

RECOMENDACIONES PARA JUSTIFICAR RESOLUCIONES JUDICIALES EN CASO DE ANTINOMIAS

Autora:

Claudia Natalia Veloso Burgos*

1.- Introducción.

El objetivo de este trabajo es entregar una pequeña reflexión acerca de nuestra labor como jueces frente a la aparición de una antinomia para resolver un determinado caso, las que se configuran cuando existen dos o más normas que asignan consecuencias jurídicas incompatibles a los mismos supuestos de aplicación.

Para la resolución de un caso concreto, se ha pretendido que el juez realiza un silogismo jurídico que contiene como premisa mayor una norma jurídica decisoria y como premisa menor los hechos, que se ajustan o no a dicha premisa, lo que debiese arrojar una conclusión válida¹. La premisa mayor debiese ser aquella que mejor se ajusta para la resolución del caso, por tanto, la pregunta que se intenta resolver es ¿Cómo elegir esa premisa en caso de que el ordenamiento jurídico ofrezca más de una solución, que sean incompatibles?

En estas líneas, en primer lugar, se intentará conceptualizar brevemente cuando estamos en presencia de una antinomia y los criterios que se han dado para su resolución. En segundo lugar, se abordará con un poco más de profundidad la existencia de antinomias entre preceptos constitucionales y legales, graficando con algunos casos prácticos las decisiones jurisdiccionales a este respecto.

2.- Concepto de Antinomias y Criterios de Resolución.

En palabras del filósofo Alf Ross, existe inconsistencia entre dos normas cuando se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas². En el mismo sentido, se ha enseñado que las antinomias son situaciones de conflicto, contraste o incompatibilidad entre normas, produciéndose una antinomia toda vez que un caso concreto sea susceptible de dos soluciones diferentes y opuestas³.

Es muy importante que diferenciamos las antinomias de las lagunas jurídicas, las que consisten en la inexistencia de norma positiva que sea expresamente aplicable a un caso.

* Relatora Corte de Apelaciones de Santiago

¹ Para mayor profundidad sobre la forma del razonamiento judicial ver, por ejemplo, Comanducci (1999) en “Razonamiento Jurídico, Elementos para un Modelo”

² Ross (1974) p.164

³ Guastini (2018) p.126

Como se ve, ambas son situaciones distintas. En las antinomias existe, por decirlo así, un exceso de normas que pueden resultar aplicables a un caso concreto, que conducen a resultados incompatibles, mientras que en el caso de la laguna existe una ausencia normativa que resuelva el conflicto sometido a la acción de la justicia.

En ambos casos, y en virtud del principio de inexcusabilidad, propio de la actividad jurisdiccional, y consagrado en el artículo 76 de la Constitución Política de la República, el juez debe resolver el caso concreto, ya sea “creando” el derecho aplicable al caso – frente a una laguna - o “decidiendo”, cual es la normativa que mejor se ajusta a la resolución de una controversia.

A este respecto se ha enseñado: “La inevitable vaguedad de las palabras y la inevitable limitación de la profundidad intensional hacen que, a menudo, sea imposible establecer si el caso está comprendido o no por el significado de la ley. El caso no es obvio. Es razonablemente posible definir el significado de las palabras de tal manera que los hechos resulten comprendidos por la ley. Pero también es posible en forma igualmente razonable definir el significado de las palabras de tal manera que el caso quede fuera del campo de referencia de aquella. La interpretación (en sentido propio, es decir, como actividad cognoscitiva que sólo busca determinar el significado en tanto que hecho empírico) tiene que fracasar. Pero el juez no puede dejar de cumplir su tarea. Tiene que decidirse y esta elección ha de organizarse, cualquiera sea su contenido, en una valoración⁴”.

Es decir, un juez, enfrentado a un caso concreto, debe resolverlo del modo que parezca más conforme a derecho, eligiendo la norma o la interpretación de ésta que se atenga más a los principios generales y derechos fundamentales en juego en el caso de que se trata.

En este sentido se ha dicho, y creo, con razón, que el rol de la actividad jurisdiccional, frente a la resolución de una antinomia, es aplicar la norma más justa⁵.

Sin embargo, ello podría pugnar con otro valor del derecho, cual es la necesidad de certeza jurídica y previsibilidad de la actividad del juez, para lo cual se han intentado elaborar criterios objetivos, y, por lo tanto, previsibles, para la resolución de antinomias.

Usualmente, se han entendido que los criterios para resolver antinomias son el cronológico, jerárquico y especialidad. Ello en atención a la presunción de racionalidad y armonía dentro del ordenamiento jurídico, que hacen aparecer como razonable preferir una norma posterior sobre una antigua, la de mayor jerarquía sobre una inferior, y aquella que regula un caso especialmente por sobre otra de alcance más general.

El criterio cronológico es aquel de acuerdo con el cual debe preferirse la norma de data posterior por sobre la norma antigua. Puede entenderse que este criterio se encuentra recogido positivamente en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 52 y 53 del Código Civil, al

⁴ Ross (1974), p. 173

⁵ Bobbio (1980). p. 349 y 364

tratar de la derogación de la ley, particularmente la derogación tácita. Al no existir normativa expresa que derogue la ley anterior, va a ser el juez quien deba decidir respecto de la aplicación de la ley posterior para el caso en concreto. En principio, este criterio para resolución de antinomias parece atendible, pues debe preferirse la voluntad última del legislador manifestada en la normativa más reciente, ya que es dable presumir que el legislador dictó la nueva ley con pleno conocimiento del ordenamiento jurídico en su conjunto y con conocimiento de las circunstancias que hacen necesario modificar la normativa anterior.

