RU. 282958

Doc
Q7p
2021

Universidad de Valparaíso
CHILE
Facultad de Derecho
Escuela de Derecho

7 AÑOS ACREDITADA A D C
ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO.

FACULTAD DE DERECHO.

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO.

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO.

"PROBLEMAS DE CONCURRENCIAS DE NORMAS EN EL DERECHO CIVIL"

CANDIDATO:

DAVID ANTONIO QUINTERO FUENTES.

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
SISTEMA INTEGRADO DE BIBLIOTECAS

DIRECTOR DE TESIS:

DR. AGUSTÍN SQUELLA NARDUCCI.

"Uno no puede hacer nada con las contradicciones,

excepto perder el tiempo devanándose los sesos ante ellas".

(Ludwig Wittgenstein).

"La prueba de una inteligencia de primer nivel es la capacidad de tener dos ideas opuestas en la mente al mismo tiempo y seguir manteniendo la capacidad de funcionar".

(F. Scott Fitzgerald).

A Francisco y Nidia, por haberme formado en una constante y cálida contradicción.

A Daniel, por impulsarme.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS 4
INTRODUCCIÓN. 7
I. CAPÍTULO I: CONCEPTOS Y CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS DE CONCURRENCIAS DE NORMAS, PUESTOS EN LÍNEA. 14
1. Conceptos. 14
2. Terminología. 19
3. Coherencia. 21
4. Clasificación. 31
II. CAPÍTULO II: SITUANDO LOS PROBLEMAS DE CONCURRENCIAS DE NORMAS EN UNA PERSPECTIVA METODOLÓGICA. **54**
2.1. La búsqueda de la "naturaleza jurídica". 55
2.2. La enunciación de principios jurídicos. 61
2.3. La formulación de definiciones. 62
2.4. Los nombres. 63
2.5. Una reflexión metodológica. 64
2.6. El fundamento semántico en la interpretación de la ley como presupuesto metodológico para identificar y resolver problemas de concurrencias de normas. 65
2.7. Los problemas de interpretación en el método jurídico de Alf Ross. 79
III. CAPÍTULO III: CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS DE CONCURRENCIAS DE NORMAS PUESTOS EN LÍNEA. **102**
3.1. La estructura lógica de la norma jurídica y la lógica deóntica. 102
3.2. La interpretación 107
IV. CAPÍTULO IV: UNA EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DE LAS PRÁCTICAS ARGUMENTATIVAS DE LA DOGMÁTICA CIVIL PARA IDENTIFICAR, EVITAR, SUSCITAR Y/O SOLUCIONAR PROBLEMAS DE CONCURRENCIAS DE NORMAS. **112**
4.1. Problemas de concurrencias de normas en el derecho de familia. 112
4.2. Problemas de concurrencias de normas en el derecho sucesorio. 132
4.3. Problemas de concurrencias de normas en el derecho de daños. 135
3.4. Problemas de concurrencias de normas en el derecho de contratos. ... 142
4.5. Problemas de concurrencias de normas en el derecho de las obligaciones. 153

4.6. Problemas de concurrencias de normas en el derecho de bienes..... 163
4.7. Problemas de concurrencias de normas en la teoría del negocio jurídico. 191
V. CAPÍTULO V: CRITERIOS DE SOLUCIÓN DE PROBLEMAS DE CONCURRENCIAS DE NORMAS PUESTOS EN LÍNEA. 208
5.1. Criterios de solución clásicos o tradicionales. 209
5.2. Otros criterios de solución de antinomias..... 214
5.3. El planteamiento de Alchourrón y Bulygin frente al conflicto normativo. 217
5.4. Conflicto entre criterios y soluciones. 218
5.5. Conflicto entre principios y la ponderación. 224
5.6. Los criterios tradicionales como "presunciones de justicia"..... 229
VI. CAPÍTULO VI: LOS PROBLEMAS DE CONCURRENCIAS DE NORMAS ANTE LA JURISPRUDENCIA. 231
6.1. Inconsistencias en materia de filiación e interés superior del niño, niña o adolescente. 231
6.2. Inconsistencias en general. 242
6.3. Inconsistencias (criterio cronológico). 265
6.4. Inconsistencias (criterio de especialidad). 270
6.5. Inconsistencias (criterio de jerarquía)..... 281
CONCLUSIONES. 288
BIBLIOGRAFÍA. 294

AGRADECIMIENTOS.

A los estudiantes de mis cursos en la Universidad de Talca, la Universidad de Valparaíso, la Universidad de Concepción y la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, por haberme tenido paciencia durante el desarrollo de las clases, mientras paralelamente escribía esta tesis.

A Patricia Pérez, Rocío Sánchez, Mario Opazo, Pedro Guerra y Rodrigo Jofré, mis compañeros de generación en los estudios de doctorado, por su solidaridad, su generosidad intelectual y su energía.

A los profesores del Programa de Doctorado, especialmente a José Luis Guzmán, Pamela Prado, Juan Carlos Ferrada, Luis Villavicencio, Antonio Pedrals y Christian Viera, por su ejemplo de rigor y pasión por el derecho.

A los profesores Alberto Pino, Íñigo de la Maza, Antonio Bascuñán, Luis Villavicencio y Flavia Carbonell por sus comentarios y observaciones en distintas fases de desarrollo de esta investigación, establecidas por el Programa de Doctorado.

A Paulina Troncoso, Héctor Arriagada, Ana Araya, José Manuel Arellano, Tomás Nahmías y Ana Villaseca, ayudantes de mis cursos en la Universidad de Talca, por su gran talento, inteligencia y disciplina.

A Ester Valenzuela, Leonor Etcheberry, Rosa Rojas, Fabiola Cabezas, Max Yuraszeck, Vicente Aylwin y Tomás Chadwick, por su generosidad, confianza y coraje.

A mis profesores, especialmente a Pedro Ibarra, Gaby Miranda, Ana Gloria Valenzuela, Jesús Escandón, Telmo García, José Bidart, Manuel Sanhueza, Daniel Peñailillo, Ramón Domínguez Águila, René Ramos Pazos y Manuel Atienza, porque verlos enseñar despertó mi vocación.

A Lilian San Martín, Rodrigo Coloma, Alfredo Ferrante, Fabiola Vergara, María Soledad Jofré, Carolina Riveros, Claudia Cozzani, Rodrigo Palomo, Juan Enrique Vargas, Alejandra Mera, Marcelo Troncoso, Rodolfo Walter, Manuel Campos, Beatriz Larraín, Eduardo Darritchon, Alfonso Henríquez, Tania Galgani, Andrés Cruz, Amaya Álvez, Cristian Gutiérrez, Sebastián Figueroa, Daniela Accatino y Susana Bontá.

A Pablo Vallejos, por solucionar todos mis problemas informáticos en el desarrollo de esta tesis.

A Desacato, Wanda y P. Rita, por su fiel compañía durante los días de la peste.

A Carolina Suazo, Ximena Valenzuela, Rodrigo Moretti, Eliecer Pino, Mauricio Morales, Álex Olivero, Emma Hernández, Nuria de Amat, Freddy Huaraz, Nadia Ortiz, David Vargas, Luis Felipe Tovar, María Lourdes Javier, Chiara Lovecchio, Martín Ríos, Patricia Oyarzún, Bárbara Elgueta, Mabel Segovia, Héctor Gacitúa, Aurora Leaman, Cecilia Villablanca, Angélica Venegas, Milagro Aedo, Lily Mella, Nicolás Godoy y Alejandro Quintero, por su amistad de tantos años y por animarme a persistir.

A Francisco Aguayo y Pedro Torres, por cuidarme cuando ha hecho falta.

A Gloria Zavala y Jéssica Añazco, por su gentileza y buena voluntad.

A Daniel Lobos.

A la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, por impartir su Programa de Doctorado en Derecho con excelencia, rigor y pluralismo; y por haber contribuido al financiamiento de estos estudios mediante su Beca de Postgrado.

Y finalmente, el mayor agradecimiento al Profesor Agustín Squella Narducci, por haber guiado esta tesis, por su generosidad intelectual, su tiempo, su confianza y su paciencia. Ha sido un privilegio, un honor y un agrado, ser su alumno durante estos cinco años. Gracias, además, por haberme enseñado que uno no supera las contradicciones, sino que aprende a convivir con ellas.

Valparaíso, agosto de 2021.

INTRODUCCIÓN.

1. Resumen de la tesis.

Esta tesis tiene por objeto aplicar los instrumentos teóricos proporcionados por la filosofía del derecho para analizar el problema del concurso o concurrencia de normas en el derecho civil. ¿Qué ocurre si, frente a un mismo caso, el derecho ofrece más de una respuesta? Esto es, dos o más normas jurídicas regulan un mismo supuesto de hecho, atribuyéndole consecuencias jurídicas idénticas, incompatibles o complementarias, dando así origen a algunos problemas lógicos de interpretación: inconsistencias o antinomias, redundancias, falsas o erróneas presuposiciones jurídicas y fácticas, y la aplicación total o parcial de más de un régimen jurídico a un mismo caso. La tesis pretende abordar los diversos criterios aplicados por la dogmática y la jurisprudencia para identificar y resolver los concursos de normas, especialmente en el ámbito del derecho del derecho civil patrimonial, y formular algunas propuestas que puedan contribuir a mejorar las prácticas argumentativas empleadas para justificar la adopción de decisiones interpretativas en estos casos difíciles, recurriendo a los instrumentos teóricos que proporciona la filosofía del derecho, especialmente Norberto Bobbio y el método jurídico de Alf Ross. Se prestará particular atención a la aplicación doctrinaria y jurisprudencial del criterio de especialidad.

2. Problema Principal Objeto de esta Investigación.

En el derecho civil se suelen presentar con frecuencia, problemas de concurrencias de normas, por ejemplo, a propósito de:

a) El mal llamado "cúmulo de responsabilidad".

Sobre el punto, René Abeliuk señala: "Se trata de un falso problema, mal denominado por añadidura, porque no hay cúmulo, esto es, acumulación de responsabilidades, sino que opción entre ellas, y más limitadamente aún, posibilidad de abandonar la responsabilidad contractual para asilarse en la delictual. El cúmulo se produce en el hecho mismo, que es considerado a un tiempo como incumplimiento imputable y hecho ilícito" [1]. Enrique Barros clara: "Por eso, para evitar equívocos acerca del significado de la pregunta, es preferible hablar de concurso y no de cúmulo de responsabilidades, como suele hacerlo la doctrina".[2]

b) ¿Quién soporta los riesgos por la información defectuosa en el contrato de compraventa?

Un mismo caso puede encontrar, en el Código Civil, más de una respuesta: nulidad por error, remedios generales por incumplimiento contractual (artículos 1489, 1826), remedios especiales (vicios redhibitorios). Este tema específico ha sido abordado en diversos trabajos por la Profesora Prado, el Profesor De la Maza, el Profesor Vidal, entre otros autores.

---

[1] Abeliuk Manasevich, R., *Las Obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, tomo II, 1993, p. 767.

[2] Barros Bourie, E., *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 1056.

Como muy agudamente señala el Profesor Íñigo de la Maza: "Frente al problema de la distribución del riesgo, la cuestión que presentan, en abstracto al menos, casos como este no es un déficit de respuestas, sino, más bien, un superávit. Aceptemos que se encuentran satisfechos los requisitos del error, pero ¿y los de los vicios redhibitorios? ¿Y los del incumplimiento de la obligación de entrega?". Esto, según añade: "permite mostrar un ángulo de la dificultad de responder a la pregunta acerca del riesgo de la información defectuosa que suele pasar desapercibido: la abundancia de los dispositivos a través de los cuales se procura la respuesta. En casos como este, de una parte, dispositivos propios de la validez del negocio (nulidad por error) y, de otro, dispositivos propios del incumplimiento contractual, tanto a nivel de remedios generales ex artículo 1489 y su espejo el artículo 1826, como a nivel de remedios especiales (en este caso, vicios redhibitorios). Y, asumiendo que se satisfacen los requisitos de estas figuras ¿cómo ha de administrarse su convivencia? La pregunta, desde luego, no es estrictamente académica. Podría ser que se demandara error y se fallara que correspondía solicitar la rescisión por vicios redhibitorios ¿O a la inversa? ¿O que se demandara indemnización por incumplimiento y se respondiera que se trata de un caso de vicios redhibitorios o de error? Podría ser o no, pero el hecho de que la posibilidad esté abierta es un problema en si mismo". [3]

c) La cláusula de reserva de dominio en el vendedor hasta el pago del precio. Nos encontramos con una antinomia total-total entre los arts. 680 y 1874 del Código Civil, surgiendo la discusión dogmática acerca de la validez o nulidad de dichas cláusulas.

3. Hipótesis de trabajo.

La jurisprudencia nacional ha adoptado, en general, la decisión interpretativa de no reconocer la existencia de problemas de concurrencias de normas, dejando sin aplicación las normas especiales o dando la opción al demandante, sin esgrimir razones justificatorias explícitas.

4. Objetivo General y Objetivos Específicos.

Objetivo General.

Identificar y analizar cómo operan, en la dogmática y la jurisprudencia civil, los criterios interpretativos y los argumentos jurídicos en la identificación y la solución de problemas de concursos normativos.

Objetivos Específicos.

1.- Determinar cuáles son los criterios usados por la dogmática y la jurisprudencia para identificar problemas de concurrencias de normas.

---

[3] De la Maza Gazmuri, Íñigo (2016): "El error de los cerdos" en *Análisis Jurídico. Contratos y Responsabilidad, El Mercurio Legal, 22 de marzo de 2016.*

2.- Identificar cómo operan, en las prácticas argumentativas de dogmáticos y jueces, el criterio de especialidad y el derecho de opción en la solución de problemas civiles de concurso de normas.

3.- Delimitar el ámbito de aplicación de los criterios de solución de problemas de concursos de normas.

4.- Sobre la base de satisfacer los tres objetivos precedentes, colaborar a que esta tesis aclare, oriente y guíe a operados jurídicos, especialmente jueces, en la solución de problemas de concurrencias de normas, en el ámbito del derecho civil.

5. **Metodología.**

Se empleará, fundamentalmente, el concepto y clasificación de las antinomias, propuestos por Norberto Bobbio, y el método jurídico de Alf Ross, expuesto en el capítulo IV de "Sobre el Derecho y la Justicia". En este punto considero conveniente recordar cuál es la función de la filosofía del derecho para Alf Ross: el análisis del lenguaje de la ciencia jurídica. "El objeto de la filosofía del derecho-escribe Ross- no es el derecho, ni parte o aspecto alguno de éste, sino la ciencia del derecho". Por lo mismo, ella está "un piso más arriba que la ciencia del derecho", y mira hacia ésta -no hacia el derecho- desde esa posición o postura "más arriba". En síntesis, si la ciencia del derecho mira al derecho, la filosofía del derecho es a su turno una mirada sobre la ciencia del derecho". [4]

Esta opción metodológica por los planteamientos de Bobbio y Ross, se justifica por su gran poder explicativo de las prácticas interpretativas realizadas por dogmáticos y jueces en la solución de problemas de concurrencias de normas, además de su utilidad como herramientas para identificar, representar y reconstruir este tipo de problemas. Se trata además de dos de los grandes clásicos de la teoría jurídica y como clásicos que son, conservan su interés y novedad. A lo anterior se añade que han ejercido una gran influencia en el posterior tratamiento que la teoría jurídica ha realizado de estos problemas; en este sentido las obras posteriores son tributarias de los trabajos de Bobbio y Ross. Por supuesto que también se considerarán más aportes, especialmente los provenientes de Guastini, Atienza, Tarello, Prieto Sanchís, Chiassoni, entre otros.

Dentro de la teoría analítica de la argumentación jurídica, se considerará la teoría operativa de la interpretación de la ley de Jerzy Wróblewski, la cual busca proponer un análisis descriptivo de la estructura de la argumentación que corresponde a la interpretación de ley por un tribunal en el contexto de su aplicación a un caso. Tal como expresa el profesor Antonio Bascuñán Rodríguez: "En lo esencial, la teoría considera a la justificación de la decisión judicial de un caso mediante la aplicación de la ley como una estructura argumentativa compleja, constituida por decisiones parciales- "decisiones fraccionales" en su terminología- las cuales a su vez son justificadas mediante argumentos. La decisión interpretativa, que tiene la forma "la regla R tiene el sentido S", es una de esas decisiones;

---

[4] Ross, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 2ª edición, 1997, p. 49.

la interpretación de la ley es la estructura argumentativa que provee su justificación" [5]. De la teoría de Wróblewski, adoptaré los siguientes presupuestos metodológicos:

i) La distinción entre disposición y norma;

ii) La distinción entre reglas de interpretación de primer nivel, reglas de interpretación de segundo nivel y evaluaciones;

iii) La distinción entre teorías generales y teorías especiales de la interpretación.

Además, se recurrirá metodológicamente a las técnicas de interpretación jurídica propuestas por el Profesor Pierluigi Chiassoni, quien formula la distinción entre interpretación textual e interpretación metatextual. [6] Esta última, que presupone o anticipa la interpretación textual, incluye un conjunto heterogéneo de actividades tales como 1) identificación de normas implícitas; 2) determinación del statu institucional de una disposición o de una norma; 3) identificación de lagunas; 4) identificación de antinomias; 5) determinación de la posición jerárquica entre dos normas. Ahora bien, la justificación de las operaciones de interpretación, sea textual o metatextual, se realiza a través de determinadas herramientas, y respecto de estas herramientas, el Profesor Chiassoni identifica tres concepciones: la concepción argumentativa (de autores como Perelman y Tarello); la concepción de directivas interpretativas (de Wróblewski); y la concepción de códigos interpretativos, que corresponde a su propia propuesta. Como resulta característico del profesor Chiassoni, al interior de cada una de estas concepciones se perfilan las principales distinciones aplicables, que serán luego, en parte, tomadas para articular la concepción de códigos interpretativos que defiende (contenida, en extenso, en *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Marcial Pons, 2012).

6. Alcance y relevancia de la investigación.

Todavía en la actualidad, la filosofía del derecho y la dogmática jurídica, en particular la civil, se miran con un relativo desprecio e indiferencia recíprocos. De este modo, hemos asistido durante las últimas décadas, salvo excepciones, al divorcio entre ambas disciplinas. Algunos de los representantes de esa otrora fructífera relación los encontramos en Karl Larenz y Emilio Betti. Recordemos que, en siglos pasados, la teoría del derecho fue elaborada en sede de Derecho Civil. Las culpas son compartidas: por una parte, la doctrina civil se desentiende de ciertas herramientas teóricas elaboradas por la teoría del derecho y que pueden facilitar su tarea, evitando que se embarque en la discusión de pseudo-problemas; por el otro lado, la filosofía del derecho se ocupa de elaborar sofisticadas herramientas teóricas, no deteniéndose suficientemente a explicar su utilidad práctica. Se

---

[5] Bascuñán Rodríguez, Antonio (2013): "El mito de Domat", en Atria, Fernando et al. (eds.), Una vida en la Universidad de Chile: celebrando al Profesor Antonio Bascuñán Valdés, Legal Publishing, Santiago de Chile.

[6] Chiassoni, Pierluigi (2011): *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Marcial Pons (traducción de Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora).

requiere, sin duda, un diálogo más fluido entre ambas disciplinas, ya que la filosofía del derecho debiera prestar servicio de las disciplinas dogmáticas, entre ellas, del Derecho Civil. El diálogo es posible, sólo hace falta escoger el nivel adecuado de abstracción de la teoría para su respectivo usuario y para cada problema. La presente tesis aspira a contribuir a ese propósito.

7. Estructura de la tesis.

El capítulo I aborda los conceptos y criterios de clasificación de los problemas de concurrencias de normas, puestos en línea. Siguiendo el enfoque metodológico empleado por el Profesor Squella en su conocido trabajo *Los conceptos de derecho puestos en línea*, contenido en su libro *Curso de Filosofía del Derecho*, en este capítulo se ha efectuado una revisión y exposición comparativa de las mejores propuestas conceptuales elaboradas por la teoría del derecho del último siglo, comparando y haciendo dialogar entre sí a autores clásicos como Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Alf Ross y Eugenio Bulygin, entre otros, con las ideas de autores contemporáneos como Riccardo Guastini, Pierluiggi Chiassoni y Giovanni Battista Ratti, para así identificar influencias, coincidencias, y discrepancias respecto a la manera de conceptualizar y clasificar los problemas de concurrencias de normas. No ha sido fácil realizar esta tarea que en abstracto pudiese parecer sencilla, porque primero fue necesario aplicar un rasero teórico y escoger las mejores propuestas, las con mayor poder explicativo y potencial infuencia en las prácticas argumentativas de abogados litigantes y jueces, teniendo que descartar a muchos otros autores de prestigio; la segunda dificultad radicó en selecccionar la versión más madura y completa que cada autor formuló respecto a los problemas analizados, ya que muchos de ellos, en particular, Kelsen, Bobbio, Guastini, escribieron muchísimo al respecto, con importantes cambios de posiciones, no siempre explícitos. A ello se suma el hecho de que la versión teórica más madura y elaborada de sus planteamientos, no siempre fue la última.

El capítulo II, denominado "Situando los problemas de concurrencias de normas en una perspectiva metodológica", tiene como propósito analizar algunas técnicas de justificación empleadas por la doctrina civil y poner de manifiesto que no se limitan a describir y sistematizar el derecho positivo, sino que realizan una función reconstructiva de los defectos lógicos y formales que presenta la legislación, en particular se utilizan para identificar, para prevenir, para suscitar y/o para resolver problemas de concurrencias de normas, como antinomias y redundancias. Además incorpora una exposición y análisis de algunas propuestas del método jurídico en Alf Ross, ya que es el autor que efectuó una mayor contribución teórica al análisis de los problemas lógicos de interpretación, en particular, inconsistencias y redundancias, además es el filósofo del derecho que mayor recepción ha tenido en las prácticas argumentativas de la dogmática y la jurisprudencia chilenas al resolver antinomias, y además ha inspirado el trabajo de muchos otros autores, entre ellos los representantes del realismo jurídico genovés.

El capítulo III titulado "Los criterios de identificación de los problemas de concurrencias de normas puestos en línea", sigue el mismo enfoque metodológico del capítulo I, pero esta vez referido no a los criterios de clasificación, sino que a los criterios de identificación, especialmente de antinomias, que son las que más problemas generan. Para poder abordarlo apropiadamente debí seguir, en distintos períodos, algunos cursos y clases de lógica jurídica impartidos como partes de programas de perfeccionamiento en las Universidades de Alicante, Salamanca, Génova y Girona. Éste no es ni remotamente un

trabajo de lógica deóntica, pero inevitablemente ha debido considerar algunos fundamentos de la misma. Me he atrevido a simplificar algunas formulaciones, con el propósito de no ahuyentar a eventuales operadores jurídicos que eventualmente pudiesen interesarse en leer esta tesis. Por lo mismo, se ha preferido seguir un enfoque más bien ligado a una concepción argumentativa del derecho.

El capítulo IV se titula "Una exposición y análisis de las prácticas argumentativas de la dogmática civil para identificar, evitar, suscitar y/o solucionar problemas de concurrencias de normas. Se abordan principalmente las antinomias y redundancias en abstracto, procurando hacer dialogar a la dogmática jurídica con la filosofía del derecho. El catastro de problemas presentados es extenso, pero no tiene pretensión de taxatividad, por supuesto. No se siguió el orden tradicional en que se enseñan los diversos capítulos del derecho civil, ya que si se lo considera en serio como un sistema, entonces debe ser posible entrar a analizarlo, indistintamente, por cualquiera de sus partes, ya que inevitablemente cada una de ellas se encuentra vinculada conceptual, normativa y lógicamente a las otras. Se ha preferido abordar temas que no han recibido la suficiente atención dogmática, evitando presentar ejemplos ya analizados con profusión en las revistas jurídicas especializadas y en trabajos doctrinarios monográficos o tratados, como ocurre con los casos de opción o concurrencia de responsabilidades y la tensión entre remedios generales y remedios específicos frente al incumplimiento contractual, puesto que sobre esos problemas abunda bibliografía actualizada y de gran calidad.

El capítulo V: "Criterios de solución de problemas de concurrencias de normas puestos en línea", sigue el mismo enfoque metodológico de los capítulo I y III, pero esta vez referido no a los criterios de clasificación e identificación, sino que a los criterios de solución, especialmente de antinomias, que son las que más dificultades generan. Nuevamente se ha procurado hacer dialogar las propuestas de los autores clásicos y contemporáneos, en su mejor versión, para detectar acuerdos y desacuerdos. No se ha tratado con demasiada extensión el criterio jerárquico, ya que la próxima Constitución Política chilena probablemente introducirá cambios significativos en los mecanismos de control de constitucionalidad. También se ha optado por realizar un tratamiento acotado del criterio cronológico, ya que hay trabajos muy recientes y muy brillantes que se han hecho cargo del problema; prefiriendo centrar el análisis, no exclusivamente pero sí predominantemente, en el criterio de especialidad. Se abordan también algunos otros propuestos por la teoría del derecho, ya que es altamente posible que algunos de ellos resulten aplicables, como consecuencia de la dictación de la nueva Constitución.

El Capítulo VI trata de los problemas de concurrencias de normas ante la jurisprudencia. Este capítulo se propone analizar algunas prácticas argumentativas desplegadas por la jurisprudencia nacional, con el propósito de identificar, suscitar, evitar y/o solucionar problemas de concurrencias de normas que confluyen para resolver los casos concretos sometidos a su decisión, en particular inconsistencias y redundancias. Se ha seleccionado un conjunto de sentencias dictadas fundamentalmente por tribunales superiores de justicia: Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, la mayoría de ellas dictadas durante la última década. Cuando ha sido necesario, se ha expuesto y analizado también la fundamentación de la sentencia que resolvió el caso en primera instancia. El objetivo es abordar los problemas de concurrencias de normas en concreto y no solamente en abstracto. Se ha preferido exponer también la justificación externa de la premisa fáctica de los

razonamientos judiciales y no únicamente la justificación externa de la premisa normativa y la justificación interna del razonamiento, que suele ser la práctica metodológica predominante. Esta opción se funda en la necesidad de tener en cuenta cómo los aspectos fácticos cobran un rol preponderante en la detección de los problemas de antinomias y redundancias. También se ha preferido abordar temas que no han recibido la suficiente atención dogmática, evitando presentar ejemplos ya analizados con profusión en comentarios de jurisprudencia que se publican en las revistas jurídicas especializadas y en trabajos doctrinarios monográficos o tratados, como ocurre con los casos de opción o concurrencia de responsabilidades y la tensión entre remedios generales y remedios específicos frente al incumplimiento contractual. Las materias abarcan también las relaciones de frontera del Derecho Civil con otras disciplinas como los Derechos Fundamentales. el Derecho Constitucional, el Derecho Procesal, el Derecho Administrativo y el Derecho Mercantil. Ahí he detectado una veta que puede proveer de valiosos insumos para eventuales futuros análisis más específicos. Se ha excluido todo lo relativo al Derecho Privado del Consumo, que por sí solo ameritaría un tratamiento pormenorizado que daría lugar probablemente a más de una tesis y que no está comprendido dentro de los objetivos propuestos en la presente investigación.

I. CAPÍTULO I: CONCEPTOS Y CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS DE CONCURRENCIAS DE NORMAS, PUESTOS EN LÍNEA.

Este capítulo aborda los conceptos y criterios de clasificación de los problemas de concurrencias de normas, puestos en línea. Siguiendo el enfoque metodológico empleado por el Profesor Squella en su conocido trabajo *Los conceptos de derecho puestos en línea*, contenido en su libro *Curso de Filosofía del Derecho*, en este capítulo se efectúa una revisión y exposición comparativa de las mejores propuestas conceptuales elaboradas por la teoría del derecho del último siglo, comparando y haciendo dialogar entre sí a autores clásicos como Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Alf Ross y Eugenio Bulygin, entre otros, con las ideas de autores contemporáneos como Riccardo Guastini, Pierluiggi Chiassoni y Giovanni Battista Ratti, para así identificar influencias, coincidencias, y discrepancias respecto a la manera de conceptualizar y clasificar los problemas de concurrencias de normas. No resulta fácil realizar esta tarea que en abstracto pudiese parecer sencilla, porque primero es necesario aplicar un rasero teórico y escoger las mejores propuestas, las con mayor poder explicativo y potencial infuencia en las prácticas argumentativas de abogados litigantes y jueces, teniendo que descartar a muchos otros autores de prestigio; la segunda dificultad radica en seleccionar la versión más madura y completa que cada autor formuló respecto a los problemas analizados, ya que muchos de ellos, en particular, Kelsen, Bobbio, Guastini, escribieron muchísimo al respecto, con importantes cambios de posiciones, no siempre explícitos. A ello se suma el hecho de que la versión teórica más madura y elaborada de sus planteamientos, no siempre fue la última.

1. Conceptos.

1.1. Antinomias.

Las antinomias han sido y continuarán siendo un tema recurrente de estudio tanto para la teoría del derecho como para la dogmática jurídica, en cuanto se relacionan con la idea de consistencia de los sistemas jurídicos y con los problemas lógicos a los que se enfrenta la interpretación.

Es por esta razón que la noción de antinomia ha sido objeto de distintas conceptualizaciones por parte de los grandes teóricos del derecho, las cuales permiten la identificación y comprensión de sus principales elementos y, a su vez, el análisis de aquellas cuestiones en las que discrepan.

Pongamos en línea, los conceptos dados por algunos de los más destacados autores que han abordado el problema:

En primer lugar, KELSEN entiende que existe una antinomia (o también denominada conflicto normativo) "cuando una norma determina una conducta como debida, y otra norma

obliga a una conducta incompatible con la primera"[7]. No obstante ello, es necesario tener en consideración que para Kelsen el sentido de la palabra *contradicción* merece ciertos reparos. En particular, se refiere a que, si bien dos normas pueden contradecirse, en realidad se trata de una expresión usual para referirse al conflicto normativo, pero no implica que efectivamente exista una contradicción lógica. Kelsen fundamenta este reparo en la existencia de ciertos principios lógicos, entre los cuales se encuentra el principio de no contradicción, que solo pueden ser aplicados a enunciados descriptivos. Por tanto, de ello se sigue que no pueden ser aplicados a una norma jurídica porque respecto de ellas solo se puede predicar su validez o invalidez, mas no su veracidad o falsedad. Sin embargo, precisa que estos principios podrían ser aplicados respecto de los enunciados jurídicos que describen normas jurídicas, e indirectamente, a normas jurídicas, siempre que describan un orden normativo, afirmando que conforme a ese orden son consideradas objetivamente válidas[8].

En segundo lugar, BOBBIO señala que es "aquella situación en 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"[9]. Agrega que la antinomia jurídica se define como la "situación en que dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen a un mismo ordenamiento, tienen un mismo ámbito de validez."[10]

A su vez, ROSS reconoce a las antinomias como inconsistencias, explicando que existirá inconsistencia "entre dos normas cuando se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas."[11]

ALCHOURRÓN y BULYGIN han tratado el problema de las antinomias desde la noción de sistema normativo, entendiendo que estas interfieren en una de las propiedades formales de este tipo de sistema: la coherencia[12]. En este sentido, entienden que "un sistema normativo es inconsistente (o incoherente) cuando correlaciona un caso con dos o más soluciones y lo hace de tal modo, que la conjunción de esas soluciones constituye una contracción normativa"[13].

De manera semejante y siguiendo a Ross, GUASTINI explica que se estará en presencia de una antinomia cuando ocurre "que dos normas dispongan para un mismo supuesto de

---

[7] Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de Roberto Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, segunda ed., 1982, pág. 214. Señala a modo de ejemplo: "si una norma determina que el adulterio deberá ser castigado, y otra, que no deberá serlo; o si una norma determina que el hurto debe ser castigado con pena de muerte, mientras que otra dispone que debe serlo con prisión (y, por tanto, no con muerte)".

[8] Ibídem.

[9] Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*. Traducción de Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, segunda ed., 2002, pág. 188.

[10] Ídem, pág. 189

[11] Ross, Alf, *Sobre derecho y justicia*. Traducción de Genaro Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963, pág. 124

[12] Alchourron, Carlos. y Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Astrea, Buenos Aires, segunda ed. revisada, 2012, cfr. pág. 91. Junto con la coherencia, también señalan que la completitud y la independencia son propiedades formales de los sistemas normativos.

[13] Nino, Carlos Santiago., *Introducción al Análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, segunda ed., 2003, pág. 273.

hecho (una circunstancia o una combinación de circunstancias) singular y concreto, consecuencias jurídicas entre ellas incompatibles"[14]. Al mismo tiempo, precisa que las antinomias pueden ser comprendidas desde dos aristas:

"a. Para quienes consideran las normas jurídicas como calificaciones deónticas del comportamiento, es decir, que mandan, prohíben o permiten, las antinomias son calificaciones incompatibles de un mismo comportamiento; y

b. Para quienes perciben las normas como enunciados condicionales que vinculan supuestos de hecho a consecuencias jurídicas, tal como la perspectiva que desarrolla este autor, entonces la antinomia surgirá cuando existan consecuencias incompatibles vinculadas a un mismo supuesto de hecho". [15]

Por su parte, CHIASSONI, reconoce tres conceptos de antinomia, siendo el punto de partida para su clasificación de las mismas:

"Primer concepto: Antinomia es cualquier incompatibilidad entre dos normas, (que se asume que son) simultáneamente vigentes, al menos prima facie, para un mismo ordenamiento jurídico.

Segundo concepto: Antinomia es cualquier incompatibilidad entre dos normas, que no puede ser eliminada mediante interpretación.

Tercer concepto: Antinomia es cualquier compatibilidad entre dos normas que no puede ser eliminada mediante interpretación, ni puede ser superada aplicado un criterio de resolución preconstituido". [16]

Todavía cabe mencionar los aportes de PRIETO SANCHÍS, quien entiende que hay antinomia "siempre que un mismo comportamiento es cualificado deónticamente de modo incompatible por dos normas del sistema o, lo que viene a ser lo mismo, siempre que para un mismo supuesto se imputan dos o más consecuencias incompatibles"[17].

Asimismo, RUIZ MANERO califica que "dos reglas son antinómicas entre sí cuando el cumplimiento de una de ellas implica, por razones lógicas, el incumplimiento de la otra o bien, si esta última es permisiva, el no poder, también por razones lógicas, hacer uso del permiso de hacer o de omitir concedido por ella."[18]

En último lugar, una concepción más estricta de antinomia es la propuesta por FERRAJOLI, quien la define como "el vicio sustancial producido por la indebida adopción de una norma

---

[14] Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pág. 117.

[15] Ibídem. A fin de facilitar la comprensión y complementar la conceptualización, Guastini visualiza la antinomia de la siguiente manera: "En virtud de una primera norma, N1, el supuesto de hecho S tiene la consecuencia C; en virtud de una segunda norma, N2, el mismo supuesto de hecho S tiene la consecuencia no-C".

[16] Chiassoni, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica. Brevario para juristas*. Traducción de Pau Luque y Maribel Narváez, Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 285.

[17] Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005, pág. 131.

[18] Ruíz Manero, Juan, *Sistema Jurídico: lagunas y antinomias*, en Gonzalez Lagier, Daniel (coord.), *Conceptos básicos del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 58.

en contraste con una norma sustantiva sobre la producción, cuya aplicación supone la anulación de la norma en contraste"[19].

Es fácil notar que entre todos los conceptos dados existen ciertas semejanzas y que difieren en otros aspectos, pero el hecho de contar con una amplia variedad de definiciones pone en evidencia la importancia de discutir el tratamiento de las antinomias en los ordenamientos jurídicos, pues si bien hay conformidad de criterios en ciertos aspectos de la teoría, hay otros tantos que siguen siendo objeto de discusión, cuyas conclusiones son trascendentales para la labor de los operadores jurídicos, en cuanto son los llamados a resolver los conflictos normativos que se presenten.

1.2. Redundancias.

El concepto de redundancia ha sido propuesto por ROSS, estableciendo que "hay redundancia cuando una norma establece un efecto jurídico que, en las mismas circunstancias fácticas, está establecido por otra norma. Una de las dos normas, en la medida en que ello ocurre, es redundante".[20]

De ello se sigue que la redundancia normativa requiere de dos condiciones:[21]

1) Que ambas normas tengan el mismo campo de referencia, es decir, que se refieran a los mismos casos; y
2) Que estipulen la misma solución para ellos.

A su vez, las redundancias admiten la siguiente clasificación:[22]

- Total – total: Toda vez que los ámbitos de aplicación de las normas con soluciones equivalentes se superpongan totalmente.
- Total – parcial: Toda vez que los ámbitos de aplicación de las normas con soluciones equivalentes comprendan uno al otro y se refieran además a otros casos.
- Parcial – parcial: Toda vez que los ámbitos de aplicación de las normas con soluciones equivalentes se superpongan parcialmente, manteniendo cada uno de ellos, además, referencias autónomas.

Las redundancias no son ajenas en los ordenamientos jurídicos, ya que por la inadvertencia del legislador puede ocurrir que coexistan dos normas coincidentes, lo cual no implica que, ante la consecución de iguales efectos jurídicos, la labor del intérprete deba ser desestimada. Al contrario, toda vez que exista una redundancia significa que el intérprete deberá reconocerla y optar por una u otra norma. Incluso, si existiera un caso de

---

[19] Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Traducción de Perfecto Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, vol. I, 2011, pág. 646.
[20] Ross, A., op. cit., pág. 128.
[21] Nino, C.S., op. cit., pág. 279.
[22] Ibídem.

coincidencia normativa aparente, entonces deberá interpretar en aquel sentido que permita suprimir la redundancia.

Si bien no ha sido necesario el desarrollo de una teoría al respecto, Ross sostiene la idea de que no existe una solución preconstituida en el derecho para cada caso en que se presente una redundancia, es decir, al igual que en la teoría de las inconsistencias, no existe la aplicación mecánica y uniforme de criterios que permitan resolver este tipo de problemas. Por tanto, la decisión del intérprete, debido a que se trata de un problema de interpretación lógico, tendrá que basarse en consideraciones diversas, entre las que se encuentra la presuposición general de que no hay redundancias en un ordenamiento jurídico.[23]

[23] Ross, A., op. cit, cfr. pág. 128.

2. Terminología.

El término "antinomia" ha sido la denominación general y contemporánea que se ha utilizado para la explicación y comprensión de su rol en la teoría del derecho, pero como se pudo apreciar sucintamente en el apartado anterior, también ha recibido otras denominaciones por parte de los autores. En tal sentido, las expresiones que se han usado para aludir a las antinomias son: conflictos normativos[24], inconsistencias[25], incoherencias[26], contradicciones[27] e incompatibilidades normativas[28].

A menudo, estas expresiones han sido empleadas indistintamente para referirse a las antinomias, tratándolas, en efecto, como sinónimos. No obstante ello, hay quienes realizan distinciones al respecto, como es el caso de Guastini, de manera tal que no reconoce que todas ellas sean sinónimos, sino que hace presente las diferencias entre ciertas denominaciones y otras.

En definitiva, Guastini deja en claro la diferencia que existe entre la coherencia y la consistencia como propiedades de los sistemas jurídicos, de los cuales derivan las denominaciones *inconsistencia* e *incoherencia*.

Respecto a la coherencia (*coherence*), señala que "exige que todas las normas pertenecientes al sistema puedan reconducirse: (a) desde el punto de vista formal, a un fundamento común de validez, o sea una sola norma última y suprema; (b) desde el punto de vista axiológico, a un único principio o a una única constelación de principios consistentes entre sí"[29].

En cuanto a la consistencia (*consistency*), se refiere a que "consiste simplemente en la carencia de antinomias, conflictos lógicos, incompatibilidades, entre normas".[30]

Por tanto, ante la existencia de antinomias en un sistema jurídico, la denominación a utilizar en el estricto sentido de la palabra, según este autor, debiera ser la de inconsistencia.[31]

---

[24] Expresión utilizada por Kelsen en la *Teoría pura del Derecho*. A su vez, utilizada por Alchourrón y Bulygin en *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* y *Análisis Lógico y Derecho*. Asimismo, Giovanni Battista Ratti en el *Gobierno de las normas.*

[25] Ross en su obra *Sobre derecho y justicia* reconoció a las antinomias bajo el nombre de inconsistencia. Cabe mencionar que Guastini al citar el concepto dado por Ross, se refiere a ellas como incoherencias, lo que permite advertir que se trata de una distinción formada a partir de la traducción.

[26] También utilizada por Alchourrón y Bulygin tanto en la obra *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* como en *Análisis lógico y Derecho.*

[27] Prieto Sanchís ha empleado esta esta expresión en *Apuntes de teoría del Derecho*. Asimismo, también ha sido utilizada por Bulygin en diferentes artículos de su autoría.

[28] Denominación usada por Pierluigi Chiassoni en *Técnicas de interpretación jurídica. Brevario para juristas*

[29] Guastini, Riccardo, *Proyecto para la voz "ordenamiento jurídico" de un diccionario*. En *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Alicante, núm 27, 2004, pág. 270.

[30] Ídem, pág. 271

A pesar de esta aclaración, en *Interpretar y Argumentar* (2014), Guastini pareciera entender que la diferencia debiera ser entre las denominaciones en inglés de *coherence* y *consistency*, puesto que allí realiza la distinción entre coherencia, en el sentido recién explicado de consistencia, y cohesión o congruencia, en el sentido señalado anteriormente como coherencia.

Al igual que Guastini, existen otros autores que también adoptan la posición de diferenciar la coherencia de la consistencia, siendo Neil MacCormick uno de los primeros en apuntar la diferencia, según se abordará enseguida.

3. Coherencia.

Situar el problema de las antinomias en la perspectiva de la teoría del derecho ha llevado a asociar los conflictos normativos a interferencias o defectos que se presentan en los ordenamientos jurídicos, afectando directamente a las propiedades formales que permiten configurar un sistema o, incluso hablar de ideales a alcanzar. Dentro de aquellas propiedades se encuentra la coherencia, funcionando como eje central en el reconocimiento de las antinomias, puesto que la existencia de una contradicción normativa pone en evidencia que los sistemas jurídicos no son perfectos ni siempre se condicen con los ideales a los que aspiran y, corolario de ello, es que el desafío para los operadores jurídicos es zanjar el problema de las antinomias o, al menos, minimizar las posibilidades de su ocurrencia, a fin de mantener un sistema coherente.

3.1. Nociones generales.

El distinguido filósofo escocés Neil MacCormick fue uno de los primeros autores que, en sus principales obras, dedicó especial ahínco al estudio de la coherencia *per se.* En lo que concierne a la coherencia de las normas, la define como "una cuestión de que *(las reglas de un sistema jurídico)* 'tengan sentido' al ser relacionadas racionalmente como conjunto, instrumental o intrínsecamente, con la realización de algún valor o algunos valores comunes. (...) En resumen, la coherencia de un conjunto de normas está en función de su posibilidad de justificación según principios y valores de orden superior, siempre que los principios y valores de orden superior parezcan aceptables en tanto que delinean una forma de vida satisfactoria, al ser tomados conjuntamente".[32] La definición referida permite distinguir que, para MacCormick, existen ciertos elementos necesarios para hablar de coherencia en un sistema jurídico, los cuales podemos resumir en:

- La relación lógica que debe existir entre todas las reglas pertenecientes a un determinado ordenamiento jurídico; y lo más importante:
- Que dicha relación lógica entre reglas exprese, sea acorde y esté supeditada a los principios y valores que sustentan al sistema de normas que se refiere.

Asimismo, una de las contribuciones más relevantes que realizó en este tópico es la distinción entre coherencia y consistencia, términos que a menudo suelen tratarse como sinónimos y que dio origen a que las antinomias de igual modo se reconozcan bajo la expresión de 'inconsistencias' (tal como se abordó en la sección 2).[33]

El teórico escocés en un agudo análisis para diferenciar ambos conceptos llega a una inteligible conclusión: "(...) Interpreto la consistencia de modo que se satisface con la no

---

[32] MacCormick, Neil, *Retórica y Estado de Derecho: Una teoría del razonamiento jurídico*. Traducción de José Ángel Gascón, Palestra Editores, Lima, 2016, pág. 326. El autor vuelve a recalcar la misma idea posteriormente en su obra *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho*. Traducción de José Ángel Gascón, Palestra Editores, Lima, 2018, cfr. págs. 199-200.

[33] Si bien en el apartado de terminología se explica la distinción de consistencia y coherencia basado en los planteamientos de Guastini, cabe tener en cuenta que dicho razonamiento se corresponde con lo propuesto por Neil MacCormick.

contradicción. Un conjunto de proposiciones es mutuamente consistente si cada una de ellas puede afirmarse sin contradicción en conjunción con todas las demás y con su conjunción."[34]. Ahonda en la distinción agregando que "la consistencia es la ausencia de contradicción lógica entre dos o más reglas. *(En cambio)* La coherencia es la compatibilidad axiológica entre dos o más reglas, todas las cuales son justificables por referencia a algún principio o valor común[35]".

De lo anterior se colige que la coherencia de los sistemas jurídicos implica, a su vez, que estos sean consistentes, es decir, todo sistema jurídico coherente es un sistema consistente. No obstante, no es posible arribar al mismo resultado viceversa, puesto que un sistema jurídico consistente no comporta la coherencia, de manera tal que si un sistema solo es consistente no significa que necesariamente sea coherente. Ello se explica debido a que la ausencia de contradicción no es suficiente, pues además la coherencia exige una adecuación y sujeción a los valores concernientes al ordenamiento jurídico de que se trate.

Empero, es innegable que la consistencia juega un rol elemental para mantener la coherencia, desde que el sistema jurídico para entenderlo como tal requiere de un fundamento de validez formal común a todas las reglas que lo conforman, permitiendo la correlación entre las mismas. En este entendimiento, el sistema jurídico se estructura a partir de ciertos criterios de validez que, al mismo tiempo, deben ser ordenados de forma jerárquica, con el objeto de establecer un orden de aplicación en caso de que dos normas se contradigan recíprocamente. Si aquello ocurre, entonces el propio sistema jurídico aportará herramientas para la resolución (por ejemplo: *lex superior derogat inferiori, lex posterior derogat priori o lex specialis derogat generalibus*), indicando bajo qué criterio deberá ser derogada una de ellas y en qué extensión. Precisamente, el hecho de la existencia de criterios de validez determinados por el mismo ordenamiento jurídico posibilita mantener la consistencia entre reglas, suministrando la solución a las eventuales contradicciones lógicas que puedan acaecer y asegurando la unidad del conjunto de normas y sus interrelaciones. Por tanto, aunque es evidente que la coherencia y la consistencia en términos normativos no son conceptos semejantes, están imperiosamente en interacción bajo la idea de sistematismo.[36]

Por otra parte, Bobbio se cuestiona cuál es la naturaleza de la coherencia en el ordenamiento jurídico, ya que la presencia de antinomias como un defecto que debe subsanarse conlleva, al menos, pensar en la existencia de una regla implícita de coherencia, la cual es expuesta de la siguiente manera: "En un ordenamiento jurídico no deben existir antinomias".[37] Aunque es una expresión concisa y general, es suficiente para preguntarse si efectivamente se trata de un deber y, en principio, puede decirse que sí, pues la función de mantener la coherencia de un ordenamiento jurídico se dirige a los operadores jurídicos, el legislador que produce normas y el juez que las aplica; en tanto el primero está obligado a producir normas que sean conformes y no contradigan a la norma

---

[34] MacCormick, N., *Retórica y Estado de Derecho: Una teoría del razonamiento jurídico.* ed. cit., págs. 320-321. Complementó la idea de consistencia en términos tales que aquella "dice relación con no contradecir las normas ya establecidas, vigentes y vinculantes", MacCormick, N., Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho, ed. cit., cfr. pág. 280.
[35] Ídem, pág. 385.
[36] Ídem, cfr. págs. 383-384
[37] Bobbio, N., op. cit., pág. 205.

superior y el segundo tiene la obligación de resolverlas y eliminarlas valiéndose de los criterios de solución que el sistema jurídico le proporciona. Sin embargo, no es posible consolidar la presuposición de este deber o regla de coherencia, toda vez que no existe una imposición al legislador de no contradecirse y es del todo sensato, pues la considerable cantidad de normas presentes en un ordenamiento jurídico hace imposible percibir, al momento de la producción y en todo caso, las posibles contradicciones. Respecto a la situación del juez, tampoco es posible afirmar la presuposición de la regla de coherencia, porque la existencia de una antinomia entre dos normas obliga al juez a optar por una sobre la otra, en razón de una necesidad de hecho, pues al ser incompatibles es fácticamente imposible aplicar ambas.[38]

Teniendo en consideración lo recién expuesto, Bobbio llega, además, a la conclusión de que la coherencia no puede ser condición de validez de las normas jurídicas, esto en virtud de que el juez cuando desecha una de las normas en conflicto en favor de la otra, aquella no pierde su validez a raíz de su incompatibilidad, sigue existiendo y siendo parte del ordenamiento jurídico; lo que ocurre es que la eficacia de esa norma se ve limitada. Sin perjuicio de esto, la coherencia ha sido estimada como condición para la justicia de los sistemas jurídicos, en tanto la aplicación de una norma sobre otra para superar la antinomia conlleva la vulneración de dos valores elementales en todo ordenamiento jurídico según reconoció el jurista italiano: "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 igualdad). Cuando existen dos normas antinómicas, ambas válidas, y por tanto aplicables, el ordenamiento jurídico no logra garantizar 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"[39].

A continuación, merece un especial tratamiento el papel de la coherencia en el desarrollo de la teoría de los sistemas normativos propuesta por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, junto al estudio minucioso realizado por Giovanni Battista Ratti, quien reparó que en la obra de los lógicos y juristas argentinos es posible identificar dos sentidos de coherencia, según se analizará.

3.2. La coherencia en el modelo de sistema normativo de Alchourrón y Bulygin, y las observaciones de Giovanni Battista Ratti.

Los destacados profesores argentinos Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin abordaron el asunto de la coherencia en su obra maestra *Normative Systems*, en la cual la identificaron como una propiedad formal de los sistemas normativos. El enfoque de su estudio es de carácter racional, puesto que desarrollaron un modelo que permitiese explicar lógicamente las conexiones entre enunciados que hacen posible determinar la existencia de un sistema normativo. Es así que para estos autores un sistema normativo es aquel en que un conjunto

[38] Ídem, cfr. págs. 205-206.
[39] Ídem, pág. 207.

de enunciados (que forman un sistema) se corresponde con consecuencias normativas, es decir, se correlacionan deductivamente casos y soluciones[40].

Ya teniendo en cuenta tal noción, cabe precisar que el papel de la coherencia en este modelo es fundamental, puesto que de los planteamientos de Alchourrón y Bulygin es posible deducir que el sistema normativo no sólo se reduce a las conexiones que puedan existir entre enunciados y consecuencias normativas, sino que los conjuntos normativos, además, deben aspirar a ser completos, coherentes e independientes.

Ahora bien, ¿qué se entiende por un sistema normativo coherente?

En este sentido, los filósofos argentinos prefirieron ocuparse del tema a partir de la identificación de la incoherencia y entendieron que "un sistema normativo α es incoherente en un caso C_i de un UC_j si α correlaciona C_i de tal manera con dos o más soluciones, que la conjunción de esas soluciones es una contradicción deóntica"[41]. Lo anterior quiere decir que el sistema normativo deja de ser coherente toda vez que existe un determinado caso, dentro del universo de casos según la denominación utilizada por estos profesores, al que el mismo sistema establece más de una solución, de forma tal que las soluciones aplicables son incompatibles lógicamente hablando.

Sin embargo, el alcance de contradicción va más allá de la lógica deóntica, y lo asimilan al principio de la lógica general de Duns Escoto[42], el cual sugiere que "de una contradicción puede seguirse cualquier enunciado; de modo que, si un caso es correlacionado con dos o más soluciones, entonces está correlacionado con cualquier solución"[43]. A partir de ello, los filósofos argentinos formulan la relación de coherencia entre un conjunto normativo y un determinado universo de casos, reputándose tal siempre que ningún elemento de este universo se corresponda con todas las soluciones dadas por dicho conjunto normativo.

A partir de este planteamiento, el jurista italiano Giovanni Battista Ratti da cuenta que en la obra de los profesores argentinos es posible advertir dos nociones de coherencia, cuyas diferencias radican en ciertas bases de la teoría del sistema normativo, como es el caso de la distinción entre normas y proposiciones normativas, entre normas categóricas y normas hipotéticas, y la caracterización de las propiedades relevantes en dichos sistemas.

Antes de continuar con las nociones de coherencia desarrolladas por G. B. Ratti, y con el objetivo de entender cabalmente las diferencias, es menester precisar los conceptos recién introducidos.

En primer lugar, cabe recordar que "las normas son enunciados prescriptivos que se usan para ordenar, prohibir o permitir conductas humanas. *Mientras que* las proposiciones normativas son enunciados descriptivos que se usan para informar acerca de las normas o acerca de las obligaciones, prohibiciones o permisiones establecidas por las normas"[44]. De esta primera diferencia, se sigue que las normas se identifican de acuerdo a la conducta prescrita, es decir, se pueden reconocer a través de su carácter normativo: permitido (P), prohibido (Ph) y obligatorio (O), siendo interdefinibles entre sí; lo que quiere decir que

---

[40] Alchourrón, C. y Bulygin, E., op. cit., cfr. pág. 83.
[41] Ídem, págs. 92-93
[42] Ratti, G. B., op. cit., cfr. pág. 130.
[43] Alchourrón, C. y Bulygin, E., op. cit., pág. 93.
[44] Ídem, pág. 172.

dependiendo de la formulación que se utilice en la norma entonces significará que aquellas son equiparables en el sentido lógico (tal es el caso de 'Permitido p', 'no prohibido p' y 'no obligatorio no P', según lo indican Alchourrón y Bulygin). En contraste, la función de las proposiciones normativas no radica en regular la conducta de los sujetos imperados, sino que tiene por objeto describir una norma perteneciente a un determinado sistema jurídico, de ahí que se dice que respecto de ellas se puede predicar verdad o falsedad, pues se trata de una descripción que está sujeta a verificación (por ejemplo: 'P está prohibido en el sistema α', será verdadero si efectivamente la norma que indica que P está prohibido existe en el sistema normativo α)[45].

Para la importancia de esta distinción, Bulygin y Alchourrón introdujeron dos conceptos: 1) la permisión fuerte, que consiste en que es posible inferir una norma a partir de un sistema normativo determinado que P está permitido en el caso Q; y 2) la prohibición en sentido fuerte, lo cual significa que se infiere la norma a partir de un cierto sistema normativo que prohíbe P en el caso Q[46].

De lo anterior, la mayor diferencia recae en que precisamente *permitido* y *prohibido* como operadores deónticos y reconocidos como caracteres de las normas implican necesariamente contradicción, es decir, si una norma prohíbe la conducta P entonces también es dable a entender que P no está permitida por el sistema normativo, y lo mismo ocurre en el caso de que la norma permita la conducta P, pues se entiende que esa conducta no está prohibida. No obstante, cuando se habla de permisión fuerte y prohibición fuerte, ya no se trata del carácter de la norma, sino más bien del carácter de la conducta, y ello significa que no cabe contradicción entre proposiciones normativas, puesto que habrá ocasiones en que no será posible suponer a partir de un cierto sistema normativo que la conducta P se encuentre permitida o prohibida. A esta conclusión arriban los teóricos argentinos, enunciando que: "el hecho de un sistema contenga normas incoherentes (contradictorias) no implica desde luego, que las proposiciones normativas que describen este sistema sean incoherentes"[47].

A su vez, la primera observación que realiza Giovanni Battista Ratti recae en que las normas jurídicas y las proposiciones normativas presentan modelos distintos en lo referido a la permisión y la prohibición, apuntando a que se pueden superponer solo bajo la conjetura de un sistema normativo ideal, a saber, un sistema consistente y completo. En cuanto a la consistencia, en dicho sistema normativo la permisión en un sentido positivo comporta la permisión en un sentido negativo, es decir, todo aquello que está autorizado expresamente por una norma lleva implícito que no existe una norma que lo prohíba[48].

En segundo lugar, habrá que tener en cuenta la diferencia entre normas categóricas e hipotéticas o condicionales. En el caso de las primeras, se dice que una norma categórica es aquella que "solo supone las condiciones para que haya oportunidad de realizar su contenido; en ese caso las condiciones surgen del mismo contenido"[49], las cuales a menudo

---

[45] Ídem, cfr. pág. 172.
[46] Ídem, cfr. pág. 173.
[47] Ídem, pág. 174.
[48] Ratti, G.B., op. cit., cfr. pág. 130. Cabe notar que Ratti utiliza indistintamente las palabras coherencia y consistencia, sin referirse ni realizar distinciones como las que se abordaron anteriormente.
[49] Nino, C. S., op. cit., pág. 76.

suelen emplearse para expresar principios morales. Por el contrario, una norma hipotética o condicional es aquella que, "aparte de las condiciones de aplicación que permiten una oportunidad para la realización de su contenido, prevén condiciones adicionales que no se infieren de su contenido"[50]. En consecuencia, tanto las normas categóricas como las normas hipotéticas determinan las condiciones para llevar a cabo la acción, las cuales provienen del mismo contenido de la norma; pero las normas hipotéticas difieren de las categóricas en cuanto presuponen, adicionalmente, condiciones para que la acción sea catalogada como prohibida, permitida u obligatoria[51]. Aún cabe señalar que Kelsen, al desarrollar su teoría del derecho, llegó a la conclusión de que las normas categóricas solo pueden ser individuales, colocando como ejemplo el caso de las sentencias judiciales, y excluyendo que una norma general pueda ser de carácter categórico. Asimismo, se deduce que, *a contrario sensu*, las normas hipotéticas siempre se corresponden con las normas generales, lo que no obsta a que también pueden existir normas hipotéticas individuales, puesto que Kelsen reconoció expresamente que, asimismo, las sentencias judiciales pueden ordenar el cumplimiento de lo decidido bajo ciertas condiciones específicas[52].

En tercer lugar, se debe dilucidar a qué se refiere que una propiedad sea relevante en un conjunto perteneciente a un determinado sistema normativo. Para ello, es necesario volver a la teoría de los filósofos argentinos y la distinción entre propiedades relevantes e irrelevantes. Se entiende por propiedad relevante (en relación con un caso de un sistema normativo determinado y su universo de soluciones (UC)) aquella que permite "afirmar un estado de cosas que de hecho se da; ese estado de cosas consiste en que el caso en cuestión y su caso complementario tienen diferentes estatus normativos"[53]. A este respecto, Alchourrón y Bulygin afirman que el caso y su complementario tendrán diferente estatus normativos si "en relación a un sistema normativo α y un UA_k*(universo de acciones)* significa que hay un elemento (una solución) del US_{min}(*universo de soluciones minimales*) correspondiente al UA_k que está correlacionado por α con uno de los casos y no con el otro"[54]. Lo anterior se traduce en que el elemento diferenciador del estatus normativo de los casos recae en que el propio sistema normativo al que pertenecen relaciona la solución a solo uno de los casos y no al otro; en cambio, si poseen igual estatus normativos, entonces se entenderá que los casos están relacionados a una misma solución o a ninguna, comprendiendo que, en ese caso, se tratará de una propiedad irrelevante[55].

Ahora bien, ya aclarados estos conceptos, y tal como se ha mencionado, el jurista italiano Giovanni Battista Ratti reconoció dos tipos de coherencia en la obra *Normative Systems* de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, las cuales denominó:

- La α-coherencia para referirse a la noción clásica de coherencia; y
- La β-coherencia para referirse a la noción no clásica de coherencia.

---

[50] Ibídem.
[51] Ibídem.
[52] Kelsen, H., op. cit., cfr. pág. 117.
[53] Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Sistemas normativos* (...), ed. cit. pág. 151.
[54] Ídem, pág. 150. El universo de soluciones minimales está formado por aquellas soluciones cuya disyunción de cada par deóntico no signifique una redundancia. Véase Alchourrón, C. y Bulygin, E., op. cit., págs. 63-64.
[55] Ibídem.

a) La α-coherencia.

En este primer sentido, G.B. Ratti reconoce que Alchourrón y Bulygin cuando hablan de coherencia como propiedad formal de los sistemas normativos se refieren a la concepción clásica de coherencia, la cual consiste en que no se encontrará en un mismo conjunto de enunciados normativos la presencia de una determinada proposición y la de su negación[56]. En este orden de ideas, el sistema será coherente "si y sólo si no admite cualquier proposición entre sus consecuencias lógicas"[57]. En contraste, se habla de un sistema incoherente bajo esta premisa "si y sólo si admite la derivación de cualquier enunciado"[58], es decir, cabe la aplicación del principio *ex falso sequitur quodlibet*, según el cual de una contradicción se sigue cualquier enunciado, y de ahí que pueda atribuirse cualquier solución a un enunciado. Sin embargo, la presencia de este principio en los modelos de lógica clásica lleva a la trivialización de los sistemas, y lo mismo ocurre al trasladarlo al ámbito normativo, cuya aplicación supone la imposibilidad de reconocer lo verdadero de lo falso, banalizando a la noción de sistema normativo[59].

Complementando lo recién dicho, y de acuerdo con la composición del sistema jurídico según el tipo de norma que se trate, es posible identificar la coherencia de un conjunto de normas perteneciente a un determinado sistema normativo de la siguiente manera:

- "Un conjunto de normas imperativas (i. e. de obligación o de prohibición) puede considerarse consistente si y sólo si es posible que se den, conjuntamente, todas las acciones requeridas por las normas del conjunto. (...); *y*
- Un conjunto mixto de normas imperativas y permisivas es consistente si y sólo si se pueden realizar todas las acciones mandadas a la vez que es posible realizar cada una de las acciones autorizadas"[60].

En cierta medida, una vez vista la coherencia en los términos expresados, se puede inferir que la contradicción normativa en la obra maestra de los teóricos argentinos consiste, según lo entendido por Ratti, "en la imposibilidad de satisfacer a la vez dos soluciones normativas"[61]. Sobre el particular, la clasificación de las normas en categóricas e hipotéticas entra a marcar diferencias importantes en referencia al asunto en cuestión, pues la presencia de una incoherencia normativa producirá efectos diversos según se trate de una o de otra.

Como detalladamente explica este autor, si la contradicción normativa se da entre normas categóricas, la inexistencia de condiciones de aplicación hace fácilmente posible que se materialice el postulado de que de un enunciado contradictorio se siga cualquier enunciado. En cambio, respecto a las normas hipotéticas, la contradicción normativa expresa que ambas soluciones normativas están vinculadas a un mismo hecho o conjunto de hechos,

---

[56] Ratti, G.B., op. cit., cfr. pág. 131.
[57] Ibídem.
[58] Ibídem.
[59] Díez, Francisco, *Conflictos normativos y análisis lógico del Derecho.* En *Anuario de Filosofía del Derecho*, Servicio de publicaciones del Ministerio de Justicia Español y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, N° XI, 1994, cfr. pág. 402.
[60] Ratti, G.B., op. Cit., pág. 133.
[61] Ídem, pág. 134.

cuya determinación pertenece a un antecedente (o también llamado condicional). Ha sido esta fórmula la que se ha utilizado, en principio, para restringir los efectos del principio lógico de Duns Escoto, pues, aunque es esperable que produzca los mismos efectos que en las normas categóricas, se ha limitado dicho principio a solo el caso que está previsto en el antecedente en común de las normas jurídicas en conflicto, a fin de evitar la trivialización del sistema normativo en su totalidad. Es decir, en el caso de las normas condicionales se puede sostener que el principio *ex falso sequitur quodlibet* se traduciría en que de la contradicción normativa presente en un caso concreto se sigue que dicho caso pueda correlacionarse a cualquier solución[62].

A partir de ello, la contradicción normativa para Alchourrón y Bulygin podría ser entendida, nuevamente en palabras de Ratti, como "la situación más compleja de contradicción entre consecuentes normativos bajo la hipótesis de un antecedente común de dos condicionales normativos"[63]. Sin embargo, el propio jurista italiano prevé que tal planteamiento introduce otro problema: el hecho de que el mencionado principio se restrinja a solo el caso particular contenido en los antecedentes normativos, no sólo se sigue que se relacione a cualquier solución, sino que también se vincula a cualquier condicional normativo[64].

Ratti ilustra la situación con el siguiente ejemplo:

"Si al caso de la buena fe del enajenante está correlacionada una incoherencia (p. ej., obligatorio y facultativo devolver el bien) y en el mundo se instancia la buena fe del enajenante, tendríamos (entre muchas otras) la consecuencia de que en el caso de aprobarse una ley, esto debería hacerse con la mayoría de los 2/3 de los miembros del parlamento" [65].

Llega a la conclusión que la α-coherencia, en los términos planteados, implica que se puede evitar en parte la trivialización completa del sistema normativo limitando la aplicación del principio de Duns Escoto al caso contenido en el antecedente normativo, pero ello no es suficiente para erradicar el problema que presentan las contradicciones, puesto que esta limitación sugiere que, aunque no se trivialice el sistema normativo en su totalidad, sí se trivializará al menos la mitad del universo correspondiente al caso en cuestión, por la correlación a cualquier solución y condicional normativo[66].

b) La β-coherencia.

Esta segunda noción de coherencia, denominada por Ratti como β-coherencia, surge del análisis de los elementos que configuran el modelo de sistema normativo de Alchourrón y Bulygin, a fin de superar las problemáticas asociadas al sentido de coherencia recién expuesto, la α-coherencia, cuyas consecuencias son aplastantes en lo relativo a la tarea de sistematización de los ordenamientos jurídicos, debido a la presencia del principio de Duns Escoto.

En este sentido, la β-coherencia parte de los supuestos ya contemplados en la noción clásica para restringir los efectos negativos del referido principio, es decir, ya presupone

---

[62] Ídem, cfr. págs. 132-132.
[63] Ídem, pág. 134.
[64] Ibídem.
[65] Ratti, G.B., op. cit., pág. 135
[66] Ibídem.

que la incoherencia normativa se da en el plano de las normas hipotéticas o condicionales, en que existen dos normas jurídicas cuyos antecedentes (el o los hechos operativos) son idénticos pero asociados a dos consecuentes normativos incompatibles, cuyo resultado es la trivialización parcial del universo de casos contemplados en el condicional. Sin embargo, el elemento diferenciador en esta noción, a fin de evitar la trivialización, es el de las propiedades relevantes del caso descrito en dicho antecedente[67].

Volviendo a lo que Alchourrón y Bulygin entienden por propiedad relevante, se señala que las propiedades se refieren a un determinado estado de cosas y ese estado de cosas será relevante si "el caso en cuestión y su caso complementario tienen diferentes estatus normativos"[68], lo que quiere decir que los casos deben estar vinculados a soluciones distintas.

La importancia de las propiedades relevantes radica en que afecta positivamente el principio de Duns Escoto, en el sentido de que minimiza la trivialización en cuanto la incoherencia sólo estaría vinculada, ya no al sistema normativo ni al caso contemplado en el antecedente, sino que solo a ciertas propiedades de ese caso. En palabras de Ratti, se entiende que: "(...) las propiedades que podrían reforzar el antecedente serían sólo aquellas que figuran en las otras normas del sistema normativo al que pertenecen las normas que producen la incoherencia vía ciertos hechos. Siendo estas propiedades relevantes exactamente porque conllevan una diferencia de estatus normativo en relación con sus propiedades complementarias, es relativamente difícil que una contradicción normativa respecto de un caso produzca la trivialización del sistema respecto de todas las propiedades relevantes y sus propiedades complementarias"[69].

Bajo esta maniobra de los filósofos argentinos Alchourrón y Bulygin, y analizada muy minuciosamente por Ratti, se contempla, en principio, una solución a la trivialización de los sistemas normativos, de manera tal que la presencia de una incoherencia no implicará que de un enunciado se siga cualquier solución, sino que se seguirá cualquier solución solo respecto del universo de casos más finos y sólo en cuanto a aquellas normas que sean determinadas como relevantes, afectando el mínimo posible la coherencia del sistema normativo entero. Tal maniobra se logra gracias a que el modelo presentado en *Normative Systems* está compuesto por normas hipotéticas[70].

Finalmente, Giovanni Battista Ratti colige que las nociones de coherencia ya analizadas, a pesar de encontrarse acopladas bajo un concepto general en la obra de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, encuentran su fundamento en planteamientos lógicos diversos. En este sentido, Ratti indica que existe una primera perspectiva (de lógica clásica) relativa a la idea de condicional normativo, que impide desprenderse de las consecuencias del principio *ex falso sequitur quodlibet*, haciendo imposible evitar la trivialización del sistema normativo; por otra parte, está la perspectiva no clásica (o para-clásica), cuyo enfoque está orientado a superar la imposición del principio de Duns Escoto ante la presencia de una contradicción normativa, mediante la concentración de la problemática sólo a las propiedades relevantes,

---

[67] Ratti, G.B., op. cit., cfr. págs. 136-139.
[68] Alchourrón, C. y Bulygin, E., op. cit., pág.151.
[69] Ratti, G.B., op. cit., p. 140
[70] Ídem, cfr. págs. 140-141.

permitiendo hilar universos de casos más finos y, a su vez, restringir la trivialización solo a tales universos[71].

[71] Ídem, cfr. pág. 142.

4. Clasificación.

La clasificación de las antinomias ha sido estudiada y desarrollada, principalmente, a partir del análisis realizado por Alf Ross en su obra *Sobre el Derecho y la Justicia* (1963), donde dio a conocer la existencia de tres tipos de antinomias en relación con el ámbito de aplicación de las normas: total-total, total-parcial y parcial-parcial. Esta clasificación supuso el punto de partida para que distintos teóricos del derecho ahondaran en sus ideas e incluso introdujeran variaciones de las mismas.

Sin embargo, dicha taxonomía no ha sido la única que ha cobrado relevancia en el ámbito jurídico. Prueba de ello es que existen autores que han planteado criterios distintos al propuesto por Ross para catalogar las antinomias, según se verá posteriormente.

Este apartado de la tesis tiene por objeto conocer y analizar los tipos de antinomias, empezando por la clasificación de Ross, complementado con las visiones de otros destacados teóricos, para luego identificar aquellas clasificaciones particulares desarrolladas en la doctrina.

4.1. La clasificación de Ross.

4.1.1. Antinomia total-total.

Según Ross, existirá una antinomia de carácter total-total "cuando ninguna de las normas puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra"[72]. De manera ilustrativa sugiere la representación de la antinomia a través de dos círculos que coinciden, de manera tal que el ámbito de aplicación de ambas normas es el mismo, pero cada norma atribuye consecuencias jurídicas incompatibles para ese supuesto de hecho.

Asimismo, la denominó inconsistencia total o incompatibilidad absoluta[73], explicándola de forma bastante precisa y clara.

Ello fue suficiente para que otros autores realizaran sus acotaciones al respecto. Tal es el caso de Bobbio, que siguió a Ross en su razonamiento y enfatizó que el criterio a utilizar para distinguir este tipo de antinomias es la extensión de la contradicción entre dos normas, especificando que es el ámbito de validez el que debe coincidir totalmente para que exista una incompatibilidad absoluta[74]. Se observa que Bobbio hace equivalentes los términos ámbito de validez y de aplicación y ello permite concluir que, al momento de identificar antinomias según este criterio general planteado por Ross, entonces debe considerarse la

---

[72] Ross, A., op. cit., pág. 124.
[73] Ibidem.
[74] Bobbio, N., op. cit., cfr. pág. 189.

noción kelseniana de los ámbitos de validez de las normas, que abarca los siguientes: el temporal, el espacial, el material y el personal.

Ahora bien, con miras a complementar lo que se ha entendido por esta clase de antinomias, Guastini ha señalado que "tenemos superposición total siempre que las dos normas conectan consecuencias incompatibles con la misma clase de supuestos de hecho"[75].

En el mismo sentido, Chiassoni entiende que "dos normas son incompatibles en modo absoluto, cuando conectan al mismo supuesto de hecho abstracto consecuencias jurídicas incompatibles, de modo que los respectivos ámbitos de aplicación coinciden perfectamente, sin resto"[76].

Cabe señalar desde ya que, con el particular objetivo de demostrar las relaciones antinómicas, este autor italiano hace referencia en su obra a formulaciones lógicas, traducidas en axiomas que se verán reflejados a lo largo de esta tesis, y cuya práctica se ha extendido entre los teóricos del derecho debido a la necesidad de tratar cuestiones propias de la lógica deóntica.

En consonancia con lo recién expuesto, Chiassoni presenta de manera general la siguiente formulación acorde a la lógica proposicional:

"Las antinomias absolutas se presentan entre parejas de normas jurídicas de la forma siguiente:

(N_1) "Si F_1, entonces C_1" (...)

(N_2) "Si F_1, entonces no-C_1" (...)

Donde "no-C_1" simboliza aquí, genéricamente, cualquier consecuencia lógicamente incompatible (contradictoria o contraria) respecto de "C_1"."[77]

En concordancia con lo ya expuesto, una definición más acabada de inconsistencia total es la dada por Prieto Sanchís, según el cual se estaría en presencia de una antinomia de este tipo cuando "ambas normas comparten por completo su ámbito de validez material, personal, espacial y temporal, de manera que los casos o supuestos de hecho comprendidos en una y otra son exactamente los mismos. Dicho de otro modo, no hay ninguna hipotesis en que, siendo procedente aplicar N1, no proceda aplicar también N2, siendo así que N1 y N2 imputan consecuencias incompatibles"[78].

A continuación, se plantean una serie de ejemplos a fin de ilustrar el problema de la antinomia total-total:

Ejemplo I[79]:

---

[75] Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, ed. cit., pág. 120.
[76] Chiassoni, P., op. cit., pág. 296. En este modelo, F hace referencia al supuesto de hecho y C a la consecuencia.
[77] Ibídem.
[78] Prieto Sanchis, L., op. cit., pág. 133.
[79] Bobbio, N., op. cit., pág. 189.

(N_1) "Se prohíbe fumar a los adultos, de las cinco a las siete, en la sala de cine";

(N_2) "Está permitido fumar a los adultos, de las cinco a las siete, en la sala de cine".

Ejemplo II[80]:

(N_1) "Está permitido a los cónyuges divorciarse";

(N_2) "Está prohibido a los cónyuges divorciarse".

Ejemplo III[81]:

(N_1) "Está prohibido arrojar residuos en vertederos no autorizados";

(N_2) "Está permitido arrojar residuos en vertederos no autorizados".

Del análisis de los casos dados, se colige que la incompatibilidad se produce al existir dos normas que regulan de distinta manera, una de las cuales prohíbe y la otra permite, exactamente el mismo comportamiento.

4.1.2. Antinomia total-parcial.

La antinomia total-parcial se da "cuando una de las dos normas no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que ésta tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera"[82]. Nuevamente, utilizando la analogía de los círculos, la antinomia estaría representada por un círculo dentro de otro.

Ross las reconoció bajo el nombre de inconsistencia total-parcial o inconsistencia entre la regla general y la particular[83], ya que en este caso el supuesto de hecho de una regla particular coincide con alguno de los supuestos de hecho contenidos en la regla general, generando contradicción solo respecto del supuesto de hecho en común, al que las reglas atribuyen consecuencias jurídicas incompatibles, pero dejando los demás supuestos de hecho de la regla general fuera de la contradicción. Es por ello que Chiassoni también llega a la conclusión de que existe una relación de especie-género entre las normas que dan origen a este tipo de antinomias.

Similarmente, Bobbio entendió que la existencia de una antinomia total-parcial dependerá en cuanto "si de dos normas incompatibles una tiene un ámbito de validez igual al de la 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 solo parcial de la segunda respecto de la primera (...) La norma no puede aplicarse en ningún caso sin entrar en conflicto con la segunda; la segunda tiene un ámbito

---

[80] Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, ed. cit., pág. 120.
[81] Chiassoni, P., op. Cit., pág. 296.
[82] Ross, A., op. cit., págs. 124-125.
[83] Ídem, cfr. pág. 125.

de aplicación que no entra en conflicto con la primera"[84]. Una vez más hace hincapié en que la contradicción debe situarse en el ámbito de validez de las normas.

Por su parte, Guastini les da una denominación particular, indicando que este tipo de antinomias son de carácter parcial y unilateral, explicando que "puede suceder que la clase de supuestos de hecho regulada por una norma esté enteramente incluida en la clase de supuestos de hecho regulada por la otra"[85]. En una denominación semejante, Chiassoni las llamó antinomias relativas unilaterales, en que "dos normas son incompatibles en modo relativo y unilateral, cuando conectan consecuencias jurídicas incompatibles a dos supuestos de hecho abstractos diversos, pero relacionados desde un punto de vista conceptual, de modo que el ámbito de aplicación de una de las dos normas se encuentra enteramente incluido en el de la otra norma"[86]. Siguiendo con el modelo explicativo de Chiassoni, encontramos que:

"Las antinomias relativas unilaterales se presentan entre parejas de normas jurídicas de la forma siguiente:

(N_1) "Si F_1, entonces C_1" (...)

(N_2) "Si F_2, entonces no-C_1" (...)

Cuando, por hipótesis, vale que:

"Si F_2, entonces F_1",

La norma N_1, es, respecto de la norma N_2, una norma (más) general, mientras que esta última, por su parte, es respecto de la primera, una norma particular o especial".[87]

A su vez, Prieto Sanchís, en concordancia con este orden de ideas, las describió como aquellas en "que el ámbito de validez de una de las normas se halla por completo comprendido en el ámbito de validez de la otra, pero que esta segunda dispone, a su vez, de un ámbito de validez suplementario en el que la contradicción no se produce. Esto es, siempre que proceda aplicar N_1 procederá aplicar también N_2, pero también habrá algunos casos en que resulte pertinente aplicar N_2 sin que ocurra lo mismo con N_1"[88].

En definitiva, las antinomias totales-parciales se pueden ejemplarizar en los siguientes términos:

Ejemplo I[89]:

(N_1) "Los extranjeros no tienen derecho a pescar en las aguas territoriales de un país marítimo";

(N_2) "Los extranjeros con más de dos años de residencia en el país tienen derecho a pescar en las aguas territoriales de un país marítimo".

---

[84] Bobbio, N., op. cit., pág. 189.
[85] Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, ed. cit., pág. 121.
[86] Chiassoni, P., op. cit., pág. 296.
[87] Ídem, pág. 297.
[88] Prieto Sanchís, L., op. cit, pág. 133.
[89] Ross, A., op. cit., pág. 125.

Ejemplo II[90]:

(N_1) "Se prohíbe fumar a los adultos desde las cinco hasta las siete, en la sala de cine".

(N_2) "Solo se permite fumar cigarrillos a los adultos, desde las cinco hasta las siete, en la sala de cine".

Ejemplo III[91]:

(N_1) "Se prohíbe el aborto";
(N_2) "Se permite el aborto terapéutico".

Ejemplo IV[92]:

(N_1) "Está prohibido arrojar residuos en vertederos no autorizados";
(N_2) "Está permitido arrojar residuos tóxico-nocivos en vertederos no autorizados".

Es posible observar de estos ejemplos que, la antinomia se produce respecto del comportamiento regulado a su vez por la norma particular (N_2) y que se encuentra contemplado totalmente dentro de los supuestos de la norma general (N_1), de modo tal que la regla establece la prohibición general de una conducta y la otra regla permite la misma, pero bajo ciertos supuestos específicos, admitiendo que el resto de los supuestos de hecho que puedan estar comprendidos en la norma general no entran en conflicto con la norma particular, sino solo en el caso que (N_2) suponga (N_1).

4.1.3. Antinomia parcial-parcial.

El tercer tipo de antinomia que consideró Ross es la inconsistencia parcial-parcial que, en palabras del mismo autor, existe "cuando cada una de las dos normas tiene un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra. pero tiene también un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos"[93]. Nuevamente, se utiliza la imagen de los círculos, en que la antinomia está simbolizada por dos círculos que se intersecan, que permite entender porque Ross también las denominó *superposición de reglas* [94].

En palabras similares, Bobbio añade que "si dos normas incompatibles tienen un ámbito de validez en parte igual y en parte diverso, la antinomia existe solo en aquellas partes que tengan en común(...); cada una de las normas tiene un campo de aplicación que está, en conflicto con el de la otra, y un campo en el cual el conflicto no existe"[95].

Continuando con la denominación particular que les dio Guastini, el teórico genovés las llamó *antinomias parciales bilaterales*. En este sentido, para este autor se estará en presencia de este tipo de antinomias cuando "se produzca una intersección entre las dos

---

[90] Bobbio, N., op. cit., pág. 189.
[91] Guastini, R., *Interpretar y argumentar,* ed. cit., pág. 121. Prieto Sanchís incluye el mismo ejemplo. Véase Prieto, op. cit., pág. 133.
[92] Chiassoni, C., op. cit., pág. 297.
[93] Ross, A., op. cit., pág. 125.
[94] Ibídem.
[95] Bobbio, N., op. cit., pág. 189.

clases de supuestos de hecho, de manera que algunos, pero solo algunos, de los casos regulados por una norma coincidan con algunos, pero solo algunos, de los casos regulados de manera incompatible por la otra"[96].

Es curioso mencionar que, tanto para Guastini como para Chiassoni (como se podrá apreciar en el apartado siguiente), pareciera ser que la característica de unilateralidad y bilateralidad de las antinomias dice relación con la subsistencia del ámbito de aplicación de las normas en conflicto. Es decir, se entiende que la antinomia parcial (o relativa) es unilateral cuando el campo adicional de aplicación solo radica en una de las normas, ya que el conflicto abarca la totalidad del ámbito de aplicación de la otra. En cambio, se entiende que es bilateral cuando ambas normas se contradicen en cierta parte, generando el conflicto solo respecto de esa parte, pero a su vez ambas mantienen un campo de validez adicional que no produce contradicción alguna.

Prosiguiendo con esta mirada comparativa, Prieto Sanchís refuerza que la antinomia parcial-parcial se produce cuando dos normas se superponen, "de manera que habrá casos o supuestos donde el conflicto se produzca, pero habrá otros donde sólo resulte aplicable una de las dos normas. Esto es, las normas presentan un ámbito de validez coincidente donde se produce el conflicto, pero ambas presentan también un ámbito de validez suplementario donde no aparece antinomia alguna"[97].

Con la finalidad de esclarecer la comprensión de esta clase de incompatibilidades, se encuentran los siguientes ejemplos:

Ejemplo[98]:

(N_1) "Se prohíbe fumar pipa y cigarrillo a los adultos, de las cinco hasta las siete, en la sala de cine";
(N_2) "Se permite fumar cigarros y cigarrillos a los adultos, desde las cinco hasta las siete, en la sala de cine".

De esto se desprende que no se produce una antinomia en todos los supuestos, sino que solo existirá cuando se discuta ciertas conductas, como es el caso del ejemplo en que la antinomia solo se genera respecto de fumar cigarrillo, ya que (N_1) lo prohíbe, mientras que (N_2) lo permite y, por otra parte, no existe contradicción respecto de fumar pipa o cigarrillos.

4.2. Variaciones de Chiassoni.

Fruto de un agudo análisis y un extendido estudio, Pierluigi Chiassoni introdujo variaciones a las antinomias parciales-parciales, a las cuales llamó relativas bilaterales, consistiendo dicha modificación en distinguirlas entre implícitas y explícitas, según las propiedades que caracterizan a los supuestos de hechos y que producen la incompatibilidad. Para ambos casos, evoca la imagen de los dos círculos secantes de Ross.

---

[96] Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, ed. cit., pág. 121.
[97] Prieto Sanchís, L., op. cit., pág. 133
[98] Bobbio, N., op. cit., pág. 189

Sin embargo, también es importante señalar que reconoció un tipo de antinomia a la cual llamó por exclusividad, la cual subdistingue entre su carácter bilateral o unilateral, según si las normas en conflicto atribuyen una misma consecuencia jurídica a supuestos de hecho diferentes, ya sea que ambas tengan títulos excluyentes para ello, o solo una de ellas detente un título exclusivo.

4.2.1. Antinomia relativa bilateral implícita.

Para este autor, "dos normas son incompatibles implícitamente en modo relativo y bilateral, cuando conectan consecuencias jurídicas incompatibles a dos supuestos de hecho abstractos diversos, caracterizados por propiedades sin relación conceptual, pero no recíprocamente excluyentes"[99].

En el lenguaje de la lógica proposicional, las antinomias relativas bilaterales se representan de la siguiente manera:

"(N_1) "Si F_1, entonces C_1" (...)

(N_2) "Si F_2, entonces no-C_1" (...)

cuando, por hipótesis, no vale ni:

"Si F_1, entonces F_2" (...)

ni que:

"Si F_2, entonces F_1" (...)

de modo que el conflicto surge siempre que se produzcan supuestos de hecho concretos que posean, simultáneamente, las propiedades F_1 y F_2 (F_1 & F_2)[100]."

Ejemplo[101]:

(N_1) "Está prohibido arrojar residuos tóxico-nocivos en vertederos no autorizados";

(N_2) "Está permitido arrojar residuos de la manufacturación mineral en vertederos no autorizados".

En este ejemplo, la antinomia solo se producirá cuando los desechos de una industria que han sido vertidos en un espacio no autorizado para ello, posean la propiedad de ser, simultáneamente, residuos tóxico-nocivos y residuos de la manufacturación mineral, ya que la propiedad determinante para generar el conflicto es la característica de los residuos que se pretenden abocar, toda vez que (N_1) prohíbe verter ciertos residuos y (N_2) permite la misma conducta respecto de otro tipo de desechos. Por tanto, si se da uno u otro caso, no se generaría contradicción. En conclusión, lo relevante de este tipo de antinomias es que las propiedades del supuesto de hecho se den al mismo tiempo.

---

[99] Chiassoni, P., op. cit., pág. 297.
[100] Ídem, pág. 298.
[101] Ibídem.

4.2.2. Antinomias relativas bilaterales explícitas.

En contraste, Chiassoni entiende que "dos normas son explícitamente incompatibles en modo relativo y bilateral, cuando conectan consecuencias jurídicas incompatibles a dos supuestos de hecho abstractos diversos, caracterizados por conjuntos de propiedades no recíprocamente excluyentes, en los cuales figura al menos una propiedad común –de modo que el ámbito de aplicación de una de las dos normas se encuentra parcialmente incluido en el de la otra, y viceversa–."[102].

En este caso, la antinomia relativa bilateral explícita se presenta en los siguientes términos:

"(N_1) "Si F_1 & F_2, entonces C_1" (...)

(N_2) "Si F_1 & F_3, entonces no-C_1" (...)

toda vez que tengan lugar supuestos de hecho concretos que posean, simultáneamente, las propiedades F_1, y F_2, y F_3 (F_1 & F_2 & F_3). Se trata entonces, podría decirse también, de antinomias entre dos normas especiales que comparten el mismo género[103]".

