicas, puesto que lo que es permitido coincidiría con lo que es jurídicamente indiferente. Cuando más sería necesario distinguir dos ámbitos, el del permiso o el de la libertad, uno jurídicamente relevante y el otro jurídicamente irrelevante. Pero, ¿es posible hacer esta distinción? ¿Existe un ámbito de la libertad jurídica al lado de un ámbito de la libertad jurídicamente irrelevante?

La primera duda acerca de la existencia de una libertad jurídicamente irrelevante surge del hecho de que para definir esta libertad y para distinguirla de la libertad jurídica (considerada como ámbito de lo lícito) Romano la denomina ámbito de lo que no es lícito ni ilícito.

Ahora bien, dado que lo lícito y lo ilícito son dos términos contradictorios, no pueden excluirse recíprocamente, porque si no pueden ser ambos verdaderos, tampoco pueden ser falsos ambos. Y, por consiguiente, no puede existir una situación que sea al mismo tiempo ni lícita ni ilícita.

En realidad, la libertad no jurídica debería ser definida mejor como «libertad no protegida». ¿Qué significa esta expresión? ¿Tiene sentido hablar de una libertad no protegida junto a la libertad protegida? Veamos. Por «libertad protegida» se entiende aquella libertad que está garantizada (por medio de la coerción jurídica) contra eventuales obstáculos por parte de terceros (o del mismo Estado). Se trata de aquella libertad que es reconocida en el mismo momento en que se impone a los terceros la obligación jurídica (o sea, reforzada por la sanción en caso de incumplimiento) de no impedir su ejercicio. Se debe tener bien en cuenta que el ámbito de lo permitido (en una persona) está siempre ligado al ámbito de lo obligatorio (en otra persona o en todas las demás personas). Esto quiere decir que el ámbito del permiso jurídico puede ser considerado siempre desde el punto de vista de la obligación (esto es, de la obligación de los demás de no impedir el ejercicio de la acción lícita), y que el derecho no permite sin más ni más, mandar y prohibir al mismo tiempo.

Y bien, si por libertad protegida se entiende la libertad garantizada contra los obstáculos de otros, por libertad no protegida (aquello que, repetimos, debería constituir el ámbito de lo jurídicamente irrelevante y del espacio jurídico vacío) debería entenderse una libertad no garantizada contra los otros obstáculos. Esto equivaldría a decir que el uso de la fuerza por parte de un tercero para impedir el ejercicio de la libertad sería lícito. Brevemente, *libertad no protegida* significa *licitud del uso de la fuerza privada*. Pero si esto es así, en nuestros ordenamientos estatales modernos, caracterizados por la monopolización de la fuerza por parte del Estado y por la consiguiente prohibición del uso privado de la fuerza, la situación hipotética, como situación de libertad no protegida, no es posible.

Se comprende que al Estado, cuando atribuye una libertad, no le interesa qué cosa elija, sino qué queda elegir. Lo que él protege no es mi elección, sino mi derecho a elegir. Se podría objetar que el ordenamiento estatal moderno no puede ser tomado como modelo de todo ordenamiento jurídico posible, y que hay ordenamientos jurídicos en los que el monopolio de la fuerza no es completo y que, por consiguiente, en estos ordenamientos hay casos en los que la intervención de la fuerza privada es lícita. Confieso que aun en este caso me es difícil hablar de un ámbito de lo jurídicamente irrelevante. Si en cualquier caso la fuerza privada es lícita, significa que en este caso mi libertad no

está protegida, y si lo está la fuerza del otro, y que, por tanto, la relación derecho-deber está invertida en el sentido que al deber del tercero de respetar la libertad de los demás lo reemplaza el derecho de violarla, y al derecho del otro de ejercer la propia libertad lo reemplaza el deber de aceptar el impedimento del otro. El hecho de que la libertad no sea protegida no vuelve esta situación jurídicamente irrelevante, porque en el momento mismo en que la libertad de actuar del uno no está protegida, si lo está la libertad del otro para ejercer la fuerza, y en cuanto protegida, ésta es jurídicamente relevante en relación con la otra. No desaparece la relevancia jurídica, simplemente cambia la relación entre el derecho y el deber.

76. *La norma general excluyente*

Si no existe un espacio jurídico vacío quiere decir que sólo existe el espacio jurídico pleno. Precisamente de esta comprobación ha partido la segunda teoría, que en la reacción contra la escuela del derecho libre ha tratado de plantear críticamente el problema de la integridad. Sintéticamente, la primera teoría, que hemos examinado en el párrafo precedente, ha sostenido que no existen lagunas porque donde falta el ordenamiento jurídico, falta el mismo derecho y, por consiguiente, se debe hablar más precisamente de *límites* del ordenamiento jurídico antes que de *lagunas*. La segunda teoría, por el contrario, sostiene que no hay lagunas por la razón inversa, esto es, por el hecho de que el derecho nunca falta. Esta segunda teoría fue sostenida por primera vez por el jurista alemán E. Zitelmann en el ensayo titulado *Le lacune nel diritto (Lücken im Recht)*, 1903 y, con algunas variantes, en Italia por Donato Donati en el importante libro *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, 1910.

El razonamiento seguido por estos autores se puede resumir así: una norma que regula un comportamiento no sólo limita las reglamentaciones y, por tanto, las consecuencias jurídicas que se derivan de esa reglamentación para aquel comportamiento, sino que al mismo tiempo *excluye* de aquella reglamentación todos los otros comportamientos. Una norma que prohíbe fumar excluye la prohibición, es decir, permite todos los otros comportamientos que no tengan que ver con fumar. Todos los comportamientos no comprendidos en la norma particular están regulados por una *norma general exclusiva*, o sea, por la regla que excluye (por esto es exclusiva) todos los comportamientos (por esto es general) que no entran en lo previsto por las normas particulares. Se podría decir entonces, con otra frase, que las normas no nacen nunca solas, sino en compañía: toda norma particular, que podemos

llamar inclusiva, está acompañada, como si fuese su propia sombra, por una norma general exclusiva. De acuerdo con esta teoría, al lado de las normas particulares no habría nunca un espacio jurídico vacío, sino que más bien al lado de las normas hay toda una esfera de acciones reguladas por normas generales exclusivas. Mientras que para la primera teoría la actividad humana está prohibida en dos campos, uno regulado por normas y otro no regulado, en virtud de esta segunda teoría toda la actividad humana está regulada por normas jurídicas, por que la que no queda regulada por las normas particulares, queda regulada por las normas generales exclusivas.

Para mayor claridad citemos textualmente las palabras de los dos autores que han formulado la teoría. Dice Zitelmann: «En la base de toda norma particular que sanciona una acción con una pena o con la obligación de resarcir los daños, o que atribuye cualquier otra consecuencia jurídica, está siempre sobreentendida e implícita una norma fundamental, general y negativa, según la cual, prescindiendo de estos casos particulares, todas las otras acciones están exentas de pena o de resarcimiento puesto que toda norma positiva, con la que se atribuye una pena o un resarcimiento es, en este sentido, una excepción a la norma fundamental general y negativa. De donde se desprende que en caso de faltar tal excepción positiva no hay laguna, porque el juez puede siempre, aplicando la norma general negativa, reconocer que no surte el efecto jurídico que se busca y que no está previsto el derecho a la pena o la obligación al resarcimiento»⁴.

Dice Donati: «Dado el complejo de las disposiciones que, previendo determinados casos, establecen para éstos la existencia de obligaciones, del conjunto de las disposiciones se deriva al mismo tiempo una serie de normas particulares inclusivas y una norma general exclusiva: una serie de normas particulares dirigidas a establecer para los casos particulares considerados determinadas delimitaciones, y una norma general dirigida a excluir cualquier limitación para todos los demás casos no considerados particularmente. Por fuerza de esta norma todo caso posible encuentra en el ordenamiento jurídico su regulación. Dado un caso determinado, o existe en la legislación una disposición que particularmente lo considere, y de ésta se derivará para el mismo caso una norma particular, o bien no existe y entonces caerá bajo la norma general indicada»⁵.

El ejemplo dado por Donati es el siguiente: en un Estado monárquico falta una disposición que regule la sucesión al trono en el caso de

extinción de la familia real. Se pregunta: ¿a quién corresponde la Corona en el caso en que se dé la circunstancia de la extinción? Se podría creer que nos encontramos frente a un típico caso de laguna. Donati sostiene, por el contrario, con base en la teoría de la norma general exclusiva, que aun en este caso existe una solución jurídica. Y, en verdad, dado que el caso no encuentra en el ordenamiento ninguna norma particular que lo considere, caerá bajo la norma general exclusiva, la cual establece precisamente para los casos comprendidos en éste, la exclusión de cualquier limitación. Por consiguiente, la pregunta propuesta: ¿a quién corresponde la Corona?, tendrá la siguiente solución, la única jurídicamente posible: la Corona no corresponde a nadie, vale decir que el Estado y los súbditos están libres de cualquier limitación relativa a la existencia de un rey y, por consiguiente, tendrán derecho a rechazar la pretensión de quien desee hacerse reconocer como rey. Si esta solución no es *políticamente* satisfactoria no quiere decir en absoluto que no sea una solución *jurídica*. Se podrá lamentar que un Estado en el que falte tal ley está *mal* constituido; pero no se podrá decir que su ordenamiento es *incompleto* o que tenga lagunas.

Pero esta teoría de la norma general exclusiva también tiene su punto débil. Lo que dice lo dice bien y con apariencia de gran rigor, pero no lo dice todo. No dice que en un ordenamiento jurídico generalmente no sólo existe un conjunto de *normas particulares inclusivas* y una *norma general exclusiva* que las acompañe, sino también un tercer tipo de norma, que es *inclusiva* como la primera y *general* como la segunda, y que podemos denominar *norma general inclusiva*. Llamamos «norma general inclusiva» a una norma como la contenida en el artículo 12 de las Disposiciones Preliminares del ordenamiento italiano, según la cual, en caso de laguna el juez debe recurrir a las normas que regulan casos similares o materias análogas, y norma general exclusiva a la que regula todos los casos no comprendidos en la norma particular, pero los regula *en modo opuesto*; la característica de la norma general inclusiva es regular en forma idéntica los casos no comprendidos en la norma particular, *pero semejantes a éstos*. Si frente a una laguna aplicamos la norma general exclusiva el caso no regulado se resuelve de modo opuesto al regulado; si aplicamos la norma general inclusiva el caso no regulado se resolverá de modo idéntico al regulado. Como se ve, la consecuencia de aplicar una u otra norma generales es bien diferente, y, por tanto, son opuestas. Y la aplicación de una o de otra norma depende del resultado de la indagación sobre el hecho de si el caso no regulado es similar o no al regulado. Pero el ordenamiento, en general, no dice nada sobre las condiciones con base en las cuales dos casos pueden ser considerados como similares. La decisión sobre la semejanza de los casos corresponde al intérprete y,

⁴ E. Zitelmann, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903, pág. 17.

⁵ D. Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milán, 1910, págs. 36-37.

por consiguiente, a él corresponde también la decisión de aplicar la norma general exclusiva en caso de laguna y, por tanto, excluir el caso no previsto de la regulación del caso previsto, o bien, aplicar la norma general inclusiva y, consecuentemente, incluir el caso no previsto en la regulación del caso previsto. En el primer caso se dice que opera el *argumentum a contrario*, en el segundo, el *argumentum a simili*.

Pero si a un caso no regulado se puede aplicar tanto la norma general exclusiva como la norma general inclusiva, además de la fórmula según la cual para todo caso existe siempre una solución jurídica, es necesario precisar esta otra: en caso de laguna hay, por lo menos, dos soluciones jurídicas: 1) considerar el caso no regulado como diferente del regulado, con la consiguiente aplicación de la norma general exclusiva; 2) considerar el caso no regulado como similar al caso regulado, con la consiguiente aplicación de la norma general inclusiva.

Pero, precisamente, el hecho de que el caso no regulado pueda ser objeto de dos soluciones opuestas hace menos simple, menos llano y obvio el problema de las lagunas, de lo que aparece en la teoría, demasiado lineal, de la norma general exclusiva. Si existen dos soluciones posibles, y la decisión entre las dos soluciones corresponde al intérprete, existe una laguna que consiste precisamente en el hecho de que el ordenamiento jurídico ha dejado sin decidir cuál de las dos soluciones es la deseada. Si hubiere en caso de comportamiento no regulado una única solución, la de la norma general exclusiva, como generalmente acaece en el derecho penal en que la extensión análoga no se admite, podremos también decir que no existen lagunas, pues todos los comportamientos que no estén prohibidos expresamente por las leyes penales son lícitos. Pero, como las soluciones de comportamientos no regulados son, por lo general, dos, la laguna consiste precisamente en la ausencia de una regla que permita acoger una solución antes que la otra.

De este modo no sólo nos parece imposible excluir las lagunas, contrariamente a lo que ocurre con la teoría de la norma general exclusiva, sino que, de otra parte, se ha ido precisando el concepto mismo de laguna: la laguna se presenta no ya por la ausencia de una norma expresa para reglamentar un determinado caso, sino por la ausencia de un criterio para elegir cuál de las dos reglas generales, la exclusiva o la inclusiva, debe ser aplicada. En cierto sentido vamos más allá de la teoría de la norma general exclusiva porque admitimos que en el caso del comportamiento no regulado expresamente no sólo hay una solución jurídica, sino que más bien hay dos. Sin embargo, en otro sentido, deseamos la teoría precisamente porque hay dos soluciones jurídicas posibles y falta un criterio para decidir cuál de ellas se debe aplicar al caso concreto, encontrándonos aquí con la laguna que

la doctrina había creído poder eliminar, es decir, la laguna no respecto del caso individual, sino respecto del criterio con base en el cual debe resolverse el caso.

Pongamos un ejemplo: en el artículo 265 del C.C. italiano sólo se considera la violencia como causal de impugnación del reconocimiento del hijo natural. El artículo no regula el caso del error. ¿Se trata de una laguna? Si sólo tuviéramos que aplicar la norma general exclusiva se podría responder tranquilamente que no. La norma general exclusiva implica que lo que no está comprendido en la norma particular (en este caso el error) debe tener un tratamiento opuesto al del caso previsto y, por consiguiente, si la violencia está prevista como causal de impugnación, el error, que no está previsto, no sería causal de impugnación. Pero el problema consiste en que el intérprete también debe tener en cuenta la norma general inclusiva, según la cual, al comportamiento no regulado debe dársele la misma solución que al caso similar. ¿Es similar el caso del error al de la violencia? Si el intérprete contesta afirmativamente a esta pregunta, es claro que la solución es la opuesta a la precedente, es decir, que el error es, al igual que la violencia, causal de impugnación. Como se observa, la dificultad, en la cual generalmente nadie se detiene, consiste no en que haya insuficiencia de soluciones jurídicas posibles frente al caso no regulado, sino, por el contrario, exuberancia. Y la dificultad de interpretación, que es en lo que consiste el problema de las lagunas, está en que el ordenamiento no ofrece ningún medio jurídico para eliminar esta exuberancia, esto es, para decidir, con base en el sistema, a favor de una u otra solución.

Si ahora nos referimos a la definición técnica de laguna dada en el primer párrafo de este capítulo, cuando dijimos que laguna significa que en determinados casos el sistema no ofrece soluciones posibles para un caso determinado, ni en un sentido ni en otro, y si recordamos lo que dijimos acerca de la teoría de la norma general exclusiva, debemos concluir que un ordenamiento jurídico, no obstante la norma general exclusiva, puede ser incompleto. Y puede ser incompleto porque entre la norma particular inclusiva y la norma general exclusiva se introduce generalmente la norma general inclusiva, que establece una zona intermedia entre lo regulado y lo no regulado, hacia la cual tiende el ordenamiento jurídico en forma casi siempre indeterminada e indeterminable. Pero esta penetración permanece, por lo general, indecisa en el ámbito del sistema. Si en un caso de comportamiento no regulado sólo pudiéramos aplicar la norma general exclusiva, la solución sería obvia. Pero lo cierto es que en muchos casos podemos aplicar tanto la norma que desea regular los diferentes comportamientos en modo opuesto al regulado, como la norma que quiere regular los comportamientos similares en modo idéntico al regulado. Y no estamos en capa-

cidad de decidir, mediante las reglas del sistema, si el caso es similar o diferente, y entonces la solución no es tan obvia. El hecho de que la solución no sea tan obvia, o sea, que el sistema no nos dé una solución ni en un sentido ni en otro, revela la laguna, esto es, revela la falta de integridad del ordenamiento jurídico.

77. Las lagunas ideológicas

En el párrafo precedente tratamos de aclarar en qué sentido se puede hablar de lagunas en el ordenamiento jurídico, o de falta de integridad del ordenamiento, no en el sentido, repitamos, de ausencia de norma para aplicar, sino de falta de criterios válidos para decidir qué norma debe aplicarse. Pero hay otro sentido más obvio de laguna, es decir, menos controvertido, que merece una breve explicación.

Se entiende por «laguna» también la ausencia no ya de una solución cualquiera que ésta sea, sino de una *solución satisfactoria* o, en otras palabras, no ya la ausencia de una norma, sino la falta de una *norma justa*, o sea, de aquella norma que se desearía que existiese y que no existe. Dado que estas lagunas derivan no ya de la consideración del ordenamiento jurídico tal cual es, sino de confrontar el ordenamiento jurídico existente con lo que debería ser, se las ha denominado «ideológicas», para distinguirlas de las que eventualmente se encontrarían en el ordenamiento jurídico, y que se pueden llamar «reales». Podemos también enunciar la diferencia de este modo: las lagunas ideológicas son lagunas *de iure condendo*; las lagunas reales son lagunas *de iure condito*.

Es tan obvio que haya lagunas ideológicas en todo sistema jurídico que ni siquiera vale la pena insistir en ello. Ningún ordenamiento jurídico es perfecto, al menos ningún ordenamiento jurídico positivo. Sólo el ordenamiento jurídico natural no debería tener lagunas ideológicas. Por tanto, se podría definir el derecho natural como aquel derecho que no tiene lagunas ideológicas, en el sentido de que es lo que debería ser. Pero nadie ha formulado jamás un sistema de derecho natural. A nosotros nos interesa el derecho positivo.

Ahora bien, respecto del derecho positivo es obvio que todo ordenamiento tiene lagunas ideológicas y también lo es que las lagunas de las cuales deben preocuparse quienes están llamados a aplicar el derecho no son las lagunas ideológicas, sino las reales. Cuando los juristas sostienen, injustamente para nosotros, que el ordenamiento jurídico es completo, esto es, que no tiene lagunas, se refieren a las lagunas reales y no a las ideológicas.

Ha sido Brunetti quien ha tratado de destacar la diferencia entre

los dos planos del problema de las lagunas, el *de iure condito* y el *de iure condendo*, con una serie de ensayos que constituyen, conjuntamente con las obras de Romano y de Donati, la mayor contribución de la ciencia jurídica italiana a este problema*. Brunetti sostiene que para que se pueda hablar de integridad o de falta de integridad de cualquier cosa es necesario no considerar la cosa en sí misma, sino confrontarla con otra. Hay dos casos típicos en que se puede hablar de integridad: 1) cuando se compara una cosa determinada con su tipo ideal o con lo que debería ser; tiene sentido preguntarse si una mesa determinada es completa sólo si la comparo con lo que debería ser una mesa perfecta; 2) cuando se compara la representación de una cosa con la cosa representada, por ejemplo, si se compara Italia con una carta geográfica de Italia.

Ahora bien, respecto del ordenamiento jurídico, Brunetti sostiene que si se lo considera en sí mismo, o sea sin compararlo con cualquier otra cosa, la pregunta acerca de si es o no completo es una pregunta *sin sentido*, como si se preguntase si el oro es completo o si el cielo es completo.