El criterio jerárquico tiene como base la existencia de una estructura escalonada entre las diversas fuentes del derecho que integran un ordenamiento jurídico, de modo que debe existir debida coherencia entre las normas que están en la base de la estructura normativa con aquellas que se encuentran en la cúspide, debiendo, en caso de una antinomia preferirse la disposición de mayor rango. Es razonable que la jerarquía constituya un criterio de resolución de antinomias, pues existe la pretensión, o al menos la aspiración de que los sistemas jurídicos sean unitarios y exista entre las diversas fuentes que lo componen la debida correspondencia y armonía. En nuestro derecho, podemos encontrar en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República una manifestación de este principio, especialmente al establecerse en el artículo 6° que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

En cuanto al criterio de especialidad, éste nos indica que debe preferirse la norma especial por sobre la general en un caso concreto. Se encuentra recogido en los artículos 4 y 13 del Código Civil. Este criterio también resulta plausible, ya que, si el legislador reguló expresamente un caso de forma especial, es porque pretende que este sea resuelto de una manera distinta a la generalidad de supuestos que pueden ser abarcados por otra norma de mayor alcance.

Sin embargo, la aplicación de estos criterios está lejos de solucionar el problema de previsibilidad de una decisión judicial en caso de una antinomia, pues en la práctica, surgen diversas dificultades con la aplicación de ellos.

Así, se ha dicho que “Lex specialis, lex posterior y lex superior no son axiomas, sino principios de relativo peso que gravitan en la interpretación al lado de otras consideraciones, en particular una valoración sobre la mejor manera de hacer que la ley esté de acuerdo con el sentido común, con la conciencia jurídica popular o los objetivos socialmente supuestos⁶.”

En efecto, hay casos en los cuales se pueden aplicar al mismo tiempo dos o más reglas opuestas entre sí.

⁶ Ross (1974) p. 170

Usualmente, la doctrina ha entendido que no existe mayor conflicto cuando entran en pugna el criterio cronológico con el criterio jerárquico, primando este último. Es decir, debe preferirse una norma jerárquicamente superior, aunque sea de data anterior a una norma inferior posterior⁷.

Sin embargo, la solución no es tan simple cuando entran en pugna los restantes criterios, es decir, cuando existen antinomias entre una norma anterior-especial con una posterior general o entre norma jerárquica general con una norma especial.

En lo relativo al conflicto entre el criterio cronológico y el de especialidad, se ha observado una oscilación en la jurisprudencia entre uno y otro criterio⁸. “Podría verse una razón de esta oscilación en la característica de la relación ley general – ley especial, que puede ser considerada desde dos puntos de vista opuestos: desde el punto de vista del paso de la legalidad a la equidad, en el que la norma excepcional parece más justa que la general, o desde el punto de vista de la nivelación del privilegio en que, por el contrario, la norma general parece más justa que la especial⁹”

En lo que respecta a la interacción entre los criterios jerárquico y especial, en principio se estima que debiese primar la jerarquía¹⁰. “Pero en la práctica las cosas no son exactamente así. La exigencia de justicia concreta, que se expresa a través de la primacía dada a la ley especial, cuando ésta es considerada como una corrección equitativa a la generalidad de la ley, es tan fuerte que se impone a veces sobre la exigencia del orden abstracto que se expresa a través de la primacía del criterio jerárquico¹¹”

En síntesis, respecto de estos criterios se ha dicho: “La antinomia entre los criterios de solución de antinomias revela en definitiva que, a pesar de la armadura de reglas con las que la labor del jurista está protegida contra el peligro de la valoración personal sobre lo que es justo e injusto, hay situaciones últimas en las que la armadura no sirve, más aún estorba, y hay que afrontar la dificultad a pecho descubierto. No hay duda de que en este caso extremo – falta de criterio para resolver los conflictos entre criterios – el criterio de los criterios el criterio último de la justicia. De esta forma, la respuesta del jurista se une a la del hombre de la calle, con el que hemos comenzado, según la cual entre dos normas incompatibles debe prevalecer la más justa.¹²”

En otros casos, la aplicación misma del criterio puede ser controvertida. Ello ocurre por ejemplo con la controversia sobre jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos, discutiéndose si estos pueden aplicarse en un plano de igualdad con la Constitución, o incluso sobreponerse a ella. O entre normas de igual jerarquía, como por

⁷ Por ejemplo, Bobbio (1980) p. 362, Guastini (2018) p. 139

⁸ Bobbio (1980) p.362

⁹ Bobbio (1980) p.362

¹⁰ Por ejemplo, Bobbio (1980) p 363

¹¹ Bobbio (1980) p 363

¹² Bobbio (1980) p. 364

ejemplo contraposición de principios constitucionales, las cuales se entiende, deben resolverse mediante ponderación.

Otra dificultad, y sobre la cual se problematizará en el capítulo siguiente es la posibilidad de aplicar una norma constitucional o principio a un caso particular, contra regla expresa.