Ejemplo[104]:

(N_1) "Prohibido ponerse corbatas rojas".

(N_2) "Permitido ponerse corbatas sintéticas".

En el ejemplo es posible advertir que la incompatibilidad entre las dos normas solo se ocasionaría si se usa una corbata sintética de color rojo, toda vez que (N_1) y (N_2) incluyen una propiedad en común (a saber, ponerse corbata) que, junto a las otras propiedades particulares de cada supuesto de hecho, permite configurar la antinomia solo si se dan simultáneamente. Es decir, la antinomia solo surge ante la conjunción de ciertas particularidades sobre una propiedad en común determinada en el supuesto de hecho de ambas normas en conflicto.

4.2.3. Antinomia por exclusividad bilateral.

Siguiendo con las variaciones a las clasificaciones de Ross, Chiassoni formula lo que llamó la antinomia por exclusividad bilateral en los siguientes términos: "dos normas son incompatibles por exclusividad bilateral, cuando conectan la misma consecuencia jurídica, cada una a título excluyente, a supuestos de hecho diversos. Cada norma, en otras palabras, establece una condición necesaria y suficiente distinta para una cierta

---

[102] Chiassoni, P., op. cit., pág. 298.
[103] Ídem, pág. 299.
[104] Ibídem.

consecuencia jurídica"[105]. Por tanto, la fórmula de la antinomia por exclusividad bilateral se manifiesta de la siguiente manera:

"(N_1) "Solo si F_1, entonces C_1" (...)

(N_2) "Solo si F_2, entonces C_1" (...)

y por hipótesis vale que:

"Si F_1, entonces no-F_2" (...)

y

"Si F_2, entonces no-F_1" (...)

Cada una de las dos fórmulas expresa, no ya una sola norma, sino la conjunción de dos normas."[106].

Ejemplo[107]:

(N_1) "Tan solo los titulares de empresas agrícolas de dimensiones modestas pueden acceder a créditos preferentes";

(N_2) "Tan solo los titulares de rentas procedentes de actividades de extorsión pueden acceder a créditos preferentes".

En el ejemplo se vislumbra la antinomia por exclusividad bilateral en cuanto (N_1) y (N_2) atribuyen la misma consecuencia jurídica (poder acceder a créditos preferentes) bajo supuestos de hecho diversos: (N_1) reserva dicha faculta solo a los titulares de empresas agrícolas de dimensiones modestas, mientras que (N_2) faculta solo a los titulares de rentas procedentes de actividades de extorsión. Por tanto, la expresión "tan solo" y la diferencia de titularidad en cada norma admite que se trata de títulos excluyentes que provocan la incompatibilidad. Ello quiere decir que las normas establecen necesariamente condiciones excluyentes para la aplicación de la consecuencia jurídica.

4.2.4. Antinomia por exclusividad unilateral.

En cambio, existirá una antinomia por exclusividad unilateral cuando dos normas "conectan la misma consecuencia jurídica a supuestos de hecho diversos y una de ellas lo hace a título exclusivo"[108].

Es decir, ambas normas fijan condiciones suficientes para imputar una misma consecuencia jurídica a supuestos de hechos distintos, pero sólo una de ellas establece una condición, además de suficiente, necesaria para su aplicación.

---

[105] Ibídem.
[106] Ibídem.
[107] Chiassoni, P., op. cit., pág. 300
[108] Ibídem.

La antinomia por exclusividad unilateral encuentra su formulación a partir de la siguiente inferencia:

"(N_1) "Solo si F_1, entonces C_1" (...)

(N_2) "Si F_2, entonces C_1" (...)

cuando, por hipótesis:

"Si F_2, entonces no-F_1".

Como en el caso precedente, la primera de las dos fórmulas expresa, no ya una única norma, sino la conjunción de dos normas"[109].

Ejemplo[110]:

(N_1) "Tan sólo los titulares de empresa de dimensiones modestas pueden acceder a créditos preferentes";

(N_2) "Los titulares de rentas procedentes de actividades de extorsión pueden acceder a créditos preferentes".

En similar situación al ejemplo anterior, la expresión "tan sólo" supone la gran diferencia entre ambos casos, pues en este se prosigue con la idea de atribuir las mismas consecuencias jurídicas a supuestos de hechos diversos, pero la incompatibilidad se origina en que la exclusividad de la titularidad está dada para una norma solamente (N_1), mientras que para la otra norma (N_2) se establece de modo general, sin establecer excepcionalidad alguna. En conclusión, solo una de las normas, en este caso (N_1), es la que presenta la condición suficiente y necesaria para la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en la misma, mientras que (N_2) presenta sólo una condición suficiente.

4.2.5. Antinomias en abstracto y en concreto.

Tal como se indicó al principio de este apartado de la tesis, la clasificación de Ross no es la única que existe en el ámbito jurídico y otra de las clasificaciones que ha trascendido es la de las antinomias en abstracto y en concreto. La formulación de esta clase de antinomias está basada en los estudios realizados por Guastini y Chiassoni, y el criterio que permite referirlas como tal radica en qué momento se logra identificar la incompatibilidad, es decir, si la antinomia es identificada a nivel teórico o una vez ya aplicadas las normas al caso en particular[111].

A ello se añade que, en un ejercicio necesario y consistente con su análisis, Chiassoni va más allá de la propuesta de Guastini y realiza una distribución de las antinomias estudiadas a propósito de Ross y de las variaciones que él introdujo, para reconocer si se trata de antinomias en abstracto o en concreto.

---

[109] Ibídem.
[110] Ibídem.
[111] Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, ed. cit., cfr. págs. 118-119.

A este respecto, reveló las siguientes conexiones[112]:

- Son antinomias en abstracto: Las antinomias absolutas, las antinomias relativas unilaterales, las antinomias relativas bilaterales explícitas, las antinomias por exclusividad bilateral, y las antinomias por exclusividad unilateral.
- Son antinomias en concreto: Las antinomias parciales bilaterales implícitas.

Empero, Chiassoni enfatiza que las antinomias parciales bilaterales implícitas tienen la particularidad de que, a pesar de ser antinomias en concreto, pueden también ser identificadas a través una práctica conceptual, que permite el surgimiento e identificación de una tercera norma a partir de las ya existentes, y así determina abstractamente los supuestos de hechos y sus consecuencias jurídicas, al menos de manera simple, quedando sujeto a lo que ocurra en el mundo físico.

A modo de concluir esta idea, dicha situación puede ilustrarse a través del siguiente ejemplo:

"(N_1) "Si F_1, entonces C_1" (...)

(N_2) "Si F_2, entonces no-C_1" (...)

puede obtenerse, por combinación, la norma:

(N_3) "Si F_1 & F_2 entonces C_1 y no-C_1" (...)

la cual conecta dos consecuencias incompatibles a un mismo supuesto de hecho abstracto F_1 & F_2, que, por hipótesis, no resulta conceptualmente imposible."[113]

Ello manifiesta claramente que las clasificaciones de las antinomias, y las clasificaciones en general, no son excluyentes o aisladas y en algunos casos tampoco determinantes, de modo que distinguirlas y complementarlas permite comprender por qué se producen.

4.2.5.1. Antinomias en abstracto (o necesarias).

Riccardo Guastini, en su obra *Interpretar y Argumentar*, ha señalado que existe "una antinomia *en abstracto* cada vez que dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a casos abstractos (es decir, a clases de supuestos de casos concretos) que se superponen conceptualmente. De manera que la antinomia puede ser identificada ya en sede de interpretación textual, en *abstracto,* vale decir, sin que por tanto haga falta representarse un caso concreto"[114].

En consonancia con lo expresado, Chiassoni precisa que el conflicto entre las dos normas de esta clase está sujeta a la manera en que serán descritos los supuestos de hecho de cada norma o, bien, nada impide que asimismo pueda depender de la sintaxis lógica empleada para asociar dichos supuestos a determinadas consecuencias jurídicas[115].

---

[112] Chiassoni, P., op. cit., cfr. pág. 301.
[113] Ibídem.
[114] Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, pags. 118-119.
[115] Chiassoni, P., op. cit., cfr. p. 301.

Tomando un caso anterior, es posible plasmar una antinomia en abstracto de la siguiente manera:

Ejemplo[116]:

(N_1) "Se prohíbe (literalmente) el aborto";

(N_2) "Se permite (literalmente) el aborto terapéutico".

En este caso existe una antinomia en abstracto porque es posible identificar, sin necesidad de reconocer cualquier supuesto de hecho concreto, que el aborto terapéutico permitido por (N_1) está comprendido dentro de la categoría del aborto prohibido por (N_2), ya que, conceptualmente hablando, se trata de una subcategoría de éste.

4.2.5.2. Antinomias en concreto (eventuales o indirectas).

En cambio, se señala que las antinomias en concreto se dan "siempre que, en sede de aplicación, se advierte que dos normas, que no entran en conflicto en abstracto, conectan sin embargo consecuencias jurídicas incompatibles a un mismo caso en concreto. Tal cosa sucede toda vez que un caso concreto (o una sub-clase de casos concretos) se inscribe simultáneamente en dos clases de casos conceptualmente independientes para los cuales el derecho establece consecuencias jurídicas incompatibles"[117].

De la detallada definición dada por Guastini es posible aducir que esta clase de antinomias requieren ser identificadas al momento de su aplicación al caso concreto de que se trate, razón por la cual son consideradas poco frecuentes o estrictamente eventuales.

Con arreglo a lo ya expuesto, la antinomia en concreto puede ser representada a través de los siguientes ejemplos:

Ejemplo I[118]:

(N_1) "Los ciudadanos deben pagar impuestos",

(N_2) "Los desempleados no deben ningún impuesto".

Ejemplo II[119]:

(N_1) "Es obligatorio detener el vehículo ante un semáforo en rojo";

(N_2) "Se prohíbe detener el vehículo cerca a las instalaciones militares".

En ambos casos los supuestos de hecho regulados por (N_1) y (N_2) están separados uno del otro y no producen, en principio o al menos en lo abstracto, ningún conflicto normativo. Sin embargo, si efectivamente existiera en el Ej. I ciudadanos desempleados, o en el Ej. II hubiera un semáforo cerca de una instalación militar, entonces se propicia una

---

[116] Guastini, R., ibídem.
[117] Guastini, R., *Interpretar y argumentar.*, pág. 119.
[118] Ídem, págs. 119-120.
[119] Ibídem.

antinomia en concreto. Pero dichos casos están sujetos a la incertidumbre de que puedan o no ocurrir, por lo que no hay una incompatibilidad normativa ineludible.

4.2.6. Antinomias propias e impropias.

La catalogación de las antinomias en propias e impropias está desarrollada, primordialmente, por Pierluigi Chiassoni, quién ahondó en la distinción y la reestructuró a partir de la clasificación clásica hecha por el jurista alemán Karl Engisch, más los aportes de Bobbio.

De conformidad con su razonamiento, se entiende que la contradicción lógica entre normas es lo que permite diferenciarlas, ya que las antinomias propiamente tal están determinadas por la existencia de una incompatibilidad lógica entre ambas. En contraste, las antinomias impropias también se producen a partir de una incompatibilidad entre normas, pero no de carácter lógico[120], según se podrá apreciar.

4.2.6.1. Antinomias propias:

Las antinomias propias, al ser comprendidas a partir de la incompatibilidad lógica entre normas, pueden definirse como aquellas en "que dos normas jurídicas conectan a un mismo supuesto de hecho abstracto (o clase de supuestos de hecho concretos) consecuencias jurídicas contradictorias o contrarias"[121].

Este concepto, como se ha podido advertir, es el de mayor relevancia en términos jurídicos, toda vez que es el enfoque abordado para entender la clasificación típica de las antinomias, a saber, la desarrollada por Ross y complementada por diversos teóricos, entre ellos el mismo Chiassoni, y a partir de la cual se establecen otras propuestas al respecto, como es el caso de los criterios de identificación y de solución.

4.2.6.2. Antinomias impropias.

Por otra parte, si bien las antinomias impropias también están determinadas por la incompatibilidad entre normas, en estos casos supone una contradicción entre dos normas, que se suscita en ámbitos diversos al lógico, dando origen a antinomias en función de la naturaleza de la incompatibilidad, entre las que se encuentran las de carácter pragmático, instrumental, teleológico y axiológico.

4.2.6.2.1 Antinomias pragmáticas.

En palabras de Chiassoni, existe una antinomia de esta clase cuando "entre dos normas se produce una incompatibilidad pragmática —esto es, una relación que podríamos

---

[120] Chiassoni, P., op. cit., cfr. pág. 302.
[121] Ídem, pág. 288.

llamar de incongruencia instrumental absoluta o total—, toda vez que una de las dos normas prescriba comportamientos, o constituya estados de cosas, cuya existencia sea (configurable como) condición impeditiva respecto de la realización del fin prescrito por la otra norma"[122].

Ejemplo[123]:

"Respecto de la norma final (que en un ordenamiento puede tener el status de principio constitucional), que prescriba el deber del Estado de asegurar la reinserción social del condenado que haya cumplido la condena, resulta (configurable como) pragmáticamente incompatible la norma de desarrollo que permita transmitir un documental sobre el delito cometido por una persona, justo inmediatamente antes de su excarcelación".

En este caso, es la norma de desarrollo la que indica una conducta que hace imposible la consecución del objetivo de la norma final, ya que la trasmisión del documental sobre el delito al momento de la excarcelación influirá en la opinión pública impidiendo que el Estado pueda asegurar su reinserción social, desde que el excarcelado quedará estigmatizado por su accionar pasado, a pesar de haber cumplido la pena.

Una vez más, este tipo de antinomias puede ser representada en la lógica de predicados de la siguiente forma:

> "(N_1) "(...) Si x es un condenado que ha cumplido la condena (CC), entonces es obligatorio asegurar la reinserción social (RES) de x" *(simbolizado como CCx → ORESx).*
>
> (N_2) "(...) Si x es un condenado cuyo cumplimiento de condena es inminente (CI), entonces está permitido retransmitir un documental sobre el delito cometido (RD) por x" *(simbolizado como CIx → RDCx).*

para sostener que entre las dos normas se produce una antinomia pragmática (una incongruencia instrumental total), es necesario sostener que está fundado un juicio empírico de incompatibilidad pragmática —anankástico o probabilístico— grosso modo de la forma siguiente:

> "(...) Si x es la retransmisión de un documental sobre un delito en la inminencia de excarcelación de su autor, entonces x impedirá –seguramente o con un grado de probabilidad apreciable– la reinserción social del autor del delito" *(simbolizado como RCDIx →¬RSx)*"[124].

En cuanto a su relación con las antinomias lógicas o propiamente tales, las antinomias pragmáticas presentan una composición múltiple, ya que están determinadas por dos tipos de incompatibilidad: "una incompatibilidad pragmática, entre una norma final y una norma de desarrollo por hipótesis dada; y además, una incompatibilidad lógica, entre

---

[122] Ídem, pág. 303.
[123] Ibídem.
[124] Chiassoni, P., op. cit, págs. 303-304. La simbología es la utilizada en la fuente citada.

la norma de desarrollo, dada por hipótesis, y una norma de desarrollo implícita, lógicamente derivada de la norma final y de un juicio de condicionalidad impeditiva[125]".

4.2.6.2.2. Antinomias instrumentales.

Las antinomias instrumentales se producen en caso de existir una incompatibilidad instrumental relativa, la cual puede ocurrir "si una de las dos normas es una norma final (impone la consecución de un determinado objetivo) y la otra es una norma instrumental respecto de la primera (impone comportamientos, o constituye estados de cosas, con vistas a la realización de aquel determinado objetivo); *y* la norma instrumental prescribe comportamientos, o constituye estados de cosas, que son (o pueden razonablemente considerarse) inadecuados la consecución del objetivo prescrito por la norma final, en la medida (que se considera) prescrita y alcanzable"[126].

Las condiciones que determinan una antinomia como instrumental pueden parecer similares a aquellas que posibilitan una antinomia pragmática y tender a la confusión entre ambas. Sin embargo, es posible diferir de aquellas en cuanto las antinomias instrumentales se originan cuando la norma instrumental dispone de exigencias insuficientes para alcanzar el objetivo de la norma final. Por el contrario, las condiciones que se presentan en las antinomias pragmáticas son de carácter impeditivo, obstando totalmente la consecución del fin que prescribe la norma[127]. Lo anterior, según Chiassoni, "equivale a sostener, en concreto, que la norma instrumental se funda sobre un juicio empírico (anankástico o probabilístico) de adecuación instrumental que es falso, o en todo caso infundado"[128].

Respecto a la relación con las antinomias jurídicas propiamente tales, es aplicable lo dicho en el apartado de esta tesis que trata de las antinomias pragmáticas.

4.2.6.2.3. Antinomias axiológicas.

Existirá una incompatibilidad axiológica entre dos normas, siempre que aquellas plasmen valoraciones que, al equipararse, sean inconexas en relación con una escala de valores compartidos por una sociedad y debidamente consagrados en el ordenamiento jurídico[129]. Especialmente, ello ocurre "cuando las consecuencias jurídicas que las dos normas adscriben a los respectivos supuestos de hecho abstractos no son (supuestamente) congruentes respecto al valor, o disvalor, relativo de los dos supuestos de hecho, tal como puede estimarse con base en la (presunta) escala de valores comunes"[130].

---

[125] Ídem, cfr. pág. 309.
[126] Ídem, pág. 304.
[127] Ibídem.
[128] Ibídem.
[129] Ibídem.
[130] Ibídem.

En palabras más sencillas, Bobbio nos señala que se producirá una antinomia, también llamada de valoración, "cuando una norma castiga un delito menor con una pena más severa que la prescrita para un delito mayor"[131].

Ejemplo:

(N_1): "Se castiga el delito de robo con fuerza en las cosas con la pena de presidio mayor en su grado mayor".

(N_2): "Se castiga el delito de homicidio con la pena de presidio mayor en su grado mínimo".

En este caso, el hecho de que el delito de robo con fuerzas en las cosas tenga asociada una pena mayor que el delito de homicidio produce la incompatibilidad axiológica en cuanto supone que un atentado contra bien jurídico propiedad tiene mayor disvalor que un atentado en contra del bien jurídico vida.

Sin embargo, Chiassoni profundiza esta distinción, reconociendo que existen diferentes formas en que se puede configurar una antinomia axiológica, lo cual sucederá bajo las siguientes circunstancias[132]:

i) Si los dos delitos tienen el mismo disvalor, cuando los dos delitos no sean castigados con la misma pena, o con penas que se consideren equivalentes, sino que uno de los dos sea castigado con mayor severidad que el otro.

ii) Si los dos delitos tienen un diverso disvalor, siempre que éstos sean castigados, respectivamente: a) con la misma pena, o penas consideradas equivalentes; o b) con penas diversas, cuando aquélla más grave sea la imputada al delito por hipótesis menos grave, y viceversa.

La presencia de antinomias axiológicas en un sistema jurídico no está exenta de críticas, en vista de que el reconocimiento de la escala de valores que rige en dicho sistema y al momento de su aplicación por los operadores jurídicos supone una constatación por los mismos, que puede llegar a incluir valoraciones propias, esto es, hacer de su escala de valores la escala de valores común que, ciertamente, pueden no coincidir[133].

Asimismo, se formula una crítica conceptual a propósito de la existencia de principios constitucionales presentes en los ordenamientos jurídicos, los cuales cumplen la función de ser la medida suprema de valoración de la adecuación axiológica del resto de las normas y, por tanto, no sería correcto hablar de antinomia axiológica entre dos normas cuando en realidad una incompatibilidad de este tipo solo hace patente la violación de dichos principios, autorizando la censura por inconstitucionalidad de las normas en conflicto valorativo. A raíz de ello, Chiassoni propone a modo de superar esta crítica, que la incompatibilidad debiera determinarse entre una de las normas y los principios superiores que tal norma vulnera, siendo la segunda norma solo una constatación de la incoherencia

---

[131] Bobbio, N., op. cit, pág. 190.
[132] Chiassoni, P., op. cit., cfr. pág. 305.
[133] Ibídem.

valorativa. A su vez, esta formulación permite comprender la antinomia axiológica como una antinomia instrumental o pragmática compleja[134].

Cabe tener en consideración que, en un sentido amplio, Bobbio también observó que en estos casos no es idóneo hablar de antinomia, ya que en concreto lo que se genera es una injusticia, y la necesidad de corrección de la injusticia está fundamentada en evitar que las normas produzcan situaciones de desigualdad. En términos similares, la antinomia propiamente tal también supone una necesidad de corrección, pero su fundamento recae en subsanar situaciones de incertidumbre y mantener la coherencia del sistema jurídico[135].

Una vez más, se hace presente que lo respectivo a las antinomias axiológicas y su conexión con las antinomias propias, es extensible lo dicho en la sección de esta tesis que trata las antinomias pragmáticas.

4.2.6.2.4. Antinomias teleológicas.

La última de las antinomias impropias a examinar es la antinomia teleológica y se estará en presencia de una incompatibilidad de este carácter "si cada una de las dos normas es una norma final, que prescribe la realización de un determinado objetivo –en una cierta medida, y/o en una medida razonable, y/o razonablemente apreciable–; *y* no es posible realizar conjuntamente los dos objetivos en la medida (considerada) apropiada, puesto que perseguir el objetivo marcado por una de las dos normas obstaculiza la persecución del objetivo marcado por la otra"[136].

Además, Chiassoni realiza un análisis más agudo y subclasifica las antinomias teleológicas en absolutas, parciales unilaterales y parciales bilaterales[137]:

i) "(...) Es absoluta, cuando la consecución del fin prescrito por una de las dos normas resulta en todo caso impeditivo para la consecución del fin prescrito por la otra norma, y viceversa.

ii) (...) Es parcial unilateral, cuando la consecución del fin prescrito por una de las dos normas resulta en todo caso impeditivo para la consecución del fin prescrito por la otra norma, pero no viceversa. Existen, por tanto, en hipótesis, modos de alcanzar este último fin que no interfieren negativamente con la consecución del otro.

iii) (...) Es parcial bilateral, cuando la consecución del fin prescrito por alguna de las dos normas es, sólo en algunas ocasiones, impeditivo para la consecución del fin prescrito por la otra norma, y viceversa".

Por su parte, Norberto Bobbio en términos acotados señala que una antinomia de esta especie se presenta "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

---

[134] Chiassoni, P., op. cit., cfr. págs 305- 306.
[135] Bobbio, N., op. cit., cfr. p. 190.
[136] Chiassoni, P., op. cit., pág. 306.
[137] Ídem, pág. 307.

prevé el medio no puedo lograr el fin, y viceversa"[138]. Por tanto, y en el sentido estricto de las palabras utilizadas, se desprende que la descripción de Bobbio puede encajar con la descripción de antinomia teleológica absoluta y parcial bilateral propuesta por Chiassoni, desde que el autor de la *Teoría General del Derecho* no distinguió más allá del concepto general.

4.2.7. Antinomia entre principios.

La antinomia entre principios ha sido considerada y estudiada por parte de los teóricos del derecho como una antinomia impropia, a veces como una categoría tal y, en otros casos, como una subcategoría perteneciente a otro tipo de antinomia impropia. No obstante, presenta particularidades que merecen un acápite aparte.

En primer lugar, Bobbio entiende que existe una antinomia entre (o de) principios cuando un ordenamiento jurídico descansa sobre valores contrapuestos que, en definitiva, significa que existen dos o más principios cuya aplicación es incompatible en un determinado sistema jurídico. En consecuencia, no existe una antinomia propia bajo estas circunstancias, pero ello no obsta a que la existencia de principios contradictorios propicie la producción de normas incompatibles[139].

En segundo lugar, Chiassoni reconoce la antinomia entre principios como una subclase de antinomia teleológica, puesto que los principios son una especie de norma final fundamental en todo ordenamiento jurídico constitucional. En vista de la importancia que revisten los principios, el filósofo italiano hace parte de su análisis, a los aportes de Robert Alexy en esta materia, que le permitieron discernir que las antinomias teleológicas implican necesariamente la existencia de cuatro normas, toda vez que los principios constitucionales son extraídos de las reglas (o normas de desarrollo) pero éstas se encuentran instrumentalmente condicionados a los primeros. En consecuencia, la incompatibilidad directa se origina entre las reglas, y a su vez, esta circunstancia produce indirectamente el conflicto entre los principios constitucionales. Afinando sus observaciones, Chiassoni demuestra que esta estructura permitiría deducir dos antinomias adicionales, una antinomia lógica entre las reglas y una antinomia teleológica entre los dos principios extraídos de las reglas. Por tanto, llega a la conclusión de que, en realidad, dicha situación genera dos antinomias pragmáticas cruzadas, esto quiere decir que la regla deducida de cada uno de los principios es pragmáticamente incompatible en relación con el otro principio [140].

Por último, Guastini no las relaciona directamente a la noción de antinomias impropias y, más bien las asocia con distintas clasificaciones, identificándolas como una especie de antinomia en concreto y de carácter parcial bilateral. Además, la aborda desde el enfoque de los criterios de solución para evidenciar que esta clase de contradicción no puede ser resuelta a través de una norma positiva, razón por la cual es necesaria la técnica

---

[138] Bobbio, N., op. cit., pág. 190.
[139] Ibídem.
[140] Chiassoni, P., op. cit., cfr. pág. 307.

de la ponderación de principios, cuya aplicación es responsabilidad de los jueces que conocen del caso en específico[141].

4.2.8. Antinomias reales y aparentes.

La clasificación de las antinomias en reales y aparentes ha sido considerada por Luis Prieto Sanchís, tomando como eje central para diferenciarlas, la validez de las normas en conflicto.

Se dice que una antinomia es aparente cuando una de las dos normas, a pesar de existir y estar vigente en un ordenamiento jurídico dado, es inválida y, por tanto, no debiera ser parte de dicho ordenamiento[142]. Prieto Sanchís da como ejemplo el caso en que una de las normas "es contradictoria con lo establecido en otra de grado superior y viola por tanto la jerarquía, o porque reguló aquello que no estaba autorizado a regular, violando entonces la competencia"[143].

En cambio, las antinomias reales se producen entre normas válidas del sistema. Ello permite aseverar que el problema de validez de las antinomias aparentes se origina en la producción de las normas; mas en el caso de las antinomias reales, la contradicción se genera en el plano de la aplicación[144].

4.2.9 Antinomias de primer y segundo grado.

La distinción de las antinomias en de primer o segundo grado también responde a la denominación utilizada por Prieto Sanchís, ya que este autor aludió a la idea de la antinomia de segundo grado, de la cual es posible desprender la noción de antinomia de primer grado.

Así las cosas, Prieto Sanchís describió la antinomia de segundo grado como aquélla en que "se produce una contradicción entre los criterios de resolución de antinomias, es decir, cuando en presencia de una cierta antinomia la aplicación de uno de los criterios conduce a resultados diferentes de los que deberían observarse mediante la aplicación de otro criterio"[145].

A modo de ejemplo señala que para un cierto caso hipotético en que tengan aplicación tanto la norma A como la norma B, entonces "en virtud del criterio jerárquico deberíamos resolver la antinomia en favor de la norma A, que es superior, pero a la luz del criterio cronológico habría de preferirse la norma B, que es posterior"[146].

---

[141] Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, cfr. págs. 136-137.
[142] Prieto Sanchís, L., op. cit., cfr. pág. 133.
[143] Ídem, pág. 134.
[144] Ibídem.
[145] Prieto Sanchís, L., op. cit., pág. 139.
[146] Ibídem.

De la descripción anterior, se infiere que la antinomia de primer grado se refiere al concepto general de antinomia, es decir, como aquella contradicción que se produce entre dos normas, en que ambas atribuyen consecuencias jurídicas incompatibles a un mismo supuesto de hecho. Es evidente que para que surja una antinomia de segundo grado es necesario que exista de antemano una incoherencia normativa, donde deba aplicarse ciertos principios para resolverla y, de manera indispensable, dichos principios deben entrar en conflicto.

Es así que la razón para clasificarlas de tal manera radica en el nivel en el que se produce la contradicción, es decir, primero en el reconocimiento de la incompatibilidad entre dos normas y, posteriormente, en la aplicación de criterios para solucionarla.

4.2.10. Antinomias por contradicción y por contrariedad.

La noción de antinomias por contradicción y antinomias por contrariedad está asociada directamente a la incompatibilidad lógica entre normas, es decir, se trata de antinomias propias, estableciendo ciertos criterios para distinguirlas entre sí.

En este sentido, Bobbio establece que si una norma manda a hacer alguna cosa y otra norma la prohíbe, entonces se tratará de una antinomia por contrariedad. En cambio, si una norma manda hacer y la otra permite no hacer; o si una norma prohíbe hacer y la otra norma permite hacer, entonces en ambos casos existe una antinomia por contradictoriedad[147].

Además, agrega ciertas características de cada a una, a fin de establecer una distinción clara. En cuanto a las antinomias por contradicción, implica que "las dos normas no pueden ser aplicadas simultáneamente a un mismo caso (concreto), y, se trata de establecer cuál de las dos deba ser aplicada, cuál debe ser preferida por encima de la otra"[148]. Por su parte, la antinomia por contrariedad supone que "las dos normas no pueden ser aplicadas simultáneamente a un mismo caso (concreto), y se trata de establecer si aplicar una, o bien la otra, o ninguna de las dos, aplicando en su lugar una tercera norma"[149].

En general, las normas incompatibles lógicamente pueden representarse de la siguiente manera:

"(N_1) "Si F_1, entonces C_1" (...)

(N_2) "Si F_1, entonces no-C_1" (...)"[150]

En este caso, las normas son contradictorias porque atribuyen consecuencias jurídicas opuestas (C_1 y no-C_1) y lógicamente incompatibles a un mismo supuesto de hecho (F_1).

---

[147] Bobbio, N., *op. cit.*, cfr. p. 187.
[148] Chiassoni, P., op. cit., pág. 289.
[149] Ibídem.
[150] Chiassoni, P., op. cit., pág. 287.

Por otra parte, las normas lógicamente contrarias también se pueden representar proposicionalmente en los términos siguientes:

"(N_1) "Si F_1, entonces Of" (...)

(N_2) "Si F_1, entonces Phf" (...)"[151]

En este caso, las normas son contrarias porque ambas establecen para un mismo supuesto de hecho (F_1) consecuencias jurídicas que establecen conductas que se oponen, en el sentido de que (N_1) ordena proceder a un determinado curso de acción, mientras que (N_2) prohíbe efectuar ese mismo curso de acción.

A su vez, Chiassoni hace presente que el criterio tradicional para determinar la incompatibilidad (en términos generales) por contradicción o por contrariedad radica en la lógica de las proposiciones, atendiendo a que son susceptibles de verdad o falsedad. Sin embargo, tal lógica no puede ser aplicada a las normas jurídicas, ya que son susceptibles de ser calificadas como válidas e inválidas, eficaces o ineficaces, justas o injustas, entre otras calificaciones, pero no pueden ser definidas en términos de verdad o falsedad[152], porque las normas jurídicas regulan comportamientos, ya sea ordenando, prohibiendo o permitiendo hacer alguna cosa, y respecto de dichas conductas no es posible predicar que ellas sean verdaderas o falsas.

Por consiguiente, la lógica de las proposiciones es insuficiente para definir una antinomia por contradicción o por contrariedad. Para solucionar este inconveniente, Chiassoni considera fundamental tener en cuenta la posición del súbdito común y del juez ante una antinomia.

Para el súbdito común frente al derecho, si se encuentra en el caso de ser destinatario de dos normas primarias que establecen consecuencias lógicamente contradictorias para un mismo supuesto de hecho, serán consideradas como tal si: "Los destinatarios de las normas se encuentran, al menos prima facie, en una situación de incertidumbre acerca de qué conducta pueden (deónticamente) y/o deben realizar (situación de duda práctica); y queda abierto, sin embargo, un curso de acción que no comporta violación alguna de normas por parte de éstos, si las normas antinómicas son normas de conducta; ni eventuales consecuencias desfavorables, si las normas antinómicas son normas atributivas de estatus o, en general, normas constitutivas (duda práctica relativa)"[153].

Ejemplo I[154]:

(N_1) "Arrojar residuos tóxicos en vertederos no autorizados está prohibido" (...)

(N_2) "Arrojar residuos tóxicos en vertederos no autorizados está permitido" (...)

Ejemplo II[155]:

---

[151] Ídem, p. 288.
[152] Ídem, cfr. p. 289.
[153] Ídem, págs. 291-292.
[154] Ibídem.
[155] Ibídem.

(N_1) "Al cumplir los dieciocho años de edad se adquiere la capacidad de realizar todos los actos jurídicos para los que no se haya previsto una edad diversa" (...)

(N_2) "Al cumplir dieciocho años de edad no se adquiere la capacidad de realizar todos los actos jurídicos para los que no se haya previsto una edad diversa" (...)

En ambos ejemplos, los sujetos que se encuentren en las circunstancias descritas por las normas en conflicto estarán, en principio, frente a un caso de incertidumbre práctica, pues efectivamente habrá contradicción entre las consecuencias jurídicas si se lleva a cabo la conducta. No obstante, cuentan con la oportunidad de eludir las consecuencias jurídicas negativas de la norma siempre que se abstengan de realizar tal comportamiento, es decir, en el ejemplo I bastará abstenerse de arrojar residuos tóxicos en vertederos no autorizados, mientras que en el ejemplo II bastará que no se celebren actos jurídicos. En este sentido, la omisión genera un espacio en que el sujeto no se enfrentará a consecuencia alguna, salvando así la contradicción.

Ahora bien, si el súbdito común es destinatario de dos normas que conectan un mismo supuesto de hecho a consecuencias lógicamente incompatibles, estas serán contrarias si: "los destinatarios de las normas se encuentran, al menos prima facie, en una situación de incertidumbre sobre qué conducta pueden (deónticamente) y/o deben llevar a cabo (situación de duda práctica); y tal situación los coloca frente a un auténtico dilema: hagan lo que hagan, siempre violarán una u otra de las dos normas de conducta, exponiéndose a eventuales consecuencias desfavorables (duda práctica absoluta)[156]".

Ejemplo I[157]:

(N_1) "Arrojar residuos tóxicos en vertederos no autorizados está prohibido" (...)

(N_2) "Arrojar residuos tóxicos en vertederos no autorizados es obligatorio" (...)

En este caso, la contrariedad de las normas está dada por normas que sitúan al súbdito en un dilema, puesto una norma le autoriza a realizar un determinado comportamiento mientras que la otra norma le prohíbe realizar el mismo comportamiento. Por tanto, si el destinatario de las normas realiza dicha conducta o se abstiene de la misma, entonces en ambos casos está incumpliendo una u otra norma, siendo ineludible la infracción.

Finalmente, si es el juez el que se encuentra frente a una antinomia, corresponde distinguir las situaciones en las que se puede hallar:

i) Si juez está frente a una antinomia entre normas primarias, respecto al comportamiento de los súbditos comunes del derecho, entonces el juez no se encuentra bajo ninguna problemática, puesto que en ese caso simplemente no puede aplicar ambas normas y deberá escoger una sobre la otra. Sólo podrá constituir un reto para él en caso de que, ante una antinomia por contradicción o por contrariedad, deba justificar su decisión y el ordenamiento jurídico no le proporcione criterios suficientes, en cuyo caso existirá una laguna respecto a las metanormas que regulan la resolución de conflictos[158].

---

[156] Chiassoni, P., op. cit., pág. 293.
[157] Ibídem.
[158] Chiassoni, P., op. cit., cfr. pág. 294.

ii) Si el juez está frente a una antinomia entre normas secundarias, respecto a su propia conducta dado su calidad de autoridad, entonces supone que el juez es destinatario simultáneamente de dos normas secundarias contradictorias, y aunque peculiar, las condiciones para que el juez se encuentre en esta situación debe darse "que exista (que sea válida, esté vigente) en el ordenamiento: i) una norma que prohíba a los jueces resolver las antinomias entre normas secundarias de las que sean destinatarios; y también ii) una norma que excluya el recurso a instancias superiores, para obtener de éstas una resolución de la antinomia, previa suspensión del proceso; así como, por último, iii) una norma que imponga a los jueces juzgar sobre la base de tan sólo una de las dos normas antinómicas, estableciendo al mismo tiempo su responsabilidad (civil, penal y/o disciplinarias) por haber violado, o simplemente desatendido, la otra"[159].

Ejemplo[160]:

(N_1) "Obligatorio castigar el delito de bigamia con pena de reclusión perpetua".

(N_2) "Obligatorio no castigar el delito de bigamia".

Solo bajo las condiciones recién expuestas los jueces estarían bajo la misma situación que los destinatarios comunes de las normas jurídicas. Sin embargo, si efectivamente tuvieran que enfrentarse a estas circunstancias, significaría obligarlos a un imposible, toda vez que su responsabilidad se encuentra comprometida debido a la autoridad que inviste su cargo.

[159] Ídem, págs. 294-295.
[160] Ídem, pág. 294.

II. CAPÍTULO II: SITUANDO LOS PROBLEMAS DE CONCURRENCIAS DE NORMAS EN UNA PERSPECTIVA METODOLÓGICA.

Este capítulo tiene como propósito analizar algunas técnicas de justificación empleadas por la doctrina civil y poner de manifiesto que no se limitan a describir y sistematizar el derecho positivo, sino que realizan una función reconstructiva de los defectos lógicos y formales que presenta la legislación, en particular se utilizan para identificar, para prevenir, para suscitar y/o para resolver problemas de concurrencias de normas, como antinomias y redundancias. Además incorpora una exposición y análisis de algunas propuestas del método jurídico en Alf Ross, ya que es el autor que efectuó una mayor contribución teórica al análisis de los problemas lógicos de interpretación, en particular, inconsistencias y redundancias, además es el filósofo del derecho que mayor recepción ha tenido en las prácticas argumentativas de la dogmática y la jurisprudencia chilenas al resolver antinomias, y además ha inspirado el trabajo de muchos otros autores, entre ellos los representantes del realismo jurídico genovés.

Sabemos sobradamente que el legislador no siempre es racional: suele contradecirse, deja materias sin regular y no emplea el lenguaje con absoluta precisión y rigurosidad. No obstante ello, los jueces están obligados a resolver, aunque no encuentren una solución predeterminada en el derecho Por otra parte, las prácticas jurídicas de abogados y jueces están dominadas por la urgencia. En consecuencia, es tarea de la doctrina civil proporcionarles las herramientas teóricas que resuelvan sus problemas. Las actividades que desarrollan los civilistas no se limitan a describir y sistematizar el derecho vigente, además realizan una tarea reconstructiva del ordenamiento, salvando sus imperfecciones.

Así, la doctrina civil desempeña una relevante labor de reformulación del derecho, precisando sus indeterminaciones lingüísticas, integrando sus vacíos, superando las contradicciones normativas y adaptando las normas a ciertos criterios valorativos; de esta manera la dogmática civil realiza su más significativa contribución a la administración de justicia. Sin embargo, la nota distintiva de la doctrina es que, de la misma manera que la función judicial, esta tarea reconstructiva del ordenamiento jurídico se lleva a cabo, no de modo explícito, sino que en forma encubierta, empleando conceptos y métodos eficaces retóricamente que cumplen el rol de aparentar que las soluciones originales que propone derivan de cierta manera del derecho positivo. Estas técnicas de justificación son muy interesantes, ya que realizan la relevante función de adaptar el derecho a determinados ideales lógicos y valorativos, al mismo tiempo que preservan la certeza jurídica, al posibilitar el planteamiento de que las soluciones que se proponen no implican alterar el derecho positivo, sino que se deducen de él. [161]

En suma, la doctrina emplea una diversidad de técnicas de argumentación para presentar como conciliables su respeto por el derecho legislado y su necesidad de reconstruirlo, corrigiendo sus defectos formales y ajustándolo a exigencias de justicia.

---

[161] Nino, C.S., *Introducción al Análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 11ª edición, 2003, cfr. págs. 315 y ss.

Algunas de esas técnicas corresponden a la formulación de definiciones que pretenden captar la esencia de una institución, la determinación de la naturaleza jurídica de las mismas, y la enunciación y sistematización de principios jurídicos. [162] Todas ellas se pueden utilizar, como ya se señaló, para identificar, para prevenir, para suscitar y/o resolver antinomias y redundancias.

2.1. La búsqueda de la "naturaleza jurídica".

Es usual en el ámbito del derecho civil, investigar la naturaleza jurídica de determinadas instituciones; ejemplos hay muchos, basta con mencionar algunos:

- la posesión (como un hecho o un derecho).
- la estipulación a favor de otro (doctrina de la oferta, de la agencia oficiosa, de la declaración unilateral de voluntad, de la creación directa a favor del beneficiario).
- la cláusula "Se faculta al portador..." (mandato a persona indeterminada, oferta de mandato a persona indeterminada o acto de "apoderamiento" unilateral).
- el matrimonio (institución, contrato, acto complejo, etc.).
- las clásicas discusiones en torno a la naturaleza de la obligación de indemnizar perjuicios.
- la compensación económica como obligación alimenticia, como obligación indemnizatoria y/o compensatoria, como obligación legal derivada de la ruptura de la convivencia matrimonial, etc.

En algunas ocasiones, estos intentos son infructuosos y los autores reconocen que ninguna de las alternativas es satisfactoria, llegando incluso a admitir que se trata de una "institución sui generis". Sin embargo, pocas veces nos detenemos a examinar qué entendemos por la expresión "naturaleza jurídica" o, para plantearlo en términos más provocadores: "¿cuál es la naturaleza jurídica de la naturaleza jurídica?". El planteamiento de la pregunta ya anticipa que con ello se busca simplemente algo inexistente.

Uno de los más destacados juristas del siglo XIX, Rudolph Von Jhering, en 1858, expresaba: "La importancia de la correcta clasificación de una institución equivale a su auténtico conocimiento material y a su explicación. Al clasificar erróneamente un objeto, por ejemplo, al colocar un pájaro entre los mamíferos, se está afirmando algo falso sobre dicho objeto, y ese error puede ser el origen de otros muchos". Y enfatizaba que estos errores "se cuentan entre los más peligrosos". [163]

---

[162] Ibídem.

[163] Este planteamiento de Jhering es referido y analizado por el profesor Francisco Laporta, en un breve pero muy interesante trabajo suyo, titulado: "El ornitorrinco y el Consejo de Estado", publicado en la sección *"Opinión"*, del diario español *El País*, el 01 de febrero de 2005.

Detengámonos en uno de los casos más recientes en que se ha planteado este problema: la compensación económica se introdujo en el derecho nacional como una nueva institución. Este hecho, al que se añade la circunstancia de que no se ha adoptado exactamente ninguno de los modelos teóricos que la inspiró, implica el arduo trabajo de caracterizar su funcionamiento, considerando su escasa regulación positiva. En un artículo publicado en uno de los números de la *Revista Chilena de Derecho*, Carlos Céspedes y David Vargas expresan que: "no existe un parecer unánime en orden a determinar el lugar que la compensación económica debe ocupar en el universo de las instituciones jurídicas. Así las cosas, en el presente trabajo sostenemos que la naturaleza jurídica de la compensación económica es el de una obligación legal de contenido patrimonial y que, fundada en la equidad, tiene por finalidad entregarle herramientas al cónyuge más débil para que pueda reiniciar dignamente su vida separada. Las concepciones alimenticias o indemnizatorias son insuficientes para explicar las particulares características de esta institución". [164]

Sobre el problema de la determinación de la naturaleza jurídica de la compensación económica, don Hernán Corral señala: "Ante las dificultades que presenta la figura, quizá sea menester recurrir como criterio inicial a la función práctica para la cual fue diseñada. Pensar para qué se introdujo y el contexto social en el que se legisló. Antes de comenzar el examen de los textos normativos, convendría precisar, además, cuál fue el caso hipotético central que llevó a determinar la institución, dejando fuera del análisis otros supuestos a los cuales se extendió por razones diversas". [165]

Este trabajo del profesor Corral tiene el mérito de detenerse a analizar la función que cumple esta herramienta teórica, al destacar que: "La cuestión no es irrelevante desde el punto de vista práctico. La identificación de la naturaleza jurídica sirve para dar contenido a las expresiones o conceptos de textura abierta contenidos en la regulación normativa, ayuda a elegir factores de decisión que aparecen aludidos únicamente por la intención del legislador de hacer enumeraciones de elementos no taxativas; y, finalmente, resulta útil para reconocer y aplicar el derecho supletorio". [166]

Más allá de la búsqueda de la naturaleza de las instituciones jurídicas se halla, en gran parte de las ocasiones, el afán de subsumir un determinado problema bajo un específico esquema normativo ideado inicialmente para casos diversos. Utilizar la técnica de la "naturaleza jurídica" contribuye a disfrazar la aplicación por analogía de otras normas del ordenamiento, lo cual conllevaría cambiar su extensión, argumentando que habría una "esencia" común entre otros casos expresamente regulados por el legislador y las nuevas situaciones que van surgiendo, debido a lo cual, éstas habrían sido considerados implícitamente en la regulación legal. [167]

---

[164] Céspedes Muñoz, C. y Vargas Aravena, D., *Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España*, en *Revista Chilena de Derecho,* Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, vol. 35, número 3, 2008, pp. 439-462.

[165] Corral Talciani, H., *La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial*, en *Revista Chilena de Derecho,* Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, vol. 34, número 1, 2007, pp. 23-40.

[166] Ibídem.

[167] Haba, E. P., *Metodología Jurídica Irreverente*, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, cfr. págs. 207-211.

Los tenaces trabajos de los juristas por desentrañar la naturaleza jurídica de una determinada institución se encuentran indefectible y terminantemente condenados a fracasar desde sus inicios. Entre otras consideraciones, debido a que lo buscado, tal como se lo persigue, no tiene existencia. Un destacado lógico del derecho como Bulygin ha enfatizado que términos como "matrimonio" o "posesión" poseen un sentido únicamente en el marco de cierto contexto. Inquirir por una supuesta naturaleza o esencia de la estipulación a favor de otro o de la compensación económica, simplemente es un absurdo. [168]

El mismo Jhering posteriormente se retractó y elaboró una nueva propuesta teórica en torno a los conceptos jurídicos: "No es más que un espejismo pensar que los conceptos, por el hecho de existir, puedan pretender la jerarquía de verdades inconmovibles. Los conceptos nacen y mueren con las normas de las cuales han sido tomados. Si esas normas son derogadas por resultar inadecuadas, también los conceptos deberán desaparecer o adoptar otra forma, igual que una funda tiene que ser tirada, ampliada o reajustada, cuando el objeto que estaba destinado a cubrir es cambiado por otro, o ampliado o reducido". [169]

Como ha destacado Laporta, los conceptos jurídicos, como por ejemplo, "matrimonio", "prenda", "posesión", son herramientas del lenguaje para hacer referencia a conjuntos de derechos y obligaciones que emanan de normas jurídicas y, por ende, no aluden a realidades de ninguna clase. [170]

La utilización de la técnica de la "naturaleza jurídica" encubre que nos enfrentamos a una decisión acerca de la forma en que debemos comprender convencionalmente cierto texto. Esta decisión es adoptada por el mismo intérprete, de acuerdo a sus preferencias y tomando en cuenta múltiples consideraciones tales como la conciencia jurídica material, los factores pragmáticos de interpretación, la búsqueda de un significado razonable, etc. Por eso no sorprende que los autores difieran enormemente respecto a cuál sea la naturaleza jurídica de una institución en particular.

En síntesis, como ha resaltado Enrique Pedro Haba, la determinación de la naturaleza jurídica se fundamenta en una valoración, la cual se encubre en una aparente descripción, que adhiere al esencialismo en cuanto a la relaciones entre palabras y realidad. De esta manera, no se reconoce que se trata de una construcción del intérprete que busca efectuar una interpretación extensiva o analógica de otras normas. [171]

Manuel Atienza, en sus "Diez Consejos para escribir un buen trabajo de dogmática", expresa: "... muchos pseudoproblemas -especialmente, si han sido con asiduidad objeto de reflexión dogmática- pueden esconder un problema genuino que se pone al descubierto cuando se lo enfoca desde el ángulo adecuado. Por ejemplo, cuando lo que esté en

---

[168] Alejandro Vergara Blanca en un artículo suyo titulado *El Problema de la naturaleza jurídica de la riqueza mineral* en *Revista Chilena de Derecho,* Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, vol. 33, núm. 2, 2006, págs.. 215-244, declara: "Cuando la doctrina civilística pretende desentrañar la naturaleza jurídica de instituciones de derecho público, puede formular conclusiones de dudosa confiabilidad. Una demostración de ellos es el libro de Álvarez – Caperochipi (1983) que es el intento de un civilista por desentrañar la naturaleza de categorías administrativas desde una perspectiva dudosa: desde la propiedad".

[169] Sobre este punto, ver el comentario ya citado de Francisco Laporta.

[170] Laporta, F., *El ornitorrinco y el Consejo de Estado,* publicado en la sección *"Opinión"*, del diario español *El País*, 2005.

[171] Haba, E. P., op. cit., pág. 209.

cuestión sea la "naturaleza jurídica" de la institución X, no enfoque el problema como si se tratara de descubrir la "verdadera esencia" de X. Por el contrario, comience por indagar qué consecuencias tendría el que a X se le califique de Y o de Z. Luego trate de justificar por qué es preferible un tipo de consecuencias a otro. Cuando haya hecho esto último, habrá resuelto ya el problema de la naturaleza jurídica de X". [172]

¿Qué se busca al indagar sobre la naturaleza jurídica? Las posibilidades son varias, ya que esta expresión es usada con propósitos diversos: [173]

a) determinar el régimen jurídico aplicable a una institución, a fin de establecer cuáles son sus consecuencias jurídicas. Ello implica efectuar una operación de calificación jurídica.

b) identificar los elementos que la constituyen, es decir, cuáles son sus hechos condicionantes.

c) precisar los requisitos o condiciones que deben reunirse, según el uso, para emplear la palabra.

d) en otros casos, por ejemplo en la compensación económica, precisar los criterios de determinación del quantum.

e) en algunas ocasiones, determinar la validez y jerarquía de una norma jurídica (de acuerdo a las normas que rigen la producción jurídica).

f) dar contenido a un concepto jurídico indeterminado.

g) de modo más general que el anterior, emplear los espacios de discrecionalidad que concede el derecho.

En la mayoría de estas situaciones, se procura integrar un vacío o laguna en el ordenamiento. ¿Por qué es deficiente como técnica de argumentación? Porque puede implicar un ardid retórico: encubre esta actividad de integración, presentándola como una mera descripción. La doctrina, en algún sentido, está "creando" derecho (es lo que corresponde en estos casos), el problema está en que reclama para ello una validez absoluta. Y carecemos de un procedimiento intersubjetivo para verificar la corrección de esa conclusión (para captar esa naturaleza jurídica).

Revisemos un ejemplo:

Ampliar el concepto de matrimonio para incluir a las uniones de personas del mismo sexo, parece ser contrario a la naturaleza jurídica de la institución. Sin embargo, es necesario recordar la distinción entre naturaleza y convención: somos nosotros, los que nos damos nuestras propias leyes, y por lo tanto, somos responsables de su contenido. Este

---

[172] Atienza, M., *Diez Consejos para escribir un buen trabajo de dogmática*, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, núm. 3, octubre de 1995, pág. 224.

[173] Incluso se ha llegado a discutir la naturaleza jurídica de un hospital (C.G.R. 08 de septiembre de 2009). Un uso enormemente extendido con propósitos tan disímiles, debe al menos motivar una reflexión.

reconocimiento caracteriza el tránsito de una sociedad cerrada a una sociedad abierta o democrática.

En torno a este punto, es interesante tener en cuenta el ya citado comentario de Francisco J. Laporta, parte del cual reproduzco a continuación: "De acuerdo con ellas, la anatomía del matrimonio y la anatomía de ese ser nuevo que propone el legislador no son, al parecer, compatibles, y, en consecuencia, no pueden denotarse con el mismo concepto, ya que éste expresa la esencia de un ser distinto. Para llegar a esa conclusión decimonónica han acudido al argumento de suponer que cuando la Constitución reconoce al hombre y la mujer el derecho al matrimonio, establece, con sólo esa mención, una suerte de coto vedado para el legislador (coto al que ha dado en llamarse "garantía de instituto", un invento de Carl Schmitt), de forma que el legislador no pude alterar ya los "rasgos esenciales", "núcleo esencial", "realidad subyacente" de la institución matrimonial, pues por su "propia naturaleza" no consiente alteraciones de sus "principios articuladores", entre los cuales naturalmente está el principio de heterosexualidad. Un nuevo repunte de los viejos modos argumentales del siglo XIX aparece aquí para resucitar la idea de que los conceptos jurídicos hacen referencia a entidades reales que viven en la percepción y la cultura jurídica de los pueblos."

Francisco Laporta agrega: "Las tradiciones son simplemente pautas colectivas que se autorrefuerzan en la medida en que se cree en ellas y son seguidas, pero no suministran por sí mismas razones ni para lo uno ni para lo otro. No hace falta ser muy viejo para recordar que de acuerdo con ellas el matrimonio ha sido entre nosotros una "realidad" indisoluble y una "realidad" discriminatoria y desigual. ¡Pues menudas tradiciones tenemos nosotros al respecto! Ahora esas mismas tradiciones se disponen al parecer a subrayar su "realidad" esencialmente heterosexual. Pero tampoco puede olvidarse que, mediante sucesivos actos del legislador, ese mismo matrimonio pasó de ser indisoluble a ser disoluble, y de ser discriminatorio a ser igual. Y no se bien por qué no puede del mismo modo pasar ahora a ser tanto heterosexual como homosexual".

Aludir a la naturaleza jurídica de esta institución, en este caso, constituye un ardid retórico, que pretende evadir la carga argumentativa, la cual exige justificar que:

a) el matrimonio entre personas del mismo sexo es inmoral (sea desde el punto de vista de una moral crítica, social o personal),

b) el derecho debe ser un instrumento para hacer efectiva la moralidad (la dificultad se torna más ardua, pues habría que distinguir de qué nivel de la moral se trata).

Si se quisiese sostener todo ello, es necesario argumentar. No basta con simplemente aludir a la "naturaleza jurídica" del matrimonio, eludiendo así la carga argumentativa de la posición que se sostiene.

Para aclarar debidamente las implicancias de la determinación de la naturaleza jurídica de una institución, resulta sumamente didáctico recordar el problema al que se enfrentaron los naturalistas del siglo XVIII, para clasificar a una nueva especie descubierta: el ornitorrinco. [174] "No hacía tantos años que Linneo había establecido en sus Sistema

[174] Francisco Laporta, en su artículo ya citado, lo recuerda de esta manera: "Se cuenta que cierto día del año 1797, un conservador del Museo de Historia natural de Londres recibió por primera vez en

Natural (1755) la clasificación vigente de los animales, y en lugar que en ella ocupaba la clase de los mamíferos no había hueco alguno para semejantes extravagancias. Los naturalistas acabaron por crear un nuevo orden para él, el de los monotremas, pero estuvieron discutiendo todos esos años si tal orden nuevo pertenecía a la clase de las aves o a la de los mamíferos. Esta discusión desbordó hasta tal punto los límites de la ciencia natural que acabó por llegar hasta el mismísimo pensamiento jurídico, y tuvo un sorprendente eco en los escritos de uno de los más importantes juristas del siglo XIX". [175]

"Para comprender exactamente lo que esto podía significar para el derecho conviene recordar que Jhering llegó a creer entonces que ciertas prácticas sociales, la cultura y las tradiciones jurídicas y las elucubraciones de los juristas sobre los textos legales daba como resultado nada menos que la creación de auténticos seres vivientes, "seres jurídicos que comprendemos e imaginamos como individuos con vida propia", y lo que él se propuso fue imitar el método de los naturalistas y establecer una clasificación científica de tales seres. De acuerdo con ese método, cada orden de esos seres recibía un nombre, que era el concepto jurídico correspondiente y que "encerraba la esencia" de aquellos seres jurídicos. Para llevar aún más lejos su fascinación por el método natural, Jhering afirmó entonces que tales conceptos tienen la función de definir a esos seres "en virtud de su anatomía". Por eso acabó por concluir que "un concepto no tolera ninguna excepción, igual que un cuerpo no puede excepcionalmente dejar de ser lo que es". Si algo como esto pasara en el derecho habría que obrar como los naturalistas con el ornitorrinco. Crear un nuevo concepto para esa nueva realidad". [176]

Así vistas las cosas, varios siglos después, la doctrina civil chilena ya ha encontrado su propio ornitorrinco: la compensación económica. Llama la atención, la gran cantidad de trabajos y fallos de los tribunales que se pronuncian acerca de la naturaleza jurídica de esta nueva institución, asumiendo las más variopintas posiciones. Esto, al menos, nos debe hacer pensar acerca de la manera en que se utiliza este procedimiento teórico, y acerca de su verdadera utilidad y rigor, ya que puede servir prácticamente para dar fundamento a cualquier solución.

Algunos han planteado que considerando la gran utilidad que esta herramienta teórica ha prestado a la doctrina, durante tanto tiempo, no existen buenas razones para abandonarla. Todo lo contrario, se la presenta como una técnica sumamente valiosa e incluso imprescindible. Claramente es así, puesto que cumple una pluralidad de funciones,

---

su gabinete la piel de un ornitorrinco. Al parecer creyó que se trataba de alguna trampa que le había tendido algún colega burlón. Y para demostrar claramente que a él no se le embaucaba, así como así, echó mano de unas tijeras y se puso a separar el llamativo pico de pato del resto de la piel esperando encontrar por allí debajo las costuras del fraude. Naturalmente, no lo consiguió. El pico y la piel estaban perfectamente engarzados por la naturaleza. Esto constituyó una inesperada sorpresa para los cánones del pensamiento naturalista, pero no fue la única. A medida que se fueron estudiando estos extraños individuos empezaron a surgir nuevas perplejidades, tenían pico de ave (eso es lo que significa precisamente ornitorrinco), pero también dientes, y además, emitían veneno, cosa que no parecían hacer ni los mamíferos ni las aves; por si esto fuera poco, ni volaban ni caminaban, sólo nadaban, y para rematar tenían mamas (eran, pues, vivíparos), pero ponían huevos (eran, pues, ovíparos). Durante más de cuarenta años la discusión sobre su clasificación fue dando tumbos de un lugar a otro a medida que se iban descubriendo más rasgos nuevos y sorprendentes. Puede decirse que hasta 1884 no se saldó definitivamente."

[175] Laporta, F., op. cit.

[176] Ibídem.

es altamente persuasiva y "soluciona" un gran número de problemas. Sin embargo, su uso encubre una actitud bastante cómoda, puesto que simplemente se trata de una fachada de justificación que no proporciona razón alguna en favor de una determinada alternativa de solución a un problema, por otra parte, no existe un procedimiento para corroborar su correcta utilización, y sirve para justificar lo que se quiera. De esta manera, la doctrina extrae la solución, tal cual, un mago extrae un conejo de su sombrero.

A esto se añade otra cuestión, si preguntamos a quienes usan este recurso teórico con asiduidad, difícilmente podrán explicar con rigor y precisión en qué consiste, cuál es exactamente el procedimiento que se debe seguir para su determinación, y cómo podemos controlar que ha sido correctamente establecida. Queda así de manifiesto, el uso, muchas veces intuitivo, que se hace de esta noción.

Desde este punto de vista, claramente es más cómodo (aunque falto de rigor) continuar en la búsqueda de naturalezas jurídicas y de esencias de las instituciones, creyendo que con eso se está justificando algo.

2.2. La enunciación de principios jurídicos.

La doctrina se encarga de sistematizar el ordenamiento jurídico, sustituyendo grupos de normas por principios que desempeñan un papel equivalente, pero que presentan un mayor grado de generalidad. De esta forma, se consigue una formulación más abreviada del sistema, con relativamente escasos principios y consecuencias lógicas precisas y acotadas En nuestra cultura jurídica la expresión "principio general del derecho" suele designar una norma implícita de carácter supletorio o subsidiario.

Esta técnica no conlleva un cambio normativo en el sistema, a condición de que se circunscriba a enunciar principios con una extensión similar a las normas promulgadas legislativamente. No obstante, es usual que la doctrina traspase la frontera, formulando principios generales en sustitución a normas positivas, que por su parte, cuentan con una extensión más amplia que el grupo de normas sustituidas, posibilitando deducir de tales principios, otras normas no comprendidas en el sistema primitivo y colmando, por esa vía, eventuales vacíos normativos. En la práctica, las nuevas normas se incorporan subrepticiamente hasta para los propios autores que las sugieren, ya que se manifiestan como simples consecuencias deductivas de las normas sustituidas por un principio equivalente en apariencia. [177]

Esta técnica de justificación es muy utilizada en derecho civil, debido a la enorme cantidad de normas positivas que reglamentan aspectos detallados de las instituciones, configurando un ámbito fecundo para sistematizar las normas y simultáneamente para que se manifiesten los requerimientos de abarcar los múltiples espacios que ellas no han regulado. [178]

---

[177] Nino, C.S., op. cit., pág. 333.
[178] Ídem, pág. 334.

Otra técnica de justificación vinculada a ésta, aunque más compleja, se encuentra en la elaboración de "teorías", las cuales configuran una de las manifestaciones más representativas de la dogmática jurídica.

Lo que identifica a las teorías jurídicas es que se plantean como una descripción del status esencial de un concepto o institución o de un sector de la realidad social. De esta manera, se pretende que su acogida o descarte dependa de su supuesta verdad fáctica o supraempírica.

A pesar de ello, si tomamos en cuenta las funciones que realizan, resulta claro que las teorías están conformadas por enunciados normativos.

Por una parte, las teorías contribuyen a la justificación de leyes que se deducen lógicamente de aquéllas, y desde otro ángulo, llevan a cabo una tarea bastante más fructífera, al posibilitar la deducción de otras normas que no formaban parte del derecho positivo.

La apariencia descriptiva de las teorías, sumada a su capacidad para permitir la inferencia de normas legisladas como de nuevas normas, explican sus grandes ventajas para la función creadora del derecho que efectúan los juristas, bajo el manto protector de una aséptica descripción del derecho legislado o de la realidad que lo rodea. [179]

2.3. La formulación de definiciones.

En el ámbito teórico y muy particularmente en el jurídico, aún tiene influencia el "realismo verbal" respecto a la relación entre el lenguaje y la realidad. Se cree que los conceptos representan una supuesta esencia de las cosas. Esta posición plantea que hay una sola definición correcta para cada palabra, y que podemos formularla captando la esencia de los fenómenos que denota la expresión, recurriendo a una intuición intelectual; por ello, la actividad de definir un término sería de carácter descriptivo. Una parte de la doctrina no se percata de la diferencia que existe entre la definición de una palabra y la descripción de una realidad. Esto claramente representa un obstáculo para identificar las instituciones y engendra vanas e inconducentes polémicas. Tal como expresa NINO: "Hay juristas que pretenden que sólo puede haber un único y verdadero concepto para una institución, y se enzarzan en graves meditaciones sobre la esencia de aquella, sin prestar atención al uso ordinario de la expresión y despreciando la estipulación de un significado para la palabra que sea teóricamente fecundo". [180]

Sin descartar que sea conveniente estipular un significado más preciso para la palabra que procuremos analizar, es imprescindible estudiar su significado en el lenguaje común, a fin de evidenciar distinciones conceptuales de las que no somos conscientes y que pueden generar problemas. De esta forma, la formulación de una definición se trasladará de la absurda búsqueda de la esencia o naturaleza de una institución a la indagación acerca de los criterios usados para emplear la palabra respectiva, y en caso de ser necesaria la estipulación de un significado más acotado, ello estará condicionado por

---

[179] Ídem, págs. 334-335.
[180] Ídem, págs. 12-16.

razones teóricas de utilidad y no por captación de esencias, cuya verdad no podemos comprobar a través de la experiencia. [181]

2.4. Los nombres.

El que una institución jurídica reciba un nombre poco afortunado no es problema grave, a fin de cuentas, un nombre es sólo un nombre. [182] Sin embargo, una denominación incorrecta puede dificultar, en ciertos casos, la debida comprensión de una institución. Entonces se transforma en un problema. Como ejemplos podemos citar los siguientes:

- La "culpa de la víctima".

Esta expresión es criticada, pues no necesariamente concurren las culpas de víctima y agente en la generación del resultado dañoso, ya que a veces, pueden concurrir causalmente dos conductas no culpables o dos conductas de distinto carácter (una culpable, aunque no la otra). Debido a esto, se ha estimado más preciso el término concurrencia de causas, ya que como afirma PANTALEÓN PRIETO, el fenómeno de la concurrencia no hay que reducirlo necesariamente a los supuestos de responsabilidad subjetiva. [183]

Los autores prefieren en la actualidad poner el énfasis del problema analizado en la causación del daño y ya no en la culpabilidad de los sujetos y en descartar que las culpas o causas admitan compensación alguna, ya que lo que efectivamente se da en la producción del resultado dañoso es la concurrencia de causas. Por lo anterior, se prefiere esta expresión, aunque ella no basta por sí misma para describir totalmente el fenómeno aludido, puesto que es necesario agregar que se trata de concurrencia de causas de agente dañoso y víctima, pues dentro del supuesto de concurrencia de causas, se considera además el de la concurrencia de varios sujetos en la causación del daño, y el de la concurrencia de un hecho de la naturaleza con culpa (causa) proveniente de un sujeto dañador. [184]

Lo expuesto precedentemente, permite concluir que tanto el hecho culpable de la víctima como el no culpable, si concurren con la acción del sujeto lesivo, producen la reducción de la responsabilidad de éste, ya que los casos de concurrencia de culpas no se circunscriben a los de una acción reprochable en el sentido clásico, por parte de la víctima,

---

[181] Ibídem.

[182] No obstante, es importante tener en cuenta que: "Cuando una palabra tiene carga emotiva, ésta perjudica su significado cognoscitivo. Porque la gente extiende o restringe el uso del término para abarcar con él o dejar fuera de su denominación los fenómenos que aprecia o rechaza, según sea el significado emotivo favorable o desfavorable. Esto provoca una gran imprecisión en el campo de referencia de la expresión, y (...) explica muchas de las diferencias entre las definiciones que sustentan los juristas", Nino, C. S., op. cit, pág. 16.

[183] Pantaleón Prieto, F., *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, fasc. 3 (jul.-sept.),1991, cfr. pág. 1042.

[184] Medina Alcoz, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, cfr. pág. 258.

puesto que no resulta imprescindible que éste se haya comportado de manera negligente o descuidada. [185]

Como expresa Medina Alcoz, la verdad es que el sintagma "culpa de la víctima" debe comprenderse en un sentido impropio o no técnico. [186]

- El mal llamado "cúmulo de responsabilidad".

Como se señaló en la introducción de esta tesis, sobre el punto, René Abeliuk señala: "Se trata de un falso problema, mal denominado por añadidura, porque no hay cúmulo, esto es, acumulación de responsabilidades, sino que opción entre ellas, y más limitadamente aún, posibilidad de abandonar la responsabilidad contractual para asilarse en la delictual. El cúmulo se produce en el hecho mismo, que es considerado a un tiempo como incumplimiento imputable y hecho ilícito" [187]. BARROS aclara: "Por eso, para evitar equívocos acerca del significado de la pregunta, es preferible hablar de concurso y no de cúmulo de responsabilidades, como suele hacerlo la doctrina". [188]

- "Los acervos imaginarios".

Somarriva expresa: "La denominación de acervos imaginarios no es del todo exacta...Estas denominaciones de primer y segundo acervo imaginario se deben a don Miguel Luis Amunátegui y se han vulgarizado tanto que, aun cuando constituyen una impropiedad de lenguaje, es imposible ya desterrarlas". [189]

Llama la atención el talante resignado que asume el autor y con él una parte no pequeña de la doctrina civil chilena. ¿Si la doctrina no puede cambiar un nombre, entonces qué puede hacer? En realidad la solución es sencilla, basta con emplear los nombres apropiados, modificando los índices de las obras y los correspondientes programas de estudio de la asignatura. De esta forma, en un plazo razonable se habrá desterrado la denominación inapropiada y se habrá extendido el uso de la correcta.

Extrañamente, en más de una ocasión, la doctrina critica el empleo de cierta denominación, para luego continuar utilizándola. Esta actitud metodológica es reprochable, pues implica una inconsecuencia gratuita.

2.5. Una reflexión metodológica.

Hay muchos abogados que inconscientemente siguen creyendo en la magia verbal: emplean los aforismos jurídicos como si fuesen conjuros de un libro de encantamientos. Pero no hay que olvidar que las máximas de interpretación son "conjuntos sistemáticos de frases atractivas (a menudo acuñadas en forma de proverbios) y de significado impreciso

---

[185] Ídem, pág. 261.
[186] Ídem, pág. 359.
[187] Abeliuk Manasevich, R. *Las Obligaciones*, tomo II, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pág. 767
[188] Barros Bourie, E., *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pág. 1056.
[189] Somarriva Undurraga, M., *Derecho Sucesorio*, versión de Abeliuk, R., tomo I, séptima edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pág. 392.

que pueden fácilmente ser manejadas de manera tal que conduzcan a resultados contradictorios". [190]

Para graficar esta idea, basta con recordar un par de antiguos y conocidos proverbios populares: "A quien madruga, Dios le ayuda" y "No por mucho madrugar se amanece más temprano". Pues bien, los aforismos jurídicos operan de igual forma.

Las máximas constituyen una poderosa herramienta de argumentación que proporciona al intérprete la posibilidad de justificar el resultado que estime adecuado, pues no hay reglas fijas y objetivas que ordenen cuándo debe usarse una máxima y cuando otra.

El autor norteamericano Max Radin, señala que las máximas "no son realmente "reglas" en el sentido de que nos obliguen a llegar a un resultado y no a otros en la aplicación de una ley, sino que constituyen un vocabulario y un método de presentación para los casos que, por razones totalmente distintas a esas "reglas" y de sus excepciones, se alcanza un resultado de cierto tipo en el esfuerzo de saber si un acto está prohibido o permitido según la ley". [191]

La pretensión de que la administración de justicia es una simple deducción lógica a partir de reglas jurídicas, sin ninguna valoración por parte del juez, parece ser un fenómeno universal, e incluso no descarta la posibilidad que dicha función pueda tener incluso efectos socialmente beneficiosos. [192]

2.6. El fundamento semántico en la interpretación de la ley como presupuesto metodológico para identificar y resolver problemas de concurrencias de normas.

2.6.1. Algunas consideraciones generales acerca de la Interpretación Jurídica.

Tradicionalmente, se ha sostenido por la doctrina que la interpretación consiste en determinar el verdadero sentido y alcance de una norma jurídica. Agreguemos que la interpretación ha sido considerada como una actividad de segundo orden, a la que sólo es necesario acudir para solucionar los llamados casos difíciles; más aún se ha llegado a estimar como una actividad peligrosa, que el legislador debe necesariamente regular en forma minuciosa. Recordemos, al efecto, que el Corpus Iuris llegó a prohibirla.

En nuestro país, asimismo, los autores han postulado, durante décadas, que la norma clara no se interpreta (siguiendo el adagio "In claris non fit interpretatio"), señalando que tal planteamiento sería acogido, en nuestro derecho positivo, por el art. 19 del Código Civil. Esta doctrina se basa fundamentalmente en los siguientes postulados o ideas matrices:

a) El principio de la separación de los poderes del Estado.

---

[190] Ross, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, segunda edición, Eudeba, Buenos Aires, 1997, pág. 190.
[191] Radin, M., *California Law Review*, t. 33, p. 319.
[192] Ross, A., op. cit., cfr. pág. 191.

Según el cual, le corresponde al legislador la tarea de elaborar las normas jurídica, y al juez, la de interpretarlas.

b) La interpretación solo sería necesaria en aquellas situaciones en que las normas jurídicas son obscuras o contradictorias.

c) Las normas jurídicas poseerían un significado o sentido unívoco, que el intérprete puede captar, recurriendo principalmente al análisis gramatical del texto.

d) La existencia de un procedimiento preestablecido por el legislador, que regule la actividad interpretativa. De este modo, la ley señala los elementos a los cuales debe recurrir el intérprete, estableciendo incluso, un orden de prelación entre ellos, con la finalidad de impedir cualquier intento de arbitrariedad que atente en contra de la seguridad jurídica.

Sin embargo, estas concepciones tradicionales han sido objeto de fuertes críticas provenientes de las más diversas tendencias filosóficas y jurídicas, pues resulta del todo evidente, la insuficiente y errónea descripción que el "método lógico-subsuntivo" hace de la actividad judicial. "Según este cuadro de la administración de justicia, el juez no valora ni determina su actitud ante la posibilidad de interpretaciones diferentes. El juez no es un autómata. Se da por sentado que tiene que respetar la ley y su función se limita a un acto puramente racional: comprender el significado de la ley y comparar la descripción de los hechos que ésta hace con los hechos del caso que tiene que decidir." [193]

De este modo, se asimila la actividad hermenéutica a un silogismo, en que la norma jurídica constituye la premisa mayor; los hechos del caso, la premisa menor; y la conclusión está representada por la sentencia judicial.

Desde una nueva perspectiva, la actividad del intérprete se aprecia como inevitablemente creadora, pues él atribuye un significado a las normas jurídicas, ya que el texto admite una variedad de posibles interpretaciones. Así, el juez, al interpretar, siempre está creando derecho, normas jurídicas, y éstas por resolver los casos controvertidos, son las únicas que podemos calificar de auténticamente vigentes.

Llegamos así a una corriente del pensamiento iusfilosófico, denominada "realista", que constituye uno de los presupuestos metodológicos centrales sobre los cuales se construye esta tesis, por lo que se hace necesario exponer y analizar el pensamiento de unos de sus representantes más notables: ALF ROSS, en lo referente al fundamento semántico en la interpretación de la ley; dando una mirada, desde esta perspectiva, a los principios y normas que informan la actividad interpretativa, según nuestro Código Civil y que son determinantes en las prácticas argumentativas de la doctrina y la jurisprudencia para identificar y resolver los problemas de concurrencias normativas.

2.6.2. El fundamento semántico de la interpretación.

---

[193] Ross, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, quinta edición, Eudeba, Buenos Aires, 1994, págs. 132 -133

Ross comienza por señalar que "Toda interpretación del derecho legislado comienza con un texto, esto es, una formula lingüística escrita".[194] Es evidente que la labor de un jurista está íntimamente ligada a las palabras y textos; el lenguaje no es sólo un instrumento, sino que también es su objeto de estudio.

Enseguida, Ross efectúa una distinción entre signos y símbolos. La diferencia entre ambos se encuentra en que el sigo es natural, pudiendo establecer su significado a través del conocimiento que tenemos del curso de la naturaleza. En cambio, el símbolo es artificial, ya que ha sido creado por el hombre. "Todos los símbolos son convencionales, esto es, la conexión entre el símbolo y lo que él simboliza es producida por seres humanos mediante acuerdo o uso (costumbre)".[195] Se enfrenta así a una corriente filosófica tradicional, que tiene raíces muy antiguas, según la cual, las palabras representan en forma objetiva conceptos o ideas, y por ende, debemos descubrir su significado.

Para Ross, no hay una relación natural entre el símbolo y la cosa que éste designa; pues postular aquello implicaría sostener que las cosas tienen una esencia, lo que no es verificable empíricamente, por lo que dichas ideas deben ser eliminadas del lenguaje científico. Por ello, señala que se atribuye el significado a las palabras, mediante convención o acuerdo, al efecto, indica "De todos los sistemas de símbolos, el lenguaje es el que se encuentra más plenamente desarrollado, el más efectivo y el más complicado" y agrega que "el significado atribuido a las formas auditivas o verbales en que se manifiesta el lenguaje, es claramente convencional"[196].

Relacionando los planteamientos rossianos con nuestro ordenamiento jurídico positivo, si analizamos el Art. 20 del Código Civil, podríamos encontrar quizá una cierta coincidencia: en efecto, cuando dicha norma sostiene: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, esto es, según el uso general de las mismas palabras." Pareciera indicar, en principio, que se atribuye el significado de las palabras que emplea el legislador mediante convención, al afirmar que se entienden según su uso general; esto es, de acuerdo a la costumbre, al uso. Incluso más, se podría expresar que Bello está adhiriendo a tesis lingüísticas contradictorias. Al señalar que las palabras tienen un sentido natural y obvio estaría aceptando ciertas concepciones metafísicas que sostienen que existiría cierta relación entre las palabras y aquello que designan, de tal manera que no podríamos denominarlas de otro modo. Este planteamiento no es aceptado por Ross. Pero enseguida, el precepto en análisis, aclara o explica lo que se entiende por dicho "sentido natural y obvio", remitiéndose al uso general de las palabras, esto es, a la convención o costumbre, con lo cual, estaría coincidiendo con los postulados sostenidos por Ross.

Como es posible percatarse, a través del estudio de los planteamientos rossianos, la teoría de la interpretación posee una riqueza y significado mucho más profundo que el tradicional "elemento gramatical o literal". Debemos, por otra parte, recordar que el lenguaje utilizado por el derecho es, en gran parte, el lenguaje cotidiano o común; constituyendo una excepción, el hecho de atribuir significados jurídicos específicos a ciertos términos, lo cual, también es una convención.

---

[194] Ídem, pág. 108.
[195] Ídem, pág. 109.
[196] Ídem, pág. 110.

Enseguida, Ross plantea que la comunicación lingüística entre las personas, se efectúa por medio de expresiones, que por tal motivo, el análisis de la función simbólica del lenguaje debe comenzar por ellas.

La expresión, para nuestro autor, es la unidad lingüística más pequeña que es soporte de significado por derecho propio. Añade que las palabras individuales carecen de significado independiente, solo tienen un significado abstraído de las expresiones en las que aparecen; ello es importante, pues el significado de una expresión no es el producto total de los significados de las palabras específicas que la componen. En otras palabras, el significado específico de una expresión lingüística es el resultado de un análisis de los diversos aspectos semánticos, sintáctico y pragmático, ya aludidos anteriormente, que pretende descubrir la relación de un signo lingüístico con otros signos, con el objeto que designa y con el sujeto que lo recibe; el intérprete.

Ross entiende por expresiones lingüísticas, un arreglo consciente del lenguaje en el uso efectivo oral y escrito. Enseguida, distingue la expresión misma de su significado, ya que según sostiene, expresiones diversas pueden tener idéntico significado, y a su vez, una misma expresión, puede tener varios significados. El significado puede ser de dos tipos: expresivo o sintomático, puesto que la expresión se refiere a lago que la ha suscitado, y por ende, toda expresión posee tal significado. Pero además, existe un significado representativo o semántico que corresponde a ciertas expresiones lingüísticas que representan o indican un estado de cosas, en una relación lógica.

Ross dice que es posible distinguir tres tipos de expresiones lingüísticas:

1) Expresiones de aserción (o más brevemente aserciones, con lo cual empero, esta palabra se torna ambigua, pues significa tanto la expresión como su significado representativo), es decir, expresiones con significado representativo.

2) Exclamaciones, esto es, expresiones sin significado representativo y con las que no se pretende ejercer influencia; y

3) Directivas, esto es, expresiones sin significado representativo pero que son usadas con el propósito de ejercer influencia.

Al plantarse la interrogante de determinar a cual de estos tipos de expresiones pertenecen las nociones contenidas en las reglas jurídicas, concluye que "se hace particularmente claro que las reglas jurídicas, según su contenido lógico, son directivas, cuando contienen expresiones que son usadas comúnmente en estas últimas".[197] En este punto, cabe recordar que el texto jurídico es un texto prescriptivo, y por ende, predominantemente práctico.[198] [199]

Analizando la definición que Ross da de directivas, cabe hacer notar que dichas expresiones carecen de significado representativo; por ende, al no simbolizar o indicar un

---

[197] Ídem, págs. 6-7-8.
[198] Ídem, cfr. pág. 8.
[199] Robles, G., *El derecho como Texto. En torno a la Fundamentación de una Teoría Comunicacional del Derecho*, en *Revista Persona y Derecho,* Universidad de Navarra, Pamplona, N° 35, 1996, cfr. pág. 196.

estado de cosas diferentes de sí mismas, no podemos calificarlas de verdaderas o de falsas, calificación que solo es admisible en el caso de las aserciones o expresiones con significado representativo.

De allí que la tradicional definición que la doctrina jurídica nacional nos da de interpretación (que casi se ha transformado en una especie de dogma) y que nos dice que interpretar consiste en determinar el verdadero sentido y alcance de una norma jurídica, para Ross y otros autores, en particular de la filosofía analítica, es insostenible; ya que las normas jurídicas "no tienen un verdadero sentido"; es decir, podrán ser calificadas de convenientes o inconvenientes, útiles o inútiles, etc., pero jamás de verdaderas o falsas. (Entendiendo verdad, como correspondencia o adecuación a la realidad. La expresión, al no referirse a realidad alguna, no admite, pues tal calificativo)[200]

Enseguida, continuando con el análisis del concepto rossiano de directiva, añade que tienen por objeto, ejercer influencia sobre los demás; en efecto, las normas jurídicas cumplen una función regulativa o prescriptiva, pretenden regular, dirigir, orientar las conductas de los hombres; es por ello, que tienen un carácter práctico, pues cobran sentido, al ponerlas en relación con los hechos; de esto que se derive que la labor del jurista sea eminentemente práctica. De allí que se sostenga que las normas no tienen un verdadero o auténtico sentido, sino que se trata de un sentido que se impone; y específicamente, el sentido de las normas jurídicas es aquel que le atribuyen los jueces y otros funcionarios con potestades jurisdiccionales, ya que las directivas constituyen mandatos destinados a los jueces y sólo indirectamente a los particulares, que a través de ella conocen que dándose ciertos hechos condicionantes de la norma, pueden esperar una determinada reacción por parte de los tribunales. Por ello, la eficacia de tales normas, depende de la interpretación que les sea atribuida por los jueces que se inspiran en una cierta ideología normativa, la cual pretende ser descubierta por la teoría del método jurídico.

2.6.3. Vaguedad y ambigüedad de las palabras.

Ross realiza las siguientes afirmaciones:

- El significado posible de toda palabra es vago; su posible campo de referencia es indefinido.

- La mayor parte de las palabras son ambiguas.

Ahora bien, por vaguedad, debemos entender la situación en que las palabras tienen un solo significado, pero éste es impreciso o indeterminado; o como dice Ross, su campo de referencia es indeterminado. Desde ese punto de vista, sostiene que todas las palabras son vagas; es decir, si bien hay ciertas situaciones típicas en que su aplicación resulta indiscutible, a la vez, existen muchas otras situaciones en las que resulta dudoso, si podemos aplicarla o no; ello dependerá de otros factores que analizaremos más adelante.

---

[200] Escandón Alomar, Jesús, *Una reflexión acerca del problema de la verdad en la interpretación*, en *Revista de Derecho,* Universidad de Concepción, Concepción, Nº 194, Año LXI, Julio-Diciembre 1993, cfr. págs. 173-177.

Podemos citar como los ejemplos más característicos de palabras vagas a los adjetivos calificativos (por ejemplo viejo, joven, largo, alto, conveniente, inútil, etc.). Resulta sumamente dudoso a qué situaciones podemos aplicarlo.

Pero este problema de vaguedad no se reduce solamente a ellos, sino que se trata de un rasgo ineludible de toda palabra. "Para todas ellas vale que su significado es vago, o que su campo de referencia es indefinido y consiste en una zona central de aplicaciones acumuladas, que se transforma gradualmente en un cúmulo de incertidumbre que abarca posibles usos de las palabras en condiciones especiales no típicas."[201]

A continuación corresponde analizar la ambigüedad de las palabras. Ésta no se presenta en todas ellas, sino sólo en aquellas palabras que poseen más de un significado (lo que como podemos ver es bastante común). Al efecto indica Ross: "La mayor parte de las palabras no tiene un campo de referencia único, sino dos o más, cada uno de ellos construido en la forma de una zona central a la que se añade un círculo de incertidumbre"[202].

A la luz de esas afirmaciones, corresponde analizar uno de los dogmas más defendidos por el formalismo metodológico en la interpretación del derecho y que se ha arrastrado durante siglos, incluso perdurando hasta nuestros días, en algunos círculos académicos: Es aquel expresado en el adagio: "In claris non fit interpretatio"; según el cual, sólo los textos oscuros se interpretan.

Esta tesis según la doctrina tradicional de interpretación del derecho en nuestro país, se encontraría acogida en el artículo 19 inciso primero del Código Civil, al prescribir: "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu". Y por lo tanto, dicen, si la letra de la ley es clara basta con atenerse a sus palabras, sin necesidad de efectuar interpretación alguna.

Esta idea ha sido criticada fuertemente, pues se sostiene que la interpretación es una actividad imprescindible, ya que para determinar si un texto es claro o no, previamente es preciso interpretarlo. Sin embargo, a la luz de los planteamientos de Ross, podemos llevar esta última tesis más lejos aún, ya que no existe un significado "claro" de las palabras, pues éstas son inevitablemente vagas, es decir, su significado es impreciso o indeterminado. "Desde el punto de vista de la semántica en sentido restringido, un texto se ve siempre afectado por la inevitable vaguedad de significado de las palabras, y en esa medida nunca resulta claro o libre de ambigüedad. Pero la certeza de aplicación en algunas situaciones no justifica la afirmación general de que el texto no es ambiguo."[203]

En lo que respecta a esta distinción formulada por Ross (siguiendo los planteamientos de los filósofos analíticos) entre vaguedad y ambigüedad, cabe hacer presente que resultaría de mucha utilidad su introducción a nuestra doctrina y jurisprudencia, ya que con frecuencia se las confunde.

Sobre este punto, efectuaremos algunas consideraciones principalmente históricas en las que se reconoce la referida distinción, aunque en forma implícita y poco sistemática. Andrés Bello en su obra *Principios de Derecho Internacional,* dedica el capítulo décimo a

---

[201] Ross, A., op. cit. pág. 111.
[202] Ibídem.
[203] Ross, A., op. cit., pág. 124.

tratar la interpretación de los tratados, formulando algunas reglas particulares. Al efecto nos interesa destacar las que siguen:

Tercero: Cuando se ve claramente cual es el sentido que conviene a la intención del legislador o de los contratantes, no es lícito dar a sus expresiones otro distinto.

Aquí se reconoce la posibilidad que una expresión tenga diversos sentidos.

Quinto: Si los términos se refieren a cosas que admiten diversas formas o grados, debemos entenderlos en la acepción que mejor cuadre al razonamiento en que se introducen y a la materia de que se trata.

En este pasaje se reconoce que los términos o palabras hacen referencia a cosas, a algo distintos de sí mismos; esto es, cumplen una función simbólica, aludiendo implícitamente a la vaguedad de las palabras, pues éstas pueden aludir a cosas que admiten diferentes formas o grados.