Para que el problema de las lagunas tenga sentido es necesario comparar el ordenamiento jurídico real con un ordenamiento jurídico ideal, de acuerdo con el significado explicado sub 1, y en este caso sí es lícito hablar de integridad o de falta de integridad de ordenamiento jurídico, pero no es este el sentido que interesa al jurista (se trata, en efecto, de las lagunas ideológicas); o bien, considerar el ordenamiento legislativo como representación de la voluntad del Estado, de acuerdo con el significado explicado sub 2, y preguntarse si las leyes contienen o no todo aquello que deben contener para poderlas considerar como la manifestación técnicamente perfecta de la voluntad del Estado; pero en este segundo caso el problema de la integridad o no integridad puede hacer referencia únicamente al ordenamiento legislativo, como parte del ordenamiento jurídico, y no al ordenamiento jurídico en su totalidad; el problema de la integridad, según Brunetti, no tiene sentido porque el ordenamiento jurídico en su totalidad, en sí mismo considerado, no pertenece a la categoría de las cosas de las cuales se puede predicar la integridad o la no integridad, como no se puede predicar lo azul del triángulo o del alma.

Resumiendo, de acuerdo con Brunetti, el problema de las lagunas

* G. Brunetti, «Sul valore del problema delle lacune», 1913; «Il senso del problema delle lacune dell'ordinamento giuridico», 1917; «Ancora sul senso del problema delle lacune», 1917; «Sulle dottrine che affermano l'esistenza di lacune nell'ordinamento giuridico», 1918; «Il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico», 1924. Estos ensayos se encuentran en *Scritti giuridici vari*, respectivamente, t. I, págs. 34 y sigs.; t. III, pág. 1 y sigs.; págs. 30 y sigs.; págs. 50 y sigs.; t. IV, págs. 161 y sigs.

tiene tres fases: 1) el problema de si el ordenamiento jurídico, considerado en sí mismo, es completo o incompleto: el problema, expuesto así (y esta es la consideración que más frecuentemente hacen los juristas) no tiene sentido; 2) el problema de si el ordenamiento jurídico al ser comparado con un ordenamiento jurídico ideal es completo o incompleto. Este problema tiene sentido, pero las lagunas que se presentan son las lagunas ideológicas, que no interesan a los juristas; 3) el problema de si el ordenamiento legislativo es completo o incompleto, considerado como parte de un todo, y comparado con el todo, o sea, con el ordenamiento jurídico. Este problema tiene sentido y es el único caso en que se puede hablar de lagunas en el sentido propio de la palabra. En realidad, también este tercer caso se puede clasificar dentro de la categoría de las lagunas ideológicas, esto es, comparando lo que dicen las leyes con lo que deberían decir para ser perfectamente adecuadas al espíritu completo del sistema.

Finalmente, para Brunetti el problema de la integridad es un problema sin sentido y cuando tiene sentido las únicas lagunas cuya existencia se puede demostrar son las lagunas ideológicas, y es un sentido tan obvio que si a esto se redujera el problema, para decir verdad no se necesitarían los ríos de tinta que acerca de él se han gastado.

78. Varios tipos de lagunas

La distinción que hemos hecho hasta ahora entre lagunas reales y lagunas ideológicas corresponde poco más o menos a la distinción, bastante repetida en los tratados generales, entre *lagunas propias* e *impropias*. La laguna propia es una laguna del sistema o dentro del sistema; la laguna impropia deriva de comparar el sistema real con un sistema ideal. En un sistema en el que todo caso no regulado entra en la norma general exclusiva (como ocurre generalmente en un código penal, que no admite extensión analógica) no puede haber lagunas impropias; el caso no regulado no es una laguna del sistema porque no puede estar contenido por la norma general exclusiva, sino que eventualmente es una laguna respecto a cómo debería ser el sistema.

Hay lagunas propias sólo allí donde al lado de la norma general exclusiva existe también una norma general inclusiva, y cuando el caso no regulado puede presentarse tanto en una como en otra. Los dos tipos de lagunas se asemejan en cuanto que designan un caso no regulado por las leyes vigentes en un determinado ordenamiento jurídico, y se distinguen en el modo como pueden ser eliminadas: la laguna impropia sólo puede ser superada por medio de la expedición de nuevas normas; en tanto que la propia sólo mediante las leyes vigentes. Las

lagunas impropias sólo pueden ser completadas por el legislador, y las propias por obra del intérprete. Si se dice que un sistema es incompleto, se hace referencia a las lagunas propias y no a las impropias. El problema de la integridad del ordenamiento jurídico es el problema de si las lagunas propias se han eliminado y en qué forma.

Respecto a los motivos que las originan, las lagunas se distinguen en *subjetivas* y *objetivas*. Son subjetivas las que dependen de cualquier motivo imputable al legislador; objetivas las que dependen del desarrollo de las relaciones sociales, de las nuevas invenciones, de todas aquellas causas que provocan el envejecimiento de los textos legislativos, y que, por consiguiente, son independientes de la voluntad del legislador. Las subjetivas, a su vez, pueden distinguirse en *voluntarias* e *involuntarias*. Involuntarias son las que dependen de cualquier inadvertencia del legislador, que cree regular un caso que no lo está, o descuida un caso que probablemente se considera poco frecuente, etc.; voluntarias son las que el mismo legislador deja a propósito porque la materia es muy compleja y no puede ser regulada con reglas demasiado minuciosas, y es mejor confiarla a la interpretación, caso por caso, del juez.

En algunas materias el legislador imparte normas más generales que se pueden llamar *directivas*. Las directivas se caracterizan por trazar sólo las líneas generales de las acciones a cumplir, dejando a la determinación de los particulares la ejecución o aplicación; por ejemplo, la directiva traza el fin que se debe alcanzar, pero confía la determinación de los medios a la libre elección del ejecutor. Muchas normas constitucionales son, para el legislador ordinario que las debe aplicar, puras y simples directivas; por el contrario, algunas normas constitucionales de carácter general no pueden ser aplicadas si no están integradas. El legislador que las impuso no ignoraba que éstas eran lagunas, pero su función era precisamente la de establecer una directiva general que debía ser integrada o llenada sucesivamente por órganos más adaptados para este fin. De acuerdo con el concepto de laguna, las lagunas voluntarias no son verdaderas y propias lagunas; aquí, en efecto, la integración del vacío, dejado expresamente, se confía al poder creativo del órgano jerárquicamente inferior. La laguna en sentido propio se presenta cuando se presume que el intérprete (en este caso el órgano inferior) debe decidir de acuerdo con una norma dada del sistema, y esta norma no existe o, para ser más exactos, el sistema no ofrece la debida solución. Cuando actúa el poder creativo de quienes deben aplicar las normas del sistema, el sistema es siempre, en sentido propio, completo, porque en toda circunstancia se puede completar, y entonces el problema de la integridad o no integridad ni siquiera se plantea.

Puede hacerse otra distinción entre lagunas *praeter legem* y lagunas

intra legem. Las primeras se presentan cuando las reglas expresas, por ser demasiado particulares, no comprenden todos los casos que pueden presentarse a nivel de la particularidad; las segundas tienen lugar, al contrario, cuando las normas son demasiado generales y revelan, en el interior de las disposiciones dadas, vacíos o agujeros, que luego deben ser colmados por el intérprete. Las lagunas voluntarias son generalmente *intra legem*. En el primer caso la integración consistirá en formular nuevas reglas al lado de las expresas; en el segundo, las nuevas reglas deberán ser formuladas *dentro* de las reglas expresas.

79. *Heterointegración y autointegración*

Vimos en el parágrafo 73 que el dogma de la integridad está históricamente ligado a la concepción estatista del derecho. Pero no hay que creer que la completabilidad de un ordenamiento está confiada únicamente a la norma general exclusiva, o sea, a la regla que prevé que todo caso no regulado lo está por la norma que lo excluye de la reglamentación del caso regulado. Entre los casos incluidos expresamente y los casos excluidos existe en todo ordenamiento, como habíamos advertido ya, una zona incierta de casos no regulados pero potencialmente ajustable a la esfera de influencia de los casos expresamente regulados. Todo ordenamiento prevé los medios o los remedios para penetrar en esta zona intermedia, y extender la esfera de lo regulado frente a la de lo no-regulado. Vimos, por otra parte, en el capítulo segundo, que los ordenamientos de que hablamos son ordenamientos complejos, en los cuales las normas provienen de fuentes diversas, si bien recogidas, por medio del sistema jerárquico, en una unidad. Si un ordenamiento jurídico considerado estáticamente no es completo, sino en virtud de la norma general exclusiva, es, sin embargo, dinámicamente considerado *completable*.

Un ordenamiento jurídico puede completarse recurriendo a dos métodos diferentes que podemos llamar, siguiendo la terminología de Carnelutti, de *heterointegración* y de *autointegración*. El primer método consiste en la integración llevada a cabo por medio de dos vías: *a)* recurriendo a ordenamientos diversos; *b)* recurriendo a fuentes distintas de la dominante (la ley, en el ordenamiento que hemos examinado). El segundo método consiste en la integración llevada a cabo por el mismo ordenamiento, en el ámbito de la misma fuente dominante, sin recurrir a otros ordenamientos o recurriendo mínimamente a fuentes distintas de la dominante.

En este parágrafo examinamos rápidamente el método de la heterointegración en sus dos formas principales.

El método tradicional de la heterointegración que recurre a otros ordenamientos consiste en el deber que tiene el juez de apoyarse, cuando hay lagunas en el derecho positivo, en el derecho natural. Una de las funciones constantes del derecho natural, durante el predominio de las corrientes iusnaturalistas, fue la de colmar las lagunas del derecho positivo. El derecho natural era imaginado como un sistema jurídico perfecto, sobre el cual reposaba el ordenamiento positivo, imperfecto por naturaleza, dado que la tarea del derecho natural era la de poner remedio a las imperfecciones inevitables del derecho positivo. Era doctrina constante del derecho natural que el legislador positivo se inspirase, para la producción de sus propias normas, en el derecho natural; y de allí se derivaba, como consecuencia lógica, que en caso de laguna el juez se dirigiese a la misma fuente.

En las codificaciones modernas el último residuo de esta doctrina es el artículo 7.º del Código Civil austríaco de 1812, según el cual en caso de dudas que no se puedan solucionar con normas del derecho positivo, el juez debe recurrir a los *principios del derecho natural* (*natürliche Rechtsgrundsätze*). En el artículo 17 se lee que en caso de *silentium legis*, y mientras no haya prueba en contrario, se tiene como válido, sin limitación, todo aquello que es conforme a los derechos naturales innatos (*angeborene natürliche Rechte*). Esta doctrina ha sido abandonada por las codificaciones más recientes. En el artículo 3.º de las Disposiciones Preliminares del C.C. italiano de 1865, que se derivaba directa y casi literalmente del artículo 7.º del Código austríaco, ya citado, la expresión principios generales del derecho natural fue sustituida por la expresión más simple, y quizá aún más equívoca, de *principios generales del derecho*. La mayor parte de los juristas interpretó esta expresión como si significase «principios generales del derecho positivo» y con esta interpretación se cumplía el paso del método de la heterointegración al de la autointegración. Pero Giorgio del Vecchio, en un ensayo muy polémico, sostuvo que siguiendo la tradición iusnaturalista de la cual se deriva el artículo 3.º, la expresión «principios generales del derecho» se debía interpretar como si significase «principios generales del derecho natural».

No se excluye que un determinado ordenamiento recurra, para llevar a cabo su propia integración, a otros ordenamientos positivos. Pero en este caso podemos distinguir:

a) El reenvío a ordenamientos precedentes en el tiempo. Por ejemplo, cuando un ordenamiento vigente recurre al derecho romano, que es la matriz histórica. Hay quienes afirman que la tan discutida

⁷ G. del Vecchio, «Sui principi generali del diritto» (1920), en *Studi sul diritto*, Milán, 1958, I, págs. 205-271.

fórmula de los «principios generales del derecho» del C.C. de 1865 debe interpretarse como si significara «principios generales del derecho romano»;

b) el reenvío a ordenamientos vigentes contemporáneos, como cuando el ordenamiento estatal toma normas de otro ordenamiento estatal o del derecho canónico (volveremos con mayor énfasis sobre estos problemas en el último capítulo dedicado a la relación entre los ordenamientos).

Por lo que respecta al recurso a otras fuentes diferentes de la dominante, consideremos nuestros ordenamientos en los que la fuente predominante es la ley. La heterointegración asume entonces tres formas: a) recurso a la costumbre considerada como fuente subsidiaria de la ley. Se trata de la llamada costumbre *praeter legem*. Se puede distinguir una aplicación amplia y una aplicación restringida de la costumbre *praeter legem* o, dicho de otro modo, para indicar exactamente su función de fuente subsidiaria, *integradora*. Hay aplicación amplia cuando se establece la costumbre de una norma de este género: «La costumbre tiene vigencia en todas las materias no reguladas por la ley.» La aplicación restringida se da cuando está establecida en una norma de este género: «La costumbre tiene vigencia sólo en los casos en que está expresamente prevista en la ley.» El artículo 8.º de las Disposiciones Preliminares que dice: «En las materias reguladas por las leyes y por los reglamentos, los usos tienen eficacia sólo en cuanto están previstos en éstos», puede ser interpretado, al mismo tiempo como previsión en sentido amplio y previsión en sentido estricto.

El método más importante de heterointegración, entendida como el recurso a otras fuentes distintas de la legislativa, en caso de laguna de la ley es el recurso al poder creativo del juez, esto es, al denominado *derecho judicial*. Como es sabido, los sistemas jurídicos anglosajones recurren a esta forma de integración más ampliamente que los sistemas jurídicos continentales donde no se reconoce, por lo menos oficialmente, el poder creativo del juez, salvo en los casos expresamente indicados en los que se atribuye al juez la posibilidad de fallar *en equidad*. Después de la batalla desencadenada por la escuela del derecho libre en favor del derecho judicial, el Código Civil suizo enunciaba en el artículo 1.º el principio de que en presencia de lagunas, ya sea de la ley o de la costumbre, el juez podía decidir el caso como si él fuese legislador. Se ha demostrado que el juez suizo casi nunca recurre al empleo de tan amplios poderes, y con esto se muestra claramente el apego de nuestra tradición jurídica a la autointegración o, cuando menos, la desconfianza hacia el derecho judicial considerado como fuente de incertidumbre y de desorden.

En rigor, se puede considerar como recurso a otras fuentes el recurso a las opiniones de los juristas, a las que se les atribuiría, en circunstancias particulares de silencio de la ley o de la costumbre, autoridad de fuente del derecho.

Para designar esta fuente del derecho podemos adoptar la expresión de Savigny: *derecho científico*. En nuestros ordenamientos, así como no se le ha reconocido derecho de ciudadanía al juez como fuente normativa, con mayor razón no se le ha atribuido derecho de ciudadanía al jurista, quien expresa opiniones que tanto el legislador como el juez pueden tener en cuenta, pero sin emitir nunca juicios vinculantes ni para el legislador ni para el juez. Para explicar esta forma de integración nos limitaremos a plantear la hipótesis de un ordenamiento que contenga una norma de este género: «En caso de laguna de la ley (o de la costumbre), el juez deberá atenerse a la opinión prevalente en la doctrina», o todavía con mayor precisión «... a la solución adoptada por este o aquel jurista». Por lo demás, esta hipótesis no es del todo inventada. Recordemos la *Legge delle citazioni* (426 d.C.) de Teodosio II y Valentiniano III, que fijaban el valor atribuible en el proceso a los escritos de los juristas, y en primer lugar reconocían plena autoridad a las obras de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino, Gayo.

80. La analogía

El método de la autointegración se vale principalmente de dos procedimientos: 1.º la analogía, y 2.º los principios generales del derecho. La autointegración es el método que nos interesa por cuanto ha sido adoptado por nuestros legisladores en el artículo 12 de las Disposiciones Preliminares del Código Civil italiano, que dice: «Si una controversia no puede ser decidida con una disposición precisa, se hará de acuerdo con las disposiciones que regulan casos *similares o materias análogas*; si el caso aún presenta dudas, se decidirá según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado.» Al prescribir los dos procedimientos, el de la analogía y el de los principios generales del derecho, el legislador pretende o presume que en caso de laguna la regla se debe encontrar en el ámbito mismo de las leyes vigentes, esto es, sin recurrir a otros ordenamientos ni a fuentes diferentes de las leyes.

Por «analogía» se entiende el procedimiento por el cual se atribuye a un caso no regulado el mismo tratamiento de un caso regulado similarmente. Ya tuvimos oportunidad de tratar la analogía cuando hablamos de la norma general inclusiva; el artículo 12 puede ser considerado como la norma general inclusiva del ordenamiento italiano. La

analogía es ciertamente el más típico y el más importante de los procedimientos interpretativos de un determinado sistema normativo; es el procedimiento mediante el cual se explica la denominada tendencia de todo sistema jurídico a *expandirse* más allá de los casos expresamente regulados. Ha sido ampliamente usado en todos los tiempos. Recordemos el pasaje del *Digesto*: «Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendere: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni praeest *ad similia procedere* atque ita ius dicere debet» (10 D. *de leg.* 1, 3). En el derecho intermedio, la analogía o *argumentum a simili* se consideraba el procedimiento más eficaz para llevar a cabo la denominada *extensio legis*.

El razonamiento por analogía ha sido estudiado por los lógicos. Se encuentra mencionado con el nombre de *paradigma* (traducido luego al latín como *exemplum*) en el *Organon* de Aristóteles (*Analitici priorum*, II, 24). El ejemplo adoptado por Aristóteles es el siguiente:

«La guerra de los focenses contra los tebanos es mala; la guerra de los atenienses contra los tebanos es similar a la guerra de los focenses contra los tebanos; la guerra de los atenienses contra los tebanos es mala.» La fórmula del razonamiento por analogía se puede expresar esquemáticamente así:

M	es	P
S	es	similar a M
S	es	P.

Esta fórmula debe ser comentada brevemente. Tal como está, se presenta como un silogismo en el que la proposición menor expresa una relación de semejanza antes que de identidad (la fórmula del silogismo es: M es P; S es M; S es P).

En realidad, ella oculta el vicio conocido como del *quaternio terminorum*; según el cual los términos aparentemente son tres, como en el silogismo, pero en realidad son cuatro. Veamos un ejemplo.

Los hombres son mortales;

Los caballos son similares a los hombres;

Los caballos son mortales.

La conclusión es lícita sólo si los caballos son similares a los hombres en una cualidad que sea la razón suficiente por la cual los hombres son mortales. La semejanza no debe ser una semejanza cualquiera,

sino una *semejanza relevante*. Supongamos que esta semejanza relevante entre los hombres y los caballos, a fin de deducir la mortalidad de los caballos, sea la de que ambos pertenecen a la categoría de los *seres vivientes*. Entonces resulta que los términos de razonamiento no son ya tres (hombre, caballo, mortal), sino cuatro (hombre, caballo, mortal y ser viviente). Para obtener en tres términos la conclusión «los caballos son mortales», el razonamiento debería ser formulado así:

Los seres vivientes son mortales;

Los caballos son seres vivientes;

Los caballos son mortales.

Aquí los términos son tres; pero se ve claramente, no se trata de un razonamiento por analogía, sino de un silogismo común.

Lo mismo vale para el razonamiento por analogía usado por los juristas. Para que se pueda sacar la conclusión, o sea, atribuir al caso no regulado las mismas consecuencias jurídicas atribuidas al caso regulado similarmente, es necesario que entre los dos casos exista no una semejanza cualquiera, sino una *semejanza relevante*, es decir, es necesario sacar de los dos casos una cualidad común a ambos, que sea al mismo tiempo la razón suficiente por la cual al caso regulado se le ha atribuido aquella consecuencia y no otra. Una ley de un Estado americano sanciona con pena detentiva a quien ejerza el comercio de libros obscenos. Se trata de saber si una pena igual puede aplicarse, por un lado, a los libros policíacos y, por el otro, a los discos que reproducen canciones obscenas. Es probable que el intérprete acepte la segunda extensión y refute la primera.

En el primer caso, en efecto, existe una semejanza bien visible entre libros obscenos y libros policíacos, pero se trata de una semejanza no relevante, porque lo que tienen en común es el estar compuestos en papel impreso, y no es esta razón suficiente para una pena detentiva establecida por la ley para los comerciantes de libros obscenos. En el segundo caso, por el contrario, la semejanza entre libros obscenos y discos que reproducen canciones obscenas es relevante (aunque no muy visible), porque tal género de discos tienen en común con los libros obscenos precisamente la característica que es la razón de la prohibición. Por razón suficiente de una ley, entendemos lo que tradicionalmente se llama la *ratio legis*. Entonces diremos que es necesario que los dos casos, el regulado y el no regulado, tengan en común la *ratio legis*, para que el razonamiento por analogía sea lícito en derecho. Por lo demás, es lo que se ha plasmado con la fórmula: «Ubi eadem ratio, ibi

eadem iuris dispositio». Supongamos que un intérprete se pregunta si la prohibición del pacto comisorio (art. 2744 del C.C. italiano) se extiende a la venta en garantía. ¿En qué dirección desarrollará sus indagaciones? Buscará cuál es la razón por la cual el legislador ha impuesto la prohibición prevista en el artículo 2744 y extenderá o no la prohibición según que considere o no válida la misma razón para la prohibición de la venta en garantía.