3.- Antinomias entre Constitución y Ley.

En esta parte de mi exposición, quisiera concentrarme en la presencia de antinomias entre una norma de rango constitucional y otra legal.

Independiente de la visión del derecho que cada juez tenga, nadie discute que el derecho no es solo un conjunto de normas, sino que se basa en diversos principios, que concretan la visión de un ordenamiento jurídico. Principios que inspiran nuestro código civil son, por ejemplo, la buena fe, la autonomía de la voluntad; y las normas que contiene dicho código pretenden dar protección a estos principios regulando diversas situaciones y sus consecuencias jurídicas.

En materia constitucional, es posible también encontrar diversos principios, fundamentalmente en los capítulos I y III de la Carta Magna, y en los Tratados Internacionales ratificados por Chile en materia de derechos humanos.

Generalmente se ha entendido que los principios son prescripciones normativas optimizadoras, que sirven para resolver casos frente a una laguna normativa o elegir una interpretación sobre otra, en el sentido de preferir aquella que se ajusta a estos principios o mandatos constitucionales¹³.

Cabe preguntarse entonces si está el juez habilitado para resolver contra una norma expresa que parezca ir en contra de un principio constitucional o un derecho fundamental.

Este problema puede expresarse con la siguiente fórmula: “Cuando la aplicación de una regla semánticamente clara a un caso claramente cubierto por su significado produce un resultado cuestionable, el resultado es que no hay derecho para el caso”¹⁴

Entonces la problemática parece clara para un juez que enfrentado a la aplicación de una norma concreta obtiene un resultado que podría contradecir o vulnerar ciertos principios constitucionales. ¿Qué debe hacer?

La primera sugerencia frente a este tipo de antinomias está en intentar realizar una “interpretación adecuada¹⁵”, es decir darle a la norma de rango inferior un sentido que sea

¹³ Sobre el rol de los principios, ver por ejemplo Alexy (1993) p. 83 y siguientes

¹⁴ Atria (1999) p. 86, citando a su vez a Hart

¹⁵ Guastin (2018) p.133: “Supongamos que una disposición legal admita dos interpretaciones en conflicto, N1 y N2, en donde N1 es conforme a la constitución, mientras que N2 es contraria a ella.

acorde a la norma constitucional. En doctrina, se ha enseñado esta cuestión graficando la regulación del derecho a huelga en el ordenamiento jurídico italiano, que se reproduce a continuación: “Por ejemplo: el art. 40 Const. it. dispone que ‘El derecho de huelga se ejerce en el ámbito de las leyes que lo regulan’; el art. 503 cód. pen. it. –ahora parcialmente anulado por ilegitimidad constitucional– sanciona (sancionaba) la huelga ‘con fines políticos’. Ahora, el art. 40 Const. it. admite (entre otras) dos interpretaciones: (i) Es lícita la abstención colectiva del trabajo (solo) a los fines contractuales (huelga ‘económica’); y (ii) Es lícita la abstención colectiva del trabajo para la defensa de algún interés, incluso político, de los trabajadores. Si se acoge esta segunda interpretación, ambas disposiciones expresan normas incompatibles; si se acoge la primera, no se presenta ninguna antinomia¹⁶”.

También es posible distinguir en cuanto a la temporalidad de la ley que se pretende contraria a la constitución:

Así, en caso de que se trate de una norma legislativa contraria a la constitución, pero anterior a ella, debe considerarse no simplemente abrogada, sino inválida, por ilegitimidad constitucional sobrevinida¹⁷.

Ahora, si nos encontramos frente a norma legal dictada posteriormente que pueda darse una interpretación inconstitucional versus constitucional, debemos preferir el sentido acorde a la constitución. Ya que la actividad interpretativa descansa sobre el supuesto de que el legislador es racional por lo que debe entenderse que las leyes que se dictan se ajustan a la Carta Magna.

Cuando existan diversas normas que puedan regular una situación, se debe preferir la que arroje un resultado que se ajuste a la Constitución, dando preponderancia así al criterio jerárquico; y si hay más de una norma que da un resultado constitucional, se debe elegir la norma aplicable de acuerdo a los restantes criterios analizados.

Si luego de haberse realizado toda la labor interpretativa intentando dar un sentido acorde a la Constitución, ello no es posible, y a juicio del juez únicamente subsiste una interpretación que él estima contraria a la constitución **¿Puede el juez aplicar – en este caso- principios para fallar contra una regla?**

La doctrina ha entendido que es labor del Tribunal Constitucional resolver este tipo de antinomias, razón por la cual, si el juez concluye que la norma aplicable producirá un resultado inconstitucional, debería realizar el respectivo requerimiento de conformidad al artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República.

la disposición en cuestión es entendida en el sentido N2, sería fatal el surgimiento de una antinomia (entre ley y constitución). Empero, si en cambio se entiende aquella disposición en el sentido N1, entonces se llega a evitar la antinomia. Esto es lo que se denomina «interpretación adecuada»

¹⁶ Guastini (2018) p. 131

¹⁷ Guastini (2018) p. 140

Así por ejemplo el profesor Guastini: “Por otra parte, cuando esté en discusión una antinomia entre Constitución y leyes anteriores a la constitución, doctrina y jurisprudencia parecen preferir decididamente la segunda, de modo que una norma legislativa contraria a la constitución, pero anterior a ella, debe considerarse no simplemente abrogada, sino inválida, por ilegitimidad constitucional sobrevinida. Con la relevante consecuencia de que la antinomia entre constitución y leyes anteriores no puede ser decidida por los jueces comunes (no obstante, con efectos circunscritos al caso decidido), sino solo por la Corte Constitucional (cuyas decisiones de acogimiento tienen eficacia *erga omnes*)¹⁸”.