Sobre este punto cabe recordar un ejemplo propuesto por Ross en su obra: "no dudo por un instante que puede llamar "mesa" al mueble a cuyo lado estoy sentado y sobre el que escribo, del mismo modo usaré la palabra para otros objetos semejantes, pero de tamaño menor: "la mesa del cuarto de los niños, la mesa de una casa de muñecas". Pero, ¿no hay un límite en cuanto a la pequeñez del objeto? En otros casos parece que es la función, y no la forma, la que determina el uso lingüístico... ¿Podemos llamar mesa a una mesa de operaciones o sólo puede usarse la expresión compuesta?".[204] De esta forma, para precisar el significado de la palabra mesa, debemos recurrir, según los planteamientos de Bello al razonamiento en que se introduce y a la materia de que se trata.

Séptimo: Si alguna expresión susceptible de significados diversos ocurre más de una vez en un mismo escrito, no es necesario que le demos en todas partes un sentido invariable, sino el que le corresponde según el uso.

Aquí reconoce que una expresión puede tener varios significados, es decir, se refiere a la ambigüedad de las palabras, recalcando que incluso si aparecen en un mismo texto, no siempre se les debe atribuir el mismo significado.

Décimo: Las expresiones equívocas u oscuras deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos que con relación a la materia de que se trata ha empleado el autor en otras partes del mismo escrito, o en otra ocasión semejante.

En este pasaje se habla de expresiones equívocas u oscuras, es decir, siguiendo la terminología rossiana, expresiones ambiguas que poseen más de un significado y expresiones oscuras. Se plantea aquí la dificultad de establecer "si las expresiones oscuras" son equivalentes a las expresiones "ambiguas" o "equívocas"; tal vez sea posible concluir que con dicho término se comprende tanto las expresiones ambiguas, como también y con mayor razón las expresiones vagas, que poseen un solo significado, pero impreciso o indeterminado.

---

[204] Ídem, pág. 111.

Si revisamos nuestro ordenamiento positivo, encontramos que nuestro Código Civil en el párrafo destinado a la interpretación de los contratos, en su artículo 1566, alude a las cláusulas "ambiguas o contradictorias".[205]

2.6.4. El significado razonable.

Frente a un concepto vago o una palabra ambigua, debemos partir del supuesto de que la expresión tiene un significado razonable. Para descubrirlo, debemos acudir a las conexiones en la determinación del significado, ya que nos ayuda a escoger la interpretación más probable, dentro de aquéllas que son posibles, atendiendo al uso lingüístico. De este modo, la interpretación por conexión recurre a "todos los hechos, hipótesis y experiencias que pueden arrojar luz sobre lo que una persona intentó comunicar".[206]

Recordemos nuevamente, unas de las reglas formuladas por Bello en sus "Principios de Derecho Internacional":

Octavo: Es preciso desechar toda interpretación que hubiere de conducir a un absurdo.

Noveno: Debemos, por consiguiente, desechar toda interpretación de que resultase que la ley o la convención sería del todo ilusoria.

Decimocuarto: Conocida la razón suficiente de una disposición (esto es) la razón o conjunto de razones que la han dictado, se extiende la disposición a todos lo casos a que es aplicable la razón, aunque no estén comprendidos en el valor de las palabras, y por el contrario, si ocurre un caso que no es aplicable la razón suficiente, debemos exceptuarlo de la disposición, aunque atendiendo a lo literal parezca comprenderse en ella.

En este punto, conviene destacar que el texto jurídico es un texto eminentemente práctico, pues su función es regular, dirigir la conducta, en suma, prescribir. Como se ha dicho, desde el aquí y el ahora, aquéllos a quienes la ley se refiere y que tienen que conformar su existencia de acuerdo con ella, deben recoger de la ley lo que, desde su punto de vista, es más racional, funcional y adecuado.

Continuando con el análisis de los axiomas rossianos que son aplicables a las palabras en el uso cotidiano, nos corresponde analizar el siguiente:

El significado de una palabra se determina en forma más precisa cuando ella es considerada como parte integrante de una determinada expresión.

Recordemos que Ross entiende por expresión a la unidad lingüística más pequeña que es soporte de significado por derecho propio. Y agrega que las palabras individuales carecen de significado independiente, solo tienen un significado abstraído de las expresiones en que aparecen. Ross añade: "Es importante entender que el significado de una expresión no está construido por un mosaico con el significado de las palabras

---

[205] Ídem, págs. 48-49.
[206] Ídem, pág. 113.

individuales que la componen. Por el contrario, el significado que el análisis puede atribuir a los elementos individuales es siempre en función del todo en el cual aparecen. A menudo nos encontramos con la opinión de que la interpretación de la ley puede o tiene que tomar como punto de partida el significado ordinario de las palabras tal como resulta de su uso. Este parecer es ilusorio. No existe tal significado. Sólo el contexto y el deseo de hallar un significado "bueno" o "razonable" en relación con una situación dada, determina el significado de las palabras individuales.[207]

De esta forma, al interpretar un texto jurídico, debemos tener en cuenta que la tarea comienza por la expresión que no es la mera suma o unión de palabras aisladas, sino que por el contrario constituye una entidad nueva, autónoma e independiente que es diferente de la mera conjunción de sus elementos integrantes, los cuales forman una unidad distinta. Desde esta perspectiva, el considerar la expresión nos ayudará a descartar algunos de los diversos significados posibles, en el caso de las palabras ambiguas; o precisar el significado en el caso de las palabras vagas, ya que lo que determina los rasgos de los componentes es la naturaleza del conjunto. Por ello, la expresión no puede considerarse como la suma de las palabras que lo integran, sino que el todo; lo que Ross llama expresión, es el concepto primero y principal en el que cobran sentido los elementos individuales." El significado de una expresión - y con ello el significado de las palabras contenidas en la misma - se determina en forma precisa cuando ella es considerada en la conexión en la que es formula. Esta conexión puede ser lingüística (el contexto) o no lingüística (la situación)... el significado de una palabra es una función de la conexión - expresión, contexto, situación – en que la palabra aparece".[208]

2.6.5. El contexto o conexión lingüística.

El profesor escandinavo describe el contexto, señalando que se extiende hasta donde se pueda suponer que una expresión fue formula teniendo otra en mente, y que el autor quiso que ambas se aplicaran en forma conjunta. Otro de los elementos que se debe tomar en cuenta para precisar el significado de una expresión es este contexto. Este criterio es seguido desde antiguo por la doctrina jurídica. En efecto, al interpretar un texto jurídico es imprescindible considerar el contexto de la norma, ya que ella forma parte integrante del ordenamiento jurídico, y por tanto, no es un ente aislado, sino que se encuentra estrechamente vinculado al resto del sistema, la ruptura de tales vinculaciones implicaría privar a la norma jurídica del substrato que le confiere su carácter y sentido.

Muy acertadamente, Rodolfo Stammler ha afirmado: "En el momento que alguien aplica un artículo de un código, está aplicando todo el código."[209]

"Junto al sentido literal, la interpretación ha de tener en cuenta - dice Larenz - la conexión del significado de la ley, tanto la conexión de las partes individuales de una proposición jurídica, como la conexión entre si y con el todo de sentido del orden jurídico total de las proposiciones jurídicas que, por su sentido, se refieren a otras. La interpretación,

---

[207] Ídem, cfr. pág. 110.
[208] Ídem, pág. 112.
[209] Stammler, R., *Theorie der Rechtswissenschalft*, Buchhandlung des Wassenhanses, Halle a.d. S.,1911.

pues, ha de dar preferencia, entre sus varios significados "posibles" según el sentido literal, a aquel que haga patente el sentido ininterrumpido y comprensible en la conexión total de la regulación en cuestión. Junto a la interpretación "gramatical", es decir, lingüística, aparecen, así - completándola y continuándola - la interpretación "lógica" y la "sistemática"".[210]

El Código Civil dispone en su artículo 22: "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre un mismo asunto".

Con ello, el sentido de una expresión puede ser precisado por el contexto, esto es, las restantes expresiones que preceden y siguen a aquellas que se procura interpretar. Esta idea parte del supuesto que el texto jurídico se encuentre inspirado y elaborado por una misma razón, por lo que cada parte de él, debe reflejar lo mismo, excluyendo así la posibilidad de contradicciones, pues debe existir correspondencia y armonía entre todas las expresiones que conforman el texto. Alf Ross destaca: "En el campo jurídico es frecuente considerar que las expresiones que aparecen en una misma ley (decreto, contrato, etc.) forman parte del mismo contexto."[211] "El punto de partida es la expresión como un todo en su contexto, y el problema del significado de las palabras individuales está siempre unido al contexto. La palabra "casa" puede designar gran variedad de objetos. Pero en una ley de la vivienda la mayor parte de tales posibilidades quedan descartadas por absurdas"[212]. Ross destaca en forma aguda: "a menudo se da por sentado, no sin optimismo que ello (el rol del contexto en la labor interpretativa como fue descrito previamente) ocurre con todas las expresiones que aparecen en una misma obra científica. Pero si las primeras obras de un autor se toman como datos de interpretación, hay que tener en cuenta que sus opiniones, junto con su terminología y su estilo, pueden haber cambiado con el correr del tiempo".[213]

Esta idea es desarrollada posteriormente por Ross al tratar la distinción entre las llamadas interpretación objetiva e interpretación subjetiva. En efecto, el juez en su actividad interpretativa, debe tener especial consideración en este punto - puesto que al intentar precisar el significado de una expresión, recurriendo al contexto - es posible que este último sea el fruto de un proceso desarrollado en épocas muy diversas, lo cual puede conllevar una serie de cambios tanto en el estilo como la terminología empleada por el legislador. Así por ejemplo, resulta perfectamente posible que el legislador utilice una determinada palabra o expresión con diferentes sentidos. Sobre este aspecto, el mismo Ross distingue la expresión misma como fenómeno lingüístico de su significado, puesto que expresiones diferentes pueden tener el mismo significado, como así también la misma expresión, puede, según las circunstancias, tener una pluralidad de significados.

Bello, en la regla séptima de sus principios, nos dice: Si alguna expresión susceptible de significados diversos ocurre más de una vez en un mismo escrito, no es necesario que le demos en todas partes un sentido invariable, sino el que corresponda según el asunto. Y en la regla décima: Las expresiones equívocas u oscuras deben

---

[210] Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. Edit. Ariel, Barcelona, 1966.
[211] Ross, A., op. cit., pág. 113.
[212] Ídem, pág. 130.
[213] Ídem, pág. 113.

interpretarse por medio de los términos claros y precisos que con relación a la materia de que se trata ha empleado el autor en otras partes del mismo escrito, o en otra ocasión semejante.

Nuestro derecho positivo, contempla además la consideración del contexto en las normas sobre interpretación contractual y del testamento.[214]

Uno de los aspectos más importantes de la concepción rossiana en este punto, es la descripción que el autor efectúa acerca de la estrecha interdependencia y relación entre texto y contexto, "así como el carácter fluctuante creador y auténtico de la interpretación"[215]. En esta materia, Ross nos dice: "La conexión externa de la expresión no resulta dada en forma inmediata, sino sucesiva. Cuando leo un libro, no es verdad que no atribuyo ningún significado a la primera frase hasta que he leído toda la obra. Pero, de todos modos, el contexto es co-determinativo. Ocurre a menudo que mi comprensión de las primeras páginas del libro ha cambiado cuando lo termino y comienzo a leerlo de nuevo. Tiene lugar una curiosa "vibración interpretativa". Mi comprensión de las primeras frases co-determina la comprensión de las siguientes. Pero mi aprehensión del libro en su totalidad que surge como resultado, puede tener un efecto retroactivo modificador que influye sobre mi comprensión de las frases individuales, y esto, a su vez, ofrece la posibilidad de que mi concepción del todo pueda resultar cambiada, y así sucesivamente."[216]

Se trata pues de un proceso de carácter dinámico, en que el contexto cumple un rol de precisión del significado de la expresión. "No resulta acertado que, una vez promulgada la ley, se tome uno de sus artículos y se aplique aisladamente sin tener en cuenta su papel y función en el contexto del cuerpo legal al que pertenece."[217] Así pues, esta denominada "vibración interpretativa" que tiene lugar al interpretar el texto jurídico determina que el intérprete a medida que avanza en el proceso va dando una significación que al principio puede ser incluso no prevista y hasta completamente diferente a la esperada, en virtud de su relación mutua con otras disposiciones o de la comprensión de la misma norma a la luz de nuevas valoraciones que surgen a lo largo del proceso interpretativo. De estos planteamientos se puede concluir que estamos en presencia de una tarea constructiva, que intenta precisar el significado de las expresiones relacionándolas con otras contenidas en la misma ley especialmente con las normas de la misma especie contenidas en el resto del ordenamiento jurídico. Nos encontramos de esta forma, con un texto jurídico que es esencialmente mutable; o quizás expresado en una manera más precisa, el acto de interpretar determina una constante mutación en el resultado de dicha actividad, puesto que al presentar el contexto un carácter co-determinativo y ser aprehendido en forma sucesiva, ello conlleva que el proceso asuma una nota de dinamismo constante, ya que la captación de cada una de sus partes influye directamente en la comprensión de las restantes y por supuesto, en la aprehensión del todo que constituye el texto jurídico a interpretar; y a la

---

[214] Ver Código Civil.

[215] Montoro, Alberto, *Sobre la Superación del Formalismo Metodológico en el Realismo Jurídico Nórdico. La doctrina de la interpretación del Alf Ross,* en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Universidad de Murcia, Murcia, Tomo XVIII, 1975, cfr. pág. 165.

[216] Ross, A., op. cit., págs. 114-115.

[217] Belloso, Nuria, *Lenguaje, Hermenéutica y Derecho* en *Revista Persona y Derecho,* Universidad de Navarra, Pamplona, núm. 35, 1996, pág. 127.

inversa, la aprehensión del todo co-determina la comprensión que se logra de cada una de las partes que lo integran.

Otro punto a considerar en el contexto es lo que el profesor Gregorio Robles denomina "Principio de prioridad pragmática", y al que Ross alude, sin dar esta denominación, cuando expresa: "La misma conciencia del hecho de que uno está ocupándose de un poema, de una obra científica, de una ley, etc., es en sí importante".[218]

"El texto jurídico es un texto abierto (no es, por tanto, una "obra") la apertura del texto consiste en que no se da de una vez por todas (como sucede en la novela), sino que se va generando y regenerando progresivamente como un mecanismo autopoiético que es, el ser textual del derecho es un ser in fieri, nunca acabado sino permanentemente en transformación. Se autogenera, mediante decisiones diarias, que toman cuerpo en nuevas leyes, en nuevas normas de distinto tipo, en nuevas sentencias judiciales, etc."[219]

El texto jurídico cumple una función pragmática, esto es, pretende regular la conducta de los hombres en sociedad, en definitiva, prescribir. Todas las expresiones que componen el texto jurídico cobran su significado en el marco de la "totalidad de significado" que posee el ordenamiento jurídico, así el artículo 1.793 del Código Civil no está describiendo lo que es la compraventa, sino que prescribe o impone que ha de entenderse por ella. Así, "En un texto jurídico no encontramos definiciones ni narraciones, sino todo lo más prescripciones de definiciones o narraciones". "Pues bien, los que afirman que en el texto jurídico hay narraciones, descripciones y definiciones, cometen el mismo error de perspectiva que los que creen que Don Quijote y Sancho son personajes históricos"[220].

Es imprescindible, por ende, tener siempre en cuenta el carácter prescriptivo y pragmático del texto jurídico, de lo contrario, un error de perspectiva de tal magnitud conlleva una inadecuada comprensión en el proceso interpretativo.

2.6.6. La situación o conexión no lingüística.

Además del contexto, Ross plantea como factor que permite concretar y precisar el significado de la expresión lingüística, a la situación en que ella se formula. "La situación abarca todos los hechos y circunstancias que pueden indicar cual era la intención del autor. Incluye así la orientación política de éste, sus ideas filosóficas, las características de las personas a quienes estaban dirigidas sus declaraciones, la razón probable que lo movió a formularlas, los ademanes, las expresiones faciales, el énfasis, etc., además de toda la situación vital fáctica, física y social, que condicionó la expresión."[221]

Para Ross, el contexto y la situación representan los elementos más importantes para precisar el significado de una expresión lingüística. En conformidad a esta concepción, la situación asume un carácter espacio-temporal, donde concurre un conjunto complejo de intereses, ideas, actitudes, valoraciones, prejuicios, etc. de la más diversa índole, que por

---

[218] Ross, A., op. cit. p. 210-211.
[219] Robles, G., op. cit.
[220] Ibídem.
[221] Ross, A., op. cit., pág. 113.

lo mismo es inevitable considerar al efectuar la tarea de interpretar una expresión lingüística que es producto de ello; y que por lo mismo supera en forma evidente la descripción efectuada del proceso hermenéutico por parte del formalismo metodológico.

Merece particular atención por parte del intérprete, aquellos casos en que la situación en que la expresión es aprehendida difiere notoriamente de aquélla en que es formulada. Este aspecto, es objeto de un estudio más acabado, al tratar de la crítica que efectúa el autor, a la tradicional distinción entre interpretación objetiva e interpretación subjetiva.

2.6.7. Concepto de interpretación.

Ross nos entrega un concepto de interpretación, sosteniendo que "La actividad que se dirige a exponer el significado de una expresión se llama interpretación. Esta palabra se usa también para designar el resultado de tal actividad"[222]. Según nuestro autor esta actividad intenta descubrir los principios o reglas que realmente los guían en el tránsito de la regla general a la decisión particular, mediante el análisis de la práctica de los tribunales. En esta definición, el autor enfatiza nuevamente que toda interpretación comienza por una expresión, y que el significado de ella no es un simple "mosaico" formado con las palabras individuales que la conforman. Enseguida, continúa con un doble análisis, uno dirigido a los componentes de la expresión (palabras individuales) y su conexión sintáctica; y el otro, que tiene por objeto el contexto y la situación en que se formula la expresión.

Ya nos hemos referido suficientemente a una crítica y análisis realista de la definición de la actividad hermenéutica, que nos brinda la doctrina tradicional[223].

A continuación el profesor escandinavo agrega que pueden existir dos formas de interpretación:

1) Interpretación por significado: Es aquélla que pretende definir el significado de una expresión con mayor claridad, a través de una descripción formulada en palabras o expresiones diferentes, cuyo significado sea menos vago; es decir, busca explicar en palabras, con mayor plenitud, que ha de entenderse por las expresiones utilizadas.

2) Interpretación por referencia: es aquélla que se dirige a decidir si una determinada serie de sucesos "satisface" el significado de la expresión, de forma que sea posible sostener que estamos ante hechos que la expresión designa.

De esta manera "frente a un conjunto de hechos concretos experimentados de forma definida sea posible decidir con un "si", y un "no" o un "quizás", si el conjunto de hechos constituye o no una referencia que corresponde a la expresión"[224].

Con respecto a esta distinción, se debe hacer presente que ambas formas que puede asumir la interpretación no son excluyentes sino que ellas operan en forma conjunta, ya sea simultánea o sucesivamente, ya que el juez se verá en la necesidad de recurrir a la

---

[222] Ídem, págs. 113-114.
[223] Ver 2.2.
[224] Ross, A., op. cit., p 113.

interpretación por significado, para tratar de superar en parte el obstáculo que presenta la inevitable vaguedad de sentido de las palabras o expresiones; y además siempre debe acudir a la interpretación por referencia, al confrontar la situación de hecho que constituye el caso sometido a su decisión, con la descripción abstracta formulada por el legislador mediante las referidas expresiones.

2.6.8. La crítica rossiana de la clásica distinción entre interpretación subjetiva y objetiva.

Ross describe esta distinción efectuada por la doctrina tradicional de la interpretación jurídica: "A menudo se hace una distinción entre las llamadas "interpretación subjetiva" e "interpretación objetiva", en el sentido de la primera se dirige a descubrir el significado que se intentó expresar, esto es, la idea que inspiró al autor y que este quiso comunicar, mientras que la última se dirige a establecer el significado comunicado, esto es, el significado que está en la comunicación como tal, considerado como un hecho objetivo".

Enseguida Ross efectúa una revisión crítica de tal distinción, en concordancia con los supuestos metodológicos de su concepción realista acerca del derecho, señalando que tal distinción es insostenible. "La diferencia entre interpretación subjetiva y objetiva, por lo tanto, no ha de ser buscada en el contraste entre los propósitos de la interpretación (el significado intentado como cosa opuesta al significado comunicado). Toda interpretación parte de la comunicación y procura llegar a la intención. La diferencia depende de los datos que se toman en cuenta al interpretar. "La interpretación subjetiva se vale de todas las circunstancias que puedan arrojar luz sobre el significado, en particular todas las circunstancias personales y de hecho ligadas a la composición de la expresión y su declaración". "La interpretación objetiva limita los datos a aquellos que son discernibles por el destinatario en las situaciones en que se halla al aprehender la expresión". Ross llega a la acertada conclusión de que la llamada interpretación objetiva es, en el fondo, subjetiva y de que la denominada interpretación subjetiva puede llegar a tener una mayor objetividad que la primera.[225]

Desde otro punto de vista, resulta también incontrovertible que la llamada interpretación objetiva brinda al juez un mayor número de posibilidades, para escoger entre ellas, a la que se encuentre más conforme con las exigencias sociales, sin verse constreñido por las limitaciones impuestas por la interpretación subjetiva (en cuanto a recurrir a los antecedentes legislativos, con la finalidad de descubrir la "voluntad del legislador"), sin poner exclusivamente sobre los hombros de la actividad legislativa la pesada tarea de adecuar el derecho, a los cada día más vertiginosos cambios sociales.

En efecto, Ross sostiene: "Precisamente porque la interpretación objetiva rechaza ciertos datos de interpretación (los antecedentes de la ley) y se atiene únicamente al texto mismo, conducirá frecuentemente a resultados menos precisos que la interpretación subjetiva, dejando así mayor ámbito para la libertad del juez. En un cierto sentido, en consecuencia, la interpretación "objetiva" es más subjetiva que la subjetiva". Ross prefiere hablar de estilo subjetivo y estilo objetivo de interpretación; y el criterio que fundamenta tal

---

[225] Ídem, pág. 118.

distinción consiste en que sólo el primero admite recurrir a los antecedentes legislativos para demostrar el propósito de la ley y desentrañar los detalles de su significado.[226]

Añade nuestro autor que no es posible concebir un estilo de interpretación completamente objetivo, ya que una supuesta interpretación literal es sólo una ilusión. La interpretación ineludiblemente recurre a otros elementos. "La actitud del juez hacia la ley estará siempre influida por una serie de factores, producto de la situación y por la conexión entre la ley y el resto del derecho"[227]. Además al ser la ley un instrumento de dirección política, el juez necesariamente debe tener en consideración los motivos y propósitos sociales que motivaron su dictación. A esto se agrega que: "...la intención, siendo un fenómeno de conciencia interna del autor, es fundamentalmente inaccesible". Por otra parte, la comunicación como tal no tiene un significado preciso objetivo, la comprensión que suscita en los demás varía con los datos de interpretación que el destinatario tome en cuenta[228].

2.7. Los problemas de interpretación en el método jurídico de Alf Ross.

Alf Ross destina un epígrafe dentro de su obra para desarrollar un análisis meticuloso y concienzudo de los problemas que se presentan dentro del proceso interpretativo. Principia recordando la importancia de la primaria función determinativa de significado de las expresiones como entidad y de las conexiones en que ellas aparecen como principio guía para toda interpretación. Dicho análisis tiene por objeto demostrar una vez más la insuficiencia del método lógico formal en la teoría interpretativa. Enseguida clasifica los problemas de interpretación en tres grupos:

1) Problemas sintácticos.

2) Problemas lógicos.

3) Problemas semánticos (en sentido restringido).

Esta distinción se encuentra estrechamente vinculada con la lingüística, una de las disciplinas que se preocupan principalmente del estudio del lenguaje; y en la que se distingue tres áreas o ámbitos de estudio: la sintáctica, la semántica y la pragmática. Recordemos asimismo que la unidad de análisis de cualquier sistema lingüístico es el signo (para Ross, el símbolo) y que la vinculación de éste con otros signos (símbolos) lingüísticos es denominada sintaxis. El autor enfatiza además que los problemas de interpretación "en realidad son siempre aprehendidos como partes orgánicas dentro de la conexión de significado captada en forma simultánea o sucesiva"[229]; por ende, no se presenta en forma separada y su tratamiento individual sólo se justifica con fines didácticos o pedagógicos. Son, en consecuencia, "abstracciones analíticas" que facilitan su exposición y estudio.

---

[226] Ross, A., op. cit., pág. 137.
[227] Ibídem.
[228] Ross, A., op. cit., pág. 118.
[229] Ídem, pág. 119.

Me ocuparé, en primer lugar, de los problemas sintácticos de interpretación.

2.7.1. Problemas sintácticos de interpretación.

Los problemas sintácticos de interpretación son aquéllos que se refieren a la conexión de las palabras en la estructura de la base. Ello, tomando en cuenta que el significado de una expresión se encuentra en estrecha dependencia con la manera en que se ordenan y conectan las palabras dentro de una oración. Subraya, por otra parte, que las conexiones sintácticas carecen de una "inequívoca función determinativa de significado"; es decir, no tienen un campo de referencia preciso o rigurosamente delimitado. Los problemas sintácticos no pueden ser resueltos recurriendo exclusivamente a consideraciones lingüísticas. En efecto, las expresiones pueden ser comprendidas de diferente manera, y el deseo de encontrar un significado "bueno" o "razonable" juega un papel relevante junto con las conexiones no lingüísticas: el contexto y la situación. En suma, el proceso interpretativo comprende una serie de factores que no son únicamente lógico-formales, sino que de diversa índole.

Ross destaca que hasta el momento los problemas sintácticos de interpretación no han sido estudiados de manera sistemática, pero que ello resultaría beneficioso para las actividades de redactar e interpretar leyes. El autor escandinavo divide los problemas sintácticos, a su vez en cuatro grupos:

A) Frases adjetivales.

B) El problema de si los adjetivos y las frases adjetivales califican dos o más palabras.

C) Pronombres demostrativos y relativos.

D) Frases de modificación, excepción o condición

Sobre este punto, resulta de mucha utilidad, recordar algunas nociones básicas de gramática que nos ayudarán a comprender en mayor plenitud los planteamientos de Ross, en torno a este grupo de problemas interpretativos.

La comunicación entre los seres humanos tiene lugar por medio de expresiones. Cuando nos comunicamos, realizamos voluntariamente un acto de habla, es decir, utilizamos de manera individual e intencional los signos (símbolos) lingüísticos que conoce nuestra comunidad. Al respecto, Ross nos dice: "si uno dice gato" en forma aislada, esto nada significa. No es una expresión a menos que la palabra, de acuerdo a las circunstancias (por ejemplo, si huelo y miro inquisitivamente en derredor), puede ser interpretado como una forma abreviada de un juicio tal como "debe haber un gato por aquí cerca"[230].

A) Frases adjetivales

---

[230] Ídem, pág. 110.

A través de una serie de ejemplos, Ross se propone demostrar la ausencia de reglas sintácticas que especifiquen el antecedente de una cláusula de relativo. Detengámonos en uno de ellos:

"La instigación a un delito que ha tenido lugar en un país extranjero no está incluida".

Ross afirma que no sabemos a ciencia cierta si el requisito de haber tenido lugar en un país extranjero se aplica a la instigación o al delito. Al analizar la oración tenemos:

Sujeto: *la instigación a un delito que ha tenido lugar en un país extranjero.*

Predicado: *no está incluida.*

Núcleo del sujeto: *instigación.*

Determinante: *a un delito* (frase sustantiva en aposición).

Que ha tenido lugar en un país extranjero: Ross la llama cláusula de relativo, pues se encuentra encabezada por el pronombre relativo "que".

Se plantea el problema de establecer si la señalada cláusula de relativo determina o califica al núcleo del sujeto o al núcleo de la frase sustantiva en aposición o complemento del sustantivo. De acuerdo a la opinión de Ross, no es posible precisar si el requisito en cuestión se aplica a la instigación o al delito. Para Ross, la interpretación en una situación como la analizada, se apoya en factores extra-lingüísticos como específicamente en el propósito de la realidad.

B) El problema de si los adjetivos y las frases adjetivales califican dos o más palabras.

Recordemos que los adjetivos y las frases adjetivales son determinantes del núcleo del sujeto (sustantivo). Ambas denotan alguna calidad o característica del sujeto, se refieren a él. La cuestión se suscita en aquellas oraciones que tienen un sujeto compuesto (dos o más sustantivos) o incluso complementos del sustantivo (frase sustantiva en aposición) que consten a su vez, de dos o más sustantivos. ¿Cuál de ellos califica el adjetivo o frase adjetiva?, ¿ambos o sólo ***a*** uno de ellos? Veamos algunos ejemplos propuestos por Ross. "Estos ejemplos demuestran que no hay reglas fijas que definan cuando un adjetivo, un pronombre relativo o una preposición se refieren solamente a una palabra y cuando se refieren a más de una"[231]. En todos ellos nos encontramos con sujetos compuestos por dos o más sustantivos, o por complementos, ya sea del sustantivo o del predicado, formados también por dos o más sustantivos.

Veamos: *Libros y periódicos*

Oficiales y soldados

Hombres y mujeres

Leyes y otras medidas

---

[231] Ídem, pág. 121.

En la oración: *hombres y mujeres jóvenes*[232].

Se plantea el problema de establecer si el adjetivo "jóvenes" califica sólo a las mujeres o se aplica también a los hombres.

En la oración: *los oficiales y los soldados rasos que han sido llamados a las filas durante seis meses o más tienen el derecho a un suplemento de remuneración.*

Surge la duda ¿el requisito de haber sido llamado a las filas durante cierto lapso se aplica a los soldados rasos únicamente o se aplica también a los oficiales?

En los casos citados, sostiene Ross, habrá que recurrir a elementos tales como, el propósito presumible del legislador, la propia actitud del intérprete y al contexto. Resulta necesario, a mi juicio, hacer presente que este problema sintáctico de interpretación no se reduce sólo a los adjetivos y frases adjetivales, sino que también se presenta de manera análoga con los adverbios y frases adverbiales, que son determinantes del núcleo verbal en el predicado. Particularmente se presentará el problema en aquellas oraciones que cuenten con un núcleo compuesto por dos o más formas verbales, en tal caso, surgirá la duda: ¿el adverbio o frase adverbial determina sólo a una de ellas o a ambas?

Ross presenta además dos interesantes fallos que ilustran claramente la situación en análisis.

Ahora, veamos algunos ejemplos de este problema sintáctico, en el ordenamiento jurídico chileno:

1) Artículo 1447 Código Civil: "Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no puedan darse a entender claramente".

En este caso, resulta claro que la frase adjetival (que no puedan darse a entender claramente) califica únicamente a los sustantivos "sordos" y "sordomudos", teniendo en consideración la puntuación y la búsqueda de un significado razonable.

2) Artículo 1250 inciso primero Código Civil: "Las herencias del Fisco y de todas las corporaciones y establecimientos públicos se aceptarán precisamente con beneficio de inventario.

En el ejemplo, el adjetivo "público", califica a los sustantivos "corporaciones" y "establecimientos"; recurriendo a los mismos elementos citados en el ejemplo anterior.

3) Artículo 570 inciso sexto Código Civil: "Las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y pertenecen al dueño de éste..."

---

[232] Ídem, pág. 120.

En este pasaje nos encontramos con un sujeto compuesto por seis sustantivos, todos ellos calificados por dos frases adjetivas:

Frase adjetiva 1: *que forman parte de un establecimiento comercial adherente al suelo.*

Frase adjetiva 2: *y (que) pertenecen al dueño de éste.*

4) Artículo 11 del Código Penal chileno: Son circunstancias atenuantes:

3º La de haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito.

En este ejemplo, el problema sintáctico de interpretación cobra particular importancia, considerando la existencia del principio de reserva o legalidad penal, que tiene incluso consagración constitucional.

Se plantea la disyuntiva de establecer si la frase adjetiva "proporcionada al delito", determina o califica sólo al sustantivo "amenaza" o se aplica también a la "provocación".

5) Una situación análoga se plantea con otra circunstancia atenuante.

7º Si se ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.

En este caso, la disposición legal plantea dos hipótesis:

a) Reparar el mal causado.

b) Impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.

Debemos determinar si el sintagma "si ha procurado con celo" se aplica sólo a la primera hipótesis, o también incluye a la segunda. Este punto es de especial trascendencia. La doctrina iuspenalista se inclina por la última de las posibilidades.

6) Artículo 1466 del Código Civil: Hay asimismo objeto ilícito en las deudas contraídas en los juegos de azar, la venta de libros cuya circulación es prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas, estatuas obscenas y de impresos condenados como abusivos de la libertad de prensa, y generalmente en todo contrato prohibido por las leyes.

En este artículo, gracias al auxilio de una correcta puntuación, no cabe duda acerca de la función que cumplen los adjetivos y frases adjetivales que emplea el precepto, a pesar de la existencia de numerosos sustantivos.

Así tenemos:

La frase adjetiva "contraídas en juegos de azar" califica al sustantivo "deudas".

La frase adjetiva "cuya circulación es prohibida por autoridad competente" determina a "la venta de libros".

El adjetivo "obscenas" califica a los sustantivos "láminas", "pinturas" y "estatuas".

La frase adjetiva "condenadas como abusivas a la libertad de prensa" determina al sustantivo "impresos".

La frase "prohibido por las leyes" se aplica al sustantivo "contrato".

7) Artículo 2481 del Código Civil: La cuarta clase de créditos comprende:

2º Los de los establecimientos nacionales de caridad o de educación y los de las municipalidades, iglesias, y comunidades religiosas, contra los recaudadores y administradores de sus fondos.

En este texto legal, es posible plantear el siguiente análisis sintáctico:

Los (créditos) de los establecimientos nacionales de caridad o de educación.

El sustantivo "establecimientos" aparece determinado por el adjetivo "nacional", seguido de dos frases adjetivas "de caridad" o "de educación" que a su vez ambas califican a los adjetivos "nacionales". Del contexto, resulta evidente que el adjetivo "religiosas" califica únicamente el sustantivo "comunidades"; ya que resultaría absurdo aplicarlo a las municipalidades; y sería una tremenda redundancia y perogrullada aplicarlos a las "iglesias". Por último, se hace patente que el sintagma de sus "fiadores" califica tanto a los administradores como a los recaudadores.

Como ya se insinuó este problema que Ross reduce a los adjetivos y frases adjetivales también es posible extenderlo a los adverbios y frases adverbiales, en aquellos casos en que un predicado esté compuesto por dos o más formas verbales. Para demostrarlo, analicemos algunos ejemplos del Código Civil de Andrés Bello.

a) Artículo 42 inciso primero: "no se podrán enajenar o grabar voluntariamente ni prometer grabar o enajenar, los bienes familiares, sino concurriendo la voluntad de ambos cónyuges".

En este pasaje, surge la duda ¿el adverbio "voluntariamente", determina sólo la forma verbal "grabar" o además también al verbo "enajenar"?. La doctrina jurídica chilena sostiene que se aplica a ambos, considerando que la declaración de un bien como familiar no lo transforma en inembargable, por lo tanto no puede referirse a las enajenaciones forzadas, sino sólo a las voluntarias, limitando la facultad de disposición de su propietario.

b) Artículo 17 del Código Penal: "acogiendo, receptando, o protegiendo habitualmente a los malhechores".

Al analizar este artículo, nos encontramos con tres formas verbales: acogiendo, receptando y protegiendo; y con un adverbio: "habitualmente". De nuevo se suscita el problema de establecer si el adverbio "habitualmente" es determinante sólo de la forma verbal "protegiendo" o se refiere además a los otros dos verbos.

Como podemos concluir de todos los ejemplos citados, en la solución de este particular problema sintáctico de interpretación, la puntuación cumple un rol preponderante, auxiliado por los elementos como el contexto, el sentido común, el propósito del legislador y el deseo de hallar un significado razonable.

Enseguida, pasemos a revisar el siguiente problema sintáctico de interpretación planteado por Ross.

C) Pronombres demostrativos y relativos.

Los pronombres demostrativos son: esto, eso, aquello, y sus correspondientes derivaciones en género y número. Tienen por función reemplazar al sustantivo u otros sintagmas en la estructura de la oración, evitando redundancias y contribuyendo a la brevedad de la expresión. Este problema también resulta aplicable a los pronombres posesivos y relativos. Analicemos algunos ejemplos que nuestro autor nos presenta en su obra:

9.a) El Rey citará anualmente a un parlamento ordinario y decidirá cuando terminan las sesiones, esto sin embargo, no puede tener lugar hasta que, de acuerdo con el parágrafo 48 se haya autorizado lícitamente el cobro de los impuestos y el pago de los gastos del gobierno.

En este párrafo, nos encontramos con una primera oración que consta de un sujeto y dos predicados, que podríamos incluso separar en dos oraciones:

1) El Rey citará anualmente a un parlamento ordinario.

2) El Rey decidirá cuándo terminan las sesiones.

Luego de un punto seguido, aparece el pronombre demostrativo "esto" e inmediatamente se hace patente el problema ¿la siguiente parte del párrafo se aplica a ambas oraciones o sólo a la última de ellas? (No es posible sostener que se aplica únicamente a la primera oración, ya que, en tal caso, resultaría apropiado recurrir a otro pronombre relativo: "aquello"). En este caso, aparece claro que la siguiente parte del párrafo se refiere al término de las sesiones, ello acudiendo al contexto y a un juicio sobre el significado razonable que puede esperarse que posea el texto.

9.b) "El Presidente citará a una reunión e incluirá una copia de su informe. Esto, sin embargo, no puede tener lugar mientras el Tesorero no haya confeccionado las cuentas".

Aquí no caben dudas que el pronombre demostrativo "esto" hace alusión a ambos predicados de la primera oración, tanto a la citación como a la impresión de la copia[233].

Detengámonos, ahora, en los adjetivos posesivos:

11.a) "Los Ministros serán responsables ante el Rey o el Parlamento por el ejercicio de sus funciones".

11.b) "Los maestros hicieron un regalo a Juan y Pedro en su cumpleaños" (del contexto resulta claro que Juan y Pedro son mellizos)[234].

---

[233] Ross, A., op. cit., págs. 120-121.
[234] Ídem, p. 122.

Analizando la estructura de ambas oraciones, tenemos que, este problema sintáctico surge especialmente en aquellos casos en que en un mismo texto aparece un sujeto que tiene por núcleo un sustantivo con número plural y un complemento del predicado en que aparecen dos o más sustantivos. Veamos:

Primera oración: sustantivo "Ministros".

Complemento del predicado "ante el Rey o el Parlamento".

Segunda oración: sustantivo "maestros".

Complemento del predicado "a Juan y Pedro".

Enseguida, en otro complemento del predicado, se emplea, el respectivo adjetivo posesivo que da lugar al problema:

Primera oración: "por el ejercicio de sus funciones".

Segunda oración: "en su cumpleaños".

En la primera oración, es evidente que el adjetivo posesivo "sus" alude a la funciones de los Ministros y no a las funciones del Rey o el Parlamento; ya que son responsables ante ellos. Además, juega un papel importante el sentido común.

En la segunda oración, el adjetivo posesivo "su" se refiere al cumpleaños de Juan y Pedro, ya que es obvio que el regalo se hace a quien está de cumpleaños.

Ahora pasemos a revisar algunos ejemplos en el derecho chileno:

1) Artículo 703 Código Civil: "El justo título es constitutivo o translaticio de dominio.

Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión, y la prescripción.

Son translaticios de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como venta, la permuta, la donación entre vivos.

Pertenecen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición".

La disposición legal citada, en su inciso cuarto emplea un adjetivo demostrativo: esta.

Señala que las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición pertenecen a esta clase ¿a qué clases? ¿A los títulos translaticios de dominio? Sostener ello implicaría desconocer el efecto declarativo y retroactivo de la partición que consagran los artículos 1344 y 718 del Código Civil. Tampoco podríamos sostener su aplicación a los títulos "constitutivos", ya que para ello, debería alterarse el orden de los incisos. Los autores concluyen que "esta clase" alude a los "justos títulos" que constituyen la materia a la cual se refiere el artículo.

2) Artículo 1544 Código Civil: "Cuando por el pacto principal una de las partes se obliga a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte

debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él."

Este artículo emplea el pronombre demostrativo "ésta", dando lugar a un clásico problema de interpretación. ¿A qué alude el pronombre demostrativo "ésta" y el pronombre personal "él"?. Al respecto, se han formulado varias explicaciones.[235]

3) Artículo 2322 Código Civil: "Los amos responderán de la conducta de sus criados o sirvientes, en el ejercicio de sus respectivas funciones, y esto aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista.

Pero no responderán de lo que hayan hecho sus criados o sirvientes en el ejercicio de sus respectivas funciones, si se probare que las han ejercido de un modo impropio que los amos no tenían medios de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario, y la autoridad competente. En este caso toda la responsabilidad recaerá sobre dichos criados o sirvientes". El artículo en análisis emplea el adjetivo posesivo "sus" en varias oportunidades. Centraremos nuestra atención en el primer inciso de la disposición:

Los amos responderán de la conducta de sus criados o sirvientes, en el ejercicio de sus respectivas funciones.

Nos encontramos nuevamente con un sujeto compuesto por un sustantivo en número plural "amos" y de un complemento del predicado integrado por dos sustantivos "criados o sirvientes". Del contexto y el sentido común resulta indudable que el adjetivo "sus" se refiere a las funciones de los criados y los sirvientes.

D) Frases de modificación, excepción o condición.

Según un antiguo principio de interpretación, seguido en la práctica por los tribunales de justicia, las excepciones o condiciones establecidas por el legislador deben ser interpretadas restrictivamente, y excluyendo de este modo su eventual aplicación por analogía a situaciones semejantes, pero no descritas por la norma. Ello se basa en el supuesto de que el legislador tenga tal rigurosidad y exactitud, que las referidas excepciones, condiciones, etc. asumen un carácter taxativo; aunque hay situaciones en que el propio texto legal o sus antecedentes legislativos indican lo contrario. Sobre el punto, el profesor escandinavo sostiene: "Desde el punto de vista de la sintaxis a menudo será dudoso con qué miembro primario está conectada una frase de modificación, excepción o condición. En tales casos, la puntuación puede ser importante"[236]. Aquí nos encontramos con disposiciones legales que establecen una regla general constituida por dos o más hipótesis, y enseguida enumeran o estipulan una o más excepciones condiciones o limitaciones o dicha regla o enunciando.

Analicemos los ejemplos propuestos por Ross:

12) "En el ejercicio de sus funciones los jueces están limitados por el derecho. Los jueces no serán separados de sus cargos sino mediante juicio, ni serán trasladados

---

[235] Ver Abeliuk, R., *Tratado de las Obligaciones,* vol. et ed. cits.
[236] Ross, A., op. cit. pág. 123.

en contra de su voluntad, excepto en aquellos casos en que tenga lugar una reorganización de los tribunales".[237]

Este párrafo contiene una regla general compuesta por dos hipótesis o supuestos, a saber:

Primera hipótesis: Los jueces no serán separados de sus cargos sino mediante juicio.

Segunda hipótesis: Los jueces no serán trasladados en contra de su voluntad.

A continuación de una coma, plantea la excepción:

"Excepto en aquellos casos en que tenga lugar una reorganización de los tribunales".

Al respecto Ross concluye: "La estructura de la frase en este enunciado no pone claro si la excepción relativa a la reorganización de los tribunales se aplica solamente a la regla de que los jueces no pueden ser trasladados en contra de su voluntad, o también a la regla de que no pueden ser separados de sus cargos sin juicio. El factor decisivo es la coma después de la palabra "voluntad". Esto demuestra que la interpretación "ni serán trasladados en contra de su voluntad" se encuentra en oposición respecto de (o es paralela a) la primera parte de la frase, y que la excepción se refiere por igual a ambas alternativas. Si la coma se suprime, la interpretación contraria sería natural."[238]

13) "Los crímenes contra la humanidad, a saber: homicidio, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o después de la guerra; o las persecuciones por razones políticas, raciales, o religiosas en ejecución de o en conexión con cualquier crimen comprendido dentro de la jurisdicción del Tribunal, sean o no transgresiones a las leyes internas del país donde fueron cometidos".

Nuevamente se presenta la estructura ya descrita:

Primer enunciado: "Los crímenes contra la humanidad (a saber: homicidio, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o después de la guerra)".

Segundo enunciado: "Las persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas".

Enseguida, contiene una condición:

En ejecución de o en conexión con cualquier crimen comprendido dentro de la jurisdicción del Tribunal.

Al reemplazar el punto y coma por una coma, la condición resulta aplicable a ambos enunciados y no sólo al segundo.

---

[237] Ibídem.
[238] Ibídem.

De la exposición y análisis de los diferentes ejemplos presentados, Ross concluye que las formas sintácticas conectivas carecen de una función unívoca, y por ello, no es posible superar estos problemas únicamente recurriendo a elementos lingüísticos. Agrega que los problemas sintácticos son susceptibles de limitarse a aquellos que pueden ser resueltos gracias al auxilio del simple sentido común, siempre que se efectúe una redacción más cuidadosa y prolija de los textos legales. Termina expresando que si acostumbramos a decir que un texto es claro o está exento de ambigüedad, esto, hablando con propiedad, sólo puede referirse a la interpretación sintáctica.

Finalmente recordemos que el redactor del Código Civil de Chile, don Andrés Bello, fue un gramático de excelencia, y su obra "Gramática de la Lengua Castellana" fue un importante texto de estudio, incluso hasta nuestro siglo. Ello hace cobrar mayor relevancia a la solución de los problemas sintácticos de interpretación, pues atendiendo a los profundos conocimientos sobre el tema que poseía el autor de dicho texto legal, resulta clave apoyarse en el análisis meticuloso de las formas sintácticas conectivas que permitan la superación de dichos problemas. Asimismo, como destaca Ross, una redacción más cuidadosa de las leyes, contribuiría sin duda, en gran medida a eliminar numerosos problemas interpretativos que se plantean en la actualidad.

2.7.2. Problemas semánticos de interpretación en sentido restringido.

Nuestro autor sostiene que los problemas semánticos de la interpretación en sentido restringido, son aquéllos que se refieren al significado de las palabras individuales o de las frases. Ya nos hemos referido al fundamento semántico de la interpretación y tales comentarios resultan plenamente aplicables a este acápite.

Al describir este grupo de problemas, el autor quiere recalcar nuevamente las serias deficiencias que plantea la teoría tradicional del método, al creer ilusoriamente en una interpretación literal, y en la descripción mecánica de carácter lógico-formal que efectúa del proceso interpretativo.

Así, Ross realiza una crítica de los principales planteamientos sostenidos por la doctrina tradicional:

1) "Es erróneo también, por lo tanto creer que un texto puede ser tan claro que es imposible que suscite dudas en cuanto a su interpretación."[239]

Al respecto, agrega[240]: "Desde el punto de vista de la semántica en sentido restringido, un texto se ve siempre afectado por la inevitable vaguedad de significado de las palabras, y en esa medida nunca resulta claro o libre de ambigüedad. Esto significa que siempre pueden surgir situaciones atípicas frente a las cuales es dudoso si el texto se aplica o no... Por otra parte, ello no excluye que en otras situaciones, de carácter

[239] Ross, A., op. cit., pág. 130.
[240] Ídem, pág. 124.

típico, no haya lugar a dudas. Pero la sorpresa de aplicación en algunas situaciones no justifica la afirmación general de que el texto no es ambiguo"[241].

De este modo, el autor pone de relieve que la interpretación es una tarea ineludible; debido a que todas las palabras son vagas, es decir, poseen un significado impreciso, pues "en cuanto pasamos del mundo de las palabras al mundo de las cosas, encontramos una incertidumbre fundamentalmente insuperable"[242]; a lo cual se suma el hecho de que la mayoría de las palabras son ambiguas, es decir, poseen más de un significado; y que para establecer el significado preciso de una palabra, en un caso concreto, es necesario recurrir siempre a la expresión de la que forma parte, al contexto y a la situación. Ello contradice uno de los principales postulados de la descripción de la actividad interpretativa efectuada por diversos autores y corrientes filosóficas desde muy antiguo.

Revisemos algunas sentencias de tribunales chilenos[243]:

"Frente al claro tenor literal de una ley, es inútil e ilegal tratar de interpretar, definir o comparar los términos empleados en ella, trayendo a discusión textos de otras legislaciones extranjeras o estudios de carácter doctrinario" (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 16 de octubre de 1935).

"No cabe interpretar la ley perfectamente clara, pues toda interpretación presupone cierta oscuridad" (Corte Suprema, 26 de septiembre de 1908, 11 de noviembre de 1925, 12 de enero de 1928, 3 de julio de 1934, 12 de junio de 1936 y 1 de diciembre de 1949).[244]

Como vemos, estas ideas han sido fuertemente criticadas por las modernas tendencias iusfilosóficas, y por supuesto, también por Ross[245].

2) "Es erróneo creer que la interpretación semántica comienza por establecer el significado de las palabras individuales y llega al de la expresión por la suma de los significados parciales"[246].

La unidad lingüística mínima que posee significado propio es la expresión. Las palabras individuales sólo poseen un significado abstraído de la expresión de la cual forman parte. Así, las palabras individuales nada significan. La comunicación se produce a través de expresiones, más que a través de palabras.

---

[241] Ídem, pág. 121.
[242] Ídem, pág. 131.
[243] Fueyo, Fernando, *Interpretación e Integración de la Norma en contra de su Literalidad por los Tribunales de Justicia*, pág. 466.
[244] Ibídem.
[245] Veáse Guzmán, Alejandro, *Historia Dogmática de las Normas sobre Interpretación recibidas por el Código Civil de Chile*, en *Congreso sobre Interpretación, Integración y Razonamientos Jurídicos*, Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, páginas 41-88.
[246] Ross, A., op. cit. pág. 130.

3) Por ello, tampoco la interpretación semántica es un proceso mecánico. Salvo en los casos de referencia clara y obvia, el juez tiene que tomar una decisión que no está motivada por el mero respeto a la letra de la ley"[247].

Aquí definitivamente se pone de relieve el carácter complejo y diverso del proceso interpretativo, que supera los límites de la pobre descripción que realiza el método lógico-subsuntivo.

De esta manera, a pesar que la actividad interpretativa se apoye en concepciones y métodos de carácter lógico, los supera ampliamente, al recurrir en forma constante e inevitable a una serie de factores de índole material y no puramente lógicos. Así, Ross se acerca bastante a los planteamientos que hace la metodología moderna, cuando distingue dos planos o niveles en el proceso hermenéutico "un primer plano de carácter técnico y mecanicista que versa sobre el significado del texto objeto de interpretación y que discurre sujeto a reglas objetivas susceptibles de descripción, dotando de seguridad y de firmeza al proceso interpretativo, y otro segundo, de carácter orgánico e irreductible a formas lógicas, que busca el "sentido" del texto y discurre de modo más fluido y dinámico en manos de la intuición, del arte y de la prudencia"[248].

2.7.3. Problemas lógicos de interpretación.

Estos problemas son los que merecen mayor atención , puesto que constituyen el objeto de análisis de la presente tesis. En parte ya se ha aludido a ellos en el capítulo I, pero vale la pena explicarlos en su contexto, teniendo en cuenta la propuesta del método jurídico de Ross, quien los define, expresando que son aquellos que se refieren a las relaciones de una expresión con otras expresiones dentro de un contexto. A continuación enumera los principales problemas de esta índole:

* Inconsistencias

* Redundancias

* Presuposiciones

Este autor realista subraya que los problemas lógicos de interpretación lo son debido a que es posible establecerlos o ponerlos en manifiesto con el auxilio del análisis lógico de los textos legales. "Pero no son en modo alguno lógicos en el sentido de que puedan ser resueltos con ayuda de la lógica o de principios de interpretación que operan en forma mecánica"[249].

Desde un punto de vista predominantemente lógico, Norberto Bobbio ha enunciado las reglas de oro de la buena legislación en los siguientes términos:

---

[247] Ibídem.
[248] Montoro, A., op. cit., pág. 177.
[249] Ross, A., op. cit. pág. 129.

a) La regla de la justicia, según la cual se debe dar un tratamiento idéntico a los seres que son iguales y tratamientos diferentes a los que no lo son.

b) La regla de la coherencia, según la cual dos proposiciones enunciadas por el legislador no deben ser contradictorias.

c) La regla de racionalidad conforme al fin (de adecuación al fin), según la cual los medios escogidos deben ser siempre los más adecuados para alcanzar el fin propuesto.

d) La regla de la no-redundancia, según la cual dos normas de un sistema no deben ser idénticas, o dicho de otro modo, que una regla de un sistema no debe ser la repetición pura y simple de otra regla del mismo sistema"[250].

Ross efectúa un prolijo análisis al exponer los principales problemas de interpretación que pueden surgir, cuando se vulneran los principios racionales que deben inspirar cualquier legislación y que constituyen una barrera difícil de sortear para el intérprete, debido a que contrariamente a lo que pudiera suponerse, no basta con recurrir a métodos lógico-mecánicos.

A continuación revisemos en particular los problemas de significación lógica planteados por nuestro autor:

2.7.3.1. Inconsistencias

De acuerdo al planteamiento rossiano, es aquella situación en la que dos normas "imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas"[251]. Acto seguido Ross describe y tipifica las inconsistencias:

* Inconsistencia total-total o incompatibilidad absoluta.

Que se origina cuando ninguna de las dos normas puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra. Añade el autor "Si los hechos condicionantes de cada norma son simbolizados por un círculo, hay una inconsistencia de este tipo cuando ambos círculos coinciden"[252].

* Inconsistencia total-parcial o inconsistencia entre la regla general y la particular.

La cual surge en aquellos casos en que una de las dos normas no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que ésta tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera. El autor grafica esta idea, expresando que tal inconsistencia se da cuando un círculo se encuentra dentro del otro.

* Inconsistencia parcial-parcial o superposición de reglas.

---

[250] Bobbio, Norberto, *Le Bon Législateur* en Hubert, H. (ed.), *Le raisonnement juridique, Actes du Congrés mondiale de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1971, pág. 244.
[251] Ross, A., op. cit. pág. 124.
[252] Ibídem.

Que se presenta "cuando cada una de las dos normas tiene un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra, pero tiene también un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos. Tal inconsistencia existe cuando los dos círculos son secantes"[253].

Norberto Bobbio al tratar este aspecto, emplea el término de antinomia jurídica, y la define diciendo que es aquella situación que se produce entre dos normas incompatibles pertenecientes al mismo ordenamiento y dotadas del mismo ámbito de validez. La descripción que efectuó el positivismo del Derecho, como un conjunto ordenado, jerarquizado y sistematizado de normas que configuraban el ordenamiento jurídico, le atribuía la característica de coherencia, requisito indispensable para configurar un sistema. Dicha coherencia "implicaba la ausencia de contradicciones internas entre las normas que formaban parte del mismo"[254].

Vistas así las cosas, la coherencia lógica del sistema se constituyó en uno de los principios fundamentales tanto en la actividad legislativa como judicial, ya que incluso, era una condición de validez de la norma jurídica. Karl Larenz observa al respecto: "...no solo necesita de la interpretación una expresión individual y una proposición jurídica individual: también la necesita la ley como regulación total que exige ser cumplida en todas sus partes. Como tal, no puede ordenar dos consecuencias jurídicas que se excluyan recíprocamente, ni puede valorar el mismo hecho en el mismo aspecto de modo antagónico. Allí donde aparezca que existe una contradicción de la ley consigo misma, una "contradicción de normas" como dice Engisch, la misión de la interpretación es solucionarla - bien mostrando que ambas disposiciones, por lo menos en medida limitada son compatibles entre sí, bien mostrando que la una tiene preferencia sobre la otra. Desde siempre se ha de considerado que la misión de la interpretación no es solo eliminar puntos oscuros, sino también las contradicciones de la ley; hacer comprensible una disposición legal no sólo en sí misma, sino también en conexión con las restantes disposiciones... Entre los criterios que se derivan del sentido del derecho como un orden general de las relaciones de la vida dirigido a la justicia, hay que mencionar, en primer lugar - añade -, el de la "valoración igual de lo que tiene igual sentido". Los supuestos de hecho en los que son iguales los aspectos "esenciales" para su valoración jurídica deben ser valorados de modo igual, es decir, deben ser provistos de las mismas consecuencias jurídicas. La distinta valoración por idéntico orden jurídico de supuestos de hechos que tengan igual sentido, es decir, que sean objetivamente iguales, es una contradicción en la valoración incompatible con el postulado de la justicia. Le evitación no solo de la contradicción lógica, sino también de una teleológica o valorativa, es una exigencia no solo al legislador, sino también al intérprete"[255].

La teoría jurídica positivista elaboró determinados principios o criterios para la superación de estas antinomias, entre los que destacan:

---

[253] Ídem, pág. 125.
[254] Bobbio, Norberto, *Teoría dell Ordinamento Giuridico*, Giappichelli Editore, Turín, 1960, págs. 119 y sgtes.
[255] Larenz, K., op. cit., págs. 235 y 254.

- El criterio cronológico, en virtud del cual, entre dos normas contradictorias, prevalece la más reciente (lex posterior derogat priori).

- El criterio jerárquico, según este, entre dos normas incompatibles prevalece la de superior jerarquía (lex superior derogat infieri).

- El criterio de la especialidad que nos dice que si la contradicción se produce entre una norma general y otra especial, prevalece esta última (lex specialis derogat generalis).

Sin embargo, es necesario tener presente que la doctrina jurídica más moderna, si bien acepta estos criterios, destacan que resultan insuficientes para el logro de su propósito. Ello porque existen antinomias impropias o residuales que no pueden ser superadas recurriendo exclusivamente a factores de carácter lógico-formal. Ese grupo residual de antinomias es el constituido por las antinomias de valoración, las antinomias teleológicas y las antinomias de principios o ideológicas.

Si revisamos las ideas expuestas por Ross, nos encontraremos con que este autor escandinavo coincide con los aspectos fundamentales de la crítica a la tradicional explicación positivista para la superación de las inconsistencias, que recurre únicamente a consideraciones formales y técnicas. Para analizar el problema, distingue entre:

a) Inconsistencias dentro de una misma ley.

b) Inconsistencias entre una ley anterior y otra posterior.

- En esta clase, se distingue a su vez:

i) Leyes de igual jerarquía.

ii) Leyes de diversa jerarquía.

a) Inconsistencias dentro de una misma ley

Ross expresa que las inconsistencias totales dentro de una misma ley son de rara ocurrencia. Si se llegaran a producir, no es posible apoyarse en criterios generales. "La decisión, según las circunstancias, tendrá que descansar ya en una interpretación basada en datos ajenos al texto, ya en la discreción"[256]. En cuanto a la inconsistencia entre una regla general y otra particular, el autor sostiene que son de fácil solución; ello debido en gran parte a las siguientes circunstancias:

i) La existencia de un nexo sintáctico que conecta ambas reglas.

Lo cual nos indica que la regla particular impone una limitación a la aplicación de la regla general. "Aquí no hay genuina inconsistencia, sino una forma de expresión lingüística que puede ser parafraseada en una regla"[257]. Veamos algunos ejemplos tomados fundamentalmente del Código de Bello:

---

[256] Ross, A., ob. cit., pág. 125.
[257] Ibídem.

* Artículo 1513 inciso 1º Código Civil: "El deudor puede hacer el pago a cualquiera de los acreedores solidarios que elija, a menos que haya sido demandado por uno de ellos, pues entonces debe hacer el pago al demandante."

* Artículo 1752 Código Civil: "La mujer por sí sola no tiene derecho algunos sobre los bienes sociales durante la sociedad, salvo en los casos del artículo 138".

* Artículo 57 Ley 18092: "No puede prohibirse ni entrabarse por resolución judicial el pago o circulación de la letra, salvo en caso de quiebra de su portador o de cualquier otro suceso que prive a éste de la libre administración de sus bienes, sin perjuicio de lo que se dispone en los artículos 86 y siguientes para el caso de extravío o sustracción. Sin embargo, podrá decretarse la retención, prohibición o embargo sobre el crédito, conjuntamente con la aprehensión del documento mismo, en juicio o gestión judicial seguido contra su tenedor legítimo y siempre que el documento se encuentre en sus manos o en las de un mandatario de éste para su cobranza".

* Artículo 1446 Código Civil: "Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces."

ii) La existencia de una convención general, en la redacción de las leyes, que permite omitir los nexos conectivos sintácticos, sin alterar el significado[258].

iii) La ubicación de un precepto particular dentro de una ley general.

"Es frecuente que la regla general esté contenida en una sección, y las excepciones en una o más secciones distintas".

Por ejemplo, el párrafo primero del título XXIII que se refiere a la capacidad para el contrato de venta establece en su artículo1795 la regla general de capacidad, y en los artículos 1796 al 1800 contiene las excepciones.

En cambio el artículo 1617, contiene la regla general y las excepciones en un mismo precepto.

En materia de actos y declaraciones de voluntad, el artículo 1446 establece la regla general de capacidad, y el artículo siguiente se refiere a las incapacidades.

El autor expresa que "Tiene muy poca importancia determinar si esto ha de ser considerado como una simple interpretación lingüística que introduce una conjunción sintáctica implícita, o como un caso de una regla positiva de interpretación que puede ser llamada "lex specialis" (dentro de una misma ley)"[259].

Por último respecto a la superposición de normas dentro de una misma ley, Ross sostiene que se trata de un problema frecuente, para cuya solución debemos apoyarnos en datos extra-lingüísticos y en la discreción. Sobre este punto contiene en su obra una interesante ilustración: "De acuerdo con el artículo 53 de la Carta de las Naciones

[258] Veáse como ejemplo el art. 1996 del Código Civil.
[259] Ross, A., op. cit., pág.126.

Unidas, por ejemplo, no se puede tomar ninguna medida de fuerza dentro de los tratados regionales o por los organismos regionales, sin la autorización del Consejo de Seguridad. Según el artículo 51, sin embargo, nada de lo establecido en la carta restringe el derecho a la auto-defensa individual o colectiva en caso de ataque armado, y las medidas de defensa no están sujetas a autorización. Estas dos reglas se superponen parcialmente, y el problema es en consecuencia, cuál de ellas debe ceder si, de acuerdo con un tratado regional, se desea poner en práctica una medida de fuerza que consiste en una auto-defensa colectiva contra un ataque armado"[260].

En este caso, se plantea la insuficiencia de los factores lingüísticos y lógicos para la solución de las inconsistencias parciales.

b) Inconsistencias entre una regla anterior y otra posterior.

Sobre el particular, Ross subraya la insuficiencia de los principios cronológico y jerárquico, a los cuales la doctrina tradicional de corte positivista recurría casi exclusivamente. Respecto al criterio cronológico observa que constituye un principio de importancia, pero no podemos otorgarle un carácter incondicional o absoluto, a pesar que sin duda es un principio jurídico fundamental, aunque no esté expresado como norma positiva, que el legislador puede derogar una ley anterior, y que puede hacerlo creando una nueva incompatible con la anterior, que ocupe su lugar[261].

En lo que toca a este punto, recordemos que el título preliminar del Código Civil chileno, en su párrafo sexto, trata de la derogación de las leyes en dos disposiciones:

Artículo 52: "La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita.

Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial."

Artículo 53: "La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugne con las disposiciones de la nueva ley".

En lo que se refiere a utilidad y valor de este principio, Ross distingue las diversas clases de inconsistencias.

1) En el caso de incompatibilidad absoluta, resulta difícil que se excluya la aplicación del criterio cronológico.

2) Frente a una inconsistencia total-parcial, debemos subdistinguir:

* Aquellos casos en que la última norma tiene carácter particular.

---

[260] Ibídem.
[261] Ídem, pág. 127.

Los criterios cronológico y de especialidad operan conjuntamente, prevaleciendo la última norma.

* Aquellas situaciones en que las inconsistencias se producen entre reglas particulares anteriores y reglas generales posteriores.

Según las circunstancias, el principio de especialidad puede prevalecer sobre el principio de jerarquía, para la solución del conflicto. Ross expresa "para determinar si las excepciones anteriores pueden todavía ser consideradas claras habrá que recurrir a otros textos y a consideraciones valorativas"[262].

3) Ante una superposición parcial de reglas, se suscita el problema de determinar si la intención del legislador fue:

- Reemplazar la ley anterior.

- Incorporar la nueva regla en armonía con el ordenamiento vigente.

Para escoger una de estas alternativas, debemos acudir a elementos extra-lingüísticos o a la discreción; ya que si bien "lex posterior da apoyo, por cierto, a la presunción de que la regla más reciente se encontrará en una situación de preferencia, respecto de la anterior", dicha afirmación no posee un carácter incondicional.

2.7.3.1.1. El criterio jerárquico.

Ante una inconsistencia entre leyes de diversa jerarquía, sin importar su orden cronológico prevalece la norma de más alto nivel ("la Constitución prevalece sobre la ley, una ley sobre un decreto, y así sucesivamente")[263]. Sin embargo, Ross en una aguda observación de los hechos sostiene que "tampoco este principio es incondicionalmente válido". En efecto, su eficacia estará subordinada, en los hechos, a las siguientes circunstancias:

a) Que los tribunales sean competentes para revisar la constitucionalidad material de las leyes.

b) La instancia legislativa superior puede tener competencia para autorizar a la inferior a dictar normas derogatorias de disposiciones de un nivel jerárquico inmediatamente superior.

c) Por último, no pueden descartarse que los tribunales "aun sin autoridad para ello, se aparten de la lex superior"[264].

Ross finaliza concluyendo 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

---

[262] Ross, A., op. cit, pág. 127.
[263] Ibídem.
[264] Ídem, pág. 128.

esté de acuerdo con el sentido común, con la conciencia jurídica popular, o con los objetivos sociales supuestos"[265].

De esta manera, critica la doctrina del positivismo jurídico y subraya la insuficiencia del método lógico-mecanicista en la interpretación del derecho, que fundándose en el carácter sistemático y la coherencia interna que atribuye al ordenamiento jurídico, pretende excluir valiosas consideraciones de índole material que no pueden ser pasadas por alto en una teoría realista de la interpretación jurídica.

2.7.2. La redundancia.

Al describir este segundo problema lógico de interpretación, Ross dice que "Hay redundancia cuando una norma establece un efecto jurídico que, en las mismas circunstancias fácticas, está establecido por otra norma"[266]. Como vemos, y siguiendo la terminología de Bobbio, en este caso se vulnera la cuarta regla de oro de la buena legislación; de acuerdo a ello, dos normas de un sistema no deben ser idénticas. Este problema sería solucionable más fácilmente si existiera un principio incondicional de interpretación que excluyera la existencia de redundancias. Así, ante dos normas aparentemente idénticas, basta interpretar una de ellas, de tal forma que la redundancia se supere. Sin embargo, Ross sostiene que dicho principio no posee un carácter incondicional.

Es necesario tener presente diversas razones que explicaron la existencia de tales redundancias:

a) Una inadvertencia del legislador, particularmente al comparar una ley con otra norma anterior.

b) La necesidad de destacar determinados aspectos de la normativa jurídica, especialmente por consideraciones históricas.

c) Enunciados *ex tuto*, los cuales pretenden facilitar el conocimiento y la aplicación de las normas jurídicas que regulan un campo específico de la vida social, reuniéndolas en un solo cuerpo legal.

De esta forma, no podemos negar la existencia de las redundancias, por lo cual, este problema interpretativo cobra un carácter de mayor complejidad; pues el solo razonamiento lógico-formalista resulta ineficaz para superarlo. Sobre este aspecto - añade - El punto esencial es que para la redundancia tampoco hay solución mecánica; la decisión tiene que basarse en consideraciones diversas, entre las que se encuentra la presuposición general de que no hay redundancia [267].

Si examinamos el ordenamiento jurídico chileno, podemos citar a modo de ejemplo, algunas redundancias. En efecto:

---

[265] Ídem, pag. 129-130.
[266] Ídem, pág. 128.
[267] Ibídem.

1) El principio de inexcusabilidad de los tribunales de justicia se encuentra consagrado, a lo menos, en dos disposiciones, el artículo 76 de la Constitución Política de la República y el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales (reclamada la intervención de los tribunales, en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun a pretexto de falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión). La justificación de esta redundancia, se encuentra en la trascendencia de este principio, por lo que se creyó necesario brindarle una consagración constitucional, y a la vez, consignarlo en el cuerpo normativo que regula la organización de los tribunales de justicia.

2) Los medios de prueba en materia civil se encuentran consagrados en dos textos: tanto en el Código Civil como en el Código de Procedimiento Civil.

Artículo 1698 inciso segundo Código Civil: Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de partes, juramento diferido e inspección personal del juez.

A su vez, el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil señala: Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: instrumentos, testigos, inspección personal del tribunal, informes de peritos; y presunciones.

Como es posible advertir, en este caso no se trata de normas absolutamente idénticas, ya que le artículo 341del Código de Procedimiento Civil ha agregado a esta numeración informe de peritos; y el juramento diferido se suprime en virtud de los artículos 4 y 5 de la ley 7760 del 5 de febrero de 1944. Esta redundancia resulta explicable, pues ambos cuerpos legales, tratan los medios probatorios pero de perspectiva diversa: el Código Civil en el título XXI de su libro IV, trata de la prueba de las obligaciones, principalmente en sus aspectos sustantivos; en cambio el Código de Procedimiento Civil en el título XI de su libro II se preocupa de los aspectos procesales de los medios de prueba en articular.

3) El Principio de Reserva o Legalidad Penal que también se halla consagrado en diversos preceptos legales, a saber: el artículo 19 número 3 de la Constitución Política de la República y el artículo 18 del Código Penal: "Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración".

Debido a la importancia del principio referido, se estimó imprescindible su consagración en el ámbito constitucional; y por otra parte su consignación y desarrollo en el Código Penal.

4) Los bienes inembargables son enumerados en el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil y además en el artículo 1618 del Código Civil; al tratar del juicio ejecutivo en las obligaciones de dar y en el pago por cesión de bienes o por acción ejecutiva del acreedor, respectivamente.

Al comparar ambas disposiciones legales, nos percataremos que no son exactamente iguales, resultando mucho más amplia la enumeración consagrada en el Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, es necesario hacer presente que incluso en muchas ocasiones, la existencia de la redundancia constituye un factor que contribuye a una correcta y

expedita aplicación del derecho, ya sea al reunir en un solo texto las disposiciones que se encuentran dispersas que regulan el mismo sector de la vida social; o bien, al reiterar y destacar un precepto jurídico trascendente. Por otra parte, influyen en este problema la necesidad de brindar consagración constitucional a diversos principios que deben inspirar la legislación; y a su vez, el deseo de consignarlos en el código que regula la materia respectiva, que precisamente se caracteriza por su espíritu racional y sistematizador, y por su pretensión totalizadora. Más aún, es posible afirmar que dentro de los problemas lógicos de interpretación, las redundancias resultan ser las de más sencilla solución; pues la mayoría de las veces no atribuyen efectos jurídicos incompatibles a la respectiva circunstancia fáctica. Ross enfatiza "En realidad, la teoría de la redundancia podría ser desarrollada en forma semejante a la teoría de la inconsistencia; pero tal desarrollo tendría poco interés"[268].

2.7.3. Presuposiciones.

Un tercer problema lógico de interpretación se presenta en aquellas situaciones en que una norma jurídica efectúa presuposiciones incorrectas o defectuosas. En estos casos, la interpretación lingüística se hace insuficiente, por lo que es necesario acudir a otros datos o a la discreción. Estas falsas presuposiciones pueden ser de hecho o de derecho.

Las presuposiciones fácticas incorrectas o defectuosas se presentan cuando una norma da por supuesto una situación de hecho inexistente o que a pesar de existir, es interpretada o calificada erradamente. Ross nos dice que "Hay falsas presuposiciones fáctica cuando, por ejemplo, una ley califica a una sustancia inocua de veneno, o prohíbe la pesca en un área que ahora es desértica, o reglamenta la navegación en un río que no es navegable, o dispone que la administración debe consultar a un organismo que ya no existe"[269]. Las falsas presuposiciones jurídicas se presentan cuando una norma da por supuesto, de manera incorrecta o defectuosa, una situación jurídica específica o el contenido del derecho vigente: "Por ejemplo, que en California la mayoría de edad se adquiere a los 30 años, o que las mujeres no tienen derecho a sufragio, o que una cierta zona se encuentra bajo una autoridad municipal diferente de la que en realidad le corresponde"[270]. Las falsas presuposiciones de hecho, denotan un error de técnica legislativa, ya sea por una equivocada apreciación de la realidad, o por la falta de adecuación de la ley a las nuevas y cambiantes circunstancias; o bien por defectos en las modificaciones legislativas que olvidan poner al día las referencia correspondientes.

El autor plantea que errores de gran magnitud en esta materia son poco frecuentes.

En este grupo de problemas, nuevamente se hacen insuficientes los factores lógico-mecanicistas, por lo que juegan un papel relevante elementos como el sentido

---

[268] Ross, A., op cit, pág. 128.
[269] Ídem, pág. 129.
[270] Ibídem.

común. Frente a una falsa o errónea presuposición se presentan las siguientes alternativas:

a) Aplicar la regla, a pesar del problema lógico que conlleva.

En este caso, y tratándose de un error jurídico, ello implica aceptar que la presuposición faculta al intérprete para crear derecho de acuerdo a su contenido.

b) Modificar la regla, adaptándola a las nuevas circunstancias fácticas; o bien, haciéndola concordante con el contenido del ordenamiento jurídico.

c) No aplicar la regla, pues la falsa presuposición la viciaría de nulidad; negando la posibilidad al intérprete, ya sea para adaptarla o crear derecho en conformidad al contenido.

Respecto a la solución de los problemas lógicos en general, recordemos como ya se expresa que no existen reglas mecánico-lógicas que sean suficientes para su superación. "Lex specialis, lex posterior, 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 con los objetivos sociales propuestos"[271].

El Código de Comercio de Chile, en su artículo cuarto, presupone erróneamente la existencia de los juzgados de comercio. Tales tribunales especiales nunca fueron creados y el conocimiento de las causas mercantiles está encomendado a los tribunales ordinarios de justicia.

[271] Ídem, pág. 130.

III. CAPÍTULO III: CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS DE CONCURRENCIAS DE NORMAS PUESTOS EN LÍNEA.

Este capítulo sigue el mismo enfoque metodológico del capítulo I, pero esta vez referido no a los criterios de clasificación, sino que a los criterios de identificación, especialmente de antinomias, que son las que más problemas generan. Éste no es ni remotamente un trabajo de lógica deóntica, pero inevitablemente ha debido considerar algunos fundamentos de la misma. Me he atrevido a simplificar algunas formulaciones, con el propósito de no ahuyentar a eventuales operadores jurídicos que eventualmente pudiesen interesarse en leer esta tesis. Por lo mismo, se ha preferido seguir un enfoque más bien ligado a una concepción argumentativa del derecho.

La cuestión de la identificación de las antinomias dice relación con establecer los presupuestos necesarios para reconocer la existencia de una antinomia, así como aquellos factores que posibilitan su aparición en un sistema jurídico. Sin embargo, no se trata de una tarea sencilla, puesto que la determinación de estos criterios no es del todo obvia desde que los grandes teóricos del derecho han abarcado la temática desde la estructura lógica de la norma jurídica, que implica tener en consideración la lógica deóntica, y, a su vez, desde la interpretación.

Es así como el análisis del surgimiento y reconocimiento de las antinomias debe ser explorado desde estas dos perspectivas, puesto que ambas son necesarias para deducir los elementos centrales de un conflicto normativo.

3.1. La estructura lógica de la norma jurídica y la lógica deóntica.

En primer lugar, es necesario establecer que, para efectos de ubicar los elementos de la norma jurídica, esta se debe entender como "enunciado que correlaciona casos con consecuencias jurídicas"[272].

Ahora bien, teniendo presente lo anterior, las propuestas de estructura lógica de la norma jurídica que se utilizarán son las de Kelsen y Von Wright, puesto aquellas son útiles para ilustrar cómo se produce una antinomia.

Cabe recordar que, en términos sencillos, para Kelsen la norma jurídica está compuesta por los siguientes elementos: el supuesto de hecho (también llamado antecedente), la consecuencia jurídica (consecuente) y el deber ser (el nexo entre el antecedente y el consecuente). En este sentido, la norma jurídica se configura como un juicio hipotético en que "Si A es, entonces debe ser B"[273], donde A representa las

---

[272] Iturralde, V., *Una aproximación al tema de las antinomias normativas: Problemas relativos a la identificación de las mismas* en *Anuario de filosofía del derecho*, Servicio de publicaciones del Ministerio de Justicia Español y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, número 4, 1987, pág. 333.

[273] Huerta, C., *Conflictos Normativos*. Segunda edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, pág. 49.

condiciones que se requieren para que ante un determinado supuesto de hecho entonces deba ser atribuida una determinada consecuencia jurídica[274], la cual está representada por B.

La estructura lógica de la norma, según Kelsen, se corresponde con la idea de norma jurídica dada en el primer párrafo de esta sección de la tesis, puesto que efectivamente el antecedente puede reducirse a la noción de casos y, a su vez, la correlación con el consecuente estaría dada por el "deber ser".

Sin embargo, no pareciera ser la más adecuada para explicar los presupuestos de las antinomias, toda vez que el filósofo austríaco si bien reconoce la existencia de conflictos normativos, tal como se señaló anteriormente, su enfoque no le permite reconocerlos propiamente como contradicción en el sentido estricto de la lógica, puesto que el conflicto entre normas se posiciona desde la contradicción entre las conductas prescritas en ella, y las normas jurídicas no pueden ser calificadas de verdaderas o falsas. Pero, la falta de adecuación para determinar una antinomia desde el esquema de Kelsen también está dada por el carácter reduccionista la estructura lógica de la norma[275].

Por su parte, Von Wright establece que existen elementos que conforman la estructura lógica de la norma prescriptiva, destacando los imprescindibles bajo la denominación de núcleo normativo de la norma, los cuales son: el carácter, el contenido y las condiciones de aplicación. El carácter u operador deóntico es la calificación que recibe la norma en cuanto: 1) algo deba hacerse, en cuyo caso es obligatoria; 2) algo no se deba hacer, en cuyo caso es prohibitiva; y 3) algo pueda hacer, en cuyo caso es permisivo. Respecto al contenido de la norma, este elemento dice relación con aquello que la norma manda, prohíbe o permite, es decir, se refiere a las acciones o actividades. Finalmente, en cuanto a las condiciones de aplicación, estas son las circunstancias que permiten la existencia de la obligación, prohibición o permiso, es decir, aquellas que permiten realizar el contenido de la norma[276].

Ahora bien, la estructura lógica de la norma de Von Wright, que luego fue seguida ampliamente por otros teóricos del derecho, entre ellos Bobbio, permite comprender de mejor manera que elementos de esta estructura se ven implicados en el fenómeno de las antinomias, desde que la noción de carácter u operador deóntico, que necesariamente dispone los demás elementos de la norma y su vínculo evidente con el sistema de lógica deóntica, es fundamental para establecer los criterios de identificación de las antinomias.

Continuando con este orden de ideas, lo siguiente es analizar el papel de la lógica deóntica, la cual fue introducida por G.H. von Wright refiriéndose a la deóntica como "la teoría general del deber ser, es decir, de los conceptos normativos y sistemas normativos"[277]. Fue a partir de esta teoría que se comenzó a difundir la idea de los operadores deónticos, de manera tal que hizo posible que las normas jurídicas pudieran

---

[274] La sanción es la consecuencia jurídica por antonomasia en la teoría de Kelsen, desde que es el elemento central para calificar a una norma jurídica como tal.
[275] Iturralde, V., op. cit., cfr. pág. 334.
[276] Nino, C.S., *Introducción al Análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2da ed., 2003, cfr. págs. 72-76. También presente en Atienza, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 5ta edición, 2009, cfr. pág. 65.
[277] Huerta, C., op cit., pág. 48.

identificarse sobre la base de la prohibición, obligación o permiso, independiente de las precisiones que merezcan los operadores deónticos según la visión de cada teórico.

Una vez aclaradas estas cuestiones previas, es manifiesto que el problema de las antinomias se ha radicado en la estructura lógica de las normas, puesto que la contradicción se producirá y podrá ser reconocida en tanto que exista una incompatibilidad lógica entre ambas respecto al carácter deóntico.

En la lógica formal, la contradicción puede ser superada sencillamente teniendo en cuenta que los enunciados son susceptibles de verdad o falsedad y, en razón de ello, si un enunciado es verdadero y se contradice con otro enunciado, entonces este debe ser necesariamente falso, puesto que hace imposible su realización[278]. Pese a ello, no es posible trasladar esta solución al ámbito de las normas jurídicas, puesto que estas no son susceptibles del calificativo de verdad o falsedad, sino que más bien se las califica en razón de su validez (u otros criterios, tal como la eficacia), es decir, si ellas son válidas o inválidas. Por tanto, las normas no pueden ser confrontadas de manera tal que la validez de una norma signifique necesariamente la invalidez de la otra. Inclusive, puede darse el caso en que ambas normas sean simultáneamente válidas[279].

Para superar este problema, se introdujo el concepto de contradicción deóntica, que es equivalente a la de contradicción normativa, ya que se describe "como la situación en la cual los contenidos de las normas aplicables a un caso, refiriéndose a la misma conducta, están vinculados a operadores deónticos incompatibles entre sí"[280].

Ello demuestra que para estar en presencia de una antinomia entre dos normas es necesario que exista una identidad de las condiciones de aplicación e incompatibilidad de los operadores deónticos[281].

a) Identidad de las condiciones de aplicación.

Tal como se trató anteriormente, la condición de aplicación consiste en aquellas circunstancias que deben darse para que exista una prohibición, obligación o permiso.

Sin embargo, la condición de aplicación debe ser entendida de manera amplia, puesto también es necesario considerar otras circunstancias que dicen relación con la aplicación de la norma y que von Wright identificó con otra denominación. Estas circunstancias se refieren al ámbito personal, temporal y territorial de la norma, es decir al sujeto o los sujetos, el tiempo y el espacio físico o territorio en que la norma jurídica es aplicable[282].

En consecuencia, el primer presupuesto para la existencia de una antinomia es que ambas normas describan condiciones en que su aplicación afecte a los mismos sujetos, se encuentren simultáneamente vigentes en un determinado ordenamiento jurídico y rijan en un para el mismo espacio o territorio.

---

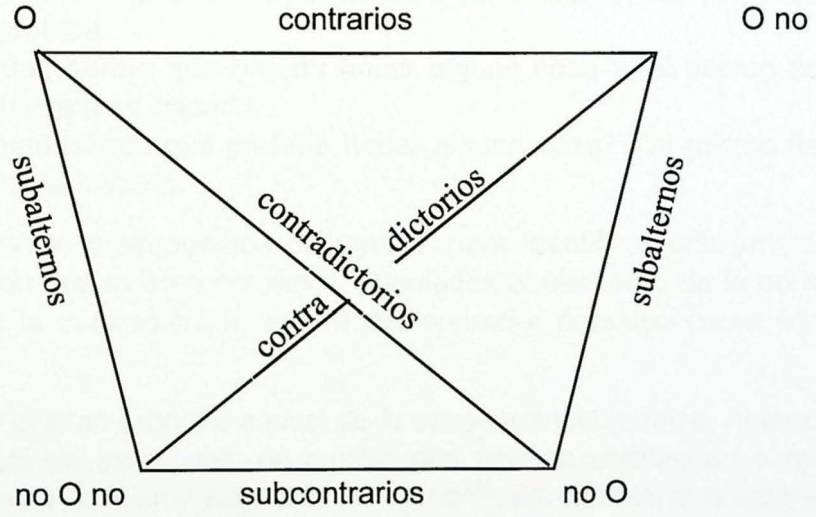
[278] Ídem, cfr. pág. 51.
[279] Ídem, cfr. pág. 52.
[280] Ídem, p. 54.
[281] Iturralde, V., op. cit., cfr. págs. 335 y 339.
[282] Ídem, cfr. pág. 336. Según la terminología de Von Wright, el autor reconoció dichas circunstancias bajo los elementos de sujeto normativo y la ocasión, en Nino, C., op. cit., cfr. pág. 77.

b) Incompatibilidad de los operadores deónticos.

La segunda condición que debe acontecer entre dos normas jurídicas para estar en presencia de una antinomia es la incompatibilidad de los operadores deónticos, es decir, que las normas posean un carácter deóntico incompatible asociado a una misma conducta[283].

Con el objeto de ilustrar como se produce la incompatibilidad de los operadores deónticos, se seguirá el planteamiento de Bobbio, quien dedujo en que situaciones existirá una contradicción a partir del cuadro de oposición lógica que se muestra a continuación (Fig. 1), tomando como modalidades deónticas la prohibición, el mandato, el permiso positivo y el permiso negativo.

Fig. 1: Cuadro de oposición lógica propuesto por Norberto Bobbio.[284]



"Este cuadro representa seis relaciones:

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, y
6. no O no – no O: relación entre permiso positivo y permiso negativo"[285].

Sobre esta base, el jurista italiano infirió las relaciones de incompatibilidad estableciéndolas solo en tres de las seis relaciones expuestas, a saber, entre: 1. Obligatorio y prohibido; 2. Obligatorio y permiso negativo, y 3. Prohibición y permiso positivo. En el

---

[283] Ídem, cfr. p. 346.
[284] Bobbio, N., *Teoría general del Derecho*. Traducción de Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 2002, 2da. Ed., pág. 185.
[285] Ibídem.

primer caso, tanto la obligación como la prohibición tienen una relación de contrariedad, en razón de la cual nunca pueden ser ambos verdaderos, pero sí falsos. En el segundo caso, entre la obligación y el permiso negativo existe una relación de contradictoriedad, bajo la cual no pueden ser ni verdaderos ni falsos al mismo tiempo. En el último caso, entre la prohibición y el permiso positivo también se da una contradictoriedad, según la cual tampoco pueden ser verdaderos y falsos al mismo tiempo[286].

Por consiguiente, aunque Bobbio utilizó como criterio para determinar la incompatibilidad entre normas, aquél en que ambas no pueden ser al mismo tiempo verdaderas, siendo más bien adecuado para los enunciados que para las normas como ya se ha discutido, no deja de ser interesante que la tarea de extrapolar la incompatibilidad lógica al plano deóntico permite de igual manera determinar en qué casos existirá contradicción.

En conclusión, la antinomia entre normas jurídicas puede identificarse en los siguientes casos[287]:

1. Si existe una norma que ordena hacer alguna cosa y, al mismo tiempo, otra norma lo prohíbe.
2. Si existe una norma que ordena hacer alguna cosa y, al mismo tiempo, otra norma autoriza a no hacerlo.
3. Si existe una norma que prohíbe hacer alguna cosa, y al mismo tiempo, otra norma permite hacerlo.