Se suele distinguir la analogía propiamente dicha, conocida también con el nombre de analogía legis, tanto de la *analogia iuris* como de la *interpretación extensiva*. Es curioso el hecho de que la *analogia iuris*, no obstante la identidad del nombre, no tenga nada que ver con un razonamiento por analogía, mientras que la interpretación extensiva, no obstante la diferencia del nombre, es un caso de aplicación del razonamiento por analogía. Por *analogia iuris* se entiende el procedimiento con el cual se obtiene una nueva regla para un caso no previsto no ya por la regla que se refiere a un caso individual, como sucede en la *analogia legis*, sino de todo el sistema o de una parte del sistema, es decir, que este procedimiento no difiere del que se emplea cuando se recurre a los principios generales del derecho, a los que haremos referencia en el siguiente párrafo. En cuanto a la interpretación extensiva, es opinión común, a veces impugnada, que es algo diferente de la analogía propiamente dicha. La importancia jurídica de la distinción consiste en lo siguiente: se afirma, comúnmente, que allí donde la extensión analógica está prohibida, como, según el artículo 14 de las Disposiciones Preliminares del C.C. italiano, en las leyes penales y en las leyes excepcionales, la interpretación extensiva es lícita. Es del caso observar aquí, con referencia a cuanto hemos dicho repetidamente a propósito de las lagunas, que cuando la extensión analógica no está admitida, funciona inmediatamente, en caso de *silentium legis*, la norma general exclusiva. No hay una zona intermedia entre el caso individual expresamente regulado y los casos no regulados.

Pero ¿cuál es la diferencia entre la analogía propiamente dicha y la interpretación extensiva? Se han ideado varios criterios para justificar la distinción, pero creo que el único criterio aceptable es el que trata de establecer la diferencia en relación con los efectos, tanto de la extensión analógica como de la interpretación extensiva: el efecto de la primera es crear una nueva norma jurídica; el efecto de la segunda es hacer extensiva una norma a casos no previstos por ésta. Pongamos dos ejemplos. Se pregunta si el artículo 1577 del C.C. italiano, que establece las obligaciones del arrendador en relación con las reparaciones de la cosa arrendada, puede hacerse extensivo a las obligaciones de la misma naturaleza del comodatario. Si se responde afirmativamente, se está creando una nueva regla para regular el comodato, que antes

no existía. Se pregunta, por el contrario, si el artículo 1754 del C.C. italiano, que define como corredor a «quien pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio», se puede hacer extensivo a quienes «inducen a la conclusión del negocio una vez que las partes han iniciado los contactos, directamente o por medio de otros corredores». Si se responde afirmativamente, no se crea una nueva regla, sino simplemente se amplía el alcance de la regla existente. El primer ejemplo es de analogía, el segundo de interpretación extensiva. Con ésta sólo se hace la redefinición de un término, pero la norma aplicada es siempre la misma. Con aquélla se pasa de una norma a otra. Mientras que es correcto decir que con la interpretación extensiva se extiende el concepto de corredor, no sería igualmente correcto decir, en el caso del artículo 1577 del C.C. italiano, que con la analogía se hace extensivo el concepto de arrendamiento.

Aquí se agrega a una norma específica otra norma específica, con lo cual nos remontamos a un género común. Allí se agrega una nueva especie al *Bogenus*, previsto por la ley. Veamos esquemáticamente los dos casos:

1. Analogía:

a' (caso regulado)

A (la *ratio* común de ambas)

a" (caso no regulado)

a" es similar a a' mediante A
donde (A) a' es (A) a"

2. Interpretación extensiva

Aa' (caso regulado)

a" (caso no regulado)

a" es similar a a'
donde Aa' es a"

81. Los principios generales del derecho

Otro procedimiento de autointegración, tradicionalmente conocido con el nombre de *analogia iuris*, consiste en recurrir a los principios generales del derecho. La expresión «principios generales del derecho» fue usada por el legislador de 1865; pero por los equívocos a que podía

dár lugar, relativos a si por «derecho» debía entenderse el derecho natural o el derecho positivo, la fórmula «principios generales del derecho vigente», que había adoptado el proyecto del nuevo código, fue cambiada en la última redacción por la fórmula actual: «principios generales del ordenamiento jurídico del Estado».

Este cambio fue explicado en la Relación del Ministro con estas palabras: «En lugar de la fórmula “principios generales del derecho vigente”, que habría podido parecer demasiado limi ante para la actuación del intérprete, hemos creído preferible esta otra, “principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”, en la cual el término “ordenamiento” resulta comprensivo, en su más amplio significado, más allá de las normas y de las instituciones, también de la orientación político-legislativa estatal y de la tradición científica nacional (derecho romano, común, etc.). Tal ordenamiento, adoptado o sancionado por el Estado, o sea, nuestro ordenamiento, tanto privado como público, dará al intérprete todos los elementos necesarios para la búsqueda de la norma reguladora.»

Hemos citado este pasaje de la relación, porque los últimos renglones son una expresión bastante característica del dogma de la integridad y porque implican una alusión a la «tradición científica nacional» que puede hacer pensar en una evasión, tal vez inconsciente, hacia la heterointegración.

Betti, el estudioso italiano por excelencia del problema de la interpretación, ha sostenido con argumentos poco convincentes que el recurrir a los principios generales, aun en la nueva formulación, representa un procedimiento de heterointegración. Para Betti, el recurso a los principios generales del derecho es, junto con los juicios de equidad, uno de los métodos de heterointegración. Veamos su argumento: «Uno de tales instrumentos (de heterointegración) está constituido por los principios generales del derecho sólo si se les puede reconocer una fuerza de expansión no meramente lógica, sino axiológica, como para ir más allá de las soluciones legislativas determinadas por su valoración y, por consiguiente, capaz de trascender el mero derecho positivo». En otro lugar: «Y es que, dado que las normas individuales sólo reflejan en parte los principios generales..., estos principios generales, en cuanto criterios de valoración inmanentes al orden jurídico, se caracterizan por un *exceso de contenido deontológico* (o axiológico, si se desea) frente a las normas particulares, también reconstruidas en su sistema.»⁵ La dificultad de esta tesis de Betti deriva del hecho de que se sostiene con dos afirmaciones contradictorias: por un lado, considera

inmanentes al orden jurídico los principios generales del derecho, y, por el otro, los considera *excedentes*. Si fuesen verdaderamente «excedentes», el recurrir a ellos, antes que integrar el sistema, terminaría por desbaratarlo.

En mi opinión, los principios generales no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales. El nombre de principios llama a engaño, tanto que es una vieja discusión entre los juristas si los principios generales son normas. Para mí es indudable que los principios generales son normas como todas las otras. Y esta es también la tesis sostenida por Crisafulli⁶, quien se ha ocupado más ampliamente del problema. Dos son los argumentos para sostener que los principios generales son normas, y ambos son válidos: de acuerdo con el primero de ellos, si son normas aquellas que se extractan de los principios generales por medio de un procedimiento de generalización sucesiva, no se ve por qué éstos no deban ser normas también (de las especies animales obtengo siempre animales y no flores o estrellas). En segundo lugar, la función para la cual se deducen y se adoptan es la misma que se lleva a cabo para todas las normas, o sea, la función de regular un caso. ¿Con qué fin se deducen en caso de laguna? Es claro que para regular un comportamiento no regulado, pero entonces, ¿sirven para el mismo fin que sirven las normas expresas? Y, ¿por qué no deberían ser normas?

Crisafulli sostiene que el artículo 12 se refiere tanto a los principios generales no expresados como a los expresados, tesis con la cual no estoy de acuerdo. Crisafulli distingue los principios generales en expresos y no expresos, y, a su vez, distingue los expresados en expresos ya aplicados y en expresos todavía no aplicados.

Muchas normas de los códigos o de la Constitución son normas generalísimas y, por consiguiente, verdaderos y propios principios generales expresos. Dentro de esta categoría clasificaría normas como la del artículo 2043 del C.C. italiano que formula uno de los principios fundamentales que rigen la convivencia social, y que expresa la nota máxima de la justicia: *neminem laedere*; el artículo 2041 del C.C. relativo al enriquecimiento ilícito; el artículo 1176 del C.C. relativo al cumplimiento de las obligaciones. Muchas normas de la Constitución son principios generales del derecho, pero, a diferencia de las normas del Código Civil, algunas de éstas esperan todavía ser aplicadas: son principios generales expresos no aplicados.

⁵ V. Crisafulli, «Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto», en *Rev. Int. Fil. Dir.*, XXI, 1941, págs. 41-64; 157-182; 230-265. Del mismo autor cfr. también «La costituzione e le sue disposizioni di principio», Milán, 1952, principalmente págs. 38-42.

⁶ E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milán, 1949, pág. 52.

⁷ *Op. cit.*, pág. 211.

LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS
Y SU INTERRELACIÓN

Al lado de los principios generales expresos están los no expresos, o sea, aquellos que se pueden obtener por abstracción de normas específicas o, por lo menos, no muy generales. Son principios, o sea normas generalísimas, formuladas por el intérprete, quien trata de acoger, comparando normas aparentemente diferentes entre sí, aquello que comúnmente se llama el espíritu del sistema. Aquí se pregunta si los principios generales de los cuales habla el artículo 13 son solamente los no expresos o también los expresos: creemos que son solamente los no-expresos. El artículo 12 prevé las lagunas y los medios para completarlas, por lo que los principios generales son expresos desde el momento en que, como habíamos dicho, son normas como todas las otras, y, por tanto, no se podría hablar de lagunas.

La primera condición para que se pueda hablar de laguna es que el caso no esté regulado, y no lo está cuando no existe ninguna norma expresa, ni específica, ni general, ni generalísima, que lo establezca, o sea, cuando más allá de una norma específica que lo contemple, el principio general, dentro del cual podría estar contenido, tampoco es expreso. Si el principio general fuese expreso, no se ve qué diferencia habría entre juzgar el caso con base en éste o con base en una norma específica. Es verdad que nuestro legislador no ha dicho «en ausencia de una disposición expresa», sino «en ausencia de una disposición precisa». Pero un principio general expreso es una disposición precisa. El artículo 12 autoriza al intérprete para buscar los principios generales no expresos. Por lo que hace relación a los principios generales expresos, sería bien curioso que se necesitara una norma expresa que autorizara su aplicación.

82. *La pluralidad de los ordenamientos*

Hasta ahora hemos considerado los problemas que nacen al interior de un ordenamiento. Para completar la teoría del ordenamiento jurídico es preciso tratar un problema que nos habíamos propuesto desde el comienzo: el problema de las relaciones entre ordenamientos, o sea, los problemas, si deseamos expresarlo con la fórmula adecuada, que nacen al exterior de un ordenamiento. Este es un problema hasta ahora poco tratado desde el punto de vista de la teoría general del derecho. Este capítulo no será más que un esbozo de ese estudio, que merece ser más amplio.

La primera condición para que se pueda hablar de relaciones entre ordenamientos es que los ordenamientos jurídicos existentes sean por lo menos dos, esto es, que no exista un único ordenamiento jurídico. La idea del ordenamiento jurídico único, como ya tuvimos ocasión de anotar, ha sido persistente en el pensamiento jurídico occidental. El prestigio primero del derecho romano y luego del derecho natural ha determinado el surgimiento y la perduración de la ideología de un único derecho universal, del cual los derechos particulares no serían sino especificaciones históricas. Más que indagar acerca de las relaciones entre ordenamientos diversos, se trata de destacar las relaciones de los diferentes derechos particulares con el único derecho universal. Uno de los problemas más discutidos en el ámbito de la ideología universal del derecho ha sido, precisamente, el problema de las relaciones entre derecho positivo y derecho natural.

Los procesos en virtud de los cuales la ideología universalista del derecho ha perdido valor son principalmente dos, y se han sucedido en

EL PRINCIPIO DE LA DISTRIBUCION DE COMPETENCIA COMO CRITERIO DE SOLUCION DE CONFLICTOS DE NORMAS JURIDICAS

Antonio Bascuñán Rodríguez*
Universidad de Chile

1. INTRODUCCIÓN

El sentido primario del concepto de competencia¹ es el que corresponde a su uso el contexto de la aplicación de criterios de validez. En este contexto se constata que en el acto de establecimiento de una norma se ha infringido una regla de competencia. Por esta razón, en su sentido primario el concepto de competencia forma parte del fundamento de la invalidación de una norma jurídica, sin necesidad que la norma impugnada se encuentre en una situación de conflicto con otra norma, distinta de la regla de competencia que sirve de base para justificar su invalidación.

Pero, el concepto de competencia puede desempeñar además una función como criterio de solución del conflicto en que pueden encontrarse otras dos normas. Esta consideración del concepto de competencia como criterio de solución de un conflicto de normas aún no se encuentra generalizada entre nosotros, tanto en lo que respecta a la teoría general del derecho como a la doctrina constitucional. En contraste con la doctrina española², entre nosotros la teoría de la solución de conflicto de normas (internas) sigue apegada al uso de los tres criterios tradicionales de solución de conflictos —jerarquía, temporalidad, especialidad—, mante-

niendo su hegemonía práctica el concepto de la jerarquía normativa.

Las páginas que siguen tienen por objetivo plantear los aspectos más relevantes que presenta la incorporación del principio de la competencia, como criterio de solución de conflictos de normas en el ordenamiento jurídico chileno. Con este propósito se efectuarán primero algunas consideraciones generales relativas al contexto constitucional (Secciones 2 y 3), a las relaciones entre el principio de la jerarquía y el principio de la competencia (Sección 4) y a la distinción de clases de distribución de competencia (Sección 5). El grueso de estas páginas corresponde al análisis de los distintos casos de aplicación del principio de la competencia, como criterio de solución de conflictos de normas en el marco constitucionales chileno (Sección 6). Según se sostendrá, estos casos son cuatro: uno simple y tres casos complejos. Por último (Sección 7) se plantearán brevemente cuatro problemas adicionales originados por la incorporación de la distribución de competencias normativas al ordenamiento constitucional chileno, para finalizar con un replanteamiento de la cuestión y una advertencia acerca del peligro de desarrollo de una ideología jurídica antidemocrática bajo el ideal de la hegemonía del principio de distribución de competencia.

(*) Quiero agradecer en este lugar a la Profesora de Derecho Constitucional y Ministro del Tribunal Constitucional, doña Luz Bulnes Aldunate, y al Profesor de Derecho de Constitucional e Introducción al Derecho, don Pablo Ruiz-Tagle Vial, por los comentarios críticos que formularon a un primer borrador de esta ponencia.

¹ Por "competencia" en un sentido amplio se puede entender: (a) las condiciones habilitantes relativas al sujeto que realiza actos con significado normativo (competencia personal), (b) las condiciones habilitantes relativas al procedimiento conforme al cual se realiza actos con significado jurídico (competencia formal) y (c) las condiciones habilitantes relativas al contenido del acto con significado normativo (competencia material) (así, ROSS, Alf, *Sobre los conceptos de "Estado" y "órganos del Estado" en derecho constitucional*, en del mismo: *El concepto de validez y otros ensayos*, México, 1993, pág. 89). En adelante se entenderá por "competencia" sólo el tercer sentido indicado. Entre nosotros, este es el sentido usualmente asignado al término en el contexto de la regulación de la potestad jurisdiccional (Arts. 108 a 205 del Código Orgánico de Tribunales), pero nada obsta a extender su uso al análisis de cualquier otra potestad pública, como lo demuestra su uso en el Art. 7° de la Constitución de 1980.

² Por ejemplo, BALAGUER CALLEJÓN, Francisco *Fuentes del Derecho*, Tomo I, Madrid 1991, págs. 141 y ss.; Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional*, Barcelona, 1988, págs. 87 y ss.

2. LA HEGEMONÍA DEL PRINCIPIO DE LA JERARQUÍA COMO CRITERIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE NORMAS JURÍDICAS.

La predominancia de principio de la jerarquía normativa como criterio de resolución de antinomias no es casual. El principio de la jerarquía es el criterio ordenador por excelencia de los sistemas jurídicos con pluralidad de potestades normativas organizadas centralizadamente, lo cual presupone la concurrencia de al menos una potestad —la ejercida directamente por el soberano— con todas las demás potestades. El principio de la jerarquía asegura la supremacía del soberano en la medida en que hace de sus decisiones razones justificatorias para la invalidación de las normas establecidas por las demás potestades en caso de conflicto. Precisamente en la medida en que el principio de la supremacía jerárquica es el sustituto moderno del principio medieval de la supletoriedad, presupone la validez de la concurrencia de las potestades

relacionadas jerárquicamente. Estos eran los rasgos del sistema jurídico chileno bajo las Constituciones de 1833 y 1925. La legislación, como fuente soberana, se definía por el carácter ilimitado de su ámbito de competencia, lo que aseguraba su supremacía jerárquica frente a las demás potestades normativas, a excepción de la potestad constituyente. De aquí que los casos prácticos más relevantes de conflictos de normas -Constitución vs. ley, ley vs. reglamento- hayan debido ser resueltos conforme al principio de la jerarquía.

Por cierto, la institución de la reserva de ley, esto es, el reconocimiento de un ámbito de competencia cuya regulación se reservaba a la potestad legislativa, implicaba la posibilidad de invalidar las normas sobre materias de ley establecidas en ejercicio de otras potestades, aplicando como principio el de la competencia. Pero la utilidad de invocar el principio de competencia en casos de conflictos de normas era insignificante, si dichos conflictos admitían solución también en favor de la ley por aplicación del principio de la jerarquía. Por lo demás, tratándose de conflictos de normas de obligatoriedad general, la aplicación del principio de la jerarquía era metodológica e ideológicamente preferible para una jurisdicción constitucional como la ejercida por la Corte Suprema, tan reuente a sostener su competencia como órgano de control de la constitucionalidad de forma de los actos del Poder Legislativo.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1980/89 cambió la situación anterior.

3. LA RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE LA COMPETENCIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980.

En la Constitución de 1980 solo se mantiene la prioridad incontrovertible del principio de la jerarquía, como criterio de solución de conflictos tratándose de un conflicto: el que se puede suscitar entre una norma constitucional y cualquier otra norma jurídica³. En lo que respecta a las relaciones entre las normas legales y las demás normas jurídicas, o entre distintas normas jurídicas de rango no constitucional, bajo la Constitución de 1980/89 ya no es incontrovertible la validez de la concurrencia de potestades normativas. Ello, porque:

- a. la Constitución de 1980/89 estableció -al menos en principio- límites el ámbito de competencia de la potestad legislativa (Art. 60 Const. Pol.), y además identificó materias especiales al interior del ámbito de competencia de la potestad legislativa, cuya regulación requiere satisfacer requisitos procedimentales especiales (materias de ley de

³ Por cierto, también es posible que las reglas de competencia relativas al ejercicio de la potestad constituyente sean invocadas como razón para la invalidación de un acto que pretende alterar el texto autoritativo de la Constitución sin satisfacer tales reglas (al respecto, *vid. infra*, 4.a).

quórum especial, de ley orgánica constitucional y de ley de quórum calificado), y

- b. la Constitución de 1980/89 estableció -al menos en principio- potestades normativas de ejercicio autónomo respecto de la potestad legislativa, como lo es la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República y, en términos más bien inciertos, también la así denominada "potestad reglamentaria de complementación" del Presidente de la República y las potestades normativas del Banco Central, del Consejo Nacional de Televisión y de los Tribunales Superiores de Justicia.