En sentido similar, encontramos las palabras del jurista Alf Ross, quien al analizar el principio de Lex Superior indica “Pero en la experiencia jurídica tampoco este principio es incondicionalmente válido. En primer lugar, la prioridad de la constitución depende de que los tribunales tengan competencia para revisar la constitucionalidad material de las leyes. Y aun cuando los tribunales tengan tal competencia, a menudo se rehusarán en los hechos a hacerse cargo del conflicto y declarar la invalidez. **En tales casos, seguramente prestarán acatamiento formal a la lex superior, pero se negarán a admitir la existencia de un conflicto que en otras circunstancias habrían reconocido** (énfasis agregado)¹⁹”.

Según se razona en el último párrafo transcrito, es poco probable que un juez reconozca la existencia de la antinomia y plantee el respectivo requerimiento, sino que muy posiblemente intentará soslayar la existencia de la ésta recurriendo a otras herramientas interpretativas para superar el problema, evitar la antinomia, y resolver el caso conforme su recta inteligencia le indica.

4.- Revisión de Jurisprudencia.

La complejidad del asunto y las diversas posibilidades de acción de un juez frente a este tipo de casos puede graficarse mediante el análisis de dos situaciones en que han estado en conflictos principios constitucionales con normativa legal, respecto de las cuales se han pronunciado nuestros tribunales.

4.1 Situación del artículo 2331 del Código Civil.

El artículo 2331 del Código de Bello dispone: “Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda ser apreciable en dinero; pero ni aún entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación”

Esta norma ha sido declarada inaplicable en diversas oportunidades por el Tribunal Constitucional, por estimar que su redacción contraviene la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, esto es el derecho al respeto

¹⁸ Guastini, (2018) p 140

¹⁹ Ross (1974) p.168

y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, al limitar la posibilidad de demandar indemnización daño moral frente a una lesión al honor.

La primera sentencia dictada por dicho Tribunal es de fecha sentencia de 10 de junio de 2008, rol N° 943-2007, en la que se estableció, en lo relevante para este estudio que:

“Debe desecharse toda interpretación de las normas constitucionales que resulte contradictoria con los aludidos principios y valores rectores de la Carta Suprema. Ello lleva a concluir, que, frente a las interpretaciones posibles de alcance de la protección constitucional de un derecho fundamental, debe desecharse la que admita que el legislador pudo regular sus efectos hasta extremos que, en la práctica, imposibilitan la plenitud de su vigencia o comprimen su contenido a términos irreconocibles con su fisonomía”. (Considerando 32°)

En lo relativo al problema de la indemnización del daño moral, se estableció que: “El efecto natural de la aplicación del precepto legal impugnado en estos autos – artículo 2331 del Código Civil – es precisamente privar a los atentados contra el derecho a la honra que no constituyan delitos específicos, de la protección de la ley, pues mientras la lesiones a otros derechos igualmente no constitutivas de delitos dan lugar a indemnizaciones por todos los daños patrimoniales y morales causados, de acuerdo a la regla general del artículo 2329 del Código Civil, las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho a la indemnización del daño moral, que es el naturalmente el producido por esta clase de atentados y ordinariamente el único”. (Considerando 37°)

Posteriormente, este precepto ha sido declarado inaplicable en múltiples oportunidades²⁰, por similares argumentos. Sin embargo, cuando se convocó al Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad del artículo, lo que implicaría su derogación, la Asociación Nacional de la Prensa alegó que ello podría menoscabar la libertad de prensa, y finalmente no se consiguió el quórum requerido (Acuerdo de Pleno de 24 de mayo de 2011, en proceso 1723-2010)²¹.

La decisión del Tribunal que estuvo por mantener dicha norma dentro de nuestro ordenamiento jurídico se compuso de diversos votos y prevenciones. En uno de esos votos se expresó que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable constituye un procedimiento de naturaleza excepcional.

Destaca el mismo voto que “tal como lo ha reconocido uniformemente la doctrina y la jurisprudencia comparadas, el respeto hacia la labor que desarrolla el legislador obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de la constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la carta fundamental, y sólo en el evento de no ser ello posible, unido a la necesidad de

²⁰ La última sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inaplicabilidad de este artículo es de 15 de diciembre de 2020 en causa rol 8753-2020

²¹ Ver Corral (2021) p.2

cautelar integralmente la plena vigencia de los principios de supremacía constitucional, igualdad ante la ley y certeza jurídica, resultará procedente y necesaria la declaración de inconstitucionalidad²²”.

Por otro lado, según explica el profesor Hernán Corral, los tribunales han intentado restringir la aplicación del artículo 2331 del Código Civil, sosteniéndose incluso por jurisprudencia reciente que el art. 2331 no excluye el daño moral y se análoga lo que sucedió con el artículo 1556 que durante mucho tiempo se pensó que excluía el daño moral en la responsabilidad por incumplimiento contractual, citando para ello 3 recientes fallos de la Excma. Corte Suprema²³.