Ya planteados los presupuestos principales para identificar una antinomia, cabe tener en consideración que existen conflictos vinculados al elemento de la norma jurídica en que se produzca la contradicción, aparte del operador deóntico como se acaba de abordar.

Si la contradicción se produce a nivel de la consecuencia jurídica, entonces tomará el nombre de conflicto de sanciones, en cuanto dos normas establecen consecuencias jurídicas incompatibles a un mismo supuesto de hecho[288]. En cambio, si la contradicción se produce a nivel del contenido de la norma jurídica, es decir, las conductas reguladas por ambas normas son incompatibles, entonces se tratará de una auténtica contradicción lógica, toda vez que es imposible realizar la conducta prevista en una de las normas sin que se produzca necesariamente el incumplimiento de la otra, provocando que el sujeto normativo se encuentre la imposibilidad fáctica de satisfacer ambas[289].

Finalmente, cabe agregar que existen presupuestos generales para toda antinomia, ya que no están sujetos a las nociones deónticas, sino que más bien dicen relación con la pertenencia a un sistema jurídico. Esto presupuestos son:

- Ambas normas deben pertenecer a un mismo ordenamiento jurídico.
- Ambas normas deben ser, prima facie, válidas conforme a ese ordenamiento.

---

[286] Ibídem.
[287] Bobbio, N., op. cit, cfr. p. 187. En el mismo sentido, Prieto Sanchís, L., *Apuntes de teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005, cfr. pág. 132.
[288] Huerta, C., op. cit., cfr. pág. 53.
[289] Ídem, cfr. págs. 57-58.

- Debe ser posible que ambas normas sean aplicadas simultáneamente.

3.2. La interpretación.

Han sido los filósofos de la escuela genovesa, Guastini y Chiassoni, quienes enfatizan la importancia de la relación entre la existencia de antinomias en los sistemas jurídicos y la interpretación, pero no desde el enfoque clásico en que el conflicto normativo es un problema interpretativo y que, por tanto, necesita de la misma interpretación para solucionarlos, sino que proponen esta actividad como presupuesto de creación, prevención, e identificación de antinomias.

En efecto, estos autores parten de la base de que las antinomias no surgen a raíz de un problema interpretativo, sino de otra clase de problemas y, principalmente, puede sugerirse que dicho inconveniente radica en la falta de prolijidad en la técnica legislativa, en vista de que es posible que el legislador no advierta la existencia de normas incompatibles.

El papel preponderante de la interpretación entonces se redirige hacia otros aspectos de la teoría de las antinomias, en específico, es considerada determinante para creación e la identificación de las mismas. Esto permite configurar a la interpretación como presupuesto de las antinomias.

3.2.1. Las antinomias como variables dependientes de la interpretación.

La idea de que las antinomias podrían ser una variable dependiente de la interpretación es desarrollada por Pierluigi Chiassoni, de acuerdo con la cual la interpretación permitiría identificar, prevenir o crear una antinomia, pero solo bajo ciertas condiciones. Para determinar bajo qué condiciones se materializaría esta noción, se distinguen dos tesis: la tesis de teoría de las normas y la tesis de la teoría de la interpretación, que supone la afirmación de la tesis previa[290].

a) Tesis de la teoría de las normas.

La teoría de las normas, en este caso, admite la clasificación de las normas en dos tipos: las normas explícitas y las normas implícitas, por lo cual pueden existir antinomias entre ellas [291].

En primer lugar, las normas explícitas son el significado o los posibles significados de una disposición. En cambio, las normas explícitas son aquellas que: i) no son el significado o los posibles significados de una disposición; y ii) se reconocen a partir de una o más normas dadas, a través de las muy diversas técnicas de explicitación, es decir, necesitan de otra norma para ser reconocidas y deducidas a partir de las mismas. Las

---

[290] Chiassoni, P., *Técnicas de interpretación jurídica. Brevario para juristas.* Traducción de Pau Luque y Maribel Narváez, Marcial Pons, Madrid, 2011, cfr. pág. 311.
[291] Ibídem.

técnicas de explicitación pueden ser, por mencionar algunas, la analogía, el argumento a contrario y a fortiori, entre muchas otras[292].

- Antinomias entre normas explícitas.

La antinomia entre normas explícitas se configura en base a la incompatibilidad de las normas por el significado de una disposición. Para poder afirmar que existe una antinomia de esta clase, será necesaria una interpretación de carácter textual, en que el significado sea de antemano verificado como correcto en el lenguaje jurídico[293].

En este caso, la antinomia puede ser una variable de la interpretación si es que la norma necesariamente debe ser identificada a través de la interpretación textual.

- Antinomias entre normas implícitas.

En cuanto a las normas implícitas, entonces la antinomia se reconoce a través de una interpretación metatextual, es decir, "necesita de un conjunto de actividades heterogéneas que incluyen las actividades de individuación (o explicitación) de normas jurídicas implícitas a partir de ciertas normas dadas, explícitas y/o implícitas con el auxilio de ciertas técnicas"[294].

b) Tesis de la teoría de la interpretación.

Las antinomias pueden ser consideradas como variables de la interpretación, en tanto que la interpretación es el criterio fundamental para identificar o crear antinomias, dado que ya presupone la teoría de las normas anterior[295].

Para fundamentar esta tesis, Chiassoni crea "un modelo metodológico (como representación esquemática de las posibles operaciones interpretativas conectadas con el fenómeno de las antinomias) que se centra en la idea de que la interpretación textual puede configurarse oportunamente como un procedimiento intelectual: a) informado por las directivas de un código hermenéutico, y b) articulado típicamente en no menos de dos fases distintas, esto es, una fase de primera interpretación y una fase de reinterpretación, o interpretación habida cuenta de todo, de las disposiciones"[296].

Lo anterior posibilita entender que la interpretación se da en diferentes niveles, y pone en evidencia que las disposiciones están sujetas a más de una interpretación, reforzando la idea de que esta actividad es necesaria e imprescindible para la identificación de las antinomias.

---

[292] Chiassoni, P., op. cit., cfr. págs. 311-312.
[293] Ídem, cfr. pág. 312.
[294] Ídem, págs. 312-313.
[295] Ídem, cfr. pág. 313.
[296] Ibídem.

- Primera interpretación de las disposiciones.

La fase de la primera interpretación implica que "el intérprete atribuye a cada una de las (para simplificar) dos disposiciones —previamente identificadas en cuanto prima facie relevantes para la solución de una *quaestio iuris*, abstracta o concreta— un primer significado, sobre la base de las directivas primarias del código interpretativo que él considera de cumplimiento obligatorio o, por lo menos, permitido, siempre por supuesto a la luz de consideraciones de oportunidad material o ideal"[297].

Ejemplo[298]:

"Si el código interpretativo le impone someter las dos disposiciones a una interpretación a) literal (originalista y/o actualizada), b) psicológica (originalista y/o contrafactual), c) lógica, d) autoritativa doctrinal, así como e) autoritativa judicial, el intérprete identificará para cada una de las dos disposiciones el conjunto de significados a ésta adscribible sobre la base de cada uno de tales métodos".

Esta fase de primera interpretación no es un simple ejercicio intelectual, sino que establece resultados en cuanto al significado que se atribuya según el código interpretativo, los cuales pueden ser:

- "Compatibilidad total: todos los significados adscribibles a una de las dos disposiciones resultan compatibles con los significados adscribibles a la otra disposición, y viceversa.

- Incompatibilidad total: todos los significados adscribibles a una de las dos disposiciones resultan incompatibles con los significados adscribibles a la otra disposición, y viceversa,

- Incompatibilidad parcial: algunos de los significados adscribibles a una de las dos disposiciones resultan incompatibles con algunos de los significados adscribibles a la otra disposición" [299].

- Reinterpretación de las disposiciones.

La fase de reinterpretación de las disposiciones es el paso siguiente dentro del proceso metodológico de Chiassoni, y corresponde a un segundo nivel o etapa que puede consistir, según lo considere necesario el intérprete, en[300]:

- "Crear una antinomia.
- Prevenir una antinomia.
- Constatar de modo ponderado (o identificar) una antinomia".

---

[297] Chiassoni, P., op. cit., pág. 314.
[298] Ibídem.
[299] Ibídem.
[300] Chiassoni, P., op. cit., pág. 315.

Para el objeto del tema principal, a saber, los criterios de identificación de las antinomias, se abordará la reinterpretación desde la perspectiva de la creación y la constatación de aquéllas.

3.2.2. Creación de una antinomia.

La creación de una antinomia dependerá de la interpretación que se dé a los textos normativos, es decir, que el intérprete determine el alcance de ellos como si fuesen incompatibles[301].

Por su parte, Chiassoni especifica que existen niveles de interpretación y a propósito de ello, señala que las situaciones en que puede crearse una antinomia son[302]:

i) Si producto de la primera interpretación de las dos disposiciones se da una situación de incompatibilidad parcial entre las normas explícitas que se obtienen de las dos disposiciones. En este caso el intérprete decide dar dos significados incompatibles a las disposiciones cuando tenía opción de asignar significados que no produjeran incompatibilidades, pero elige crear la antinomia con el objeto de expulsar del ordenamiento jurídico una de las disposiciones y así mantener la coherencia; o bien, las consecuencias de crear una antinomia son más ventajosas que las de prevenirla.

ii) Cuando a resultas de la interpretación inicial de las dos disposiciones se da una situación de compatibilidad total entre las normas explícitas que se obtienen de las dos disposiciones. En esta circunstancia, el intérprete decide reinterpretar las disposiciones de manera tal que obtiene dos significados incompatibles, sin la alternativa de significados compatibles.

Según este autor, el resultado puede obtenerse, por ejemplo:

a) "mediante una reinterpretación extensiva de los términos que, en una o ambas disposiciones, describe el supuesto de hecho abstracto; o bien
b) mediante una reinterpretación interpolativa de un término con función excluyente («sólo» y afines) en una disposición no-exclusiva, de modo tal que se haga expresar a esta última dos normas conjuntamente, de entre las cuales una por hipótesis es incompatible con la norma expresada por la otra disposición."[303]

---

[301] Guastini, R., *Interpretar y argumentar,* Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2014, cfr. págs. 123-124; y Guastini, R., *Proyecto para la voz "ordenamiento jurídico" de un diccionario"* en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Alicante, núm. 27, 2004, cfr. pág. 282.
[302] Chiassoni, P., op. cit., cfr. pág. 315.
[303] Ídem, pág. 316.

Para ejemplificar en términos generales, Guastini señala que habiendo "una disposición legal que admite dos interpretaciones en conflicto, N_1 y N_2, en donde N_1 es conforme a la Constitución, mientras que N_2 es contraria a ella. Tal como se puede elegir la interpretación conforme a constitución (N_1), evitando la antinomia, así también se puede elegir la interpretación en conflicto con la constitución (N_2), con el resultado de producir la antinomia"[304].

Si la antinomia es producida por el intérprete en sede judicial, entonces supone que una de las dos normas en conflicto está destinada a ser anulada. En cambio, si el intérprete es un jurista, la creación de la antinomia probablemente estará dirigida a comenzar una recomendación de *lege ferenda* o de *sententia ferenda*, es decir, ya sea para proponer una reforma legislativa o aconsejar al órgano jurisdiccional al momento de su decisión[305].

3.2.3. Identificación de una antinomia.

La identificación de una antinomia a través de la interpretación debe considerarse como complemento a los presupuestos necesarios señalados con anterioridad, ya que, si bien son de naturaleza distinta, la interpretación es elemental para reconocer en qué casos habrá incompatibilidad normativa, ya que las antinomias solo pueden darse una vez realizada la interpretación[306].

Nuevamente, Chiassoni ahonda en qué condiciones existirá una constatación o identificación ponderada de una antinomia, éstas son[307]:

a) A consecuencia de la primera interpretación de las dos disposiciones se da una situación de incompatibilidad total entre las normas explícitas que se obtienen de éstas; y además,
b) Que el intérprete considere que no persisten las condiciones para proceder a la prevención (en sentido fuerte) de la antinomia, ya sea modificando el código interpretativo originario, o bien teniendo en cuenta datos diferentes al utilizar las mismas directivas primarias.

---

[304] Guastini, R., op. cit., 2014, pág 123.
[305] Ídem, cfr. pág. 124.
[306] Ibídem.
[307] Chiassoni, P., op. cit., cfr. págs. 317-318. En un sentido similar, Guastini, R., op. cit., 2014, cfr. pág. 124 y Guastini, R., op. cit., 2004, cfr.pág. 282.

IV. CAPÍTULO IV: UNA EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS DE LAS PRÁCTICAS ARGUMENTATIVAS DE LA DOGMÁTICA CIVIL PARA IDENTIFICAR, EVITAR, SUSCITAR Y/O SOLUCIONAR PROBLEMAS DE CONCURRENCIAS DE NORMAS.

En este capítulo se abordan principalmente las antinomias y redundancias en abstracto, procurando hacer dialogar a la dogmática jurídica con la filosofía del derecho. El catastro de problemas presentados es extenso, pero no tiene pretensión de taxatividad, por supuesto. No se siguió el orden tradicional en que se enseñan los diversos capítulos del derecho civil, ya que si se lo considera en serio como un sistema, entonces debe ser posible entrar a analizarlo, indistintamente, por cualquiera de sus partes, ya que inevitablemente cada una de ellas se encuentra vinculada conceptual, normativa y lógicamente a las otras. Se ha preferido abordar temas que no han recibido la suficiente atención dogmática, evitando presentar ejemplos ya analizados con profusión en las revistas jurídicas especializadas y en trabajos doctrinarios monográficos o tratados, como ocurre con los casos de opción o concurrencia de responsabilidades y la tensión entre remedios generales y remedios específicos frente al incumplimiento contractual, puesto que sobre esos problemas abunda bibliografía actualizada y de gran calidad.

4.1. Problemas de concurrencias de normas en el derecho de familia.

4.1.1. Matrimonio celebrado por un menor. Efectos de la falta de asenso.

Artículos 114 y 1208 N° 4 del Código Civil.

El artículo 114 del Código Civil regula el efecto de la falta de asenso necesaria para que un menor contraiga matrimonio, estableciendo:

"*Art. 114. El que no habiendo cumplido dieciocho años* ***se casare sin el consentimiento de un ascendiente****, estando obligado a obtenerlo,* ***podrá ser desheredado****, no sólo por aquel o aquellos cuyo consentimiento le fue necesario, sino por todos los otros ascendientes [...]*".

A su vez, el artículo 1204 del mismo código establece las causales de desheredamiento, en particular el numeral 4 señala lo siguiente:

"Art. 1208. Un descendiente ***no puede ser desheredado sino por alguna de las causas siguientes****: [...]*

4° Por ***haberse casado sin el consentimiento de un ascendiente****, estando obligado a hacerlo; [...]*".

Es posible advertir que de la aplicación simultánea de ambas normas se configura una redundancia, toda vez que una y otra regulan un mismo supuesto de hecho, la celebración de matrimonio de un menor de edad con falta de asenso, atribuyéndole idénticas consecuencias jurídicas, esto es, la sanción de desheredamiento. De modo que no es posible establecer una contradicción normativa o antinomia, en la medida que éstas se

producen, como lo señala Alf Ross, en aquellos casos donde dos normas "se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas"[308].

La redundancia normativa, como lo expresa Nino, "se caracteriza por el hecho de que el sistema estipula un exceso de soluciones para los mismos casos, pero, a diferencia del anterior problema (antinomia), aquí las soluciones no solo son compatibles, sino que son reiterativas."[309] En este sentido, es importante señalar que, si bien ambas normas regulan el mismo presupuesto fáctico, se encuentran en una relación de género a especie, toda vez que mientras el artículo 114 del Código Civil regula determinado supuesto de hecho en materia de matrimonio, el artículo 1208 del mismo código lo hace a propósito de las disposiciones testamentarias, siendo esta última una norma especial respecto de aquélla, considerada general. Así, de acuerdo a Guastini "una norma especial puede constituir una *especificación* de la norma general, o una *excepción* de la norma general. Una norma especial que especifique una norma general, evidentemente, no configura ninguna antinomia (a lo sumo puede configurar una redundancia). La antinomia se presenta toda vez que la norma especial establece una excepción a la norma general."[310]

Esta situación se comprendería dentro de aquellos casos de redundancias no declaradas, puesto que no ha sido abordado de manera alguna por la doctrina, existiendo, por lo tanto, silencio respecto de argumentos o técnicas de interpretación para provocar o evitar la redundancia descrita. Para describir esta situación, propongo acuñar el concepto de redundancia inocua o superflua.

4.1.2. Matrimonio celebrado entre chilenos o entre chilenos y extranjeros, ambos en el extranjero.

Artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil y artículo 15 N° 1 del Código Civil.

El artículo 80 de la Ley N° 19.947, Ley de Matrimonio Civil, establece que a los matrimonios celebrados en el extranjero se les aplicará la ley del lugar en el que se celebran éstos, salvo en lo que respecta a los artículos 5, 6 y 7 de la misma ley, que contienen lo que la doctrina denomina como impedimentos dirimentes, en cuyo caso se aplicará la ley chilena.

Cierto sector de la doctrina ha interpretado que el artículo 80 de la Ley N° 19.947 sería aplicable no **sólo a los extranjeros que celebren su matrimonio en territorio extranjero, sino que también a los chilenos** que lo celebren en las mismas condiciones, excluyendo a éstos últimos de la aplicación de los impedimentos impedientes, contemplados en los artículos 106, 116 y 127 del Código Civil. Dicha interpretación provocaría una eventual antinomia con el artículo 15 N° 1 del Código Civil, el cual consagra la extraterritorialidad de la ley chilena, consagrando:

*"**A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos**, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero.*

---

[308] Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia.* Traducción de Genaro Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963, pág. 124.
[309] Nino, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho,* Astrea, Buenos Aires, *2003,* 2da ed., pág. 279.
[310] Guastini, R., *Interpretar y Argumentar*, ed. cit., pag. 130.

1º. En ***lo relativo al estado de las personas y a su capacidad*** *para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile; [...]".*

Por su parte, otro sector de la doctrina señala que a los chilenos que contraen matrimonio en el extranjero no solo se les aplicará lo establecido por el artículo 80° de la Ley N° 19.947, en relación con los artículos 5, 6 y 7 de la misma, sino que también toda la normativa chilena aplicable, lo que comprende, por de pronto, a las materias relativas a los impedimentos impedientes, en virtud del artículo 15 N° 1 del Código Civil anteriormente señalado.

Este caso de contradicción normativa se trataría de una antinomia total-parcial, la cual en palabras de Ross, se da "cuando una de las dos normas no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que ésta tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera"[311].

De modo que es posible establecer que el artículo 80 de la LMC, a la luz de la interpretación doctrinaria establecida con anterioridad, según la cual, dicha norma sería aplicable tanto para chilenos como para extranjeros, en materia de matrimonios celebrados en el extranjero, mientras que la norma del artículo 15 N° 1 de Código Civil hace aplicable las leyes chilenas cuyo contenido regule el estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en Chile, solamente a los chilenos, siendo posible aplicarla, entre otras materias, a la relativa a la celebración de matrimonios, específicamente en matrimonios celebrados en el extranjero. En este sentido, la antinomia se produce únicamente en materia de matrimonios celebrados en el extranjero, cuando las partes que lo celebran se traten de chilenos en el extranjero.

En consecuencia, si se considera una interpretación a favor de la aplicación del artículo 80 de la LMC, habría que concluir que los chilenos que contraigan matrimonio en el extranjero no estarían sujetos a las reglas relativas a los impedimentos impedientes sino que solamente a la limitación de los impedimentos dirimentes, toda vez que esta misma norma no lo regula expresamente, y en el caso en que la norma extranjera del lugar donde se celebra el matrimonio tampoco lo haga. Por otro lado, si se opta por una interpretación a favor del artículo 15 N° 1 del Código Civil, se tendría que concluir que, además de hacer aplicable el artículo 80 de la LMC, se tendría que aplicar todas las normas del ordenamiento jurídico chileno relativas al estado o capacidad de las personas, entre las que se encuentran, evidentemente, las normas que regulan los denominados impedimentos impedientes.

A su vez, es posible advertir que se trataría de una antinomia real, la que de acuerdo a Prieto Sanchís, se diferencia de la antinomia aparente, porque ésta "encierra un problema de validez de alguna de las normas en conflicto, siendo una de ellas inválida. La antinomia es real cuando se entabla entre dos normas válidas del sistema"[312], puesto que el problema se produce en el plano de la aplicación del derecho y no de la producción del mismo, ya que la antinomia no encierra un problema de validez de una norma respecto de la otra, toda vez que ambas han sido generadas válidamente.

Por otro lado, siguiendo a Bobbio, este caso se trataría de una antinomia de primer grado, cuyo conflicto es susceptible de ser resuelto a través del criterio de especialidad, dado que

---

[311] Ross, Alf, op. cit., p. 164.
[312] Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, 2005, Madrid pp. 331.

se identifica una norma general, contenida en el Código Civil, que se encuentra en contradicción con una norma especial, contenida en la Ley de Matrimonio Civil. Se advierte la posibilidad de aplicar también el criterio cronológico, sin embargo, éste último es desestimado u omitido por una y otra doctrina.

Ahora bien, la doctrina que ha tendido a evitar la antinomia, es decir, la que hace prevalecer la aplicación el artículo 15 N° 1 del Código Civil, fundamenta su posición aseverando que según lo dispuesto en el artículo 36 del Código de Derecho Internacional Privado, conocido como el Código de Bustamante, suscrito y ratificado por Chile, se señala precisamente que "los contrayentes estarán sujetos a su ley personal en todo lo que se refiera a la capacidad para celebrar el matrimonio, al consentimiento o consejo paternos, a los impedimentos y a su dispensa." No haciendo distinción alguna en materia de impedimentos, debiendo entenderse comprendida por lo tanto la regulación relativa a los impedimentos dirimentes. En este sentido, se entiende que esta doctrina hace uso de un argumento sistemático de modo de generar una interpretación extensiva para subsanar la contradicción.

4.1.3. Adulterio como infracción al deber de fidelidad.

Artículo 54 N° 2 Ley de Matrimonio Civil y articulo 132 Código Civil.

El artículo 54 N°2 de la Ley N° 19.947, Ley de Matrimonio Civil establece lo siguiente:

"Artículo 54. El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:

[...]

*2°. **Trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio.** El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio."*

Mientras que el artículo 132 del Código Civil consagra:

*"Art. 132. **El adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad** que impone el matrimonio y da origen a las sanciones que la ley prevé.*

Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón casado que yace con mujer que no sea su cónyuge."

A primera vista, parece ser un caso de redundancia, puesto que los dos preceptos atribuyen simultáneamente la misma consecuencia jurídica, esto es, ser causal de divorcio, a un supuesto de hecho que en principio parece ser el mismo, el adulterio. Sin embargo, se identifica la existencia de una antinomia, toda vez que una norma exige que este supuesto de hecho se produzca de manera **reiterada** para interpretarse como aplicable, mientras que la otra norma solamente exige que se produzca, al menos una vez, para admitir la infracción sancionable descrita. La antinomia no se radicaría por tanto, en los efectos jurídicos, que

se estiman idénticos, sino que más bien, en la caracterización del presupuesto fáctico necesario para considerar procedente dicho efecto.

Este caso se trataría de una antinomia total-parcial, dado que el ámbito de aplicación de una norma, la del artículo 54 N° 2 de la LMC, es más amplio que el ámbito de aplicación de la norma contenida en el Código Civil a la que aludimos, ya que la primera hace referencia no solo a trasgresión de los deberes de fidelidad que engloban el adulterio, sino que también a los de convivencia y socorro, los cuales no son comprendidos en el artículo 132 del Código Civil.

A su vez, se trata de una antinomia de primer grado, cuyo criterio de solución es el de especialidad, conforme al cual la jurisprudencia ha hecho prevalecer la norma especial sobre la norma general para evitar la antinomia, exigiendo reiteración de la conducta que configura el adulterio, así lo ha establecido la Corte Suprema en una sentencia de fecha 12 de marzo de 2007, que declara: "Las partes del juicio contrajeron matrimonio el día 6 de julio de 1973 y que se encuentran separados a raíz de la infidelidad de la mujer, hecho que satisface la causal invocada para pedir el divorcio. Que a juicio de esta sentenciadora la voz 'trasgresión reiterada' que se contiene en el numeral 2 del artículo 54, cuando se refiere al deber de fidelidad, no debe entenderse como la reiteración de infidelidades con más de una persona, sino más bien con el hecho de consumar el acto infiel más de una vez."

En contraste, cierto sector de la doctrina, representada por Rodríguez Grez ha advertido la antinomia, criticando fuertemente la utilización del criterio de especialidad en este caso, señalando "...que la infracción al deber de fidelidad se ha atenuado a tal extremo que el adulterio, por sí solo, no es una causal suficiente para decretar el divorcio. Para que tal ocurra es necesario que el adulterio sea 'reiterado', esto es, que haya ocurrido varias veces. La norma citada (artículo 54 número 2, inciso 3º) se halla en abierta oposición a lo indicado en el artículo 132 del Código Civil (...) A la luz de lo prevenido en el artículo 54 inciso 3º de la LMC, parece no ser el adulterio una infracción tan grave como lo manifiesta el Código Civil"[313].

4.1.4. Conducta homosexual como infracción al deber de fidelidad.

Artículo 54 N° 2 y N°4 de la Ley de Matrimonio Civil.

El artículo 54 N°2 de la Ley N° 19.947, Ley de Matrimonio Civil establece lo siguiente:

"Artículo 54. El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

---

[313] Rodríguez Grez, Pablo, *Ley de Matrimonio Civil: interpretación, efectos e insuficiencias*. En *Actualidad Jurídica*, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, año X, número 20, julio 2009, Tomo I, pág. 437.

Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:

[...]

2°. Trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y ***fidelidad propios del matrimonio.*** *El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio."*

A continuación, el numeral 4 del mismo artículo, establece como causal de divorcio:

"4. ***La conducta homosexual.***"

En este caso alguna doctrina, entre ellos Jorge Del Picó, ha advertido que la norma contenida en el numeral cuarto del precepto en comento se trataría de "una causal innecesaria y discriminatoria, pues la conducta reprochable se encuentra comprendida en el N° 2 el artículo 54, al constituir toda relación sexual extramatrimonial una forma de fidelidad"[314], a la misma conclusión llega, por medio de una prevención, el ministro del Tribunal Constitucional, Iván Aróstica, en conocimiento por recurso inaplicabilidad por inconstitucionalidad del N°4 del citado artículo, manifestando en una sentencia del 30 de diciembre de 2014: "que el deber de fidelidad queda cautelado suficientemente con el N°2 del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, lo que haría innecesaria la causal de divorcio culpable prevista en el N°4 del mismo precepto legal."[315]

En consecuencia, se advierte un caso redundancia que ha sido expresamente declarado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, respecto de la cual se han elaborado diversos argumentos para evitarla. En el caso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se ha señalado que "esa regulación separada no da cuenta de una mera redundancia respecto de la sanción por infidelidad, carente de racionalidad, puesto que el Legislador pudo concebir que la causal contemplada en el citado N° 4 configura una conducta objetiva con especie propia, distinta de la infidelidad."[316], explicitando en este sentido una argumentación que adhiere al modelo del legislador racional, en virtud del cual no es aceptable la posibilidad de una incongruencia, reiteración o vacío normativo. La doctrina, con una finalidad evidentemente pragmática, ha argumentado buscando provocar la redundancia, ya que la causal no exige reiteración de la conducta como sí lo hace el numeral dos del mismo artículo, señalando por tanto que es conveniente mantenerla como hipótesis separada a las de ese numeral.

Para identificar este tipo de redundancias, propongo acuñar la expresión de "redundancias ideológicas o valorativas". En este caso, se evidencia una actitud homofóbica del legislador que lo lleva a incurrir en esta redundancia.

4.1.5. Celebración de matrimonio. Efectos de la ley en el territorio.

---

[314] Del Picó, Jorge, *Derecho Matrimonial Chileno*, AbeledoPerrot, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2010, pág. 423.
[315] Sentencia rol N° 2681-14 del Tribunal Constitucional.
[316] Comentario Iván Aróstica sentencia rol N° 2681-14 del Tribunal Constitucional.

Artículo 81 de la Ley de Matrimonio Civil y artículo 14 del Código Civil.

El artículo 81 de la LMC consagra:

"Artículo 81.- Los efectos de los matrimonios celebrados en Chile se regirán por la ley chilena, aunque los contrayentes sean extranjeros y no residan en Chile."

Mientras que el artículo 14 del Código Civil establece:

"Art. 14. La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros."

Constituye un caso de redundancia, la cual no ha sido declarada. Ambos preceptos establecen el mismo efecto jurídico: obligatoriedad de la ley para los extranjeros, en virtud del principio de la territorialidad. Se advierte que el precepto del artículo 81 es de aquellas normas especiales que especifican, y no exceptúan, la norma general contenida en el artículo 14 del Código Civil.

4.1.6. Obligación de la sociedad conyugal a deudas personales de cada cónyuge.

Artículo 138 bis del Código Civil y Artículo 1740 N° 2 y 3 del Código Civil.

El artículo 138 bis del Código Civil dispone:

"Art. 138 bis. ***Si el marido se negare injustificadamente a ejecutar un acto o celebrar un contrato respecto de un bien propio de la mujer, el juez podrá autorizarla*** *para actuar por sí misma, previa audiencia a la que será citado el marido.*

En tal caso, la mujer sólo obligará sus bienes propios y los activos de sus patrimonios reservados o especiales de los artículos 150, 166 y 167, mas no obligará al haber social *ni a los bienes propios del marido, sino hasta la concurrencia del beneficio que la sociedad o el marido hubieren reportado del acto. [...]"*

Por su parte, el artículo 1740 N°2 y 3 del Código Civil consagra:

"*Art. 1740.* ***La sociedad es obligada al pago:***

[...]

N°2°. De las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, o la mujer con autorización del marido, o de la justicia en subsidio*, y que no fueren personales de aquél o ésta, como lo serían las que se contrajesen para el establecimiento de los hijos de un matrimonio anterior.*

La sociedad, por consiguiente, es obligada, con la misma limitación, al lasto de toda fianza, hipoteca o prenda constituida por el marido;

3°. ***De las deudas personales de cada uno de los cónyuges****, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierta en ello;"*

La aplicación de ambos preceptos presenta un caso de antinomia, toda vez que de la interpretación del artículo 138 bis del Código Civil se concluye que la mujer puede actuar aun contra la voluntad del marido, siempre que sea autorizada por la justicia por una negativa injustificada del marido, en cuyo caso obligará únicamente sus propios bienes y no los sociales, incluyendo los activos de su patrimonio reservado o especiales de los artículos 150, 166, 167 y 252 del Código Civil. Por otro lado, del articulo 1740 N° 3 del Código Civil se extrae que la sociedad se obligará a pagar las deudas y obligaciones personales de cada cónyuge, mientras que el N° 2 del mismo artículo señala que la sociedad se obligará a pagar las obligaciones contraídas por la mujer con autorización de la justicia en subsidio.

En este sentido, se configuraría una antinomia total-parcial, dado que el campo de aplicación de la norma contenida en el artículo 138 bis del Código Civil tiene lugar en aquellos casos en que la mujer actúa autorizada por la justicia de manera subsidiaria a la negativa del marido, mientras que la aplicabilidad de la norma del artículo 1740 N° 3 de Código Civil tiene lugar no solo respecto de los actos y obligaciones contraídas por la mujer, sino que también las que realizare el marido o las que éste autorizase a celebrar a su mujer, supuestos que no son contemplados por la norma estimada incompatible.

La antinomia en cuestión sería una de primer grado, solucionable mediante el criterio de especialidad, conforme al cual la doctrina, representada por Hernán Corral, ha señalado que deberá prevalecer el artículo 138 bis del Código Civil, de modo que las deudas contraídas por la mujer con autorización judicial por negativa injustificada del marido no serían sociales sino hasta la concurrencia de lo que reporte la sociedad o el marido.

4.1.7. Responsabilidad extracontractual. Suspensión de la prescripción entre cónyuges.

Artículo 2509 inciso final del Código Civil y artículo 2524 del Código Civil.

El artículo 2509 inciso final del Código Civil establece:

"*la prescripción se suspende siempre entre cónyuges.*"

Mientras que el artículo 2524 del Código Civil señala:

"Art. 2524. Las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos, se mencionan en los títulos respectivos, y corren también contra toda persona; salvo que expresamente se establezca otra regla."

La mayoría de la doctrina ha estimado que, en materia de responsabilidad extracontractual, el plazo de prescripción no se suspende, considerando que se trata de una prescripción de corto tiempo[317] [318] [319], al que alude el referido artículo 2524. Sin embargo, otro sector de la

---

[317] Ramos Pazos, Rene, *De la responsabilidad extracontractual*, Legal Publishing, Santiago, 2009, 5ª edición, cfr. págs. 124.
[318] Barros, Alfredo, *Curso de derecho civil*, Nascimento, Santiago, 1932, 4ª edición corregida y aumentada, T. II, cfr. págs. 319-323.
[319] Alessandri, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, cfr, pág .538.

doctrina, representada por Rodríguez Grez[320], advierte que la acción emanada de un delito o cuasidelito en el caso de los cónyuges sí se suspendería en virtud del artículo 2509 inciso final del Código Civil.

En este sentido, dada la interpretación final, se configuraría una antinomia parcial-parcial de primer grado que requeriría ser resuelta mediante los criterios de solución de antinomias. El autor citado ofrece como solución el criterio de especialidad, haciendo prevalecer el artículo 2509 por sobre el artículo 2524, ambos del Código Civil, fundamenta su decisión recurriendo a un argumento sistemático al señalar que tanto el articulo 1771 como el 1748 del Código Civil "excluyen la prescripción entre cónyuges, o por lo menos, no mencionan esta hipótesis"[321], en cuyo caso según un sector de la doctrina, la suspensión no debería extenderse por más de diez años, conforme a las reglas generales, mientras que otro sector de la doctrina estima que la suspensión podría ser indefinida.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha señalado que la norma contenida en el inciso final del artículo 2509 es exclusiva de la prescripción adquisitiva, por lo que no correspondería su aplicación en materia de prescripción extintiva, dado que el artículo 2520 que la regula (la prescripción extintiva) alude expresamente a las personas enumeradas en los numerales 1 y 2 del artículo 2509, omitiendo mención alguna al inciso final del mismo artícul.

4.1.8. Naturaleza del título de adquisición en materia de liquidación de la sociedad conyugal.

Artículo 703 del Código Civil y artículo 1344 del Código Civil.

El artículo 703 del Código Civil consagra:

"Art. 703. El justo título es constitutivo o translaticio de dominio.

Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción.

Son translaticios de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos.

Pertenecen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios, y los actos legales de partición.

Las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos no forman nuevo título para legitimar la posesión.

Las transacciones en cuanto se limitan a reconocer o declarar derechos preexistentes, no forman nuevo título; pero en cuanto transfieren la propiedad de un objeto no disputado, constituyen un título nuevo."

---

[320] Rodríguez Grez, Pablo, *Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, cfr. págs. 485-486.
[321] Ídem, pág. 486.

Por su parte, el artículo 1344 del Código Civil establece:

"Art. 1344. Cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión.

Por consiguiente, si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena."

De la lectura del inciso primero del artículo 703 del Código Civil, la doctrina ha clasificado a los títulos en "constitutivos de dominio" y "translaticios de dominio". Ahora bien, el inciso tercero de la norma en comento establece que las adjudicaciones, en materia de liquidación de la sociedad conyugal, esto es, las originadas por actos legales de partición, pertenecen a la clase de títulos translaticios de dominio.

Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo 1344 (que se hace aplicable en materia de liquidación de la sociedad conyugal en virtud del artículo 1776 del código civil, al señalar este "La división de los bienes sociales se sujetará a las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios") se puede concluir que se hace referencia a un título distinto de los establecidos en el artículo 703, el que la doctrina ha denominado como "título declarativo de dominio", sustentando esta nueva clasificación en virtud del artículo 703, 718 y 2417 del Código Civil. De modo que a la luz de estos últimos artículos es posible establecer que los actos legales de partición constituyen títulos declarativos de dominio, y no translaticios de dominio.

En este sentido, se configura una antinomia, toda vez que tanto la norma contenida en el artículo 703 como el artículo 1344 del Código Civil atribuyen naturaleza jurídica diversa a la adjudicación en los casos de los actos legales de partición en la liquidación de la sociedad conyugal.

La antinomia ha sido declarada y tratada latamente por la doctrina, identificando una variedad de argumentos destinados a provocarla o evitarla. Así, algunos como Claro Solar han señalado que estos actos constituyen títulos declarativos de dominio, expresando que "La adjudicación en las particiones de bienes comunes no es atributiva sino declarativa de propiedad; y por consiguiente, no puede decirse que sea un título translaticio de dominio. La ley no dice que las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición sean títulos translaticios de dominio; sino que pertenecen a esta clase, porque evidentemente no son constitutivos de dominio desde que se refieren a cosas ya apropiadas y el adjudicatario adquiere el dominio que tenía su antecesor a quien sucede inmediata y exclusivamente"[322]. Alguna doctrina utiliza el argumento histórico para sustentar esta postura, así, se ha indicado que el artículo 836 del Proyecto de Código Civil de 1853, el cual es el actual artículo 703, señalaba que entre los títulos traslaticios de dominio se encontraba la "adjudicación judicial". Alessandri a su vez adhiere a esta postura, señalando que la partición produce efectos declarativos,

---

[322] Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Imprenta Cervantes, Santiago, 1932, tomo VII "De los Bienes", cfr. págs. 480-481.

considerando que la adjudicación de los bienes sociales no significan enajenación, sino que singularización de un derecho previamente poseído en común.[323]

Otros, por su parte, postulan que la adjudicación es más bien un título translaticio de dominio, sustentan su tesis señalando que primeramente habría que distinguir el ámbito de aplicación en que tienen lugar las sentencias de adjudicación y los actos legales de partición, siendo susceptibles de ser aplicada, en virtud del artículo 1344 del Código Civil, a las comunidades originadas por causa de muerte, cuyo modo de adquirir será la sucesión por causa de muerte, pero también podrán aplicarse a las comunidades que se formen por actos entre vivos. En el primer caso efectivamente dichos actos de partición y sentencias de adjudicación constituirían títulos declarativos de dominio por mandato del artículo 1344, mientras que en el segundo caso se haría aplicable el artículo 703 del Código Civil, reconociendo por tanto su naturaleza de título translaticio de dominio. De modo que "las adjudicaciones y actos de partición serán títulos meramente declarativos cuando pretendan la disolución de una comunidad que encuentra su origen en la muerte de una persona, pero serán título translaticios de dominio en el resto de los casos."[324] En este sentido, esta doctrina busca evitar la producción de la antinomia valiéndose de una interpretación adecuadora[325].

Por último, hay quienes también intentan evitar la antinomia a través de una interpretación adecuadora, esta vez haciendo un distingo entre el dominio y la posesión. De acuerdo a Peñailillo, en el caso del dominio, deberá prevalecer el artículo 1344, ya que "Respecto del dominio la adjudicación tiene sin duda un efecto declarativo (el adjudicatario es considerado dueño de lo que recibe en adjudicación desde el día en que se originó la comunidad y no desde el día en que se le adjudicó)."[326] Mientras que cuando se trata de la posesión se genera, nuevamente, una contradicción, esta vez entre el artículo 703 inciso 4° y el artículo 718, ambos del mismo código, ya que de acuerdo al primero los títulos serían traslaticios, pero de acuerdo al segundo, serían declarativos toda vez que se haría referencia al efecto . Esta última doctrina se vale del argumento lingüístico para fundamentar su interpretación.

A la luz de lo expuesto, aparece con claridad que se trataría de una antinomia parcial-parcial, toda vez que el ámbito de aplicación que ambas normas regulan es más amplio que lo referido solamente a los actos legales de partición y sentencias de adjudicación, ya que describen y caracterizan otros títulos.

En cuanto a la jurisprudencia, la Corte Suprema ha resuelto el asunto de una manera más bien ecléctica, ya que en un primer momento se reconoció el carácter traslaticio a las sentencias de adjudicación, estableciendo entonces que el dominio sobre el bien se originaba desde la tradición. Sin embargo, posteriormente cambia de opinión, declarando "De acuerdo con el artículo 718, resulta que la adjudicación tiene un carácter meramente declarativo y no atributivo de propiedad. El artículo 703 se limita a declarar que las sentencias de adjudicación en juicios divisorios, pertenecen a la clase de títulos traslaticios,

---

[323] Alessandri, A., op. cit., cfr. p. 576.
[324] Acuña, Cristián, *Estudio de los Bienes y Derechos Reales*, Metropolitana Ediciones, Santiago, 2000, pág. 202.
[325] Guastini, R., *Interpretar y Argumentar*, ed. cit., cfr. pág. 133.
[326] Peñailillo, Daniel, *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pág. 342.

pero sin incluirlos entre ellos y sin darles expresamente esa calidad ni reconocerles que por su naturaleza sirvan para transferir el dominio, como la venta, la permuta, la donación entre vivos. Si bien el artículo 703 expresa que pertenecen a la clase de títulos traslaticios de dominio, las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición, ello tiene aplicación respecto de los terceros que adquieren la posesión, derivándola de la sucesión del difunto; pero para los coasignatarios tales títulos sólo pueden ser declarativos o determinativos de dominio, si se atiende a que el artículo 718 dispone que cada uno de los copartícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión. Refuerza este aserto el artículo 1344".[327]

4.1.9. Resciliación de la liquidación de la sociedad conyugal.

Artículo 1723 incisos segundo y tercero del Código Civil y artículo 1782 del Código Civil.

El artículo 1723 del Código Civil regula principalmente los pactos sustitutivos del régimen de bienes, en su inciso segundo señala lo siguiente:

"El pacto que los cónyuges celebren en conformidad a este artículo deberá otorgarse por escritura pública y no surtirá efectos entre las partes ni respecto de terceros, sino desde que esa escritura se subinscriba al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Esta subinscripción sólo podrá practicarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la escritura en que se pacte la separación. El pacto que en ella conste no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer y, ***una vez celebrado, no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges.*** *"*

A continuación, el inciso tercero del mismo artículo establece:

"En la escritura pública de separación total de bienes, o en la que se pacte participación en los gananciales, según sea el caso, ***podrán los cónyuges liquidar la sociedad conyugal o proceder a determinar el crédito de participación o celebrar otros pactos lícitos****, o una y otra cosa; pero todo ello no producirá efecto alguno entre las partes ni respecto de terceros, sino desde la subinscripción a que se refiere el inciso anterior."*

El artículo 1782 del Código Civil, por su parte, al regular la renuncia de los gananciales una vez disuelta la sociedad conyugal, señala:

"Art. 1782. ***Podrá la mujer renunciar mientras no haya entrado en su poder ninguna parte del haber social a título de gananciales.***

Hecha una vez la renuncia no podrá rescindirse, a menos de probarse que la mujer o sus herederos han sido inducidos a renunciar por engaño o por un justificable error acerca del verdadero estado de los negocios sociales.

---

[327] *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil y Leyes Complementarias*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo III, 1996, págs. 163 y 164.

Esta acción rescisoria prescribirá en cuatro años, contados desde la disolución de la sociedad."

El estudio de las normas en cuestión merece los siguientes comentarios. Por un lado, el inciso segundo del artículo 1723 regula el pacto sustitutivo del régimen de bienes, estableciendo a su respecto el carácter de irrevocable, pero en el inciso siguiente, y de manera separada, regula lo concerniente a la liquidación de la sociedad conyugal que se haya podido establecer en el mismo pacto, no estableciendo a su respecto la irrevocabilidad expresamente.

Considerando que la resciliación es un modo de extinguir las obligaciones, se debe concluir la necesariedad de la subsistencia de una obligación entre los cónyuges para que dicha figura pudiese funcionar. De modo que, en principio, podría existir resciliación de la liquidación sociedad conyugal, siempre y cuando de ésta hubieren subsistido obligaciones entre los cónyuges.

Una vez establecido lo anterior, es posible advertir la generación de una antinomia entre esta conclusión y el artículo 1782 del Código Civil, ya que, desde el momento mismo en que se produce la liquidación e ingreso al patrimonio de la mujer a título de gananciales de los bienes sociales, se entiende extinguido el derecho de renunciar a los gananciales. Dicho de otro modo, una vez aceptados los gananciales ya no es posible resciliar la liquidación de la sociedad conyugal, toda vez que tanto la aceptación como la renuncia a los gananciales son actos irrevocables, de tal manera que la sola liquidación de la sociedad conyugal importa aceptar los gananciales por parte de la mujer.

Este caso es una antinomia no declarada, toda vez que ni la doctrina ni la jurisprudencia han elaborado argumentos para provocarla o evitar su generación directamente, puesto que la misma doctrina ha establecido, sin objeciones al respecto, que la liquidación de la sociedad conyugal es propiamente una aceptación de los gananciales, así lo deja claro Somarriva al definir la liquidación de la sociedad conyugal "Podríamos decir que es el conjunto de operaciones que tienen por objeto establecer si existen o no gananciales, y en caso afirmativo, partirlo por mitad entre los cónyuges; reintegrar las recompensas que la sociedad adeude a los cónyuges o que éstos adeuden a la sociedad; y reglamentar el pasivo de la sociedad conyugal"[328]

4.1.10. Pacto de separación de bienes de matrimonios celebrados en el extranjero.

Artículo 135 inciso segundo del Código Civil y artículo 1723 inciso tercero del Código Civil.

El artículo 135 inciso segundo del Código Civil consagra:

"Los que se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos que *inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la*

[328] Somarriva, Manuel, *Derecho de Familia*, Nascimento, Santiago, 1963, pág. 313.

Comuna de Santiago, y ***pacten en ese acto sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales****, dejándose constancia de ello en dicha inscripción."*

El artículo 1723 incisos tercero y cuarto del Código Civil, por su parte, señala:

*"****En la escritura pública de separación total de bienes, o en la que se pacte participación en los gananciales****, según sea el caso, podrán los cónyuges liquidar la sociedad conyugal o proceder a determinar el crédito de participación o celebrar otros pactos lícitos, o una y otra cosa;* ***pero todo ello no producirá efecto alguno entre las partes ni respecto de terceros, sino desde la subinscripción a que se refiere el inciso anterior****.*

Tratándose de matrimonios celebrados en país extranjero y que no se hallen inscritos en Chile, será menester proceder previamente *a su inscripción en el Registro de la Primera Sección de la comuna de Santiago, para lo cual se exhibirá al oficial civil que corresponda el certificado de matrimonio debidamente legalizado."*

Del análisis de ambos preceptos es posible establecer una antinomia, puesto que el artículo 135 establece por defecto que los casados en el extranjero se mirarán como separados de bienes, sin necesidad de pacto expreso ni inscripción al respecto. No obstante, del artículo 1723 se puede concluir que la norma permite pactar separación total de bienes o participación en los gananciales mediante escritura pública, la cual deberá ser subinscrita al margen de la inscripción matrimonial incluso a los matrimonios que se hayan celebrado en el extranjero.

La antinomia referida ha sido declarada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, los cuales se valen de argumentos principalmente sistemáticos para conseguir subsanarla. Así, por ejemplo, Hernán Corral señala que el artículo 1723 del Código Civil es aplicable a los matrimonios que se celebren en el extranjero solamente entre chilenos en virtud del artículo 15 del Código Civil, el cual consagra el efecto de extraterritorialidad de la ley nacional, de modo que al momento de inscribir su matrimonio en Chile, si los contrayentes nada dicen, se entenderán casados en el régimen de sociedad conyugal. Mientras que el inciso segundo del artículo 135 se aplicaría solamente a los matrimonios celebrados en el extranjero pero entre extranjeros, o bien entre extranjeros y un/a chileno/a. Este tipo de argumentación constituye una clara alusión al modelo del legislador racional, toda vez que el legislador siempre tendría una respuesta al problema, convirtiéndolo en una antinomia aparente.

En la misma línea, la jurisprudencia, a través de la Corte Suprema en un fallo con fecha 31 de marzo de 2008 ha señalado: "[...] los chilenos, aunque residan o tengan su domicilio en país extranjero, quedan sujetos al estatuto personal que establecen las leyes patrias en cuanto a las obligaciones y derechos que nacen de sus relaciones de familia, situación que en este caso afecta a ambos cónyuges, por haber nacido en territorio nacional [...] 7°) Que un efecto del matrimonio, según la legislación patria, salvo acuerdo en contrario, es la formación de una sociedad de bienes o sociedad conyugal, como lo disponen los artículos 135 inciso primero y 1718 del Código Civil; 8°) Que si bien es efectivo que el inciso segundo del citado artículo 135, preceptuaba que tratándose de un matrimonio celebrado en país extranjero en donde no impere el sistema de comunidad de bienes, se mirará a los cónyuges como separados de bienes, no lo es menos, que la legislación nacional impone a los contrayentes como régimen legal, el de la sociedad conyugal, de lo que se infiere que el señalado

inciso segundo no tiene aplicación entre cónyuges chilenos, quienes por aplicación del artículo 15 del Código del ramo, no pueden quedar en una situación diversa a la que hubiesen tenido de casarse en Chile, pues la interpretación contraria llevaría al absurdo de aceptar que los nacionales pueden incurrir en fraude a la ley por el solo hecho de contraer nupcias en el extranjero"[329]. La argumentación del tribunal busca evitar la producción de la antinomia aludiendo a la figura del fraude a la ley, lo que constituiría una interpretación extensiva de la norma, toda vez que para que se produzca el fraude a la ley debe eludirse el cumplimiento de una norma de carácter imperativo. No obstante lo anterior, una sentencia de la Corte Suprema de 3 de marzo de 2016 ha establecido precisamente lo contrario, en el sentido de estimar que prevalece el artículo 135 inciso 2°, haciéndolo aplicable también a los chilenos que contraigan matrimonio en el extranjero[330].

Otro sector de la doctrina estima, utilizando el aforismo jurídico "si el legislador no distingue no cabe al intérprete distinguir" que el artículo 135 no establece una distinción expresa entre chilenos y extranjeros, haciendo mención únicamente a "Los se hayan casado en el extranjero...", concluyendo entonces que el artículo 135 debe prevalecer sobre el artículo 15 del Código Civil, precisamente por ser esta norma especial respecto de la regla general establecida por aquélla.

4.1.11. Declaración de Bienes Familiares.

Artículo 141 inciso final del Código Civil y articulo 2314 del Código Civil.

El artículo 141 del Código Civil (y siguientes) establece las normas conforme a las cuales se puede declarar un bien inmueble, y los muebles que lo guarnecen, como bien familiar, su inciso final señala:

"[...] ***El cónyuge que actuare fraudulentamente*** *para obtener la declaración a que refiere este artículo,* ***deberá indemnizar los perjuicios causados****, sin perjuicio de la sanción penal que pudiere corresponder."*

Por su parte, el artículo 2314 del Código Civil señala:

"Art. 2314. ***El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización****; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito."*

De ambos preceptos es posible establecer que se trata de un caso de redundancia, puesto que ambas normas atribuyen exactamente los mismos efectos jurídicos, indemnización de perjuicios, a un supuesto de hecho que, si bien en el artículo 141 del Código Civil es específico, no por ello no podría entenderse comprendido dentro del artículo 2314 del mismo Código. En este sentido, se trataría de un caso que Guastini calificaría como de una

---

[329] Sentencia Rol de la Excma Corte Suprema, considerandos 6°, 7° y 8°.
[330] Sentencia Rol N° 34.455-2016, de la Excma Corte Suprema.

norma especial que especifica a otra norma general[331], lo que no configuraría ningún tipo de discordancia o antinomia.

4.1.12. Filiación. Acción para impetrar la nulidad del reconocimiento.

Artículo 202 del Código Civil y artículo 1691 del Código Civil.

El artículo 202 del Código Civil establece:

"Art. 202. ***La acción para impetrar la nulidad del acto de reconocimiento por vicios de la voluntad prescribirá en el plazo de un año****, contado desde la fecha de su otorgamiento o, en el caso de fuerza, desde el día en que ésta hubiere cesado."*

Mientras que el artículo 1691 del Código Civil consagra:

"Art. 1691. ***El plazo para pedir la rescisión durará cuatro años****.*

Este cuadrienio se contará, en el caso de violencia, desde el día en que ésta hubiere cesado; en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato.

Cuando la nulidad proviene de una incapacidad legal, se contará el cuadrienio desde el día en que haya cesado esta incapacidad.

Todo lo cual se entiende en los casos en que leyes especiales no hubieren designado otro plazo."

La misma norma contenida en el artículo 1691 del Código Civil en su inciso final establece la solución a esta aparente antinomia, en virtud del criterio de especialidad.

4.1.13. Derechos hereditarios en la sucesión del hijo.

Artículo 994 inciso segundo del Código Civil y artículo 1182 del Código Civil.

El artículo 994 inciso segundo del Código Civil expresa:

"Tampoco sucederán abintestato los padres del causante si la paternidad o maternidad ha sido determinada judicialmente contra su oposición, salvo que mediare el restablecimiento a que se refiere el artículo 203."

El artículo 1182 del Código Civil consagra en su inciso final:

"No serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco, ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, salvo el caso del inciso final del artículo 203. Tampoco lo será el cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión a la separación judicial."

---

[331] Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, ed. cit., cfr. pág. 142.

Se trata, por lo tanto, de un caso de redundancia, dado que ambos preceptos regulan un mismo supuesto fáctico (paternidad o maternidad determinada judicialmente contra su oposición) atribuyéndole un mismo efecto jurídico (sanción o impedimento para suceder al hijo/a). En este sentido, se puede concluir que el artículo 1182 sería una especificación del artículo 992 del código civil, puesto que el primero la regularía a propósito de los legitimarios, mientras que el artículo 992 estaría regulando dicha situación como una sanción de carácter general, sin que por ello se siga su incompatibilidad.

4.1.14. Sujeto pasivo de la acción de reconocimiento de paternidad o maternidad.

Artículo 206 del Código Civil y artículo 317 del Código Civil.

El artículo 206 del Código Civil, a propósito de la acción de reconocimiento de paternidad o maternidad, señala:

"Art. 206. ***Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos****, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad."*

Por su parte, el artículo 317 del Código Civil consagra:

"Art. 317. Legítimo contradictor **en la cuestión de paternidad** *es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre,* ***y en la cuestión de maternidad*** *el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo.*

Son también legítimos contradictores los herederos del padre o madre fallecidos en contra de quienes el hijo podrá dirigir o continuar la acción *y, también, los herederos del hijo fallecido cuando éstos se hagan cargo de la acción iniciada por aquel o decidan entablarla."*

En virtud del artículo 206, es posible interpretar que los hijos del presunto padre o madre muerto puedan demandar a los herederos de éste por reconocimiento de paternidad o maternidad solamente en los dos casos descritos, 1) hijo póstumo y 2) padre o madre fallecido dentro de los 180 días siguientes al parto. Concluyéndose que, si el padre o madre falleciere luego de los 180 días siguientes al parto, el hijo/a no podría demandar a los herederos de su progenitor.

Por otro lado, de acuerdo al artículo 317 es posible entablar la acción de reclamación de paternidad o maternidad en contra de los herederos del padre o madre en cualquier momento y no solamente dentro del plazo de 180 días cuando éstos hayan fallecido.

La doctrina mayoritaria ha concluido que las normas se encuentran en armonía, señalando que la acción de reclamación siempre deberá impetrarse en vida y directamente contra del que se supone padre o madre, siendo el artículo 206 del Código Civil excepcional, de modo que la antinomia es solucionable, o más bien evitable, a través del criterio de especialidad. Así lo ha expresado, por ejemplo, Abueliuk al señalar que "Los herederos de las partes sólo intervienen por excepción en los casos de los artículos 206 (legitimación pasiva en

caso de fallecimiento del o los progenitores) y 207 (legitimación activa en caso de fallecimiento del hijo)". Más adelante, al referirse al artículo 206, afirmaba lo siguiente: "Como la norma es de excepción, prima sobre el art. 317, y, en consecuencia, el hijo sólo puede accionar de reclamación tanto matrimonial como no matrimonial, ya que el precepto no distingue, cumpliendo los requisitos del art. 206, esto es, no podrá hacerlo si el fallecimiento se produjo después de los ciento ochenta días siguientes al parto"[332].

Sin embargo, otro sector de la doctrina ha dado una solución diversa utilizando también el criterio de especialidad, pero cuya finalidad es precisamente provocar la antinomia, toda vez que mediante la interpretación mayoritaria no se podría demandar a los herederos del supuesto padre o madre después del referido plazo de 180 días siguientes al parto. De modo que se ha buscado solucionar la antinomia estimando que la norma del artículo 206 Código Civil es excepcional respecto de la contenida en el artículo 317 del mismo código. En este sentido, Maricruz Gómez de la Torre ha señalado que "La Ley Nº 19.585 incorporó un inciso 2º al artículo 317 del Código Civil, que dice (...) Por tanto, este artículo es la regla general y el artículo 206 del Código Civil establece una excepción a esta regla general, la que sólo puede aplicarse dentro de los límites que ella misma fija: esto es, en los dos casos antes señalados. En los demás casos, recupera su imperio la regla del artículo 317 del Código Civil. Por su parte, el artículo 5º transitorio de la Ley Nº 19.585 indica: 'No obstante, no podrá reclamarse la paternidad o maternidad respecto de personas fallecidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley'. Por tanto, si el padre o madre estaban vivos en la fecha de entrada en vigencia de la ley (27 de octubre de 1999) a su muerte los herederos pueden ser demandados."[333] utilizando, por lo tanto, un argumento sistemático, al hacer referencia explícita a otro artículo de una norma diversa que trata sobre el mismo tema para su solución.

Otros autores, también valiéndose del argumento sistemático, hacen remisión del artículo 1097 del Código Civil, en virtud del cual los herederos representan al causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Esta doctrina estima que una interpretación fundamentada de esta manera guarda correspondencia con el derecho a la identidad que ha sido reconocido por la propia ley N° 19.585, a través de la regulación de la libre investigación de la paternidad y la imprescriptibilidad de la acción de reclamación, ambos establecidos en la Convención de los Derechos del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica. En este sentido, podemos advertir que esta argumentación, además de recurrir al argumento sistemático, también se sirve de principios del derecho consagrados en tratados internacionales que han sido suscritos y ratificados por Chile.

En la misma línea, Ramos Pazos ha establecido que, si bien es cierto que el artículo 205 del Código Civil establece como sujeto pasivo de la acción de reclamación a su padre o madre siempre bajo el supuesto de que encuentre vivo o viva, no es menos cierto que cuando la ley ha querido impedir que se demande a los herederos, lo establece expresamente, así por ejemplo el artículo 47 de la LMC. Por otro lado, el mismo autor advierte que una interpretación contraria pugna con el contexto de la ley, especialmente con los artículos 195, 196, 198, 199 y 200 del Código Civil, los cuales establecen la

---

[332] Abeliuk Manasevich, René, *La Filiación y sus Efectos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo I La filiación, 2000, págs. 162 y 163.

[333] Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *El Sistema Filiativo Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, págs. 91 y 92.

imprescriptibilidad de la acción de reclamación y permiten una amplia investigación de la paternidad o la maternidad, herramientas que se verían limitadas con la interpretación propuesta por la doctrina mayoritaria.

La jurisprudencia por su parte, ha admitido en reiteradas oportunidades la demanda de reclamación de filiación en contra de los herederos del padre fallecido, aceptando la tesis de la doctrina minoritaria, así ha quedado establecido en las sentencias rol N° 3.249-2005, N°4.783-2009, 3.055-2010, N°6.674-2015, N°37.478-2015 y N° 28.904-2014, todas de la Corte Suprema. Especial mención tiene la argumentación de la sentencia rol N°28.904-2014, puesto que establece una concordancia entre lo dispuesto en el artículo 317, ya tratado y el artículo 195 del Código Civil, que consagra la imprescriptibilidad de la acción en comento, señalando que la misma es transmisible y por tanto, sin limitaciones de ninguna especie en su ejercicio[334].

4.1.15. Imprescriptibilidad de las acciones de reclamación.

Artículo 320 del Código Civil y artículo 195 del Código Civil.

El artículo 320 del Código Civil consagra:

"Art. 320. ***Ni prescripción ni fallo alguno****, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado,* ***podrá oponerse*** *a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce. [...]".*

A su vez, el artículo 195 del Código Civil establece:

"*Art. 195. La ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad, en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen.*

El derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable*. Sin embargo, sus efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia.*"

Ambos artículos tienen una correspondencia normativa que permite señalar que a su respecto se ha producido una redundancia, nos remitimos a lo desarrollado anteriormente a propósito de las redundancias. Se destaca que ésta no ha sido declarada por doctrina ni jurisprudencia alguna, por lo que carece de argumentos tendentes a provocarla o evitarla.

4.1.16. Deber de cuidado.

Artículo 223 del Código Civil y artículo 321 N° 3 del Código Civil.

El artículo 223 del Código Civil establece

---

[334] Sentencia rol N°28.905-2014 Excma. Corte Suprema, considerando 8°.

"Art. 223. Aunque la emancipación confiera al hijo el derecho de obrar independientemente, queda ***siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios.***

Tienen derecho al mismo socorro todos los demás ascendientes, en caso de inexistencia o de insuficiencia de los inmediatos descendientes"

El artículo 321 N° 3 del Código Civil expresa:

Art. 321. Se deben alimentos:

[...]

3º. A los ascendientes; [...]"

Este caso constituiría una situación de redundancia entre los artículos referidos, siendo el artículo 321 especificador respecto del artículo 223, sin perjuicio de lo cual esta concordancia ha sido declarada y desarrollada con el objeto de evitar su generación, en el sentido de entender que la preferencia deberá ser siempre la del artículo 223, por ser consagrado en términos más amplios y comprensivos que los de únicamente establecer la obligación de otorgar alimentos a los ascendientes. Así, se ha señalado, utilizando el argumento histórico, que el Proyecto de Código Civil del año 1953 contenía originalmente en el actual artículo 223 "[...] a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias **difíciles** de la vida en que necesitaren sus auxilios." queriendo significar con aquél termino la amplitud del deber establecido.

La jurisprudencia, a través de la Corte Suprema, ha dictaminado "La obligación que el artículo 220 del Código Civil impone al hijo significa ayuda personal, socorro económico, cuidados personales en forma solícita y cualesquier otros servicios que el padre le reclame; estos servicios pueden ser de carácter permanente u ocasional y decir relación con servicios personales o prestaciones de carácter económico. Cuando los auxilios que se reclaman son permanentes y de carácter económico patrimonial, toman el nombre genérico de 'alimentos' y se encuentran reglamentados en los artículos 321 y siguientes del Código Civil; todos los demás auxilios caen dentro del precepto del artículo 220 del mismo Código, que es especial por referirse exclusivamente a las relaciones entre hijo y padre. Siendo el artículo 220 del Código Civil una disposición especial, debe primar sobre la general del artículo 321 del mismo"[335]. Esta argumentación es concordante con lo elaborado por Guastini en su desarrollo del principio de especialidad como criterio de solución de las antinomias, distinguiendo el autor que una norma especial puede constituir una especificación de una norma general, en cuyo caso nos encontramos ante una redundancia, o bien, puede ocurrir que una norma especial pueda constituir una excepción de la norma general, en cuyo caso es probable encontrarse con una incompatibilidad o antinomia.

---

[335] *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y leyes Complementarias*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª edición, tomo II, 1996, pág. 39.

4.1.17. Dolo. Derecho de alimentos.

Artículo 328 del Código Civil y artículo 2317 del Código Civil.

El artículo 328 del Código Civil consagra:

"Art. 328. En el caso de dolo para obtener alimentos, ***serán obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios todos los que han participado en el dolo.***"

El artículo 2317 establece por su parte:

"Art. 2317. ***Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio*** *procedente del mismo delito o cuasidelito, salvas las excepciones de los artículos 2323 y 2328.*

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria *del precedente inciso."*

Se advierte un caso de redundancia entre las normas contenidas en los artículos señalados, puesto que ambos regulan un mismo supuesto de hecho, esto es, la producción de perjuicio por dos o más personas, al cual se le atribuye el mismo efecto jurídico, responsabilidad solidaria. En este sentido, se ha entendido que la norma del artículo 328 del Código Civil es especificadora de la norma general contenida en el 2317 del mismo código, toda vez que la primera establece su regulación a propósito de la concurrencia del dolo en la obtención de alimentos que origina el perjuicio, mientras que la norma del segundo artículo establece una regulación en términos más amplios y no únicamente respecto del derecho de alimentos.

4.2. Problemas de concurrencias de normas en el derecho sucesorio.

4.2.1. Compra de bienes inmuebles. Prohibición de los albaceas.

Artículo 2144 del Código Civil y artículo 412 del Código Civil.

El artículo 2144 del código civil establece:

"Art. 2144. ***No podrá el mandatario por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender****, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar,* ***si no fuere con aprobación expresa del mandante.***"

El artículo 412 del Código Civil consagra:

"Art. 412. Por regla general, ningún acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés el tutor o curador, o su cónyuge, o cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de sus hermanos, o de sus consanguíneos o afines hasta el cuarto grado inclusive, o alguno de sus socios de comercio, podrá ejecutarse o celebrarse sino con autorización de

los otros tutores o curadores generales, que no estén implicados de la misma manera, o por el juez en subsidio.

Pero ni aun de este modo podrá el tutor o curador comprar bienes raíces del pupilo, *o tomarlos en arriendo; y se extiende esta prohibición a su cónyuge, y a sus ascendientes o descendientes."*

Para advertir una posible antinomia o redundancia en este caso, es necesario recurrir a determinados artículos del Código Civil que hacen aplicables los preceptos citados a los albaceas. Así, el artículo 1800 del Código Civil, en materia de compraventa hace aplicable a los albaceas lo dispuesto en el artículo 2144 ya expuesto. A su vez, el artículo 1294 del mismo código establece que "lo dispuesto en los artículos 394 y 412 se extenderá a los albaceas".

En este sentido, aparece de manifiesta la configuración de una antinomia, ya que si consideramos el tenor del artículo 2144 el mandatario (albacea) podría perfectamente comprar bienes inmuebles, siempre que medie aprobación expresa del mandante (heredero u herederos). No obstante, de la aplicación del artículo 412 se constata que hay una prohibición expresa y absoluta de comprar bienes inmuebles del pupilo.

En consecuencia, se configuraría una antinomia del tipo parcial-parcial, en la medida en que la incompatibilidad aparece patente únicamente en el caso de la compra de bienes inmuebles, no así por ejemplo, en la compra de bienes muebles, presupuesto fáctico igualmente comprendido en ambas normas, sea *a contrario sensu*, como ocurre con el inciso final del artículo 412, o bien en una interpretación extensiva de la expresión "comprar las cosas" contenidas en el artículo 2144, siendo estas cosas indeterminadas. Ahora bien, para la solución de esta antinomia declarada, tanto la doctrina como la jurisprudencia han buscado evitar su producción utilizando el criterio de especialidad, en virtud del cual el artículo que deberá prevalecer es el 412 del Código Civil, por las mismas razones utilizadas para clasificar el tipo de antinomia, ya que el artículo 2144 permite la compra de toda clase de bienes, mientras que el artículo 412 prohíbe específicamente la compra de los bienes raíces del pupilo por parte del albacea.

Claro Solar, en este punto señala que "aunque la venta en pública subasta está destinada a obtener el justo precio de los bienes, la ley, temerosa de los abusos que pudieran cometerse por algún albacea inescrupuloso, tiene prohibido a los albaceas y a sus parientes la adquisición aun en esta forma, de bienes de la sucesión (...) Teme la ley que el albacea, dando datos inexactos o empleando cualquier otro procedimiento doloso, haga desaparecer la garantía de la subasta pública, alejando postores o que éstos no mejoren sus posturas".[336] A la luz de este razonamiento, aparece con claridad la utilización del principio de protección de la buena fe, o del repudio a la mala fe como justificadora de la norma prohibitiva.

4.2.2. Donaciones modales entre vivos.

[336] Claro Solar, Luis, op. cit,

Artículo 1092 del Código Civil y artículo 1426 del Código Civil.

El artículo 1092 del Código Civil consagra:

"Art. 1092. Si el modo es en beneficio del asignatario exclusivamente, no impone obligación alguna, salvo que lleve cláusula resolutoria."

Por su parte, el artículo 1426 del Código Civil establece:

"Art. 1426. ***Si el donatario estuviere en mora de cumplir lo que en la donación se le ha impuesto, tendrá derecho el donante o para que se obligue al donatario a cumplirlo, o para que se rescinda la donación.***

En este segundo caso será considerado el donatario como poseedor de mala fe, para la restitución de las cosas donadas y los frutos, siempre que sin causa grave hubiere dejado de cumplir la obligación impuesta.

Se abonará al donatario lo que haya invertido hasta entonces en desempeño de su obligación, y de que se aprovechare el donante."

Se advierte la generación de una antinomia de las normas expuestas, específicamente en la hipótesis de una donación modal, cuando el gravamen o carga se haya establecido en beneficio exclusivo del donatario, y el contrato no llevare cláusula resolutoria.

Esta hipótesis hace aplicable los artículos 1090 y 1092 del Código Civil, en virtud de los cuales el primero consagra que no se presumirá la cláusula resolutoria cuando no se establece expresamente su procedencia, mientras que el artículo 1092 exime de la obligación contenida en la donación modal, a menos que se haya estipulado clausula resolutoria. De modo que un incumplimiento de la carga establecida en la donación no daría derecho a demandar la resolución de la misma, a menos que se hubiere estipulado expresamente la cláusula resolutoria.

Al mismo tiempo, es posible aplicar a la hipótesis el artículo 1426, conforme el cual sí se podría demandar la resolución de la donación, a pesar de no estipularse expresamente, toda vez que se entendería incorporada la condición resolutoria tácita, conforme al inciso primero del precepto en cuestión.

Para resolver la contradicción, Guzmán Brito ha expresado, en un ejercicio de equiparación de la situación en la que quedan el asignatario y el donatario modal, que debería prevalecer el artículo 1092 del Código civil. En este sentido, expresa que si no hay acción contra el primero cuando no se contempló expresamente una cláusula resolutoria en el testamento, sería justo concluir que tampoco ha de haber acción contra el segundo, cuando tampoco se haya expresado cláusula resolutoria en el contrato de donación.[337]

Otra interpretación posible se refiere a advertir que, de acuerdo artículo 1092, si el modo solamente beneficia al donatario, el contrato "no impone obligación alguna", entendiéndose de este modo que el contrato no impone obligaciones al donatario, de tal manera que

---

[337] Guzmán Brito, Alejandro, *Las reglas del Código Civil sobre la interpretación de las leyes,* Legal Publishing, Santiago de Chile, 2007, pág. 232.

estaríamos frente a un contrato unilateral, y que por lo tanto no correspondería entender incorporado como elemento de la naturaleza la condición resolutoria tácita, por lo que, en definitiva, no correspondería aplicar el artículo 1426 que la comprende incorporada, toda vez que este artículo supone que el donatario "estuviere en mora de cumplir lo que en la donación se le ha impuesto".

Las interpretaciones expresadas dan cuenta de que se ha elaborado por la doctrina argumentos tendentes a evitar la antinomia. Por otro lado, es posible establecer que se trataría de una antinomia del tipo parcial-parcial, puesto que las normas tienen un ámbito de aplicación más amplio que el que provoca la incongruencia, así, el artículo 1092 es aplicable a las donaciones contenidas en las asignaciones testamentarias, mientras que el artículo 1426 del Código Civil es aplicable a las modalidades que se establezcan en un contrato de donación.

4.3. Problemas de concurrencias de normas en el derecho de daños.

Como es sabido, la responsabilidad civil extracontractual, se encuentra reglamentada por los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, el cual se ha caracterizado por ofrecer una regulación más bien sucinta en la materia, generando múltiples problemas de interpretación, los cuales pueden ser clasificados, en la terminología de Ross, en problemas sintácticos, lógicos y semánticos de interpretación, algunos de los cuales han sido tratados profusamente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, aunque sin emplear esas herramientas teóricas.

Respecto de los problemas lógicos de interpretación, es posible reconocer casos de inconsistencias como asimismo situaciones de redundancias, toda vez que, dada la falta de exhaustividad o, dicho de otro modo, el carácter general de la regulación en esta materia[338], ha obligado principalmente a la jurisprudencia a decidir, mediante diversos criterios de interpretación, la aplicabilidad de normas que establezcan el cumplimiento o no de una conducta conforme a derecho, así lo ha establecido Enrique Barros al tratar la culpa como infracción a un deber de cuidado "*A falta de ley y de usos normativos, y supletoriamente aunque los haya, corresponde al juez la aplicación en concreto del estándar de cuidado. En efecto, como he intentado mostrar, la ley y los usos normativos no son exhaustivos en sede civil, de modo que si el demandado los ha observado, ello no impide que el juez indague si el autor del daño actuó negligentemente, atendidas las circunstancias.*"[339]

Por ejemplo, el artículo 2316 inciso 2° del Código Civil, establece que quien se haya aprovechado del dolo ajeno, sin participar en el mismo, deberá responder hasta la concurrencia del provecho que haya obtenido. Por su parte, el artículo 1458 inciso 2° del mismo código, consagra que se dará acción de perjuicios contra las personas que se hayan aprovechado del dolo hasta la concurrencia del provecho que hayan obtenido del mismo. La lectura de ambos preceptos lleva a concluir que se ha incurrido en un problema lógico de interpretación, que son aquellos que se refieren a las relaciones de una expresión con

---

[338] Díaz, Regina, *Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno*. En *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Coquimbo, año 14, N° 1, 2007, cfr. pág. 86.

[339] Barros, Enrique, *La culpa en la responsabilidad civil*. En Ensayos jurídicos, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, N°1, 2005, pág. 15.

otras expresiones dentro de un mismo contexto[340], concretamente se trata de una redundancia, puesto que se identifica que una norma ha sido formulada dos veces en un sistema normativo, esto es, hay dos formulaciones que expresan una misma norma[341]. En este sentido, se advierte que el presupuesto fáctico de las normas es el mismo, un tercero que haya obtenido provecho del dolo ajeno, cuyo efecto jurídico es también idéntico en uno y otro precepto, la obligación de restituir el provecho que hayan obtenido.

La doctrina se ha dedicado latamente a desarrollar teorías sobre la naturaleza jurídica de la institución contenida en las normas[342], sin advertir ningún tipo de problema en su interpretación, lo que resulta coherente con lo señalado por Carlos Nino en orden a indicar que las redundancias no tendrían por qué crear problemas por sí solas, toda vez que de seguirse una norma redundante se satisfaría inmediatamente lo prescripto por la otra[343]. Lo anterior es sin perjuicio del desarrollo que se ha efectuado en torno a justificar la regulación que el ordenamiento jurídico ha hecho de la institución en las dos normas estudiadas, la que mayoritariamente ha sido explicada como una expresión del principio que rechaza al enriquecimiento sin causa o enriquecimiento injusto[344].

La jurisprudencia, por su parte, ha tenido más de una oportunidad de referirse al problema de interpretación mencionado[345], sin embargo, al igual que la doctrina, lo ha soslayado en tanto su aplicación no ha significado ningún problema en la resolución de las controversias sujetas a su competencia, lo que da a entender que la redundancia se ha estimado como las de aquellas que no han sido declaradas.

Otro caso susceptible de provocar un problema lógico de interpretación es el que se produce en la relación entre diversos principios y normas contemplados en la Constitución Política, especialmente el contenido en el artículo 19 N° 4 de la misma y el artículo 2331 del Código Civil, cuya formulación ha llevado a ser declarado inaplicable por inconstitucional en más de una oportunidad por el Tribunal Constitucional.

El conflicto que se produce dice relación con el alcance de la norma contenida en el artículo 2331, toda vez que por esta vía se establece que las injurias que afectaren el honor o la honra de una persona darán derecho a demandar indemnización de perjuicios solamente si es posible probar que se produjo daño emergente o lucro cesante, excluyendo,

---

[340] Ross, A., op. cit., cfr. pág.124.

[341] Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Sobre el concepto de orden jurídico.* En *Critica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, vol. 8, N° 23, 1976, págs. 10-11.

[342] Véase Domínguez, Ramón, *Sobre el artículo 2316 inciso segundo del código civil y la acción contra el que recibe provecho del dolo ajeno.* En *Revista de derecho*, Universidad de Concepción, Concepción, N°225-226, 2009; González, Joel, *El dolo ajeno, la acción por provecho, naturaleza, alcance del artículo 1458 inc. 2° del código civil y la nulidad del contrato.* En *Revista de derecho,* Universidad de Concepción, Concepción, vol. 88 N° 247, 2020; García, Benjamín, *La naturaleza jurídica de la acción de provecho del dolo ajeno a la luz del denominado "Caso Inverlink"*, en *Revista actualidad jurídica*, Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile, N°33, 2016.

[343] Nino, C.S., op. cit., cfr. pág. 279.

[344] Pablo Rodríguez, Grez, *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, cfr. pág. 201.

[345] Sentencia caso Iverlink del Tribunal Constitucional.

por lo tanto, el daño moral. En una interpretación restrictiva[346] y buscando evitar la producción de una antinomia, tanto la doctrina como la jurisprudencia[347] han señalado que la norma es de carácter especial respecto de la norma general contenida en el artículo 2329 del mismo código, que consagra el principio de la reparación integral del daño[348], por lo que en aplicación del criterio de especialidad entre ambos preceptos, se deberá preferir el artículo 2331 del Código Civil, generando en consecuencia la imposibilidad de demandar indemnización de perjuicios por daño moral cuando se trate de afectaciones al honor u honra de una persona, de este modo se impide la posibilidad de obtener una reparación de daños extrapatrimoniales por imputaciones injuriosas.

La consecuencia lógica del tratamiento normativo que se ha esbozado es que precisamente se produce, no ya una contradicción entre los artículos 2329 y 2331 del Código Civil, resuelta por el criterio de especialidad mencionado, sino que se origina una antinomia entre este último precepto y diversas normas constitucionales. En particular, el artículo 19 N° 4 de la Constitución, que consagra la protección constitucional a la vida privada y la honra de la persona y su familia, toda vez que la aplicación de la norma civil, en palabras del Tribunal Constitucional "priva a los atentados contra el derecho a la honra que no constituyan delitos específicos, de la protección de la ley."[349] El razonamiento del Tribunal Constitucional revela que la judicatura advierte la generación de una antinomia aparente, dado que el conflicto normativo en cuestión encierra un problema de validez de las normas aplicables, siendo una de ellas inválida.[350]

La jurisprudencia, a través de prevenciones o votos disidentes de los ministros del Tribunal Constitucional, en conocimiento de las causas que solicitan la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil, también han manifestado opiniones discordantes al respecto, en este sentido, se ha concluido entre otras cosas, que no cabría afirmar la existencia de un derecho constitucional al daño moral[351] dado que existen diversas normas especiales que regulan la materia y que no ha sido objetada por el propio Tribunal, por lo que no correspondería declarar inconstitucional una norma como la del Código Civil en tanto no es incompatible con ninguna norma constitucional que consagre el derecho a la honra con rango constitucional. A su vez, también se ha estimado que el artículo 2331 solo podría ser aplicable a un número muy restringido de casos de modo que parece más lógico ir pronunciándose caso a caso acerca de la inaplicabilidad del precepto en lugar de invalidarlo completamente a través de la declaración de inconstitucionalidad. A raíz de los argumentos anteriores se concluye que la antinomia es más bien aparente, o si es que existe, se trataría de una antinomia total-parcial, en la medida en que el enunciado normativo en discordia tendría un ámbito de aplicación limitado en relación con lo regulado por la/las normas constitucionales con las

---

[346] Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de abril de 1991, Revista de Derecho y Jurisprudencia, p.30.

[347] Corte Suprema, sentencia de 2 de abril de 1996.

[348] Fueyo, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, cfr. pág. 69.

[349] Sentencia Rol N° 943-2008 de Tribunal Constitucional, considerando 37°.

[350] Henríquez Viñas, Miriam (2013). *Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno*. En *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Vol. 11, N° 1, véase págs. 459-476.

[351] Sentencia Rol N° 1679-2010 de Tribunal Constitucional, prevención de los ministros Peña, Carmona, Vodanovic y Viera-Gallo. p. 16.

que se encuentra en conflicto, en tanto que la norma civil impugnada solamente excluiría la procedencia del daño moral en los casos de afectación a la honra por imputaciones injuriosas, mientras que la norma constitucional protege potencialmente dicha afectación ante cualquier otro tipo de acto y no solamente en lo que respecta al derecho a la honra.

La solución más típica a un conflicto en el que se encuentran incompatibilidades entre normas provenientes de fuentes de distinto tipo, como la descrita ,es el principio jerárquico, cuyo recurso se basa en el adagio "*lex superior derogat legi inferiori",* el que para Bobbio es una de las tantas aplicaciones del argumento *ex auctoritate* o de autoridad[352], de modo que recurrir a la autoridad o jerarquía es una consecuencia inevitable del carácter heterogéneo de las fuentes del derecho en un determinado ordenamiento jurídico, el que no se puede controlar previamente sino hasta que se suscite la necesidad de aplicar las normas.

No obstante lo anterior, es posible advertir que a la contradicción normativa en comento sería posible aplicar también el criterio cronológico, toda vez que el Código Civil se ha originado con anterioridad a la creación de la actual Constitución, configurando de este modo una antinomia de segundo grado, que es aquélla que se produce no con relación a las normas estimadas incompatibles, sino que entre los criterios que son susceptibles de utilizarse para la resolución de la antinomia. En este sentido, la norma civil es una norma inferior-anterior y el precepto constitucional es una norma superior-posterior; para la doctrina es indudable que el criterio jerárquico deberá prevalecer sobre el cronológico, ya que se estima que la competencia o autoridad parece un criterio más sólido que el mero pasar del tiempo, y que por lo demás estimar lo contrario provocaría que el criterio jerárquico no tuviera sentido, dado que siempre se aplicaría la norma anterior.[353] Sin embargo, en una antinomia de segundo grado donde una norma de rango legal e inferior entra en conflicto con una norma constitucional y posterior, al decir de Guastini, tanto la doctrina como la jurisprudencia han preferido decididamente la norma superior, de modo que "una norma legislativa en conflicto con la constitución, pero anterior a esta, debe considerarse no simplemente abrogada, sino inválida, por inconstitucionalidad sobreviniente."[354]

Es posible encontrar otro problema lógico de interpretación en materia de responsabilidad extracontractual en las disposiciones contenidas en los artículos 2319 y 2325, ambos del Código Civil. Toda vez que el primer precepto establece la responsabilidad de las personas que tienen a su cargo a los incapaces, cuando es posible imputarles negligencia, consagrando lo que se conoce como responsabilidad por el hecho ajeno. Por su parte, de la interpretación del artículo 2325 del Código Civil se extrae que el guardián que tiene a su cargo un incapaz no tiene derecho a ser indemnizado, puesto que establece como requisito, entre otras cosas, que la persona que se tenga bajo dependencia sea capaz de delito o cuasidelito, de acuerdo al artículo 2319.

Este caso se trata de una concurrencia acumulativa de normas, entendida como aquella hipótesis donde las consecuencias o efectos jurídicos de las normas concurrentes sobre un mismo hecho son distintas, pero compatibles, complementándose y pudiendo aplicarse

---

[352] Bobbio, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, ed. cit., cfr. págs.. 356-357.
[353] Bobbio, N., op. y ed cit., 1980, cfr. pág. 362.
[354] Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, ed. cit., pág .129.

conjuntamente[355]. Así, se producirá una concurrencia de normas siempre que las disposiciones normativas tienen un ámbito de aplicación idéntico del presupuesto fáctico regulado, una de las cuales lo reglamenta expresamente, mientras que del precepto restante es posible llegar a él interpretando *a contrario sensu*, sin embargo, los efectos jurídicos establecidos por las normas difieren. En este punto es importante dar cuenta que, si bien los efectos jurídicos que las normas atribuyen a un mismo presupuesto fáctico son distintos, no se excluyen recíprocamente[356], generando en definitiva una doble sanción. La doctrina y la jurisprudencia no han advertido ni desarrollado dificultad alguna en la aplicación simultánea de lo dispuesto por las normas, sin perjuicio de considerar la procedencia de una aplicación sucesiva de las mismas al tratar la acumulación de responsabilidades.[357]

Por otro lado, en materia de responsabilidad por el hecho propio se advierte un caso que es susceptible de generar un problema lógico de interpretación que ha originado discusión en la doctrina. El inciso 1° artículo 2329 del Código Civil consagra que por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. A su vez, el artículo 2314 del mismo código establece que quien ha cometido delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro se encuentra obligado a indemnizar.

Las disposiciones en cuestión han sido interpretadas de manera divergente por la doctrina, un sector mayoritario de ella[358], así como de jurisprudencia[359], estima que la norma del artículo 2329 se trataría de una mera reiteración o confirmación de lo establecido en el artículo 2314, declarando de esta manera la existencia de una redundancia que no ha merecido mayores comentarios al respecto, en la medida que no provoca dificultades en la aplicación de los preceptos.

Sin embargo, otro sector de la doctrina, representada principalmente por Alessandri, ha interpretado que el artículo 2329 establece una presunción general de culpa por el hecho propio[360], a la misma conclusión llega Barros[361], fundando su análisis en que la norma no puede implicar una mera repetición del artículo 2314, toda vez que tendría como consecuencia ser considerado un elemento inútil y desprovisto de sentido. Siguiendo a la tipología de argumentos interpretativos de Ezquiaga, se puede concluir que se han servido del argumento de la no redundancia, el cual indica que entre dos o más significados posibles

---

[355] Diaz, Regina *Concurrencia de normas: La norma especial no siempre desplaza a la general.* En Vergara Blanco, Alejandro (editor), *Dogmática y sistema. Estudios de Teoría del Derecho*, LegalPublishing, Santiago, 2014, cfr. pág. 64.

[356] Romero, Sophia, *Concurso de normas y concurso de acciones en el derecho procesal civil chileno*. En *Ius Et Praxis*, Universidad de Talca, Año 19, N°2, 2014, cfr. pág. 209.

[357] Véase Alessandri, A., *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943.

[358] Véase Fabres, José Clemente, *Instituciones de Derecho Civil Chileno*, Imprenta Universo de Helfmann, Valparaíso, 1863.

[359] Sentencia rol N°6447-2007 de Exma Corte Suprema. Sentencia rol N° 5369-2004 de Exma Corte Suprema. Sentencia rol N° 534-2003 Exma Corte Suprema. Sentencia rol N°692-2002 Exma Corte Suprema.

[360] Alessandri, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, n. 195-196, cfr. págs. 292-295.