Por otra parte, en la Constitución de 1980 las reglas de distribución del ámbito material de competencia de las potestades normativas de los órganos del Estado aspiran a poseer una virtualidad práctico-jurídica más intensa que la aspiración evidenciada por las reglas constitucionales en el contexto de la Constitución de 1925. La consagración de los principios de la vinculación directa a la Constitución (Art. 6º) y de la juridicidad de los actos del Estado (Art. 7º), así como la previsión de un Tribunal Constitucional encargado del control abstracto *ex ante* de la constitucionalidad de la ley (Art. 82 N°s 1 y 2) y de los decretos supremos representados (Art. 82 N° 6) y del control abstracto *ex post* de la constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley (Art. 82 N° 3) y de los decretos supremos (Art. 82 N° 12), hacen que el principio de la supremacía de la Constitución como norma haya adquirido un grado de institucionalización efectiva mayor que el que poseyó durante la mayor parte del tiempo de vigencia de la Constitución de 1925.

4. RELACIONES ENTRE EL PRINCIPIO DE LA COMPETENCIA Y EL PRINCIPIO DE LA JERARQUÍA.

La relación entre los principios de la competencia y de la jerarquía se enuncia correctamente del siguiente modo: el principio de la jerarquía puede tener aplicación a un conflicto de normas solo cuando la concurrencia de estas es válida conforme a las reglas que definen los ámbitos de competencia de las potestades normativas en cuyo ejercicio fueron establecidas. Por lo mismo, la aplicabilidad de principio de la jerarquía supone que el conflicto de normas no es decidable aplicando el principio de la competencia.

En otras palabras, para resolver cualquier conflicto de normas que no involucre una norma constitucional como parte del conflicto, es indispensable resolver primero -si es planteada- la cuestión de la validez de la concurrencia de las potestades normativas, en cuyo ejercicio fueron establecidas las normas que se encuentran en conflicto. Si se concluye que las potestades en cuestión no son válidamente concurrentes en razón de la materia, el conflicto debe resolverse en contra de aquella norma que fue establecida con infracción a una regla de competencia respectiva. Si lo son, entonces la solución del conflicto queda entregada a los demás criterios de solu-

000022

ción de conflictos, entre los cuales se cuenta el principio de la jerarquía.

Por lo tanto, en el examen de un conflicto de normas tiene prioridad la consideración del principio de la competencia. Con el fin de distinguir entre la función general del principio de competencia, como criterio de validez de una norma, y su función específica en el contexto de una antinomia jurídica de primer orden, resulta conveniente denominarlo en esta segunda función específica como "principio de la distribución de competencia".

Antes de entrar a analizar la aplicación del principio de distribución de competencia, es necesario clarificar algunos problemas conceptuales que puede originar la afirmación de una distinción entre el principio de la competencia y el principio de la jerarquía tal como la recién formulada. Es conveniente despejar estos problemas, ya que ellos podrían conspirar contra la aceptación arriba expuesta de las relaciones entre uno y otro principio.

Por una parte, es usual considerar a la regla de competencia como una norma jerárquicamente superior a las normas establecidas en ejercicio de esa competencia. Conforme a esta concepción, la relación que existe entre la regla de competencia infringida y norma establecida con infracción a ella es una antinomia entre ambas que se resuelve en favor de la regla de jerarquía superior. Toda invalidación por incompetencia sería, pues, en rigor, la solución de un conflicto mediante aplicación del principio de jerarquía. Esta tesis pareciera ser una pieza central de la teoría de Kelsen de la construcción escalonada de los sistemas dinámicos de norma⁴.

Estas asunciones no parecen, sin embargo, que sean correctas en toda su generalidad. Al menos no son aplicables al control por parte del Tribunal Constitucional de la validez de las leyes de reforma constitucional (art. 82 N° 20 Const. Pol.), y algo similar podría decirse, por ejemplo, del eventual control de la validez de las leyes tramitadas con infracción a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Congreso Nacional o de las leyes en general.

Por otra parte, es usual considerar a todas las normas pertenecientes a una jerarquía superior como reglas negativas de competencia de las potestades normativas de rango inferior. Así, las reglas constitucionales delimitarían negativamente el ámbito de competencia de la potestad legislativa, en tanto las primeras no pueden ser válidamente modificadas mediante el procedimiento establecido para el ejercicio de la segunda. Esta consideración es especialmente intensa tratándose de las normas sobre derechos fundamentales,

que por esta razón son doctrinariamente denominadas como "normas de competencias negativas"⁵.

La consideración de las normas de jerarquía superior como reglas de competencia tiene alguna plausibilidad en cuanto se refiere al caso en que se realiza un acto normativo, cuya pretensión explícita es la de derogar, modificar o introducir nuevas disposiciones jurídicas de un rango determinado, sin que su realización satisfaga las reglas de cambio que validan dicha pretensión. Por razones de técnica normativa, esto tiene lugar en nuestro sistema jurídico mediante decisiones, cuya finalidad es la de alterar determinados textos autoritativos. En este sentido bien puede decirse que la existencia de la Carta Constitucional, es decir, de la Constitución como texto, constituye un criterio negativo de competencia de cualquier otra potestad jurídica que no sea la constituyente, en la medida en que la alteración del texto constitucional está excluida del ámbito material de competencia de las demás potestades⁶.

Por el contrario, es incorrecto, o al menos teóricamente inconveniente, aplicar la misma consideración al caso de la derogación tácita o de la regulación complementaria de las normas de rango superior en virtud del establecimiento de normas de rango inferior. En estos casos, la consideración correcta es la de constatar una antinomia de segundo orden, es decir, un conflicto entre el principio de la jerarquía y el de la temporalidad o entre aquel y el de la especialidad⁷. Tratándose de la derogación tácita, la antinomia de segundo orden debe resolverse mediante la preferencia del principio de jerarquía frente al criterio cronológico. Tratándose de la regulación complementaria, la antinomia entre el criterio de la jerarquía y el criterio de la especialidad no tiene una solución clara. Considerar estos casos de antinomias de segundo orden, como conflictos entre una regla de competencia y normas establecidas con infracción a ella, es incorrecto o inconveniente. En primer lugar, porque tal consideración oscurece la estructura del problema en cuestión, al desechar *a priori* cualquier relevancia del criterio de solución de conflictos que se encuentra en pugna con el principio de la jerarquía. Desde el punto de vista de la teoría de las antinomias de segundo grado, semejante solución automática en favor del principio de la jerarquía podría ser admitida cuando se trata de un conflicto entre una norma previa de jerarquía superior y una norma posterior de jerarquía inferior; pero es a todas luces inaceptable cuando se trata de un conflicto entre una norma general de jerarquía superior y una norma especial de jerarquía infe-

⁴ Así, SHLINK-Pieroth *Grundrechte-Staatsrecht II*, 12a. ed., Heidelberg, 1996, págs. 22-23.

⁶ Lo que sucede en este caso es que la alteración del texto autoritativo respectivo (Carta Constitucional) es parte del ámbito material de competencia de la potestad constituyente. En tanto no sean satisfechas las reglas que regulan el ejercicio de esta potestad, el acto en cuestión es inválido o invalidable. Aquí no hay, en rigor, una antinomia resuelta en aplicación del principio de la jerarquía, sino más bien una aplicación directa de reglas de competencia (*vid. supra*, nota 5).

⁴ KELSEN, Hans *Reine Rechtslehre*, 2a ed. (1960), sección 35-a). "La relación entre la norma que regula la creación de otra norma y la norma de ese modo creada puede ser representada en el cuadro espacial de la supra y subordinación. La que regula la creación es la norma superior, la creada en conformidad a ella es la inferior" (reimpresión de 1992, Viena, pág. 228).

rior. Por lo demás, la consideración de estos casos como cuestiones de incompetencia desconoce el principio de que, en el contexto de una antinomia de primer orden, la apelación al principio de la competencia excluye la apelación al principio de la jerarquía. Lo que caracteriza a las antinomias de primer y segundo grado es la validez de la concurrencia de los ámbitos de competencia de las potestades normativas involucradas en el conflicto.

Finalmente, en lo que respecta a la consideración de las normas sobre derechos fundamentales como normas negativas de competencia, este es un recurso dogmático, cuya admisibilidad como excepción al criterio precedente se basa en el carácter especialísimo de estas normas, en tanto normas que establecen correlativamente mandatos de acción negativa o de acción positiva⁸ cuyos destinatarios paradigmáticos son los órganos del Estado.

5. CLASES DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIA.

Desde el punto de vista de los efectos delimitados de competencia, la atribución de competencia puede ser *conclusiva* o *exclusiva*.

Asigna una competencia con *efecto conclusivo* la regla que confiere taxativamente competencia normativa a un órgano público, sin pronunciarse acerca de la concurrencia de otra potestad normativa pública a la regulación de la misma materia. Este es el caso normal de atribución de competencia a los órganos públicos, conforme el principio del art. 7° C. Pol. Tiene una connotación distributiva que afecta negativamente solo al órgano competente, en la medida en que, en principio, no es competente respecto de otros ámbitos de regulación. Este efecto conclusivo es *prima facie* el rasgo característico de la actual regla de competencia de la potestad legislativa (art. 60 C. Pol.: "Solo son materias de ley"), aisladamente considerada.

Asigna una competencia con *efecto exclusivo* la regla que confiere a un órgano o procedimiento la competencia para regular una determinada materia, con exclusión de cualquier otro órgano. Este es el caso, por ejemplo, de las reglas de reserva en sentido estricto, como lo son las reglas de reserva de ley reforzada⁹.

Esta distinción es crucial para admitir la pertinencia del criterio de distribución de competencias, como criterio de solución de un conflicto entre normas establecidas en ejercicio de la competencia asignada por las reglas en cuestión. Pues, como se comprenderá, solo hay distribución de competencia entre dos órganos —en el sentido estricto de este concepto— cuando al menos respecto de uno de ellos existe atribución de competencia con efecto exclusivo.

La determinación del efecto exclusivo o conclusivo de una regla de competencia es una cuestión interpretativa, es decir, que debe resolverse mediante una decisión cuya justificación es un problema distinto de la antinomia que se pretende resolver. Su análisis corresponde a la teoría de la interpretación constitucional.

Desde el punto de vista de los *criterios de validez* asociados a la distribución de competencia, esta puede ser *orgánica* o *procedimental*. En el primer caso, el ámbito de competencia es atribuido a un determinado órgano del Estado. Este es el criterio de validez usualmente asociado a la distribución de competencia. En el segundo caso, un mismo órgano es competente para regular distintos ámbitos materiales, sujetándose a distintos procedimientos según cada ámbito. Este es, por ejemplo, el caso de las leyes orgánicas constitucionales, de quórum calificado y ordinarias, como regulaciones de distintos ámbitos materiales de competencia de la potestad legislativa¹⁰.

Esta distinción tiene importancia para la determinación de la consecuencia jurídica asociada a la solución de una antinomia por aplicación del criterio de *distribución de la competencia*. Tratándose de una regla de distribución procedimental de competencia, su infracción puede acarrear como consecuencia no ya la invalidación del acto —que es lo corriente— sino su convalidación. Esto, para el caso excepcional que el procedimiento efectivamente seguido haya cumplido con todas las exigencias del procedimiento que hubiera correspondido seguir. Tal sería, por ejemplo, como el caso de un precepto legal ordinario aprobado bajo exigencias de quórum calificado.

⁷ Sobre antinomias de segundo grado, Victoria ITURRALDE SESMA, *Lenguaje legal y lenguaje jurídico*. Madrid, 1989, págs. 128 y ss.

⁸ La terminología procede de ALEXY, Robert *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a. M., 1986, págs. 171 y ss.

⁹ Por "reglas de reserva de ley reforzada" entiendo aquellas reglas constitucionales que integran el dominio legal en virtud de la referencia efectuada por el art. 60 N° 2 C. Pol., en las que la "exigencia" de regulación legal de una materia tiene una función específicamente garantística. Un criterio bastante seguro de reconocimiento de estas reglas se encuentra en la prohibición de delegación de la potestad legislativa (art. 61 inciso segundo C. Pol.). El alcance del dominio legal consagrado por el art. 60 C. Pol., como reserva de ley en sentido estricto, es incierto. Desde luego, tal

sentido no se desprende del encabezamiento del propio art. 60, sino de otras disposiciones que así lo darían a entender (arts. 32 N° 8, 51 N° 1 inciso segundo, 61 inciso primero, 82 N° 12 C. Pol.). Pero, por otra parte, puesto que la Constitución confiere potestades normativas concurrentes con la potestad legislativa, como la potestad reglamentaria de ejecución, el catálogo de materias de ley del art. 60 no puede ser entendido en rigor como una regla de distribución de competencia con efecto exclusivo en toda su extensión.

¹⁰ Un importante sector de la doctrina española distingue entre ambas formas de distribución de competencia, restringiendo el concepto de distribución de la competencia a la distribución orgánica y considerando la distribución procedimental como el presupuesto de otro criterio de solución de conflictos de normas, al que denomina "principio del procedimiento". No obstante, en tanto la aplicación de reglas especiales de procedimiento venga determinada por la materia de regulación, no parece necesario considerar una y otra forma de consagración de la distribución de competencias como criterios diversos de solución de antinomias.

000023

6. LA SOLUCIÓN DE ANTINOMIAS DE PRIMER ORDEN SEGÚN EL PRINCIPIO DE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIA.

6.1. El caso simple.

El caso simple es aquel en que los ámbitos de competencia de dos órganos o de dos procedimientos obedecen a un mismo criterio delimitador, conforme al cual el ámbito que no pertenece a uno pertenece al otro. En este caso se trata de una regla de competencia que tiene un efecto exclusivo recíproco respecto de los dos órganos o procedimientos.

Por supuesto, esto no significa que ambos ámbitos de competencia se encuentren definidos en una misma disposición. Dos disposiciones forman también una misma regla de distribución de competencia, cuando se encuentran coordinadas recíprocamente. Tampoco significa que las potestades, cuyos ámbitos de competencia se encuentran recíprocamente coordinados, no puedan encontrarse en conflicto con otras potestades. La coordinación recíproca es por definición una coordinación relativa.

La constatación de un efecto exclusivo recíproco ni siquiera implica que el sentido o alcance del criterio de distribución sea inequívoco o no necesitado de interpretación. Basta con que la alternativa uno-u-otro se estructure sobre un mismo eje delimitador. En otras palabras, puede ser incierto a cuál órgano o procedimiento corresponde un determinado ámbito, con tal que sea cierto que si corresponde a uno no corresponde al otro. Este es el caso, por ejemplo, de la regulación de las potestades legislativa y reglamentaria autónomas en la Constitución de 1980 (arts. 32 N° 8 y 60 C. Pol.): la segunda tiene su ámbito de competencia en todas las materias de regulación que no estén comprendidas en el ámbito de competencia de la primera. Lo mismo cabe decir de la delimitación entre el ámbito de competencia de la potestad legislativa en cuanto a leyes orgánicas constitucionales y leyes ordinarias, o leyes de quórum calificado y leyes ordinarias.

Desde un punto de vista estrictamente analítico, por lo tanto, en caso de conflicto entre normas establecidas en ejercicio de potestades, cuyos ámbitos de competencia se encuentran recíprocamente coordinados en términos exclusivos, nunca es aplicable el principio de la jerarquía. En virtud de esta coordinación recíprocamente exclusiva, por regla general una de las dos normas en conflicto debe ser invalidada, y, excepcionalmente, la norma establecida, satisfaciendo innecesariamente requisitos procedimentales más exigentes, puede ser convalidada bajo criterios menos exigentes¹¹.

¹¹ Vid supra. 5-b. Tratándose de un conflicto entre una norma de ley reforzada y una norma de ley ordinaria, a consecuencia de la convalidación de la primera la antinomia pasa a ser indiscutiblemente un conflicto entre normas de igual rango jerárquico.

No obstante, es factible que esta imposibilidad analítica sea una realidad práctica, si el sistema jurídico fracasa en la implementación institucional del principio de distribución de competencias como regla de solución de conflictos (*vid infra*, 7-d).

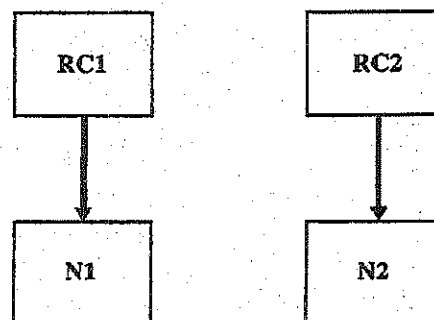
6.2. Los casos complejos.

Los casos complejos son aquellos en los que cada norma en conflicto ha sido establecida en virtud de distintas reglas de distribución de competencia, no coordinadas recíprocamente con efecto exclusivo. En estos casos, tanto la procedencia del principio de la distribución de competencia, como el resultado de su aplicación, dependen de la solución que se dé a la cuestión planteada por la relación entre ambas reglas de distribución de competencia, ya sea como una antinomia de primer orden o una cuestión de interpretación.

Los casos complejos admiten al menos tres variantes.

a. Primera variante.

La primera variante puede graficarse del siguiente modo:



Donde:

"RC1", "RC2" = Reglas de distribución de competencia en conflicto o necesitadas de correlación.

"N1", "N2" = Normas en conflicto.

En esta primera variante, las dos reglas de distribución de competencia no coordinadas recíprocamente (RC1, RC2) ostentan un mismo rango jerárquico. Para resolver el conflicto existente entre las normas (N1, N2), es necesario clarificar primero si las respectivas reglas de distribución de competencia tienen efecto conclusivo o exclusivo.

(aa) Tratándose de dos reglas con efecto meramente conclusivo, hay competencias concurrentes, ya que solo una regla con efecto exclusivo puede pretender preferencia sobre la otra a título de especialidad. Asumido el carácter concurrente de

ambas potestades, y por lo mismo, excluida la aplicación del principio de distribución de competencia como criterio de solución de la antinomia, son aplicables los tres criterios usuales de solución de antinomias jurídicas: el principio de la jerarquía, el principio de la temporalidad y el principio de la especialidad. En lo que respecta al examen del criterio de la jerarquía —de cuyo resultado depende la pertinencia del criterio de la temporalidad—, es posible que el contexto constitucional ponga al intérprete en la necesidad de postular alguna relación de jerarquía entre las normas establecidas en ejercicio de una y otra potestades concurrentes. Esta asignación de jerarquía puede por cierto apoyarse en las prácticas de la comunidad, pero también es razonable exigir que la fundamentación de la superioridad jerárquica tome en consideración principios materiales institucionalizados, como el principio democrático, favoreciendo con ello las reglas establecidas por el órgano de generación democrática más directa y universal y/o de integración más plural. Este último es, por ejemplo, el caso de las relaciones entre la ley y el reglamento de ejecución.

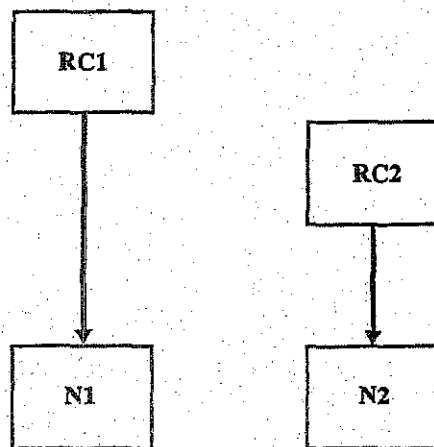
(bb) Si una regla de competencia tiene efecto conclusivo y la otra efecto exclusivo, el conflicto debe resolverse en favor de la segunda, siempre y cuando pueda vincularse su preferencia al principio de la especialidad, es decir, siempre y cuando pueda establecerse una relación del tipo género-especie entre el ámbito de competencia conclusivo y el ámbito de competencia exclusivo, respectivamente. Este sería el caso, por ejemplo, de la regulación de la organización y el funcionamiento del Consejo de Seguridad Nacional, ámbito de competencia asignado por el Art. 96 inciso final C. Pol. a la potestad normativa autónoma del propio Consejo con un efecto exclusivo, frente a cualquier posible interpretación amplia de las reglas sobre el dominio legal que pudieran aplicarse a esta materia de regulación (Arts. 60 N° 14, 18 o 20 y 62 N° 2). En aquellos casos en que por cualquiera razón no fuera posible concebir el ámbito exclusivo como especial frente al ámbito conclusivo, la preferencia del ámbito exclusivo depende de su compatibilidad en algún grado relevante con el principio de la conservación. En otras palabras, la preferencia del ámbito exclusivo será válida en la medida en que deje al ámbito conclusivo alguna esfera relevante de competencia de ejercicio válido, no cubierto por el ámbito de competencia exclusivo. En caso contrario, la antinomia de reglas de distribución de competencia puede —y debe¹²— ser resuelta en favor de

cualquiera de ellas, con prescindencia de la conclusividad o exclusividad del efecto de dichas reglas. Los criterios de solución de semejante antinomia abarcan todo el espectro de los principios constitucionales fundamentales —preferentemente el principio de la democracia—, incluyendo la apelación a las prácticas de la comunidad. Lo dicho se entiende, naturalmente, sin perjuicio de la incidencia que pudiera tener en cada una de las constelaciones de casos antes expuestas, la aplicación del criterio de la temporalidad, ya sea reforzando o bien contrarrestando la preferencia en favor de la regla de distribución de competencia con efecto exclusivo.