El primer lugar, el profesor Corral cita la sentencia de 13 de junio de 2017 dictada en autos 65403 – 2016.

En esta causa, se dedujo una acción de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual en contra de El Mercurio S.A.P. por haberse realizado una publicación que afectaría la honra del demandante, informando que se le habría expulsado de Carabineros de Chile por vínculos con una banda de narcotraficantes, en circunstancias que el demandante habría presentado su renuncia a la institución y no tuvo la vinculación que se da a conocer. Dicha demanda fue acogida en primera instancia, concediéndose indemnización por daño moral y dicho fallo fue confirmado con declaración por la I. Corte de Apelaciones de Santiago. La Corte Suprema rechaza el recurso de casación deducido por El Mercurio, y refiriéndose expresamente a una posible infracción al artículo 2331 del Código Civil, “reconoce que prima facie el texto del artículo llevaría a la imposibilidad absoluta de indemnizar el daño moral por imputaciones injuriosas, pero señala que el progresivo reconocimiento de la indemnización del daño moral y además la consagración constitucional del derecho a la honra, así como el precepto del art. 2329 que habla de todo daño, permiten estimar no infringido el art. 2331 por la concesión de indemnización (cons. 12° a 15°).²⁴”

Para ello, en el considerando Décimo Tercero, en lo relativo a la forma de interpretar el precepto, señala que “Tal conclusión (que el artículo 2331 del Código Civil restringe la posibilidad de demandar daño moral por imputaciones al honor) debe ser analizada a la luz de una interpretación sistemática e integradora de la disposición legal en cuestión con las demás normas y principios del ordenamiento jurídico. En este sentido no es posible desconocer el progresivo reconocimiento y ampliación que ha experimentado el daño moral, como tendencia general y también particular en nuestro país, donde parte como creación jurisprudencial sustentada en la interpretación de los textos legales vigentes”.

²² N° 2 de los fundamentos de los ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán.

²³ Corral (2021) p.2

²⁴ Corral (2021) p.2

En segundo término, el profesor Corral menciona la sentencia de la Corte Suprema de 7 de junio de 2021 (rol N° 6296-2019) la que sostuvo que no por el hecho de haber omitido la mención del daño moral se debe entender que ha sido excluido. “Siguiendo un estudio específico de la profesora Carmen Domínguez Hidalgo²⁵, la sentencia señala que no por el hecho de haber omitido la mención del daño moral se debe entender que ha sido excluido, máxime si en la época de elaboración del Código Civil el mismo concepto de daño moral no era conocido. Se alude también al giro en la interpretación del art. 1556 que llevó a que se advirtiera que la no mención del daño moral en sede de incumplimiento contractual no era sinónimo de exclusión de esa partida indemnizatoria. Se invoca el principio de reparación integral del daño y la consagración constitucional del derecho a la integridad psíquica y a la honra de la persona y su familia (cons. 10° a 19°)²⁶”.

En este caso se dedujo demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual por una fábrica en contra de Red de Televisión Megavisión, por la emisión de un reportaje en que se denuncia la supuesta presencia de heces de ratón en las instalaciones donde fabrican productos alimenticios; sin embargo, las imágenes exhibidas no corresponden a sus dependencias. Dicha demanda fue acogida en primera instancia, y confirmada con declaración por la I. Corte de Apelaciones de Santiago.

Este fallo contiene los siguientes considerandos relevantes:

“Que al abordar el estudio del artículo 2331 del Código Civil, lo primero que ha de señalarse es que en su examen no puede desatenderse el principio de reparación integral del daño, así como tampoco puede desconocerse el rol de la responsabilidad civil como herramienta de protección -entre otros- de los derechos de la personalidad, tales como el honor, la imagen y la intimidad, cuya afectación es apta para provocar un daño de carácter extrapatrimonial en la persona”. (Considerando 11°)

“Que en la tarea antes anotada es dable advertir que una lectura literal del artículo 2331 del Código Civil, por su tenor, podría conducir a la errada impresión de que en esta norma se estatuiría una regla que excluye el daño moral en casos de imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona. No obstante, contundentes razones imponen la necesidad de realizar una lectura más profunda de este precepto (...)”. (Considerando 12°)

“Que para un acertado examen del asunto que se trae a conocimiento de esta Corte conviene descartar, de entrada, que el artículo 2331 del Código Civil -en su literalidad- contenga una exclusión expresa de la reparación del daño moral. Lo que ocurre, más bien, es que la norma simplemente no lo menciona, pero eso no significa que lo excluya. No olvidemos que la redacción del Código Civil -en su época- solo contemplaba el daño material o patrimonial, y el daño moral es una creación jurisprudencial que emerge primero en materia de

²⁵ Se hace referencia al libro de la autora Carmen Domínguez Hidalgo “El Principio de Reparación Integral en sus Contornos Actuales”, primera edición abril 2019.