[361] Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, n. 91-93, cfr.págs. 147-151.

de un enunciado, deberá rechazarse aquél que suponga una mera repetición de lo establecido por otra disposición del ordenamiento[362].

Otra razón utilizada para descartar la interpretación mayoritaria es el uso del argumento sistemático, en la medida que la ubicación inmediatamente a continuación de los artículos 2320 y siguientes del Código Civil, que consagran casos de presunción de culpabilidad por el daño causado, dan cuenta que la voluntad del legislador era establecer el artículo 2329 como una regla de clausura que comprendiera los demás casos que se pudieran haber omitido, lo que explicaría que el artículo iniciase con la expresión "por regla general", denotando la utilización de un argumento sistemático. A su vez, en uso del argumento lingüístico, esto es, realizando un "análisis de las normas como fragmentos de discurso desde el punto de vista sintáctico y semántico"[363], esta doctrina establece que el subjuntivo "pueda" del artículo 2329 consagra la posibilidad y no la necesidad de probar la malicia o negligencia para establecer la obligación de reparar los daños producidos.

Enrique Barros desarrolla un argumento adicional para sustentar su interpretación, señala que "en principio, se atribuye responsabilidad a otro cuando la experiencia indica que el daño provocado en tales circunstancias se debe usualmente a culpa o dolo de quien lo causa"[364].

Los razonamientos descritos dan cuenta que esta última doctrina encuentra la justificación de sus argumentos en los postulados del legislador racional, que se describe bajo la idea hipotética de un legislador omnisciente, coherente y único[365], toda vez que la remisión al argumento sistemático, en particular el denominado *sedes materiae*, el cual le atribuye significado a un enunciado a partir de la localización en la que se encuentra dentro de un contexto normativo, da cuenta de la noción de una sistematización racional de las disposiciones de un texto legal que no responde a la casualidad sino que a la voluntad del legislador[366]. Otro tanto ocurre con la utilización del argumento de la no redundancia, en la medida en que se sustenta en la idea de que el legislador elabora el derecho tomando en cuenta todo el ordenamiento jurídico vigente, siguiendo criterios de economía y una lógica de no repetición, de modo que concluir la posibilidad de existencia de una redundancia implicaría contrariar la voluntad del legislador, toda vez que éste siempre habrá querido dotar a cada norma de un significado específico y diferenciado.

En cuanto al argumento de Barros, parece ser el único que escapa de los postulados del legislador racional en la medida que se remite a la idea que sustenta las máximas de la experiencia, propias de un sistema de la sana crítica.

Por último, hay otro asunto en materia de responsabilidad extracontractual en la que se advierte la aparición de una inconsistencia, aquella tratada en los artículos 2320 y 224 del Código Civil al regular la responsabilidad de los padres respecto de los hijos. En este sentido, el artículo 2320 inciso 2° consagra la responsabilidad del padre, y en subsidio de éste la de la madre por el hecho de los hijos menores, mientras habiten en la misma casa.

---

[362] Véase Ezquiaga, Francisco, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Ciudad de México, 2006,
[363] Ídem, pág. 168.
[364] Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, ed. y vol. cit., pág. 150.
[365] Nino, C.S., op. cit., cfr. págs. 328-333.
[366] Ezquiaga, Francisco, op. cit., cfr. págs. 92-93.

Por otro lado, el artículo 224 del Código Civil establece en materia de cuidado personal, que ésta toca de consuno a los padres, consagrando el principio de corresponsabilidad parental.

La doctrina criticó fuertemente la inclusión del principio de corresponsabilidad en la modificación del artículo 224 del Código Civil motivado por el proyecto de reforma que hoy es conocido como la ley N° 20.680. Mauricio Tapia fue uno de los principales detractores de la modificación legislativa que en este punto pretendía realizar la reforma, fundó su razonamiento en que la inclusión de la noción de corresponsabilidad iría en desmedro de la responsabilidad extracontractual en tanto "introducirá incoherencia en la regulación, desde el momento que el mismo término jurídico (que hoy tiene un sentido univoco en la ley, en la doctrina y en la jurisprudencia) se utilizará para describir fenómenos totalmente distintos)."[367] Una vez aprobada la reforma, la doctrina ha vuelto a reiterar la aparición de una antinomia de carácter parcial-parcial, y que se ha propuesto su solución mediante el principio de especialidad, de modo que se sostiene que el nuevo artículo 224 del Código Civil ha derogado tácita y parcialmente lo dispuesto por el artículo 2230 del mismo Código en aquella parte que plantea la responsabilidad subsidiaria.

Así también se ha estimado procedente como solución la aplicación del criterio cronológico[368], cuya formulación se encuentra basada en la presunción de que la regla más reciente se encontrará en una situación de preferencia respecto de la anterior[369], de modo que deberá prevalecer la norma reformada sobre el precepto original del código incompatible, de lo anterior se colige la generación de una antinomia de segundo grado, toda vez que se concibe el conflicto entre una norma general-anterior y una norma especial-posterior. Sin embargo, recogiendo lo planteado por el Profesor Mauricio Tapia sobre el uso de los conceptos diferenciados, parece ser que la utilización del criterio cronológico podría llevar a estimar aplicable una regla por sobre otra siempre que el legislador, en términos subjetivos, haya tenido la intención de reemplazar la norma anterior completamente. Pero también podría darse el caso de que la intención del legislador haya sido que la nueva norma se incorporara de forma armónica al ordenamiento vigente, como un suplemento del mismo. No obstante, la decisión de cuál de las dos opciones en torno a la intención legislativa se aplicará en concreto corre el riesgo de depender de la discreción o bien de un recurso ajeno al texto de la ley, dado que no ha sido resuelto expresamente. Una interpretación conforme a la primera opción conlleva concluir, como se ha hecho, que efectivamente existe una antinomia en el ordenamiento, respecto de la cual se ha intentado resolver conforme a los criterios de solución ya señalados, pero también para su solución se ha recurrido a la infracción del principio de corresponsabilidad parental, consagrado en el artículo 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, conforme el cual los Estados partes se comprometerán a introducir en sus regulaciones internas la asignación a ambos progenitores de los mismos derechos y responsabilidades en todos los asuntos que conciernen a los hijos.

---

[367] Tapia, Mauricio, *Actualidad legislativa*. En *Revista chilena de derecho privado*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, N° 21, 2013.
[368] Acuña, Lilian, *La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por los hijos menores*, columna de opinión en *El Mercurio Legal*, 6 de julio de 2016.
[369] Ross, A., op. cit., cfr. pág. 167.

3.4. Problemas de concurrencias de normas en el derecho de contratos.

Al igual que en materia de responsabilidad extracontractual, es posible encontrar problemas lógicos de interpretación en la regulación que hace el Código Civil de diversos contratos. Tal es el caso del contrato de compraventa, regulado en los artículos 1793 y siguientes de dicho cuerpo legal, encontrando una variedad de aspectos problemáticos en su aplicación que es posible analizar a la luz de los criterios y estructura que se ha venido desarrollando en esta tesis.

En primer lugar, se advierte la aparición de una concurrencia de normas, específicamente una redundancia (recordemos una vez más, asumiendo el riesgo de ser reiterativo, que surge cuando "una norma establece un efecto jurídico que, en las mismas circunstancias fácticas está establecido por otra norma, lo que puede sugerir la búsqueda de un sentido distinto allí en donde en realidad no existe tal"[370], justamente esto sucedería en la interpretación de las normas contenidas en los artículos 1489, 1826 y 1873 del Código Civil. La primera norma, al regular como presupuesto fáctico la denominada condición resolutoria tácita, la cual es definida como "el hecho futuro e incierto consistente en el incumplimiento de alguna de las obligaciones generada por el contrato bilateral"[371], establece un particular efecto jurídico, esto es, el derecho de opción que tiene la parte diligente del contrato para demandar el cumplimiento forzado o la resolución del mismo, ambas opciones con indemnización de perjuicios (hay que tener presente, eso sí, la moderna tesis de la autonomía de la pretensión indemnizatoria). Por otro lado, las normas restantes, arts. 1826 y 1873, regulando el contrato de compraventa, establecen como supuesto de hecho el incumplimiento del vendedor y del comprador, respectivamente, respecto de los cuales se establece como efecto jurídico el derecho opcional del comprador y vendedor (en su caso) de exigir el precio (cumplimiento) o bien la resolución de la venta, en ambos casos con indemnización de perjuicios.

La doctrina no ha estudiado estas normas expresamente como un asunto de reiteración normativa, convirtiéndolo en un caso de redundancia no declarada. Sin embargo, ciertos autores, al argumentar a propósito de otros temas relacionados con estos artículos, han denotado una postura congruente con esta visión.

Así, por ejemplo, con ocasión del plazo de prescripción de la acción de resolución en el pacto comisorio se ha señalado "La acción para pedir la resolución que tiene el vendedor en virtud de lo dispuesto en los artículos 1489 y 1873 CC, prescribe, a falta de regla especial, en el plazo ordinario de prescripción extintiva [...]"[372], denotando un tratamiento indistinto al derecho opcional de cumplimiento forzado o resolución regulado por los artículos en comento. Otros, al reflexionar sobre la discusión producida por el

---

[370] Bacque, Jorge y Nino, C.S., *El tema de la interpretación de la ley en Alf Ross ejemplificado en dos fallos argentinos*. En *Lecciones y Ensayos*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.N° 36, 1967, pág. 320.

[371] Sentencia Rol N° 1817-2015, Excma Corte Suprema, Considerando 9°.

[372] Mejías, Claudia y Severin, Gonzalo, *La justificación funcional del pacto comisorio en la compraventa*. En Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Valdivia, vol. 30, N°2, 2017, pág. 95

reconocimiento en términos generales o específicos de la excepción del contrato no cumplido, han señalado:

"En cambio, en disposiciones especiales, como lo es en la compraventa ***el artículo 1826, del Código Civil, luego de reproducir el principio general contenido en el artículo 1489****, determina 'todo lo cual se entiende si el comprador ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro o ha estipulado pagar a plazo', con lo cual está concediendo al vendedor una excepción para negarse a cumplir la obligación de efectuar la tradición de la cosa vendida a través de un artículo que sería innecesario y redundante si existiese el principio general que en el articulado del Código Civil se echa de menos."*[373]

Más directamente, y a propósito de la naturaleza de la acción de indemnización de perjuicios como efecto o remedio autónomo ante el incumplimiento expresan:

"*En efecto, el inciso segundo del artículo 1826 otorga al comprador el derecho de perseverar en el contrato o desistir de él si el vendedor ha retardado la entrega de la cosa, derecho que también consagra el artículo 1873 a favor del vendedor, en el evento de que el comprador haya incurrido en mora de pagar el precio en lugar y tiempo debido. En ambos casos resulta aplicable la prevención hecha a propósito del artículo 1489, en el sentido de que el acreedor podría demandar autónomamente la indemnización, dado que* ***tales normas constituyen una repetición de dicho artículo a propósito de la compraventa.***"[374]

En fin, autores como Alessandri han reconocido que las acciones a que da lugar los artículos 1826 y 1873 del Código Civil son una reproducción de las establecidas por el artículo 1489 del mismo cuerpo legal[375]. El Profesor De la Maza es del mismo parecer, toda vez que estima que las normas en materia de compraventa se podrían considerar "como espejos" de lo regulado en términos más amplios por lo dispuesto en el artículo 1489.[376]

La jurisprudencia por su parte ha razonado en la misma línea, aunque evitando tratar la problemática en comento directamente, así la Corte Suprema reflexionando sobre el carácter autónomo o accesorio de la acción de indemnización contemplada en estos artículos expresa "Una vez establecido que efectivamente ha existido un incumplimiento del contrato, corresponde determinar si la actora ha podido ejercer la acción indemnizatoria, como lo ha hecho, prescindiendo de lo que disponen los artículos 1489 y 1826 del Código Civil, que parecen indicar que tal acción no es autónoma"[377],

En definitiva, estamos ante lo que puede estimarse como una redundancia que ha sido tolerada en la medida que las normas contenidas en los preceptos 1826 y 1873 constituyen una regulación especial, relativa al contrato de la compraventa, en relación con la contenida

---

[373] Vial, Victor, *Algunas reflexiones en torno a la excepción de contrato no cumplido*. En *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, Santiago, N°32, 2015, pág. 62.
[374] López, Patricia, *El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual*. En *Revista Chilena de Derecho Privado*, Universidad Diego Portales, N°19, 2012, pág. 28.
[375] Alessandri, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tomo I, vol. N° 2, pág. 779.
[376] De la Maza, Íñigo, *Contratos especiales*. En *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales, Santiago, N° 25, 2015, pág. 222.
[377] Sentencia Rol N° 3325-2012, Excma Corte Suprema, considerando N° 9.

en el artículo 1489 del Código Civil, considerada una institución de carácter general. Es decir, los normativa contractual sería una especificación[378] de la regulación contenida en el título IV del libro IV del Código Civil.

Encontramos un problema de interpretación similar en las normas que regulan la tradición y la compraventa, la reiteración normativa tiene lugar en la interpretación de los artículos 682 y 1819 respectivamente. Por un lado el primer precepto consagra que si el tradente no es el verdadero dueño al momento de la tradición no transferirá más derechos de los que tiene,pero si con posterioridad adquiere el dominio, se entenderá haberlo transferido desde el momento de la tradición, mientras que el artículo 1819, con ocasión de la compraventa, establece que si el vendedor adquiere el dominio después de entregada la cosa al comprador, se mirará al comprador como dueño desde la fecha de la tradición de la cosa vendida. Se advierte que ambos preceptos consagran un efecto retroactivo del dominio al momento de la tradición, una de las normas lo regula en términos generales, mientras que la otra lo establece en relación con el contrato de compraventa, sin embargo, ni la doctrina ni la jurisprudencia han advertido o declarado la redundancia, lo que es congruente con lo señalado con anterioridad, en orden a que las redundancias, a priori, no deberían representar un problema para la aplicación del derecho[379].

Un conflicto de similares características vuelve a producirse en la interpretación de los artículos 1550 y 1820 del Código Civil, que regulan los riesgos de la cosa cuya entrega se debe y los riesgos de la cosa en el contrato de compraventa, respectivamente. A saber, mientras el articulo 1550 consagra que por regla general será de cargo del acreedor el riesgo de la especie o cuerpo cierto debido, el artículo 1820 establece que en principio corresponderá al comprador asumir el riesgo de pérdida o deterioro de la especie objeto del contrato de compraventa. En este sentido, es posible identificar la regulación de un mismo supuesto de hecho, esto es, una especie o cuerpo cierto que es debido originado por un contrato, respecto del cual se atribuye un mismo efecto jurídico, en este caso, con carácter de norma general, la responsabilidad del acreedor o comprador sobre los riesgos de pérdida o deterioro de la cosa debida.

Los preceptos citados han sido habitualmente utilizados para efectos de fundamentar la denominada teoría de los riesgos, sin embargo, al igual que ocurre en la problemática anterior, la doctrina no ha reparado en analizar estas normas en términos tales que impliquen un conflicto de interpretación. Es más, aun cuando han sido abordadas conjuntamente y con exhaustividad[380], en materia de problemas de interpretación y análisis normativo solamente han recibido un tratamiento indirecto en este sentido[381], o bien sus reglas han sido tratadas indistintamente[382], lo que permite concluir que la doctrina la

---

[378] Guastini, R., *Interpretar y Argumentar*, cfr. pág. 130.
[379] Nino, C.S., op. cit., cfr. pág. 279.
[380] López Santa María, Jorge, *Los contratos. Parte General.*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3° ed., tomo II, 2001, cfr. págs 562-569.
[381] Vidal, Álvaro y Oviedo, Jorge, *Protección del comprador por defectos materiales de la cosa vendida desde la fragmentación a un régimen unitario*. En *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javierana, Bogotá, N°136, 2018, cfr. págs. 4-5.
[382] Mejías, Claudia, *El incumplimiento que faculta a resolver el contrato a la luz de las disposiciones del código civil*. En *Cuadernos de análisis jurídico*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2011, cfr. pág. 203.

identifica propiamente como una reiteración[383], siendo el caso más claro un comentario breve y sucinto al señalar "[...] una regla como el artículo 1550 CCCh., que no es más que una generalización de la enunciada en el artículo 1820 para el contrato de compraventa [...]"[384] para ulteriormente razonar respecto de otros ámbitos relacionados con la teoría de los riesgos. De modo que el caso en comento podría ser clasificado como de aquellas redundancias que no han sido declaradas, o que al menos, siendo declaradas y reconocidas como un problema lógico de interpretación, han sido toleradas transversalmente por la doctrina, es decir, no han sido problematizadas.

Un problema semejante vuelve a encontrarse en la relación que se origina entre los artículos 1857 y 1860. En este sentido, se advierte que el artículo 1857 del Código Civil, al referirse a la acción redhibitoria, producida por la existencia de vicios ocultos en la cosa como supuesto de hecho, establece como efecto jurídico de ésta un derecho alternativo facultativo del comprador, esto es, la rescisión o la rebaja del precio, esta última también conocida como acción *quanti minoris.* A su vez, el artículo 1860 precisamente al referirse a los vicios ocultos vuelve a consagrar como efecto jurídico propio de éstos, con carácter facultativo, el derecho para exigir la rescisión o ejercer la acción *quanti minoris*, configurando, por lo tanto, lo que podría sindicarse como un caso de redundancia. Sin embargo, no es esa la discusión doctrinaria que se ha producido en su respecto, lo cual permite concluir que la posible redundancia es aceptada, en silencio de su declaración y en un empleo indistinto o conjunto de los preceptos implicados para establecer el derecho alternativo mencionado, inclusive por parte de la jurisprudencia[385].

En efecto, la doctrina ha discutido principalmente la interpretación de las normas en comento, toda vez que de su aplicación se seguiría no un caso de redundancia, sino que una antinomia. A saber, la doctrina mayoritaria ha interpretado que la expresión "rescisión", empleada por ambos preceptos, dan cuenta de la naturaleza resolutoria de la acción redhibitoria[386] y no, como podría estimarse conforme al uso expreso del vocablo, de una naturaleza rescisoria o anulatoria de los vicios redhibitorios, y por ende, anulable vía acción de nulidad relativa.

Una consecuencia directa de este planteamiento aparece en materia de prescripción, toda vez que, de considerar su naturaleza rescisoria, procedería demandar de nulidad relativa, haciendo aplicable el plazo de 4 años que se contará de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1691 del Código Civil. Mientras que, si se estimara una naturaleza resolutoria, se podría demandar en base a los vicios redhibitorios, cuya prescripción ha sido regulada expresamente por el artículo 1866, estableciendo un plazo de 6 meses para los bienes muebles o 1 año para los inmuebles.

Los argumentos utilizados por esta doctrina para sostener la naturaleza resolutoria de la acción redhibitoria son, entre otros, el uso del argumento histórico, toda vez que señalan que originalmente en el artículo 2041 del Proyecto de Código Civil de 1853 se había empleado la voz "resolución" y que posteriormente fue reemplazada, erróneamente, por la

---

[383] Ross, A., op. cit., cfr. pág. 168.
[384] Alcalde, Jaime, *El "commodum reprasentationis" del artículo 1677 del Código Civil de Chile*. En *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, N° 31, 2008, pág. 110.
[385] Sentencia Rol N° 15.426-2016, Excma Corte Suprema. Considerando 12°.
[386] Alessandri, Arturo, *De la compraventa y de la promesa de venta*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, cfr. pág. 218.

expresión "rescisión" en el Código Civil definitivo, lo que sería contrario a lo dispuesto por el artículo 1641-2 *Code* el cual emplea la voz "resolución" y de cuya fuente bebió nuestro Código Civil. A su vez, también se ha señalado que en realidad el legislador ha incurrido en un error en la calificación de las acciones resolutorias estimándolas como rescisorias en más de alguna oportunidad, como ocurriría en el artículo 1590 en relación con el artículo 2271, toda vez que en ambos preceptos se ha facultado al acreedor para solicitar la "rescisión" del contrato en caso de incumplimiento, circunstancia esta última que origina una acción resolutoria. El empleo de estos argumentos daría cuenta que esta doctrina se alejaría de la concepción del legislador racional, en la medida en que toma distancia de la presuposición dogmática de que el derecho legislado es coherente o que el lenguaje de la ley es preciso, admitiendo por tanto la posibilidad de inconsistencias en su generación. De modo que la doctrina mayoritaria, una vez identifica la posible antinomia, emplea precisamente argumentos tendentes a provocarla para posteriormente buscar su solución mediante los diversos criterios de solución de antinomias.

La jurisprudencia por su parte, adhiriendo a dicha postura, ha empleado el argumento lógico y sistemático, pronunciándose directamente sobre la naturaleza de la acción redhibitoria, señalando que "una interpretación armónica e integral de tales disposiciones lleva a entender que la acción resolutoria es propiamente redhibitoria."[387], haciendo alusión al empleo de las normas contenidas en los artículos 1857, 1859, 1860, 1861, 1862, 1865, 1867, 1868, 1869 y 1870 del Código Civil. En este sentido, aparece claro sostener que la inconsistencia entre la norma contenida en el artículo 1857 respecto de la establecida en el artículo 1691 sería solucionable con la aplicación del criterio de especialidad, como han expresado algunos al referirse al conflicto[388], que han desarrollado las posturas contrapuestas en la doctrina. En este sentido, el uso del principio de especialidad a través de los argumentos mencionados daría cuenta de la remisión que se haría al artículo 13 del Código Civil, norma que establece positivamente el principio de especialidad.

Por otro lado, un sector más reciente de la doctrina ha estudiado la posibilidad[389] que la acción redhibitoria tenga un carácter rescisorio, en cuyo caso la antinomia "desaparece y resulta posible afirmar que el comprador podría optar entre ejercer esa acción rescisoria o la acción resolutoria propia del régimen general del incumplimiento."[390], centrándose en evitar la antinomia, y a través de este método, ser más acorde a los postulados del legislador racional, en la medida en que supone que la regulación es coherente, y que la solución no obstante no estar establecida con claridad, si se encontraría contenida o resuelta implícitamente en el ordenamiento jurídico[391], en el caso concreto, en lo establecido por la norma del artículo 1489 del código civil.

---

[387] Sentencia Rol N° 8.115-2008. Exma Corte Suprema. Considerando 11°.
[388] López, Patricia. *La naturaleza jurídica de la acción redhibitoria en el código civil chileno: ¿nulidad relativa, resolución por incumplimiento o rescisión propiamente tal?*. En *Revista chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, vol. 44, N°44, 2017, cfr. pág. 425.
[389] De la Maza, Íñigo, *La tutela del comprador frente a la ausencia de calidades presupuestas en la cosa*. En *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, N°43, 2014, cfr. pág. 141.
[390] Baraona, Jorge, *La acción redhibitoria como acción de nulidad*, en *Estudios de Derecho Civil*, LegalPublishing, Santiago, 2008, pág. 665.
[391] Nino, C.S., op. cit., cfr. pág.331.

En materia de compraventa, nuevamente surge una redundancia como problema lógico de interpretación. Concretamente en lo dispuesto por los artículos 1823 y 1996 del Código Civil, el primero de los cuales regula la denominada compraventa al gusto, en virtud de la cual el riesgo de la pérdida o el deterioro de la cosa vendida a prueba pertenece al vendedor mientras el comprador no haya expresado su conformidad, por su parte el artículo 1996 al regular el contrato de arrendamiento de una obra material, establece en sus incisos 1° y 2°, que el peligro de la cosa no pertenece a quien ordena la obra sino desde su aprobación. De la lectura conjunta de ambos preceptos sería posible advertir la formación de una redundancia, toda vez que se enmarca dentro de un mismo supuesto de hecho, el contrato se reputará perfecto desde el momento de la aprobación del comprador, y a su vez un mismo efecto jurídico, en tanto no haya manifestación de voluntad del comprador, el riesgo de la cosa pertenece al vendedor.

Al respecto, ni la doctrina ni la jurisprudencia han reparado especialmente en el estudio de un problema interpretativo en estos preceptos, no obstante, es posible inferir del tratamiento que Alessandri hace de lo dispuesto por el artículo 1996, al estimar que se trataría de una promesa unilateral de vender, que posteriormente se convertirá en venta si la aprueba el comprador, equiparando el precepto a lo dispuesto por la norma del artículo 1823, así lo ha entendido cierta doctrina al interpretar a Alessandri en este punto señalando que dicho autor comprende que "las normas en cuestión son de aplicación general, independientes de la calificación típica del contrato."[392] La jurisprudencia, contrario a lo planteado por Alessandri, ha rechazado considerar aplicable por analogía las normas del arrendamiento en materia de compraventa, señalando que siendo calificable un contrato de confección de obra material como compraventa en el caso en que el artífice haya suministrado la materia, ello excluiría la aplicación de lo contenido en el párrafo 8 del título XXVI del libro IV del Código Civil, entre las que se encuentra, precisamente, el artículo 1996, toda vez que estas normas están establecidas específicamente para la regulación del arrendamiento.[393]

En materia hipotecaria también surgen problemas interpretativos, en particular en lo que concierne a la extensión que debería tener la hipoteca en aquellos casos en que se produce la adjudicación de bienes hipotecados al comunero hipotecante. Al respecto, existe discusión doctrinal toda vez que un sector considera aplicable el artículo 2421 del Código Civil, en cuyo caso la extensión de la hipoteca afectaría al total de inmueble adjudicado. Mientras que otro sector estima aplicable lo dispuesto en el artículo 2416 del mismo Código, en virtud del cual la hipoteca solo afectaría a la cuota que tenía el comunero al momento de hipotecar.

Más concretamente, el artículo 2421 dispone que la extensión de la hipoteca comprende tanto a los aumentos como a las mejoras de la cosa hipotecada. Por su parte, el artículo 2416 consagra que quien solo tenga sobre la cosa hipotecada un derecho limitado, no se entenderá hipotecar la cosa sino con esas limitaciones, aunque así no se exprese. La discusión surge entorno a la hipótesis del comunero hipotecante al que se le adjudica el

---

[392] San Martín, Lilian, *Contrato para la confección de una obra material. Naturaleza jurídica y otros problemas dogmáticos*. En *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, vol. 23, N°2, 2016, pág. 161.

[393] Sentencia Rol N° 4619-2007, Excma Corte Suprema. Considerandos N 6° y 7°.

bien hipotecado ¿Afectará la hipoteca a todo el bien inmueble o solo la cuota que precisamente tenía el comunero al momento de hipotecar?

Alguna doctrina ha expresado, fundándose en el artículo 2421, que la hipoteca afectaría al total del inmueble, fundamentan esta postura apoyándose en el artículo 2417, el cual expresa que la hipoteca se afectará a los bienes adjudicados por el comunero, concluyendo que la hipoteca abarcaría el total del inmueble. A continuación, se argumenta que "Si el pensamiento del legislador hubiera sido que la hipoteca afectara a la cuota en los inmuebles, otra habría sido la redacción del artículo; habría dicho, por ejemplo: '... pero verificada la división la hipoteca afectará solamente *su parte en* los bienes que en razón de dicha cuota se adjudiquen."[394] La posición doctrinal que argumenta la solución en este sentido se enmarca en una visión que se sustenta principalmente en los postulados del legislador racional, en la medida en que, como lo señalara Bentham, se apoya en la idea de que los textos legales contienen en su interior una voluntad, sin embargo, como ocurre en el caso concreto de la hipoteca, la letra de la ley aparece como insuficiente y se elabora, con el objeto de evitar la discrecionalidad judicial, un argumento que no hace sino desplazar la racionalidad desde el texto a la hipótesis del legislador racional[395], denotando la idea de que el ordenamiento jurídico necesariamente debe estar estructurado de una manera armónica[396].

Otros, por el contrario, estiman que la hipoteca solo se radicaría en aquella parte o cuota que le correspondía al comunero originariamente, visión que ha sido conforme con lo expresado en su oportunidad por Laurent[397]. La razón de aquello, según esta doctrina, es que se debe privilegiar a la intención que han tenido las partes al contratar, dado que es evidente que el comunero que ha hipotecado su cuota "no ha querido sino gravar esa parte; de otro modo el acreedor se beneficiaría con perjuicio del constituyente, por el solo ministerio de la ley."[398] Así, contrario a los presupuestos de la otra postura, esta doctrina parece erigir en su argumentación, postulados basados en la interpretación de los contratos, toda vez que asigna un rol determinante a la voluntad de las partes, y a su vez se aprecia el presupuesto de que el sistema normativo es contrario a la posibilidad del beneficio de una parte en perjuicio de otra, más concretamente, se estaría considerando el principio del repudio al enriquecimiento sin causa como un argumento justificador de esta interpretación.

Lo cierto es que de la discusión doctrinaria esbozada es posible establecer la aparición de una antinomia parcial-parcial, en la medida en que las dos normas en cuestión se superponen parcialmente, significando entonces que "las normas presentan ámbitos de validez coincidente donde se produce el conflicto, pero ambas presentan también un ámbito

---

[394] Somarriva, Manuel, *Indivisión y partición*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 5° ed. actualizada, 2002, págs.149-150.

[395] Calvo García, Manuel, *La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica*. En *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Alicante, vol. 3, 1986, cfr. pág. 124.

[396] Pérez, Diego, *Voluntad de la ley o del legislador: una elusión a la responsabilidad en la decisión jurídica*. En *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Coquimbo, vol. 27, 2020, cfr. pág. 5.

[397] Laurent. p. 425.

[398] Alessandri, Fernando, *La hipoteca en la legislación chilena*. Memoria para optar al grado de Licenciado en CJyS, Universidad de Chile, Santiago, 1919, pág. 39.

de validez suplementario donde no aparece antinomia alguna."[399] Existiendo, por tanto, casos en los cuales el conflicto lógico no se produzca, mientras que en otros, en particular el supuesto de hecho en comento, donde se produce y respecto del cual se generan soluciones incompatibles.

Otro problema de interpretación posible en materia contractual aparece de manifiesto en aquella hipótesis en que el acreedor hipotecario se encuentra con la constitución de un tercer poseedor de la finca hipotecada, en cuyo caso dicho acreedor tendrá a su haber la acción de desposeimiento, la cual una vez ejercida y notificada, generará en el tercer poseedor una serie de opciones, entre los que se cuenta la posibilidad de pagar la deuda.

Este caso se encuentra regulado por el artículo 2429 del Código Civil, según el cual, si el tercer poseedor opta por pagar la deuda, se subrogará en los derechos del acreedor hipotecario en los mismos términos que el fiador. Sin embargo, también es posible aplicar a dicha hipótesis lo dispuesto por el artículo 1610 del Código Civil, toda vez que este precepto consagra causales de subrogación legal, en particular la establecida en el numeral 2, que establece que se subrogará por el ministerio de la ley quien, habiendo comprado inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado.

En consecuencia, aparece de manifiesta la conformación de un caso de redundancia, en tanto ambos preceptos tienen el mismo ámbito de aplicación (pago del tercer poseedor de una finca hipotecada) generando soluciones idénticas: la subrogación legal. En este punto, nuevamente la doctrina no ha elaborado argumentos tendentes a evitar o provocar la redundancia, aunque sí han generado explicaciones con el objeto de justificar su tratamiento diferenciado[400], atendiendo principalmente a un argumento histórico, puesto que antes del *Códe Civil*, en el derecho romano no existía la subrogación legal para el deudor solidario, pero sí la había expresamente para el tercer poseedor de la finca hipotecada, de modo que nuestro codificador estimó que de omitirla, habría inducido a pensar que querría suprimirla. Este razonamiento da cuenta que la doctrina identifica plenamente un caso de redundancia, mas nuevamente son escasos los planteamientos tendentes a desarrollar la hipótesis como un caso de problema lógico de interpretación, siendo armónico con lo expresado por Ross, puesto que el argumento toma en cuenta "la posibilidad de que por razones históricas se deseó poner de relieve un punto de vista en particular"[401].

En cuanto al contrato de fianza, la doctrina ha advertido una inconsistencia entre las normas contenidas en los preceptos 2362 y 2372 del Código Civil. En efecto, mientras el artículo 2362 establece que, en el caso de existir varios codeudores solidarios, si se demanda al fiador de uno de ellos, éste último tendrá derecho para que sean excutidos los bienes tanto del deudor a quien afianza como también a los restantes codeudores. Por otro lado, el artículo 2372 del Código Civil consagra que el fiador tendrá acción de reembolso contra todos los codeudores solidarios, si ha afianzado a todos, y solo contra uno si ha sido uno el codeudor afianzado.

---

[399] Prieto Sanchís, L., op. cit., pág.133.
[400] Claro Solar, L., *Explicaciones de Derecho Civil y comparado*, Nascimento, Santiago, Tomo XII, 1939, cfr. pág. 244.
[401] Ross, A., op. cit., pág.168.

De las disposiciones expuestas, la doctrina ha tildado de inconsecuente la regulación que uno y otra norma hacen respecto de los beneficios del fiador, criticando la "disparidad de criterios para resolver dos casos que debían tener una misma solución"[402], llegando a sostener que existe una notoria antinomia entre estos artículos[403], toda vez que mientras en un precepto se estima al fiador de uno de los deudores como fiador de todos los demás, en el otro precepto solo se otorga la mencionada acción al fiador contra el deudor con el que expresamente constituyó fianza.

Sin embargo, a pesar de las criticas doctrinarias, no se han elaborado argumentos que tiendan a solucionar la contradicción normativa, de modo que, si bien podría estimarse como una antinomia declarada, difícilmente ha tenido la atención necesaria para esbozar razonamientos que persigan evitar o provocar su aparición. No obstante lo anterior, es posible establecer que la doctrina identificaría a esta antinomia como una de carácter parcial-parcial, toda vez que los ámbitos de aplicación de una y otra norma se superponen en un determinado caso, dicho de otro modo, "cuando cada una de las dos normas tiene un campo de aplicación en la cual entra en conflicto con la otra, pero tiene también un campo de aplicación en el cual no se producen conflictos"[404].

Nuevamente, a propósito del contrato de fianza, se colige una hipótesis de conjunción de normas potencialmente problemática, así ocurriría por ejemplo con el 2365 del Código Civil, que regula la exclusión o disminución de la responsabilidad del fiador cuando el acreedor es negligente, una vez se haya opuesto el beneficio de excusión, en perseguir los bienes del deudor cayendo este en insolvencia.

En atención a la norma aludida surge la interrogante que busca resolver a quién le corresponde probar la negligencia y/o diligencia del acreedor en la situación previamente descrita. Un sector de la doctrina estima aplicable el artículo 1698 del Código Civil, del cual se extrae la idea de que correspondería al deudor probar la negligencia del acreedor, toda vez que precisamente es él quien tiene interés en que se extinga su obligación. Sin embargo, otro sector de la doctrina estima que podría aplicarse perfectamente el artículo 1547 del Código Civil, según el cual la prueba de la diligencia corresponderá a quien ha debido emplearla, y por lo tanto, es el acreedor quien debiera probar su actuar diligente en la persecución de los bienes del deudor para evitar la sanción del artículo 2365[405], norma que guardaría correspondencia con la idea de que la conducta esperable del acreedor es un actuar diligente so pena de la posibilidad de pérdida del crédito del que es dueño por una eventual insolvencia del deudor.[406]

La discusión doctrinaria origina la aparición de una antinomia parcial-parcial, en tanto el ámbito de aplicación de la norma 1698 es susceptible de aplicarse, entre otras materias, en el contrato fianza, mientras que el artículo 1547, al ser regulada en términos igualmente generales que la norma anterior, también su ámbito de aplicación es susceptible de normar

---

[402] Somarriva, M., *Tratado de las cauciones*, Nascimento, Santiago, 1943, pág.153.
[403] Meza Barros, Manual de Derecho Civil, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo II, 10° ed actualizada, 2006, cfr. pág. 90.
[404] Ross, A., op. cit., págs.164-165.
[405] Somarriva, M., *Tratado de las cauciones*. Nascimento, Santiago, 1943, cfr. pág. 153.
[406] Goldenberg, Juan Luis. *¿Existe un deber del deudor de conocer e informar su situación de insolvencia al tiempo de contratar?*. En *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Vol 32, N°2, 2019, cfr. págs. 117-118

la regulación del contrato de fianza, generando un conflicto normativo que puede graficarse con dos círculos de intersección.[407]

Continuando con el contrato de fianza, en materia de beneficio de división aparece lo que podría estimarse como una incompatibilidad de preceptos. Así se percibe de la lectura del artículo 2367 inciso 2°, que consagra una excepción en la regulación del beneficio de división, en tanto establece que, existiendo cofiadores de una obligación, si uno de ellos fuere insolvente, su insolvencia gravará a los demás.

Cierta doctrina, representada por Meza Barros, estima que esta disposición otorga una solución contradictoria, toda vez que la obligación existente entre cofiadores es simplemente conjunta, de modo que solo deberían responder por el monto al que efectivamente se han obligado, como ocurre a propósito de la insolvencia de los herederos y los legatarios en los artículos 1355 y 1363 del Código Civil, respectivamente[408]. Ramos Pazos, al explicar las obligaciones simplemente conjuntas, estima que por regla general la división se deberá hacer por partes iguales, a menos que la ley establezca otra forma de proporcionalidad, mencionando como ejemplo el artículo 2367.[409] Si bien este último autor no problematizó la aplicación de la norma contenida en el artículo 2367, sí da cuenta de la utilización del principio de especialidad para justamente evitar la generación de la antinomia.

Así, como ha ocurrido a lo largo de diversos casos que involucran problemas lógicos de interpretación, la doctrina ha desarrollado escasamente argumentos tendentes a discutir su solución o incluso la existencia misma de, en este caso, la antinomia, dejando muchas veces casos carentes o vacíos de razonamiento en este sentido. En consecuencia, a la luz de la exposición de Ramos Pazos se podría concluir que, como es habitual, existe una adherencia a los postulados del legislador racional, en la medida en que los análisis y exposiciones de los conceptos, instituciones y normas jurídicas se inician con el presupuesto de que el ordenamiento jurídico es un todo coherente gracias a la omnisciencia del legislador.[410]

En materia de prescripción relacionada con el contrato de fianza, existe un aspecto en el que ha resultado problemático determinar la aplicación de las normas del Código Civil. Se produce una discusión a propósito de la interrupción de la prescripción de la obligación del fiador y la prescripción de deudor principal.

Alguna doctrina estima que la obligación del fiador puede perfectamente prescribir de manera independiente a la prescripción de la obligación principal, de modo que la interrupción corre la misma suerte, sustenta su opinión en lo dispuesto por el artículo 2381, según el cual la fianza se extingue por los mismos medios que las otras obligaciones según las reglas generales, dentro de las cuales se encuentra la prescripción como modo de

---

[407] Henríquez, Miriam, *Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno*. En *Estudios Constitucionales,* Universidad de Talca, vol. 11, N°1, 2013, cfr. pág. 462.

[408] Meza Barros, R., *Manual de Derecho Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo II, 10° ed actualizada, 2006, cfr. pág.93.

[409] Ramos Pazos, René, *De las obligaciones*. LegalPublishing, Santiago, 3° edición actualizada y corregida, 2008, cfr. pág.78.

[410] Cita al legislador racional.

extinguir las obligaciones[411]. Al respecto, se argumenta que el Código Civil guardó silencio en este punto, a diferencia del código civil francés, que resuelve expresamente el problema, de modo que a falta de una solución expresa en nuestro ordenamiento se debería resolver conforme a los principios generales. A su vez, también se ha señalado que los efectos de la interrupción son relativos, considerando que la obligación del deudor y del fiador son distintas.

Sin embargo, otro sector de la doctrina considera que la fianza no prescribe de manera independiente a la obligación principal, sino que en conjunto con ésta, haciendo aplicable el artículo 2516, el cual dispone que la acción hipotecaria y las demás que se originan de una obligación accesoria [como la fianza], prescriben junto con la obligación a la que acceden. [412], lo que equivaldría decir que mientras subsiste la obligación principal, también subsistirá la accesoria, en este caso, la fianza. A continuación, se ha señalado que el argumento que remite al artículo 2318 del Código Civil establece expresamente que, si bien la fianza se extingue por los mismos medios de las otras obligaciones, continúa con la expresión "según las reglas generales", las cuales, en materia de fianza, y en particular en materia de prescripción, está precisamente contenida en el artículo 2516 conforme a la cual la única manera de extinguir la fianza será por medio de la prescripción de obligación principal.

Los argumentos expresados en esta discusión dan cuenta, indistintamente, de que ambas posiciones sustentan sus premisas bajo la lógica del legislador racional. Así ocurre, por ejemplo, con aquella postura que plantea la prescripción conjunta al hacer mención al legislador racional.[413]

Por último, un caso que sí ha sido tratado profusamente por la doctrina e incluso por la jurisprudencia, es el que dice relación con la naturaleza jurídica de la cesión de créditos, regulada por los artículos 1901 y siguientes del Código Civil.

En la actualidad la discusión ha sido superada estimándose, de forma unánime, que la cesión de créditos no es un contrato, sino que corresponde a la forma de hacer la tradición de los derechos personales. La doctrina contraria, en ese entonces, planteaba que la cesión de derechos personales era un contrato, equiparable a la compraventa.

La doctrina mayoritaria ha desechado la idea de que la tradición de los derechos personales sea un contrato, basado en los siguientes argumentos, en primer lugar, se ha indicado que el artículo 1810 regula la compraventa de cosas corporales e incorporales, dentro de los cuales se encuentran los derechos, siempre y cuando su enajenación no esté prohibida por la ley. De modo que los artículos 1901 y siguientes no regulan la compraventa de los derechos porque de lo contrario nos encontraríamos con una redundancia, toda vez que ambos preceptos regularían un mismo supuesto de hecho. A su vez, se ha interpretado que el artículo 1901 del Código Civil hace una distinción entre el acto de la cesión y el título en virtud del cual se realiza esta, distinguiendo por tanto la tradición y el antecedente jurídico que permite realizarla. En este sentido, se señala que el título puede ser gratuito u oneroso, permitiéndose el caso que el acto de cesión tenga como antecedente una donación y no

---

[411] Meza Barros, *De la interrupción de la prescripción extintiva civil*, Memoria de Prueba, Santiago, Nºs. 184 y 188, 1936, págs.. 83-84.
[412] Somarriva. *Tratado de las cauciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, págs. 165-166.
[413] Véase Nino, C.S., op. cit..

necesariamente una compraventa. Otra razón radica en advertir que, si la cesión de créditos fuese una venta, ésta tendría que ser un contrato real toda vez que el artículo 1901 exige la entrega del título, lo que sería contrario a todos los preceptos que regulan la compraventa. Por último, se argumenta que el artículo 699 del Código Civil, que regula la tradición de derechos personales, prescribe que ésta se realizará por la entrega del título hecha por el cedente al cesionario, y que por lo tanto el artículo 1901 y siguientes no hacen sino reglamentar lo dispuesto por el artículo 699.

La jurisprudencia, adhiriendo a la doctrina mayoritaria, así la Corte Suprema en una vieja sentencia del 28 de agosto de 1918 expresaba que "Los artículos y 1901 del código Civil disponen sustancialmente lo mismo, aunque el primero es más genérico."[414] Esta aseveración da cuenta que la Corte Suprema ha identificado un caso de redundancia, y consecuentemente ha deslizado la idea de que su solución, en caso de un eventual conflicto, seria mediante el empleo del criterio de la *lex especialis*, lo que denotaría que esta regla puede ser empleada tanto para la solución de las antinomias como para evitar la aplicación conjunta de normas especiales y normas generales compatibles.[415]

4.5. Problemas de concurrencias de normas en el derecho de las obligaciones.

Una situación particular se produce con ocasión de la interpretación de las normas que regulan el efecto de las obligaciones naturales, en específico, aquella establecida en el artículo 1470 inciso final del Código Civil, toda vez que señala que este tipo de obligaciones no dan derecho a exigir la restitución del pago cuando éste se haya efectuado 'voluntariamente' por quien tenía la libre administración de sus bienes. El término 'voluntariamente' ha sido comprendido de manera diversa por la doctrina, denotando una potencial ambigüedad[416] de significados en su interpretación, lo que origina un problema semántico de interpretación[417], en virtud del cual una de las posibles interpretaciones de la expresión es susceptible de provocar la generación de una inconsistencia o antinomia.

Precisamente el significado del término, que entraña como consecuencia un problema de lógico de interpretación, nace de aquella doctrina que entiende que quien paga voluntariamente, lo hace con *conocimiento* de estar solucionando una obligación natural[418], es decir, *a sabiendas* que el acreedor carece de acción para exigirle el cumplimiento de la obligación[419]. A continuación y con el objeto de fundamentarlo, quienes sustentan esta interpretación del término 'voluntariamente', consideran que existe una semejanza entre lo dispuesto por el artículo 1470 y 1695 del Código Civil, que regula la ratificación tácita, toda vez que de acuerdo a este precepto, quien ratifica "lo hace con la conciencia de que la

---

[414] *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pág.11

[415] Zorzetto, Silvia, *La redundancia lingüística y las normas especiales. Algunos usos del principio lex specialis*. En *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Alicante, N° 36, 2013, cfr. pág. 399.

[416] Carrió, Genaro., *Notas Sobre derecho y Lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pág.136.

[417] Ross, A., op. cit., pág.130.

[418] Ramos Pazos, René, *De las Obligaciones*, Lexis Nexis, Santiago, 2004, pág. 40.

[419] Fueyo, Fernando, *Derecho Civil de las Obligaciones*, Imp. Y Lito. Universo, Santiago, tomo IV, 1958, pág.60

obligación es anulable y, no obstante eso, cumple."[420]. En este sentido, la similitud descrita se presentaría como un recurso al argumento a *cohaerencia*, utilizado para atribuir directamente el significado del término oscuro de manera que lo haga lo más coherente posible con todo el ordenamiento en su conjunto[421], en la medida en que se estima que ambos preceptos, al utilizar la voz "voluntaria" y "voluntariamente", se emplean como sinónimos de la expresión "con conocimiento" o "con conciencia". En el mismo orden de ideas, y utilizando el argumento sistemático, se señala que el artículo 2296 del Código Civil es armónico con esta interpretación, dado que permite retener lo pagado *para* cumplir una obligación natural, es decir, con el objetivo o la conciencia de estar cumpliendo una obligación de este tipo.[422]

Contraria a la postura anterior, otra doctrina ha estimado que la expresión "voluntariamente" del 1472 no debe entenderse equivalente a "con conocimiento", puesto que de otro modo incurriría en una incompatibilidad con el artículo 2297, en la medida en que este precepto consagra que no habrá repetición de lo pagado, cuando el pago incide en una obligación natural, ni siquiera existiendo error de derecho, prescindiendo por tanto del requisito de que el pago sea o no voluntario[423]. Dicho de otro modo, si se considerara la doctrina que reinterpreta el término "voluntariamente" como equivalente a "con conocimiento", se concluiría que el contenido del artículo 1470, a contrario sensu, permitiría el derecho a repetir cuando el pago de una obligación natural se realiza sin conocimiento de estar extinguiendo una obligación de esta naturaleza. Sin embargo, lo dispuesto por el articulo 2297 lleva a concluir lo contrario, ya que impide el derecho a repetir, aun alegando error de derecho, cuando el pago haya extinguido una obligación natural, es decir, en la creencia equivocada de que el acreedor tenía derecho a demandar el cumplimiento[424], no sería posible exigir la repetición de lo pagado. Como ejemplifica el Profesor Peñailillo[425], puede ocurrir que un sujeto paga a otro una deuda prescrita, realiza el pago creyendo que la prescripción no elimina la acción, y por ende, incurre en error de derecho, de modo que habría pagado sin la conciencia, sin conocimiento de que pagaba una obligación natural. De seguirse lo dispuesto por el artículo 1470, se concluye que procede el derecho a repetir, de atenerse a lo consagrado por el artículo 2297, no hay derecho a repetir.

De lo expresado anteriormente se colige que, de seguirse la primera interpretación, se presentaría una antinomia parcial-parcial, que es aquella que se produce cuando cada una de las normas tiene un campo de aplicación en el cual entra en contacto recíproco, pero existe un campo de aplicación adicional en la cual no se produce incompatibilidad alguna[426]. Aquello se expresa considerando que el ámbito de aplicación del artículo 1470 comprende tanto la procedencia – o no – del derecho a repetir, pero también conceptualiza a las obligaciones civiles y naturales, y a su vez enumera a estas últimas. Por su parte, el artículo

---

[420] Peñaillilo, Daniel, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pág. 171.
[421] Ezquiaga, F., op. cit., pág. 91.
[422]Claro Solar, L., *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tomo V, ed. facsimilar, 1979, pág. 60.
[423] Ibídem.
[424] Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo II. 10ma ed., 1997, cfr. pág.335.
[425]Peñailillo, Daniel, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, ed. cit., cfr. pág. 172.
[426] Ross, A., op. cit., cfr. pág.165.

2297 impide el derecho a repetir, tanto respecto de las obligaciones naturales como respecto de cualquier obligación, concibiendo un campo de aplicación más amplio.

Similar problema interpretativo se produce en el análisis de los artículos 1483 y 1484 del Código Civil, que regulan el modo de cumplir las condiciones. En efecto, se ha interpretado que la aplicación de ambos preceptos es contradictoria, toda vez que la norma del 1483 consagra que las condiciones deberán ser cumplidas de conformidad a lo que han establecido la intención de las partes, mientras el artículo 1484 establece, que las condiciones deben cumplirse de acuerdo al tenor literal de lo que se ha convenido.

De manera que la interpretación según la cual se entienda cumplido o no un contrato sujeto a condición se encontraría supeditado al criterio de interpretación que se utilice, así, usando una interpretación literal del contrato, conforme a lo dispuesto por el artículo 1484, llevaría a descartar el cumplimiento de la condición en consideración a una variable diversa de la expresamente establecida, toda vez que conduciría a problemas de sobre-interpretación[427], o dicho de otro modo, a una interpretación extensiva, que debe ser rechazada. Por otro lado, si se aplicara lo dispuesto por el artículo 1483 llevaría a entender cumplida la condición recurriendo a elementos distintos de interpretación, y no únicamente, a la literalidad del contrato.

Se concluye, por tanto, que a la luz de la interpretación que se ha hecho de los preceptos citados, la norma del artículo 1484 contiene una regla que rechaza la idea de que pudiera cumplirse la condición de un modo equivalente, *per aequipollens*[428]. Mientras que conforme al segundo precepto, se contemplaría la posibilidad de cumplir por equivalencia, toda vez que no bastaría con estarse a la letra de lo estipulado, sino que es posible atenerse la intención presunta de las partes, siempre que ésta última coincida con "un modo más racional de cumplirla"[429]. La exposición de los argumentos de esta doctrina da cuenta de la producción de una antinomia total-total, en la que se produce una superposición absoluta en tanto vinculan consecuencias incompatibles en la misma clase de supuestos de hecho[430], en la medida que se erigen como criterios o parámetros de cumplimiento de las obligaciones condicionales, sin contemplar excepciones ni casos adicionales.

Sin embargo, otro sector de la doctrina rechaza la última interpretación, estimando que la aplicación de las normas es aparentemente contradictoria[431] y por ende, construye argumentos tendentes a evitar la producción de la inconsistencia. Señalan los autores, en uso del argumento histórico, el cual busca justificar una interpretación atribuyéndole significado de acuerdo a la forma en que los distintos legisladores han regulado la institución o concepto jurídico a lo largo del tiempo[432], que la elaboración de estos preceptos tiene su

---

[427] Coloma, Rodrigo, *Interpretación de contratos; entre literalidad e intención*. En *Revista chilena de derecho privado*, Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales, Santiago, N° 26, 2016, cfr. pág. 33

[428] Claro Solar, L., *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 108, vol. 5, Tomo X, cfr. pág.108.

[429] Corral, Hernán, comentario en artículo de su blog personal titulado *Bob Dylan y el cumplimiento de la condición*, https://corraltalciani.wordpress.com/2017/06/11/bob-dylan-y-el-cumplimiento-de-la-condicion/, fecha de última consulta: 15 de enero de 2021.

[430] Guastini, R., *Interpretar y Argumentar*, cfr. pág.120.

[431] Peñailillo, D., *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, ed. cit., cfr. pág 374.

[432] Ezquiaga, F., op. cit., cfr. pág. 96.

origen en el artículo 1273 del Proyecto de Código Civil de 1853, respecto del cual Andrés Bello se basó en la doctrina establecida por Pothier[433], el cual "establecía la regla de que las condiciones deben cumplirse literalmente en la forma específica designada; pero admitía que pudieran cumplirse de un modo equivalente si verosímilmente tal era el ánimo del disponente, como debía ocurrir si era indiferente la forma específica o equivalente."[434] A continuación, utilizando el argumento sistemático, se estima que lo dispuesto por el artículo 1843 constituye una aplicación o derivación específica de lo dispuesto por el artículo 1560 del Código Civil, que consagra el principio general de que debe estarse a la intención de los contratantes más que a lo literal de las palabras. Como consecuencia de lo anterior, y sirviéndose de lo que parece ser el criterio *lex especialis*, se estima que deberá aplicarse, en primer lugar, lo dispuesto por el artículo 1483, esto es, "determinar la forma cómo las partes querían que se cumpliera"[435] y una vez precisado lo anterior, si no es posible cumplir por equivalencia conforme a la intención presumiblemente más racional de las partes[436], se deberá estar a lo literal de lo estipulado, consagrando por ende una aplicación sucesiva de las normas aparentemente en pugna, de modo que, contrario a lo establecido por otros autores, el uso del principio de especialidad en este caso no provoca la invalidez de la norma desplazada, sino que permite recurrir, complementariamente a esta. Aquello parece indicar que más que invocar el criterio de especialidad como método de solución, máxime si ha sido considerada una inconsistencia aparente, la doctrina hace uso de principios, en particular el explicado por Toullier, conforme al cual si bien las condiciones deben cumplirse *in forma specifica* (literal), "hay casos en que la interpretación demasiado literal de los términos de la condición destruiría, en lugar de seguirla, la voluntad de los contratantes o del testador, lo que precisamente motivaba las numerosas excepciones que se le hacían y las dificultades que se presentaban al tratar de cumplir literalmente las condiciones"[437], de modo que se deberá interpretar de acuerdo a la máxima establecida por el jurista Paulo en el libro 32 del Digesto "*cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*", que señala cuando no hay ambigüedad en las palabras, no debe admitirse cuestión sobre la voluntad.

En materia de efectos de las obligaciones modales, se produce nuevamente una discusión interpretativa que origina una antinomia. Se trata de la aplicación de lo dispuesto por el artículo 1090 y el artículo 1489 del Código Civil, cuando se trata de la cláusula resolutoria de las obligaciones modales en aquellos casos en que la fuente de dicha obligación es un contrato.

Así, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1090, que regula las asignaciones modales, establece que ante el incumplimiento del modo surge la obligación de restituir la cosa y los frutos, efecto que es producido por la llamada cláusula resolutoria, originada por el incumplimiento. Por su parte, el articulo 1489 al consagrar la denominada condición resolutoria tácita, señala que su principal efecto será otorgar a la parte cumplidora el

---

[433] Pothier, R.J., *Tratado de las obligaciones*, N° 206, p.
[434] Claro Solar, L., *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado,* ed. cit., pág.109.
[435] Ramos Pazos, *De las obligaciones*, 3° edición revisada y corregida. Santiago, LegalPublishing, 2008, pág.140.
[436] Barrientos, Javier. *El Código Civil. Su jurisprudencia y su historia*, Thomson Reuters, Santiago, Tomo II, 2016, cfr. pág. 425-426.
[437] Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado,* ed. cit., pág.110.

derecho de exigir la resolución (para estos efectos, la restitución) o el cumplimiento forzado del contrato, ambos con indemnización de perjuicios.

Al respecto, la doctrina ha interpretado de manera divergente la prevalencia de estos artículos cuando la obligación modal es originada por un contrato, en concreto una donación. En este sentido, un sector estima que lo dispuesto por el artículo 1090 no tiene aplicación en las obligaciones modales surgidas de un contrato, toda vez que, recogiendo la regla del artículo 1489, en todo contrato bilateral va envuelta la condición resolutoria tácita de no cumplirse por una de las partes lo pactado, debiendo aplicarse dicha regulación. Es más, la sola estipulación de un modo sujeto a cláusula resolutoria de manera expresa implicaría que no estaríamos en presencia de un modo, sino que de un pacto comisorio, haciendo aplicable los artículos 1877 y siguientes del Código Civil, en consecuencia, para esta doctrina "la cláusula resolutoria de que habla el art. 1090 del Código no puede tener cabida en los contratos bilaterales"[438].

En contra, otro sector estima que, tratándose de las obligaciones sujetas a un modo, deberá prevalecer el artículo 1090 sobre el 1489 incluso en un contrato bilateral, ya que no debe confundirse un modo con una condición resolutoria tácita. Así, la cláusula resolutoria no tiene el carácter de condición resolutoria tacita dado que no existe naturalmente en la asignación modal, en este sentido, se señala que "la carga es un elemento ajeno a la naturaleza del acto"[439]. En consonancia con lo anterior, se ha expresado que no debe distinguirse entre contratos unilaterales y bilaterales, y declarar de inmediato que en los bilaterales va envuelta la condición del 1489, y que el hecho de estipular una cláusula resolutoria en un contrato bilateral implique la aplicación expresa de la condición resolutoria tácita que regula el mencionado artículo, así, "La regla del art. 1489 se refiere a un contrato bilateral en que nada se ha pactado sobre resolución y la ley da por subentendida la condición resolutoria tácita de no cumplirse lo pactado. En un contrato que contiene una obligación modal, el modo tiene que estar expresado en la convención misma; y desde que es modo y no condición, su incumplimiento no resuelve el contrato, si las partes no han pactado la cláusula resolutoria que no puede considerarse envuelta en él y que requiere pacto expreso"[440].

De lo anterior se advierte que ambas doctrinas se percatan de la existencia de una inconsistencia. Sin embargo, la doctrina que aboga por la aplicación del artículo 1489 en los contratos sujetos a modalidad elabora argumentos tendentes a solucionar lo que, a su parecer, se presenta como una antinomia que debe ser provocada, de modo que el criterio a utilizar, y respecto del cual elabora sus argumentos, es el criterio de especialidad, en virtud del cual se buscar dar un tratamiento diferenciado a circunstancias que son disimiles, toda vez que el ideal del ordenamiento justo será dar a cada cual lo que le corresponde[441], dado que busca en definitiva hacer prevalecer en última instancia las normas de los artículos 1877 y siguientes en relación con el artículo 1489, consideradas especiales. Por el contrario, la doctrina que postula la aplicación del artículo 1090 en los contratos que establezcan obligaciones modales elabora argumentos que buscan evitar la antinomia, en

---

[438] Alessandri, Arturo, *Teoría de las obligaciones*, Editorial Ediar- Conosur, Santiago, pág. 239.
[439] Peñailillo, D., *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, ed. cit., pág 494.
[440] Claro Solar, L., *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado,* ed. cit., pág. 259.
[441] Bobbio, N., Contribución a la teoría del derecho, ed. cit., cfr. pág.358

particular se destaca la distinción que hacen de la naturaleza jurídica de la institución en estudio.

En resumen, el problema lógico descrito parece indicar que para cierta doctrina se produce una antinomia parcial-parcial, en la medida que el presupuesto de hecho identificado, el efecto que surge producto del incumplimiento de una obligación en un contrato, es susceptible de ser regulado por el campo de aplicación tanto del 1489 como del 1090, sin embargo, uno y otro precepto contemplan un campo adicional de aplicación[442], ya que el último regula además dicho efecto en materia testamentaria, mientras que el articulo 1489 al estar redactado en términos generales, aplica a todo tipo de contrato bilateral, no solo a la donación sujeta a modo.

Una discusión más reciente se ha dado en la doctrina en relación con la procedencia de la indemnización compensatoria en la hipótesis de incumplimiento determinados tipos de obligaciones. A saber, tradicionalmente se ha interpretado que lo dispuesto por los artículos 1553 y 1555 del Código Civil, que regulan la hipótesis de incumplimiento de obligaciones de hacer y de no hacer respectivamente, contemplan la procedencia de la indemnización compensatoria como un remedio de carácter autónomo, separado e independiente de la demanda de resolución o cumplimiento forzado del contrato, consagrando por ende tres vías o remedios para el caso de incumplimiento.

No ocurre lo mismo en el caso de las obligaciones de dar, toda vez que se advierte la inexistencia de una norma que disponga una solución equivalente, debiendo recurrir a la norma general en materia de incumplimiento de contratos bilaterales, esto es, el artículo 1489, el cual consagra la procedencia de la resolución del contrato o el cumplimiento forzado de la obligación, ambos con indemnización de perjuicios.

Sin embargo, a juicio de la doctrina más contemporánea, la aplicación e interpretación que se ha hecho tradicionalmente del artículo 1489 genera una inconsistencia con lo dispuesto por los dos preceptos citados inicialmente, dado que se ha entendido que el artículo 1489 solo contempla la procedencia de dos acciones que surgen como remedio ante el incumplimiento, la resolución del contrato o el cumplimiento forzado, mientras que la indemnización de perjuicios tendría más bien un carácter accesorio o complementario de aquellas.

La doctrina más clásica ha analizado el artículo 1489 del Código Civil utilizando, entre otros, el argumento lingüístico, en la medida en que se ha interpretado la expresión "con indemnización de perjuicios" como equivalente a "en conjunto o conjuntamente", considerándola procedente siempre y cuando se haya demandado resolución o cumplimiento forzado del contrato[443], aquello explica que algunos autores aseveren que "si el acreedor quiere demandar perjuicios, el acreedor contractual debe atacar primeramente el vínculo obligatorio, para lo cual el Derecho Civil le otorga la acción resolutoria (1489)"[444].

---

[442] Guastini, R., *Interpretar y Argumentar*, ed. cit., cfr. pág.121.

[443] Véase Pizarro, Carlos, *La responsabilidad contractual en el derecho chileno*. En Mantilla, Fabricio(coord.), Problemas de Derecho de los Contratos, Editorial Legis, Bogotá, 2007, cfr. págs. 215-217.

[444] Barros, Enrique, *La diferencia entre "estar obligado" y "ser responsable"*. En *Estudios de Derecho Civil II. IV Jornadas de Derecho Civil*, LexisNexis, Santiago, 2006, pág. 751.

Así también, recurriendo al argumento sistemático, se atiende a la ubicación del artículo 1489, para establecer el respectivo ámbito de aplicación.

En lo que respecta a las obligaciones solidarias cuyo origen es la ley, en particular la consagrada en el artículo 2317 del Código Civil, la doctrina ha interpretado su inciso segundo de manera tal de evitar la generación de una redundancia con lo dispuesto precisamente por el inciso primero de la misma norma. A saber, mientras el inciso primero del artículo 2317 establece, en materia de responsabilidad extracontractual, que si dos o más personas cometen delito o cuasidelito serán responsables solidariamente de todo perjuicio que ello ocasionare, por su parte el inciso segundo del mismo precepto expresa que todo fraude o dolo que cometan dos o más personas producirán obligación solidaria de indemnización de perjuicios.

La interpretación de la doctrina ha sido clara al respecto, señalando que el inciso segundo necesariamente tiene que estarse refiriendo a toda clase de dolo, especialmente al de la responsabilidad contractual[445], yaque de lo contrario, sería una simple repetición de lo establecido por el inciso primero del mismo artículo. En adhesión a esto último se emplea un argumento a contrario, que ordena evitar extender la interpretación de un enunciado normativo a otro enunciado no estricta, literal y expresamente incluidos en este último[446], al expresar que el inciso primero, al mencionar el delito, se refiere de forma expresa al dolo extracontractual[447], de modo que si nada dice respecto del dolo contractual, resulta lógico concluir que es labor que al inciso segundo del 2317 le corresponda regular. En este sentido, es posible advertir que la doctrina emplea una interpretación restrictiva[448], tendente a evitar la producción de la redundancia, valiéndose de argumentos que buscan dotar de coherencia y completitud al sistema jurídico, basándose en la voluntad del legislador racional, en la medida en que pretende persuadir, demostrando ser fiel a la voluntad del legislador, deduciendo que si éste redacta de tal manera un precepto, denota que su voluntad es excluir otra serie de supuestos del mismo género.[449]

Otro tema que ha suscitado comentarios de la doctrina ha sido el que versa sobre los alcances de la asimilación de la culpa grave al dolo, regulada por el inciso primero del artículo 44 del Código Civil. En particular, se genera una discusión en lo que se refiere al régimen probatorio aplicable a la culpa grave, así, un sector mayoritario de la doctrina ha estimado que, en materia probatoria, la culpa grave está amparada por la presunción legal de culpa del artículo 1547, en contraposición a lo establecido por el artículo 1459 que consagra que por lo general el dolo deberá probarse. Otro sector de la doctrina considera que, dado que el artículo 44 establece expresamente que la culpa grave o lata "en materias civiles equivale al dolo", es lógico extender esta equivalencia o similitud a todos los ámbitos de regulación del dolo, incluyendo la aplicación del artículo 1459 que obliga a probar el dolo cuando no ha sido presumido legalmente y, por lo tanto, también la culpa grave.

Los argumentos que se han elaborado por esta última doctrina son, en primer lugar, señalar que desde el derecho romano se ha considerado a la culpa grave como una conducta

---

[445] Abeliuk, R., *Las Obligaciones*, ed. cit., cfr. pág. 820.
[446] Ezquiaga, F., op. cit., cfr. pág. 84.
[447] Alessandri, Arturo, *Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, ed. cit., pág. 493.
[448] Ross, A., op. cit., pág.185.
[449] Ezquiaga, F., op. cit., pág. 93.

contraria a la buena fe, esto es, un comportamiento contrario al deber de lealtad[450], demostrando el recurso al argumento histórico. Así como también, se ha indicado que el concepto de culpa grave contenido en el artículo 44, por su ubicación en el Código Civil, consagraría una asimilación general de la culpa grave al dolo, lo que llevaría a considerar una concepción objetiva de la culpa grave, utilizando el argumento sistemático para reafirmar su interpretación.

Un problema distinto se produce a propósito de la clasificación y regulación de la cláusula penal enorme, contemplada en el artículo 1544 del Código Civil, en particular en la regulación que éste hace del contrato de mutuo, toda vez que permite rebajar la pena en lo que exceda al máximum del interés que es permitido estipular, dicho de otro modo, en caso de interés excesivo se podrá rebajar al máximo convencional, el cual es regulado por la ley N° 18.010. Sin embargo, la misma ley N° 18.010 que regula las operaciones de crédito de dinero, entre ellas el mutuo, consagra en el artículo 8 de la misma que si se producen intereses excesivos, estos deberán reducirse al interés corriente. De modo que cuando se trata del contrato de mutuo parece conformarse la generación de una inconsistencia normativa en el ordenamiento jurídico, no obstante lo cual, para la resolución de ésta se ha recurrido al principio de especialidad.

En este sentido, la doctrina distingue que si se trata de un mutuo de crédito de dinero, por el criterio *lex specialis*, deberá regir lo dispuesto por la ley 18.010, que regula expresamente este tipo de operación en su artículo 7°[451]. Y si se trata del mutuo sobre cosas fungibles que no sean dinero, se ha señalado que deberá regir la norma general del código civil contenida en el artículo 1544.[452] De modo que la antinomia que eventualmente podía haberse producido es resuelta por la doctrina en la medida en que se trata de una antinomia parcial-parcial, toda vez que el ámbito de aplicación de la norma del artículo 1544 genera una incongruencia únicamente en el presupuesto de hecho de la regulación de intereses penales en los contratos de mutuos que versen sobre dinero, pudiendo aplicarse en otros tipo de contratos en que se pacte una clausula penal, lo mismo ocurre con lo dispuesto por el artículo 7.

En materia de extinción de las obligaciones, en particular en las reglas del pago como modo de extinguir las obligaciones, se ha reconocido expresamente[453] por la doctrina una incongruencia normativa entre lo regulado por los artículos 1574 y 2291 del Código Civil.

En este sentido, mientras el artículo 1574, que regula el caso de que un tercero pague contra la voluntad del deudor, establece que este tercero no tendrá derecho a reembolso de lo pagado, a menos que el acreedor ceda voluntariamente su crédito en su favor. Por otro lado, el artículo 2291 del Código Civil consagra que quien administre un negocio ajeno en contra de la voluntad de la persona, no tiene acción contra él, a menos que esa gestión

---

[450] Banfi, Cristián, *La asimilación de la culpa al dolo en la responsabilidad contractual en Chile*. En *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago vol. 27, N° 2, 2000, pág. 291.

[451] De la Maza, Í., *El secreto está en la técnica: los límites a la cláusula penal*. En *Revista chilena de derecho privado*, Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales, Santiago, N°7, 2006, cfr. pág. 32.

[452] Abeliuk, R., *Las obligaciones*, ed. cit., cfr. págs. 368-369.

[453] Serrano, Claudia, *La legitimación para el pago de un tercero*. En *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, N° 36, 2011, cfr. pág.194.

le fuere efectivamente útil, y esta utilidad existiere al tiempo de la demanda. Al respecto, Meza Barros señala "La contradicción entre las dos normas es evidente: según el 1574 no hay acción de repetición; según el 2291, si el pago fue útil al deudor (es decir extinguió la obligación) hay acción de repetición."[454]

Al respecto, es posible establecer que se trata de una antinomia total-parcial, en la medida que una norma no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, la cual tiene un campo de aplicación adicional en la que no entra en conflicto con la primera norma[455], así el supuesto de hecho aplicable por la norma contenida en el artículo 2291 hace referencia a casos de mandato o de agencia oficiosa, el campo de aplicación del artículo 1574 es más amplio, siendo susceptible de aplicar sus consecuencias a casos distintos de los del mandato o la agencia oficiosa.

La mayoría de la doctrina ha elaborado argumentos tendentes a evitar la antinomia, así ocurre por ejemplo con Leopoldo Urrutia, quien para estos efectos distingue los campos de aplicación de cada precepto en base al criterio de la utilidad del pago, de modo que a su juicio el artículo 1574 tiene aplicación cuando el pago realizado por un tercero sea inútil para el deudor, no pudiendo repetir contra este último, mientras que procedería aplicar el artículo 2291 precisamente cuando dicho pago reporte utilidad al deudor. En este sentido, es claro que utiliza una interpretación extensiva de la norma, la cual ha sido criticada[456] precisamente porque establece un criterio de distinción que el legislador no ha elaborado en el artículo 1574.

También se ha propuesto, como criterio común en ambos preceptos, el carácter aislado u ocasional del pago, por un lado, o bien el carácter habitual o propio del desarrollo de una actividad por otro. En el primer caso regiría el artículo 1574, mientras que la habitualidad estaría comprendida en la administración del negocio ajeno que regula el 2291. Sin embargo, al igual que la propuesta anterior, el criterio ha sido criticado porque a pesar de ajustarse aparentemente al tenor literal de las normas, la interpretación en base a este criterio provoca un resultado inequitativo o injusto, en la medida en que no se advierte la justificación de diferenciar un pago aislado respecto del que no lo es y en base a esta sola regla diferenciar la procedencia o no de la acción de repetición. Es más, se ha indicado que "en ambos casos lo que se produce es un enriquecimiento por parte del deudor que ya no tendrá que pagar personalmente la deuda, de modo que si se le eximiese de todo reintegro total al *solvens* se producirá un enriquecimiento injustificado de aquél."[457] En consecuencia, en la postura de la crítica se aprecia cierta conformidad con el uso del argumento lingüístico por parte de doctrina en orden a estimar una interpretación 'más aceptable' que la primera propuesta basada en la utilidad, y a su vez se considera igualmente descartable por advertirse que la solución propuesta no cumple con un criterio mínimo de justicia o equidad en el caso concreto, siendo contrario como se indicó, al principio del repudio al enriquecimiento sin causa.

En contraposición, otra doctrina sostiene que no hay tal contradicción, toda vez que el articulo 1574 niega el derecho de reembolso al tercero que paga deuda ajena, mientras que

---

[454] Ramos Pazos, R., *De las obligaciones*, ed. cit., pág. 347.
[455] Ross, A., op. cit., cfr. pág.164.
[456] Ramos Pazos, R., *De las obligaciones*, ed. cit., cfr. pág. 348.
[457] Serrano, Claudia, op. ed. y vol. cit., pág.194.

el 2291 no habla propiamente del derecho a reembolso, sino que otorga una acción al tercero para demandar no por el pago, sino que por aquella parte que le haya sido realmente útil al deudor[458], que no necesariamente deberá ser equivalente al monto pagado. Esta última tesis se estima como razonable por otros autores, incluso utilizándose como criterio válido para recurrir al espíritu general de la legislación y a la equidad natural como fundamento de la acción de enriquecimiento sin causa en el ordenamiento jurídico.[459] Concordante con aquello es que la mayoría de la doctrina se ha decantado por la prevalencia del articulo 2291, en la medida que permite admitir un derecho de reembolso por el criterio de la utilidad efectiva para "mantener la *aequitas* entre las partes de la obligación".[460]

Por último, en lo que se refiere a los problemas lógicos de interpretación en el derecho de obligaciones en su conexión con los derechos reales, también se han producido problemas relativos a la prescripción del derecho de usufructo. Así, en una remisión a lo regulado por el artículo 806 del código civil, se observa que la norma establece que una de las formas de extinguir este derecho es mediante la prescripción. Al respecto se ha suscitado controversia en la hipótesis de pérdida del usufructo por su no ejercicio, toda vez que para un sector de la doctrina, si el usufructuario no ha reclamado su derecho ante el nudo propietario, se extinguirá su derecho por prescripción extintiva ordinaria de cinco años, contemplada por el artículo 2515. Este razonamiento se estima como de toda lógica, de lo contrario lo dispuesto de manera específica por el 806 a propósito de la prescripción sería innecesario[461], puesto que a la misma conclusión se habría llegado utilizando el artículo 2517. En este sentido, se advierte que el razonamiento se sustenta en el uso del principio del efecto útil, según el cual ante dos interpretaciones posibles de una norma, debe rechazarse aquella que lleva a un efecto inútil o innecesario de la norma[462].

En contra, se ha sostenido precisamente utilizando el 2217, que las acciones para reclamar un derecho se extinguen por la prescripción extintiva del mismo derecho, de modo que no es procedente la prescripción del derecho de usufructo por su no ejercicio, a su vez, considerando que el usufructuario tiene el derecho de dominio sobre su derecho de usufructo, no es posible admitir que su dominio se pierda mientras otra persona no justifique haber ganado el dominio por prescripción adquisitiva.

Un problema tratado desde esta perspectiva pone de relieve la producción de una antinomia parcial-parcial, en la medida en que el ámbito de aplicación contemplado por el artículo 806, establece como uno de los presupuestos de hecho para conseguir el efecto de la extinción del usufructo, la prescripción, uno de las varias formas posibles que el mismo precepto contempla. A su vez, el articulo 2217 al regular la institución de la prescripción, lo hace en términos tan amplios y generales que su ámbito de aplicación contempla tanto la figura del usufructo, como de otros derechos, reales y personales.

---

[458] Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, ed. cit., cfr. pág. 52.
[459] Alessandri, A., Somarriva, M., y Vodanovic, A., *Tratado de Derecho Civil*, ,cfr. pág. 23.
[460] Prado, Juan Carlos, *Estudio sobre la actio utiitis referida en el D.17,1,40 (Paul. 9 ed.): su alcance en el Código Civil de Bello*. En *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca,Talca, vol. 25, N°1, 2019, p. 273.
[461] Abeliuk, R., *Las Obligaciones*, ed. cit., cfr. págs.1210-1211.
[462] Ezquiaga, F., op. cit., cfr. pág. 127.

4.6. Problemas de concurrencias de normas en el derecho de bienes.

4.6.1. Adquisición de la posesión sobre inmuebles no inscritos.

4.6.1.1 Planteamiento del conflicto y teorías que surgen.

Respecto del estudio de la posesión de los bienes en general y en virtud de las disposiciones de nuestra legislación civil, sabido es que se distingue entre la adquisición, conservación y pérdida de la primera. Circunscribiendo el análisis respecto de los bienes inmuebles, es necesario efectuar una distinción adicional que es precisar si estos se encuentran inscritos o no. Tratándose de la adquisición inmuebles no inscritos invocando un título; no cabe mayor duda de que la posesión se adquiere por medio de la inscripción del título en el Conservador de Bienes Raíces respectivo, conforme lo dispuesto en los artículos 702 y 724 y 2505, todos del Código Civil. Ahora bien, tratándose de inmuebles no inscritos, la doctrina no es uniforme y surgen al respecto dos posturas:

a. La primera teoría postula que en virtud del artículo 724, la posesión de los bienes respecto de los cuales la tradición se efectúe en razón de la inscripción respectiva. Lo que debe entenderse también en virtud de lo que dispone el artículo 686 que se refiere en particular a la tradición de los bienes raíces inmuebles.

El Profesor Peñailillo complementa la descripción de los fundamentos de esta teoría señalando que el requisito básico y distintivo que integra la posesión al momento de invocar un título traslaticio de dominio, es la tradición de la cosa. Al efecto cabe recordar que nuestro sistema jurídico consagra un sistema dual de adquisición de propiedad de "*título-modo*"; así las cosas, el solo título traslaticio no transfiere derechos, sino que habilita para transferir, en adición, se requiere que esta transferencia se efectúe por el modo que indique la ley, y en el caso de los inmuebles es precisamente por medio de la tradición[463]. Expuesto esto, se entiende que el artículo 724 es una confirmación de estas reglas y dispone una norma general aplicables especialmente a los inmuebles.

b. La segunda postura entiende que no es necesaria la inscripción del inmueble para adquirir la posesión del mismo. Se funda esta tesis en que el mandato del artículo 724 tendría sentido únicamente si se trata de bienes que ya cuentan con algún registro conservatorio, pero se verían excluidos aquellos que nunca han tenido una inscripción.

Lo anterior se vería confirmado por la redacción de los artículos 728 inciso segundo y el artículo 729. El primero de ellos dispone la idea relativa a que la inscripción como condición de adquisición de posesión operaría únicamente respecto de bienes que ya consten en el sistema registral; mientras que el segundo reconoce implícitamente la existencia de posesión sin título inscrito si un tercero se apodera de la cosa a la que el primero se refiere;

---

[463] Véase Peñailillo, D., *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2da edición, 2019.

especialmente con la expresión "*el que tenía la posesión la pierde*"; refiriéndose a quien ostentaba el bien antes de la usurpación o apoderamiento[464].

Artículo 728 inciso segundo: *Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente.*

Artículo 729: *Si alguien, pretendiéndose dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde.*

A lo anterior, se añade por parte de esta postura el hecho que el artículo 730 consagra la situación de la adquisición de posesión cuando el bien en cuestión es usurpado. La primera si una persona enajena a nombre propio un bien que usurpó, el poseedor originario pierde la posesión y la adquiere el tercero adquirente. A continuación el inciso segundo del citado artículo regula específicamente la situación del poseedor inscrito en este contexto; de este modo se argumenta que la única forma en la que sería procedente la existencia de este segundo inciso, es que la primera hipótesis no comprendiera la necesidad de inscripción, de lo contrario, sería una redundancia altamente innecesaria.

Ahora bien, cabe precisar que estas dos teorías, siendo abierta y notoriamente contradictorias entre sí, han tenido una recepción muy dispar tanto especialmente en doctrina. Los autores se inclinan mayoritariamente respecto de la primera de ellas, en aplicación de los principios y reglas generales derivados de la teoría de la posesión inscrita, especialmente en lo relativo a la inscripción como requisito y garantía de la posesión.

4.6.1.2 Identificación de la inconsistencia y desarrollo.

Como se expuso en el punto anterior; la contradicción en las normas y posturas tiene lugar respecto de si en el caso de la adquisición de la posesión irregular los inmuebles no inscritos (cuando se invoca un título traslaticio de dominio) hacen o no necesaria la inscripción conservatoria.

Respecto de las normas invocadas es posible identificar una inconsistencia total-parcial, particularmente entre las disposiciones del artículo 724 y el artículo 729, en armonía de lo dispuesto en los artículos 728 inciso segundo y el artículo 730.

Como ya se ha dicho, pero siempre vale la pena recordar, una inconsistencia total-parcial se define como la pugna o contradicción entre dos normas, en donde una de ellas no puede ser aplicada bajo ningún supuesto sin entrar en conflicto con la otra, mientras que esta última tiene un ámbito de aplicación que no se contrapone a la primera[465]. Se justifica la existencia de una antinomia de esta naturaleza, puesto que el artículo 724 dispone una regla relativa a los bienes en general, que resulta ciertamente aplicable a los bienes inmuebles, que por mandato legal se dispone que su tradición se efectúe por medio de la

---

[464] Rodrigo Barcia Lehmann (2014). *De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce*, En *Revista Chilena de Derecho privado*, Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales, N° 22, 2014, cfr. págs. 367-390

[465] Ross, A., op. cit., cfr. págs.164-165.

inscripción en el Conservador de Bienes Raíces; en contraposición al resto de las reglas citadas que hacen mención específica a la situación registral de los inmuebles, siendo que hace referencia a la existencia o inexistencia de inscripción.

Lo relativo a los criterios de superación empleado por cada una de las posturas se desarrollará en el punto siguiente; no obstante, es necesario enfatizar un punto no menor relativo a esta discusión. El presente caso suscita disposiciones contradictorias de especialidad que se encuentras dentro de una misma ley; al respecto, Ross estima pertinente señalar que existen dos maneras posibles de atribuir una solución, inclinarse por la especialidad cuando el mandato es semánticamente expreso; o aludir a elementos externos que permitan solucionar la regla que de mejor manera respete el espíritu de la ley. Particularmente en este caso la contradicción se da porque cada una de las tesis se guía por un criterio u otro.

4.6.1.3 Criterio de superación propuesto y argumentos.

Como se reseñó en el título anterior, el presente caso tiene la particularidad de que se identifican contradicciones entre normas dentro de una misma ley, de modo que el criterio para superarlas debe ser más minucioso que en la generalidad de los casos.

1. La tesis que plantea que para adquirir la posesión irregular de un inmueble es necesaria la inscripción conservatoria, basa su postura en que el artículo 724 regula una situación genérica en orden a que todos los inmuebles cuya naturaleza suponga efectuar la tradición por medio de la inscripción registral, no puedan tradirse sino es por este medio; sumado a ello, se plantea que si el legislador no hizo distinción expresa respecto de esto, es porque su voluntad es precisamente que dicha disposición se aplique indistintamente tanto para inmuebles respecto de los cuales no se haya efectuado la inscripción y respecto de los cuales sí se haya hecho. Esta postura también se refuerza con otras reglas de tipo general que tienen relación con la forma de tradir los bienes raíces y también relativas a que los muebles que no se encuentren inscritos, necesariamente deben registrarse para adquirirse. Sobre las normas aludidas es preciso invocar los artículos 686 y 693 respectivamente[466].

¿Cómo se supera la antinomia por parte de esta postura? El razonamiento escapa a la utilización de los clásicos parámetros resolutivos de inconsistencias tradicionales que reconoce la doctrina en materia de argumentación jurídica, que son los de cronología, especialidad y jerarquía. La solución en el presente caso se basa más bien en principios generales en materia posesoria y en razonamientos de orden teleológico y psicológico. ¿Por qué no recurren a los criterios comunes? En primer lugar, tratándose de una pugna dentro de un mismo cuerpo normativo no es posible concebir que existe jerarquía diferenciada entre las normas que se ven en conflicto. Situación similar se produce, en segundo lugar, respecto del criterio cronológico, como no se da cuenta que una de las normas fue creada con posterioridad a la otra como una forma de corrección del supuesto de hecho de la última, no resulta procedente su aplicación; además, siguiendo a la Profesora Miriam Henríquez, el criterio de cronología cede en la eficacia interpretativa

[466] Peñailillo, D., *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*, ed. cit., cfr. pág. 789.

cuando el conflicto tenga lugar por razones de especialidad[467]. Finalmente, el criterio de especificidad es el que genera un mayor conflicto; por lo que requiere un análisis más desarrollado.

El razonamiento de esta teoría tiene un fundamento muy teórico, y sigue implícitamente los postulados interpretativos de Alf Ross. Como se planteó anteriormente, el autor distingue el modo de resolver posibles inconsistencias que surjan entre las normas, dependiendo si estas se presentan en leyes diferentes, como es la generalidad de los casos; o bien si estas tienen lugar en un mismo cuerpo normativo, como ocurre en la presente discusión. En este contexto, Ross no niega la posibilidad de pueda existir una inconsistencia relativa a especialidad dentro de una misma ley, y por consiguiente solucionar el conflicto haciendo uso del elemento de especificidad[468]; no obstante, no es menos cierto que en esta materia la doctrina ha señalado que para la aplicación de este criterio se hace necesario que la norma particular tenga, o bien un carácter especificador, o excepcional en relación a la norma que se dice general; de modo que si la redacción o contenido sustantivo de las disposiciones que se entienden como especiales no logran acreditar dicha naturaleza; y no siendo procedente la aplicación de otros criterios, queda a salvo la posibilidad del intérprete de recurrir a elementos como la historia o espíritu de la ley; o bien a un argumento psicológico[469]. A este respecto, esta postura entiende que el artículo 724 no constituye otra cosa, sino una reiteración de la intención de Bello de estructurar un sistema registral en el cual todos los inmuebles se encuentren registrados; principio que se encuentra expuesto en el mensaje del Código Civil, y por ende constituye un principio que rige a todas las normas del citado cuerpo legal, no encontrándose normas excepcionales al respecto.

En términos simples, ante la imposibilidad de superación de antinomias en uso de los elementos tradicionales, esta teoría se basa en principios generales que rigen la posesión en nuestro ordenamiento jurídico y a la voluntad del legislador. Respecto de la primera, se aplican las reglas de la Teoría de la posesión inscrita, especialmente en el título relativo a que la inscripción es un requisito de adquisición de la posesión, fundado precisamente en los artículos 724, 728 y 2505.

2. La segunda teoría postula que, en el caso de invocar un título traslaticio, la inscripción del inmueble no es requisito para adquirir la posesión irregular del inmueble. Al plantear como fundamento el hecho de que el concepto de posesión irregular supone aquella aprehensión material con ánimo de señor y dueño que carece de alguno o más de los requisitos de la posesión regular, es decir, puede prescindir del justo título, la buena fe, o en este caso al invocarse un título traslaticio, es posible prescindir de la tradición. Esta idea se funda en que el mandato del artículo 724 es solamente aplicable respecto de los inmuebles ya inscritos en el sistema registral; y que en principio el código regula casos en que se libera de esta obligación de inscripción para adquirir posesión en caso de inmuebles no inscritos[470].