(cc) Si las dos reglas de competencia tienen un efecto exclusivo, es decir, si ambas evidencian la pretensión de asignar la potestad de regular una determinada materia a un determinado órgano con exclusión de cualquier otro, se tiene un caso especialmente difícil de antinomia de primer grado, susceptible de solución ya por aplicación del principio de la temporalidad, del principio de la especialidad, o, finalmente, de los principios constitucionales fundamentales —preferentemente el principio de la democracia— junto con la invocación de las prácticas de la comunidad. Cuando se trata de un conflicto de reglas constitucionales de competencia debe atenderse al principio de la conservación, conforme al cual la solución óptima a este conflicto consiste en la postulación por vía interpretativa de una coordinación recíproca entre las dos reglas de competencia en conflicto.

b. Segunda variante.

La segunda variante puede graficarse así:



Donde:

"RC1", "RC2", "N1", "N2" = tiene el mismo significado que en el caso anterior.

¹² En casos de conflicto entre reglas constitucionales de distribución de competencia, debe considerarse como prácticamente inadmisible la situación de invalidación recíproca que origina una laguna legal, debido a que se trataría de una laguna de integración prohibida en virtud del principio de la legalidad de la competencia de los órganos públicos (Art. 7° C. Pol.).

En la segunda variante, las reglas de distribución de competencia en conflicto o necesitadas de coordinación no tienen el mismo rango jerárquico. Este es el caso, por ejemplo, de cualquier disposición legal que otorgue atribuciones de reglamentación complementaria a un órgano de la administración pública, frente a la norma constitucional que otorga al Presidente de la República la potestad normativa reglamentaria (art. 32 N° 8 C. Pol.).

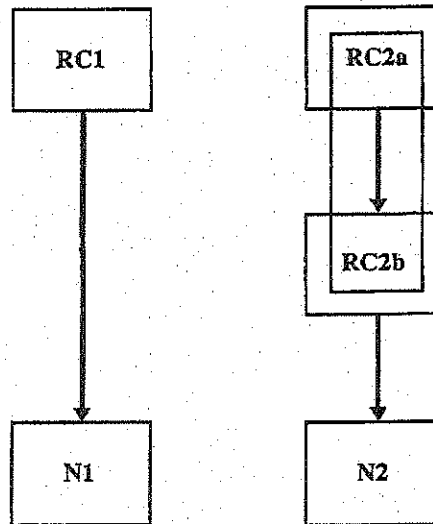
Aunque la doctrina admite la posibilidad de una antinomia de segundo orden entre el principio de la jerarquía y el principio de la especialidad cuya solución es incierta¹³, en materia de distribución de competencias normativas lo más razonable es dar prioridad al principio de la jerarquía, ya que aquí se encuentra comprometida de un modo particularmente intenso la coherencia del sistema jurídico en su sentido dinámico. No obstante, la preferencia en favor del principio de la jerarquía puede hacerse efectiva de dos modos diversos, según cual sea la naturaleza del conflicto entre las reglas de distribución de competencia, es decir, si la regla de distribución de competencia de rango superior tiene efecto exclusivo o puramente conclusivo.

Si la regla de competencia de rango superior (RC1) tiene efecto exclusivo, debe considerarse inválida la regla de competencia de rango inferior (RC2), y en su virtud, la norma dictada en conformidad a ella (N2). En este caso, la aplicación del principio de jerarquía soluciona directamente el conflicto entre las reglas de competencia.

Si, en cambio, la regla de competencia de rango superior tiene efecto conclusivo, la solución más razonable es transferir la diferencia jerárquica que existe entre las reglas de competencia a las normas en conflicto. En este caso, la aplicación del principio de jerarquía soluciona el conflicto entre las normas establecidas en aplicación de las reglas de competencia. Esta es, me parece, la solución correcta al caso antes planteado como ejemplo: postular que todas las normas establecidas por el órgano de rango legal son de rango jerárquico inferior a las normas establecidas por un órgano de rango constitucional¹⁴.

c. Tercera variante.

La tercera variante se puede graficar así:



Donde:

- "RC1" = Regla de competencia.
 "RC2a", "RC2b" = Disposiciones de distinto rango (rango "a" y rango "b") que conforman una misma regla de competencia ("RC2"), en conflicto con RC1, o necesitada de coordinación con ella.
 "N1", "N2" = Normas en conflicto.

La tercera variante corresponde al caso en que el rango jerárquico de al menos una de las reglas de distribución de competencia en conflicto no se encuentra claramente definido, porque la regla está compuesta por disposiciones de distinto rango. Es precisamente esta circunstancia la que hace que el caso no corresponda a la primera variante (igual rango jerárquico) ni a la segunda (distinto rango jerárquico).

Esta variante es la que corresponde a la mayoría de los casos de consagración de potestades normativas de ejercicio autónomo por parte de la Constitución de 1980. El ámbito material de competencia de las potestades normativas del Banco Central, de los Tribunales Superiores de Justicia, del Tribunal Constitucional o del Consejo Nacional de Televisión, no se encuentra definido de modo más o menos preciso por las disposiciones constitucionales respectivas; sino que estas se remiten para ello a disposiciones legales orgánico-constitucionales (en el caso de los tres primeros órganos) o de quórum calificado (en el caso del cuarto órgano). Se configura entonces —al menos para estos efectos— un "bloque de constitucionalidad" formado

¹³ Así, BOBBIO, Norberto *Teoría General del Derecho*, Bogotá, 1987, págs. 204-205.

¹⁴ Esta tesis pareciera encontrar un importante punto de apoyo institucional en el Art. 5° inciso primero C. Pol. Conforme a esta disposición, solo puede decirse de las autoridades que la Constitución establece que realizan el ejercicio de la soberanía al actuar válidamente. Luego, en la medida que el ejercicio de una competencia normativa atribuida por la Constitución es ejercicio de soberanía, y que el ejercicio de una competencia normativa atribuida por ley no lo es, puede justificarse la postulación de una relación jerárquica entre las normas establecidas en ejercicio de una y otra competencia. Agradezco a la Profesora Luz Bulnes el haberme llamado la atención sobre este argumento.

por disposiciones constitucionales y disposiciones legales¹⁵.

Desde un punto de vista práctico, la solución más fácil consiste, sin duda, en considerar al bloque de constitucionalidad como de rango enteramente constitucional y, en consecuencia, someter estos casos a los criterios expuestos con ocasión de la primera variante de casos complejos de distribución de competencia (*supra*, 6.2.a). A esta razón puramente pragmática se añade la consideración de más peso que en esta situación se encuentra comprometida la prerrogativa de determinación del Legislador, cuyo respeto es una consecuencia elemental del principio democrático. Tratándose de un problema de delimitación de competencias que la propia Constitución ha dejado sin resolver, y cuya regulación ulterior expresamente ha referido a la legislación, lo razonable por parte de los órganos de control de la constitucionalidad es reconocer al Legislador una prerrogativa de determinación en vez de autoarrogársela.

No obstante, es claro que la admisibilidad de semejante consideración tropieza con importantes obstáculos. En primer lugar, está el que el mandato constitucional de regulación complementaria por ley reforzada no constituye una delegación recepticia o delegación, en sentido estricto de la potestad constituyente. En el marco de la Constitución chilena, es claro que los preceptos legales orgánico-constitucionales o de quórum calificado ostentan un rango jerárquico inferior al de las normas constitucionales. Por otra parte, existe el peligro de que se produzca la alteración del alcance de algunas reglas constitucionales de distribución de competencias —que puede ser bastante inequívoco— en virtud del desarrollo legislativo de otras reglas constitucionales de competencia de alcance incierto. Una transferencia semejante de la indeterminación regulativa no se encuentra cubierta por la prerrogativa de determinación del Legislador.

De aquí que la única vía posible sea intentar una solución de compromiso que pueda optimizar los puntos en conflicto. Para ello, es necesario partir de la premisa que el problema interpretativo básico —es de-

cir, la cuestión de si las reglas de distribución de competencia son de efecto conclusivo o exclusivo— debe ser resuelto tomando en consideración la primacía jerárquica de las reglas constitucionales.

Así, si la regla de distribución de competencia de rango enteramente constitucional (RC1) es una regla con efecto exclusivo, ella debe primar sobre cualquier regla de competencia de rango infraconstitucional integrante del bloque de constitucionalidad (RC2b) que pretenda tener un efecto exclusivo incompatible, en todo el ámbito de incompatibilidad. Del mismo modo, si la regla de distribución de competencia de rango constitucional integrante del bloque de constitucionalidad (RC2a) es una regla con efecto manifiestamente conclusivo, no puede ser complementada válidamente mediante una regla en la posición de RC2b, que pretenda tener efecto exclusivo respecto de RC1. El único caso en que el sentido de RC2b puede ser pertinente para resolver el problema, es aquel en que haya falta de conclusividad de la determinación interpretativa del efecto exclusivo de RC1, o bien del efecto conclusivo RC2a. Esto significa que, para resolver este conflicto, un argumento de peso para una decisión interpretativa del sentido de RC1 o RC2a tiene preferencia sobre el sentido literal de RC2b, pero también que tal argumento ha de tener tanto peso, que pueda justificar la prevalencia de esta decisión interpretativa constitucional por sobre la prerrogativa de determinación del Legislador.

Una vez resuelta la cuestión interpretativa básica, puede considerarse al bloque de constitucionalidad como parte de la regla de competencia constitucional, sin distinción de rango jerárquico entre aquella parte de la regulación consagrada en el texto constitucional y aquella parte consagrada en un texto legal.

7. PROBLEMAS ULTERIORES.

El examen anterior conduce a la conclusión que la radical innovación introducida por la Constitución de 1980, al distribuir potestades normativas, fue efectuada de un modo técnica y sistemáticamente deficiente, por lo que la aplicación del principio de distribución de competencias, como criterio de solución de conflicto, entre las normas establecidas en el ejercicio de dichas competencias, tropieza con tantos problemas que lo hacen escasamente operativo.

La única situación en que el principio de distribución de competencia puede ser operativo es la del supuesto denominado antes como "caso simple" (6.1). La mayoría de los casos de atribución de competencias normativas a entes autónomos en la Constitución chilena tiene lugar, por el contrario, bajo el supuesto denominado arriba como "tercera variante del caso complejo" (6.2.c), que es el marco que menos contribuye a la operatividad del principio como criterio de solución de antinomias. Pero incluso tratándose de los casos simples previstos en la Constitución —potestad legislativa vs. potestad reglamentaria autónoma, leyes reforzadas vs. ley ordinaria—, el principio de distribu-

¹⁵ El uso de la expresión "bloque de constitucionalidad", para designar este específico complejo de reglas de competencia, puede inducir a malentendidos que conviene prevenir. Tal como se ven, lo peculiar de este caso complejo es que el bloque formado por una regla constitucional y una regla legal no tiene el mismo rango que la regla constitucional con la que se encuentra en conflicto; en estricto rigor, el término "bloque de constitucionalidad" designa, en cambio, un complejo normativo de rango inequívocamente constitucional. Originariamente, la doctrina francesa consideraba que las leyes orgánicas constitucionales formaban un "bloque de constitucionalidad" en conjunto con la Constitución. Con posterioridad, precisamente por haber advertido que la invalidación de la ley ordinaria que modifica una ley orgánica no se produce por infracción de la ley orgánica sino por infracción de la Constitución (*vid supra*, sección 6.1), la doctrina francesa excluyó las leyes orgánicas del "bloque de constitucionalidad" (*vid. FAYOREAU Louis (coord.), Droit Constitutionnel, Paris, 1998, pág. 156*). Así, pues, al usar la expresión en cuestión en este contexto, no se pretende sostener que las leyes complementarias de la constitución tengan en general el mismo rango jerárquico que las reglas constitucionales que complementan.

ción de competencia no es del todo operativo. Pues, como resultará obvio, su operatividad en estos casos depende también de cuán precisa sea la delimitación de los ámbitos materiales de competencia de las potestades recíprocamente coordinadas como exclusivas, requisito que la regulación constitucional chilena no satisface ni siquiera medianamente.

Además del problema fundamental de sus condiciones de operatividad —que ha sido el objeto de análisis de estas páginas—, la incorporación del principio de distribución de competencia al ordenamiento jurídico chileno suscita otros problemas no menos interesantes e intrincados, de los cuales solo puede hacerse una breve mención en este lugar.

a. Un primer problema es el de si la abrogación de normas (derogación expresa) se entiende siempre necesariamente incluida en el ámbito material de competencia respecto del cual una regla de competencia atribuya la potestad de establecer normas. Considerado este problema bajo el prisma del principio de la jerarquía —tal como se lo hace usualmente— la afirmativa es evidente. Solo puede afirmarse la existencia de una relación de jerarquía normativa cuando el órgano que establece una norma en calidad de superior jerárquico detenta en forma exclusiva la atribución de abrogar dicha norma. En otras palabras, el órgano que establece una norma no puede ser considerado como jerárquicamente superior respecto del órgano que válidamente puede abrogar la norma así establecida, con independencia de la voluntad del órgano que la estableció. Respecto, pues, de todas las constelaciones de casos de distribución de competencia en las que puede encontrarse comprometido el principio de la jerarquía, cabe afirmar lo anterior sin que haya lugar a dudas. Sin embargo, si en algún caso es posible considerar el problema desde la perspectiva exclusiva del principio de la distribución de competencias, es decir, sin que en el caso se encuentre involucrado el principio de la jerarquía, la consideración anterior pierde su evidencia axiomática y pasa a ser una cuestión contingente, esto es, dependiente de la interpretación de las reglas de distribución de competencia. Pues es posible que estas reglas delimiten un ámbito material especial, atendiendo a fines que se ven realizados al aplicar las reglas al acto de establecimiento de la norma, pero que no se ven realizados —sino incluso contradictorios— al ser aplicadas las reglas al acto de abrogación de la norma.

Tal es el caso, en nuestro ordenamiento jurídico, de la pena de muerte. Las cuestiones de delimitación entre los ámbitos materiales de competencia de las leyes orgánico-constitucionales y las leyes de quórum calificado en relación con el dominio legal común son cuestiones respecto de las cuales se encuentra en principio excluido el criterio de la jerarquía. Conforme a la Constitución, el establecimiento de la pena de muerte exige un delito contemplado en una ley de quórum calificado (art. 19 N° 1 inciso tercero). Esta reserva tiene un fundamento manifiestamente garantístico, en favor del derecho a la vida de los condena-

dos. La consideración de la derogación de las disposiciones legales que establecen la pena de muerte, también como materia de ley de quórum calificado, contradice el fin garantístico de la regla, transformándola en una garantía en favor de la pena de muerte. Interpretar la garantía de un derecho como garantía de su restricción implica un absurdo que debe ser evitado, por razones generales de coherencia y por el mandato básico de protección de los derechos fundamentales que pesa sobre todos los órganos del Estado. En este mismo contexto puede situarse a las normas sobre delitos cometidos a través de medios de comunicación, si es que se demuestra que la exigencia de quórum calificado consagrada por la Constitución (art. 19 N° 12 inciso primero) tiene una finalidad garantística respecto de la libertad de expresión.

b. Un segundo problema es el que presentan los mandatos legales de regulación complementaria. Estos son casos de remisión imperativa de materias de regulación que el Legislador hace mediante ley, en relación con una materia propia de su ámbito de competencia, en favor de la potestad normativa de otro órgano. Los casos paradigmáticos en el ordenamiento jurídico chileno son los mandatos legales de regulación por reglamentos y de regulación por autos acordados. En un marco regulativo caracterizado por la distribución de potestades, como lo es el consagrado en la Constitución de 1980, el mandato de regulación complementaria es doblemente anómalo, ya que implica por una parte una abstención del ejercicio de una potestad normativa del órgano que establece el mandato, y por otra, un deber de ejercicio de una potestad normativa en virtud de una regla distinta de la que asigna dicha potestad. En efecto, el mandato de regulación complementaria no es un acto de delegación recepticia o delegación en sentido estricto de la potestad normativa en cuyo ejercicio se lo establece, sino que es un acto de intervención de un órgano en la oportunidad del ejercicio de otra potestad normativa, previamente asignada al órgano destinatario del mandato. Por las razones anteriores, en un marco definido de distribución de competencias, el mandato de regulación complementaria debería ser considerado como inválido, a menos que existiera una regla que expresamente lo validara como modo de relación normativa entre dos potestades normativas diversas.

En el indefinido marco del ordenamiento jurídico chileno, por el contrario, el mandato de regulación complementaria puede cumplir válidamente la importante función de concreción de la delimitación de los distintos ámbitos de competencia. Esto, siempre que el mandato cumpla con varios requisitos: (a) que la competencia del órgano autor del mandato y la del órgano destinatario del mandato sean concurrentes, (b) que el mandato tenga lugar en un cuerpo normativo establecido por el autor del mandato que sirva de marco suficiente para el órgano destinatario del mandato, (c) que el mandato no recaiga sobre materias de reserva reforzada en favor del órgano autor del man-

dato¹⁶. Cumpliendo con estos requisitos, el mandato legal de regulación complementaria puede aceptarse como un procedimiento válido de solución conforme con la Constitución de una cuestión de demarcación de competencias no resuelta expresamente por la Constitución, dentro del legítimo marco de la prerrogativa de decisión que corresponde al Legislador.

c. Un tercer problema, vinculado al anterior, es el de si el grado de universalidad o abstracción de la norma es o no "materia de regulación", para efectos de la aplicación del principio de distribución de competencias o del principio de la jerarquía. Esta es una cuestión práctica que puede volverse relevante, tratándose de las relaciones entre normas establecidas en ejercicio de potestades diversas y que se suponen que guardan entre sí la relación existente entre regulación de carácter general y permanente, y regulación de carácter más particular y menos permanente, como la que se postula que existe entre las así denominadas "leyes de bases" y los reglamentos que las complementan. Esta relación es muy semejante a la que existe entre la ley y el reglamento de ejecución dictado en virtud de un mandato legal de regulación complementaria.

La consideración de la diferencia de grado de generalidad, como un criterio delimitador de ámbitos de competencia, se basa en la consideración de la extensión de los enunciados normativos, como un criterio de delimitación adicional al objeto de regulación, así como en la distinción entre reglas esenciales o principales y reglas accidentales o secundarias en relación con un determinado objeto de regulación. En otras palabras, el criterio de identificación y delimitación del ámbito de competencia —y con ello, el concepto mismo de ámbito de competencia— varía, según si por ámbito entendemos un ámbito de la vida social —el objeto de regulación— o un ámbito de las posibles reglas relativas a ese objeto, según si comparten o no determinadas propiedades lógicas o prácticas.

Si se tiene presente esta diversidad de conceptos, entonces resulta plausible que las reglas que atribuyen competencias así correlacionadas tengan efectos diversos. Las reglas de competencia en cuestión pueden ser interpretables como de efecto exclusivo en lo que concierne a las propiedades lógicas o prácticas de las reglas y, no obstante, ser asumidas las competencias por ellas asignadas como competencias legítimamente concurrentes en todo lo que se refiere al objeto de regulación compartido. Esto posibilita la aplicación parcial del principio de distribución de competencias y, en su defecto, la del principio de la jerarquía, como criterios de solución de conflictos entre la norma establecida en ejercicio de la potestad de regulación gene-

ral y la norma establecida en ejercicio de la potestad de regulación complementaria.