²⁶ Corral (2021) p.3

responsabilidad civil extracontractual y luego se extiende incluso al estatuto contractual (...)" (Considerando 13°)

“Que, entonces, no existen motivos para que una relectura del artículo 2331 del Código Civil difiera de aquella que viene realizando tanto la doctrina como la jurisprudencia respecto del artículo 1556 del mismo cuerpo legal”. (Considerando 14°)

Por último, cita el profesor Corral un fallo de la Cuarta sala de la Excma. Corte Suprema²⁷, en que se habría señalado que el hecho de que el art. 2331 no mencionara el daño moral no implica que no pueda incluirse en la indemnización y que sería la *exceptio veritatis* contenida en la parte final de dicho artículo la que permite darle sentido a la norma y no considerarla un precepto redundante.

Del análisis de la jurisprudencia citada, se puede señalar que resulta pacífico que el artículo 2331 – al menos en algunas de sus interpretaciones- puede producir resultados inconstitucionales en un determinado conflicto, razón por la cual se han activado mecanismos para evitar estos efectos. Uno de ellos es la intervención del Tribunal Constitucional que lo ha declarado inaplicable para casos concretos, pero esta norma no ha sido derogada de nuestro ordenamiento jurídico ni por dicho tribunal ni por el legislador. Las prevenciones del Tribunal Constitucional para dicha declaración muestran el carácter excepcional de que a su juicio tendrían las antinomias entre la Constitución y la ley, prefiriendo dejar vigente la norma y llamando a hacer un análisis concreto de la supuesta inaplicabilidad en un determinado caso. A su vez, la jurisprudencia de los Tribunales ordinarios de Justicia demuestran los esfuerzos de los jueces de establecer una interpretación de dicha norma acorde a principios – como la reparación integral del daño- que se desprenderían del conjunto de la legislación, intentando restringir el alcance del artículo y armonizándolo con otras normas de carácter general, estimando que para esta actividad, no es necesaria la intervención del Tribunal Constitucional.

4.2 Artículos 182 y 183 del Código Civil. Caso Attilio.

En este acápite, se busca demostrar como la labor interpretativa de cada tribunal, frente a un mismo supuesto de hecho, puede conducir a diversos resultados dependiendo de la forma en que conciba el ordenamiento jurídico, la interacción entre normas y principios y las facultades con las que cuenta para resolver un determinado conflicto.

Este caso versa sobre una pareja lesbiana que contrajo un acuerdo de unión civil, y posteriormente decidió someterse a un proceso de fertilización asistida a fin de ser madres. Una de ellas es la que se sometió al procedimiento, quedando embarazada y dando a luz a su hijo Attilio, mientras que la otra se comportó en todo momento como pareja y progenitora del niño, actuando frente a la sociedad como una familia. El niño tiene lazos afectivos con

²⁷ El artículo que se revisa no cita rol ni fecha de dicho fallo, solo se señala que éste habría sido redactado por la abogada integrante señora Leonor Etcheverry.

ambas mujeres y sus respectivas familias extendidas, reconociendo a ambas mujeres como sus madres, quienes se preocupan de su manutención y bienestar por igual. Requerida la inscripción del niño Attilio como hijo de ambas mujeres, esta fue rechazada por el Servicio de Registro Civil e Identificación, reconociendo como madre únicamente a aquella que lo parió.

Estas mujeres, dedujeron en el año 2017 un recurso de protección contra el Servicio de Registro Civil e Identificación por el acto que estimaron arbitrario e ilegal consistente en la negativa de dicho servicio de inscribir a la mujer que no dio a luz al niño como madre de éste.

En dicha oportunidad, y con el mismo marco normativo en que se dedujo una posterior acción de filiación²⁸, la Corte de Apelaciones de Santiago mediante sentencia de fecha 28 de diciembre de 2017 rechazó dicha acción porque entendió que las normas sobre estado civil son de orden público, no pudiendo existir una interpretación extensiva de ellas, por lo que un individuo no puede tener más de un padre o más de una madre. Así, la actual legislación no contempla la posibilidad de que un individuo pueda estar inscrito a la vez por dos madres, pues la maternidad está determinada por el hecho del parto, situación que ocurre únicamente respecto de aquella mujer que lo dio a luz (Considerandos 9° a 13°). En cuanto a un eventual conflicto de las normas sobre filiación y principios constitucionales, se señaló que no ha existido vulneración a las mismas, pues no se trata de un problema de discriminación por la identidad sexual, ni el desconocimiento de la familia, como tampoco al interés superior del niño; sino que el estado civil de una persona se rige de acuerdo con la normativa vigente. Este fallo fue confirmado por la Excma. Corte Suprema mediante sentencia de 14 de marzo de 2018.

Así, a juicio de los Tribunales Superiores de Justicia, en el marco de una acción cautelar, existe normativa clara que regula el estado civil de hijo, por lo que no ha existido ilegalidad en el actuar del Registro Civil ni vulneración de principios constitucionales.

Posteriormente, se dedujo una acción de reclamación de filiación que fue conocida por el Segundo Juzgado de Familia de Santiago, en que la madre inscrita demandó el reconocimiento de la filiación respecto de la otra mujer. Esta acción fue acogida, reconociéndose el vínculo filial entre Attilio y la demandada.