---

[467] Henríquez, M., *Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del Derecho constitucional chileno*, ed. et vol. cit., cfr. págs. 459-476.
[468] Ross, A., op. cit., cfr. págs. 165-166.
[469] Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, ed. cit., cfr. págs. 129-130.
[470] Véase, Barcia Lehmann, R., *De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce*, ed. et vol. cit.,

Entonces, ¿Cómo se llega a la conclusión de que puede obviarse la inscripción registral para adquirir por prescripción extraordinaria? Esto se deprende de una interpretación de los artículos 728, 729 y 730 del Código Civil. Respecto del artículo 728, particularmente de su inciso segundo, dispone una reiteración de las normas del artículo 724 pero ciñéndose en particular al caso de los inmuebles que cuentan anteriormente con una inscripción, de modo que, si el legislador optó por regular la obligatoriedad de inscripción para ese caso en particular, debe entenderse que para los bienes raíces que no cuenten con registro conservatorio no le es imponible dicha norma. El artículo 729 y 730 suponen un reconocimiento en sentido negativo de que es posible adquirir posesión sin inscripción. La primera norma trata de la pérdida de la posesión del sujeto a quién le es usurpada violenta o clandestinamente su posesión; de modo que nadie puede perder algo que no tiene, esta constituye una interpretación a contrario sensu. La segunda norma dispone que el mero tenedor que se da por dueño y enajena el bien a su nombre, pone fin a la posesión originaria pasando al tercero adquirente; y en su inciso segundo señala que no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por la otra, cuando la situación del inciso precedente tiene lugar respecto de un inmueble inscrito, de modo que analizando en contrario el artículo 730 inciso 1°, se entiende que se puede adquirir la posesión sin inscripción, porque el mero tenedor enajena a nombre propio, y es pertinente aplicar el principio de que "*nadie puede transferir más derechos de los que tiene*".

Esta tesis da solución a la antinomia en virtud de un criterio de especialidad. Entiende que se ven involucradas dos normas de carácter general, donde una de ellas regula un supuesto que se ve incluido dentro de la otra, entrando en conflicto precisamente por este hecho particular. Ahora, este planteamiento no es reconocido de forma explícita, pero bien puede inferirse de la forma en la que se estructura el razonamiento. Por un lado, tenemos una norma general que regula que la forma de tradir los bienes (en forma genérica) que deba constar por registro no pueden hacerse sino por esta vía; y por otro lado tenemos normas relativas particularmente a los casos de adquisición y pérdida de la posesión de bienes raíces. Al respecto, cabe recordar que todos los inmuebles son bienes que por naturaleza deben tradirse por medio de la inscripción conservatoria, pero no todos los bienes que requieren tradición por inscripción registral son necesariamente bienes inmuebles. En palabras de Guastini, estamos ante un conflicto que tiene lugar entre normas cuyos supuestos se encuentran en una relación de género-especie en reglas de una misma fuente normativa, en este escenario, la doctrina está ampliamente conteste en que en estos casos debe prevalecer la norma excepcional[471].

Habiendo expuesto las tesis, cabe cuestionarse cuál de ellas tiene un mayor sustento y, por tanto, debe preferirse. A este respecto, lo cierto es que no hay una respuesta clara. En palabras del Profesor Peñailillo, el conflicto no deja de ser complejo en su resolución precisamente porque los fundamentos legales sobre los cuales ambas posturas se basan, son muy oscuros y poco precisos, y en general no existen cuerpos normativos externos que permitan afirmar a ciencia cierta cuál de estas visiones debe prevalecer (al menos de forma notoria y contundente) respecto de la otra; y que esto se justifica por el hecho de invocar como base un mismo precepto, que deriva en un conflicto únicamente por aplicar un razonamiento diferente. Ante esta insuficiencia normativa que permita zanjar el conflicto, el autor entiende que lo más lógico es adherir a la postura que prioriza el sistema registral,

---

[471] Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, ed. cit., cfr. págs. 131-134.

fundamentalmente por razones basadas en principios, que, como ya se expuso, se basan en la idea que el espíritu del Código civil, en materia posesoria, se guía en mandatos que orientan a la inscripción de los inmuebles y robustecimiento del registro conservatorio. Sin perjuicio de lo anterior, también reconoce que existen casos, en el plano de los hechos, en que una persona sin título inscrito posee un bien con ánimo de señor y dueño del mismo, durante un periodo incluso muy superior a los 10 años; circunstancias en las cuales no debería razonarse de forma tan rígida en cuanto a la inscripción como ficción de posesión, y atender más a un razonamiento fundado en la equidad.[472].

4.6.2. Adquisición de la posesión sobre inmuebles inscritos.

4.6.2.1. Planteamiento del conflicto y teorías que surgen.

Respecto del estudio de la posesión de los bienes en general y en virtud de las disposiciones de nuestra legislación civil, se distingue entre la adquisición, conservación y pérdida de la primera. Circunscribiendo el análisis respecto de los bienes inmuebles, es necesario efectuar una distinción adicional que es precisar si estos cuentan o no con una inscripción conservatoria. Tratándose de la adquisición de la posesión regular de inmuebles inscritos; no cabe mayor discusión respecto que la forma en la que debe efectuarse esta operación es por medio de inscripción en el respectivo registro en el Conservador de Bienes Raíces, conforme lo dispuesto en los artículos 702 y 724 y 2505, todos del Código Civil. Ahora bien, tratándose de la adquisición de la posesión irregular, la doctrina no es uniforme y surgen al respecto dos posturas:

1.. Una primera teoría plantea que la inscripción conservatoria no sería necesaria. Fundamentan esta postura aludiendo al artículo 724, que prescribe la obligatoriedad de inscripción para los bienes cuya tradición se efectúa de dicho modo, pero sería exigible únicamente respecto de la adquisición de la posesión regular de los inmuebles inscritos. En contraposición, el Código Civil en una serie de disposiciones da a entender que es posible adquirir la posesión irregular, sin necesidad de inscripción, sino que bastarían los hechos que permitan la aprehensión material del inmueble; estas disposiciones a las que se hizo referencia son los artículos 702 en relación con el artículo 708, el artículo 729 y el artículo 730, todos del Código Civil.

2.. La segunda postura entiende que sí es necesaria la inscripción registral. A lo anterior se adiciona el artículo 724 que, como ya se señaló, prescribe la obligatoriedad de inscribir en el registro los bienes inmuebles, no haciendo distinción respecto de a cuál clase de posesión le sería aplicable, de modo que al ser una regla de orden general se entiende que aplica indistintamente para la posesión regular y la irregular, salvo que la ley diga expresamente lo contrario, que ciertamente no es el caso. En este sentido, esta postura estima necesario efectuar una interpretación sistemática de los artículos relativos a la posesión, particularmente de los artículos 728, 729 y 730.

---

[472] Peñailillo, D., *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*, ed. cit., cfr. págs. 793-796.

En primer lugar, se alude al artículo 728 que prescribe las formas legales en las que puede cesar un título que se encuentre actualmente inscrito, y en razón a ello, la inscripción conservatoria sobre un inmueble no puede ser depuesta sino por las vías legales que contempla esta disposición. En segundo lugar se hace referencia al análisis del artículo 729 que prescribe "*Si alguien, pretendiéndose dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde*"; bajo una interpretación contrario sensu, se infiere que en el caso de que una persona se pretenda dueño de un inmueble cuyo título sí está inscrito, entonces el que tenía la posesión no la pierde. Finalmente, el artículo 730 inciso segundo del Código Civil dispone que: "*Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción*"; en este contexto de entiende que esta norma es una consagración expresa de la regla que se refiere a la preeminencia de la inscripción por sobre los hechos materiales, y que la posesión inscrita no puede perderse sino por otra inscripción conservatoria.

Estos artículos deben también leerse en armonía con la regla del artículo 2505, el que dispone: "*Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito; ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo*"; esta regla no vendría sino a ser una reiteración de las reglas que prohíben el cese de vigencia del título inscrito en el registro conservatorio sino por medio de otra inscripción, aunque circunscrito al contexto de la prescripción.

Como bien se observa, ambas posturas basan sus planteamientos básicamente en las mismas disposiciones, y ciertamente las dos teorías tienen un sustento normativo bastante robusto y sólido, lo que permite observar que existen dos visiones ampliamente contradictorias habiendo construido sus razonamientos conforme a reglas similares. Sin perjuicio de lo anterior, es menester señalar que tanto al doctrina como la jurisprudencia se han inclinado ampliamente en señalar que tratándose de la adquisición de posesión de inmuebles cuyo título se encuentre inscrito, sí se requiere la competente inscripción registral; basándose en la estructuración sistemática del Código civil conforme a la denominada "teoría de la posesión inscrita", la que concibe a la inscripción como un elemento que constituye requisito, prueba y garantía de la posesión.

4.6.2.2. Identificación del problema interpretativo.

Analizando el caso desde un punto de vista puramente argumentativo es posible identificar la existencia de una antinomia de carácter total-parcial entre los artículos 724 y los artículos 728, 729 y 730. En este sentido, Guastini define esta clase de contradicciones como aquellas que tienen lugar entre dos normas en que una de ellas se presenta como absolutamente incompatible en relación a la otra, mientras que la última mantiene un campo de aplicación adicional que no entra en conflicto con la primera; particularmente el autor hace referencia a una idea de superposición de supuestos, reconoce en este caso que "*puede suceder que la clase de supuesto de hecho regulada por una norma esté*

enteramente incluida en la clase de supuestos de hecho regulada por la otra"[473]. Alf Ross añade que este tipo de contradicciones generalmente suscitan en los casos en que las normas en conflicto se plasman en una relación de regla general y regla particular, siendo una de ellas una norma de excepción o especificación de la otra[474].

Teniendo en consideración lo anterior, se entiende que la regla del artículo 724 del Código Civil constituye un mandato de orden general que prescribe la imposibilidad de poder tradir de forma alternativa los bienes cuya tradición la ley exige que debe efectuarse mediante la inscripción registral correspondiente. En contraposición, los artículos 728, 729 y 730 son reglas que particularmente se refieren a diversas situaciones jurídicas que suscitan respecto de los inmuebles, bajo una situación registral determinada. En términos simples entonces, las tres disposiciones citadas vendrían a señalar un escenario específico respecto de la hipótesis de orden general del artículo 724. Esto ciertamente se condice con los postulados de Guastini relativos a que las inconsistencias parciales tienen lugar cuando las reglas particulares se constituyen como excepción o especificación de las generales, particularmente las excepciones, pues serían éstas las que constituyen contradicciones genuinas[475].

Habiendo expuesto el problema de interpretación que suscita el presente caso, es menester resaltar la particularidad de que las disposiciones contradictorias se encuentran dentro de una misma ley; al respecto, la doctrina en materia de argumentación jurídica estima pertinente señalar que el surgimiento de contradicciones entre normas que susciten dentro de una ley no puede resolverse de la misma forma que si estas tuvieran lugar respecto de reglas contenidas en textos normativos diversos. Particularmente, Alf Ross considera que en esta materia existen dos maneras posibles de superar el conflicto: por un lado, cabría inclinarse por resolver la contradicción atendiendo a la especialidad de las reglas, especialmente cuando el mandato conste por expreso o se infiera por disposiciones semánticas; y por otro lado aludir a elementos externos que permitan inclinarse por una u otra, ya sea por medio de un razonamiento teleológico, psicológico, sistemático, o cualquier otro que resulte procedente[476].

4.6.2.3. Criterio de superación propuesto y argumento.

En consideración al último punto relativo a la forma de resolver las inconsistencias que tienen lugar en disposiciones de una misma ley, resulta de toda importancia tener presente las soluciones que propone Alf Ross, puesto que, en el caso concreto de estudio la pugna entre las teorías surge precisamente por una de ellas se inclina por resolver en base a un criterio de especialidad estricto; mientras que la otra estima pertinente resolver conforme a un razonamiento sistemático. Lo anterior ciertamente supone entender que tanto el establecimiento como el estudio de los criterios de superación debe ser más

---

[473] Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, ed, cit., pág. 121.
[474] Ross A., op. cit., cfr. pág. 166.
[475] Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, ed. cit., cfr. pág. 130.
[476] Ross, A., op. cit., cfr. págs. 166-167.

minucioso; en razón de lo expuesto, es que se analizará cada razonamiento resolutivo planteado por cada una de las posturas.

1.. La primera postura entiende que el Código Civil reconoce implícitamente circunstancias en las que es posible adquirir la posesión de un inmueble que ya se encuentra inscrito, sin la necesidad de contar con una nueva inscripción.

En primer lugar, se llega a esta conclusión por reconocer que el artículo 708 reconoce la institución de la posesión irregular cuando esta carece de los requisitos que establece el artículo 702 del Código Civil, esta última disposición prescribe como uno de los requisitos de la posesión regular la tradición, en los casos en que el título invocado sea traslaticio de dominio. Así las cosas, a juicio de esta postura, el artículo 708 vendría a constituir una descripción especial de posesión que podría adquirirse sin necesidad de tradición, como podría ser aquélla que se adquiere por meros hechos materiales sin contar con una inscripción que haga cesar la vigencia de la anterior.

En segundo lugar, el artículo 729 es preciso en señala que es posible adquirir la posesión de un inmueble sin necesidad de inscripción; expresamente señala: "*Si alguien, pretendiéndose dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde*", en este sentido, el código solo hace una referencia genérica a la posesión original de un sujeto que no ostentaba un título inscrito en su favor, sin distinguir si esta posesión originaria proviene de un inmueble inscrito o no inscrito; de modo que si la norma no distingue, es posible inferir que si alguien entra en posesión sin título inscrito de un inmueble (que puede tener otra escritura vigente), el que adquiere la posesión puede perderla si otra persona se apodera clandestina o violentamente de la cosa. Lo que ciertamente constituye una regla de excepción respecto de las normas relativas a la posesión y la tradición de los derechos sobre inmuebles que deben efectuarse mediante la inscripción registral. Esto debe entenderse en armonía con lo dispuesto en el artículo 730, que expresamente en su inciso primero reconoce la posibilidad de adquirir la posesión de un inmueble sin la necesidad de contar con una inscripción registra.

Guastini entiende que en caso de estarse en presencia de una contradicción de normas que estén en relación de regla general y excepción, lo más efectivo es siempre solucionar en virtud al criterio de especialidad, o también conocido bajo el adagio de "*lex specialis derogat legi generali*"[477]. En complemento, Norberto Bobbio entiende que el criterio de especialidad consiste en dar prioridad a las reglas en que el legislador ha procurado establecer un criterio regulador específico; reconociendo que algunas hipótesis requieren, por diferentes razones, regularse en forma especial y separadas de las hipótesis generales. En consecuencia, si se está ante dos reglas que importan un resultado inconciliable, ha de preferirse siempre aquella solución que ofrezca el marco regulatorio más restringido o específico[478]. De modo que, si existe una regla que mandata que todos los bienes cuya tradición se efectúa mediante la tradición no pueden transferirse sino de este modo; y en contraposición una norma describe que bajo ciertas circunstancias puede adquirirse la posesión de un inmueble con registro conservatorio sin necesidad de cancelar; atendiendo al criterio de especialidad lo pertinente es dar solución en base a estas últimas reglas.

---

[477] Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, ed. cit., cfr. págs. 129-130

[478] Bobbio, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, ed. cit., págs. 355-359.

2. La segunda postura entiende que, tratándose de la adquisición de la posesión de un inmueble inscrito, es indistinto distinguir si lo que se adquiere es posesión regular o irregular, puesto que la presencia de un título es indispensable al momento de adquirir la posesión de un inmueble inscrito, y en caso de no contar con inscripción, la legislación vigente entiende que la posesión anterior jamás cesó. A este respecto, esta postura brinda dos clases de solución, una por vía de interpretación normativa, y otra por prevalencia de principios o por interpretación sistemática.

a. Interpretación lingüística.

Sobre lo anterior cabe precisar que el tenor literal de los artículos 729 y 730 del Código Civil expresamente señalan que la adquisición de posesión de un tercero que usurpa el bien no tendrá lugar en aquellas circunstancias en que el bien usurpado cuente con una inscripción en favor del poseedor anterior, salvo que opere otra inscripción en favor del que quién entra en posesión. Ahora bien, conforme a esta postura, no puede entenderse que la regla del artículo 730 constituya, en particular, una regla de excepción que permita adquirir la posesión sin título; a este respecto, el Profesor Peñailillo reconoce que la norma aludida no tiene por finalidad privar de la posesión legítima a una persona en caso de que le sea usurpada, sino que su finalidad es proteger al tercero adquirente de buena fe, quien cree haber adquirido del titular legítimo, la cosa enajenada[479]; en último caso tampoco sería aplicable, pues en una lectura conjunta con el inciso segundo de la misma norma se entendería que la primera parte está referida a los inmuebles no inscritos.

Que lo anterior debe entenderse en armonía con las reglas de los artículos 728 y 2505 del Código Civil, relativas a la cancelación de inscripciones y a la prescripción, respectivamente.

La primera de las reglas establece expresamente que en aquellos casos en que el inmueble en cuestión esté inscrito en el registro conservatorio, esta inscripción no podrá cancelarse sino por las vías o circunstancias legales que dispone el Código, y de lo contrario la inscripción no perderá vigencia. Vendría entonces a constituir esta norma, una consagración expresa que después sería reiterada en otras disposiciones como el artículo 729 en su interpretación a contrario sensu, y el inciso segundo del artículo 730 inciso segundo.

La segunda norma resulta particularmente importante, pues el artículo 2505 es una regla particular respecto de la forma de operar la prescripción ante la existencia de título inscrito, de modo que se constituye como una regla especialísima, ello supone que, aun cuando se pueda reconocer en los artículos 708, 729 y 730 una posibilidad de adquirir la posesión de inmuebles inscritos sin necesidad de cancelar la inscripción; por razones de especialidad debería prevalecer el contenido del artículo 2505 por el hecho de ser más especial que las otras disposiciones aludidas.

Este razonamiento no viene sino a confirmar los postulados de Bobbio en la materia, estableciendo que el criterio de especialidad constituye '*un juicio de hecho sobre la distinta extensión de las disposiciones encontraste respecto a la validez material*', que en otras palabras el razonamiento por especialidad no es otra cosa sino el análisis del supuesto sustantivo regulado y los márgenes regulatorios que supone cada una de ellas. Así, el

---

[479] Peñailillo, D., *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*, ed. cit., págs. 786-787.

inclinarse por aquella solución ofrecida a propósito de la norma que prescribe el supuesto más acotado es una expresión de la interpretación conforme a equidad, priorizando fallar siempre conforme al razonamiento más justo para el caso concreto[480]. Lo anterior también puede entenderse que se aplica en sentido negativo en esta teoría, pues parte de su razonamiento consiste en establecer por qué los artículos 729 y 730 no vendrían a constituir una excepción real a la regla general de la inscripción como requisito para adquirir los bienes muebles; aplicándose fundamentalmente la idea de Guastini que entiende que para que la regla particular prevalezca interpretativamente sobre la general, la primera debe en efecto exceptuar algún supuesto de aplicación de la última; si bien parece obvio, es sumamente relevante entender entonces que si se comprueba que la excepción no es genuina, no habría contradicción, y en consecuencia no cabría alegar solución en base a un criterio de especialidad; aún más considerando que la interpretación de reglas excepcionales siempre debe ser restrictiva, de modo que no puede extenderse su espectro normativo a parámetros que extiendan su tenor literal a pretexto de superponerse interpretativamente a la regla general[481].

b. Interpretación sistemática.

Alf Ross reconoce que si la contradicción tiene lugar entre disposiciones pertenecientes a una misma ley, queda salva la posibilidad del intérprete de dar solución a este problema interpretativo, recurriendo a elementos ajenos a las reglas en pugna. que le permitan superar plenamente la inconsistencia y mantener una armonía jurídica con el resto de las disposiciones; incluso pudiendo incurrirse en la valoración personal o discrecionalidad del intérprete[482].

Circunscribiendo este análisis al caso, esta teoría se inclina por dar solución al problema, interpretando las normas conforme a la denominada 'teoría de la posesión inscrita', es decir, mediante el conjunto de reglas y principios que orientan a la consideración de la inscripción registral como requisito, prueba y garantía de la posesión. Esto vendría a constituir una directriz superior que sustenta la legislación civil en su conjunto, y que trasciende a las reglas dirigidas estrictamente a la posesión. Esto queda de manifiesto en el mensaje de nuestro Código Civil, que establece los lineamientos generales que estructuran la legislación civil en su conjunto: '*La inscripción es la que da la posesión real efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título, no posee: es un mero tenedor. Como el Registro Conservatorio está abierto a todos, no puede haber posesión más pública, más solemne, más indisputable, que la inscripción. En algunas legislaciones la inscripción es una garantía, no solo de la posesión, sino de la propiedad; mas para ir tan lejos hubiera sido necesario obligar a todo propietario, a todo usufructuario, a todo usuario de bienes raíces a inscribirse justificando previamente la realidad y valor de sus títulos; y claro está que no era posible obtener este resultado, sino por medio de providencias compulsivas, que producirían multiplicados y embarazosos procedimientos judiciales, y muchas veces juicios contradictorios, costosos y de larga duración. No dando a la inscripción conservatoria otro carácter que el de una simple tradición, la posesión conferida por ella deja subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse por la prescripción competente*'. Lo anterior es una expresión de la

---

[480] Bobbio, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, ed. cit., cfr. págs. 354-358.
[481] Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, ed. cit., cfr. págs 130-131 y 133.
[482] Ross, A., op. cit., cfr. pág. 166.

prioridad o valor que el legislador civil pretende dar al sistema registral, el que no tendría sentido si se permitiera la posibilidad de adquirir la posesión de bienes inscritos sin previa inscripción que cancele la anterior; pues de lo contrario, el establecimiento de estos contenidos en el mensaje del Código Civil carecería de sentido alguno.

4.6.3. Prueba de la posesión (artículos 924 y 925 del código civil).

4.6.3.1. Planteamiento del problema y teorías que surgen.

Por su relevancia jurídica y precisamente por tratarse de una circunstancia de hecho, la posesión requiere ser probada. En este contexto, nuestro Código Civil dispone dos normas relativas a la prueba de la posesión, los artículos 924 y 925.

Artículo 924: *La posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción y mientras ésta subsista, y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla.*

Artículo 925: *Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos, de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión.*

A simple vista, ambas disposiciones atribuyen de forma contradictoria diferentes formas de probar o acreditar la posesión; aludiendo una, a que la posesión se prueba mediante la inscripción respectiva; y la segunda dispone que la posesión se prueba por medio de hechos materiales.

Habiendo expuesto lo anterior, cabe cuestionarse, ¿Cómo se supera esta inconsistencia? En doctrina se han establecido dos posturas que pretenden superar esta inconsistencia:

1. La primera postura entiende que la contradicción no es más que aparente, puesto que, ambas disposiciones regulan situaciones distintas. Se plantea en este sentido que el artículo 924 es aplicable a la prueba de la posesión de los derechos reales en general, excluyéndose el dominio; puesto que este derecho real se vería regulado de forma exclusiva por el artículo 925; justificando que es precisamente este derecho el que se puede probar con mayor facilidad por medio de los hechos materiales.

Este planteamiento encontraría sus fundamentos en los artículos 700, 715 y 916; puesto que estas disposiciones diferenciarían la situación jurídica de la posesión, del dominio, respecto del resto de los otros derechos reales; esta afirmación quedaría aún más de manifiesto si se analiza en particular la redacción del artículo 916 relativo a las acciones posesorias, que hace la distinción entre "la posesión sobre el inmueble" y la posesión de los otros derechos reales constituidos en éstos. Cabe precisar que esta tesis plantea que, respecto de la última disposición aludida, la expresión "bienes raíces" se estaría refiriendo al dominio.

Artículo 916. *Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos.*

2. La segunda teoría entiende también que el conflicto entre los artículos citados es de carácter eventual; sin embargo, a diferencia de la tesis ya descrita, plantean que la diferencia de supuestos de regulación no dice relación con la distinción entre el dominio y otros derechos reales; sino que lo relevante sería el estado de inscripción del inmueble. Así entonces, el artículo 924 sería aplicable a la prueba de la posesión relativa a inmuebles inscritos, se descarta en este caso, el planteamiento de la teoría, ya que el legislador no excluye al dominio, y siendo este un derecho real que debe inscribirse no habría motivos plausibles para entender que no se vería contenido en esa expresión. En contraposición, el artículo 925 se refiere a la prueba de inmuebles no inscritos, y esta se constituiría como una herramienta del legislador para facilitar la acreditación de posesión en los casos de que esta no cuente con una inscripción registral. Esta teoría es la que ha tenido una recepción mayor en nuestro sistema jurídico.

Esta posición se sostendría fundamentalmente en el artículo 686 del Código Civil, que haría referencia al requisito de inscripción conservatoria cuando lo que se busca es la tradición del dominio; aludiendo en el inciso inmediatamente siguiente a que dicha regla aplica también para otros derechos reales que se constituyan en los inmuebles. A lo anterior también se suma la regulación contenida en los artículos 724, 728 y 729 relativos a la posesión, y la distinción que se hace en estas disposiciones, diferenciando entre "inmuebles inscritos y no inscritos".

Artículo 686: *Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador.*

De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces, de los derechos de habitación o de censo y del derecho de hipoteca.

Acerca de la tradición de las minas se estará a lo prevenido en el Código de Minería.

4.6.3.2. Identificación de la inconsistencia y desarrollo.

Es necesario destacar que, en principio, existe contradicción entre los artículos 924 y 925, en lo relativo a la forma de acreditar la posesión. Al efectuar un análisis '*prima facie*' de las normas aludidas, es posible identificar una antinomia de doble naturaleza: una antinomia *en abstracto,* y una antinomia *total o absoluta.*

En primer lugar, respecto de análisis de las antinomias en abstracto, recordemos que Guastini las define como aquellas que surgen "*cuando, en sede de aplicación, se advierte que dos normas, que abstractamente no entran en conflicto, vinculan, no obstante, consecuencias jurídicas incompatibles aun mismo supuesto de hecho concreto*"[483]. Esto es así porque ante un mismo supuesto de hecho, que en el presente caso sería la posesión, se atribuye una manera de acreditarlas dos mecanismos, que resultan (al menos en una

[483] Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, ed. cit., pág. 127.

primera lectura) inconciliables; disponiendo una que la forma de probarla sería mediante la inscripción, y la otra mediante la prueba de hechos materiales. No es necesario llevar a un escenario de aplicación a estas disposiciones para poder observar que se presenta una incompatibilidad.

En segundo lugar, respecto de la inconsistencia absoluta o total, Alf Ross las define como aquéllas en que "*ninguna de las normas puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra*"[484]. En el presente caso se está ante dos normas que regulan la forma de probar la posesión; aludiendo, por un lado, el artículo 924 a la subsistencia de la inscripción registral; por otro lado, el artículo 925 dispone que la forma de probar la posesión es mediante la acreditación de hechos materiales. En este caso, en otras palabras, no es posible aplicar simultáneamente las hipótesis contenidas en las disposiciones citadas sin que exista entre ellas un conflicto total y recíproco respecto de las consecuencias jurídicas que derivan de su aplicación.

Ahora bien, como pudo observarse en el título anterior, al analizar la construcción misma de las teorías, es posible identificar que en ellas se plantea un tratamiento diferente al análisis en abstracto que se planteó anteriormente. En este sentido, para determinar cómo se identifican la pugna entre normas entre cada una de las teorías, es preciso analizar cada una por separado; esta idea será desarrollada en el punto siguiente.

4.6.3.3. Criterio de superación propuesto y argumento.

Una vez comprendido el tipo de antinomia producida por una lectura en abstracto, lo necesario es determinar cómo las posturas que surgen al respecto se orientan para superar esta aparente incompatibilidad que surge entre las aludidas disposiciones.

1. La primera de las teorías entiende que existiría más bien una antinomia de carácter total-parcial, por cuanto, plantea en términos generales que una de las normas sería aplicable a los derechos reales inscritos en general, y la otra disposición se referiría en particular a la prueba del dominio, que constituye un tipo de derecho real que debe inscribirse, pero al que se le otorgaría en particular un medio probatorio diferente. En términos simples, existe un contexto normativo común que es la prueba de la posesión, donde una de las normas está referida a la situación de los derechos reales y otra disposición solo respecto del dominio.

La profesora Miriam Henríquez entiende que las antinomias totales-parciales son aquéllas cuyos supuestos de hecho se estructura sobre una relación de regla general y particular; es decir, una de las normas dispone una situación genérica y otra de las normas regula un caso específico de la hipótesis general, atribuyéndole a esta situación particular una situación jurídica diferente a la regla común[485].

Ahora, en este caso no supone precisamente un conflicto de interpretación, por cuanto, según entiende esta postura, el propio artículo 925 daría a entender con la expresión "*de aquellos a que solo da derecho el dominio*", la especificación de aplicación

---

[484] Ross, A., op. cit., pág. 164.

[485] Véase Henríquez, M., *Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del Derecho constitucional chileno*, ed. et vol. cit.,

de dicho artículo respecto del dominio sería expresa, de modo que existiría un mandato real por parte del legislador de aplicar dicha disposición únicamente al derecho de propiedad.

Ahora bien, respecto de lo anterior no es menos importante preguntarse, si en los casos en que se está ante dos normas cuyo contenido sustantivo es contradictorio, pero una de ellas dispone expresamente un mandato de remisión o aplicación preferente respecto de una u otra, ¿Es correcto afirmar que existe una antinomia? ¿Hay realmente contradicción cuando son estas mismas reglas en conflicto las que mandatan una forma de solución? La doctrina no es precisamente clara al respecto. Ross, estima que en estos casos no existiría una antinomia genuina, "*sino una forma de expresión lingüística que puede ser parafraseada en una regla*"[486], es decir, es un mandato emanado del propio legislador. Por otro lado, Guastini entiende que este tipo de antinomias *parciales unilaterales* (como opta por denominarlas el autor) sí existe una antinomia fidedigna, toda vez que esta expresión de remisión o excepción que contiene una de las normas y que mandatan aplicar una u otra regla no es sino una manera de constar por expreso la resolución de un conflicto en razón del carácter de especialidad; en otras palabras, pese a que dicho mandato no conste por expreso, la *construcción jurídica* efectuada por el intérprete de la norma debería hacerlo llegar a una misma conclusión[487].

2. La segunda de las teorías no se estructura precisamente sobre la base de una superación de inconsistencia, entregando mecanismos para establecer cuál norma debe prevalecer en su aplicación respecto de la otra. Por el contrario, se plantea que el análisis de inconsistencia que se acaba de presentar no sería más que un conflicto aparente, y que, en base a un análisis lógico y sistemático, es posible afirmar que la pugna tiene lugar a nivel de interpretación de las normas y no en las disposiciones *per sé*.

Entendiendo esto, lo correcto es afirmar que esta tesis se inclina derechamente por estimar que no hay verdaderamente una antinomia; dado que los supuestos de hecho regulados por uno y otro artículo serían diferentes. Esto encontraría su fundamento en el concepto mismo de inconsistencia o antinomia; recordemos que a este respecto, Prieto Sanchís define una inconsistencia como "*aquel escenario en que el sistema imputa consecuencias jurídicas incompatibles a las mismas condiciones fácticas*"[488]; es decir, el requisito básico para la existencia de una antinomia es que las normas que se dicen entrar en conflicto deben regular un mismo supuesto de hecho o, como mínimo, que tengan un punto de regulación común.

Así las cosas, en el presente caso, la teoría plantea que en realidad los artículos aludidos no suponen un conflicto real por cuanto no regulan un supuesto de hecho común, sino que circunstancias fácticas absolutamente independientes. Por un lado, el artículo 924 regularía la situación de los inmuebles inscritos, y por otro lado, el artículo 925 regularía la situación de los inmuebles no inscritos; si se analiza desde un punto de vista práctico, analizado de esta forma no hay manera en que estas hipótesis se superpongan en ningún sentido; pues un inmueble puede estar inscrito o no.

Este razonamiento está en estrecha concordancia con el planteamiento de la teoría del derecho, que plantea que al analizar la contradicción entre dos normas, el intérprete

---

[486] Ross, A., op. cit., pág. 166.
[487] Guastini, R., op. cit., cfr. pág. 132-133.
[488] Prieto Sanchís, L., op. cit., pág.131.

mediante su razonamiento puede crearla o evitarla, con los matices que pueda presentar el caso que se analice. Así se ha establecido que *una antinomia puede (tal vez no siempre, pero ciertamente en muchos casos) ser evitada, o prevenida, mediante convenientes maniobras interpretativas. En el sentido de que los textos normativos pueden ser interpretados como si expresasen normas compatibles entre sí, de modo que no se presente ninguna antinomia*[489]. Precisamente lo que ocurre con el razonamiento de esta postura, es que la interpretación efectuada por sus adherentes es evitar o superar de antemano la contradicción aparente que surge entre las disposiciones.

Como un comentario final relativo a este conflicto, se reitera la crítica que han efectuado varios autores expertos en la materia, que entienden que estos conflictos normativos, tan complejos de solucionar, (al menos desde el punto de vista normativo) tienen su origen en la deficiente regulación; excesiva laxitud y oscuridad en los términos en que el legislador regula las reglas relativas a la posesión de los bienes. No es de extrañarse entonces que las interpretaciones relativas a estas reglas no sean sencillamente superables, dado que en ambos casos se encuentra un sustento normativo proveniente del mismo Código; incluso en algunos casos citando en base a las mismas normas, pero atribuyéndoles a cada una un sentido y alcance diferente.

4.6.4. Naturaleza del derecho adquirido por el fideicomisario con el cumplimiento de la condición.

4.6.4.1. Planteamiento del problema y teorías que surgen.

Como se sabe, el fideicomiso está definido en la siguiente disposición del Código Civil:

Artículo 733. *Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición.*

La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso.

Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria.

La translación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución.

A propósito del estudio de las partes que componen la propiedad fiduciaria se distingue entre el constituyente; el propietario fiduciario y el fideicomisario. El constituyente propietario del bien que dispone (desde la dimensión técnico-jurídica) de éste, o por testamento o por acto entre vivos, en favor de una persona a la que grava con la condición de restituirla a un tercero, si se cumple una condición. El propietario fiduciario es la persona que recibe el bien dado en fideicomiso, lo recibe del constituyente, y recibe en la forma en que el constituyente lo dispuso, sujeto al gravamen de traspasarlo a otro sujeto si se verifica la condición. El fideicomisario es a la persona que tiene la expectativa de llegar a ser dueño

---

[489] Guastini, R., op. cit., págs. 123-124.

del bien constituido en fideicomiso si se cumple la condición; es el tercero en cuyo beneficio se gravó el derecho del propietario fiduciario.

Tomando en consideración lo anterior, diversos autores han analizado las mutaciones jurídicas que tendría la estructura de la propiedad fiduciaria en el caso de faltar alguna de estas tres partes en algún momento de la conformación o desarrollo de este derecho real. Centrando el estudio en la figura del fideicomisario, el Profesor Peñailillo estima que debe distinguirse si éste falta antes o después de verse cumplida la condición[490].

Primero, si el fideicomisario falta antes de verse cumplida la condición y no existiendo sustitutos, al no constituir entonces más que una mera expectativa, se entiende que no existe transmisión alguna a sus sucesores, y de este modo, la propiedad sobre la cosa entregada en fideicomiso quedaría definitivamente radicada en el patrimonio del fiduciario. Ahora bien, de existir un sustituto, las expectativas se transfieren a éste, quien pasa a ser el nuevo fideicomisario; si llegasen a existir varios sustitutos entonces entrarán a regir las reglas sobre el acrecimiento.

En segundo lugar, si eventualmente el fideicomisario faltare una vez cumplida la condición surge una discusión en doctrina relativa a la naturaleza del derecho adquirido por el fideicomisario. Al respecto surgen dos teorías:

1° La primera tesis es apoyada por el profesor Fernando Rozas Vial; plantea que el instrumento en el que consta la constitución del fideicomiso viene a constituir un título traslaticio de dominio, es decir, un documento habilitante para la adquisición de la propiedad, no obstante, al disponer nuestro sistema jurídico de un modelo de transferencia y adquisición dual (título-modo); la sola concurrencia de la escritura de fideicomiso no bastaría para que el fideicomisario obtenga el dominio sobre la cosa; en circunstancias que debe operar el modo[491].

Así entonces, una vez acreditada la concurrencia de la condición, lo que adquiere el fideicomisario en realidad es el derecho personal para hacer exigible la transferencia del dominio sobre la cosa; acción personal que sería transmisible a los herederos.

2ª La segunda postura entiende que, una vez cumplida la condición, la cosa es adquirida por el solo ministerio de la ley por parte del fideicomisario; ello porque la sola constitución del fideicomiso otorga al fiduciario la propiedad de la cosa con el gravamen de entregar esta, a su vez, al fideicomisario en caso de verificarse la confición fijada[492]. Esto tendría justificación atendiendo al tenor literal del artículo 733, el cual hace referencia expresa a que el hecho determinante sobre el traspaso de la propiedad de un titular a otro en la propiedad fiduciaria está dado exclusivamente por el cumplimiento de la obligación; sin aludir entonces a otros elementos externos como podría ser la forma de tradir.

Así entonces, el efecto que produciría la ausencia de fideicomisario una vez cumplida la condición bajo esta postura, es que transfiere el dominio de la cosa íntegramente a sus herederos; en circunstancias que por la sola verificación de la condición,

---

[490] Peñailillo, D., *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*, ed. cit., cfr. pág. 865.
[491] Rozas Vial, F., Los bienes. Lexis Nexis, Santiago de Chile,1998, cfr. págs. 284-285.
[492] Chávez, Eric, *Práctica Forense: Acciones Protectoras y Limitaciones al Dominio*, Editorial Jurídica Aremi, Santiago, 2018, cfr. pág. 82.

el fideicomisario adquiere el derecho real de dominio sobre el bien, y deja de tener dicha calidad para constituirse simplemente como dueño de esta.

4.6.4.2. Identificación de la inconsistencia y desarrollo.

Expuestas las posturas que surgen a propósito de la naturaleza de derecho que adquiere el fiduciario al cumplirse la condición, es menester afirmar que en la presente discusión se identifica un conflicto interpretativo a propósito de las reglas relativas a la tradición de las cosas, particularmente en el caso de los inmuebles y el artículo 733, ambos del Código Civil. Ahora bien, dependiendo del punto de vista del que se analice, entre las normas aludidas es posible identificar dos tipos de inconsistencias: antinomia *parcial-parcial* y una *antinomia en concreto.*

Como ya se ha señalado en esta tesis, Alf Ross define las antinomias de carácter parcial-parcial como aquellas normas que se superponen en la regulación de un supuesto de hecho común al que atribuyen una consecuencia jurídica inconciliable, pero en que ambas normas mantienen un campo de regulación adicional independiente de la otra en la cual no entran en conflicto[493]. Se trata en este caso de una inconsistencia de carácter parcial-parcial, toda vez que las señaladas normas regulan un supuesto de hecho que a prima facie se considera diferente y sin relación directa.

Tratándose de las antinomias en concreto, recordemos que Guastini las define como aquellas contradicciones que tienen lugar en aquellos casos en que se presentan dos normas que aparentemente no suponen una pugna interpretativa, por regular campos conceptuales diferentes, pero que, al momento de emplear dichas normas sobre un supuesto de hecho en concreto, dicha aplicación normativa deriva en resultados contradictorios e inconciliables[494].

Por un lado, el artículo 724 dispone que respecto de los bienes cuya tradición debe efectuarse mediante inscripción no puede tradirse sino por esa vía. Por otro lado, el artículo 733 establece que el fiduciario adquiere la propiedad una vez verificada la condición pactada en el fideicomiso. Si se analiza desde un punto de vista interpretativo, en estricto rigor, la superposición de estas disposiciones no conlleva *per sé* problemas de interpretación.

Por ejemplo, si se constituye un fideicomiso respecto de un computador, una vez verificada la condición pactada, no sería complejo determinar si el fideicomisario adquiere el derecho de dominio directo por el solo hecho de que la condición se cumpla, o si adquiere el derecho personal de exigir la entrega, pues la tradición en este caso se confunde con la entrega, en circunstancias que el traspaso material bastaría para comprender el traspaso de propiedad. No obstante, no resulta del todo sencillo analizar la situación de los inmuebles, toda vez que la ley dispone para este tipo de bienes un régimen de tradición especial, que es la inscripción registral en el conservador de bienes raíces. De este modo, surge una discrepancia de orden interpretativa orientada a determinar qué tipo de derecho adquiere

---

[493] Ross, A., op.cit., cfr. págs 166-167.
[494] Guastini, R., op. cit., cfr. págs. 119-120.

el fideicomisario en estas circunstancias; al respecto, si se analiza conforme al tenor literal del artículo 733, el fideicomisario adquiriría el dominio del bien entregado en fideicomiso con la sola verificación de la condición; mientras que si se entiende este artículo subordinado a las reglas del artículo 724, entonces no bastaría verse la cumplida la circunstancia determinada en el contrato de constitución del fideicomiso, toda vez que el fideicomisario no adquiriría derecho real alguno respecto de la cosa sino hasta el momento de la inscripción.

4.6.4.3. Criterio de superación propuesto y argumento.

Expuesto lo anterior, cabe entonces preguntarse, ¿A cuál de las dos normas hay que recurrir para dar solución al conflicto interpretativo? Lo cierto es que la doctrina no ha ofrecido mayores herramientas para dilucidar la interrogante expuesta.

Por un lado se ha establecido que tratándose de antinomias de carácter parcial-parcial, el criterio de solución que permitiría sanear de mejor manera el problema sería el elemento cronológico; toda vez que en cuanto presupuesto de justicia, el elemento de temporalidad supone un avance y maduración del legislador que busca dar regulación a temas que en un primer momento quedaron excluidas o que quedaban sometidas a reglas en extremo generales, y en consecuencia responde a un proceso de racionalidad social de carácter lógico.[495] No obstante, en este caso no puede aplicarse el parámetro de cronología para entender que una norma prevalece interpretativamente por sobre la otra. Alf Ross afirma que estos escenarios normativos escapan a los instrumentos resolutivos tradicionales, de modo que, para dar solución al problema, el intérprete debe recurrir a elementos externos al texto o directamente fallar conforme a la valoración[496].

Comprendiendo lo anterior, una de las formas de abordar el conflicto al que se ha hecho extensa alusión, es recurrir a una interpretación sistemática y teleológica de las disposiciones citadas. En este contexto, en el mensaje del Código Civil, don Andrés Bello señala: "*La transferencia y transmisión de dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas, como he dicho, las servidumbres, exige una tradición; y la única forma de tradición que para esos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio. Mientras ésta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna*". En este contexto, pareciera que la intención del legislador en esta materia es que prime la inscripción, teniendo en consideración que la inscripción viene a cumplir una multiplicidad de funciones, por ejemplo: dar publicidad, seguridad jurídica a la propiedad; mantener la historia registral de los inmuebles; requisito de posesión y garantía de ésta.

Comprendiendo esto, no es posible afirmar que las reglas relativas al fideicomiso constituyen una excepción al principio de obligación de efectuar la tradición de los bienes inmuebles mediante la inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. Esto se reafirma con los postulados de Guastini relativos a la interpretación restrictiva de las reglas especiales o excepcionales; de modo que aun cuando el artículo 724 constituya una

---

[495] Bobbio, N., *Contribución a la teoría del derecho*, ed. cit., cfr. págs. 355-356.
[496] Ross, A., op. cit., cfr. pág. 167.

regla de orden general, y el artículo 733 un dispositivo acotado respecto de la propiedad fiduciaria, la interpretación de este último no puede hacerse en términos extensivos de su tenor literal[497].

Sin perjuicio de todo lo expuesto, es menester señalar que la contradicción que tiene lugar en esta discusión doctrinaria no tiene un carácter estrictamente normativo. En realidad, esta diferencia conceptual que surge entre ambas teorías, nace a propósito de una discrepancia en la interpretación gramatical de la expresión "*la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición*"; estimando algunos que este pasaje habilitaría a un traspaso directo del dominio una vez efectuada la condición, y estimando otros que lo que dispone el artículo 733, es que el cumplimiento de la condición constituye un título habilitante para adquirir, que le permitiría al propietario fiduciario exigir la tradición de la cosa que se entrega en fideicomiso.

4.6.5. Ficción legal de interrupción de prescripción.

4.6.5.1. Planteamiento del conflicto.

En materia de derecho común, uno de los casos más icónicos de ficciones jurídicas es aquélla que establece el artículo 731 del Código Civil, el que consagra que quien recupere su posesión por vías legales se entenderá que no la había perdido por el tiempo intermedio; es decir, para efectos legales se entenderá haber poseído durante el período que media desde la pérdida de la posesión hasta su recobro por parte del poseedor originario, siempre y cuando esta recuperación no se efectúe por acciones violentas o lesivas. En el contexto de la doctrina civil, resulta un tanto obvia la determinación que esta regla no viene sino solo a consagrar un ideario del legislador civil orientado a que los individuos no hagan justicia de propia mano ni deban en este contexto actuar mediante vías de hecho, a fin de reclamar aquello que se estima que fue arrebatado de forma ilegítima.

Así entonces, resulta interesante destacar que en materia de prescripción, el Código Civil contiene una regla muy similar al aludido artículo 731, pero en el contexto de la prescripción, esta norma es el artículo 2502 inciso final, el cual prescribe que si la recuperación de la posesión que hubiere estado en manos de otro, se efectúa conforme a las reglas relativas a las acciones posesorias que establece el Código, entonces se entenderá que jamás hubo interrupción. El tratamiento de este último articulo tiene bastante lógica, tomando en consideración que la determinación sobre la concurrencia o no de interrupción del plazo de posesión adquiere especial relevancia en materia de prescripción adquisitiva.

Artículo 731. *El que recupera legalmente la posesión perdida, se entenderá haberla tenido durante todo el tiempo intermedio.*

Artículo 2502: *La interrupción es natural:*

---

[497] Guastini. R., op. cit., cfr. pág. 133.

1º. Cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada;

2º. Cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona.

La interrupción natural de la primera especie no produce otro efecto que el de descontarse su duración; pero la interrupción natural de la segunda especie hace perder todo el tiempo de la posesión anterior; a menos que se haya recobrado legalmente la posesión, conforme a lo dispuesto en el título De las acciones posesorias, pues en tal caso no se entenderá haber habido interrupción para el desposeído.

Resalta a simple vista en este contexto que tanto el artículo 731 como el artículo 2502 inciso final, reiteran las mismas implicancias o consecuencias.

4.6.5.2. Identificación del problema interpretativo y criterio de superación.

En el presente caso, se presenta un conflicto jurídico relativo a que una misma situación de hecho es regulada por dos normas, las que conjuntamente le atribuyen a este supuesto una misma consecuencia jurídica; este conflicto en materia de argumentación jurídica, como ya se ha señalado varias veces a lo largo de esta tesis, es conocido como redundancia. Alf Ross define este fenómeno normativo como aquella situación en que "*una norma establece un efecto jurídico que, en las mismas circunstancias fácticas, está establecido por otra norma*"[498]; en términos simples, se entiende que existe una redundancia de normas cuando dos disposiciones reiteran una forma de regular un supuesto de hecho común.

En particular, la redundancia tiene lugar en caso de recuperarse la posesión por las vías legalmente establecidas, la ley asumirá para tales efectos que jamás operó la interrupción del plazo y que la posesión se detentó durante todo el tiempo en que el poseedor original se vio despojado de ella. Esta situación puede llevar a eventuales conflictos en sede interpretativa, especialmente en relación a cuál norma debe aplicarse, o si la resolución en base a algunas de las disposiciones aludidas resulta normativamente excluyente de la otra.

En este contexto cabe recordar la interrogante ya planteada desde el capítulo primero: ¿Son realmente las redundancias problemas interpretativos? Esta no es una interrogante ociosa y vale la pena ahondar en las diferentes posturas que surgen al respecto.

Por un lado, un sector de la doctrina se ha inclinado por concluir que las redundancias constituirían más bien un conflicto eventual y que tendría lugar no necesariamente por la redacción normativa, sino que puede surgir a propósito de la mera determinación de sentido del intérprete. Al respecto, Mantilla Espinosa entiende que, al momento de identificar una

---

[498] Ross, A., op. cit., pág. 168.

eventual redundancia entre dos normas, debe procurarse interpretar una de las normas de forma tal que no sea reiterativa en relación a la otra.[499]

Por otro lado, si se sigue un planteamiento formalista, las redundancias no tienen cabida, y su concurrencia tiene lugar debido a una errada actividad del intérprete que atenta con la construcción legislativa consistente en disponer cada norma con su significado individual propio; esto en teoría del derecho es conocido como "postulado del legislador económico"[500].

A diferencia del caso de lagunas normativas o de inconsistencias; la superación de redundancias no supone la aplicación de directrices lógicas o mecánicas que fijen estándares resolutivos. Mantilla Espinosa, afirma que para dar solución a las redundancias es menester que el intérprete recurra a otros criterios que otorguen indicios de qué norma es más pertinente aplicar al caso concreto; estos elementos pueden ser variados e incluso fundarse en la valoración y discrecionalidad[501]. De este modo sería pertinente aplicar criterios interpretativos como el teleológico, el psicológico, el histórico, el lógico, el sistemático, entre otros.

Circunscribiendo esta discusión al contexto de las normas de los artículos 731 y 2502 inciso final del Código Civil, lo cierto es que la discusión respecto de si una norma debe prevalecer respecto de la otra, no es del todo productiva; ello porque el contenido sustantivo desprendido de su tenor literal es en absoluto coincidente; de modo que resultaría indistinto, al menos en una lectura *prima facie*, que una norma sea normativamente preferente en relación a la otra.

Sin perjuicio de lo anterior, no es menos cierto que el artículo 2502 está contenido en el ámbito de la regulación de la prescripción adquisitiva; de modo que en base a una interpretación conforme al criterio sistemático, en su vertiente *sedes materiae*, permite afirmar que la disposición aludida da una solución normativa más contextualizada y precisa. Lo que ciertamente no supone que por este solo motivo sea improcedente la aplicación del artículo 731, para pretender que no se descuente el período de posesión para adquirir; resulta inevitable asociar este artículo con las reglas relativas a la prescripción adquisitiva.

4.6.6. Sobre la validez de las cláusulas de no enajenar.

4.6.6.1. Planteamiento del conflicto y teorías que surgen[502].

Es de general conocimiento el hecho de que el dominio como derecho real otorga al titular tres facultades: el uso, el goce y la disposición. Esta última constituye el poder del titular

---

[499] Mantilla Espinosa, Fabricio, *Interpretar": ¿aplicar o crear derecho? análisis desde la perspectiva del derecho privado*. En *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, n°33, 2009, cfr. págs. 537-597.

[500] Ezquiaga, F., op. cit., pág. 133.

[501] Ibidem, cfr. pág. 169.

[502] El contenido sustantivo del planteamiento del conflicto en este caso fue complementado con: Pinochet Olave, Ruperto, *Sobre la validez de las cláusulas de no enajenar: Un enfoque actual*. En Barcia Lehmann, R. (coord. y ed.), *Fundamento de Derechos Reales en el Derecho Chileno*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, págs. 259-284.

para transformar, transferir o destruir la cosa de la que se es dueño; puede comprender una disposición material o jurídica; en este sentido, se entiende por disposición jurídica la facultad de celebrar negocios jurídicos respecto del bien, siendo la más importante de ellas la enajenación; la doctrina ha reconocido que la facultad de disposición es aquella que distingue al dominio de otros derechos reales. En suma, uno de los principios fundamentales que rige el sistema civil en nuestro país dice relación con la libre circulación de los bienes o la libertad de comercio, directriz que además importa el hecho de que las personas son libres para adquirir y desprenderse de la propiedad libremente, mientras que dicho acto no esté prohibido por ley.

En consideración a lo anterior ¿Es posible concebir que el titular del dominio renuncie al atributo esencial del mismo, como lo es la facultad de disposición? ¿Hay maneras en que una persona sea titular del dominio de una cosa, pero se vea impedido de ejercer la facultad de enajenarla. Se han planteado distintas posiciones doctrinarias:

1. La primera teoría se muestra favor de la validez de estas cláusulas, fundamentan su posición en los siguientes puntos:

1a. Autonomía de la voluntad e inexistencia de la prohibición legal: En derecho privado, las personas pueden ejercer su voluntad y realizar los pactos que quieran, mientras que no estén prohibidos por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, la autonomía de la voluntad como principio general del derecho civil, sumado a la inexistencia de una prohibición expresa y general de celebración de estos pactos, llevan a concluir que estas cláusulas serían válidas.

1b. La posibilidad de desprendimiento de todos los atributos y facultades que otorga el dominio: Si el dueño puede desprenderse de todas las facultades del dominio cuando enajena, nada le impediría desprenderse de alguna de ellas. El argumento se rige por el razonamiento de "*Quién puede lo más, puede lo menos*", es decir, bajo el prisma argumentativo de criterio a fortiori en su vertiente a *maiori ad minus.*

1c. Posibilidad legal de renunciar a los derechos que miren el interés propio y mientras no afecten a terceros. El artículo 12 permite la renuncia de un derecho siempre que miren al interés particular del renunciante. Si el derecho de dominio es parte del interés particular del titular del mismo, procedería absolutamente la renuncia.

1d. El artículo 53 N°3 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces permite la inscripción de cláusulas convencionales que limiten o prohíban la facultad de enajenar: este artículo reconocería expresamente la posibilidad de inscribir limitaciones o prohibiciones convencionales al libre ejercicio de la facultad de enajenar.

Teniendo estos puntos en consideración, es posible afirmar que esta teoría conoce un marco de validez amplio para las cláusulas de no enajenar. Sin embargo, si se entiende que estos pactos son procedentes, cabría preguntarse entonces ¿Cuál sería la sanción ante el incumplimiento de estas cláusulas válidas? Sobre la interrogante surgen dos posturas:

Por un lado, hay quienes señalan que hay objeto ilícito, porque la cláusula de no enajenación sería semejante a un embargo, por lo cual procedería aplicar el artículo 1464 N°3 del Código Civil en lo relativo al objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas. Sin embargo, esta postura es criticada, principalmente porque la nulidad

absoluta mira al interés general. Por otro lado, y en razón precisamente de esta última crítica, otro sector de la doctrina que también adhiere a la validez entiende que la cláusula de no enajenar impone una obligación de no hacer; en consecuencia, de infringirse esta obligación el afectado tendría dos posibilidades, primero si se tratase de un contrato bilateral, procedería entonces exigir la resolución del contrato; y segundo, si la resolución no fuere posible, queda a salvo para el contratante solicitar la correspondiente indemnización de perjuicios conforme describe el artículo 1555 del Código Civil.

2. Una segunda teoría se manifiesta en contra de la validez de este tipo de cláusulas[503],

2a. Principios generales y carácter de normas cautelares de la facultad de disposición: La legislación civil se estructura sobre el principio de la libre circulación de los bienes, y el derecho de dominio conlleva inherentemente la facultad de desprenderse de la titularidad de este, conforme dispone el artículo 582.

2b. La existencia de autorización de la cláusula en ciertos casos: Si el legislador autoriza la cláusula en ciertos casos y no como regla general, es evidencia de que la cláusula no puede pactarse de forma libre, sino que constituiría una regla de excepción, y por consiguiente su interpretación debe ser restrictiva.

2c. Artículo 582 y el artículo 1810: El artículo 582 plantea que se puede disponer libremente del dominio, salvo contra ley o derecho ajeno. Y el artículo 1810 permite vender todas las cosas cuya enajenación no esté "prohibida por ley". En este sentido la cláusula de no enajenar no tendría valor, ya que su origen tendría un carácter meramente convencional.

Luis Claro Solar entiende que este tipo de pacto adolecería de objeto ilícito, pues constituye una cláusula convencional que limita la facultad de disposición del dominio sin origen legal, en circunstancias contravendría el ordenamiento jurídico por no cumplir con los estándares normativos exigidos por el artículo 1810.

3. Una tercera teoría se manifiesta a favor de otorgar un valor relativo a las cláusulas de no enajenar. En este sentido, se aceptan que puedan establecerse convencionalmente las cláusulas de no enajenar, pero sólo por un período de tiempo, es decir aquellas que no imponen una prohibición perpetua o de largo tiempo; y siempre y cuando se justifiquen por un interés legítimo para establecerlas. Es decir, no tendría ningún valor una cláusula perpetua, o una cláusula temporal pero que no protegiese un interés legítimo; en ambos casos se entenderían las cláusulas por no escritas.

¿En qué se basa esta postura para otorgar un valor relativo a las cláusulas de no enajenar? En lo que dispone el artículo 1126 siendo una prescripción específica en materia de sucesión y de un tipo de asignación, los legados.

Art. 1126. *Si se lega una cosa con calidad de no enajenarla, y la enajenación no comprometiere ningún derecho de tercero, la cláusula de no enajenar se tendrá por no escrita.*

Se entiende que solo tiene valor la cláusula si está destinada a proteger el interés legítimo de un tercero, de lo contrario no tiene ningún valor. Esta es una norma específica y exclusiva respecto de los legados, pero los autores le dan un carácter general, porque

---

[503] De la Maza, I. (2012). Pp. 190.

de alguna manera a través de la aceptación de la validez de las cláusulas de no enajenar, se genera un equilibrio entre dos principios reconocidos por el ordenamiento jurídico civil: la autonomía de la voluntad y la libre circulación de los bienes.

Para esta teoría, las cláusulas de no enajenar válidas tienen un carácter de obligación de no hacer. Y por tanto un eventual incumplimiento habilitaría al afectado a interponer una acción de indemnización de perjuicios, porque ya no se puede destruir lo que se hizo conforme al artículo 1555; y si el incumplimiento es grave se podría recurrir a la condición resolutoria tácita del contrato (en caso de ser bilateral) conforme al artículo 1489.

4.6.6.2. Identificación del problema interpretativo.

Ciertamente, resulta particularmente complejo abordar esta discusión desde una perspectiva argumentativa, toda vez que existen diversas interpretaciones centradas en focos diversos, abordando cada una de ellas una temática diferente y planteando conflictos particulares. Para efectuar un análisis centrado en el estudio de la argumentación jurídica y en particular sobre la superación de los problemas de interpretación a nuestro juicio resulta mucho más conveniente efectuar un estudio separado de los conflictos de interpretación y las respectivas soluciones que brindan cada una de las posturas en la materia.

1. Tesis a favor de la validez de las cláusulas de no enajenar: Esta tesis propone un planteamiento que dispone dos eventuales conflictos interpretativos. Por un lado, la invocación del artículo 12 del código civil; y por otro lado la consideración del artículo 53 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces. Cabe hacer la precisión de que ambas normas entrarían en contradicción con las reglas del artículo 1810 del código civil.

Se presenta una antinomia de carácter total-parcial entre los artículos 12 y 1810 del Código Civil. Prieto Sanchís, define este tipo de inconsistencias como aquélla que se produce entre dos normas en las que una de ellas es absolutamente incompatible con la otra, mientras que la segunda mantiene un ámbito de aplicación que no entra en conflicto con la primera[504].

En este sentido, esta postura alega que el código establece una posibilidad de renuncia de derechos en aquellos casos en que el acto mire exclusivamente al interés del renunciante y que no esté prohibido por ley; razón por la cual una persona podría renunciar a su derecho de enajenar un bien del cual es titular si esto no afecta a terceros y si no hay ninguna norma que impida la autonomía para convenir una prohibición de enajenar, entonces se da a entender que constituye un derecho renunciable. No obstante, la presente norma entra en conflicto con el contenido del artículo 1810, pues este artículo hace referencia a que no puede prohibirse la enajenación de las cosas sino por disposición de ley, lo que se entiende como una prohibición implícita. Se entiende que la contradicción en este caso es de carácter total-parcial, porque una norma dispone una regla de carácter general que es la posibilidad de renuncia de un derecho en cuanto la ley no prohíba, no obstante, como se señaló anteriormente, el artículo 1810 constituye una regla implícita que impide la prohibición de

---

[504] Prieto Sanchís, L., op. cit., cfr. pág. 133.

enajenar si no es por vía legal; de modo que en relación a la primera norma se plasma como una norma de carácter excepcional.

En segundo lugar, entre el artículo 53 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces y el aludido artículo 1810 del Código Civil se aprecia una antinomia de carácter parcial-parcial. A este respecto, Ross define estas inconsistencias como aquellas que tienen lugar entre dos normas que regulan un supuesto de hecho al cual le atribuyen consecuencias jurídicas inconciliables, pero al mismo tiempo, ambas normas tienen un campo de aplicación adicional que no entra en conflicto con la otra[505]. En este sentido, se entiende que hay una contradicción parcial entre ambas normas ya que dispone una serie de fuentes de prohibición o limitaciones entre las cuales dispone las cláusulas convencionales; lo que entre en abierta contradicción con la idea que dispone el artículo 1810 en relación a que las prohibiciones de enajenar deben constar por ley; no obstante, la disposición del aludido reglamento también hace referencia a '*impedimentos o prohibiciones legales*', circunstancia en la cual no constituiría una regla incompatible, sino más bien una reiteración o especificación.

Sobre la invocación del artículo 53 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, alegando el hecho que constituye una regla especial en relación al artículo 1810 del Código Civil, es menester señalar que surge otro tipo de contradicción, pero no entre normas jurídicas, sino que entre criterios resolutivos; puesto que si se resuelve conforme al criterio de especialidad, se entenderían lícitas las clausulas de no enajenar, pero aplicando el criterio de jerarquía, entonces debería entenderse que las reglas del Código prevalecen en relación a las del reglamento, por cuanto las primeras tendrían rango de ley. Este tipo de contradicción se conoce como 'antinomias de segunda clase'; Prieto Sanchís las define como aquella antinomia que, en virtud de la naturaleza de las reglas que las provocan hacen procedente la superación conforme a más de un criterio resolutivo de inconsistencias, derivando cada una de ellas en un resultado inconciliable o contradictorio, es decir, en términos simples define una antinomia de segundo grado como la contradicción que se produce a nivel de aplicación de criterios resolutivos[506].

2. Tesis contra la validez de las cláusulas de no enajenar: Esta postura estructura un razonamiento que presenta principalmente un conflicto interpretativo; la alegación de regulaciones especiales que autorizan la prohibición de enajenar.

Sobre el primer conflicto, lo que alega particularmente Claro Solar es que el legislador ha contemplado casos particulares y excepcionalísimos relativos a la prohibición de enajenar, y ejemplo de ello sería el artículo 751 inciso segundo, en lo relativo al impedimento de enajenar la propiedad fiduciaria cuando así lo hubiere establecido el constituyente. Esto conlleva una interpretación en sentido negativo del criterio de especialidad, vale decir, si el legislador dispone casos especiales en que se habilita la prohibición de enajenar, no puede afirmarse que esta limitación a la facultad de disposición constituya una regla de carácter general.

3. Respecto de la interpretación que se efectúa del artículo 1126 del Código Civil y la posibilidad de aceptar la validez relativa de la cláusula de no enajenar, si bien la conclusión parece jurídicamente aceptable, el razonamiento efectuado respecto de la regla relativa a

---

[505] Ross, A., op cit., cfr. pág. 164.
[506] Prieto Sanchís, L., op. cit., cfr. pág. 139.

los legados resulta cuestionable desde el punto de vista argumentativo, puesto que otorga un valor general a la estructura normativa de una regla de carácter excepcional. Este punto se desarrollará de forma más pormenorizada en el apartado siguiente.

4.6.6.3. Criterio de solución y argumentos.

A continuación, se analizará la solución desde el punto de vista teórico de cada uno de los conflictos reconocidos en el apartado anterior. Finalmente se hará un comentario respecto de cuál de las soluciones propuestas otorga una respuesta jurídica más satisfactoria.

1. Respecto de la inconsistencia de carácter total-parcial que surge entre los artículos 12 y 1810 ambos del Código Civil; es menester señalar que al tratarse de una inconsistencia de tipo parcial unilateral entre reglas que gocen de una misma jerarquía normativa, lo más pertinente es resolver el conflicto en base al criterio de especialidad[507]. De este modo, si existe una norma relativa a los efectos de la ley en general, esta debe ceder interpretativamente a los supuestos que pudiese regular una norma prescrita particularmente al caso de la compraventa.

A lo anterior se pueden agregar los planteamientos de Ross relativos a la forma de superar las antinomias parciales que surgen dentro de una misma ley; al respecto, el autor señala que en general las normas de excepción de esta naturaleza se identifican por mandatos de remisión expresos del legislador, quien utiliza frases como "*a excepción de*" "*salvo en los casos de*", etc.; de modo que la aplicación de la regla especial no sería otra cosa sino una aplicación de un criterio resolutivo lógico y anticipado por parte del legislador; al punto que se cuestiona si estos casos constituyen realmente una antinomia, o si en realidad son, como ya se señaló una mera regla de remisión[508]. Sobre esta última idea, Guastini difiere y entiende que, aunque el legislador hubiere manifestado una forma de sanear la incompatibilidad normativa en la redacción misma de las reglas no quita la naturaleza de inconsistencia, la única particularidad que existiría es que su resolución tendría lugar en sede de "construcción jurídica", en el que se adopta un criterio resolutivo de forma anticipada[509].

2. Sobre la inconsistencia producida entre el artículo 53 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces y el artículo 1810 del Código Civil, es menester resolver el conflicto desde dos puntos de vista, primero en razón de la jerarquía diferenciada entre las normas y respecto de la especialidad de los cuerpos normativos que las contienen.

2a. Si se analiza el punto de vista jerárquico, debe entenderse que el conflicto se resuelve conforme al contenido del artículo 1810 del que se infiere que la prohibición o limitaciones en la enajenación pueden estar prescritas únicamente por ley; no siendo procedente entonces que las personas puedan pactar limitaciones convencionales no autorizadas por ley, como dispone el artículo 53 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces. En

---

[507] Guastini, R., op. cit., cfr. págs. 131-132.
[508] Ross, A., op. cit., cfr.165-166.
[509] Guastini, R., op. cit., cfr. págs 133-134.

este sentido, resulta indiscutible que las disposiciones legales son jerárquicamente superiores a las normas reglamentarias, y en consecuencia estas últimas deben ceder interpretativamente ante las primeras.

2b. Ahora bien, analizando el conflicto conforme a las reglas de especialidad, queda fuera de toda discusión el reconocer que el Código Civil es la norma general y, en cambio, el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces constituye un cuerpo normativo particularmente aplicable a materia registral; en consecuencia, si se resuelve el conflicto en base al criterio de especialidad, tiene preferencia el reglamento.

Este fenómeno interpretativo se conoce como antinomia de segunda clase, y como se estableció anteriormente, consiste en que el plano de contradicción trasciende lo sustantivo y se extiende a los efectos de los criterios resolutivos aplicables al caso en concreto. Así entonces, cuando la contradicción tiene lugar en los elementos jerárquico y de especialidad se hace particularmente complejo resolver; por el hecho de ser los parámetros más 'objetivos'. A priori el ejercicio debe inclinarse casi siempre por resolver el conflicto conforme a las reglas de mayor jerarquía, toda vez que este parámetro se enfoca en la comparación de la fuerza normativa de las normas en pugna. Prieto Sanchís afirma que una interpretación contraria a este principio haría suficiente la creación de una serie de reglas particulares para derogar las generales[510].

3. En lo que respecta a la posición que considera que el Código Civil, como norma general, niega la posibilidad de prohibir la enajenación, en razón del establecimiento de casos particulares en que sí se habilitan, reconociendo estas últimas como casos excepcionales, se puede precisar que constituye una resolución en base al criterio de especialidad, pero en un sentido negativo, es decir, en lugar de aplicarse la lógica de "si un caso puede normarse conforme las reglas generales y reglas particulares, deben priorizarse la solución en base a estas últimas", se aplica un razonamiento en el sentido de "todos los hechos que no constituyan reglas especiales, quedarán sujetos a la regulación general que disponga la ley". Este argumento puede analizarse así mismo bajo dos supuestos, uno puramente jurídico y uno puramente lógico.

3a. Desde un punto de vista puramente jurídico, la interpretación no resulta del todo errada, toda vez que respondería a una lógica inversa del criterio de especialidad, que guardaría relación con la regla general reconocida en doctrina que dice relación con la interpretación restrictiva de las reglas especiales, de modo que si el supuesto en estudio no cumple con los estándares establecidos para contravenir o exceptuar parcialmente la regla general, no puede no aplicarse esta regla alegando razones de especialidad.

3b. Desde un punto de vista formal, la interpretación es más discutible, pues se constituye una falacia en el razonamiento lógico, particularmente un "falso silogismo disyuntivo"[511], aplicando la lógica de "*se aplica una regla general o una particular, el código establece casos específicos de prohibición de enajenar, entonces, la regla general es que se prohíba*".

---

[510] Prieto Sanchís, L., op. cit., cfr. pág. 140.

[511] Portillo Fernández, Jesús, *El uso de las falacias en la comunicación absurda*. En *Logos: Revista de Lingüística, Filosofía y Literatura*, Universidad de La Serena, La Serena, Vol. 28, Núm. 2., 2018, pág. 445.

Lo anterior puede derivar en resultados equívocos, considerando que la doctrina reconoce que las normas particulares pueden constituir tanto excepciones como especificaciones, de modo que las reglas de relación "general-particular" no conllevan siempre la estructura de una disyunción excluyente[512]. En tal caso, si la norma particular se manifiesta a favor de una prohibición de enajenar, el razonamiento no sería correcto, pues constituiría una norma redundante en relación a la general.

Expuesto estos dos elementos se da a entender que si bien suele ser un argumento muy utilizado y calificable incluso como altamente persuasivo, su procedencia resulta a lo menos discutible desde el punto de vista formal.

4.7. Problemas de concurrencias de normas en la teoría del negocio jurídico.

4.7.1. Venta y enajenación de cosas embargadas.

4.7.1.1 Planteamiento del problema y teorías que surgen.

El derecho privado chileno se estructura sobre la base de la libre disposición de los bienes; por lo que una persona es libre de poder desprenderse total o parcialmente de los atributos que otorga el dominio sobre una cosa, salvo en los casos en que la ley limite o prohíba esta facultad en circunstancias específicas. Ejemplo de estas normas limitadoras de la facultad de libre disposición es el artículo 1464 del Código Civil, el que dispone que hay objeto ilícito en la enajenación, como forma de disposición jurídica, de los bienes que ahí se señalan.

Sin perjuicio de lo anterior, hay discusión en la doctrina civil respecto de si esta prohibición de enajenar se extiende o no a la venta de los bienes contenidos en el aludido artículo 1464. Esto teniendo en consideración que el artículo 1810 del mismo cuerpo normativo, el que condiciona la validez de la venta de las cosas, en cuanto a que la enajenación de estas no se encuentre prohibida por ley.

Artículo 1464: *Hay un objeto ilícito en la enajenación:*

1º. De las cosas que no están en el comercio;

2º. De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona;

3º. De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello;

4º. De especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio.

Artículo 1810: *Pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales, cuya enajenación no esté prohibida por ley.*

En lo particular, la doctrina ha planteado dos alternativas de interpretación de las disposiciones citadas: una que propone la prohibición de venta en virtud del tenor literal del

[512] Guastini, R., op. cit., cfr. págs.129-130.

artículo 1810; y la segunda que dispone que no se cumplen los presupuestos de exclusión contenidos en la disposición citada.

1. La primera postura plantea que el artículo 1464, debe analizarse siempre en armonía con el artículo 1810, que consagra la libertad de venta de las cosas cuya enajenación no se encuentre prohibida por ley. El Profesor Peñailillo entiende que la voz "enajenación" dispuesta en nuestro Código Civil, en un sentido estricto, constituye la facultad de un individuo para transferir el dominio, y en un sentido amplio, para constituir otros derechos reales sobre la cosa; en este sentido, la venta no constituye un principio de enajenación, sino más bien supone un *'título habilitante para'* transferir el dominio[513].

Comprendiendo esto, cabe señalar que la distinción entre venta y enajenación tiene por exclusiva finalidad el entender que ambos conceptos aluden a instituciones jurídicas diferentes. Al respecto Hernán Corral, citando a Alessandri, describe que *"un contrato de compraventa celebrado, por ejemplo, respecto de un inmueble embargado, no adolece de objeto ilícito, según las reglas del artículo 1464; no obstante, tampoco se considera válido puesto que su enajenación se encuentra prohibida, debiendo entonces aplicarse para este caso las disposiciones del artículo 1810."*[514].

2. La segunda teoría circunscribe su análisis al carácter de las normas contenidas en los numerales del artículo 1464. En este sentido, se entiende que la prohibición de la venta en los términos señalados en el artículo 1810 del Código Civil, resulta plenamente aplicable a los dos primeros numerales del artículo 1464, por cuanto, estos son los únicos que plasman un veto absoluto e incondicionado a la enajenación de las cosas que ahí se disponen. A este respecto Velasco, entiende que los numerales tres y cuatro relativos al objeto ilícito de la enajenación, no constituyen normas plenamente prohibitivas, por cuanto su mandato no está orientado en un 'no hacer algo', sino más bien en un 'hacer algo sólo bajo ciertos requisitos', de este modo no se satisface el requisito de excepción que establece el artículo 1810 en lo relativo a la prohibición de venta.

Así, por ejemplo, un contrato de compraventa celebrado por quien detenta un bien embargado en procedimiento ejecutivo, que cuenta con autorización del juez para tal efecto y cuya inscripción se produzca posterior al alzamiento del mismo, no es nulo, por cuanto cumple con los presupuestos legales que habilitan a enajenar excepcionalmente los bienes embargados judicialmente; esto haría improcedente la aplicación del artículo 1810 del Código Civil, puesto que esta postura comprende que esta disposición como presupuesto de excepción a la autorización de venta , y no una habilitación condicionada. Esto se vería reforzado con el artículo 1466 C.C.

4.7.1.2. Identificación de la inconsistencia y desarrollo.

---

[513] Peñailillo, D., *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*, ed. cit., pág. 133.

[514] Corral Talciani, Hernán, *Compraventa de cosas embargadas*. En *El Mercurio Legal*. 13 de enero de 2015. Disponible en: https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=903610&Path=/0D/C9/. Fecha de última consulta: 23 de noviembre de 2020.

Desde la perspectiva de la argumentación jurídica, este problema resulta particular, por cuanto presenta un doble conflicto o antinomia; primero, respecto de los artículos 1464 y el artículo 1810; y segundo, una antinomia dentro del mismo artículo 1464, específicamente en los numerales 3º y 4º. En ambos supuestos se produce una inconsistencia de carácter total-parcial ,esto supone que se está ante una regla que dispone de un mandato de orden general y otra cuyo hecho condicionante es un caso específico de la primera, en este caso, constituyéndose la regla particular como una excepción de la general[515].

En primer lugar, respecto de la inconsistencia producida entre los artículos 1810 y 1464. La primera de ellas constituye una norma de orden general respecto de la cual se infiere, por un razonamiento *a contrario sensu,* que la enajenación está permitida y que los casos en que se prohíban son excepcionales y deben estar establecidos por ley; y por otro lado, hay una ley que dispone casos específicos en que los actos que constituyan la enajenación de ciertos bienes constituye objeto ilícito y por consiguiente son absolutamente nulos.

En segundo lugar, el artículo 1464 en sus numerales 3 y 4, prescriben que la enajenación en los casos de bienes embargados judicialmente o aquellos que son objetos de un litigio, adolece de objeto ilícito; pero acto seguido, las mismas disposiciones describen algunos requisitos, que en el caso de cumplirse, hacen lícita la posibilidad de enajenar los bienes señalados.

Este tipo de antinomia no supone un mayor conflicto interpretativo a la hora de determinar cuál de las normas en pugna debe ser aplicable. Guastini al respecto, entiende que pese al hecho de que las inconsistencias relativas a especialidad (*o excepciones, como prefiere denominarlas*) son argumentativamente genuinas, se fundan en un razonamiento lógico de complementación y accesión a la norma de rango general, lo que supone implícitamente un criterio de preferencia de la norma particular[516]. Esto se complementa con las ideas de Bobbio, quien entiende que el fundamento de existencia de las normas en relación de regla especial y general es que la norma particular es una hipótesis creada por el legislador, para un caso en concreto, en consecuencia, debe entenderse que su voluntad es que esa hipótesis especial no se vea regulado por las hipótesis.

Ahora bien, como se desprende del análisis genérico que anteriormente se presentó de las teorías que surgen para estos efectos, es menester señalar que el presente conflicto interpretativo no surge respecto de cuál norma debe ser invocada de preferencia sobre la otra'. Más bien, el conflicto tiene lugar en la determinación de si se cumplen o no los presupuestos que dispone la norma especial para hacerse preferentemente aplicable respecto de la general. [517].

Para sintetizar este punto, en términos simples, la discusión surge a partir de la determinación sobre la naturaleza de los numerales tres y cuatro del artículo 1464, especialmente en lo relativo a si estos constituyen o no una norma prohibitiva, en los términos que dispone el artículo 1810, para determinar si se cumple o no el presupuesto de

---

[515] Ross, A., op. cit., cfr. pág. 165.
[516] Guastini, R., op. cit., cfr. pp. 132-133.
[517] Bobbio, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, ed. cit., cfr. pág. 358-359.

exclusión de enajenación y así determinar si es válida o no la venta de las cosas contenidas en estas disposiciones. Esto será discutido con mayor profundidad en el punto siguiente.

4.7.1.3. Criterio de superación propuesto y argumentos.

Como se desprende del análisis anterior, es menester señalar que el presente conflicto interpretativo no surge respecto de cuál norma debe ser invocada con preferencia sobre la otra. Más bien, el conflicto tiene lugar en la determinación si se cumplen o no los presupuestos que dispone la norma especial para hacerse preferentemente aplicable respecto de la general.

Expuesto lo anterior cabe preguntarse, ¿Existe realmente un conflicto normativo si ambas posturas, en definitiva, justifican sus teorías en base a las mismas disposiciones legales, y siendo el único punto divergente la interpretación que se tiene de ellas? No deja de ser una pregunta interesante desde el punto de vista argumentativo. Guastini, comprende que las inconsistencias no sólo suponen un conflicto interpretativo en lo relativo a la solución o superación de éstas, como se concibe tradicionalmente; sino que también extiende la importancia de la actividad interpretativa en la génesis de la misma contradicción. De este modo, entiende que las normas se constituyen (con mayor o menor frecuencia) como disposiciones equívocas, es decir, susceptibles de diversas interpretaciones; esto ciertamente trae como consecuencia el entender que las antinomias no se producen exclusivamente con la sola invocación de normas cuyo contenido sustantivo o cuyas implicancias fácticas derivadas de su aplicación, resultaren incompatibles; sino que también normas que en abstracto pueden parecer compatibles, al tomar un determinado sentido y alcance producto de la actividad del intérprete, éstas podrían derivar en una contradicción[518]. Circunscribiendo esta materia al caso de estudio, la antinomia producida en la presente discusión doctrinaria surge precisamente por las diferentes interpretaciones que surgen entre ambas posturas, particularmente en lo relativo a la naturaleza de norma prohibitiva o imperativa de requisitos que dispone el artículo 1464 en sus numerales tercero y cuarto sobre lo relativo a la prohibición de enajenar.

Ahora, sobre esta discusión cabe cuestionarse ¿Por qué es necesario determinar la situación jurídica de la enajenación, si el meollo del asunto radica en la eventual posibilidad de venta? Porque el artículo 1810 precisamente condiciona, mediante una disposición de orden general, la libertad de venta de las cosas corporales e incorporales, siempre y cuando la enajenación de éstas no esté prohibida. Entonces, entendiéndose también que la enajenación, salvo disposición que diga lo contrario, se encuentra permitida; es necesario determinar primero si es posible enajenar, para después determinar si la venta es válida.

Analizando lo anterior desde un punto estrictamente argumentativo, la discusión se presenta en determinar si la norma que se dice especial cumple o no los requisitos normativos que dispone la regla general, particularmente en lo relativo a la condición de aplicación preferente que precisamente prescribe esta última, que es el carácter prohibitivo de la norma. En otras palabras, lo que se está haciendo en definitiva es razonar sobre la base de si se satisface o no el criterio de especialidad que dispone el artículo 1810 en su

---

[518] Guastini, R., op. cit., cfr. págs 122-124.

parte final, y de esta forma determinar si resulta admisible o no la venta de las cosas cuya enajenación no se encuentra permitida. Esto es fundamental si se entiende que estamos ante una inconsistencia de carácter total-parcial; a este respecto Prieto Sanchís entiende que la resolución en base al criterio de especialidad tiene como requisito precisamente el que la norma en conflicto que se dice particular regule en concreto una situación de hecho no dispuesta en la regla general, pero que en abstracto sí pueda verse contenido en esta última[519]; de modo que si no se cumple con este presupuesto, debe simplemente aplicarse la norma general, o bien recurrirse a otro criterio.

Para comprender cómo se construye esta discusión desde el punto de vista argumentativo, es necesario analizar cada postura por separado:

1. La primera teoría entiende que la venta de las cosas corporales e incorporales, según el tenor literal, está condicionada a la posibilidad que éstas tienen de enajenarse o no; prohibición que debe entenderse en su sentido negativo, es decir, como un "no permitido"; que es precisamente lo que regula el artículo 1464 en todos sus numerales. Somarriva, a este respecto, señala: *"[...]es un hecho innegable que el art. 1464 prohíbe la enajenación de estos bienes. La circunstancia de que la enajenación sea posible con la autorización del juez o del acreedor, no le quita al precepto el carácter de prohibitivo, porque al concederse esa autorización puede perfectamente sostenerse en doctrina que cesa el embargo, ya que por la autorización judicial o del acreedor el bien vuelve al comercio jurídico de donde había salido por la traba de embargo. En seguida, cierto es que la ley es prohibitiva cuando no permite que el acto se celebre bajo ningún requisito ni condición como son los casos de los arts. 1796 y 412 inciso 2° del C. Civil. Pero si así se resuelve es para estudiar la sanción que se sigue de la infracción a la ley y cuando ella no esté expresamente contemplada y sea necesario recurrir al artículo 10. Pero éste no es el caso del art. 1464, ya que en él la sanción no emana de la prohibición, sino del mismo artículo que indica que en los casos que en él se expresan hay objeto ilícito. Y entonces resulta claro por la relación que existe entre este artículo y el 1810, que también existe objeto ilícito en la venta de los bienes embargados o litigiosos*[520].

De este modo, esta teoría entiende que el artículo 1464 en todos sus numerales cumple con los requisitos de prohibición de enajenar contenidos en el artículo 1810, y, por consiguiente, al entenderse prohibida la enajenación de éstos, también debe entenderse que hay objeto ilícito en su venta. En términos simples, se reconoce que se cumplen los presupuestos de excepción contenidos en el artículo 1810, y por consiguiente resulta aplicable en relación de prohibición de enajenación de los numerales 3 y 4 del 1464, y por ello hay objeto ilícito en su enajenación[521].

2. La segunda teoría dispone, por otro lado, que la prohibición de enajenar, contenida en el artículo 1810, no resulta extensible a los bienes contenidos en los numerales 3 y 4 del artículo; esto porque la primera de las normas hace referencia a una norma de prohibición, en tanto que los numerales aludidos tendrían un carácter imperativo de requisitos. Alessandri define las normas prohibitivas como "*las que mandan no hacer algo, o sea, las*

---

[519] Prieto Sanchís, L., op. cit., cfr. págs. 138-139.
[520] Somarriva, M., *Informe de tesis de Licenciatura de don Eugenio Velasco Letelier.* En *El objeto sobre la jurisprudencia,* Eugenio Velasco Letelier, Memoria de Licenciatura, Universidad de Chile, Santiago, 1941, cfr. pág. 5-6.
[521] Guastini, R., op. cit., cfr. págs. 130-131

que imponen una abstención u omisión[522]"; de este modo, las aludidas disposiciones no cumplen con esta definición, puesto que en realidad habilitan a enajenar cumpliendo con el consentimiento del acreedor o con autorización del juez. De este modo, no se cumple el requisito base que dispone el artículo 1810, para hacer aplicación del 1464 como norma especial.

Al respecto Velasco es preciso en señalar: *Y si el artículo 1810 impide vender las cosas cuya enajenación "esté prohibida", es de toda evidencia que el artículo 1464 no puede ser incorporado a él íntegramente. El artículo 1464 sólo prohíbe enajenar en el sentido jurídico de la expresión "las cosas incomerciables y los personalísimos", de modo que a ellas es aplicable el artículo 1810 y en su venta hay en consecuencia, objeto ilícito.*

Pero no sucede lo mismo con las cosas embargadas y con aquellas cuya propiedad se litiga, desde su enajenación, no está prohibida, sino que reglamentada por el artículo 1464. Los dos últimos números de esta norma se encuentran en idéntica situación, desde este punto de vista, que el artículo 2144 citado por Alessandri como ejemplo de precepto imperativo con apariencia de prohibitivo; este no prohíbe al mandatario a ejecutarlos actos a que el artículo se refiere; aun cuando su redacción así parezca demostrarlo, sino que impone un requisito necesario para su eficacia; la aprobación expresa del mandante; y en el caso del artículo 1464 tampoco prohíbe la enajenación de las cosas embargadas o litigiosas, sino que determina los requisitos necesarios para que ella pueda producir efectos válidamente[523].

Así entonces, para esta teoría, los presupuestos de excepción a la prohibición de enajenar contenidas en el artículo 1810 no se pueden cumplir, de este modo, se entiende que al no cumplirse con el requisito de prohibición de enajenación, por constituirse esta última regla en términos imperativos (condicionales o de requisitos); no puede afirmarse que el artículo 1464 se constituye como una regla de excepción respecto del artículo 1810, y en consecuencia, no es posible concluir que la venta de los bienes contenidos en la primera disposición adolecen de objeto ilícito[524].

En este tipo de discusiones no es sencillo, determinar cuál interpretación debe prevalecer notoriamente sobre la otra, ello queda en evidencia respecto de los fallos de casación contradictorios que ha tenido la Corte Suprema; que en un principio adoptó la tesis de Alessandri; luego recogió la tesis de Velasco; para finalmente recoger nuevamente la clásica tesis de prohibición de venta[525]. Sin perjuicio de lo anterior, dado este panorama, es menester que nuestros tribunales de justicia se hagan cargo de esta discusión que lleva décadas en la palestra civil, adoptando en definitiva una u otra vía con un razonamiento jurídico suficientemente justificado; no limitándose a reproducir un panorama generalizado de una u otra postura.

---

[522] Alessandri, A., Somarriva, M., y Vodanovic, A., *Tratados de derecho civil: Partes Preliminar y general*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, Tomo I, 8va edición, 2015, pág.14.
[523] Velasco, Eugenio, *El objeto sobre la jurisprudencia*. En *Memoria de licenciatura*, Universidad de Chile, Santiago, 1941, cfr. pág.101.
[524] Ross, A., op. cit., cfr. págs. 164-166.
[525] Véase Corral, H., *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2013.