Tratándose así de conflictos entre una norma general de una ley de bases y una norma particular de un reglamento de complementación, el hecho que se trate de potestades, cuyos ámbitos de competencia se encuentran recíprocamente coordinados en forma exclusiva —desde el punto de vista de las propiedades de las normas—, no obsta a la aplicabilidad del principio de la jerarquía como criterio de solución de conflictos. El carácter recíprocamente exclusivo de ambas competencias a lo más puede producir como efecto práctico, en este contexto, un reforzamiento de la especialidad de la norma particular frente a la norma general, que puede tener algún peso en la antinomia de segundo grado que se plantee en relación con el principio de la jerarquía.

d. Tratándose de reglas de competencia de rango constitucional —como lo son todas las que han sido analizadas aquí—, la aplicación del principio de distribución de competencia, como criterio de solución de un conflicto de normas, implica plantear la inconstitucionalidad del acto de establecimiento de una de las normas en conflicto. Semejante cuestión de constitucionalidad debe plantearse y resolverse mediante algún procedimiento de control de constitucionalidad —esto es, de ejercicio de la jurisdicción o justicia constitucional— autorizado por la propia Constitución. En el caso chileno, el control *ex post* de constitucionalidad de las normas establecidas directamente por los órganos colegisladores¹⁷ es un control concreto que se encuentra radicado exclusivamente en la Corte Suprema, ante la cual solo quienes sean parte en algún juicio o gestión en tramitación pueden ejercer una acción declaratoria de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal, en ese juicio o gestión. En principio, los restantes tribunales se encuentran inhibidos de ejercer el control de constitucionalidad de la ley, y carecen de la atribución de promover de oficio una cuestión de constitucionalidad para ser conocida y resuelta por la Corte Suprema. Esto significa que, en principio, ningún tribunal chileno, a excepción de la Corte Suprema, se encuentra autorizado para resolver un conflicto de normas mediante la aplicación del principio de distribución de competencia, cuando la norma, cuya validez se impugna, es una norma legal¹⁸.

¹⁷ Esto es, los preceptos fijados en textos autoritativos establecidos conforme al procedimiento de formación de la ley (leyes en sentido estricto, tratados internacionales). Tratándose de "normas de rango legal", hay que considerar como excepción el control abstracto *ex post* de constitucionalidad de los Decretos con Fuerza de Ley por el Tribunal Constitucional (art. 83 N° 3 C. Pol.).

¹⁸ Lo dicho supone asignar efecto práctico al Art. 80 Const. Pol. como expresión de una reserva concentrada del control *ex post* de constitucionalidad de la ley en favor de la Corte Suprema. Es usual impugnar esta reserva acudiendo a los principios de sujeción directa a la Constitución (art. 6°) y de anulabilidad directa por inconstitucionalidad (art. 7°) la objeción se disipa, no obstante, si se tiene presente que la reserva del Art. 80 es un principio central del orden constitucional *directo*, igualmente vinculante conforme a los mismos arts. 6° y 7° C. Pol.

¹⁶ Es esta razón, y no una genérica incompetencia de los Tribunales Superiores de Justicia, la que hace tan dudosa la validez de la regulación de actuaciones procesales de las partes por autos acordados. En virtud de la garantía procesal del principio de la legalidad (art. 19 N° 3 inciso quinto C. Pol.), los autos acordados no pueden restringir válidamente derechos o facultades procesales.

En cierto sentido, lo anterior no constituye novedad alguna. Desde 1925, todas las cuestiones de inconstitucionalidad de la ley se encuentran sometidas a este régimen en el ordenamiento jurídico chileno, y el caso que se comenta en definitiva no es más que un caso específico de inaplicabilidad de una disposición legal por infracción a la Constitución. Sin embargo, tratándose de un caso de conflicto entre una ley reforzada y una ley ordinaria, la consecuencia que el sistema jurídico chileno asocia a la inactividad de las partes, esto es, la obligación para el tribunal de aplicar el precepto legal no obstante su contradicción con la Constitución, es altamente problemática. En este caso no se puede producir como efecto jurídico-político la prevalencia de la voluntad del Legislador —como lo asume el sistema chileno de control de constitucionalidad de la ley, en una extrema concesión a la prerrogativa de decisión de la potestad legislativa—, porque la voluntad del Legislador es en este caso contradictoria. En este caso, no se trata simplemente de un conflicto entre la Constitución y una decisión legislativa, sino primariamente de dos decisiones legislativas que se encuentran en conflicto entre sí.

No es extraño, en consecuencia, que en otros sistemas jurídicos se haya sostenido por razones prácticas que los demás órganos jurisdiccionales deben resolver la antinomia con prescindencia de la cuestión de constitucionalidad, postulando la existencia de alguna jerarquía entre las normas en conflicto¹⁹. Conforme esta postura, salvo por la Corte Suprema, en caso de conflicto entre normas legales aprobadas mediante distintos procedimientos, los tribunales chilenos deberían reconocer a los preceptos legales orgánico-constitucionales un rango jerárquico superior a los demás preceptos legales, y a los preceptos legales de quórum calificado un rango jerárquico superior a los preceptos legales ordinarios.

Finalmente, cabe plantearse la pregunta por la plausibilidad de un programa de concreción jurisprudencial de la abstracción e indeterminación del marco constitucional de distribución de competencias. ¿Frente a una implementación tan rudimentaria de la autonomía de las distintas potestades normativas a nivel del texto constitucional estatuido, corresponde acaso a jueces y juristas profundizar y perfeccionar esta innovación constitucional mediante la delimitación crecientemente precisa de los distintos ámbitos de competencia?

Por seductor que pueda parecer este programa de autoarrogación del proyecto de la Constitución, en mi opinión él debe ser resistido, en nombre de la misma dogmática y jurisprudencia constitucionales. Un programa semejante asume como postulado básico la interpretación de las reglas de competencia, como reglas *prima facie* con efecto exclusivo, necesitadas de la correlación que les brindaría la implementación del programa. Desde este punto de vista, la existencia de competencias concurrentes, y con ello la procedencia del principio de la jerarquía, como criterio de solución de conflictos normativos, sería más bien una anomalía del sistema. Funcionalmente considerado, este programa de concreción jurisdiccional sería una compensación de la insuficiencia del texto constitucional, que negaría la prerrogativa de decisión del Legislador. Las zonas de incertidumbre constitucional pasarían a constituir mandatos de concreción para el órgano encargado del control de constitucionalidad, oponibles al Legislador.

Ambas premisas son, a mi juicio, en lo esencial inaceptables.

La vastedad del ámbito de competencia del Legislador no es solo consecuencia de la deficiente redacción del art. 60 C. Pol. En un Estado democrático de Derecho, lo razonable es que el órgano más pluralmente representativo de la voluntad popular disponga por regla general de un amplio ámbito de competencia regulativa, limitado básicamente por el respeto a los derechos fundamentales y la satisfacción de estándares de generalidad y permanencia por parte de las normas que establezca. Por cierto, la potestad constituyente puede delimitar el ámbito de competencia de la potestad legislativa y transferir ciertos ámbitos que en principio serían de su competencia a otros órganos del Estado. Pero esta distribución de competencias, con efecto exclusivo respecto del órgano de integración plural y por elección directa por antonomasia —el Congreso—, es siempre excepcional. Por esta razón, en un contexto constitucional tan deficitario como el chileno, debe asumirse como principio que en todo el orden de las materias de ley, las demás potestades normativas serán *prima facie* potestades concurrentes con la potestad legislativa y jerárquicamente subordinadas a ella. Esto significa que las respectivas reglas de competencia deben ser interpretadas como reglas *prima facie* con efecto conclusivo.

Esta conclusión pareciera dejarnos en las antipodas de la premisa que le dio lugar. El análisis comenzó partiendo de la necesidad de resolver previamente la cuestión de la validez de la concurrencia de competencias, para terminar sosteniendo que hay que presumir dicha validez. No hay, sin embargo, una contradicción en el planteamiento central. En estas páginas se ha sostenido que bajo el imperio de la Constitución de 1980-89 la validez de la concurrencia de competencias es siempre controvertible, aun en contra de la pretensión normativa de la potestad legislativa. Al mis-

¹⁹ Al respecto, BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.* Tomo II, Madrid, 1992, págs. 65 y ss.; ITURRALDE SESMA, *op. cit.*, págs. 106 y ss.; PÉREZ ROYO, Javier *Las Fuentes del Derecho*, Madrid, 1993, págs. 77 y ss. Esta solución, avalada por el Tribunal Constitucional español, es necesaria en estricto rigor solo cuando la ley ordinaria en conflicto es además *lex posterior*. Tratándose de un conflicto en que la ley reforzada fuera *lex posterior*, esta primaría en todo caso por convalidación y aplicación del principio de la temporalidad.

mo tiempo, se ha hecho ver que la invocación del principio de la distribución de competencias frente a la legislación, para controvertir su pretensión normativa, debe soportar la carga de la prueba argumentativa.

No es, por lo tanto que la ley tenga que prevalecer siempre y necesariamente como norma jerárquicamente superior, sino que esa posición prevalente debe presumirse institucionalmente: *in dubio pro lege*.

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO

COLECCIÓN DE TRATADOS

Comité:

Director: Dr. Alejandro Vergara Blanco.

Dr. Eduardo Aldunate Lizana
Dr. Javier Barrientos Grandon
Dr. Daniel Peñailillo Arévalo
Dr. Alejandro Romero Seguel
Dr. Pablo Ruiz-Tagle Vial

LAS REGLAS DEL
“CÓDIGO CIVIL” DE CHILE
SOBRE INTERPRETACIÓN
DE LAS LEYES

 LexisNexis®
Santiago de Chile, 2007

000032

ÍNDICE SISTEMÁTICO

	Pág.
Prólogo	1
Abreviaturas	3
§ 1. Panorama general de las fuentes sobre interpretación legal incidentes en las reglas acerca de esa materia contenidas en la codificación chilena	7
§ 2. Las normas sobre interpretación legal en el "Primer Proyecto de Código Civil" y en el "Proyecto de 1841-1845"	15
§ 3. Panorama general de las normas sobre interpretación legal en el "Proyecto de 1853", en el "Proyecto Inédito", en el "Proyecto de 1855" y en el "Código Civil"	19
§ 4. La interpretación del legislador	23
§ 5. Las leyes interpretativas	27
§ 6. Un relicto del "referimiento al legislador"	37
§ 7. La interpretación judicial	49
§ 8. La integración de la ley: la "analogía", los "principios generales de equidad natural" y los "principios generales de Derecho"	53
1. El artículo 4 del "Proyecto de 1853" y sus fuentes	53
2. La analogía	56
3. Los "principios generales de equidad natural"	58
4. Los "principios generales de Derecho"	62
5. El destino del artículo 4 del "Proyecto de 1853"	65

LAS REGLAS DEL "CÓDIGO CIVIL" DE CHILE SOBRE INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES

© ALEJANDRO GUZMÁN BRITO

2007 LexisNexis • Miraflores 383, piso 11, Santiago, Chile • Teléfono: 608 700 8000 • www.lexisnexis.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 154.236 • I.S.B.N. 956 - 238 - 673 - 2

1ª edición enero 2007

Tiraje: 200 ejemplares

Impresión: GJC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

000033

	Pág.
§ 9. La interpretación de la ley como operación sometida a reglas	67
§ 10. Los elementos de la ley: "tenor literal", "sentido" y "espíritu"	69
§ 11. "Cuando el sentido de la ley es claro"	77
§ 12. El "espíritu de la ley"	83
§ 13. La "intención de la ley"	93
§ 14. "Intención o espíritu claramente manifestados"	99
§ 15. La extensión de la ley. Su ampliación y su restricción	105
§ 16. "Cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal". "In claris non fit interpretatio" e interpretación declarativa	111
§ 17. De cuándo el "sentido de la ley" es claro	127
§ 18. El "tenor literal de la ley" o "palabras de la ley"	131
§ 19. Las "palabras técnicas" de la ley	139
§ 20. El recurso al "contexto de la ley" y a "otras leyes"	143
§ 21. "Leyes especiales"	149
§ 22. Leyes contrarias	157
§ 23. "Dura lex sed lex"	169
§ 24. "Lo favorable u odioso de una disposición"	177
§ 25. El artículo 24 del "Código Civil"	183
§ 26. El "espíritu general de la legislación" y la "equidad natural"	191
1. El "espíritu general de la legislación"	191
2. La "equidad natural"	192
3. La equidad	193
4. La "equidad ruda"	195
5. La "aequitas cerebrina" o "de capite suo" y "bursalis"	199
6. Bello y la equidad "de capite suo"	202
7. Testimonios de Delvincourt, Bigot-Prémeneu y Toullier sobre la equidad	203
8. La equidad y el Derecho romano	206
9. Adaptabilidad de las nociones tradicionales al Derecho moderno	207
§ 27. Epílogo: la doctrina de Savigny en el Código de Bello	209

Anexos

	Pág.
I. "Projet de la Commission du Gouvernement" présenté le 24 Thermidor, an VIII (Projet de Code Civil, an VIII [1800])	215
II. "Code Civil des Français" [1804]	217
III. "Digeste de la loi civile" [1808]	219
IV. "Code Civil de l'État de la Louisiane"	221
V. "Primer Proyecto de Código Civil"	223
VI. "Proyecto de Código Civil" de 1841-1842"	225
VII. "Anteproyecto manuscrito" de "Título preliminar"	227
VIII. "Proyecto de Código Civil" editado en 1853	231
IX. "Proyecto Inédito de Código Civil"	235
X. "Proyecto de Código Civil" editado en 1855 y "Código Civil de la República de Chile" promulgado en el mismo año	239
XI. Bello, Andrés, "Comentario" [a los primeros setenta y seis artículos del Código Civil]	241
Bibliografía	243

Basado en él, el artículo 17 del Código sardo (1837) estableció: "*Les arrêts ou jugemens n'auront jamais force de loi*". Se ve, pues, que en estos códigos, a diferencia del francés, se trata, no de la facultad de los jueces de emitir normas generales como tales, problema que ni en Austria ni en Piamonte-Cerdeña existía, como sí en Francia, sino del valor que las interpretaciones y los criterios y enunciaciones adoptados en una decisión particular, emitida como tal, puedan tener en general, vale decir, en otros casos iguales o similares. Sólo que esos códigos se refirieron a "las disposiciones" (*Verfügungen*) y a los "juicios" o "sentencias" (*Urteile, arrêts*) de los jueces. En esta dicción pudo haber influido el artículo 5 del Código francés, que precisamente refería el asunto a la acción de los jueces consistente en "*prononcer*", esto es, en "fallar" o "sentenciar".

5. Fue probablemente en el artículo 12 del Código austríaco en el que Bello, pues, se fundó para redactar el inciso 2º del artículo 8 del "Proyecto de 1853", que finalmente fue el inciso 2º del artículo 3 CCCh; y por ello también habló, primero de "*decisiones de los tribunales*" en el "Proyecto de 1853", y después de "*sentencias judiciales*" en la Comisión Revisora de aquél y en el "Proyecto Inédito"¹⁰⁸, y nunca de "interpretaciones". Debido a esto, además, la disposición no dice que el juez está impedido de emitir normas o criterios de formulación general en sus sentencias, como el artículo 5 del CCFr., sino tan sólo que las sentencias que emita obligan únicamente en el caso sobre el cual recayeron, pero no en otros, aunque también, en definitiva, limitado el asunto a la interpretación y al establecimiento de enunciados o premisas generales en cuanto contenidos en la sentencia. En otras palabras, la norma resuelve las posibilidades ii) y iii) discutidas más arriba¹⁰⁹; pero nada dice sobre la posibilidad de emitir normas generales¹¹⁰.

En definitiva, pues, el inciso 2º es portador del principio medieval de la *interpretatio necessaria sed non generalis*¹¹¹, correspondiente al juez: su interpretación, incluso aquella consistente en una premisa o enunciado general, obliga, pero no a todos (sino sólo a las partes del juicio en que fue librada).

¹⁰⁷ ABGB., § 12. "*Die in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen und die von Richtern in besonderen Rechtstreigkeiten gefällten Urteile haben nie die Kraft eines Gesetzes, sie können auf andere Fälle oder auf andere Personen nicht ausgedehnt werden*".

¹⁰⁸ Véase más arriba el § 7, 1.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ De hecho, la Corte Suprema las emite a través de Auto Acordados.

¹¹¹ Véase el § 4, 3.

§ 8. LA INTEGRACIÓN DE LA LEY:
LA "ANALOGÍA", LOS "PRINCIPIOS GENERALES DE EQUIDAD NATURAL"
Y LOS "PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO"

1. EL ARTÍCULO 4 DEL "PROYECTO DE 1853" Y SUS FUENTES. a) El "Proyecto de 1853" ofrecía un artículo 4 con el siguiente tenor: "*En materias civiles, a falta de ley escrita o de costumbre que tenga fuerza de ley, fallará el juez conforme a lo que dispongan las leyes para objetos análogos, y a falta de éstas, conforme a los principios generales de derecho y de equidad natural*". En el "Anteproyecto manuscrito", la redacción del similar artículo 4, escrita del puño y letra del amanuense, aparece con varias enmiendas de Bello, cuyo conjunto nos permite determinar unos tres estratos de redacción, a los cuales se agrega un cuarto estrato que no aparece en el manuscrito, sino directamente en el artículo 4 del "Proyecto de 1853", como se ve en la siguiente comparación:

1ª redacción	2ª redacción	3ª redacción	"Proyecto de 1853"
En materias civiles, a falta de ley escrita o de costumbre que tenga fuerza de ley,	En materias civiles, a falta de ley escrita o de costumbre que tenga fuerza de ley,	En materias civiles, a falta de ley escrita o de costumbre que tenga fuerza de ley.	En materias civiles, a falta de ley escrita o de costumbre que tenga fuerza de ley,
se seguirán las reglas que dicte la ley	fallarán <los tribunales ¹¹² > conforme a lo que dispongan las leyes	fallará el juez conforme a lo que dispongan las leyes	fallará el juez conforme a lo que dispongan las leyes
para objetos análogos; y a falta de estas,	para objetos análogos; y a falta de estas,	para objetos análogos; y a falta de estas,	para objetos análogos; y a falta de estas,
los principios generales de equidad natural.	conforme a los principios generales de equidad natural.	conforme a los principios generales de equidad natural.	conforme a los principios generales de derecho y de equidad natural.

¹¹² Las expresiones transcritas entre paréntesis agudos aparecen tachadas en el manuscrito, pero de tal forma que es difícilísimo leer lo escrito antes de la tachadura. Nuestra lección "los tribunales" es la más aparente.

000035

Tales enmiendas, según se aprecia, carecen de mayor importancia, salvo una: en el "Anteproyecto manuscrito" con letra del amanuense, aun después de las irrelevantes enmiendas de Bello, se viene a decir que "a falta de ley escrita o de costumbre que tenga fuerza de ley" ha de fallarse según lo dispuesto por las leyes "para objetos análogos"; y a falta de tales leyes, conforme con los "principios generales de equidad natural". En algún momento posterior, Bello agregó, después de la preposición "de", la expresión "derecho y de", formando la cláusula que figura en el artículo 4 del "Proyecto de 1853", según la cual, en defecto de leyes análogas, debe fallarse conforme con los "principios generales de derecho y de equidad natural".

b) La disposición original, pues, tratando el tema de lo que hoy llamaríamos la integración de la ley, y que también podríamos denominar "orden de prelación de fuentes", establecía, como primera, a la ley escrita; en defecto de ella (pero también en contra, porque los artículos 52 y 53 del "Proyecto de 1853" admitían la costumbre contra ley y el desuso), a la costumbre con fuerza de ley; a falta de ambas, a lo dispuesto por las leyes para objetos análogos, es decir, a la asimilación o analogía; y no siendo posible esta última, a los principios generales de equidad natural. La versión publicada en el "Proyecto de 1853" situó en este último lugar tanto a los principios generales de Derecho como a los principios generales de equidad natural, sin señalar alguna prelación entre ambos.

c) Lo mismo en el "Anteproyecto manuscrito" que en el "Proyecto de 1853", Bello dejó esta constancia como nota al artículo 4: "Código de la Luisiana, art. 21 y Delvincourt, Droit Civil, tomo I, p. 8"¹¹³. Con la última referencia, Bello alude al Cours de Droit Civil, del decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, Claude-Etienne Delvincourt (1762-1831), uno de los iniciadores de la llamada escuela francesa de la exégesis y fuente habitual y predilecta de Bello¹¹⁴.