En este caso, en sentencia de 8 de junio de 2020, dictada en causa Rit C-10028-2019, luego de razonar en orden al concepto de familia y a los alcances de la regulación del acuerdo de unión civil, se explica, a partir del Considerando 11° que se estaría frente a una **laguna normativa**, ya que en nuestro país no se ha legislado en forma integral sobre las técnicas de fertilización humana asistida. Señala que el único artículo que se refiere al tema es el artículo 182 del Código Civil, el cual indica que los padres del niño serán quienes se sometieron a

²⁸ Para los efectos de este trabajo, se obviará la naturaleza jurídica diversa de la acción cautelar de protección y una acción declarativa de filiación, refiriéndome únicamente a la interpretación de las normas de fondo

estas técnicas. Frente a este vacío legal, indica que es necesario estarse al derecho internacional como parte del bloque constitucional de derechos fundamentales, realizando una **interpretación integradora de la Constitución**.

Así, estima que la norma del artículo 182 del Código Civil, debe ser integrada, con el artículo 33 del Código Civil, que se refiere al estado civil de hijo y a la igualdad de todos ellos. Luego refiere que tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido esta norma como expresión del principio de igualdad de los hijos en materia de filiación a fin de terminar con las discriminaciones entre los hijos en razón de su concepción o nacimiento, Por ello estima que el primer derecho que debemos tener en cuenta, es el derecho a la igualdad, partiendo de la premisa, que si la demandada, fuera hombre, podría reconocer voluntariamente a Attilio, sin que sea necesario un vínculo biológico, social ni afectivo con el niño. Y si bien el artículo 182 del Código Civil se refiere al padre y la madre, este debe ser leído de tal manera que no atente contra el principio de igualdad de los hijos, del artículo 33, teniendo presente que data de antes de la ley de Acuerdo de Unión Civil y de la condena al Estado de Chile, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Atala Riffo y niñas VS. Chile, entre otras razones, por discriminación por orientación sexual.

Si bien esta sentencia se dedica a llenar una laguna normativa, otra interpretación de la normativa atingente podría arrojar como resultado la existencia de una antinomia²⁹, en la cual la norma legal debe ceder frente a principios constitucionales, tal como lo planteó el curador ad litem en esta causa.

En efecto, según consta en el considerando Sexto de la sentencia, a este respecto el curador ad litem expresó: “Que el artículo 182 del Código Civil entraría en contradicción con los artículos 3, 5, 9 y 18 de la Convención sobre derechos del niño, al 19 de la Convención Americana y el artículo 33 del Código Civil y que son estas últimas normas las que arrojarían el marco integral bajo el cual debe resolverse el asunto. A su juicio, y de acuerdo a la clasificación de Alf Ross, se estaría ante un caso de ‘Inconsistencia total-parcial, una de las dos normas no puede ser aplicada en ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que la otra norma tiene un campo de aplicación que no está en desacuerdo con la primera.’ Que puede ser resuelta conforme a los criterios clásicos de resolución de antinomias. Conforme al criterio jerárquico, la norma de rango superior prevalece sobre la de rango inferior. Respecto a la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos, se entiende que ‘‘estos se encuentran incorporados a la Constitución por artículo 5 inciso 2º, de lo que resulta que, en nuestro ordenamiento, los derechos garantizados en la Convención de derechos del niño gozan de un nivel supra legal, de rango constitucional.’’ Por ello concluye el conflicto entre las normas observadas en este caso debe ser resuelto inequívocamente en favor del resguardo y protección de los derechos del niño resguardados

²⁹ Ello también va a depender de la discusión valórica respecto de instituciones como familia, matrimonio y filiación.

en dicho instrumento y que acarrearían como consecuencia directa que debe reconocerse su filiación respecto de la demandada.

También plantea que es posible resolver esta antinomia desde el criterio cronológico, La Ley N° 20.830, que regula el acuerdo de unión civil, es posterior la que introdujo modificaciones al Código Civil regulando en el art. 182 la reproducción asistida.

Sugiere, además, que esta antinomia, podría resolverse según el criterio de especialidad, ya que la convención de derechos del niño ha sido considerada por nuestra Excma. Corte Suprema como ley especial en otros casos de conflictos normativos (principalmente relativos a la ley de responsabilidad penal adolescente). En este caso, también la Convención sería norma especial respecto del artículo 182 pues configura un específico campo de derechos, reglas y principios, que debiesen llevar al reconocimiento jurídico de la calidad de madre que detenta en los hechos la demandada.

En lo que versa con el objetivo de este ensayo, me parece que la opinión del curador ad litem y lo resuelto por la sentenciadora, reflejan claramente la diferencia entre una laguna jurídica y una antinomia. Ello, pues para considerar que hay una laguna, necesariamente debe entenderse que el artículo 182 del Código Civil no resulta aplicable a la litis. Y se llega a esta conclusión acudiendo al objetivo específico que habría tenido esta norma, que sería únicamente impedir que puedan reclamar la filiación quienes hayan aportado los gametos para el proceso de fertilización asistida, y no restringir la posibilidad de que dos personas del mismo sexo se sometan a estos procedimientos, máxime si se considera la evolución normativa al respecto, en que actualmente el ordenamiento jurídico permite la celebración de acuerdos de unión civil entre parejas homosexuales, siendo posible que estas parejas sean una de las bases sobre las que se funda la familia. Por el contrario, para entender que hay antinomia, se parte del supuesto que la norma en cuestión si está llamada a resolver el caso concreto, pero que su aplicación conduce a un resultado que va en contra de normativa jerárquicamente superior. Claramente, el juez tiene mayor libertad interpretativa si constata la presencia de una laguna normativa, en vez de una antinomia entre ley y constitución, pues en este último puede cuestionarse si el juez ordinario tiene la competencia para no aplicar la norma naturalmente llamada a resolver el litigio.