4.7.2. Responsabilidad del aprovechamiento del dolo ajeno.

4.7.2.1. Planteamiento del problema y teorías que surgen.

El ordenamiento jurídico civil chileno se estructura en gran medida sobre el principio general de la reparación del enriquecimiento sin causa. En este sentido, el profesor Pablo Letelier Cibié, citando a la Corte Suprema en fallo rol Nº 4588-15, de 7 de marzo de 2016, define esta regla como "*un principio general del derecho ampliamente reconocido en la doctrina y en la jurisprudencia, que consiste en que el Derecho repudia el enriquecimiento a expensas de otro sin una causa que lo justifique. (...) Su fundamento radica en la equidad, que pone de manifiesto la necesidad de evitar que alguien se enriquezca indebidamente a costa de otro*"[526]. En este contexto, resulta de toda lógica comprender que el legislador en la materia sanciona los actos que supongan algún provecho, que supongan correlativamente un desmedro patrimonial, injustificado o ilegítimo, de otra persona.

Circunscribiendo esta idea general sobre el principio de enriquecimiento sin causa, particularmente en la materia relativa a los vicios de la voluntad; cuando respecto de un acto jurídico concurre el dolo en su conformación, no cabe duda de que se está en presencia de un aprovechamiento indebido, originado precisamente en este acto viciado, y en consecuencia, surge una obligación de reparar el enriquecimiento injustificado que ha percibido la parte que concurre al mismo mediante una maquinación fraudulenta con la finalidad de engañar. En este sentido, el inciso 1º del artículo 1458 del Código Civil es claro al establecer estas reglas señalando: "*El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado*".

Ahora bien, al analizar esta responsabilidad de retribuir el lucro percibido en virtud de un acto viciado por dolo, es necesario precisar que no alcanza únicamente a los contratantes que hubieren obrado en forma engañosa, sino que también se extiende a los terceros que, incluso habiendo actuado de buena fe, hayan obtenido ganancias o beneficios producto de estos actos jurídicamente imperfectos. Esto supone que, aunque un sujeto no haya participado en la génesis misma del contrato, al haber obtenido dividendos cuya génesis tenga lugar en este contrato viciado, se hace también legitimado pasivo de una acción de perjuicios que pudiere sufrir el contratante afectado, orientada a la retribución de este provecho económico obtenido de forma ilegítima. Esta acción en contra del tercero aprovecha el dolo ajeno se desprende de los artículos 1458 inciso 2º y 2316 inciso 2º. Esta idea de ampliación de responsabilidad respecto de terceros es de toda lógica, pues constituye otra expresión del principio general de prohibición del enriquecimiento sin causa.

Artículo 1458: *El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado.*

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el

---

[526] Véase Letelier Cibié, P., *Enriquecimiento injustificado y equidad. Los problemas que plantea la aplicación de un principio general.* En *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Talca, Año 24, Nº 2, 2018, págs. 649-670.

total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo.

Artículo 2316. *Es obligado a la indemnización el que hizo el daño, y sus herederos.*

El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho.

En este contexto, en doctrina se discute si esta posibilidad de accionar en contra de los terceros es procedente solo en los casos en que alguien ajeno al acto reporta beneficios a raíz del contrato que surgió a propósito del dolo; o bien si también procedería recurrir de indemnización de perjuicio en contra de los terceros que, actuando de buena fe, obtengan utilidades de actos posteriores surgidos en virtud del contrato vicioso. A este respecto se han planteado dos posiciones:

1. La primera postura entiende que la acción de perjuicios en contra de los terceros tiene lugar en todos los casos en que estos hayan percibido algún beneficio, en virtud de actos que hayan derivado de algún acto viciado por el dolo. Conforme a esta teoría, el momento en que se obtiene el aprovechamiento obtenido por quienes no hayan incurrido en maquinaciones fraudulentas resulta indistinto. Para León Hurtado, es incluso indiferente la buena o mala fe en esta materia, puesto que, en cualquiera de los dos escenarios, lo que se produce, en definitiva, es un aprovechamiento del dolo, lo que supone, ciertamente, un beneficio ilegítimo.

En cuanto al análisis de texto, el autor aludido interpreta que el inciso segundo del artículo 1458 se refiere necesariamente a una extensión de la responsabilidad de los sujetos que indica, siendo procedentes en contratos posteriores al que adolece originalmente del dolo, puesto que, de entenderse que esta acción procede únicamente en los casos de aprovechamiento del dolo primario, se estaría reiterando la idea del inciso primero del mismo artículo, haciendo absolutamente innecesaria la existencia de un segundo inciso. Al respecto, Joel González, citando al profesor León Hurtado, entiende que su planteamiento sintéticamente supone que *entre los terceros que se han aprovechado del dolo y que conforme con el inciso 2° del artículo 1458 deben indemnizar hasta concurrencia del provecho recibido, se comprenden los que de buena fe (no han participado ni saben de la existencia del dolo) y aun por un acto posterior obtengan beneficios como consecuencia del dolo*[527].

2. La segunda postura plantea que la acción de perjuicios en contra de un tercero sería perfectamente procedente solo en los casos en que éstos reporten algún beneficio en virtud del dolo originario. Entendiendo esto, si una persona obtiene un beneficio respecto de un acto posterior que deriva de un contrato surgido por dolo, no sería procedente accionar en contra de este tercero.

Ahora, es necesario precisar que de esta postura derivan dos planteamientos diferentes, que, si bien no son precisamente contrapuestos, por el hecho de llegar a la misma

---

[527] Véase González Castillo, J., *El dolo ajeno: La acción por provecho, naturaleza, alcance del artículo 1458 inc. 2º del código civil y nulidad de contrato*. En *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, Concepción, vol. 88, Nº247, 2020, págs. 221-243.

conclusión; sus focos de razonamiento son diferentes; por ello, no es ocioso efectuar un somero análisis de cada una de ellas:

María Florencia Díaz comprende que lo decisivo a la hora de establecer si se debe hacer responsable a un tercero por sacar provecho del dolo ajeno, es necesario distinguir en razón de la buena o mala fe que tenga el individuo al momento de adquirir. La autora señala "*también puede ocurrir que el que ha recibido un provecho del dolo de buena fe haya transferido tal beneficio a un tercero, a cualquier título, y por lo tanto no subsista el enriquecimiento al momento de intentarse la acción. Como se dijo, el enriquecido de buena fe, que confía en la consistencia de su adquisición, no está obligado a restituir a costa de su propio patrimonio si el provecho ha dejado de existir*"[528].

Del mismo modo, y por un razonamiento a contrario sensu del planteamiento principal, la autora entiende que, si eventualmente un contratante obtiene un beneficio del dolo, y este se lo transfiere a un tercero que conocía de la maquinación fraudulenta del primero, y, por consiguiente, se encuentra de mala fe; entonces sí sería procedente recurrir en contra de este último para que restituya el beneficio obtenido.

El este planteamiento tiene su fundamento en una interpretación teleológica de las reglas relativas a las acciones de reparación de los artículos 1458 y 2368; ya que, la finalidad de estas es la restitución de lo obtenido en virtud de un *'aprovechamiento del dolo'*; de modo que en circunstancias que un tercero actúe en conciencia de que está obrando la *conforme a derecho, o encontrarse en una posición jurídicamente correcta, legítima, de acuerdo al "parecer unánime" de las "personas honradas*[529].

En una segunda posición, Joel González entiende que las normas habilitantes a recurrir en contra de terceros que aprovechen el dolo ajeno son normas de excepción, por cuanto, la regla general es que las acciones de indemnización del dolo se deben dirigir en contra de quién hubiere actuado de forma engañosa y hubiere obtenido provecho por ello.

En este contexto, al tratarse de normas excepcionales, estas no deben extenderse más allá de lo que su propio tenor literal dispone; así, al no existir elementos precisos que permitan inferir que la acción reparatoria se extiende a los terceros que hubieren percibido beneficios en virtud de actos posteriores; entonces, ha de entenderse que la interpretación más acertada es aquella que entiende que solo puede dirigirse una acción de indemnización en contra de los terceros que obtienen provecho a propósito del contrato originalmente viciado por el dolo[530].

4.7.2.2. Identificación de la inconsistencia y desarrollo.

Desde la perspectiva de la argumentación jurídica, al analizar las posturas que surgen a propósito de la discusión sobre la extensión de responsabilidad por

---

[528] Díaz García Huidobro, M. F., *Naturaleza jurídica de la acción por provecho obtenido del dolo ajeno que conceden los artículos 1458 y 2316 del Código Civil.* En *Memoria de licenciatura*, Universidad de Chile, Santiago, pág. 89.
[529] Ibidem, pág. 65.
[530] González Castillo, J., op. cit., cfr. págs. 221-243.

aprovechamiento del dolo ajeno; se observan diversos aspectos que resultan altamente interesantes de analizar. Particularmente en la comprensión de cómo estas teorías se estructuran interpretativamente, y la forma en la que estas proponen una solución a los conflictos jurídicos derivados de las reglas que son atingentes al caso. En este contexto, para efectuar un correcto análisis de los problemas de interpretación presentes, es necesario precisar que las normas que suponen un conflicto en esta teoría tienen lugar respecto de los artículos 1458 y 2368; ambos referidos en general a la forma en que los terceros responden por el beneficio que reportan del aprovechamiento del dolo.

Así entonces, a la hora de efectuar un análisis puramente interpretativo, es menester efectuar un examen prima facie de la concurrencia de eventuales compromisos interpretativos, y en segundo lugar, comprender cómo cada una de las teorías identifica individualmente algún conflicto.

Al realizar una lectura en abstracto de las disposiciones aludidas, se identifica un doble conflicto interpretativo, en primer lugar, una inconsistencia de carácter total-parcial, y en segundo lugar, una redundancia.

En primer lugar, recordemos que Prieto Sanchís define las antinomias de carácter total-parcial como aquella situación en que existen dos normas contradictorias, en donde el supuesto de hecho de la primera se ve completamente contenido en el ámbito regulatorio de la segunda, mientras que esta tiene un ámbito de aplicación que no supone entrar en conflicto con la primera[531]. En esta misma línea, Guastini añade que las inconsistencias de esta naturaleza, tiene lugar en aquellos casos en que las normas contradictorias tienen una relación de 'regla general y regla particular'; en donde una de las normas constituye una regulación específica o excepcional respecto de la otra. [532]

Ahora bien, tratándose del análisis de la inconsistencia parcial-unilateral, es preciso señalar que esta no tiene lugar entre dos normas diferentes, sino que se presentan en virtud de una regla de excepción dentro de los mismos artículos. Teniendo esto en consideración, cuando uno observa el contenido sustantivo de los artículos 1458 y 2316, particularmente en el inciso primero de ambos artículos, se extrae una cláusula de orden general que supone que las acciones de perjuicios producidas por el dolo se dirigen en contra de quien lo efectúa directamente. Inmediatamente, los incisos segundos de las disposiciones señaladas prescriben que "*excepcionalmente*" o "*en ciertas circunstancias*", se podrá dirigir esta acción de perjuicios en contra de los terceros que reportaren un beneficio del dolo, aun cuando este hubiere sido fraguado por otra persona.

En segundo lugar, se está en presencia de una eventual redundancia en el contenido sustantivo de las disposiciones señaladas. Alf Ross entiende que estos conflictos de interpretación surgen cuando "*una norma establece un efecto jurídico que, en las mismas circunstancias fácticas, está establecido por otra norma*"[533]; en términos simples, existe una redundancia cuando dos normas atribuyen una misma consecuencia jurídica a un mismo supuesto de hecho; es decir, una reiteración normativa. En el presente caso, por medio de una lectura prima facie de los artículos 1458 y 2316, se aprecia que ambas disposiciones regulan un mismo supuesto de responsabilidad general respecto de quién perpetra el dolo

[531] Prieto Sanchís, L., cfr. pág. 133.
[532] Guastini, R., op. cit., cfr. págs. 129-130.
[533] Ross, A., op. cit., pág. 168.

en un contrato, y excepcionalmente también la hace extensible respecto de los terceros que reporten alguna utilidad en virtud de los actos viciados. Es preciso señalar que este punto no es reconocido de forma unánime en la doctrina.

Ahora bien, cada posición considera que, respecto de las disposiciones aludidas, surge un problema interpretativo diferente. Esta diferencia interpretativa queda de manifiesto cuando se observa que una de las vertientes doctrinales entiende que el inciso segundo del artículo 1458 constituiría una regla especial de responsabilidad de terceros que obtienen provecho del dolo ajeno; mientras que la otra postura entiende que esta regla tiene un mismo marco de regulación fáctica que el inciso segundo del artículo 2316, y por tanto no sería una excepción.

4.7.2.3. Criterio de superación propuesto y argumentos.

Como se señaló en el punto anterior, esta discusión teórica tiene como elemento característico el hecho que las vertientes doctrinales que surgen a propósito de la naturaleza y alcance de los artículos 1458 y 2316; en cuanto cada una de ellas estima que tiene lugar un conflicto de interpretación diferente, y se estructuran sobre la base de dar solución a estos problemas.

Por un lado, un sector entiende que las reglas relativas a la obligación de restituir el lucro obtenido del dolo ajeno por parte de un tercero son de carácter excepcional y no puede extenderse su aplicación más allá de lo que dispone su tenor literal; así entonces, no es posible afirmar que el inciso segundo del artículo 1458 permitiría hacer exigible la responsabilidad de terceros que obtengan provecho del dolo si no es en aquellos casos en que el beneficio se reporte directamente.

En este contexto, cabe recordar que de existir un conflicto entre normas que se encuentren en relación de 'regla especial y regla general', existe un amplio consenso, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que debe resolverse en virtud del principio 'l*ex specialis derogat legi generali*', es decir, que la regla que dispone una hipótesis normativa de orden general debe ceder interpretativamente respecto de aquélla que supone una regulación particular[534]. Así, si se comprende que el inciso del artículo 1458 habilita para accionar en contra de aquellos terceros que obtengan provecho del dolo ajeno únicamente en aquellos casos en que el beneficio reportado tenga su origen directo en el contrato viciado.

Entonces según esta teoría, se concibe que los incisos primeros de los artículos 1458 y 2316 tienen un carácter general que permite demandar reparación de perjuicios a quienes hubieren fraguado el dolo; el inciso segundo añade una hipótesis excepcional que es la posibilidad de dirigirse en contra de los terceros a fin de que estos reparen el beneficio obtenido a propósito del acto, indistintamente si este aprovechamiento tiene lugar respecto del contrato original o si el beneficio se reporta a propósito de actos posteriores. El inciso segundo del artículo 1458, por otro lado, prescribe una norma de carácter excepcionalísima, que vendría a constituir una regla aún más restringida que la sola posibilidad de terceros, sino que además entendería que esta acción sería procedente en aquellos casos en que el

[534] Bobbio, N., *Contribución a la teoría del derecho*, ed. cit., págs. 353-354.

beneficio reportado por esa persona ajena provenga directamente del contrato que se originó a propósito del dolo.

Guastini postula que "*una norma especial plantea una excepción a una norma general siempre que disponga –para uno o más casos incluidos en el campo de aplicación de la norma general– una consecuencia jurídica incompatible con aquella dispuesta por la norma general*"[535]. Ello supone que si se entiende que el inciso segundo otorga la posibilidad de accionar en contra de los terceros que se beneficien del dolo ajeno solo cuando estos reporten algún beneficio directo del acto viciado; significa que su campo de aplicación es más restringido o específico que el artículo 2316; y en consecuencia, este carácter excepcionalísimo tendría como consecuencia directa el entender que la primera norma tiene aplicación preferente, y no se podría extender la exigencia de indemnización de los terceros que hubieren reportado un aprovechamiento del dolo en razón a actos sucesivos al viciado.

Una segunda posición ha planteado que existiría una reiteración en las consecuencias jurídicas contenidas en el artículo 1458 y 2316. Esto se justifica al entender que el inciso segundo de la primera disposición no constituye una regla que particularice el mandato de poder recurrir en contra del tercero que saca provecho del robo ajeno en cualquier acto, incluso posterior al que originalmente adolece del vicio.

Entiende esta teoría que esta circunstancia se justificaría en el hecho de que al efectuar una interpretación del artículo 1458, se observa que el inciso primero dispone "*El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado*", lo que constituye una inequívoca regla que indica que quién debe responder, en circunstancias generales, del dolo cometido, es quien lo perpetra directamente. Mientras que al analizar el inciso segundo, al expresar que: "*En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo*"; no puede sino entenderse que la expresión *En los demás casos,* se refiere precisamente a las circunstancias en que se hayan celebrado actos posteriores en que el beneficio obtenido en virtud del dolo se hubiere traspasado a terceros; si se llegara a entender que es una mera expresión utilizada para recoger la situación de los terceros, pero circunscribiéndose solo respecto del beneficio reportado por el primer contrato viciado, entonces no tendría ningún sentido prescribir la posibilidad de accionar en contra de quien fraguase esta maquinación, pues sería una reiteración inmediata de las reglas del inciso primero; de modo que la existencia de esta segunda regla carecería de sentido[536]. Esta postura encontraría su fundamento en el principio de repudio al enriquecimiento sin causa, al respecto, Alessandri señala que "*la ley no admite que el dolo pueda ser fuente legítima de lucro para alguien*"[537]; de este modo, no sería posible concebir que una persona pueda obtener provecho del dolo, aun cuando fuere perpetrado por un sujeto diferente y en virtud de contratos posteriores.

---

[535] Guastini, R., op. cit., pág. 130.
[536] Véase González Castillo, J., op. cit.
[537] Véase Pino Emhart, A., *La restitución de ganancias ilícitas y la acción del provecho por dolo ajeno.* En *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Talca, año 22, núm. 1, 2016, pág. 227-270.

Desde la perspectiva puramente argumentativa, lo correcto es concebir que el inciso 2° del artículo 1458 constituye más bien una especificación y no una excepción a la regla de responsabilidad de terceros; en el sentido que esta postura no concibe que la norma aludida particularice una forma de dirigir la acción en contra de las personas ajenas que aprovechen el dolo ajeno, que suponga una eventual contradicción con el inciso segundo del artículo 2316. Considerando esto, cabe preguntarse, ¿Las especificaciones constituyen una antinomia que pueda ser solucionada en virtud de un criterio de especialidad? Es discutible. Guastini entiende que esta situación no da lugar a la existencia de una antinomia, puesto que una especificación no tiene como resultado dos normas con un contenido sustantivo incompatible o contrapuesto; sino un mismo sentido, que puede ser más acotado o en último caso reiterativo; y que la única hipótesis que podría satisfacer el concepto propio de las antinomias, tendría lugar en las reglas especiales de excepción[538].

Ahora bien, comprendiendo las razones de por qué esta teoría plantea la existencia de una redundancia, cabe cuestionarse si este escenario supone algún conflicto adicional respecto de cómo abordar el conflicto y darle solución; lo cierto es que esta interrogante no supone una respuesta del todo definitiva. Recordemos que Alf Ross reconoce que, a diferencia de la teoría general de las inconsistencias, respecto de las redundancias no existen reglas o directrices que permitan dar guías de solución respecto de cuál norma resulta aplicable y cuál es la redundante, de modo que para determinar esto, es necesario recurrir a otros criterios, como por ejemplo la historia de la ley; fundamentos teleológicos o elementos sistemáticos. Reitera el autor en esta materia que la razón de existencia de las redundancias puede ser variadas, entendiendo a que estas pueden surgir por mero descuido legislativo, o incluso con la intención de reiterar una regla que a juicio de éste considera altamente relevante al nivel de enfatizar en que determinada hipótesis debe tener necesariamente una determinada consecuencia jurídica[539].

4.7.3. La obligación emanada de la oferta.

4.7.3.1. Planteamiento del problema y teorías que surgen.

En nuestro sistema jurídico, la regla general es que las personas se obliguen en virtud de un acuerdo de voluntades; así el artículo 1438 de nuestro código civil dispone "*Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas*". Sin perjuicio de lo anterior, existen algunos casos en que la sola declaración unilateral de voluntad obliga a quien la emite; ejemplo clásico de esto, en materia de formación del consentimiento, es el caso del proponente de una oferta que se compromete a no disponer de la cosa o a esperar un plazo para que se efectúe la contestación; se entiende que este caso es excepcional, dado que la regla general es que emitida la oferta por el proponente, este pueda retractarse en el período que media entre la formulación y la contestación de la misma.

---

[538] Guastini, R., op. cit., cfr. págs. 129-131.
[539] Ross, A., op. cit., cfr. págs.168-169

En el caso del proponente que se obliga por la sola oferta a no disponer de la cosa o a esperar la contestación en un plazo determinado; surge una discusión en doctrina relativa a si esta obligación del proponente subsiste respecto de sus herederos en los casos que concurran alguna de las causales de caducidad de la oferta, es decir, muerte o incapacidad sobreviniente del oferente. En términos simples, el conflicto tiene lugar en caso de que el oferente muera o se incapacite en el tiempo que media entre la oferta realizada y la fecha de contestación que se obligó a esperar, ¿Subsiste este deber de no retractarse respecto de los herederos del proponente?

1. La primera postura, entiende que la obligación de no retractarse no se traspasaría a los herederos, ni aun en los casos en que el oferente se hubiere comprometido a esperar un plazo. En este contexto, de conformidad al artículo 101 del Código de Comercio, cuando se produce alguna causal de caducidad de la oferta, ya sea por muerte o incapacidad sobrevenida, no alcanza a formarse el consentimiento, y en consecuencia el acto no puede subsistir, ya que éste no nace a la vida del derecho. A lo anterior, se suma el hecho que el único supuesto de responsabilidad que se reconoce legalmente en esta materia tiene lugar en el artículo 100 del Código de Comercio, el que dispone que la retractación o arrepentimiento del oferente que tuviere lugar antes del plazo en que éste se hubiere comprometido a esperar o a no disponer la cosa, obliga al oferente a indemnizar todos los gastos y perjuicios ocasionados.

Alessandri justifica esta posición, señalando que al ser el art. 99 una regla de excepción, dado que la regla general es que el oferente pueda retractarse, se entiende que el citado articulo debe interpretarse de manera restrictiva. De este modo, si esta disposición no prescribe un mandato expreso que permita entender que en los casos en que el proponente se hubiere comprometido a esperar un plazo, no operan las causales de caducidad de la oferta, no puede interpretarse de forma extensiva más allá de lo que dispone su propio tenor literal.

2. La otra postura entiende que esta obligación que surge precisamente en aquellos casos en que el oferente se compromete a esperar un plazo para la contestación sí sería transmisible a los herederos. En este sentido, Ricardo Sandoval López expone esta discusión afirmando que: "*Cuando el policitante se ha obligado a esperar respuesta dentro de un determinado plazo y pendiente este último fallece antes que se haya dado la aceptación, se discute si esa obligación se transmite a los herederos y un sector de la doctrina se orienta por una respuesta positiva*"[540].

De acuerdo con esta teoría, no existen elementos que permitan afirmar que este deber fundado en el artículo 99 del Código de Comercio tiene un carácter personalísimo y, en este contexto, ante la procedencia de alguna de las causales de caducidad de la oferta

---

[540] Sandoval López, R., *Derecho Comercial: Contratos mercantiles, reglas generales, compraventa, transporte, seguro y operaciones bancarias*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo III, Vol. 1, 2010, pág. 13.

contenidas en el artículo 101 del mismo cuerpo normativo, no constituirán una causal de excepción a la transmisión de la obligación de esperar a quienes sucedan al proponente.

De este modo, las reglas relativas a la caducidad de la oferta no resultan aplicables al supuesto de que el oferente fallezca en el tiempo en que se comprometió a esperar una respuesta; en circunstancias en que esta regla tendría un carácter especial y por consiguiente su interpretación sería preferente[541]. Lo anterior supone que el artículo 101 del Código de comercio debe aplicarse siempre teniendo en consideración que el artículo 99 dispone una obligación excepcional de esperar un plazo o no disponer de la cosa por un tiempo; y en esta perspectiva no es posible extender el supuesto de regulación general a una hipótesis en que el legislador estableció una regulación en específico.

4.7.3.2 Identificación de la inconsistencia y desarrollo.

Al analizar las disposiciones invocadas en la presente discusión, se identifica una inconsistencia de carácter total-parcial, principalmente en una interpretación a contrario sensu del artículo 99 del Código de Comercio, respecto de la situación descrita en su tenor literal. Es decir, si las reglas generales relativas a la caducidad de la oferta en el tiempo que media entre la oferta y la aceptación son aplicables o no a la situación en particular en que el oferente se hubiere obligado a esperar respuesta.

En este sentido, Alf Ross define las antinomias de carácter total-parcial como aquellas en que existen dos normas en que una de ellas dispone un supuesto de hecho que entra en conflicto absoluto en relación a la otra, mientras que esta última mantiene un campo normativo que no entra en contradicción con la primera. Por su parte, Guastini señala que las antinomias de carácter parcial son aquéllas que tienen lugar cuando una de las normas regule una situación de excepción respecto de la que dispone un supuesto de hecho más amplio. Cabe precisar que este autor hace referencia a que las normas especiales tienen lugar por especificaciones o excepciones a las reglas generales, sin embargo, solo estas últimas dan lugar realmente a una inconsistencia[542].

Expuesto lo anterior, en el presente caso existe una antinomia por excepción a la regla general que dispone que el oferente puede retractarse de la oferta en el tiempo que media desde su formulación hasta la aceptación por parte del destinatario. Esta regla general a la que se hace referencia no se consagra de forma expresa, no obstante, se infiere de una interpretación a contrario del artículo 99 del Código de Comercio, que consagra que el oferente no podrá retractarse particularmente en el caso en que se hubiere comprometido a esperar un plazo, dando a entender que fuera de las circunstancias prescritas por esta norma está permitida la retractación. En suma, se menciona la interpretación efectuada respecto del artículo 100 del mismo cuerpo normativo, que regula la posibilidad del proponente de retractarse tempestivamente; vale decir, antes de haberse efectuado la aceptación; previo pago de los perjuicios ocasionado a quien hubiere ido dirigida la propuesta.

---

[541] Ross, A., op. cit., cfr. págs 165-166.
[542] Guastini, R. op. cit., cfr. págs 129-130.

De este modo, existe una regulación que en términos genéricos dispone que, en los casos de formular una oferta, el proponente es libre para retractarse de ella; salvo el caso particular en que este se hubiere comprometido a la contestación dentro de un plazo o a no disponer la cosa, hasta recibir la correspondiente respuesta.

Para contextualizar el conflicto que surge a nivel de doctrina, es necesario señalar que el artículo 101 del Código de Comercio dispone que hay ciertas circunstancias que generan la cesación de vigencia de la oferta sin que surja la obligación de reparar los daños o perjuicios ocasionados; dichas circunstancias tienen lugar con la muerte del oferente o con la incapacidad sobreviniente que este pudiere sufrir.

Artículo 99: *El proponente puede arrepentirse en el tiempo medio entre el envío de la propuesta y la aceptación, salvo que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechada o de transcurrido un determinado plazo.*

El arrepentimiento no se presume.

Artículo 100: *La retractación tempestiva impone al proponente la obligación de indemnizar los gastos que la persona a quien fue encaminada la propuesta hubiere hecho, y los daños y perjuicios que hubiere sufrido.*

Sin embargo, el proponente podrá exonerarse de la obligación de indemnizar, cumpliendo el contrato propuesto.

Artículo 101: *Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y produce todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse la respuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente*

4.7.3.3. Criterio de superación propuesto y argumentos.

En lo que respecta al problema observado desde lo estrictamente argumentativo, el conflicto teórico en este caso tiene lugar respecto de si la norma excepcional del artículo 99 que suscita en la presente contradicción se hace o no extensible la posibilidad de cesar la vigencia de la oferta en caso de muerte o incapacidad del proponente. Sobre este efecto, la doctrina ha entendido que el presente conflicto puede derivar en dos formas de solución.

La primera teoría se inclina por resolver este conflicto en razón de la forma en que deben comprenderse las leyes especiales, es decir, entendiendo que las normas especiales deben interpretarse de forma restrictiva; es decir, no atribuirle a su marco regulador supuestos de hecho que excedan a lo prescrito estrictamente en base a su tenor literal. De este modo, si en base a una interpretación *a contrario sensu* del artículo 99, se asume que la regla general es que el oferente tenga la posibilidad de retractarse, ello supone que la excepción en este caso, solo se circunscribe a lo prescrito por el artículo 99. A esta idea se refiere Guastini, cuando hace mención a que las reglas especiales, específicas o

excepcionales tienen solo ese carácter en razón de la interpretación restrictiva que pueda hacerse de ellas[543].

Esto podría considerarse como una interpretación en base al criterio de especialidad en un sentido negativo; esto es, tener en consideración que las normas especiales exceptúan lo prescrito en las reglas generales, y en este contexto; en lugar de aplicar el criterio de especificidad para dar preferencia interpretativa a la regla que prescribe una situación especial respecto de una hipótesis de orden general, se estudia la regla particular y en base al criterio de especialidad se opta por resolver el conflicto dando prioridad a la regla general en aquellos puntos que la regla particular no dispone. Teniendo esto en consideración, si respecto de la regla general, se aplican reglas de caducidad de la oferta, y la regla especial nada dice al respecto, se debe interpretar inequívocamente que esta última no la excluye.

Por otro lado, la segunda posición prioriza el criterio de especialidad (la regla del artículo 99 del Código de Comercio es regla de carácter excepcional) y considerando el principio "*lex specialis derogat legi generali*", a la situación descrita en ella no le resultan aplicables las normas dispuestas en la hipótesis general relativas a la caducidad de la oferta y la retractación tempestiva. Lo anterior tendría en parte su justificación en el hecho de que el presupuesto descrito en la disposición aludida prescribe el nacimiento de una obligación adicional que es la de esperar el plazo y/o no disponer la cosa durante el lapso que se hubiere pactado, de este modo aplicando teoría general de las obligaciones, si la ley nada dice, no puede suponerse que ésta es de carácter personalísimo y, por consiguiente, ante la muerte del titular debe transmitirse a sus herederos; viéndose estos también obligados a esperar la contestación del destinatario de la oferta.

La posición anterior puede encontrar respaldo teórico en los planteamientos de Bobbio, quien entiende que el criterio de especialidad tiene por fundamento la presunción de que el legislador otorgó una regulación pormenorizada de una situación en particular por el hecho que su voluntad es que esta no se rija conforme a las reglas generales[544].

---

[543] Guastini, R., op. cit., cfr. págs. 132-133.
[544] Bobbio, N., *Contribución a la teoría del derecho*, ed. cit., págs. 358-359.

V. CAPÍTULO V: CRITERIOS DE SOLUCIÓN DE PROBLEMAS DE CONCURRENCIAS DE NORMAS PUESTOS EN LÍNEA.

Este capítulo sigue el mismo enfoque metodológico de los capítulos I y III, pero esta vez referido no a los criterios de clasificación e identificación, sino que a los criterios de solución, especialmente de antinomias, que son las que más dificultades generan. Nuevamente se ha procurado hacer dialogar las propuestas de los autores clásicos y contemporáneos, en su mejor versión, para detectar acuerdos y desacuerdos. No se ha tratado con demasiada extensión el criterio jerárquico, ya que la próxima Constitución Política chilena probablemente introducirá cambios significativos en los mecanismos de control de constitucionalidad. También se ha optado por realizar un tratamiento acotado del criterio cronológico, ya que hay trabajos muy recientes y muy brillantes que se han hecho cargo del problema; prefiriendo centrar el análisis, no exclusivamente pero sí predominantemente, en el criterio de especialidad. Se abordan también algunos otros propuestos por la teoría del derecho, ya que es altamente posible que algunos de ellos resulten aplicables, como consecuencia de la dictación de la nueva Constitución.

Si bien no existe una definición concreta para referirse a los criterios para resolver antinomias, debido a que la denominación es suficientemente explícita, cabe precisar que han sido reconocidos, en virtud de su naturaleza, como reglas convencionales de interpretación (Ross), metarreglas (Ruiz Manero) o metanormas metodológicas (Chiassoni), e incluso como presunciones de justicia, cuyo propósito es conceder al operador jurídico herramientas para decidir la aplicación de una de las dos normas en conflicto para un mismo caso.

El estudio de las antinomias por los más reputados teóricos del derecho, ha demostrado que existe cierta unanimidad acerca de cuáles son los criterios que propician la resolución de incoherencias normativas, tratándose de pautas que tienen por objeto determinar qué norma prevalecerá por sobre la otra. Para ello, es factible congregar dichos criterios desde dos perspectivas: una tradicional o clásica y una contemporánea.

Así, dentro de los criterios clásicos se encuentran:

- Criterio jerárquico;
- Criterio cronológico;
- Criterio de especialidad.

Por otro lado, desde el punto de vista contemporáneo o no-clásico, se han agregado los siguientes criterios:

- Criterio de competencia;
- Criterio de prevalencia;
- Criterio de excepcionalidad;
- Criterio axiológico.

Cabe mencionar que Chiassoni más que referirse a la clasificación en los términos aquí propuestos, genera una clasificación propia, según la cual el criterio identificador consiste en la relevancia del contenido de las normas jurídicas para prevalecer una sobre

otra. Así, clasifica los criterios en formales y sustanciales. En primer lugar, los criterios formales son aquellos que no dependen del contenido de la norma para dar prevalencia a una norma, como es el caso del criterio jerárquico, de competencia y el cronológico. En cambio, los criterios sustanciales son aquellos que necesariamente requieren analizar el contenido de las normas en conflicto para establecer su prevalencia, refiriéndose en particular al criterio de especialidad, de excepcionalidad y axiológico[545].

Sin embargo, el cometido de optar por una norma jurídica sobre la otra, basándose en estas metarreglas no siempre es de claridad meridiana, ocasionando que el operador jurídico deba, además, identificar los conflictos que se puedan suscitar entre los criterios de resolución, caso en el cual se estará en presencia de lo que se ha denominado antinomia de segundo grado.

En razón de lo ya expuesto, este apartado de la tesis tiene por objeto determinar el contenido de cada uno de los criterios desarrollados en la teoría del derecho para resolver incoherencias normativas; cómo estos pueden entrar en pugna y qué debe hacer el intérprete en esa situación; para finalmente, concluir con el planteamiento de Norberto Bobbio respecto a su consideración de los criterios tradicionales como presunciones de justicia.

5.1. CRITERIOS DE SOLUCIÓN CLÁSICOS O TRADICIONALES.

Se habla de criterios de solución clásicos o tradicionales para referirse a aquellos que provienen de las máximas latinas *lex superior derogat inferiori*, *lex posterior derogat priori, lex specialis derogat generali*, más conocidos como criterio jerárquico, criterio cronológico y criterio de especialidad, respectivamente. En lo referente a ellos, existe plena conformidad en la dogmática jurídica para reconocerlos como aquellos principios a los que se recurre, primordial y frecuentemente, para resolver antinomias.

5.1.1. Criterio jerárquico:

El criterio jerárquico o *lex superior derogat inferiori* es aquel que "en un conflicto entre previsiones legislativas de diferente nivel, la ley de nivel más alto, cualquiera sea el orden cronológico, se hallará en una situación de preferencia respecto de la de nivel más bajo: la Constitución prevalece sobre una ley, una ley sobre un decreto, y así sucesivamente"[546]. En términos simples, significa que, en caso de incompatibilidad entre dos normas, entonces deberá preferirse aquella norma que sea de mayor jerarquía.

Sin embargo, cabe preguntarse cómo se determina la jerarquía entre normas y para ello, Bobbio reconoce que el rango de una norma respecto a otra puede determinarse a través de cuatro factores[547]:

- La procedencia: Una norma será considerada superior y la otra inferior cuando esta última dimane de un órgano subordinado jerárquicamente a la primera.

---

[545] Chiassoni, P., op.cit., cfr. pág. 319.
[546] Ross, A., op. cit., 1963, pág. 127.
[547] Bobbio, N., *Contribución a la Teoría del Derecho,* ed. cit., cfr. pág. 353.

- Los efectos: Una norma será considerada superior y la otra inferior siempre que la primera norma pueda derogar a la segunda, pero la segunda no tiene la aptitud para derogar a la primera.
- Las obligaciones del destinatario: En este caso, una fuente del derecho será estimada inferior a otra cuando se establezca la prohibición expresa a los titulares (del poder de producir normas) de promulgar normas que sean opuestas a las promulgadas por el titular correspondiente a la otra fuente del derecho.
- Las consecuencias: Una norma será considerada superior a otra cuando, una vez que ha sido vulnerada, propicia el inicio de un procedimiento ante un órgano encargado de tomar medidas en caso de la violación de una norma primaria, para declarar ilícita, inválida o ilegítima la norma que la vulneró en principio.

A parte de los factores recién mencionados, Chiassoni y Guastini han estudiado bajo qué casos o circunstancias es posible aplicar el criterio de jerarquía. El primer autor ha señalado las siguientes particularidades para su utilización[548]:

- En el caso en que cada una de las normas pertenezcan a dos fuentes diversas, de acuerdo con el orden de supremacía de fuentes, y su denominación sea diferente según el nivel en el que se produce la norma jurídica.
- En el caso en que, existiendo una jerarquía entre las dos fuentes, a una de ellas le corresponda un valor institucional menor que la otra.
- En el caso en que una norma perteneciente a cierta fuente deba ceder ante una norma perteneciente a otra, en relación con la modalidad y existencia de procedimientos específicos o como resultado de creaciones doctrinales o jurisprudenciales.

Guastini, sin embargo, habla en términos generales, haciendo extensión del uso del criterio de jerarquía en el caso de que existan dos normas pertenecientes a fuentes de distinto tipo, en sentido tal que no sea posible para una de ellas contradecir a otra, es decir, que esté materialmente subordinada. A modo de ejemplo señala la relación que se da entre Constitución y ley, ley delegatoria y decreto legislativo, y ley y reglamento[549].

En los ordenamientos jurídicos formalizados como los existentes en la tradición continental, la identificación de las jerarquías entre normas es patente, puesto es dable que se encuentre expresamente señalado o es deducible a partir del mismo sistema[550]. En el caso chileno, por ejemplo, la jerarquía de la Constitución por sobre todas las demás normas del ordenamiento está consagrado en el artículo 6° de la Carta Fundamental.

Además, es importante tener en consideración que la relación jerárquica entre fuentes, aunque no estuviere expresada en la legislación positiva, puede fundamentarse a través de la ordenación dada por Hans Kelsen, cuya teoría es reconocida universalmente para determinar la estructura jerarquizada de normas en base a una norma fundamental. Incluso, el filósofo comprendió la cuestión de los conflictos normativos a propósito de esto.

---

[548] Chiassoni, P., op. cit., cfr. págs. 321 y 322.
[549] Guastini, R., op. cit., 2014, cfr. pág. 125.
[550] Bobbio, N., op. cit., 1980, cfr. pág. 353. En un sentido similar, véase Prieto Sanchís, L., op. cit., 2009, pág. 136. En particular, Guastini es de la idea de que el principio jerárquico no se encuentra positivizado en ninguna norma, a pesar de que en la legislación existan normas que se refieran a la jerarquía, ya que más bien se trata de una generalización doctrinal. Véase Guastini, R., op. cit., pág. 126.

En la primera edición de la *Teoría Pura del Derecho* precisamente rechaza que la unidad del ordenamiento jurídico pueda verse comprometida por la existencia de contradicción entre normas, puesto que en ese entonces su visión comprendía que la única posibilidad de configurarse un conflicto normativo era bajo el supuesto de pertenecer a rangos diferentes, razón por la cual la solución de esta aparente contradicción recae en la anulabilidad de la norma de estrato inferior por contravenir la norma superior[551]. No obstante, cabe señalar que la perspectiva de Kelsen acerca del conflicto de normas fue cambiando, según se analizará al momento de examinar el criterio cronológico.

En definitiva, el efecto que produce la aplicación de este principio radica en que la norma que sea considerada inferior por cuanto tiene una menor jerarquía que aquella con la que se encuentra en conflicto, debe ser declarada inválida. La declaración de invalidez dependerá del rango de la norma inferior, puesto que si es de rango legal, entonces dicha declaración corresponderá al Tribunal Constitucional. En cambio, si la norma inferior es de carácter reglamentario, entonces deberá ser desaplicada por tribunales civiles o administrativos[552].

5.1.2. Criterio cronológico.

El criterio cronológico o *lex posterior derogat priori* "significa que, de dos leyes del mismo nivel, la última prevalece sobre la anterior"[553]. Esto quiere decir que la preferencia de una norma por sobre otra está dada por el momento en que empieza su existencia en el ordenamiento jurídico, de manera tal, que la que haya sido dictada en lo sucesivo debe ser aplicada, dejando sin efecto la anterior.

De ahí que para que sea aplicable el criterio cronológico se requiere que existan dos normas incompatibles, las cuales pueden provenir de la misma fuente o de fuentes distintas, a condición de que se encuentren en el mismo nivel (por ejemplo: dos leyes ordinarias) y hayan sido dictadas en oportunidades diferentes[554].

En esta ocasión se puede hablar propiamente de derogación, puesto es el efecto que genera la aplicación del principio cronológico, toda vez que la norma anterior se entenderá derogada tácitamente por incompatibilidad en virtud de la norma más reciente; es decir, ya no se considerará vigente[555].

Asimismo, precisar qué norma es posterior a otra en un determinado ordenamiento jurídico es, desde luego, comprobable a través de su publicación en el medio oficial para ello, dado que es este acto el que determina la existencia de una norma jurídica. Así, por ejemplo, en Chile el medio de publicación de leyes, decretos y otras normas jurídicas es el

---

[551] Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho,* Traducción de Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, Ed. francesa, 4ta. Edición., 2009, cfr. págs. 123 y 124.
[552] Guastini, R., op cit., cfr. pág. 126 y 127. Véase Chiassoni, P., op. cit., pág. 322.
[553] Ross, A., op. cit., pág. 126
[554] Guastini, R., op. cit., cfr. pág. 125. En el mismo sentido, véase Chiassoni, P., op. cit., p. 324.
[555] Chiassoni, P., Ibídem.

Diario Oficial y el artículo 7° del Código Civil establece claramente que la fecha de la ley es la de su publicación en tal medio.

Por otro lado, y retomando la postura de Kelsen sobre los conflictos normativos, en la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho, reconoce la posibilidad de la contradicción normativa, precisando que en términos estrictos no comporta una contradicción lógica. Bajo este supuesto, la solución del conflicto normativo radica en que el órgano autorizado para ello pueda optar por una norma sobre la otra, o si la contradicción es parcial, entonces restringir el ámbito de validez de una norma en pos de la otra. Sin embargo, a medida que avanza en su obra, acota a los casos en que existe conflicto, admitiendo solo aquellos que ocurren entre normas del mismo nivel. En este sentido, indica que, ante normas de carácter general, dictadas por el mismo órgano y no coetáneas, entonces es necesaria la aplicación del principio *lex posterior derogat priori*, el cual dejará sin validez a la norma anterior en virtud de la validez de la norma posterior. Ahora bien, si la contradicción se instaura entre dos normas de carácter individual y promulgadas por órganos diferentes, será la ley la encargada de regular la autoridad dada a dos tribunales para solucionar el mismo caso, empero no permitirá que una de las sentencias suprima a la otra[556].

En fin, la importancia del criterio cronológico está supeditado a la existencia de antinomias reales, ya que su aplicación confirma que no existen dudas acerca de la validez de las normas en conflicto[557].

5.1.3. Criterio de especialidad.

El criterio de especialidad o *lex specialis derogat generali* consiste en que, "dada una incompatibilidad normativa, la norma que regula la especie prevalece sobre la norma que regula el género en el que la especie está incluida"[558]. A este respecto, es necesario mencionar que se trata de un principio construido doctrinalmente, por lo que no es usual que se encuentre regulado positivamente como sucede con los otros criterios y, por tanto, su aplicación depende de que exista una relación de género a especie entre ambas normas, de la extensión, materia regulada y de la interpretación jurídica. De ello se desprende que aplicar el criterio de especialidad supone un juicio sobre el contenido de las normas incompatibles[559].

Para comprender mejor la relación género-especie que existe entre dos normas, presentaré el ejemplo dado por Guastini:

"Dadas una norma N_1 que regula la clase de supuestos de hecho S (supongamos: los transportes extraurbanos) y una norma N_2 que regula una subclase de supuestos de hecho incluida en S (supongamos: los transportes extraurbanos por carretera), diremos que N_1 es general en relación a N_2, y simétricamente que N_2 es especial en relación a N_1"[560].

---

[556] Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*,. Traducción de Roberto Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2da. Ed., 1982, cfr. págs. 214-217.
[557] Prieto Sanchís, L., op. cit., cfr. pág. 138.
[558] Chiassoni, P., op. cit., pág. 325.
[559] Guastini, R., op cit., cfr. pág.129. y Bobbio, N., op. cit., 1980, véase pág. 354.
[560] Guastini, R., op. Cit., pág. 130.

En el ejemplo es posible visualizar que el supuesto de hecho regulado en N_2 se comprende dentro del campo de aplicación de N_1, toda vez que en el caso precedente ambos se refieren a transportes extraurbanos, pero la N_2 regula un supuesto de hecho específico al referirse a este tipo de transportes por carretera, razón por cual se considera especial respecto a N_1.

No obstante, Guastini es meticuloso al señalar que no basta la mera especificación en la norma especial para configurar una antinomia respecto a una norma general, sino que es necesario que se trate de una excepción a la misma. Esto significa que la norma especial debe establecer una consecuencia jurídica incompatible con aquella que se dispone para alguno de los supuestos de hecho regulados en la norma general[561].

En virtud de lo anterior, tanto Guastini como Chiassoni fundamentan la idea de que el principio de especialidad es utilizado particularmente para resolver las antinomias totales-parciales formuladas por Alf Ross (o también llamadas parciales unilaterales o relativas), ya que el campo de aplicación de una de las normas se ve completamente incluido en el campo de aplicación de la otra. A pesar de ello, Guastini profundiza este razonamiento, considerándolo como una de las variantes que puede asumir el criterio de especialidad. En términos generales, la aplicación del criterio de especialidad, en este caso, supone que ambas normas sean coetáneas, procedan de la misma fuente y exista una relación de regla y excepción.[562]

Sin embargo, algo en lo que no parecen coincidir estos autores es en el efecto que produce la aplicación del criterio de especialidad, puesto Chiassoni plantea la derogación parcial de la norma general. En cambio, Guastini plantea que no es necesario abrogar una de las normas en favor de otra, sino mas bien supone que la regla especial debe exceptuar a la más general, es decir, no será posible aplicarla siempre que se aplique la norma especial, pero que ambas mantendrán su validez y su vigencia[563].

Para ilustrar esta idea, Guastini considera el siguiente ejemplo:

"N_1 «Se prohíbe el comercio de sustancias estupefacientes»

N_2 «Se permite el comercio de cáñamo índico (suponiendo que es una sustancia estupefaciente)»"[564]

En este caso, si se aplica el criterio de especialidad entonces es posible concluir que, a pesar de la incompatibilidad, la norma N_1 será exceptuada por N_2, empero tanto N_1 como N_2 seguirán siendo normas válidas y vigentes en el ordenamiento jurídico. Aquí la operación llevada a cabo es una interpretación restrictiva de N_1 en relación a N_2, toda vez que de ella se comprende que está prohibido el comercio de toda sustancia estupefaciente que no sea cáñamo índico[565].

---

[561] Ibídem.
[562] Véanse Guastini, R., op. cit., pág. 131. y Chiassoni, P., op. cit., pág. 325.
[563] Ídem., págs. 132-135.
[564] Guastini, R., op cit., pág. 132.
[565] Ibídem.

Evidentemente, cuando las normas en conflicto no sean coetáneas y/o provengan de una fuente diferente o no se encuentren en el mismo nivel, por más que exista una relación de género a especie, entrará en discusión con los criterios cronológico y jerárquico, tal como se podrá examinar posteriormente en esta tesis.

5.2. OTROS CRITERIOS DE SOLUCIÓN DE ANTINOMIAS.

La preponderancia de los criterios jerárquico, cronológico y de especialidad para la resolución de antinomias no ha impedido el surgimiento de otros criterios, los cuales se agrupan bajo la denominación "de contemporáneos" para distinguirlos como aquellos cuyo origen no guarda relación con las máximas latinas y su desarrollo es ulterior al de los criterios tradicionales o clásicos. Con todo, su reconocimiento en la doctrina no ha sido extenso, desde que solo un reducido número de teóricos les ha dedicado espacio en sus obras, en tanto otros los consideran una variación de los principios ya estudiados.

5.2.1. Criterio de competencia.

El criterio de competencia puede ser formulado como aquel en que "dadas dos normas incompatibles, la norma que pertenece a la fuente competente para regular la materia prevalece sobre la norma que pertenece en cambio a la fuente no competente"[566].

Esta metarregla ha cobrado relevancia por su directa vinculación con la organización de los estados descentralizados, como por ejemplo los estados federales, en que la competencia se distribuye a nivel federal, regional o de estados y las subdivisiones administrativas que correspondan[567].

El criterio de competencia puede ser aplicado a aquellos casos en que, no existiendo una relación de jerarquía entre dos normas, una de ellas regula un contenido que es propio de la competencia otorgada a la otra. Por tanto, supone necesariamente un conflicto entre normas que provienen de diferentes fuentes, y la existencia de una norma superior que atribuya o reserve esa competencia[568].

Se ha estimado, por teóricos como Chiassoni o Prieto Sanchís, que el criterio de competencia, más que un criterio autónomo, se trataría de una modalidad o subespecie del principio jerárquico, puesto que sugiere que la antinomia entre normas cuya competencia está en discusión, se trataría en realidad de una transgresión a la norma superior que establece la reserva de un ámbito específico de competencia, razón por la cual sería inválida. No obstante, Prieto Sanchís insiste en que existen diferencias a la hora de aplicar un criterio y otro. En el caso de la aplicación del criterio jerárquico, existe una contradicción entre una norma superior y otra inferior. Mientras que el criterio de competencia se aplica entre dos normas que perfectamente se pueden encontrar en el mismo rango, puesto la existencia de la una norma superior es la que determina dicha competencia, pero,

---

[566] Chiassoni, P., op. cit., pág. 322.
[567] Prieto Sanchís, L., op. cit., cfr. pág. 137.
[568] Guastini, R., op. cit., pág. 126. Véanse Prieto Sanchís, L., op. cit., pág. 137 y Chiassoni, P., op. cit., págs. 322 y 323.

estrictamente hablando, no es parte de la incompatibilidad entre las normas de rango inferior[569].

Basta para evidenciar un conflicto de esta clase en el caso de que la Constitución de un estado descentralizado reserve la competencia para regular ciertas materias por una ley estatal, pero una de esas materias reservadas es regulada en una ley regional. Por tanto, será notorio que la ley regional es incompetente frente a la ley estatal.

5.2.2. Criterio de prevalencia.

El criterio de prevalencia ha sido planteado por Luis Prieto Sanchís, en términos tales que será posible su aplicación siempre que exista incompatibilidad entre dos normas que resulten competentes para reglar sobre una determinada materia[570].

Este criterio también se ha desarrollado en base a la organización interna de los estados descentralizados, y presupone necesariamente[571]:

- Incompatibilidad entre dos normas que formen parte de dos subsistemas diferentes, sin que medie relación de jerarquía alguna entre ambos.
- Ambas normas deben detentar competencia para regular la misma materia o asunto.

Se diferencia del criterio jerárquico en cuanto las normas no pertenecen a un sistema jerarquizado, sino tal como se mencionó, son normas que pertenecen a subsistemas normativos distintos, y aquellos se organizan, ya no en cuanto a la jerarquía, sino en torno a consideraciones territoriales. Por otra parte, tampoco se puede equiparar al criterio de competencia, ya que en este caso el problema de competencia no radica en que una de las normas carezca de competencia para regular una materia, mientras la otra sí disponga de tal; sino que ambas normas detentan la competencia sobre una misma materia. Por tanto, supone que ambas normas son válidas para un ordenamiento jurídico, razón por la cual, además, se está en presencia de una antinomia real[572].

5.2.3. Criterio de excepcionalidad.

El criterio de excepcionalidad ha sido formulado por Chiassoni como aquel en que "la norma excepcional prevalece sobre la norma común"[573], con el objetivo de diferenciarlo del criterio de especialidad, debido a que presentan similitudes. Tal aseveración se puede confirmar teniendo en cuenta el planteamiento de Guastini, quien lo analizó como una segunda variante del principio de especialidad, pero que ciertamente coincide en lo sustancial con este criterio; y para este autor, su aplicación será posible siempre que la

---

[569] Chiassoni, P., op. Cit., cfr. pág. 323. Véase Prieto Sanchís, L., pág. 137.
[570] Prieto Sanchís, L, op. cit, cfr. pág. 138.
[571] Ibídem.
[572] Ibídem.
[573] Chiassoni, P., op. cit., pág. 326.

incompatibilidad se establezca entre normas coetáneas, que procedan de la misma fuente y se encuentren en un mismo nivel y que exista una relación (más que de género a especie) de carácter parcial bilateral, lo que quiere decir que ambas normas son generales, pero los supuestos de hechos que regulan (su campo de aplicación) se intersecan[574].

En virtud de ello, el criterio de especialidad es aplicable en aquellos casos que exista una antinomia de carácter parcial-parcial, extensible a las antinomias por exclusividad unilateral[575].

Los efectos de la aplicación de este criterio nuevamente difieren del autor que se trate. Como se pudo apreciar respecto al criterio de especialidad, Chiassoni en este caso también opta por la derogación parcial de la norma común. Sin embargo, Guastini, al analizarlo como una variante de este principio, mantiene su postura de que no se produce una derogación parcial, sino más bien sería un caso en que la norma excepcional, valga de redundancia, exceptúa a la norma común, manteniendo ambas su validez y vigencia[576].

Determinar la excepcionalidad de una norma frente a una norma común dependerá de la actividad interpretativa, puesto establecer la relación jerárquica entre las ambas normas incompatibles no es una cuestión impuesta por el derecho positivo, sino que es labor del intérprete. Por tanto, se puede hablar de jerarquía valorativa o axiológica[577].

5.2.4. Criterio axiológico.

El criterio axiológico, de igual manera, ha sido planteado por Pierluigi Chiassoni, en términos tales que "la norma que en virtud de su contenido valga más desde un punto de vista ético-normativo, debe ser preferida a la norma que vale menos"[578].

La importancia de este criterio radica en que es de carácter residual, es decir, puede aplicarse una vez que los demás criterios no han sido suficientes para resolver la antinomia. Es decir, presupone que la incompatibilidad entre normas se presenta porque ambas:

- "Son del mismo género, tipo, nivel, rango o de equiparable competencia;
- Coetáneas;
- No están en relación de especie a género; ni por último
- Se relacionan como excepción a una norma común"[579].

El criterio axiológico, tal como anuncia su nombre, está sujeto a consideraciones valorativas presentes en un ordenamiento jurídico, las cuales están necesariamente influenciadas por la ideología que sostengan los intérpretes. En definitiva, es posible sostener que la resolución de la incompatibilidad entre dos normas bajo la aplicación de

---

[574] Guastini, R., op. cit., cfr, pág. 135
[575] Chiassoni, P., Ibídem.
[576] Guastini, R., op. cit., cfr. pág. 132. Véase Chiassoni, P., op. cit., pág. 326
[577] Ídem, pág. 136.
[578] Chiassoni, P., pág. 326.
[579] Ibídem.

este criterio se basa en el valor que se asigne a cada una, el que está supeditado al ideario del operador jurídico[580].

A su vez, es interesante aludir a la reflexión de Chiassoni por la cual hace equiparable el criterio axiológico al criterio jerárquico, toda vez que ambos identifican una norma superior, pero bajo fundamentos distintos. Respecto al criterio jerárquico, irrebatiblemente la *lex superior* está dada por razones formales, es decir, por la jerarquía establecida en la misma legislación bajo requisitos para considerarla tal. En contraste, el criterio axiológico, no atiende a motivos formales, sino todo lo contrario; la norma superior estará determinada por el mayor valor ético-normativo en relación con las consideraciones ideológicas presentes en un cierto ordenamiento jurídico[581].

Bajo este razonamiento, es posible comprender la repercusión que han tenido los principios constitucionales en la teoría del derecho, desde que se han posicionado como normas fundamentales de todo sistema jurídico y de todo ordenamiento democrático.

Es por ello que el criterio axiológico también es utilizado para resolver las antinomias que se produzcan entre principios, puesto se trata de normas que están sujetas a los valores considerados como primordiales en una sociedad[582].

Sin embargo, la importancia de los principios constitucionales no permite hablar de invalidez o derogación en caso de incompatibilidad entre ellos, puesto que la operación que se sigue es la llamada *ponderación de principios*, nombre que toma el criterio axiológico específicamente en estos casos, la que consiste en establecer qué principio debe prevalecer por sobre otro, es decir, propone una jerarquía entre ellos pero solo con el objeto de producir ese efecto para un caso en concreto o una especie determinada de casos[583]. En consecuencia, la ponderación sólo provoca el efecto de decidir qué principio debe ser aplicado y qué principio no debe ser aplicado, lo que no significa que siempre y en todas las ocasiones aquel deberá prevalecer, puesto es una cuestión que se evalúa caso a caso.

5.3. EL PLANTEAMIENTO DE ALCHOURRÓN Y BULYGIN FRENTE AL CONFLICTO NORMATIVO.

Los destacados filósofos argentinos parten por reconocer la existencia de incoherencias normativas en un sistema jurídico, mas distinguen que la solución dependerá del operador jurídico de que se trate, puesto que diferirá si la contradicción es identificada por la autoridad legislativa o por el juez.

Si el conflicto entre normas es detectado por el legislador, este puede adoptar tres cursos de acción: 1) derogar uno de los contenidos normativos; 2) derogar ambos contenidos normativos en contradicción; o 3) no hacer nada y dejar que el juez resuelva la controversia. En los dos primeros casos, la derogación opera como modo de solución[584].

---

[580] Ídem, pág. 327.
[581] Ibídem.
[582] Ibídem.
[583] Ibídem.
[584] Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, cfr. pág. 143.

En cambio, si es el juez el que descubre la contradicción normativa, la solución ya no puede ser la derogación, debido que no cuenta con la competencia para ello. No obstante, el juez cuenta con otros medios para resolver la contradicción. En primer lugar, puede acudir al propio sistema jurídico para determinar si existe relación de jerarquía entre los propios contenidos normativos en conflicto, ya sea porque las mismas normas jurídicas así lo establecen o por la concurrencia de los criterios tradicionales (jerárquico, cronológico y de especialidad). Sin embargo, como suele ocurrir, tales criterios no pueden ser aplicados en todos los casos y, debido a ello, se le autoriza a recurrir a criterios inspirados en la justicia o en otros valores significativos. En este caso supone que la ordenación de las normas dentro de un sistema jurídico es la solución al conflicto, permitiendo que el juez descarte los contenidos normativos inferiores[585].

Atendiendo a estas dos situaciones, se suele pensar que la derogación juega un rol más extenso que la ordenación en lo relativo a los conflictos normativos. Sin embargo, Alchourrón y Bulygin concluyen que "una modificación de las relaciones ordenadoras es tan fundamental como la eliminación de elementos; en realidad ambos procedimientos son sustancialmente equivalentes. Aquellos contenidos normativos que "son dejados de lado" al ser preferidos otros de mayor jerarquía son tan inaplicables (mientras no se modifique el orden jerárquico) como si estuvieran derogados"[586].

5.4. CONFLICTO ENTRE CRITERIOS Y SOLUCIONES.

La aplicación de los criterios para solucionar antinomias no siempre es pacífica, por lo que no es inusual que dos criterios puedan entrar en conflicto, caso en el cual se estará en presencia de una antinomia de segundo grado y su solución dependerá de la robustez de cada criterio y de las consideraciones doctrinales que merezca.

A continuación, se analizará los posibles conflictos que emergen entre criterios y cuál debe prevalecer por sobre el otro.

5.4.1. Entre el criterio cronológico y criterio jerárquico.

El conflicto entre el criterio cronológico y el criterio jerárquico es manifiesto cuando una norma anterior y superior es incompatible con una norma posterior e inferior, puesto que de la aplicación del principio jerárquico se concluye que debiera prevalecer la norma superior (aunque anterior) y, desde el punto de vista de la aplicación del principio cronológico, entonces debiera prevalecer la norma posterior (aunque inferior)[587].

Un ejemplo de esta clase de conflicto es la dictación de una ley que contravenga la Constitución existente, o la de un decreto que contravenga una ley precedente[588], ya que

---

[585] Ídem, pág. 144.
[586] Ídem, pág. 145.
[587] Bobbio, N., *Teoría general del Derecho*, segunda edición. Traducción de Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 2002, cfr. pág. 203.
[588] Guastini, R., op. cit., cfr. pág. 128

en ambos casos se habla de una ley de rango inferior que es promulgada con posterioridad a la norma superior.

Frente a esta problemática, la doctrina y jurisprudencia están contestes en señalar que la norma posterior e inferior debe sucumbir ante la norma superior y anterior, es decir, debe prevalecer el criterio jerárquico respecto al criterio cronológico[589].

Las razones para preferir el criterio jerárquico sobre el criterio cronológico dicen relación con la importancia de la jerarquía normativa, toda vez que los ordenamientos jurídicos se imponen una estructura, de manera tal que establece la fuerza normativa de sus reglas y, en consecuencia, hacer primar la simple sucesión del tiempo supondría la inutilidad de esta estructura fundamental en cada sistema jurídico. Dado lo anterior, se verifica que el principio jerárquico posee mayor fuerza que el cronológico, incluso delimita los supuestos en que el criterio cronológico es aplicable, ya que precisamente su utilización efectiva dependerá de que las normas sean de un mismo rango o nivel jerárquico[590].

A este respecto, Kelsen apunta, en la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, que en cuanto a los conflictos entre normas pertenecientes a rangos jerárquicos diferentes "no puede suscitarse ningún conflicto, dado que la norma de nivel inferior tiene en la norma de nivel superior su fundamento de validez. Si se considera como válida una norma de nivel inferior, ello quiere decir que es vista como correspondiente a una norma de nivel superior"[591].

Sin embargo, en la obra póstuma *Teoría General de las Normas*, Kelsen vuelve sobre el tema de los conflictos normativos con una perspectiva mucho más consolidada, haciéndose cargo de la existencia de este tipo de problemáticas en la teoría del derecho y proponiendo la solución a los conflictos por medio de la derogación. No obstante, cuando está en juego la primacía de la Constitución, bajo el supuesto en que una norma inferior y posterior que se encuentre en contradicción con la norma superior señala que la norma inferior estará vigente en el ordenamiento jurídico pero su vigencia podrá ser revocada si el legislador prevé un procedimiento especial para ello. Respecto a este punto, el jurista austríaco propone la reformulación del principio *lex posterior derogat priori,* en virtud de que en presencia de una norma superior anterior el principio se invierte, debiendo quedar como *lex prior derogat posteriori*, lo cual permite aseverar que nuevamente el criterio cronológico cede ante el principio de jerarquía[592].

La prevalencia del principio jerárquico supone que la norma inferior y posterior es inválida, por lo que el efecto que genera su aplicación no es la derogación, o que exceptúe a dicha norma, sino que implica la declaración de invalidez por ser contraria a una norma superior[593].

---

[589] Bobbio, N., op. cit., 1980, cfr. pág. 354. En el mismo sentido, veánse Guastini, R., op cit., pág. 129 y Prieto Sanchís, L, op. cit., pág. 141.
[590] Veánse Bobbio, N., op cit., 1980, cfr. pág. 362 y Prieto Sanchís, L., Ibídem.
[591] Kelsen, H., op. cit., 1982, pág. 217.
[592] Kelsen, H., *Teoría General de las Normas.* Traducción de Hugo Delory, Las Trillas, México, 1994, cfr. págs. 132-134.
[593] Guastini, R., op. cit., cfr. pág. 129.

5.4.2. Entre criterio de especialidad y criterio cronológico.

Por otra parte, el conflicto entre el criterio de especialidad y el criterio cronológico se presenta cuando una de las normas es de carácter especial y anterior a otra norma que es general y posterior. En este caso la incompatibilidad de aplicar ambas normas radica en que, atendiendo al criterio de especialidad, debiera imponerse la norma especial (aunque anterior) sobre la norma general (aunque posterior). En cambio, si se aplica el criterio cronológico, la prioridad debiera ser de la norma posterior sobre la norma anterior[594].

En esta ocasión la respuesta a cuál criterio debe preferirse sobre el otro no es rotunda, puesto que no hay aplicación unánime de un criterio, como se pudo apreciar en el caso anterior. En este sentido, puede decirse que la regla general está dada por la máxima *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, es decir, la ley general posterior no prevalece sobre la ley especial anterior, lo que implica que la prevalencia está en favor del criterio de especialidad. Sin embargo, las excepciones abundan, lo que no permite establecer la primacía absoluta del criterio de especialidad sobre el cronológico[595].

Las complicaciones que enfrenta el operador jurídico para preferir un principio respecto a otro, radican en que el carácter general o especial de una norma está formulado en base consideraciones valorativas opuestas. Siguiendo esta idea, Bobbio señala que la ley especial, por una parte, puede ser estimada más justa que la ley general, en tanto supone que la regulación de casos específicos implica equidad. Por otra parte, la ley general también puede ser considerada más justa que la ley especial, en cuanto la generalidad tiene por objeto equilibrar cualquier tipo de prerrogativa. En conclusión, la fuerza del criterio de especialidad depende de estas perspectivas, puesto si se considera que la ley especial es más justa que la general, entonces no habrá duda de que prevalecerá este principio. En cambio, si ley especial es reputada un privilegio respecto a la ley general, produciendo una arbitraria injusticia, entonces dará lugar a la aplicación del criterio cronológico, puesto la posterioridad de la norma permite la supresión de ese privilegio[596].

Bajo estas consideraciones, Chiassoni no se inclina por una u otra solución, ya que comprende que existen valoraciones en juego que no pueden ser desechadas tajantemente para anteponer una resolución precipitada, porque tal como lo indica, no se conoce un metacriterio que determine, de manera general, qué criterio debe aplicarse. En razón de aquello, plantea que ante esta problemática la respuesta se encuentra en la aplicación del criterio axiológico, desde que será menester tomar en cuenta los valores que sustenta el ordenamiento jurídico para darle prioridad a un principio sobre otro en el caso en concreto [597].

Una visión distinta a la de Chiassoni, es la de Guastini, quien en una primera instancia reconoce que el efecto que produce la aplicación del criterio de especialidad sobre el cronológico es la de constituir una excepción a la regla general, basándose en el aforismo ya citado. Sin embargo, discute el fundamento de dicha consecuencia, puesto que si bien pueden existir excepciones expresamente señaladas en la ley, realmente lo que ocurre es

---

[594] Bobbio, N., op. cit., 2002, cfr. pág. 203.
[595] Ídem, pág. 204. Realiza la misma observación Guastini, R., op.cit., págs. 134 y 135 y Prieto Sanchís, L., op, cit, pág. 141.
[596] Bobbio, N., op cit., 1980, cfr. págs. 362 y 363.
[597] Chiassoni, P., op. cit., cfr. pág. 325.

que la norma posterior (aunque sea general) deroga la norma anterior (aunque sea especial) en todos aquellos casos en que exista una norma positiva que consagre el criterio cronológico, porque de lo contrario constituye, en principio, una transgresión a la norma positiva. Indudablemente, dicho resultado está sujeto a la interpretación y deliberación del intérprete, cuyo alcance determinará para cada situación[598].

Por consiguiente, es oportuno advertir que, aunque existe cierta predisposición a la aplicación del criterio de especialidad sobre el criterio cronológico, no se trata de una práctica determinante, teniendo en cuenta que la solución está condicionada a valoraciones de justicia, a las excepciones que puedan encontrarse en la legislación, e incluso a la existencia de normas que consagren positivamente el principio cronológico.

5.4.3. Entre criterio jerárquico y criterio de especialidad.

Ahora bien, respecto al conflicto entre el criterio jerárquico y el criterio de especialidad, la incompatibilidad se produce por la presencia de una norma superior y general en contraposición a una norma inferior y especial. Bajo esta circunstancia, la aplicación del principio de jerarquía determina que la norma superior (aunque sea general) prevalecerá sobre la norma inferior (aunque sea especial). En contraste, la aplicación del principio de especialidad establece la preferencia de la norma especial (a pesar de que sea inferior) sobre la norma general[599].

En teoría, pareciera ser que la solución de este conflicto no ofrece dudas dado que, hasta ahora, el criterio jerárquico se impone en todas las ocasiones, en virtud de que la estructura jerárquica impone un orden atendiendo a criterios de forma, y determina su fuerza normativa basándose en ello. Lo recién expuesto quiere decir que, en principio, no hay razón para preferir el criterio de especialidad, puesto optar por una norma especial pero inferior jerárquicamente en oposición a una superior supone descartar que exista primacía entre niveles normativos y, por tanto, las nociones de supremacía constitucional y, su vez, legitimidad carecerían de todo sentido[600].

A pesar de la solidez de este argumento, en la práctica es común observar este tipo de dilema y la solución no siempre se ha inclinado hacia el criterio jerárquico porque, tal como se comentó previamente en el planteamiento de Bobbio y también aplicable a este caso, detrás de la característica de generalidad o especialidad de las normas subyacen razones valorativas de justicia, en tanto el criterio de especialidad comprende un propósito de correctivo legal; es decir, la excepción a la regla general comporta equidad si la situación así lo evidencia, y permite fundamentar su prevalencia sobre el orden jerárquico de las normas. Sin embargo, una vez más, esta fórmula no es categórica, sino que depende plenamente de la interpretación que lleve a cabo el operador jurídico, la cual por supuesto variará según el caso que se trate[601].

Otra manera de comprender la discusión es la que esboza Prieto Sanchís al puntualizar que el criterio de especialidad procede de manera particular en relación al

---

[598] Guastini, R., op. cit., cfr. págs. 134 y 135.
[599] Bobbio, N., op. cit, 2002, cfr. pág. 204.
[600] Ibídem. Asimismo, véase Prieto Sanchís, L., op. cit., p. 140.
[601] Bobbio, N., op. cit., 1980, cfr. pág. 364.

criterio jerárquico, debido a que hace posible eliminar la antinomia en función de la abstracción consistente en que la norma general aparte de su campo de aplicación el supuesto de hecho contenido en la norma especial, lo cual se logra a través de la interpretación restrictiva a partir del análisis de los supuestos de hecho que contempla la misma norma general[602].

En este sentido, Prieto se vale del siguiente ejemplo:

"El artículo 24 CE entre otras cosas reconoce la presunción de inocencia, que significa que toda persona es inocente mientras no se demuestre lo contrario y, por tanto, que nadie puede sufrir una pena si antes no media un proceso con todas las garantías en el que se acredite la culpabilidad. Sin embargo, en nuestro sistema existe también la prisión preventiva o provisional, que permite privar de la libertad a una persona que todavía es inocente cuando concurran determinadas circunstancias. Pues bien, el instituto de la prisión provisional puede considerarse una regla especial de origen legal respecto de la presunción de inocencia que tiene fundamento constitucional; una excepción que, en opinión de la jurisprudencia, se considera compatible con el régimen de garantías."[603]

Si bien el ejemplo se refiere a la legislación española, es perfectamente extrapolable al derecho chileno, desde que la presunción de inocencia es una garantía procesal establecida en la Constitución Política de la República y la prisión preventiva está regulada en el Código Procesal Penal. En consecuencia, existe una norma de rango constitucional (superior) y general en conflicto, *a priori*, con una norma legislativa (inferior) de carácter especial, el cual es posible omitir si se considera que la norma especial es una excepción permitida a la norma general, a pesar de su jerarquía superior. El ejemplo goza de toda lógica, puesto la prisión preventiva es una institución excepcionalísima, cuyos supuestos para concederla por el juez están estrictamente limitados y las motivaciones para mantenerla son constante revisadas, precisamente para evitar la vulneración de las garantías procesales del imputado mientras se desarrolla el debido proceso y, a su vez, no hacer ilusoria la pretensión de justicia.

5.4.4. Entre criterio de competencia y criterios tradicionales.

Efectivamente, el criterio de competencia puede ser antinómico con los criterios de jerarquía, cronológico y de especialidad. En este sentido, la problemática se centra los siguientes supuestos:

- "Una norma inferior y competente es incompatible respecto a una norma superior pero incompetente.
- Una norma anterior y competente es incompatible respecto a una norma posterior e incompetente.
- Una norma general y competente es incompatible respecto a una norma especial e incompetente"[604].

---

[602] Prieto Sanchís, L., Ibídem.
[603] Ibídem.
[604] Ídem, pág. 139.

Bajo cualquiera de estas circunstancias, el criterio jerárquico, el cronológico y el de especialidad siempre sucumben ante el criterio de competencia. No hay dudas de su prevalencia porque la norma que es incompetente, indistintamente si es superior, posterior o especial, es inválida dado que el vicio de competencia ocurre en el acto normativo que la genera. Por tanto, la incompetencia se produce desde el principio de la existencia de la norma, razón por la cual no puede subsistir ni menos primar sobre una norma perfectamente válida[605].

5.4.5. Entre criterio de prevalencia y criterios tradicionales.

En primer lugar, es dudoso que el criterio de prevalencia pueda entrar en conflicto con el criterio jerárquico, ya que por definición el criterio de prevalencia supone que no exista relación jerárquica entre dos subsistemas normativos diferentes. En esta eventualidad, supone que exista una norma estatal y una norma regional, en que ambas detenten la competencia sobre un mismo asunto o materia. Bajo esta conjetura, no tiene cabida la aplicación del criterio jerárquico, puesto que la norma estatal prevalecerá sobre la norma regional o viceversa en virtud de que, si se trata de estados descentralizados, la propia legislación establecerá la relación de prevalencia, lo que significa que la solución no responde a fuerza normativa que posea una norma sobre otra[606].

En segundo lugar, el conflicto entre el criterio de prevalencia y el criterio de especialidad supone la incompatibilidad entre una norma estatal, general y prevalente y otra norma regional, especial y no prevalente. Como ya se ha podido observar, cada que interfiere el principio de especialidad, la respuesta a la solución no propende de manera definitiva a la aplicación inequívoca de uno solo de los criterios. Es por ello que si bien puede determinarse la preponderancia de la aplicación del criterio de prevalencia, siempre está la posibilidad de que, a través de la interpretación, se restrinja el ámbito de aplicación de la norma general para evitar la antinomia y así dar paso a la aplicación de la norma especial, independiente de que esta sea no prevalente y regional[607].

En último lugar, el conflicto entre el criterio de prevalencia y el criterio cronológico presupone la existencia de una norma estatal, prevalente y anterior en contraposición de una norma regional, no prevalente y posterior. Empero, su resolución no implica mayor problema porque el criterio cronológico no tiene mayor eficacia ante la aplicación del criterio de prevalencia, debido a que el conflicto se refiere a normas que se adscriben a subsistemas normativos distintos en que la sucesión del tiempo no tiene correlación alguna entre aquellos[608].

5.4.6. Entre criterio de excepcionalidad y criterios tradicionales.

---

[605] Ídem, cfr., pág. 140.
[606] Ídem, cfr., pág. 141.
[607] Ibídem.
[608] Ibídem.

Finalmente, el criterio de excepcionalidad puede producir antinomia respecto al principio jerárquico, cronológico y de competencia, siempre que la norma excepcional sea anterior, inferior o incompetente respecto a una norma común que es posterior, superior o competente. En este caso, Chiassoni hace extensible el planteamiento propuesto para los casos en que entre en conflicto el criterio de especialidad respecto a otros criterios, que consiste, bajo la visión de este autor, en la aplicación residual del criterio axiológico en razón de que no existe un metacriterio preconstituido para determinar la prevalencia de un criterio sobre el otro[609].

Antes de continuar con lo relativo a los conflictos entre principios, es dable tener presente los siguientes reparos respecto a los conflictos que se suscitan entre los criterios de solución:

- En cuanto a las incompatibilidades que puedan surgir entre criterios clásicos o tradicionales, es posible determinar una cierta jerarquía de aplicación. En tal sentido, Bobbio concluyó que el criterio jerárquico es el más fuerte, ya que siempre prevalece ante el criterio cronológico y el criterio de especialidad (al menos en principio). Luego, en términos de robustez, le sigue el criterio de especialidad, debido a que puede o no ceder ante el principio cronológico, y cede siempre (a priori) ante el criterio jerárquico. En cuanto al criterio cronológico, se considera el más débil porque en todas las ocasiones sucumbe y es limitado ante el criterio jerárquico y, respecto al criterio de especialidad, como ya se mencionó, cede a veces[610].
- Si no es posible valerse de criterio alguno para resolver un conflicto entre criterios, Bobbio asegura que el criterio último de resolución es el de la justicia, en virtud del cual debe prevalecer aquella norma que sea más justa[611]. Siguiendo este razonamiento, pareciera ser que Chiassoni reformuló este principio de justicia bajo la denominación de criterio axiológico, toda vez que mantiene el carácter residual con la diferencia de que el criterio axiológico está supeditado a la valoración normativa a la luz de los principios que rigen el ordenamiento jurídico, de tal manera que evite, dentro de lo posible, el arbitrio del operador jurídico, ya que inevitablemente sus valoraciones están influidas por sus creencias personales, las cuales en última instancia no parecen ser un impedimento para Bobbio si de justicia se trata.

5.5. CONFLICTO ENTRE PRINCIPIOS Y LA PONDERACIÓN.

Las antinomias entre principios constitucionales presentan particularidades que merecen una mayor detención, pues se trata de normas que operan de forma diferente a las reglas y ante la incompatibilidad requiere un análisis más agudo para su solución, en vista de que los criterios para resolverla se vuelven insatisfactorios[612].

---

[609] Chiassoni, P., op. cit., cfr. pág. 326.
[610] Bobbio, N., op. cit., 1980, cfr. págs. 359-360.
[611] Ídem., cfr. pág. 364.
[612] Guastini, R., op. cit, cfr. pág. 136.

En particular, tanto Guastini como Chiassoni concuerdan en que la incompatibilidad que se suscite entre principios constitucionales es de aquellas denominadas antinomias en concreto, ya que sólo es posible reconocerlas una vez que se presenta el caso particular, siendo a partir de ese momento conocido los supuestos de hecho que entrarán en contradicción y, por la misma razón, no se cuenta con criterios definitivos para dar preferencia a un principio sobre otro[613].

Bajo estas circunstancias, la noción de insuficiencia de los criterios de resolución radica en que:

En primer lugar, el criterio jerárquico es inservible para solucionar un conflicto entre principios constitucionales porque aquellos se encuentran en el mismo rango o plano jerárquico, son normas constitucionales y por esta razón no es posible determinar la prevalencia de una sobre otra basado en este criterio. En segundo lugar, tampoco es posible aplicar el criterio cronológico para salvar la incompatibilidad porque se trata de normas coétaneas, dado que se encuentran en el mismo cuerpo normativo manteniendo ambas la misma fecha de promulgación (la única excepción sería el caso en que se incorpore un principio a través de reforma constitucional). En tercer lugar, el criterio de especialidad se torna inservible ante la circunstancia de contradicción entre principios ya que no existe una relación de especie a género, puesto que en este tipo de conflicto ambas normas son aplicables, es decir, el sujeto está forzado a dos obligaciones que se intersecan sin que sea factible cumplir ambas, por lo que no se configura una excepción a la regla general[614].

Para demostrar la particularidad de los conflictos entre esta clase de normas, Prieto Sanchís trae a colación el siguiente ejemplo:

"La presunción de inocencia tiene base constitucional y carácter general; el instituto de la prisión provisional presenta una base legal y carácter especial. Por tanto, de aplicar el criterio jerárquico, la prisión debería considerarse inconstitucional, mientras que de observar el de especialidad, dicha prisión se configuraría como una excepción a la presunción de inocencia. De hecho, así sucede, pero no propiamente porque la antinomia se haya resuelto en favor del criterio de especialidad, sino porque el conflicto entre norma constitucional y legal se ha transformado en un conflicto entre dos normas constitucionales: la presunción de inocencia y los principios que se suponen detrás de la prisión provisional, en particular el aseguramiento del proceso y, con ello, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva"[615].

El método que se ha utilizado para solucionar esta clase de conflictos ha sido denominado ponderación o balance de principios, y tiene por objeto determinar qué principio constitucional deberá preferirse para un determinado caso concreto, puesto que la preferencia solo se establecerá respecto de ese caso pudiendo perfectamente preferirse su contraria en otra ocasión; o incluso lograr la conciliación de ambos principios[616].

---

[613] Veánse Chiassoni, P., op. cit., pág. 327 y Guastini, R, Ibídem.
[614] Guastini, R., Ídem, cfr. pág. 137 y Chiassoni, P., Ídem, cfr. pág. 326.
[615] Prieto Sanchís, L., op. cit., pág. 145.
[616] Véanse Guastini, R., op. cit., pág. 137. y Chiassoni, P., op. cit., p. 327.

Ahora bien, la ponderación consiste en la operación argumentativa realizada por los operadores jurídicos, si se presenta una incompatibilidad entre principios constitucionales, para establecer a qué principio debe darse preferencia de aplicación ante circunstancias concretas. La ponderación implica establecer jerarquía entre principios, pero dicha jerarquía es de carácter axiológica y móvil. Lo recién dicho significa que debe atender a valoraciones ético-normativas consideradas relevantes en el sistema jurídico y que tal jerarquía es flexible, desde que la preferencia puede cambiar a la luz de nuevas circunstancias, lo que implica que no procede declarar invalidez de uno de los principios ni menos establecer uno de ellos como excepción del otro[617].

No cabe duda que el surgimiento de la ponderación es fruto de la trascendencia de los derechos fundamentales como pilar fundamental del constitucionalismo moderno, lo que implicó, asimismo, la extensa labor doctrinal y jurisprudencial para arribar a esta formulación.

Siguiendo a Prieto Sanchís, es posible identificar cuatro fases argumentativas de la ponderación:

a) Fin constitucionalmente legítimo.

Esta primera fase requiere que se verifique que la medida que interferirá en el ámbito de otro principio sea fundamentada en un fin constitucional legítimo, lo que se traduce en que la consecución de un fin no puede ser contrario a la Constitución y supone al menos que ese fin exista en dicho cuerpo normativo[618].

b) Adecuación.

Respecto a la fase de adecuación, ello implica que la medida que se pretenda aplicar está sujeta a la comprobación de su idoneidad en relación con la concreción del fin manifestado en la misma. La adecuación tiene por objeto excluir aquellas medidas que sean ineficaces para lograr el fin y, por tanto, no permiten justificar la injerencia en el ámbito del principio en contradicción[619].

c) Necesidad.

La tercera fase consiste en determinar la necesidad de la medida lesiva de un principio constitucional en favor de otro. La necesidad se justifica en caso de que no exista otra medida menos perjudicial para la obtención del fin pretendido. Ello quiere decir que debe tenerse en consideración todo el espectro de medidas que permitan alcanzar el fin constitucional, de manera tal que se escoja aquella que suponga la menor restricción del bien constitucional en conflicto, de lo contrario no podrá ser calificada de necesaria[620].

d) Juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

La última fase de la ponderación está constituida por el juicio de proporcionalidad en sentido estricto el que "consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los «beneficios» que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular

---

[617] Ibídem.
[618] Prieto Sanchís, L., op. cit., cfr. pág. 147.
[619] Ídem, pág. 148.
[620] Ibídem.

en orden a la protección de un bien constitucional o a la realización de un derecho, y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de otro derecho o para la satisfacción de otro bien o valor"[621]. En síntesis, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto supone realizar un balance de los principios constitucionales en juego, estableciendo que peso tendrá cada uno si se aplica al caso concreto.

En esta materia, el aporte doctrinal más destacado, desde la perspectiva de la argumentación jurídica, es el del jurista alemán Robert Alexy, quien desarrolló un mecanismo para determinar con objetividad la preponderancia de los principios constitucionales en pugna. Tal mecanismo se compone de la ley de ponderación y de la formula del peso de los principios.

Respecto a la ley de la ponderación, se refiere a ella en los siguientes términos:

" Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro"[622]

En cuanto a la fórmula del peso, de ella puede decirse que es una herramienta que tiene por objeto mantener la objetividad del operador jurídico. En este sentido, Alexy desarrolló una fórmula de carácter lógico y racional para impedir que las valoraciones personales del intérprete influyeran en la resolución de la antinomia entre principios constitucionales, puesto hay factores que pueden sopesarse para determinar qué principio pesa más que el otro ante una determinada circunstancia[623].

Si bien no habrá mayor detención respecto a la fórmula del peso, cabe destacar cuáles son los factores o indicios que se considera Alexy para determinar el peso concreto de un principio respecto de otro:

- "El valor institucional abstracto («peso abstracto») *de cada uno de los principios; es decir, su grado de importancia*
- El peso de la interferencia negativa (intervención) sobre *cada uno de los principios; es decir, la intensidad (leve, media o alta) de dicha interferencia.*
- (...) La probabilidad de que, no interviniendo sobre un *principio en cuestión, el principio contrario*, padezca efectivamente una interferencia de la intensidad que indique *el factor anterior*"[624].

En último lugar, es preciso hablar de las perspectivas existentes a propósito de cómo solucionar incompatibilidades entre principios. Sobre el particular, Giovanni Battista Ratti distingue dos teorías principales y una tercera opción que superaría las inconveniencias de las precedentes.

1) Las teorías fundacionalistas.

---

[621] Ibídem.
[622] Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Palestra Editores, Lima, 1era ed. Ampliada, 2007, pág. 460.
[623] Chiassoni, P., op. cit., cfr. pág. 328.
[624] Ídem, págs. 328 y 329.

Las teorías fundacionalistas plantean que el conflicto entre principios debe ser abordado desde la ordenación, cuyo fundamento consiste en dar necesariamente prioridad a un principio, independiente de si genera consecuencias negativas sobre los demás y que, en la práctica, genera efectos equiparables a la derogación[625].

2) El coherentismo.

En cambio, el coherentismo propone que debe existir una ponderación entre principios[626] que, como ya se ha dicho, consiste en "pesar" los principios de manera tal que sea posible establecer una preferencia limitada de un principio solo para el caso concreto o, incluso, concordar ambos.

La primera diferencia palpable entre ambas teorías estriba en la terminología y su relación con la extensión de los casos en que son aplicables dichas operaciones; mientras que para las teorías fundacionalistas la ordenación predica su aplicación respecto a casos genéricos, el coherentismo postula que la ponderación se aplica a casos concretos. Asimismo, una segunda diferencia dice relación con la coherencia y consistencia, puesto las tesis de la ordenación fundan la consistencia de los sistemas jurídicos a partir de la ordenación de normas, como un supuesto necesario para ello. En cambio, las tesis de la ponderación, si bien reconocen la necesidad de una jerarquía, precisan que debe ser de carácter móvil, puesto el carácter estático de una estructura normativa impide la coherentización de los sistemas jurídicos[627].