¹¹³ El Proyecto de Código Civil del Perú, de 1847, en sus artículos vii a x establecía el deber de consultar los jueces a la Corte Suprema en caso de duda, oscuridad o contradicción en las leyes, o en el de falta de ley; y a la Corte Suprema, en este último caso, el de proponer a la Legislatura un proyecto de ley colmadora de la laguna (sobre todo lo cual véase más arriba el § 6, 3 a). El artículo xi añadía: "Las consultas de que habla el artículo anterior, no impedirán el que los jueces resuelvan conforme a los principios de equidad". Bello también pudo tener a la vista este proyecto, como experiencia americana en la materia, un ejemplar del cual se encontraba en su biblioteca: véase VELLEMAN, B., *Andrés Bello y sus libros*, cit. (n. 66), p. 235 (registro N° 964).

¹¹⁴ Este libro tuvo una evolución interesante: comenzó como *Institutes de Droit Civil Français conformément aux dispositions du Code Napoléon* (1ª ed., París, 1808; 2ª ed., 1810; 3ª ed., 1809); devino a *Cours de Code Napoléon* (París, Gueffier, 1812; 2ª ed., 1813, que contiene la 3ª ed. de 1809, de las *Institutes*). Finalmente se convirtió en *Cours de Droit Civil* (París, Gueffier, 1819), 3 vols. En la biblioteca de Egaña, a la que Bello tenía habitual acceso, se hallaba la edición de París, chez Delestre-Boulogne Libraire, 1824, 3 vols.: véase SALINAS ARANEDA, Carlos, "La biblioteca de don Mariano Egaña, con especial referencia a sus libros de Derecho", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 7 (Valparaíso, 1982), N° 704, p. 440. Hubo todavía una edición posterior en París, chez Vidécoq Libraire-Dijon, chez Victor Lagier Libraire, 1834, 3 vols. Delvincourt también fue autor de unos *Juris Romani elementa secundum ordinem Institutionum Justiniani* (París, apud P. Gueffier, 1814; 2ª ed., 1817; 3ª ed., 1818; 4ª ed., 1823), 1 vol. Aquí usamos la edición de 1824.

En esta ocasión las citas fueron correctas. El artículo 4 del "Anteproyecto manuscrito" y del "Proyecto de 1853" resultaron ser una curiosa mezcla de ambas fuentes citadas por Bello, en parte coincidentes y en parte complementarias, como se aprecia por simple cotejo textual. El cotejo lo haremos con respecto a la 1ª y 3ª redacciones del "Anteproyecto manuscrito"¹¹⁵, ya que la novedad introducida en el "Proyecto de 1853", concerniente a los principios generales del Derecho, reconoce otras fuentes, que discutiremos después. Por otro lado, dejamos a un lado la referencia a la costumbre con fuerza de ley (línea 5) porque también se originó de otra manera.

CCLuis., art. 21	Delvincourt, Cours, I, p. 8	"Anteproyecto manuscrito", 1ª redacción ¹¹⁶ , art. 4	"Anteproyecto manuscrito", 3ª redacción ¹¹⁷ , art. 4
1 Dans les matières civiles,		En materias civiles,	En materias civiles,
2 le juge,			
3 à défaut de loi précise,	Mais si les Lois positives sont muettes,	a falta de ley escrita	a falta de ley escrita
4	obscuras, ou insuffisantes,		
5		[o de costumbre que tenga fuerza de ley,]	[o de costumbre que tenga fuerza de ley,]
6 est obligé de procéder conformément à	le juge doit y suppléer,	se seguirán	fallará el juez conforme
7	soit par des inductions tirées des dispositions des mêmes lois sûr d'autres objets,	las reglas que dicte la ley para objetos análogos;	a lo que dispongan las leyes para objetos análogos;
8		y a falta de éstas,	y a falta de éstas,
9 l'équité;	soit même par l'équité naturelle.	los principios generales de equidad natural.	conforme a los principios generales de equidad natural.
10 pour décider suivant l'équité, il faut recourir à la loi naturelle et à la raison, ou aux usages reçus, dans le silence de la loi primitive			

¹¹⁵ Por las razones que se dicen en las notas que siguen.

¹¹⁶ Usamos la 1ª redacción como referencia porque la citación del CCLuis. ya aparece con respecto a ella en el manuscrito.

¹¹⁷ Pasamos a la 3ª redacción, omitiendo, por ende, la 2ª, atendido que las innovaciones que contiene se reiteran en la 3ª, bien que ésta, a su vez, modifique a la segunda en el leve punto de "los tribunales" por "el juez".

La derivación literaria del artículo 4 a partir del CCLuis y de Delvincourt, a veces de una de tales fuentes, a veces de ambas, es visible a través del cotejo.

Cierto es que Delvincourt habla de "equidad natural", y simplemente de "equidad" el Código luisiano, en tanto que el "Anteproyecto manuscrito" de Bello dijo: "*principios generales de equidad natural*" (línea 9). En tales circunstancias, la referencia a unos "principios generales" de tal equidad pudo obedecer a un impulso autónomo de Bello¹¹⁸.

Por otra parte, el codificador introdujo una rectificación importante a la serie: ley/analogía/equidad de Delvincourt. En caso de faltar la primera, éste pensaba en suplirla "*soit par des inductions tirées des dispositions des mêmes lois sur d'autres objets, soit même par l'équité naturelle*", de modo que situaba en un mismo nivel ("*soit [...] soit*") a las "*inductions*", etcétera, y a la "*équité naturelle*", sin indicar una prelación, que Bello en cambio sí estableció: según el artículo 4, tanto del "Anteproyecto manuscrito" cuanto del "Proyecto de 1853", primero deben seguirse "*las reglas que dicte la ley para objetos análogos*", y sólo "*a falta de éstas*", los "*principios generales de equidad natural*".

Todavía se observa esta diferencia: mientras Delvincourt hablaba de "*équité naturelle*", Bello dijo: "*principios generales de equidad natural*". A esta divergencia nos referiremos después¹¹⁹.

2. LA ANALOGÍA. a) En el artículo 4, tanto del "Anteproyecto manuscrito" en todas sus redacciones, cuanto del "Proyecto de 1853", se mandaba al juez fallar, en defecto de ley o costumbre con fuerza de ley, según la analogía: "*se seguirán las reglas que dicte la ley para objetos análogos*" decía la primera redacción; y "*conforme a lo que dispongan las leyes para objetos análogos*", desde la segunda. Comoquiera que en la primera hay una leve ambigüedad¹²⁰, fue quizá en atención a ella que el codificador introdujo la enmienda.

¹¹⁸ Sin perjuicio de lo cual también se pueda suponer haber él encontrado no un modelo, mas sí un refuerzo en el Proyecto de Código Civil peruano de 1847, cuyo artículo XI, antes citado (véase la n. 113), declaraba: "*Las consultas de que habla el artículo anterior, no impedirán el que los jueces resuelvan conforme a los principios de equidad*", por más que la dición de ese proyecto tampoco sea exactamente la misma usada por Bello. Como sabemos, ese proyecto estaba en la biblioteca del codificador (véase la nota 66). La "2ª Ley Mariana sobre fundamentación de las sentencias" [1837: véase más abajo 4-c) y la nota 140] no ofrece referencias a la equidad.

¹¹⁹ Véase más abajo, ibi, 3.

¹²⁰ La frase da la sensación de que la ley dicta reglas precisas y específicas sobre el procedimiento analógico, aplicando las cuales se ejecuta la operación en concreto. Por cierto, tales reglas sobre analogía no existían en el proyecto.

Bajo las fórmulas recordadas, la norma recibía el viejo método de razonamiento llamado diversamente por los medievales: *de similibus ad similia, similitudo, trahere ad consequentias, extensio*¹²¹, que a fines del siglo XVIII terminó por ser denominado "analogía" por influjo del jurista alemán Anton F. J. Thibaut (1772-1840)¹²².

En lo inmediato, la sugestión vino a Bello de Delvincourt, quien, como vimos, pensaba en suplir la ley muda, oscura o insuficiente: "*par des inductions tirées des dispositions des mêmes lois sur d'autres objets*" (línea 7 del cuadro comparativo del § 8, 1, c). Para la primera redacción, Bello transformó "*inductions tirées des dispositions des mêmes lois*" en "*reglas que dicte la ley*"; y en "*lo que dispongan las leyes*", para la segunda y siguientes redacciones. La expresión "*sur d'autres objets*" se convirtió en "*para objetos análogos*". De esta última manera, Bello dio entrada a una terminología más moderna que, empero, no aparece en Delvincourt, pero que pudo encontrar en la mala versión castellana que del § 7 del Código austriaco de 1811 aparece en la Concordancia¹²³: "*razones análogas*"¹²⁴; y en el artículo 15 del Código sardo, el cual se refería a unas "*leyes análogas*"¹²⁵, al disponer: "*Si une*

¹²¹ Acerca de esta materia, sobre todo: BOBBIO, Norberto, *L'analogia nella logica del diritto* (Torino, 1938), pp. 7-77. También: LEPÉVRE, Charles, *Les pouvoirs du juge en droit canonique* (Paris, Sirey, 1938), pp. 97-129; NICOLINI, Ugo, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale* (Padova, Cedam, 1955), pp. 254-266; PIANO-MORTARI, V., *Ricerche sulla teoria della interpretazione*, pp. 108-130; PIANO-MORTARI, V., "Il problema dell'interpretazione nei commentatori", ahora en PIANO-MORTARI, V., *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali* (Napoli, Jovene, 1976), pp. 246-252; CORTESI, ENRICO, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico* (Milano, Giuffrè, 1962-1962), I, pp. 301-321, passim; SPRICCOLI, Mario, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale* (Milano, Giuffrè, 1969), pp. 214-322. Un resumen: GUZMÁN, A., "Hist. interpret.", pp. 50-51.

¹²² BOBBIO, N., *L'analogia nella logica del diritto*, cit. (n. 121), pp. 63-65. Pero no fue él quien introdujo la palabra por vez primera en la ciencia del Derecho, pues era usada antes con otros significados. De todos modos Thibaut tuvo sus predecesores en este uso: véase FALK, Johann, *Die Analogie im Recht* (Mainz, 1906), pp. 16 ss.

¹²³ Véase la nota 4.

¹²⁴ El § 7 del ABGB dice: "*Lässt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden [...]*". Su traducción es: "Si un caso de derecho no se puede decidir, no sólo a partir de las palabras, mas tampoco a partir del sentido de una ley, entonces deben ser tomados en consideración los casos análogos decididos determinadamente en las leyes, y los fundamentos de otras leyes conectadas con ellos [...]. La traducción de Verlanga y Muñiz reza: "Si la ley no fuese aplicable enteramente a un hecho, el juez tomará en consideración las razones análogas y los motivos [...]. El original, pues, habla de "*ähnliche Fälle*" ("casos similares"), que los traductores vertieron por "razones análogas".

¹²⁵ Así también en la traducción de Verlanga y Muñiz (n. 4).

*question ne peut être résolue ni par le texte ni par l'esprit de la loi, on aura égard aux cas semblables que les lois auraient spécialement prévus, et aux principes qui servent de fondement à les lois analogues; si néanmoins la question est encore douteuse, on aura recours aux principes généraux du droit, en prenant en considération toutes les circonstances du fait*¹²⁶. Por otro lado, la nomenclatura concerniente a la voz "analogía", lo mismo que el concepto, estaban dentro de la cultura jurídica general de Bello¹²⁷. En algún escrito temprano habla, por ejemplo, de "analogía" y de "raciocinio analógico" en sentido jurídico¹²⁸. En su *Filosofía del entendimiento* dedica varias páginas a lo que en lógica general también denomina "raciocinio analógico"¹²⁹.

Así, pues, aunque el Código francés había callado sobre la asimilación, Bello disponía de abundante material de refuerzo para introducirla en su proyecto, aunque se haya fijado preferentemente en Delvincourt.

3. LOS "PRINCIPIOS GENERALES DE EQUIDAD NATURAL". El artículo 4, en sus tres primeras redacciones manuscritas, a falta de leyes sobre objetos análogos, ordenaba fallar según "*los principios generales de equidad natural*". Lo mismo dispuso el "Proyecto de 1853", pero en conjunción con los "*principios generales de Derecho*". La idea de un recurso a la equidad fue obtenida, como vimos, tanto de Delvincourt cuanto del Código luisiano¹³⁰.

¹²⁶ El § 49 de la "Introducción" (*Einleitung*) al Código prusiano de 1794, disponía: "*Findet der Richter kein Gesetz, welches zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte, so muss er zwar nach dem in den Gesetzbuch angenommenen allgemeine Grundsätzen, und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhanden Verordnungen, seiner besten Einsicht gemäß, erkennen*" ("Si el juez no encuentra ninguna ley que pudiera servir para la decisión del caso controvertido, debe él conocer según los principios generales acogidos en el Código, y según los preceptos disponibles para casos similares, de acuerdo con su mejor criterio"). Como se ve, este cuerpo legal usa la expresión "*ähnlicher Fälle*" ("casos similares"). El Código prusiano, Bello podía consultarlo en la traducción francesa que estaba en la biblioteca de Egaña (véase más abajo la nota 147), a que Bello tenía acceso expedito.

¹²⁷ En la "2ª Ley Mariana sobre fundamentación de las sentencias", de 1837 (véase la nota 141), "analogía" y "análogo" aparecen algunas veces.

¹²⁸ BELLO, Andrés, editorial de *El Araucano* N° 644, de 23 de diciembre de 1842, en BELLO, Andrés, *Obras completas* (Caracas, La Casa de Bello, 1982), XVIII: *Temas jurídicos y sociales*, p. 338: "Este [...] método está sujeto a gravísimos inconvenientes, porque, juzgándose de la aplicación de la ley por meras analogías, se corre el peligro de extenderlas o limitarlas demasiado. El raciocinio analógico, naturalmente poco seguro, no debe emplearse en la aplicación de la ley, sino cuando es absolutamente necesario, porque el caso de que se trata no está comprendido en ninguna disposición general, necesidad que el legislador debe evitar al juez en cuanto le sea posible".

¹²⁹ BELLO, Andrés, *Filosofía del entendimiento. Lógica*, cap. 3º, en BELLO, Andrés, *Obras completas* (Caracas, La Casa de Bello, 1981), III, pp. 424-431.

¹³⁰ Véase la línea 9 del cuadro comparativo del § 8, I, c).

a) Este último, a su vez, reconocía como fuente al artículo 11 del título 5º del *Livre Préliminaire* del "Projet de l'an VIII", cuyo texto era: "*Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. La équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive*". El cotejo muestra las derivaciones:

"Projet de l'an VIII", Liv. prélim., tit. 5º, art. 11	CCLuis., art. 21
Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise est un ministre d'équité. La équité est le retour à la loi naturelle,	Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est obligé de procéder conformément à l'équité; pour décider suivant l'équité, il faut recourir à la loi naturelle et à la raison, ou aux usages reçus, dans le silence de la loi primitive.
ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive.	

A su vez, lo más posible es que el texto del artículo 11 del proyecto francés haya sido una adaptación del siguiente pasaje de Jean Domat (1625-1696): "*S'il pouvait arriver quelque cas qui ne fût réglé par aucune loi expresse ou écrite, il aurait pour loi les principes naturels de l'équité, qui est la loi universelle qui s'étend à tout*"¹³¹. Pudo haber sido así pues, como sabemos, el *Livre préliminaire* de ese proyecto fue redactado por Portalis sobre la base un "*Livre des lois*" de Domat¹³², que tiene que ser el suyo titulado *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, el cual está precedido, a modo de introducción, por un *Traité des lois*. Aunque Domat—según su invariable costumbre—invocaba sólo textos romanos en apoyo del pasaje suyo antes citado, la idea de un recurso a la equidad ante la ley insuficiente había sido ampliamente desarrollada por los juristas medievales y por los modernos, de modo de constituir un patrimonio común de la jurisprudencia europea¹³³.

¹³¹ DOMAT, J., *Lois civiles*, lib. prélim., tit. 1º, sec. 1ª, párr. 23 (I, p. 83).

¹³² Véase más arriba el § 1, I, c).

¹³³ Sobre esto la literatura es inmensa. He reunido la siguiente: WOHLHAUPTER, Eugen, *Aequitas canonica. Eine Studien aus dem kanonischen Recht* (Paderborn, Verlag E. Schöningh, 1931); GIANNINI, Amadeo, "L'equità", en *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, 4ª serie, vol. 21 (Modena, 1931), pp. 177 ss.; vol. 22 (1931), pp. 45 ss.; LEFEBVRE, Charles, *Les pouvoirs du juge*, cit. (n. 121), pp. 170-178; MEIJERS, E. M., "Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs", en *Tijdschrift u. Rechtsgeschiedenis* 17 (1941), pp. 117-135; ROTA, A., "La concezione itneriana dell'equitas", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 26 (1949), pp. 241-257; BOULET-SAUTEL, Marguerite, "Équité, justice et droit chez les Glossateurs

b) Por cuanto respecta a las fuentes de Delvincourt, lo más probable es que él también haya seguido la plantilla de la norma sita en el "Projet de l'an VIII", si bien con autonomía literaria e integración con la noción de analogía, aunque sin recurso a esta palabra:

"Projet de l'an VIII",
Liv. préf., tit. 5^a, art. 11

Delvincourt, *Cours*, I, p. 8

Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise

Mais si les Lois positives sont muettes,

obscuras, ou insuffisantes,
le juge doit y suppléer,
soit par des inductions tirées des
dispositions des mêmes lois sûr d'autres
objets,

est un ministre
d'équité.
La équité est le retour à la loi naturelle,
ou aux usages reçus dans le silence de la
loi positive

soit même par l'équité
naturelle.

c) De todos modos, la idea de que la equidad funciona como fuente integradora de la legislación, en Bello es anterior y contemporánea a la época en que compuso el "Anteproyecto manuscrito", lo cual debió de acaecer entre la segunda mitad de 1847 y fines de 1852¹³⁴.

En un artículo suyo, publicado en *El Araucano* N° 479, de 1 de noviembre de 1839, en defensa del deber judicial de fundar las sentencias, su autor había escrito lo siguiente: "¿La ley calla? Habrá a lo menos [...] una regla de equidad que haya determinado su juicio [sc. del juez]"¹³⁵. Años después, en 1850, como senador, Bello propuso una enmienda a un proyecto de ley que había presentado el diputado Antonio Varas en 1847 a su Cámara, por el cual se regulaba el modo de emitir los tribunales sus sentencias. La enmienda disponía que éstas habrían de contener: "las razones de equidad natural" que sirvieran de fundamento a la sentencia, a falta de ley o costumbre aplicables. Esta idea se convirtió en el artículo 3 N° 3 de la ley de 12 de septiembre de 1851¹³⁶.

¹³⁴ La segunda edición del libro sobre obligaciones y contratos ("Proyecto de 1847") salió de las prensas en agosto de 1847; y en enero de 1853 vio la luz el primer tomo del "Proyecto de 1853" que contenía el *Título preliminar* y el libro I; así que, a falta de otros datos que permitan acotar más la época en que Bello compuso el *Título preliminar* del segundo proyecto citado, son las mencionadas fechas límites las que nos sirven al efecto.

¹³⁵ BELLO, Andrés, "Necesidad de fundar las sentencias", en *Opusculas jurídicas*, cit. (n. 60), p. 347.

¹³⁶ La ley citada se ve en *Boletín de las leyes y de las órdenes y decretos del Gobierno* 19 (Santiago, 1851) 9, p. 524; artículo 3: "Toda sentencia definitiva o interlocutoria de primera instancia y las revocatorias de las de otro tribunal o juzgado, contendrán: [...] 3° Los hechos y las disposiciones legales, en defecto de éstas la costumbre que tenga fuerza de ley, y a falta de unas y otras, las razones de equidad natural que sirvan de fundamento a la sentencia". Sobre la historia de esta ley, véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, "El significado histórico de las expresiones 'equidad natural' y 'principios de equidad' en el Derecho Chileno", ahora en GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Estudios dogmáticos de Derecho Civil* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005), pp. 11 ss.