5.- Conclusiones.

En primer lugar, podemos señalar que no existen criterios absolutamente claros ni definitivos a la hora de detectar y resolver antinomias, pues a labor interpretativa del juez puede crearlas o evitarlas³⁰, según se ha graficado con la revisión de los dos casos que he puesto como ejemplos para este trabajo, quedando, en definitiva, las partes a merced del entendimiento del juez de cual es el derecho aplicable al caso concreto.

³⁰ Ver por ejemplo Guastini (2018) p. 132 y siguientes.

Para ello debe tenerse presente que el juez no es un autómatas del derecho, sino que “es un ser humano que presta cuidadosa atención a su tarea social tomando decisiones que siente como ‘correctas, de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural (...) La ley no es una fórmula mágica, sino una manifestación de los ideales, actitudes, estándares o valoraciones que hemos denominado tradición cultural y que juez interpreta la ley a la luz de su conciencia jurídica materia³¹”

Así, en casos de una posible antinomia no existe una norma jurídica clara aplicable al respecto, por lo que “En los casos difíciles no hay derecho para el caso y el juez debe crearlo, para lo cual tiene discreción”^{32 33}

Atendida la discrecionalidad judicial que se observa en este punto, el juez se encuentra en la necesidad de justificar jurídicamente la elección normativa que realiza, acudiendo a todas las herramientas que le ofrece el ordenamiento jurídico.

En efecto, y citando nuevamente al jurista Alf Ross “Si el juez desea dar una decisión que se encuentra en la zona dudosa de la regla (interpretación especificadora) o que incluso es contraria al ‘significado lingüístico natural’ (interpretación restrictiva o por extensión), entonces busca apoyo para el resultado deseado doquiera pueda hallarlo (...) Cuando hay superposición de reglas, el juez goza de gran libertad, pues ello le ofrece amplia posibilidad para justificar el resultado deseado”.

Bibliografía Citada

1. Atria, Fernando, (1999) “Del Derecho y Razonamiento Jurídico”, en Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho [S.l.], n. 22, p. 79-119, nov. 1999. ISSN 2386-4702. Disponible en: <https://doxa.ua.es/article/view/1999-n22-del-derecho-y-el-razonamiento-juridico>
2. Benfeld, Johann, (2015) Una aproximación a la disertación “De casibus perplexis” de G. W. Leibniz como estrategia de solución al problema contemporáneo de los llamados “casos difíciles”, en Revista de Estudios Históricos Jurídicos, disponible en

³¹ Ross p. 174

³² Atria (1999) p.76, refiriéndose al razonamiento de Hart

³³ Siguiendo a Benfeld (2015) p.1 “Para Hart, los “casos difíciles” se presentan debido a la “textura abierta del lenguaje”, es decir, “cualquiera que sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una ‘textura abierta’. En estos casos, “resulta claro que la autoridad que elabora la regla tiene que actuar en forma discrecional, y que no cabe la posibilidad de tratar el problema que crean los casos diversos como si hubiera una única respuesta correcta, es decir, una solución que no sea un mero compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto”.

https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552015000100015

3. Bobbio, Norberto (1980) “Contribución a la Teoría del Derecho”, Edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, **Editores:** Valencia : Fernando Torres, D.L. 1980
4. Comanducci, Paolo (1999) Razonamiento Jurídico, Elementos para un Modelo, **Editorial:** [Distribuciones Fontamara](#), **Fecha de la edición:** 1999
5. Corral, Hernán (2021) Responsabilidad civil por lesiones al honor y artículo 2331 del Código Civil: ¿reinterpretación o reforma legal?, en El Mercurio Legal, disponible en <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2021/09/24/responsabilidad-civil-lesiones-honor.aspx>
6. Guastini, Ricardo (2014) *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.
7. Ross, Alf, 1974): *Sobre el derecho y la justicia*, Capítulo IV: "El método jurídico", 3ª edición (traducc. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires)

Jurisprudencia Citada.

1. “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Luis Carlos Valdés Correa en relación al artículo 2.331 del Código Civil, en causa Rol N° 2429-2007 caratulada Valdés con Jaime Irrarzábal Covarrubias y otros, del Décimo Octavo Juzgado Civil de Santiago, Tribunal Constitucional (2008) rol N° 943-2007 en <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>
2. “Proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional en relación al artículo 2.331 del Código Civil” Tribunal Constitucional (2011), Rol 1723-10, en <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>
3. “De Ramón con Servicio de Registro Civil e Identificación” (2017), I. Corte de Apelaciones de Santiago, rol 74926-2017 en <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/>
4. “Loyola Villalobos, Juan Ignacio, con Empresa Periodística El Mercurio S.A.P Corte Suprema (2017), rol 65403 – 2016, en <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/>
5. “Artesanos del Sur Limitada con Red Televisiva Megavisión S.A.”, Corte Suprema (2021) Rol 6296-2019, en <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/>
6. “Di Giammarino con De Ramón” (2020), Segundo Juzgado de Familia de Santiago, rol 10028-2019 en <http://static.elmercurio.com/Documentos/Legal/2020/06/22/202006222095.pdf>