Continuación nota ¹³³

du XII siècle", en *Recueil des Memoires et Travaux publiés par la Société d'Histoire du Droit et des Institutions des Anciens Pays de Droit écrit* 2 (1951), pp. 1-11; LANGÉ, Hermann, "ius aequum" und "ius strictum" bei den Glossatoren", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* rom. Abt. 71 (1954), pp. 319-347; PIANO-MORTARI, V., *Ricerche sulla teoria della interpretazione*, pp. 17-38; KAUFMANN, Ekkehard, "Aequitatis iudicium". *Königgericht und Billigkeit in der Rechtsordnung des frühen Mittelalters* (Frankfurt a. M., V. Klostermann, 1959); CORTESI, Ennio, *La norma giuridica*, cit. (n. 121), passim; CORTESI, Ennio, "Lex, aequitas, utrumque ius" nella prima civilistica", en VV. AA., "Lex et iustitia" nell'utrumque ius radici antiche e prospettive attuali. *Atti del VII Colloquio internazionale romanistico-canonistico* (Libreria Editrice Vaticana-Libreria Editrice Lateranense, 1989), pp. 95 ss.; WEIGAND, Rudolf, *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus* (München, Max Hueber Verlag, 1967); HORN, Norbert, "Aequitas" in den Lehren des Baldus (Köln-Graz, Böhlau, 1968); CARON, P. G., "Aequitas" romana, "misericordia" patristica ed "epicheia" aristotelica nella dottrina dell'"aequitas canonica" (dalle origini al Rinascimento) (Milano, Giuffrè, 1971); CARON, P. G., "Baldo e l'aequitas", en *Index. Quaderni Camerati di Studi Romanistici* 2 (1971), pp. 152 ss.; CARON, P. G., "I fondamenti romanistici del concetto di 'aequitas' nella dottrina di Graziano e dei decretisti", en *Studi in onore di E. Volterra* (Milano, Giuffrè, 1971), IV, pp. 1 ss.; CARON, P. G., "Il concetto di 'aequitas' negli scritti dei canonisti del Rinascimento", en *Annali di Storia del Diritto* 14-15 (Milano, 1970-1973), pp. 121 ss.; CARON, P. G., "Aequitas est iustitia dulcore misericordiae temperata" (Hostiensis, Summa aurea, lib. 5, tit. De dispensationibus, n. 1)", en VV. AA., *Lex et iustitia nell'utrumque ius radici antiche e prospettive attuali. Atti del VII Colloquio internazionale romanistico-canonistico* (Libreria Editrice Vaticana-Libreria Editrice Lateranense, 1989), pp. 281 ss.; D'AGOSTINO, Francesco, *La tradizione dell'epicheia nel Medioevo latino. Un contributo alla storia dell'idea di equità* (Milano, Giuffrè, 1976); GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Derecho romano y equidad en R Le Duaren", en *Anuario de Historia del Derecho Español* 48 (Madrid, 1978), pp. 615 ss.; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Ratio scripta* (Frankfurt am Main, V. Klostermann, 1981), pp. 10-23; FEDELE, Pio, "Aequitas canonica", en VV. AA., *Atti del colloquio romanistico-canonistico* (Roma, Libreria Editrice della Pontificia Università Lateranense, 1979), pp. 73 ss.; BUCCI, Honorato, "Per una storia dell'equità", en BERTONE, T.-BUCCI, O. (a cura di), *La persona giuridica collegiale in diritto romano e canonico. "Aequitas" romana ed "aequitas canonica"* (Atti) (Libreria Editrice Vaticana-Libreria Editrice Lateranense, 1990), pp. 257 ss.; BUCCI, Honorato, *Il principio di equità nella storia del diritto* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000); GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval* (1995. trad. cast., Madrid, Marcial Pons, 1996), pp. 179-183; SCHOTT, C., "Aequitas cerebrina", en *Rechtshistorische Studien Hans Thiele zum 70. Geburtstag zugeeignet von seinen Schülern* (Köln-Wien, 1977), pp. 132 ss.; BECK-MANNAGETTA, Margarethe, "Mittelalterliche Gerechtigkeitslehre", en BECK-MANNAGETTA y otros (eds.), *Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts*, III: *Ethik. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag* (Wien-New York, Springer, 1996), pp. 733 ss.; WESNER, Gunter, "Aequitas naturales", "natürliche Billigkeit" in der privatrechtliche Dogmen- und Kodifikationsgeschichte", en BECK-MANNAGETTA y otros (editores), *Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts*, III: *Ethik. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag* (Wien-New York, Springer, 1996), pp. 81 ss.; SCHRÖDER, Jan, "Aequitas" und Rechtsquellenlehre in der frühen Neuzeit", en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 26 (1997), pp. 265 ss.; SCHRÖDER, Jan, "Aequitas und Rechtswissenschaftliches system", en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 21 (1999), pp. 29 ss.; DE ROBERTIS, Francesco, "Aequitas contra ius?" en ACCADEMIA ROMANISTICA COSTANTINIANA, *Atti del XII Congresso internazionale in memoria di A. Chastagnol* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001), pp. 359 ss.

Bello, pues, oscilaba entre "regla de equidad", en el citado artículo de *El Araucano*, "razones de equidad natural", en su enmienda al proyecto de Varas, "principios generales de equidad natural", en el artículo 4 del "Anteproyecto manuscrito" y en el "Proyecto de 1853", y todavía simplemente de "equidad natural" en el artículo 23 de ese mismo proyecto (= artículo 24 CCCh.), en tema de interpretación de las leyes. En todo caso es predominante una referencia sustancial a la "equidad natural", que era la expresión de Delvincourt, al que Bello debió de conocer tempranamente. Sea como haya sido, lo cierto es que el recurso integrador a la equidad (natural) era una idea que Bello no concibió en el momento de redactar el artículo 4, pues la tenía madurada desde antes.

4. LOS "PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO". a) Ya hemos visto que Bello, por otro lado, en un cierto momento insertó la expresión "derecho y de" enseguida de la preposición "de" en el artículo 4 del "Anteproyecto manuscrito", aunque ella no aparece en éste, sino directamente en el "Proyecto de 1853", por modo de estar redactada así la frase en este último: "conforme a los principios generales de derecho y de equidad natural". Como se ve, empero, ahí no queda establecida ninguna prelación entre ambos principios.

Para operar semejante inserción, que producía la expresión "principios generales de derecho", Bello disponía de un modelo: el artículo 15 del Código sardo de 1837. Bello conocía este cuerpo legal, pues citó su edición de París y 1844 en la nota al artículo 9 del "Proyecto de 1853". Por lo demás, su artículo 15 aparece en la colación de Saint-Joseph y en su traducción¹³⁷. Disponía él: "Si une question ne peut être résolue ni par le texte ni par l'esprit de la loi, on aura égard aux cas semblables que les lois auraient spécialement prévus, et aux principes qui servent de fondement à les lois analogues; si néanmoins la question est encore douteuse, on aura recours aux principes généraux du droit, en prenant en considération toutes les circonstances du fait". En este cuerpo legal, pues, comparece la expresión "principes généraux du droit"¹³⁸ y ella seguramente ayudó a Bello.

¹³⁷ Véase la nota 45.

¹³⁸ La expresión no fue original del Código sardo, pues ya aparece en el prusiano de 1794, como diremos más adelante. De todos modos, su historia anterior a ambos códigos está por hacerse. Advierto que se la puede rastrear al menos hasta SUÁREZ, FRANCISCO, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, lib. VI, cap. 6º, núm. 5 [ed. cit. (n. 21), IV, p. 654]: "generalia principia iuris naturalis vel etiam humani"; aunque la idea de "principio" y aun de "principio general" en los ámbitos filosófico y científico remonte a la Antigüedad. Sobre esto último, véase PATTARO, ENRICO, "Alle origini della nozione 'principi generali del diritto'. Profilo storico-filosofico", en BASCIU, Maurizio (a cura di), *Soggetto e principi generali del diritto* (Milano, Giuffrè, 1987), pp. 25-65. Para el uso de *principium* en la cultura jurídica romana: SCHIPANI, Sandro, "Principia

El cual también pudo disponer —como refuerzo— del modelo del Código peruano de 1852, cuyo artículo IX disponía: "Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por falta, oscuridad o insuficiencia de las leyes: en tales casos, resolverán atendiendo: 1º al espíritu de la ley; 2º a otras disposiciones sobre casos análogos; 3º a los principios generales del derecho; sin perjuicio [...]". Incluso más. El hecho de que la idea de incorporar los principios generales de Derecho en el artículo 4 haya sido ejecutada mediante una inserción de la expresión "derecho y de" en un texto del "Anteproyecto manuscrito" posterior al que conocemos conservado entre los papeles de Bello, quizá ya cercanamente a la copia final destinada a la impresión del proyecto que iría a ser el de 1853, y como a última hora, permite establecer la conjetura de que Bello se decidió a incorporar tal idea a la vista precisamente del Código peruano de 1852, vista que, por razón de fechas, también fue de última hora.

b) Claro es que ello, de haber sido como suponemos, fue a título de incitación definitiva, no tanto de fuente de conocimiento, porque el codificador estaba al tanto de la idea central de la figura desde antes, como queda en evidencia merced a un escrito publicado en *El Araucano* N° 479, de 1 de noviembre de 1839, en defensa del deber judicial de fundar las sentencias, que antes examinamos a otro respecto. En él, su autor había escrito lo siguiente: "¿La ley calla? Habrá a lo menos un principio general, [...], que haya determinado su juicio [sc. del juez]" de modo que pueda y deba manifestarlo¹³⁹.

c) Por lo demás, la expresión "principios generales de Derecho" había sido propia de la legislación chilena, incluso desde antes de la promulgación del Código sardo, ocurrida el 20 de junio de 1837.

Continuación nota ¹³⁸

iuris'. Potissima pars principium est'. Principi generali del diritto. Schede sulla formazione di un concetto", en AA. VV., *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professore Filippo Gallo* (Napoli, Jovene, 1997), III, pp. 631 ss. Sobre la formación de la expresión "principes généraux du droit" en el artículo 15 del Código sardo —en el cual esa expresión sustituyó a "natürliche Rechtsgrundsätze" ("principios naturales del Derecho"), que aparecía en el § 7 del ABGB austriaco, que el sardo usó como modelo—, véase: GORLA, Gino, "I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)", en AA. VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito* (Padova, Cedam., 1973), III, pp. 1873 ss. = *Il Foro Italiano* 50 (1962), pp. 112 ss.; PENE VIDARI, Gian Sabino, "Nota sull' 'analogia juris'. L'art. 15 del tit. prel. C.C. Albertino e la sua formazione", en *Revista di Storia del Diritto Italiano*, año L, vol. 50 (1977), pp. 342 ss.; SCHIPANI, Sandro, "Codici e rinvio ai 'principi generali del diritto'. Il 'Código Civil' espagnolo come ponte fra sistema latino-americano e codici europei" (1994), ahora en SCHIPANI, Sandro, *La codificazione del diritto romano comune* (Torino Giappichelli, s. d. [pero 1996]), pp. 83-95; SCUDME, Alberto, *Principi generali del diritto. Itinerari storici di una formula* (Torino, Giappichelli, s. d. [pero 1998]).

¹³⁹ BELLO, Andrés, "Necesidad de fundar las sentencias", en *Opusculos jurídicos*, cit. (n. 60), p. 347.

Como es sabido, por decreto con fuerza de ley de 2 de febrero de 1837, se introdujo en Chile el deber de fundar los jueces sus fallos¹⁴⁰. Comoquiera que el 11 de febrero del mismo año la Corte Suprema elevara al Gobierno una consulta, solicitando su dictamen acerca de diversos puntos conectados con el modo de fundar las sentencias, que consideró dudosos, aquél trasladó la consulta para informe del fiscal de la misma Corte, que a la sazón era Mariano Egaña, quien evacuó su respuesta el 20 del mismo mes. Por decreto con fuerza de ley de 1 de marzo de 1837, el informe del fiscal fue aprobado por el presidente Prieto y su ministro Portales, y transformado, por lo tanto, en ley, en los mismos términos en que lo había redactado su autor¹⁴¹. La denominamos "II Ley Mariana sobre fundamentación de las sentencias".

Ahora bien, en ese texto la expresión "principios generales de Derecho" aparece en tres oportunidades¹⁴²; también figuran: "principios generales de jurisprudencia" una vez¹⁴³; "reglas [...] generales de derecho" una vez (en unión con "principios")¹⁴⁴; "máximas o disposiciones generales [...] de las leyes" una vez (en unión con "o particulares, propias o análogas")¹⁴⁵; y "principios generales deducidos de las leyes" una vez¹⁴⁶. En todos los casos, las locuciones vienen empleadas para aludir al modo de fallar los jueces en defecto de ley escrita.

De esta manera, pues, el giro "principios generales de Derecho" (lo mismo que los demás análogos) perteneció a la legislación chilena desde unos meses antes de promulgarse el Código sardo, del cual Egaña, como es obvio, no pudo tomarlo.

En la biblioteca de éste, sin embargo, se encontraba la traducción francesa del *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, o sea, del Código prusiano de 1794, probablemente la editada en París en el año IX (1801)¹⁴⁷, como *Code Général*

pour les États Prussiens traduit par les membres du Bureau de Législation Étrangère, et publié par ordre du Ministre de la Justice (A Paris, de l'Imprimerie de la République, an IX). Ahora bien, en ese cuerpo legal aparece algo que se conecta con algunas de las expresiones usadas por Egaña. Un § 49 de la "Introducción" (*Einleitung*), en efecto, disponía: "Si el juez no encuentra ninguna ley que pudiera servir para la decisión del caso controvertido, entonces debe él conocer según los principios generales acogidos en el Código, y según los preceptos disponibles para casos similares, de acuerdo con su mejor criterio"¹⁴⁸. Pero se observará que la norma habla de "principios generales acogidos en el Código" ("*in den Gesetzbuch angenommenen allgemeine Grundsätzen*"), y no de "principios generales del Derecho". Claro es que la rúbrica del § 73 de la *Einleitung* es precisamente "principios generales del Derecho" ("*Allgemeine Grundsätze des Rechts*"), en singular, si bien bajo ella no se trata de esa noción en general, mas sólo se sienta un principio general singular, en un único párrafo, precisamente el 73, consistente en el deber de cada miembro del Estado, de favorecer el bien y la seguridad de la comunidad según su estado y patrimonio. De ahí, en cambio, Egaña sí pudo adoptarla. En cualquier caso, importa destacar que Bello también disponía de un precedente nacional para fundar la incorporación del concepto en su proyecto, sin perjuicio de lo antes dicho, en orden a haber tenido a la vista los Códigos sardo de 1837 y peruano de 1852; e incluso, podemos agregar ahora, el prusiano de 1794, porque el codificador estaba al tanto de este cuerpo legal seguramente merced a la traducción francesa que tenía a su disposición en la biblioteca de Mariano Egaña¹⁴⁹.

5. EL DESTINO DEL ARTÍCULO 4 DEL "PROYECTO DE 1853". En la Comisión Revisora del "Proyecto de 1853", sin embargo, el artículo 4 fue eliminado, aunque no por razones de fondo. Consérvanos un acta de la sesión en que se discutió el precepto, y ahí leemos: "Se dijo por varios señores, y especialmente por el señor García Reyes y por el señor Cerda, que este artículo era más propio del Código de Enjuiciamiento. Se opuso el ejemplo de otros códigos. Iguales observaciones se hicieron respecto de un nuevo artículo propuesto por el señor Bello en esta forma: 'El juez que rehusare juzgar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley se hará culpable de denegación de justicia'. Se contestó de la misma manera. Después de una larga discu-

¹⁴⁰ Véase la norma en *Boletín de las leyes y de las órdenes y decretos del Gobierno* 7 (Santiago, 1837) 7. p. 89.

¹⁴¹ La norma en *Boletín de las leyes y de las órdenes y decretos del Gobierno* 7 (Santiago, 1837) 7, pp. 89-101. Se incluye ahí la consulta de la Corte Suprema, el informe del Fiscal Mariano Egaña y la decisión del Gobierno de aprobar ese informe y mandar tenerlo como ley.

¹⁴² *Ibid.*, pp. 92, 98 y 99.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 92.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 93.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 97.

¹⁴⁷ En el inventario manuscrito de esa biblioteca aparece un "Code des états prussiens", que su editor SALINAS ARANEDA, Carlos, "La biblioteca de don Mariano Egaña con especial referencia a sus libros jurídicos", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 7 (Valparaíso, 1982), p. 508, n. 241 (al registro N° 2234) declara no haber podido identificar. Pero se trata del *Code Général pour les États Prussiens traduit par les membres du Bureau de Législation Étrangère, et publié par ordre du Ministre de la Justice* (A Paris, de l'Imprimerie de la République, an IX). El § 49 no fue reproducido en la colación de códigos de SAINT-JOSEPH, A., *Concordance*; ni en su traducción al castellano como *Concordancia*; véanse las notas 3 y 4.

¹⁴⁸ ALPS., *Einleitung*, § 49: "Findet der Richter kein Gesetz, welches zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte, so muss er zwar nach dem in den Gesetzbuch angenommenen allgemeine Grundsätzen, und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhanden Verordnungen, seiner besten Einsicht gemäß, erkennen".

¹⁴⁹ Véase la nota 147.

sión, se desecharon ambos artículos¹⁵⁰. El motivo del rechazo, en consecuencia, fue haberse opinado que el contenido del artículo 4 pertenecía a un por entonces futuro código de enjuiciamiento o procedimientos civiles, ante lo cual de nada valió la defensa, hecha seguramente por el propio Bello, fundada en la cita del ejemplo de otros códigos civiles, que seguramente fueron los de Prusia, Luisiana, Austria y Cerdeña. Del acta aprendemos, además, que Bello intentó, sin éxito, introducir el principio de la inexcusabilidad en términos similares a los del artículo 4 del Código francés, cuya transcripción se inserta en el acta.

Como consecuencia del acuerdo adoptado por la comisión, el artículo 4 no compareció ya en el "Proyecto de Inédito" ni en el Código definitivo.

§ 9. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY
COMO OPERACIÓN SOMETIDA A REGLAS

1. El artículo 17 del "Anteproyecto manuscrito", pasado al "Proyecto de 1853" como artículo 21, estableció: *"La distinción que se hace de las leyes en favorables y odiosas no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes"*. El "Proyecto Inédito" la presentó en idénticos términos como artículo 23; pero en el artículo 23 del "Proyecto de 1855" y del Código apareció con un tenor levemente distinto, aunque con igual significación que antes: *"Lo favorables u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes"*.

Para el artículo completo, el "Anteproyecto manuscrito", el "Proyecto de 1853" y el "Comentario" citan al artículo 20 CCLuis.: *"La distinction des lois en lois odieuses et en lois favorables, fait dans la vue d'étendre ou de restreindre leurs dispositions, est abusive"*. Ella había sido tomada, con leves e irrelevantes modificaciones, del artículo 10 del título 5º del *Livre préliminaire* del "Projet de l'an VIII": *"La distinction des lois odieuses et des lois favorables, faite dans l'objet d'étendre ou de restreindre leurs dispositions, est abusive"*.

2. No nos ocuparemos, por ahora, más que de la cláusula común a todos los proyectos chilenos: *"y según las reglas de interpretación precedentes"*, que, como se ve, no aparece en el artículo 20 CCLuis (ni en el proyecto francés). De hecho, en cuanto norma, la consideramos como una creación autónoma de Bello. Tal cláusula dice, después de haberse afirmado la preeminencia del genuino sentido, que éste no se encuentra de cualquier manera, sino de acuerdo con ciertas *"reglas de interpretación"* que identifica como *"precedentes"*. Con esto Bello introdujo, si bien casi al terminar el tratamiento legal de la hermenéutica jurídica, una de las máximas generales que también había aceptado en sus *Principios de Derecho internacional*, la núm. 7: *"La interpretación de todo documento debe ajustarse a reglas ciertas, propias a determinar el sentido en que su autor o autores lo extendieron, y obligatorias"*.

¹⁵⁰ En GUZMÁN BRITO, A., *Andrés Bello codificador* (n. 35), II: Fuentes, N° 221, 4, p. 339 [= *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 5 (1980), p. 418].