En este sentido, ambas perspectivas respecto a la resolución de antinomias entre principios presentan dificultades. Por un lado, las teorías fundacionalistas están basadas en un argumento bastante rígido, bajo el cual siempre debe prevalecer un principio sobre otro basado en la disposición de las normas. Sin embargo, atendiendo al orden de estas, no es posible establecer bajo qué criterio es preferible un principio a otro, pues si hablamos de principios constitucionales ambos se encuentran en el mismo plano. En cuanto a la teoría del coherentismo, el problema se sitúa en que la ponderación puede devenir en una operación inestable, ya que su aplicación al caso concreto requiere que se realice cada vez que se presente una situación de conflicto de principios, dificultando la tarea de coherentización que llevan a cabo los jueces, puesto la regla general en la dogmática es la creación de conjuntos ordenados de normas, pero nada se dice acerca de conjuntos ponderados presentes en los sistemas jurídicos[628].

Por su parte, G.B. Ratti busca una tercera opción que sea capaz de superar los obstáculos considerados en ambas teorías, y para ello encuentra la solución en lo que ha llamado micro-sistemas a la Alchourrón y Bulygin, puesto que el sistema normativo desarrollado por estos autores tiene la principal característica de ser neutro y, por tanto, prescinde de las consideraciones dogmáticas que cada teórico pueda sostener, manteniéndose en la flexibilidad y adaptabilidad de dichas concepciones, toda vez que la operación de la que se vale para resolver el conflicto entre principios se basa en abstraer

---

[625] Ratti, G.B., *El gobierno de las normas,* Marcial Pons, Madrid, 2013, cfr. pág. 80.
[626] Ibídem.
[627] Ratti, G.B., op. cit., cfr. págs. 80 y 81.
[628] Ídem, cfr. pág. 81.

enunciados significativos para luego determinar su alcance, su relación con los otros elementos del sistema y su disposición en el ordenamiento jurídico[629].

5.6. LOS CRITERIOS TRADICIONALES COMO "PRESUNCIONES DE JUSTICIA".

Finalmente, es indispensable tener en cuenta la particular concepción que sostuvo el jurista italiano Norberto Bobbio en lo que concierne a los criterios de solución de antinomias, pues propone que tales criterios son catalogables como presunciones: mas no cualquier clase de presunción, sino que promueve su trascendencia a tal punto de considerarlos presunciones de justicia[630].

Como bien se sabe, Bobbio centró el estudio de la solución de antinomias en tres criterios, denominados en este texto como tradicionales, que le permitieron deducir semejante planteamiento. Es decir, sólo el criterio jerárquico, el cronológico y el de especialidad son estimados como presunciones de justicia bajo la teoría de este autor.

Hecha esta precisión, ahora cabe preguntarse qué quiere decir que los criterios de solución de antinomias sean clasificados como presunción de justicia, y la respuesta debe estructurarse desde dos ámbitos: 1) el análisis del concepto de presunción de justicia; y 2) determinar cómo cada criterio configura tal presunción.

En primer lugar, la presunción es una ficción jurídica que consiste en dar por cierto un hecho desconocido a partir un hecho conocido, esto quiere decir que el hecho conocido presenta ciertas propiedades que lo conectan a un supuesto desconocido, lo que da lugar a la confirmación de la presuposición. Si lo anterior es trasladado al marco de la justicia, conlleva deducir que de la existencia de un hecho conocido es posible determinar lo justo o injusto. En este sentido, los criterios de solución de antinomias pueden ser reputados presunciones de justicia toda vez que aquellos presentan lo conocido, ya sea la fecha de las normas en conflicto, que ambas normas sean pertenecientes a niveles jerárquicos distintos o la extensión de sus ámbitos de aplicación, y de acuerdo con ello es posible presuponer lo desconocido, es decir, la solución justa[631].

En este orden de ideas, el filósofo italiano concluye que "los tres criterios descritos se refieren a hechos o a situaciones a las que atribuimos la cualidad de revelar un cambio en la valoración de lo que es justo e injusto; son, dicho en una fórmula —y no sabría de qué otro modo llamarlos—, presunciones de justicia, entendido el término "justicia" en la acepción más amplia, como criterio último de valoración de las normas, según lo cual es legítimo decir que la norma sucesiva en el tiempo es más justa que la precedente y, respectivamente, que la superior y la especial son más justas que la inferior y la general"[632].

Respecto al segundo ámbito de esta respuesta, es menester enfocarse en cada uno de los principios en cuestión:

---

[629] Ídem, cfr. pág. 82
[630] Bobbio, N., op. cit., 1980, cfr. pág. 355.
[631] Ibídem.
[632] Ibídem.

5.6.1. Criterio cronológico:

La presunción que recae sobre el criterio cronológico está dada por el aforismo *experiemia posterior derogat anteriori*, cuya formulación es el equivalente de la máxima *lex posterior derogat priori,* y significa la experiencia posterior prevalece (o deroga) la anterior. En sencillas palabras: quien va después posee más conocimiento que quien antecede. Es así que el fundamento de la presunción reside en la constante transformación de la sociedad, haciendo necesario que el derecho se adapte a los cambios. Por ello, es verosímil que sea más justo aplicar una norma posterior que una anterior, puesto la primera será más adecuada para resolver un conflicto que la segunda en tanto supone mayor idoneidad con la evolución de la sociedad[633].

5.6.2. Criterio jerárquico.

Por otra parte, la presunción de justicia que se atribuye al criterio jerárquico dice relación con la existencia de sistemas jurídicos organizados en base a una multiplicidad de fuentes, las cuales requieren un orden capaz de determinar su fuerza jurídica y dicho orden se impone a través de una estructura de jerarquía, en virtud de la cual se establecen rangos de autoridad entre normas. Ciertamente, el fundamento de la presunción radica en que detrás del criterio jerárquico subyace el argumento de autoridad, el cual hace posible presuponer que a mayor autoridad entonces existirá un mayor sentido de la justicia. En este sentido, una norma superior es más justa que una inferior, toda vez que la norma superior goza de una autoridad que la norma inferior no, dado que esta última debe adecuarse a la primera, ya que de otra manera se considerará inválida[634].

5.6.3. Criterio de especialidad.

Para Bobbio, la aplicación del criterio de especialidad configura un principio de justicia por sí mismo, ya que posibilita disminuir la generalidad de la norma para dar un tratamiento igualitario a quienes se encuentran en una misma posición. La presunción de justicia en el caso del criterio de especialidad se concibe en virtud de reconocer que existen diferencias que hacen necesaria la corrección de la ley en el sentido de establecer aquellas categorías que merecen un trato distinto, porque de lo contrario la aplicación general de la norma conduce a consecuencias injustas. Así como se observó anteriormente, el criterio de especialidad está fundado en el ideal de equidad, el que se traduce básicamente en la justicia al caso concreto. Teniendo en cuenta lo recién comentado, la norma especial se presume más justa que la general porque su aplicación permite efectivamente dar a cada uno lo que le corresponda y, al mismo tiempo, contribuye en la realización del ideal de justicia como piedra angular de todo ordenamiento jurídico[635].

---

[633] Bobbio, N., op. Cit.,1980, cfr. pág. 356.
[634] Ídem, cfr. págs. 356-358.
[635] Ídem, cfr. p. 358.

VI. CAPÍTULO VI: LOS PROBLEMAS DE CONCURRENCIAS DE NORMAS ANTE LA JURISPRUDENCIA.

Este capítulo se propone analizar algunas prácticas argumentativas desplegadas por la jurisprudencia nacional, con el propósito de identificar, suscitar, evitar y/o solucionar problemas de concurrencias de normas que confluyen para resolver los casos concretos sometidos a su decisión, en particular inconsistencias y redundancias. Se ha seleccionado un conjunto de sentencias dictadas fundamentalmente por tribunales superiores de justicia: Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, la mayoría de ellas dictadas durante la última década. Cuando ha sido necesario, se ha expuesto y analizado también la fundamentación de la sentencia que resolvió el caso en primera instancia. El objetivo es abordar los problemas de concurrencias de normas en concreto y no solamente en abstracto. Se ha preferido exponer también la justificación externa de la premisa fáctica de los razonamientos judiciales y no únicamente la justificación externa de la premisa normativa y la justificación interna del razonamiento, que suele ser la práctica metodológica predominante. Esta opción se funda en la necesidad de tener en cuenta cómo los aspectos fácticos cobran un rol preponderante en la detección de los problemas de antinomias y redundancias. También se ha preferido abordar temas que no han recibido la suficiente atención dogmática, evitando presentar ejemplos ya analizados con profusión en comentarios de jurisprudencia que se publican en las revistas jurídicas especializadas y en trabajos doctrinarios monográficos o tratados, como ocurre con los casos de opción o concurrencia de responsabilidades y la tensión entre remedios generales y remedios específicos frente al incumplimiento contractual. Las materias abarcan también las relaciones de frontera del Derecho Civil con otras disciplinas como los Derechos Fundamentales. el Derecho Constitucional, el Derecho Procesal, el Derecho Administrativo y el Derecho Mercantil. Ahí he detectado una veta que puede proveer de valiosos insumos para eventuales futuros análisis más específicos. Se ha excluido todo lo relativo al Derecho Privado del Consumo, que por sí solo ameritaría un tratamiento pormenorizado que daría lugar probablemente a más de una tesis y que no está comprendido dentro de los objetivos propuestos en la presente investigación.

6.1. INCONSISTENCIAS EN MATERIA DE FILIACIÓN E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE.

1. Sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago.

1.1. Hechos.

Emma de Ramón y Gigliola Di Giammarino mantenían una relación desde hace muchos años y a fines de 2015 suscribieron un acuerdo de unión civil, lo que significó para ellas tener un reconocimiento institucional de su unión, a lo menos desde un punto de vista patrimonial; en lo emocional también significó un paso muy importante en la vida de las mujeres, por cuanto significó una forma de poder celebrar formalmente su vínculo junto a familia y cercanos, como cualquier pareja. Ya formalizados los trámites relativos a la unión

civil, optaron por estructurar sus bienes en régimen de comunidad, de modo que toda operación patrimonial requería el consentimiento de la pareja.

Todo se fue dando con absoluta normalidad y la relación parecía ir afianzándose cada vez más. A mediados de 2016 la pareja inició las consultas con el obstetra Nicolás Carvajal, a fin de averiguar la posibilidad de que alguna de ellas pudiere someterse a un procedimiento de reproducción asistida para procrear al hijo común de ambas. En este análisis médico, se estableció que solo Gigliola, pese a su edad, podría ser intervenida mediante técnicas de reproducción asistida, dado el historial clínico y las intervenciones médicas realizadas por Emma, quién pese a estar en una edad más "idónea" para poder tener hijos, no podría someterse a dicho procedimiento. Esto ciertamente no impidió que la última acompañara a su pareja a todas las consultas y que ambas vivieran el largo camino del embarazo como una familia, incluso en el momento de la implantación del óvulo fecundado en el útero de Di Giammarino[636].

Dos semanas después de la implantación el médico entrega los resultados positivos de su embarazo a Gigliola, quien emocionada procede a entregar la información a su pareja en su oficina de trabajo. Finalmente el niño, bautizado como A.J.R.G. fue, en efecto, inscrito con los apellidos de ambas mujeres, no obstante el apellido que figura por Emma, es meramente nominativo o formal; puesto que, legalmente la maternidad es reconocida en un momento únicamente respecto de la mujer que dio a luz al niño; con todas las implicancias jurídicas que ello supone. Cabe hacer la precisión que durante el transcurso de las acciones judiciales que tendrían lugar por la negativa del Registro Civil de Providencia a inscribir la partida de nacimiento dejando constancia de que ambas mujeres tienen la calidad de madre; las mujeres tuvieron una vida de familia normal y más que reconfortante junto al menor, lo que sería constatado durante el procedimiento de filiación por medio de prueba documental y diversos testimonios[637].

Ante la imposibilidad de inscribir la partida de nacimiento de A. en donde se dejara constancia que ambas son madres del niño, y reconociéndole tal calidad jurídica únicamente a Di Giammarino; es que la pareja, asesorada por diversas agrupaciones que velan por la integración de la diversidad sexual en la sociedad, interpuso una acción de protección en favor de ellas y del niño ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, acusando que el acto de negar la posibilidad de inscribir el certificado de nacimiento a nombre del menor, constituía un acto ilegal y arbitrario, que atentaba contra la integridad del menor; la igualdad ante la ley y la honra de las afectadas; toda vez que se les estaba negando la posibilidad de otorgar plena protección jurídica a las personas que constituyen un grupo familiar con este menor que es su hijo. No obstante lo señalado, esta reclamación no tuvo mayor recepción en sede de protección, optando de forma unánime tanto el Tribunal de alzada como la Corte Suprema, conociendo de la apelación, por rechazar el recurso.

Que ante este fracaso de sus pretensiones en procedimiento de protección, es que las madres optan por recurrir a los procedimientos de familia por medio de una acción de reclamación de maternidad. Lo anterior supuso que Gigliola, madre legal del niño, demandara ante los tribunales de familia en un procedimiento de filiación no matrimonial, a

---

[636] Sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago. Considerando 1°.
[637] Sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago. Considerando 2 y 3°.

fin de que Emma reconociese como propio al niño, y así compartir junto a su pareja la calidad de madre del mismo.

Esta reclamación en sede especial de familia fue acogida, y después de la prueba rendida y los testimonios entregados, el tribunal en definitiva da lugar a ella y se ofició al Registro Civil para que se hicieran las modificaciones respectivas a la partida de nacimiento del pequeño A.

1.2. El derecho.

En cuanto a los fundamentos de derecho, es necesario distinguir los argumentos esgrimidos por la demandante y la demandada de filiación en conjunto (ya que no se contraponen sustancialmente y en su conjunto constituyen una petición en común de las mujeres aludidas); y respecto del Juzgado de Familia sobre su resolución en el presente caso.

1.3. Partes en litigio.

1.3.1. La demandante en autos señala que ella y la recurrida mantienen una relación desde hace muchos años y que además suscribieron un acuerdo de unión civil, lo que permite ciertamente entender que ambas junto a su hijo conforman un grupo familiar, distinto al tradicionalmente concebido que se basa en el matrimonio.

Añade también que el presente conflicto presenta una laguna normativa, producida ciertamente por la deficiente y genérica regulación de filiación en materia de reproducción asistida; en nuestro país la disposición que hace referencia al respecto es el artículo 182 del Código Civil, que dispone un escenario de "filiación legal" respecto de los 'hombres y mujeres' que decidieron someterse a los procedimientos reproductivos; hecho que en el caso impediría a Emma poder figurar como madre del menor, ya que, en estricto rigor quien se sometió al procedimiento médico fue solamente Gigliola[638].

Esta falta de tratamiento normativo respecto de la filiación por reproducción asistida en parejas del mismo sexo, produce notoriamente una vulneración a una serie de derechos, tanto para las aludidas como para el menor. Fundamentalmente se ve transgredida, tanto a nivel de derechos nacionales como de tratados internacionales: la igualdad ante la ley respecto de los niños nacidos en familias heteroparentales; el derecho a la identidad familiar; y el derecho constitucional que protege la vida en familia; entendiendo esta última como el núcleo fundamental de la sociedad[639]. Esto también supone, a juicio de la actora, una vulneración a una serie de derechos de los niños consagrados en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular respecto del principio general de interés superior del niño y en particular del derecho de estos últimos de conocer a sus padres y de tener una convivencia.

---

638 Sentencia Segundo Juzgado de Familia de Santiago. Considerandos 1° y 2°

639 Sentencia Segundo Juzgado de Familia de Santiago. Considerando 1°.

Respecto de todo lo anterior, la actora estima pertinente recordar que dados los intereses y derechos puestos en juego en el presente caso, la ausencia de ley debe ser superada atendiendo a diversos criterios integradores que están a disposición de los magistrados para el efecto, particularmente respecto de la equidad, los principios generales del derecho y la analogía jurídica.

1.3.2. En cuanto al plano fáctico, la demandada reproduce íntegramente los hechos descritos por la actora. Sobre los fundamentos de derecho alega que la imposibilidad de otorgarle la filiación significa una abierta vulneración al mandato constitucional de protección a la familia, consagrado en el artículo 1° de la Constitución; y traería como consecuencia directa la privación de todo un abanico de derechos derivados precisamente de la relación jurídica de filiación, tanto para Emma como para su hijo A.

Asimismo, conforme al derecho internacional, y en particular sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la opinión consultiva 24 del mismo organismo, en lo tocante a los derechos a la igualdad y protección de la familia, se estima que los Estados Parte de la Convención deben procurar estructurar sus sistemas jurídicos de manera que las familias integradas por parejas del mismo sexo no se vean privadas de los derechos y garantías que derivan de las relaciones de familia como en los casos de parejas heterosexuales. Así las cosas, la recurrida entiende que esta consideración adquiere especial relevancia para el desarrollo del caso, especialmente teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico nacional contiene una muy deficiente normativa en materia de filiación por técnicas de reproducción asistida; esto ciertamente refuerza la tesis; los fallos relativos a filiación en general, deben guiarse o estructurase en conformidad a los parámetros y estándares establecidos en materia de derecho internacional de la infancia y siempre en pos del interés superior del niño[640]. La opinión jurídica esgrimida por ambas partes, y también las afirmaciones fácticas, son apoyadas por el testimonio de familiares y cercanos, tanto de Emma como de Gigliola; sus alegaciones también son confirmadas por Francisco Estrada, curador ad lítem del menor durante la tramitación del proceso; todos los aludidos declararon de forma unánime que el menor se encontraba en un ambiente de seguridad, afecto, y apoyo, y que ambas mujeres cuidaban del menor y estaban atentas a todas sus necesidades; conformando entre los tres una verdadera familia, no pudiendo estar mejor en otras manos.

Así también cabe destacar que los dichos de las partes, al menos en el plano puramente jurídico, son complementados posteriormente con un informe en derecho elaborado por el Profesor Mauricio Tapia quien plantea una serie de conclusiones que serían relevantes para dar solución al caso, centrándose en la noción histórica que rodea al derecho de familia, así como la necesidad de interpretar sus normas conforme al contexto social actual; y en segundo lugar, las consecuencias perjudiciales de la negativa del reconocimiento de filiación de Emma respecto de A.

En cuanto a la concepción histórica que rodea al derecho de familia, explica que existe una confusión común al asociar a la filiación con las reglas del matrimonio, lo que ciertamente se explica por el hecho de que antes de la dictación de la ley 19.585 que reconoce la igualdad de los hijos, las reglas relativas a filiación estaban determinadas

---

[640] Sentencia Segundo Juzgado de Familia de Santiago. Considerando 2°.

precisamente por el vínculo matrimonial, circunstancia que antaño incluso implicaba un reconocimiento jurídico diferenciado respecto de los hijos nacidos fuera del matrimonio[641].

Esta noción de 'filiación = matrimonio' se ha ido diluyendo conforme avanza la legislación en la materia, y se ha abierto el camino para el reconocimiento de diversos grupos familiares, con todas las implicancias jurídicas legales y constitucionales que ello supone. Lo anterior también alcanza el contenido del artículo 182 del Código Civil, toda vez que al momento de su redacción, la sociedad en general no visibilizaba ni reconocía tan abiertamente a las parejas del mismo sexo, como se hace hoy en día; en consecuencia, el artículo ya citado no contempla expresamente la situación jurídica de las parejas del mismo sexo que deciden someterse a un procedimiento de reproducción asistida; dándose una situación de laguna normativa, la que a juicio del informante en derecho, debe ser resuelta por analogía y en vista de los principios generales del derecho y particularmente atendiendo al interés superior del niño y, en su caso, a la equidad.

Ahora bien, respecto de las implicancias jurídicas perjudiciales que supone la negación del otorgamiento de la filiación en favor de Emma, destaca el Profesor Tapia que esto implicaría privar al menor de todos los derechos que derivan precisamente del estado civil de hijo; y ciertamente supondría persistir en un mecanismo discriminatorio y desigual respecto del tratamiento jurídico de niños nacidos por reproducción asistida en parejas homosexuales. Sobre ello, se plantea un argumento de reducción al absurdo, tratando de ilustrar lo que ocurriría en caso de negarse a otorgar la maternidad a la recurrida, llegándose a la conclusión de que el niño se vería jurídicamente indefenso en caso de que Gigliola no estuviera ahí para velar por él.

1.4. Juzgado de Familia.

El tribunal lleva a cabo un pormenorizado análisis relativo a los derechos que se ven en conflicto en el presente caso; la contradicción que se produce entre las normas atingentes al caso y cómo las relaciones entre cada una de las mujeres y el menor, hacen necesario o no, reconocer los vínculos jurídicos que se alegan, con todas las implicancias que ello supone.

1.4.1. En cuanto a los derechos que se ven vulnerados respecto de A.; la magistrada entiende que en el presente caso se ven conculcados los derechos de identidad del menor; el interés superior del niño; el derecho a la convivencia familiar; protección a la familia; y la igualdad y no discriminación. Se comprende que todas estas garantías deben entenderse en relación a la disposición del artículo 19 de la Convención Internacional sobre los derechos de los niños[642].

Artículo 19 CDN: "*1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación,*

---

641 Sentencia Segundo Juzgado de Familia de Santiago. Considerando 4° y 5°.
642 Sentencia Segundo Juzgado de Familia de Santiago. Considerando 5°.

incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

1.4.2. *Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial".*

El tribunal entiende que estas citadas disposiciones convencionales encuentran cierto correlato en nuestro ordenamiento nacional, entre las más importantes para estos efectos es el artículo 1 de la Constitución Política, en lo relativo al reconocimiento de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y el artículo 33 del Código Civil que reconoce la igualdad entre los hijos. Que por otro lado, las normas relativas a la filiación en nuestro país se encuentran reguladas en los artículos 179, 180 y 182 todos del Código Civil. Las primeras regulan un sentido general de reconocimiento de filiación matrimonial, mientras que el segundo norma la situación de los niños nacidos por técnicas de reproducción asistida, otorgándole la filiación de manera inalterable "*al hombre o mujer*" que decidan voluntariamente someterse a estos procedimientos.

A juicio del juzgador, en armonía con las conclusiones establecidas en el informe en derecho redactado por el Profesor Tapia, parte del conflicto a resolver tiene lugar producto de una confusión que suele surgir entre los conceptos de matrimonio y filiación; lo que ciertamente tiene un fundamento histórico. En el contexto de redacción de las disposiciones del Código Civil relativas a la filiación, no existía un reconocimiento o concepción social generalizada sobre las parejas entre personas del mismo sexo, por el contrario, las disposiciones de orden general de nuestra legislación civil relativas a la familia, al matrimonio o la filiación, se basan más bien en concepciones tradicionales y conservadoras. Sobre ello se razona sobre la idea de que al ser la familia un concepto esencialmente dinámico, la regulación estanca relativa a la materia genera ciertamente la necesidad de interpretar estas normas reguladoras conforme a los principios superiores u otros estándares normativos, de modo que la aplicación de las primeras no devenga en la vulneración de derechos por su no adecuación a la realidad social[643].

1.4.3. En lo que respecta al análisis normativo efectuado por la magistrada en relación a la colisión de las disposiciones convencionales en materias de derecho de la infancia y el artículo 182 del Código Civil, será desarrollado en los puntos siguientes. No obstante, cabe adelantar sobre este punto que ante la identificación de la inconsistencia, se estima procedente la aplicación de los criterios de jerarquía o especialidad, ambos en favor de las normas internacionales.

1.4.5. Finalmente en lo tocante al reconocimiento de las relaciones familiares de los implicados, existe un relato complementario entre las afirmaciones fácticas de ambas mujeres en conjunto con los testimonios aportados por sus familiares, amigos y otros intervinientes en el proceso como el curador ad litem, y la perito en el área del trabajo social. Llegándose a la rotunda conclusión que el comportamiento desplegado tanto por Gigliola

[643] Sentencia Segundo Juzgado de Familia de Santiago. Considerando 6°.

como por Emma, no corresponde a otra cosa sino una; circunscribiendo este dentro de lo que la ley de unión civil reconoce como "grupo familiar fuera del ámbito del matrimonio"[644].

Que así las cosas, el hecho de que sólo Di Giammarino haya dado a luz al menor, considerando además las circunstancias que se dieron acreditadas durante el proceso; no permiten establecer que hay motivos suficientes para no dar lugar al reconocimiento de maternidad de Emma. Este planteamiento está en concordancia con la doctrina en materia de familia, Jorge del Picó ha razonado que "*[...] en la necesidad de incluir en la denominación familia, tanto la familia nuclear basada en el matrimonio, como la familia extendida, así como también las familias nucleares y extendidas no basadas en la formalización de la unión de los padres, completas o incompletas, que originan el nexo familiar, sin que ello implique necesariamente comprender las expresiones ideológicas que propugnan el multifamilismo*"[645]. Este planteamiento se encuentra en concordancia con la noción de protección de la familia en su sentido más extensivo y amplio, resguardando los derechos de los grupos familiares no unidos por un vínculo matrimonial.

Por estas consideraciones es que el tribunal da lugar a la demanda y en definitiva oficia al registro civil para que se inscriba en la partida de nacimiento del menor, que tanto Gigliola Di Giammarino como Emma de Ramón figuren como madres; y que por tanto surgen de la relación con esta última, los mismos derechos y obligaciones recíprocos del vínculo reconocido desde un primer momento a su madre biológica.

1.5. Reconocimiento de la inconsistencia y desarrollo.

En el presente caso, se entiende que existe una contradicción entre las normas relativas al estatuto jurídico de protección a los derechos de los menores contenido en diversas disposiciones de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en relación con el artículo 33 del Código Civil; en oposición al artículo 182 del mismo cuerpo normativo. En primer lugar, las primeras consagran un sistema especial y específico de protección de los derechos de menores, en los cuales se contienen normas relativas a la igualdad de tratamiento y el respeto irrestricto a garantías relativas a la identidad familiar y al derecho de la convivencia familiar; esta misma idea se reitera en parte en el artículo 33, toda vez que en esta disposición se consagra el derecho de igualdad de los hijos ante la ley; lo que constituye una expresión del principio de interés superior del niño en razón de la necesidad de protección de sus intereses sin hacer distinciones al respecto[646]. Situación aparte es la que regula el artículo 182, toda vez que dispone una situación de filiación legal, en la cual se establece que en caso de reproducción asistida, quienes adquieren la calidad de padre o madre, son aquellos que intervienen voluntariamente en dicho tratamiento; pero que aplicándose a la situación de las parejas homosexuales, supondría la exclusión de uno de los individuos, en razón de que por motivos biológicos no pueden ambos someterse a

---

[644] Sentencia Segundo Juzgado de Familia de Santiago. Considerandos 8° y 9°.

[645] Véase Del Picó, Jorge. *Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno*. En *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Talca, volumen 17, numero 1, 2011, págs. 31-56

[646] Sentencia Segundo Juzgado de Familia de Santiago. Considerando 6°.

tratamientos de fertilidad; imposibilitando entonces al menor a que pueda en efecto tener toda la protección jurídica y el otorgamiento del Estado civil respecto de todo el grupo familiar correspondiente.

Sobre lo anterior, la magistrada entiende que se da una antinomia de carácter total-parcial, es decir, cuando una de las normas o grupo de normas en conflicto no puede aplicarse en ningún caso sin encontrarse en contradicción con la otra norma, mientras que la segunda tiene un ámbito de aplicación que no supone contrariar a la primera; Ross también entiende que este tipo de conflictos interpretativos tiene lugar cuando las normas que se ven en pugna tienen una relación de 'regla general y regla particular', ello lleva también a denominarlas como "*inconsistencia de las excepciones*"[647]. La naturaleza de contradicción tota-parcial queda de manifiesto en el reconocimiento de calidad de norma especial que ha tenido a jurisprudencia nacional respecto de las normas relativas a convenios internacionales sobre derechos del niño, en particular por el haz de derechos, garantías y los sujetos protegidos por estas disposiciones; a diferencia de las normas contenidas en el Código Civil que constituyen reglas de aplicación general[648].

Esta antinomia ciertamente constituye el objeto principal de la litis, toda vez que lo que se busca determinar es si es posible o no establecer la filiación de A respecto de las dos mujeres. Esto teniendo en consideración que si se resuelve el conflicto en base al interés superior del niño, la regulación internacional y el artículo 33, se debería acoger la demanda de filiación; mientras que si se resuelve en base al tenor literal del artículo 182 del Código Civil, la maternidad solo corresponde ser otorgada a la mujer que en efecto estuvo embarazada del menor y que posteriormente dio a luz.

En cuanto al desarrollo de la antinomia en el fallo, se basa en la identificación misma de la inconsistencia, la determinación de procedencia de los eventuales criterios resolutivos de antinomias y finalmente respecto del desarrollo de estos últimos.

Una vez que la magistrada ha identificado la antinomia, procede a vislumbrar los argumentos interpretativos que resultan aplicables al caso. Al respecto, el tribunal estima que es posible solucionar el conflicto por dos vías, atendiendo a razones de jerarquía, en caso de otorgar el carácter de norma constitucional a los tratados sobre derechos de los niños; y atendiendo a razones de especialidad, entendiendo que las normas tocantes a los derechos de los niños y niñas constituyen un régimen de garantías especiales. Cabe precisar sobre este punto que ambas vías interpretativas arrojan una misma solución, que es dar preponderancia a la aplicación de las normas relativas al estatuto de protección de los derechos de los niños. El desarrollo de los criterios de solución se expondrá de forma más minuciosa en el siguiente punto.

Someramente, respecto del criterio jerárquico se establece que resulta procedente que a las normas relativas a derechos de los niños se les otorgue un rango constitucional conforme al artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental; de este modo, el análisis normativo tendría lugar respecto de una serie de disposiciones de jerarquía constitucional versus una disposición del Código Civil de rango meramente legal. En lo relativo al criterio de jerarquía, esta se basa en una consideración jurisprudencial de la Corte Suprema, que estima que los mandatos contenidos en la *Convención sobre los Derechos del Niño*,

[647] Ross, A., op. cit., págs. 164-165.
[648] Sentencia Segundo Juzgado de Familia de Santiago. Considerando 6°.

constituye una ley especial, por cuanto comprenden un ámbito de protección particular y respecto de un sujeto de derecho especial, lo que además ha sido reconocido por el Estado de Chile en informes ante el comité de Convención sobre los derechos del niño, en el contexto de la reforma procesal penal[649].

Que esta última idea ha sido posteriormente recogida por los tribunales superiores de justicia, en el razonamiento de que las normas relativas a los derechos de niños, niñas y adolescentes, constituyen un parámetro de análisis obligatorio para los jueces en materias en que se vean involucrados derechos e intereses de dichos sujetos. Así la Corte Suprema en julio de 2020 conociendo de una apelación de protección dispuso: "*Que, ciertamente, la Convención Americana de Derechos Humanos prohíbe en su artículo 11 N° 2 la discriminación de cualquier índole. Por consiguiente, resulta ser efectivo que toda norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona se encuentra proscrita. Por lo mismo, ninguna disposición de derecho interno puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género, según lo consigna el artículo 29 de la Convención*"[650].

1.6. Criterio para la superación de la inconsistencia y argumentos del tribunal.

Como se reseñó en el punto anterior, el fallo se enfoca en que el presente caso encuentra su solución en los criterios de jerarquía y/o el de especialidad. A este respecto, podría entenderse que el hecho de que en un conflicto interpretativo sean igualmente aplicables dos elementos resolutivos de antinomias, supondría un problema adicional, toda vez que el juez debe determinar cuál de ellos resulta procedente para dar solución al caso concreto; es decir, lo que en doctrina se entiende como antinomia de segundo grado o conflicto entre criterios. Cabe despejar ese punto, ya que, si bien en el presente caso la sentencia declara admisible dos criterios resolutivos de antinomias, ambos elementos conducen a una misma solución o una misma forma de resolver la contradicción entre las normas[651]. Ello ciertamente ahorra al intérprete el proceso de tener que determinar primero una solución al conflicto entre los criterios resolutivos, orientado en establecer la preferencia de alguno de ellos o bien desestimando la procedencia del otro, para posteriormente con el resultado de esta determinación, recién resolver el conflicto central que da lugar a la inconsistencia. A lo anterior se suma el hecho de que uno de los criterios involucrados dice relación con la jerarquía de normas en pugna, a este respecto, la doctrina en materia de argumentación e interpretación jurídica ha determinado ampliamente que este elemento resolutivo tiene una especie de aplicación preferente respecto de los otros criterios, toda vez que es aquel que responde a criterios jurídicos mucho más objetivos, como lo es la estructuración misma del sistema normativo; esto, por cierto, no constituye un dogma estanco, también los autores en esta materia se hacen cargo de los casos en que por

---

[649] Organización de Naciones Unidas, *Informes periódicos de los Estados Partes al Comité sobre los derechos de los Niños*, 2003.
[650] Sentencia Rol N° 33.316.2019 (Acción de protección). EXMA. Corte Suprema de Justicia.
[651] Sentencia Segundo Juzgado de Familia de Santiago. Considerandos 5° y 6°.

razones de justicia o equidad deba atenderse a otros elementos para superar la antinomia, especialmente en cuanto al criterio de especialidad[652].

Explicado esto, es preciso efectuar un análisis pormenorizado del razonamiento de la magistrada en cuanto a la procedencia de un criterio u otro, con las respectivas condiciones e implicancias teóricas y prácticas que supone la aplicación de cada uno.

Respecto del criterio de jerarquía, es menester recordar que este se estructura sobre la lógica de "*lex superior derogat legi inferiori*"; de modo que el requisito de procedencia de aplicación para este elemento es que las normas en conflicto se deben encontrar en una situación de asimetría[653]. Al respecto, Prieto Sanchís estima que este criterio en particular es producto de la estructuración jerarquizada de los sistemas jurídicos, y que su finalidad principal es dar solución a antinomias aparentes, es decir, en aquellos casos en que la contradicción tiene lugar no respecto de la aplicación de las normas, sino que en relación a su validez. Esta última idea queda de manifiesto en los casos en que una de las normas en pugna tiene precisamente rango constitucional; al respecto, sabido es que el principio de supremacía constitucional implica que las disposiciones contenidas en la Carta Fundamental constituyen reglas superiores en relación al resto de las normas legales, incluso son fuente de validez de estas últimas, de modo que las normas inferiores que sean contrarias a la Constitución, no deberían ser aplicadas por no ser válidas[654].

Habiendo desarrollado las nociones generales del criterio de jerarquía, cabe cuestionarse entonces si los tratados internacionales tienen o no jerarquía de orden constitucional. La respuesta a esta interrogante ha generado cierto debate de orden teórico; puesto que no hay consenso en cuanto a la determinación de jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos dentro de nuestro sistema constitucional de fuentes; no obstante, no es menos cierto que durante el último tiempo tanto la doctrina como la jurisprudencia en la materia, tienden inclinarse por la tesis en que los derechos emanados de cuerpos normativos supranacionales tienen rango constitucional en virtud de lo que académicos como el profesor Humberto Nogueira, entienden como la '*norma de reenvío en materia de derechos fundamentales*'[655], que emana precisamente del artículo 5 inciso 2° de la Carta Política que dispone: *El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*

A este respecto, el tribunal estima entonces que al tener las disposiciones de la Convención sobre los derechos del Niño rango constitucional en virtud de esta norma de reenvío, por aplicación del criterio general de jerarquía, merecen entonces una aplicación preferente en relación al artículo 182 del Código Civil; siendo menester el tutelar los derechos reconocidos al menor en virtud de dicho instrumento normativo. Este punto ha

---

[652] Bobbio, N., *Contribución a la teoría del derecho,* ed. cit., págs. 359-363.
[653] Ross, A., op. cit., cfr. págs. 167-168.
[654] Prieto Sanchís, L., op. cit., pág. 136.
[655] Véase Nogueira, H., *El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y Mexico: doctrina y jurisprudencia.* En *Revista Estudios Constitucionales,* Universidad de Talca, Santiago, Volumen XIII, numero 2, 2015, págs. 301-350.

sido también recogido por la doctrina civil en materia de familia, estableciendo precisamente que las disposiciones de la aludida Convención suponen un verdadero estatuto jurídico de protección a la infancia, que se integra a nuestro ordenamiento nacional por medio del aludido artículo 5 de la Carta Fundamental; con la implicancia jurídica que ello supone, es decir, configurar un límite a la soberanía del Estado; generar el deber del Estado de velar por la protección de dichos derechos; y ciertamente también convertirse en una fuente de principios rectores en las materias que afecten directa o indirectamente los intereses derechos de los niños, niñas y adolescentes[656].

Ahora bien, como se dijo anteriormente, la aplicación del criterio de jerarquía queda condicionada al otorgamiento de carácter constitucional de las normas de la Convención de los derechos de los niños; así las cosas, la magistrada también se hace cargo de la eventual consideración de que no se atribuya rango constitucional a los tratados internacionales, y que en consecuencia no sea procedente la aplicación de la superación de inconsistencia por razones de jerarquía. En este contexto se plantea que el argumento procedente de solución es el de especialidad.

El criterio de especialidad se funda en la vieja máxima "*lex specialis derogat legi generali*" y tiene especial importancia en la solución de antinomias de carácter total-parcial, precisamente por el hecho de que Ross entiende estas últimas como las antinomias entre normas generales y particulares; es decir, en los casos en que dos normas entre en conflicto y una de ellas suponga la regulación de una situación de excepción respecto de los supuestos de hechos de la otra; debe darse prioridad a la norma que regula la situación excepcional. A este respecto cabe determinar entonces si es que las disposiciones contenidas en la Convención sobre los derechos del Niño constituyen o no una norma de carácter especial.

Sobre la determinación, se reconoce que en diversas circunstancias, especialmente en materia de responsabilidad penal adolescente, la Corte Suprema, y en menor medida el Tribunal Constitucional, han establecido que las reglas reguladoras de derechos de los niños, niñas y adolescentes, constituyen un cuerpo normativo de carácter especial, toda vez que regulan un marco de protección particular y orientados también a un sujeto de derecho específico. Esto ciertamente debe analizarse en contraposición al carácter general que tienen las normas del Código Civil, del que por supuesto no se excluye el artículo 182. Este rango general de las normas del Código Civil se ven reforzados con las normas de reenvío o aplicación preferente de las disposiciones contenidas en cuerpos normativos especiales, en el artículo 4º del Código Civil.

Artículo 4º: *Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código.*

Así, si se desconoce el rango constitucional de los derechos de los niños contenidos en tratados internacionales, ciertamente siguen teniendo aplicación especial respecto de las normas del Código civil en virtud de su carácter de norma preferente.

---

656 Véase Lepín Molina, C., *Los nuevos principios del Derecho de Familia,* En *Revista chilena de Derecho Privado,* Fundacion Fernando Fueyo , Universidad Diego Portales, Santiago, num. 23, 2014, págs. 9-55.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe preguntarse, ¿La determinación de las reglas de la Convención sobre los derechos del Niño como normas especiales, tiene una justificación jurídica? ¿O es más bien una adecuación de principios que responde fundamentalmente a necesidades de orden político-social? La respuesta a estas interrogantes no son precisamente excluyentes, y son incluso compatibles. Si se analiza el caso desde el punto de vista jurídico, e incluso desde la perspectiva puramente argumentativa; se desprende que la justificación de aplicar una norma especial por sobre una norma general, está estrechamente relacionada con una noción de justicia, pues, en palabras de Bobbio, el criterio de especialidad guarda sentido en cuanto su aplicación puesto que parte de la base de que si el legislador (indistintamente si es nacional o internacional para estos efectos) determina una regulación específica para ciertos sujetos en particular o que aplique para algunas circunstancia determinadas, es porque su voluntad estima que estos sujetos o circunstancias no pueden verse regulados por las hipótesis normativas de carácter general; esto es lo que en palabras del autor se reconoce como "*la necesidad del paso de la legalidad a la equidad*"[657].

Circunscribiendo esta idea a los hechos del caso, no es de extrañar que estas necesidades de justicia busquen también ser aplicadas respecto de la concepción de familia que reconoce nuestro sistema jurídico. A este respecto, sabido es que en Chile toda la regulación relativa al matrimonio, la familia y la filiación, han tenido un avance muy lento en comparación a otros sistemas jurídicos, lo que muchas veces lleva a una desincronización entre la ley y las prácticas sociales, y como consecuencia de ello, supone que las personas deban ampararse en reglas cada vez más excepcionales, incluso en reglas producidas fuera del sistema jurídico nacional, fundamentalmente porque las disposiciones generales de derecho interno relativas a las forma de organización de grupos familiares, no se corresponde con las prácticas de la sociedad en el día a día[658]; hecho que en efecto es muy necesario especialmente en materia de protección de derechos e integración de las minorías existentes en nuestra sociedad.

6.2. INCONSISTENCIAS EN GENERAL.

2.1. Sentencia Rol N°: 648-2015 ILTMA. C.A. de Valdivia.

2.1.1. Los hechos.

Patricio Eulogio Quinchaman Carrasco, era dueño de un predio que se encontraba gravado por hipoteca como garantía de un crédito otorgado por la entidad "Banco de Crédito e Inversiones", la que se hizo efectiva, efectuándose la venta forzada del inmueble. Durante el tiempo que medio la constitución de la hipoteca y la tradición del predio, el hasta entonces dueño del inmueble celebra un contrato de arrendamiento con J.E.O.P.; este arrendamiento

---

[657] Bobbio. N, *Contribucioón a la (...)*, ed. cit., cfr. págs. 358-359.

[658] Véase Arancibia, M. J., y Cornejo, P., *El derecho de Familia en Chile, Evolución y nuevos desafíos.* En *Revista Ius Et Praxis,* Universidad de Talca, Talca, Volumen 20, numero 1, 2014, págs. 279-318.

constaba en escritura pública inscrita en fojas 177 Nº 94 del Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces de Río Negro del año 2012.

El arrendamiento es el centro del conflicto, toda vez que efectuada la tradición del predio, surgió una discusión en relación a la eventual obligación del nuevo propietario del inmueble de respetar el arriendo vigente. En particular respecto a si este título de mera tenencia, en este caso, es o no oponible al acreedor hipotecario.

Esto llevó al Banco a interponer una demanda civil solicitando la cancelación de la inscripción de arrendamiento y la condena en costas. En primera instancia, las pretensiones del demandante fueron desechadas por el tribunal explicando, en términos genéricos, que la transferencia del predio, incluso en ciertas circunstancias de hacer efectiva la acción hipotecaria, impone la obligación al nuevo propietario o los subastadores a respetar los arrendamientos que tengan los predios; en este último argumento aplica siempre y cuando conste por escritura pública, como es el caso. Funda su decisión en los el artículo 10 del D.L. n° 993; y los artículos 91, 95 y 103 y 106 de la Ley General de Bancos.

Así la resolución del Juzgado de Letras de Rio Negro, fue impugnada mediante recurso de apelación, en el cual, el Banco de Crédito e Inversiones solicita al tribunal la revocación del fallo y que en definitiva se cancele la inscripción conservatoria de arrendamiento del predio, todo con expresa condenación en costas.

En esta perspectiva, el tribunal ad quem determina que los argumentos empleados por el tribunal de primera instancia no resultan procedentes, en circunstancias que aplica una regla general en circunstancias que existen disposiciones especiales.

2.1.2. El Derecho.

Los fundamentos de derecho se centran en la regulación del Código Civil, el Decreto Ley n°993 y la Ley General de Bancos, referente a la situación jurídica del acreedor hipotecario en relación con los arrendamientos vigentes en el predio gravado, cuando se hace efectiva la tradición o subasta forzosa de los mismos.

2.1.3. Tribunal a quo.

2.1.3.1. El tribunal de primera instancia razona en base al artículo 10 del D.L. n° 993, el que dispone que "*Si el arrendador vendiere o transfiriere a cualquier título el predio arrendado, el nuevo propietario estará obligado a mantener los términos del contrato de arrendamiento, salvo acuerdo de éste con el arrendatario*". Entendiendo entonces que, si en este caso existió una tradición del predio (indistintamente si fue forzada o voluntaria); se encuentra en la obligación de tener que respetar el contrato de arrendamiento vigente.

2.1.3.2. Respalda también su decisión en la aplicación del Artículo 106 inciso primero de la Ley General de Bancos, la que dispone: *Los subastadores de propiedades en juicios regidos por el procedimiento que señala esta ley no estarán obligados a respetar los*

arrendamientos que las afecten, salvo que éstos hayan sido otorgados por escritura pública inscrita en el Conservador de Bienes Raíces respectivo con antelación a la hipoteca del banco o autorizados por éste.

2.1.4. Actor de la Apelación.

2.1.4.1. La entidad bancaria como actor de la apelación esgrime en sus argumentos, que el presente caso no puede ser visto bajo el prisma dispositivo del Decreto Ley, sino que conforme a las disposiciones del artículo 1962 n°2 del Código Civil. Este es un punto relevante, ya que, en virtud de esta alegación es que surge el conflicto interpretativo de una eventual inconsistencia en la aplicación de ambas normas, puesto que, en términos generales, una exime de la obligación de respetar el arrendamiento que soporta el predio adquirido, mientras que la otra establece la obligación de respetar el arrendamiento salvo acuerdo con el arrendatario.

Esta afirmación se funda en que las disposiciones del D.L. proceden respecto de ventas o transferencias de carácter privadas y voluntarias del titular del predio, en suma, a que la disposición del Código Civil regula expresamente la situación jurídica en la que se encuentra el acreedor hipotecario en relación con los arriendos que afectan al predio, previo a efectuar la tradición[659].

2.1.4.2. En lo tocante a la acción hipotecaria en relación con las reglas de la Ley general de Bancos; la parte afirma que el crédito saldado por medio de la hipoteca constituida sobre el predio, no se ajusta a la situación regulada en dicho cuerpo normativo. Así entonces, no sería procedente la aplicación del artículo 106 que obliga al subastador o a quien se haga del predio por venta forzosa en juicios que dispone la ley, a respetar los arrendamientos que soporte el predio cuando estos constan por escritura pública. Justificando así el hecho de que no le sería oponible en cuanto título de mera tenencia, ni aun cuando este conste por el instrumento público legalmente señalado, e inscrito en el Conservador de Bienes Raíces[660].

2.1.5. Reconocimiento de la inconsistencia y desarrollo.

En lo relativo al conflicto jurídico, como se señaló, la Corte reconoce que existe una inconsistencia o antinomia entre los artículos 10 del D.L. n°993, y el artículo 1962 n°2 del Código Civil; en particular, respecto de la obligación o no que tiene el tercero adquirente de respetar los contratos de arrendamiento acordados con el dueño original del predio y vigentes al momento de efectuarse el traspaso del inmueble. Sobre las normas citadas, el tribunal reconoce que ambas regulan similares supuestos de hecho, pero su aplicación supone efectos incompatibles e inconciliables entre sí, toda vez que las disposiciones del D.L. dispone la obligación de respetar el acuerdo; mientras que las normas del Código

---

[659] Sentencia Rol N°: 648-2015 ILTMA. C.A. de Valdivia Considerandos 1° y 5°.
[660] Sentencia Rol N°: 648-2015 ILTMA. C.A. de Valdivia Considerandos 1° y 2°.

eximen de la responsabilidad de respetar el contrato de arrendamiento aun cuando conste por escritura pública, si el que adquiere el predio resultare ser el acreedor hipotecario.

En la presente resolución, se expone un caso de inconsistencia de carácter total-parcial. Se funda este reconocimiento en circunstancias que el artículo 11 del mencionado Decreto Ley dispone: *En todo lo no previsto en este título, se aplicarán las disposiciones legales comunes que rigen los contratos, en especial las contenidas en el Título XXVI, Libro IV, del Código Civil.* Sobre la expresión destacada se aprecia la voluntad del legislador de establecer un criterio relativo a que en casos de conflictos sobre regulaciones contractuales, por razones de *'lex especialis'* sean aplicable de forma preferente las normas contenidas en el Decreto Ley, siempre y cuando la contradicción tenga una solución taxativa en dicho cuerpo normativo[661].

Lo anterior se complementa con el hecho de que el artículo 10 del D.L. en cuestión, no regula el caso de la enajenación forzada por venta en pública subasta, ni tampoco reconoce en particular la situación jurídica de la venta forzada; como sí lo hace el artículo 1962 n°2 del Código Civil, que menciona expresamente que el acreedor hipotecario no está obligado a respetar los contratos de arrendamiento, con absoluta independencia si estos constan o no por escritura pública. En este sentido, se establece que las disposiciones del Código Civil introducen una circunstancia particular del supuesto de hecho común que regula ambas normas; llegándose entonces a la conclusión que para efectos de este conflicto, las disposiciones del Decreto Ley constituyen una regla general en relación a las disposiciones del Código.

En otro ámbito, en lo que respecta a la distinción entre las antinomias reales o aparentes, se entiende que el conflicto que suscita el caso es una antinomia real, toda vez que el conflicto no supone un cuestionamiento de validez de alguna de las normas aplicables, sino que está circunscrito a problemas producidos por la contradicción producida por la eventual aplicación de dos normas válidas en el sistema jurídico[662].

2.1.6. Criterio de integración para la superación de la inconsistencia y argumentos de respaldo del tribunal.

El criterio utilizado para resolver el problema de contradicción de las normas es el de "*lex specialis derogat legi generali*". El presente caso supone una particularidad normativa muy interesante desde el punto de vista de la argumentación jurídica. Doctrinariamente se ha reconocido que respecto de los criterios de superación de inconsistencias de carácter total-parcial, resulta especialmente efectivo aplicar los criterios de temporalidad y especialidad; siendo lógico pensar que las leyes generales comúnmente se crean antes que las leyes particulares; pero ¿Qué ocurre cuando la ley particular surge con anterioridad a la norma general? No existen reglas interpretativas que otorguen una solución unificadora para estas situaciones; sin perjuicio de lo anterior, la doctrina ha

---

[661] Sentencia Rol N°: 648-2015 ILTMA. C.A. de Valdivia Considerando 5°.

[662] Véase Henríquez Viñas, M., *Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno.* En *Revista de Estudios Constitucionales,* Universidad de Talca, Santiago, Volumen 11, numero 1, 2013, págs. 459-476.

entendido que en estos casos debería prevalecer el criterio de especialidad, fundado precisamente en el hecho de que la ley particular viene a solventar hechos derivados de situación que regula la ley general pero que no se ven contenidas en ella; ello sin perjuicio de situaciones que ameriten la necesidad de aplicación de ley posterior general, para lo cual deberá recurrirse o fundarse en elementos jurídicos adicionales[663].

Se entiende entonces, que el artículo 10 del Decreto Ley n° 993, en armonía con el artículo 11 del mismo cuerpo normativo, supone para efectos del caso una regulación de carácter general sobre qué ocurre con la transferencia de los predios que regula. Bajo este razonamiento, el tribunal de alzada adhiere al planteamiento del actor y llega a la conclusión que al tratarse de una relación de norma *'general-particular'*, y viéndose no regulada de forma expresa en la norma que se reconoce como general, resulta entonces procedente al caso la aplicación de las disposiciones del Código Civil, determinando así, que el Banco de Crédito e Inversiones no está obligado a mantener los arrendamientos sobre el predio adquirido[664].

Esta conclusión se sustenta además en un criterio jurisprudencial de la EXMA Corte Suprema, ratificando la idea de que el artículo 10 del mencionado Decreto Ley, procede únicamente en los casos en que la venta o traspaso de los predios ha sido hecha en un contexto de voluntad y privacidad del arrendador; en caso de venta forzada por pública subasta o bajo representación del juez, no puede alegarse una obligación de mantención del contrato de arrendamiento que hubiere celebrado el propietario anterior previo a la adjudicación del bien.

2. Sentencia Rol N°: 126-2016 ILTMA. C.A. de Valdivia.

2.1. Los hechos.

Don Jurgen Wilchehaus Pasenau, en primera instancia, demanda de servidumbre a la Concesionaria "Ruta de los Ríos Concesionaria S.A." y en contra del Fisco de Chile. El actor, alega que parte de un predio de su propiedad, inscrito en fojas 63 N 67 del registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de San José de la Mariquina del año 1995; fue expropiado por el Ministerio de Obras Públicas (en adelante MOP); dejando como resultado que la fracción restante de los lotes de su propiedad quedase desprovisto de acceso al camino público. Así entonces concurre por vía civil a fin de que el tribunal conceda gratuitamente una servidumbre de tránsito que conecte su predio con la ruta 5 sur[665].

Esta demanda de servidumbre se sustenta en la definición misma de las servidumbres de tránsito que entrega nuestro Código Civil en el artículo 847; la que a juicio del actor lo habilita para solicitar la constitución de una servidumbre de tránsito, al verse desprovisto de paso al camino público. Asimismo, ante el tribunal a quo el demandante alegó que en muchas oportunidades concurrió ante la concesionaria para acordar una

---

[663] Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia.* Traduccion de Genaro Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 3ra edición, 1974.
[664] Sentencia Rol N°: 648-2015 ILTMA. C.A. de Valdivia Considerando 6°.
[665] Véase causa Rol n° C-3335-2013 del veintidós de junio de dos mil quince, del 1° Juzgado Civil de Valdivia.

solución extra judicial al conflicto, la que no habría prosperado por la negativa de discusión por parte de los demandados.

Por otro lado, los demandados sostienen la improcedencia de la acción deducida por parte del señor Wilchehaus, fundándose en que el ordenamiento jurídico vigente establece diversos procedimientos administrativos concretos para la satisfacción de las pretensiones del actor. Esta alegación es de especial relevancia para el juicio por parte de la concesionaria, dice relación con que las propias bases de licitación de las obras del camino disponen procedimientos para la habilitación de accesos al camino público, alegación que la parte demandada entiende que está en concordancia con el artículo 40 del Decreto con Fuerza de Ley n°850 del MOP. Es finalmente esta alegación la que suscitará el conflicto jurídico y sobre la cual se desarrollará la litis en particular. También se alegaron ciertas circunstancias accesorias como la no concurrencia de requisitos para entablar la demanda, en circunstancias que el terreno no se veía desprovisto de acceso al camino público; y el hecho de que en la demanda que figura en autos no existe una determinación precisa de las dimensiones del camino que servirá de paso para concretar la constitución de la servidumbre.

Uno de los demandantes, la concesionaria, entabló otras defensas en particular, señalando que en el contrato de concesión, esta sociedad anónima se adjudicó únicamente "la ejecución, mantención y derechos de explotación de la obra[666]"; de modo que quien debe soportar la carga del gravamen de servidumbre o responder por ella sería el Fisco de Chile y no ellos como sociedad anónima.

El tribunal de primera instancia, ante las alegaciones de las partes, y en consideración a la prueba rendida, estima que la acción de demanda de servidumbre entablada por Jurgen Wilchehaus, no resulta procedente. En particular, identifica que existe una eventual inconsistencia o antinomia entre las reglas dispuestas en 847 del Código Civil y el artículo 40 del D.F.L. n°850; en este sentido la contradicción se da porque la primera norma autoriza a solicitar o exigir por vía judicial la constitución de una servidumbre, en circunstancias que un predio se vea desprovisto de acceso al camino público, y el decreto con fuerza de ley permite solicitar una autorización de paso previa autorización de la Dirección de Vialidad. La conclusión del juzgador consiste en que las disposiciones del DFL tienen preferencia por criterios de especialidad o especificidad. En síntesis, el 1° Juzgado Civil de Valdivia reconoce que pueden cumplirse con los requisitos propios de la demanda de servidumbre, pero en razón de esta contradicción producida por las normas citadas, procede la aplicación preferente de las disposiciones del Decreto[667].

En lo tocante al criterio del tribunal de alzada, se niega la existencia de la inconsistencia que a juicio del tribunal a quo se produce en virtud del artículo 847 y el artículo 40 del DFL n° 850; fundando esta conclusión en el hecho que ambas disposiciones regulan situaciones de hecho distintas, no cumpliéndose así con el requisito básico de la procedencia de una antinomia, y por tanto su tratamiento interpretativo debe ser distinto. Así se llega a la conclusión de que los hechos no constituyen una circunstancia que permita la alegación de la servidumbre de tránsito, al menos en los términos que dispuso el actor

---

[666] ROL: C-3335-2013 1° Juzgado Civil de Valdivia
[667]ROL: C-3335-2013 1° Juzgado Civil de Valdivia. Considerandos 13° y 14°.

de la demanda; razón por la cual el tribunal ad quem, opta finalmente por rechazar la apelación y ratificar la sentencia definitiva dictada en primera instancia.

2.2. El derecho.

En cuanto a las consideraciones de derecho, estas transitan fundamentalmente en tres aspectos, el artículo 847 y todas las normas relativas a la servidumbre de tránsito; el artículo 850 y su eventual aplicación por criterio de especialidad al caso; y el tratamiento doctrinario y jurisprudencial de las antinomias.

2.2.1. Argumentos de la demanda y apelación.

Como se señaló, la parte demandante alegó en un primer momento que el hecho de quedarse desprovisto de acceso al camino público, queda legitimado para exigir mediante una acción civil, que se obligue al Fisco de Chile y/o a la Concesionaria (figurando ambos como demandados) a que se constituya en su favor una servidumbre de tránsito.

Para este efecto, don Jurgen Wilchehaus, sustenta su petición con el artículo 847 relativo a las circunstancias que hacen procedente la concurrencia de una acción de servidumbre. Así el citado artículo señala: **Art. 847.** *Si un predio se halla destituido de toda comunicación con el camino público por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre y resarciendo todo otro perjuicio.*

Ya en segunda instancia, el demandante básicamente reitera las posiciones alegadas en primera instancia, con la única particularidad que se revoque la sentencia impugnada y que, aun cuando valga la procedencia de la aplicación del artículo 40 del ya mencionado D.F.L. no obsta a la posibilidad que tiene de interponer una acción por vía jurisdiccional; toda vez que el mismo tribunal afirmó que cumplía con todos los requisitos de su interposición.

2.2.2. Argumentos de la parte demandada.

En cuanto a las consideraciones de derecho por parte de los demandados, es necesario distinguir dos puntos: las consideraciones comunes a ambos demandados y las alegaciones hechas por al concesionara en particular.

2.4.1. En cuanto a las alegaciones comunes, tanto el fisco de Chile como los demandados alegan la falta de procedencia de la acción en circunstancias que no se cumplen con los requisitos establecidos en el Código Civil, fundándose en el artículo 847 del ya citado cuerpo legal.

En este sentido se alega que para la procedencia de esta acción se requiere que el predio que se pretende dominante del gravamen a constituir se encuentre efectiva y actualmente desprovisto de todo acceso al camino público en cuestión. En circunstancias que el predio de dominio del actor de la demanda cuenta, a criterio de esta parte, con dicho acceso, idea que es sostenida por una serie de documentación entre la que consta la

inscripción de dominio del predio a nombre del demandante a fojas 63 N 67 del registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de San José de la Mariquina del año 1995; y también una serie de oficios de diligencias administrativas vinculadas con inspecciones y consultas a la Dirección de Vialidad, que daban en definitiva cuenta de un estado de avance en una regularización de acceso al camino[668].

Asimismo, ambas partes afirman que la acción jurisdiccional no procede, en circunstancias que el ordenamiento jurídico vigente entonces establecía que las solicitudes de accesos a caminos como las que exige el demandante, deben efectuarse mediante procedimientos administrativos, en particular ante la solicitud a la Dirección de Vialidad respectiva[669]. Se justifica esto en el artículo 40 del D.F.L. 850 del M.O.B. que dispone: *Los propietarios de los predios colindantes con caminos nacionales sólo podrán abrir caminos de acceso a éstos con autorización expresa de la Dirección de Vialidad.*

2.4.2. Sobre las alegaciones en particular que realiza la Concesionaria, es la alegación de la falta de legitimación pasiva, justificándose en las bases mismas de licitación de la concesión, en la cual se establece que la Sociedad Anónima únicamente se adjudicó la ejecución, mantención y explotación de la obra; y esto no supone bajo ninguna circunstancia una adjudicación del dominio de la obra. Información que por lo demás consta en el según el decreto N° 758 del Ministerio de Obras Públicas de 1997[670].

Este punto sería en definitiva recogido por el tribunal y finalmente declararía que la concesionaria carecería de legitimación pasiva para la acción entablada.

2.2.3. Tribunal de 1ª instancia.

En cuanto a la alegación de procedencia de la acción, el tribunal es un tanto ambiguo en su determinación; esto porque reconoce que si bien podría considerarse que concurren todos los requisitos que tiene la acción de servidumbre, dado que el actor logró acreditar el despojo de acceso al camino público; la disposición del artículo 40 del D.F.L. 850 regula en específico la situación de las solicitudes de servidumbres de tránsito para predios colindantes para el camino público. Razonando entonces que ante dos normas que regulan un mismo supuesto de hecho, pero teniendo una de ellas una regulación de un hecho más específico, es procedente su aplicación preferente, de modo que la acción prevista, a juicio del juzgador en esta instancia, es que la reclamación debe hacerse por vía administrativa.

Se pone énfasis en que el análisis anterior supone una aplicación de normas, regida por el criterio de especialidad para resolver antinomias; dado que reconoce que eventualmente concurren, también los requisitos para interponer una acción civil de servidumbre.

Respecto de la alegación de legitimación pasiva, el tribunal estima que las afirmaciones de la concesionaria se ajustan a derecho, toda vez que la adjudicación de ciertos derechos relativos a la ejecución y explotación misma de la obra no supone con ello el otorgamiento de la titularidad del dominio, por cuanto éste recae en el Fisco de Chile.

---

[668] ROL: C-3335-2013 1° Juzgado Civil de Valdivia. Considerando 11°.
[669] ROL: C-3335-2013 1° Juzgado Civil de Valdivia. Considerando 12°.
[670] ROL: C-3335-2013 1° Juzgado Civil de Valdivia. Considerando 5°.

Esta idea está en consonancia con la doctrina procesal, que ha comprendido que se entiende por legitimación pasiva a *"la posición que determina que, en juicio, se encuentra la persona titular del derecho u obligación que se alega"*[671]. Así entonces, no pudiéndose cumplir la exigencia de acreditar la legitimación pasiva por parte del demandante[672], y al dejar constancia que la concesionaria en definitiva no cuenta con la titularidad del dominio de la ruta, no puede entonces soportar la carga de una acción en su contra por la exigencia de constitución de una servidumbre.

2.2.4. Tribunal 2ª instancia

El análisis del tribunal en segunda instancia es bastante sintético y concreto. Este hace referencia únicamente a dos puntos: Refuta la presencia de una eventual inconsistencia y la improcedencia de demanda de servidumbre.

En cuanto a los puntos relativos a refutar la existencia de las inconsistencias, el tribunal recurre a la doctrina para partir de la base del concepto de antinomia y sus diversas clases; así entonces la sentencia señala: **SEGUNDO:** *Que, el principio de especialidad (lex specialis derogat legi generali) es un criterio de resolución de conflictos normativos que opera respecto a antinomias, entendiendo esta Corte que "en un sistema jurídico existe una antinomia siempre que para un determinado supuesto de hecho estén previstas dos consecuencias jurídicas incompatibles por dos normas diversas pertenecientes al sistema"*[673]. En términos generales, entiende que no procede la existencia de antinomia por cuanto las disposiciones citadas regulan situaciones de hecho diferentes, no concurriendo así los requisitos para configurarse una antinomia, y con ello la procedencia del razonamiento que permite llegar a la conclusión de la aplicación preferente del artículo 40 del D.F.L n° 850.

La improcedencia de la demanda de servidumbre nace precisamente de lo anterior, entendiendo que ante la imposibilidad de resolver el caso mediante la aplicación de las disposiciones del Decreto con Fuerza de Ley, lo que corresponde es observar los requisitos de procedencia de la acción interpuesta en un primer momento.

Sobre el punto anterior, el tribunal responde en base a lo dispuesto en los artículos 820 y 821 del Código Civil, en cuanto al concepto de servidumbre y requisitos básicos.

Art. 820. *Servidumbre predial, o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño.*

Art. 821. *Se llama predio sirviente el que sufre el gravamen, y predio dominante el que reporta la utilidad.*

Con respecto al predio dominante la servidumbre se llama activa, y con respecto al predio sirviente, pasiva.

---

[671] Bordalí, A., Cortez, G., y Palomo, D., *El Proceso Civil: Juicio Ordinario de Mayor Cuantía, Procedimiento Sumario y Tutela Cautelar.* Thomson Reuters, Santiago, 2014, pág. 112.

[672] Corte Suprema, sentencia ROL: 3712-175 de agosto de 2015.

[673] Sentencia Rol N°: 126-2016 C.A. de Valdivia. Considerando 2°.

Así entonces, el juzgador entiende que no se da el requisito de la existencia de dos predios, en particular por la falta de determinación del predio que pudiere denominarse como sirviente, es decir, el que soportare el gravamen. Así en la sentencia dispone: *QUINTO: Que, un camino público, al tratarse de un bien nacional de uso público y encontrarse regido por leyes especiales, no equivale en derecho a un predio sobre el que pueda hacerse valer una servidumbre. [...]*"[674].

Al no darse los requisitos de procedencia básicos para la constitución de una servidumbre de tránsito es que el tribunal de alzada decide finalmente rechazar la apelación y confirmar en definitiva la resolución de primera instancia, que rechaza la demanda de constitución de servidumbre.

2.3. Reconocimiento de la inconsistencia y desarrollo.

En el presente caso, es menester distinguir el razonamiento en cuanto a la identificación de la inconsistencia, que se da en primera instancia y en segunda instancia; desglosando separadamente sus consideraciones y fundamentos.

2.3.1. Tribunal a quo.

En primera instancia, el tribunal determina la existencia de una contradicción en la aplicación de las normas de los artículos 847 del Código civil y 40 del D.F.L. n°850; en circunstancias que reconoce, en estas disposiciones, un mismo supuesto de hecho regulado, que es la exigencia de servidumbres de tránsito cuando el predio que se pretende dominante se ve desprovisto de acceso al camino público. En este cometido, se entiende que la contradicción tiene lugar en las acciones que las disposiciones entregan al solicitante para poder adquirir la franja del predio que sirva de paso; remitiéndose la exigencia de la servidumbre por vía de acciones civiles en el caso de las normas del Código; y a una autorización administrativa de la Dirección de Vialidad correspondiente, según las disposiciones del D.F.L.

En lo estrictamente relativo a la antinomia, se da una particularidad a lo menos en su redacción, toda vez que no reconoce expresamente la existencia de una inconsistencia pero sí dispone expresamente la necesidad de empleo del criterio de especialidad para dar correcta solución jurídica al conflicto. Por la argumentación esgrimida, se infiere que el tribunal llega a identificar una antinomia de carácter total-parcial; toda vez que siendo ambas normas disposiciones reguladoras de la constitución de servidumbres (al menos a juicio del juzgador en esta instancia), es la regulación del D.F.L. la que regula en particular la situación jurídica del predio directamente colindante al camino público. Esta idea es expresamente reconocida en la sentencia del Juzgado civil cuando dispone: "***DÉCIMO TERCERO:*** *Que, las disposiciones anteriormente referidas, son de carácter especial y necesariamente prevalecen sobre las normas generales y supletorias del Código Civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de ese cuerpo legal. Por esta razón en el caso sublite, la aplicación de dichas normas resulta ajustada a derecho, pues se trata de un conjunto de normas que regula de manera diferenciada el modo en que el demandante*

---

[674] Sentencia Rol N°: 126-2016 C.A. de Valdivia. Considerando 5°.

debe plantear su solicitud, debiendo preferirse aquellas por su especificidad en la materia que regulan"[675].

Este mismo razonamiento se reitera de forma expresa en la parte resolutiva de la sentencia:

"II. En cuanto al fondo:

Que, ***SE RECHAZA****, con costas, la demanda de servidumbre legal de tránsito deducida a fojas 5, por don* ***JURGEN WICHELHAUS PASENAU****, en contra del* ***FISCO DE CHILE****, en virtud del principio de especialidad, de conformidad a lo señalado en el considerando cuarto de esta sentencia".*

2.3.2. Tribunal ad quem.

En segunda instancia la Corte estima que no puede establecerse la existencia de una inconsistencia o antinomia; justificándose esencialmente que no se cumple con uno de los requisitos esenciales de la existencia de este problema lógico de interpretación, que dice relación con que una misma situación fáctica esté regulada por normas diferentes cuya aplicación suponga efectos incompatibles entre sí[676].

Este argumento se encuentra en estricta armonía con el concepto mismo de antinomia. Luis Prieto Sanchís entiende que una antinomia *supone una contradicción entre los enunciados deónticos o calificaciones normativas establecida por dos normas pertenecientes al mismo sistema*[677]. Asimismo, Alf Ross, entiende que se define como inconsistencia como aquella situación *cuando se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas*[678]. Así entonces, se entiende que la circunstancia determinante para comprender si se está en presencia o no de una antinomia, es que proceda la aplicación de dos normas que regulan un mismo supuesto de hecho, o a lo menos que se circunscriba entre ellas una relación de circunstancias fácticas generales y particulares, en términos simples, que una de las normas regule una situación de hecho general, y la segunda norma en pugna regule un hecho particular pero que en abstracto pueda ser asimilado dentro del contexto de la norma general.

En el caso concreto, el tribunal entiende que esta situación no procede, puesto que las normas en pugna no regulan una misma situación de hecho. Así explica que mientras el artículo 847 del Código civil regula el escenario en que el predio se ve desprovisto de acceso al camino público por la interposición de otros predios; mientras que el artículo 40 del D.F.L. n°850 regula la situación en que el predio colinda directamente con el camino. En virtud de esta discordancia de las situaciones fácticas, no es posible considerar que el presente caso se produzca una inconsistencia, y por consiguiente, no procede la aplicación de las normas provenientes del Decreto con Fuerza de Ley por razones de especialidad.

---

[675] ROL: C-3335-2013 1º Juzgado Civil de Valdivia. Considerando 13º.
[676] Sentencia Rol N°: 126-2016 C.A. de Valdivia. Considerando 2º.
[677] Prieto Sachís, L., op. cit., pág 132.
[678] Ross, A., op. cit., pág 164.

2.4. Criterio de integración para superar la inconsistencia y argumentos de respaldo del tribunal.

Para efectuar un tratamiento particular de las consideraciones del tribunal, respecto de la superación de las inconsistencias, se requiere igualmente dividir el análisis sobre el cual razona cada tribunal en las diferentes instancias.

2.4.1. Tribunal a quo.

El tribunal en primera instancia, como ya se mencionó, reconoce implícitamente la presencia de una inconsistencia entre los artículos 847 del código civil y el artículo 40 del Decreto con Fuerza de Ley n° 850; por cuanto, según su criterio, una norma remite la solicitud de servidumbre a una acción jurisdiccional y la segunda remite a un trámite administrativo. Sobre este punto, el tribunal entiende que al regular las normas del decreto la situación específica del predio que colinda directamente con el camino público, entonces esta presunta contradicción de normas debe solucionarse por aplicación de criterio de especialidad.

Así lo dispone expresamente la sentencia: "*DÉCIMO CUARTO: Que, en consideración a lo expuesto precedentemente, si bien, pudiera estimarse que el actor cumple con los requisitos del artículo 847 del Código Civil, no es menos cierto que por sobre dicha norma de carácter general y supletoria debe primar el precepto del artículo 40 del DFL 850 del Ministerio de Obras Públicas, el cual es de carácter imperativo y no cabe duda que dicha norma se está refiriendo concretamente al modo en que el demandante debe solicitar el acceso al camino*"[679]. En este sentido, es importante remarcar que esta determinación no niega la procedencia de acción de la demanda de servidumbre, sino que reconoce únicamente una aplicación preferente del D.F.L.

2.4.2. Tribunal ad quem.

En segunda instancia, la Corte estima que no existe una inconsistencia, fundamentalmente porque las normas no regulan una misma situación de hecho. En este sentido, el tribunal es preciso en declarar que la norma del Código presenta como requisito de procedencia la existencia de un predio que se interponga a otro que esté desprovisto de acceso al camino público, mientras que las disposiciones del decreto con fuerza de ley aplican únicamente en los casos en que el predio sin acceso al camino sea colindante con éste.

Como se dijo anteriormente, el análisis del tribunal de alzada, al menos en este punto, resulta muy acotado pero preciso. Para desvirtuar la existencia de una antinomia, recurre a criterios doctrinales; así, estima que el hecho de que concurran dos normas sobre un mismo supuesto de hecho, constituye un elemento de la esencia para la existencia de una antinomia[680], por tanto, supone que no se está ante una inconsistencia, y por ello no

---

[679] ROL: C-3335-2013 1° Juzgado Civil de Valdivia. Considerando 14°.
[680] Sentencia Rol N°: 126-2016 C.A. de Valdivia. Considerando 2°.

resulta procedente el razonamiento de aplicar las disposiciones del Decreto con Fuerza de ley.

3. Sentencia Rol N°: 13.562-2015 ILTMA. C.A. de Santiago.

3.1. Los hechos.

En agosto de 2015, el Centro de Investigación Periodística (en adelante CIPER) exhortó a la Superintendencia de Valores y Seguros a hacer entrega de la copia de informaciones relativas a las sanciones y cargos impuestas a R.G.L durante el período de tiempo correspondiente a 2000 y 2001. La información fue recibida por la entidad administrativa fiscalizadora, que respondió que en base a la Ley 19.628 en su artículo 21 y conforme a la Constitución Política en sus artículos 8 inciso 2° y la disposición transitoria 4ª, se rechaza la solicitud de envío de información, alegando carecer la entidad exhortante de facultades de acceso a lo solicitado, teniendo en consideración las normas relativas a publicidad, y comunicación en cuanto afecte los derechos de las personas involucradas; siendo esta última circunstancia una causal legal de sujeción a reserva de la información de la entidad pública.

Ante lo ocurrido, CIPER recurre de amparo de acceso a la información ante el Consejo de Transparencia. Este recurso se dirigió en contra de la Superintendencia ya referida, y fundadas en la negativa de cesión de información requerida de conformidad al artículo 24 de la Ley de Transparencia. A lo anterior se suma que los datos solicitados a la entidad administrativa, suponen la prevalencia del interés público general por sobre el amparo o reserva de datos personales.

Que en definitiva el recurso interpuesto por la Fundación fue acogido y el Consejo para la Transparencia decretó la obligación de la Superintendencia de otorgar la información solicitada previamente fundada en términos genéricos en la obligación de publicidad derivada del principio contenido en el artículo 8 inciso 2° de nuestra Carta fundamental, y el derecho a la libre información y opinión contenida en el artículo 19 n°12 del mismo cuerpo normativo.

Por esta última resolución, la Superintendencia decide recurrir ante la Corte de Apelaciones de Santiago, a fin de que se declare ilegal la interpretación contenida en el dictamen entregado, y que en definitiva este sea revocado a fin de restablecer el imperio del derecho.

3.2. El derecho.

Para determinar con precisión los fundamentos de derecho que se hacen valer en el presente caso, es necesario distinguir entre los fundamentos de CIPER, los fundamentos del Consejo para la Transparencia; y los de la Superintendencia.

3.2.1. CIPER .

En cuanto al amparo económico entablado en contra de la entidad fiscalizadora, se argumentó en base al derecho de acceso y difusión de información, en particular, la

fundación arguye que la información requerida, aun cuando puede suponer la develación de datos que pudieren afectar al tercero referido en dicha documentación; no es menos cierto que dicha garantía se ve subordinada al interés que supone el público conocimiento de la misma a través de una publicación periodística. Este argumento se sostiene en base al artículo 12 de la Constitución, que consagra precisamente la libertad de emitir informaciones y opiniones sin censura previa. También encuentra su fundamento implícito de conformidad al artículo 1 de la Ley 19.628 sobre protección de datos personales, el que dispone: *El tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares se sujetará a las disposiciones de esta ley, con excepción del que se efectúe en ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, el que se regulará por la ley a que se refiere el artículo 19, N° 12, de la Constitución Política.*

En lo relativo a la legitimación propiamente del amparo al acceso a la información, la fundación argumenta que se sustenta en el inciso primero del artículo 24 de la ley 20.285 de Transparencia[681].

3.2.2. Consejo para la Transparencia.

Como resolución del amparo entablado por CIPER, el Consejo para la Transparencia dispone una extensa argumentación jurídica para justificar su decisión de ratificar la obligación de entrega de la información solicitada

En primer lugar se justifica en el hecho que los datos requeridos constan en actos administrativos, lo que hace aplicable las disposiciones del artículo 8 inciso 2° de la Constitución Política. Adicionalmente, y en relación a la disposición anteriormente expuesta, el artículo 5° de la Ley 20.285 consagra el principio de publicidad de los actos administrativos, salvo las excepciones taxativas dispuestas en el artículo 21 de la misma ley o en otras disposiciones especiales, las que deberán ser de quórum calificado[682].

Que al ser la ley de transparencia una derivación directa del derecho de acceso y difusión de la información del artículo 19 N°12 en concordancia con el artículo 8 inciso 2°, ambos de la Constitución, las excepciones a la publicidad consagradas en el artículo 21 deben ser interpretadas restrictivamente; de modo que no supone una excepción real al principio de publicidad de los actos administrativos[683].

Por último se alega la circunstancia de que la eventual publicación de los datos requeridos, por parte de la fundación, no suponen una vulneración del derecho a la vida privada del sujeto afectado, en circunstancias que dicha acción se encuentra resguardada en el ámbito del legítimo ejercicio del derecho a emitir libremente información sin censura previa, en suma al derecho de no discriminación de acceso a la misma[684].

Con estos fundamentos de derecho, el Consejo para la Transparencia da cabida a la solicitud de CIPER y prioriza el derecho de acceso a la información por sobre una eventual vulneración de la vida privada y datos personales de R.G.L.

---

[681] Sentencia Rol N°: 13.562-2015 ILTMA. C.A. de Santiago. Considerando 1°.
[682] Sentencia Rol N°: 13.562-2015 ILTMA. C.A. de Santiago C.A. de Santiago.
[683] Sentencia Rol N°: 13.562-2015 ILTMA. C.A. de Santiago. Considerando 3° y 5°.
[684] Sentencia Rol N°: 13.562-2015 ILTMA. C.A. de Santiago. Considerandos 2° y 3°.

Todos estos argumentos serán recogidos íntegramente por la Corte de Apelaciones, por ello no se ahondará más en ellos[685].

3.2.3. Superintendencia de Valores y Seguros.

Es preciso hacer una distinción entre los argumentos esgrimidos en la negación de la solicitud del CIPER de la entrega de datos y el momento de alegar la ilegalidad de la decisión del Consejo.

3.2.3.1. Respecto de la negación de entrega de información esta se funda, esencialmente, en el artículo 21 de la Ley 19.628, que dispone que las informaciones en poder del servicio relativas a sanciones, multas o condenas tendrán carácter secreto una vez que ellas hayan sido prescritas, cumplidas o pagadas, según sea el caso.

3.2.3.2. Respecto de la reclamación de ilegalidad en cuanto al decreto del Consejo para la Transparencia, los reclamos se pueden circunscribir en dos puntos fundamentales: la preponderancia de la reserva de derechos en relación al principio de publicidad alegado y el fundamento constitucional del mandato de publicidad de los actos administrativos.

En cuanto a las razones de preponderancia de la reserva de datos por sobre el derecho a la información, se sustenta en que el numeral 5º del artículo 21 de la Ley de transparencia, en cuanto derogación parcial del principio de publicidad de actos administrativos, cumple en efecto con los estándares constitucionales de limitación al acceso a la información establecidos en el artículo 19 n°12, en tanto que cumple con un quórum calificado tácito en virtud de la cuarta disposición transitoria de la Constitución, al ser posterior a la Ley de Protección de Datos Personales y al artículo 8vo del texto constitucional, por regular una materia que específicamente quedaría regulada por una norma constitucional posterior que establecía un quórum de calificación mucho mayor al originario.

Así también se interpreta en un sentido teleológico, al afirmar que la decisión del Consejo para la Transparencia vulnera el sentido y alcance del inciso primero del artículo 21 de la Ley de Protección de datos personales, aludiendo a que esta disposición tiene como finalidad la resocialización de las personas que fueron objeto de las sanciones previstas, y asimismo sería contrario a un principio fundamental del derecho administrativo sancionador, que es el derecho al olvido, especialmente en circunstancias que la falta, abuso, delito o infracción cometida se encuentra cumplida, pagada o prescrita[686].

Finalmente, el conflicto interpretativo suscita directamente en la pugna de derechos derivada del reconocimiento constitucional de las normas que se alegan, es decir, el amparo constitucional que tendrían por un lado el artículo 21 de la ley 19.628 y los artículos 5 y 21 de la ley 20.285.

Sobre las primera disposición citada, la parte alega que su fundamento yace directa y expresamente ligado al derecho de las personas al respeto de la vida privada y su honra, derivadas del artículo 19 n°4, de la Constitución Política; circunstancias a las que se suma el hecho de que la protección de dicha garantía, a juicio de esta parte ha tenido una amplia

---

[685] Sentencia Rol N°: 13.562-2015 ILTMA. C.A. de Santiago. Considerando. 6º.
[686] Sentencia Rol N°: 13.562-2015 ILTMA. C.A. de Santiago.

gama de protección conforme a la jurisprudencia nacional. Por otro lado, en lo relativo al amparo constitucional de los artículos 5 y 21 de la Ley de Transparencia, entiende la Superintendencia, que tienen un simple valor de declaración o mandato de principio legal, y que las normas contenidas en el artículo 8 inciso 2º de la Constitución Política no harían más que ratificar esta declaración legal. Así entonces, da a entender que bajo este criterio, las disposiciones de la ley de Transparencia no son susceptibles de aplicación por encontrarse en una posición jerárquicamente inferior respecto de las normas que consagran la reserva de datos, ya que estas últimas tendrían un respaldo o fundamento constitucional.

3.3. Reconocimiento de la inconsistencia y desarrollo.

En los alegatos, el recurrente menciona la eventual procedencia de una antinomia entre las disposiciones de la ley de transparencia y la ley de protección de datos personales; estando ambas normas respaldadas por disposiciones constitucionales, según cada una de las partes que las invoca, respectivamente con el principio de publicidad regulado en el artículo 8 inciso 2º de la constitución y el artículo 19 N°4. El reconocimiento de la inconsistencia en el presente caso, como puede apreciarse tiene un elemento de complejidad adicional, que dice relación con la presencia o invocación de normas de rango constitucional. Como es sabido, la interpretación constitucional, supone una actividad cognitiva del juzgador mucho más amplia, sistemática e integradora que la mera interpretación de la ley; por lo cual su análisis debe ser mucho más preciso y minucioso.

La Superintendencia se funda en el hecho de que la norma constitucional que inspira a la ley de Transparencia, tiene un carácter meramente legal, en circunstancias que las disposiciones contenidas en el artículo 8 inciso segundo de la Constitución no serían más que una mera declaración normativa, cuya fuente definitiva radicaría en su artículo 5º; mientras que las normas relativas a la protección de los datos personales tiene su respaldo expreso en la consagración del derecho a la vida privada; disposición que a juicio del actor, tiene una tutela mucho más férrea en nuestro ordenamiento jurídico[687].

Se plantea entonces, un conflicto de eventual antinomia de carácter total-parcial; toda vez que el artículo 5º reconoce la existencia de un escenario general que supone la publicidad de los actos administrativos; con excepción de lo planteado en el artículo 21 de la ley 19.628 que expresa la particular situación jurídica de la reserva de los datos de las sanciones, condenas y faltas cuando estas se hallaren cumplidas, pagadas o prescritas. Asimismo, si la interpretación se centra en la invocación de normas constitucionales, entonces es posible afirmar que existe una antinomia de carácter aparente.

Si consideramos el punto de vista puramente legal, vale decir, únicamente las disposiciones de la ley de protección de datos, y la ley de transparencia, estaríamos en presencia de una antinomia de segundo grado, toda vez que el conflicto aquí no se da solo en el plano de las concurrencia de normas contradictorias, sino que la aplicación de criterios resolutivos de ellas, suponen también soluciones inconciliables; dado que de aplicar el criterio de especialidad sería procedente guiarse por la ley 19.628, y de aplicar el criterio de temporalidad, sería procedente la aplicación de la ley 20.285.

---

[687] Sentencia Rol N°: 13.562-2015 ILTMA. C.A. de Santiago.

Si bien es cierto, la doctrina se ha inclinado por establecer que existe una prevalencia del criterio de especialidad, no hay que desconocer que son muchos los casos en que se podrían constituir reglas excepcionales en que se haga prevalecer la ley posterior, aun cuando esta sea general [688]. Bobbio sobre este respecto, entiende que por lo general este tipo de conflicto resulta oscilante dependiendo del valor que se le asigne al criterio de justicia o lo que él denomina como "*transición de ley a equidad*" que se le otorgue en un primer momento a la norma de especialidad[689].

Considerando el conflicto de la invocación de normas constitucionales, ha de entenderse que en su interpretación no vale la aplicación de los clásicos criterios de solución de antinomias, por cuanto, ante colisión de derechos de rango constitucional deben recurrirse a otras vías de solución.

La complejidad en este punto radica en el hecho de invocar normas constitucionales, dado que en el plano puramente legal sería fácilmente determinable cuál de las dos normas debe ser aplicadas por razones de especialidad o temporalidad. Es el mismo actor quien en sus alegatos establece la imposibilidad de aplicación de dichas herramientas normativas, dado que la pugna, a su juicio suscita entre una disposición de rango legal con una de rango constitucional.

Lo anterior no ha estado exento de discusiones en el ámbito de la interpretación constitucional. En términos genéricos se ha entendido que la interpretación de la Carta Fundamental no puede efectuarse bajo los mismos mecanismos que la ley; en particular porque en la primera, no se ven contenidas normas de diversa jerarquía; es decir, no existen disposiciones constitucionales de primer o segundo orden o de jerarquía inferior o superior. Al respecto, el análisis efectuado por la Superintendencia de Valores y Seguros, resulta a lo menos imprecisa; puesto que parte de la base que el artículo 8 inciso 2° de la Constitución Política, es una norma no reguladora, sino que casi de carácter descriptivo y de remisión automática; lo cual es discutible.

3.4. Criterio de integración para superar la inconsistencia y argumentos de respaldo del tribunal.

El tribunal en este sentido debe hacerse cargo de la colisión que suscita entre el derecho a la privacidad por medio de la protección de datos personales, y el derecho a la emitir información sin censura previa, ambos garantizados constitucionalmente.

Como ya se ha dicho, la interpretación constitucional supone una tarea más compleja que la determinación de la ley, puesto que no existe una idea de descarte de una norma por sobre otra ni tampoco es posible afirmar que existen dentro del texto constitucional normas disposiciones jerárquicamente superiores a otras. Así afirma el profesor Nogueira cuando señala: *En estos casos, considerados como de antinomia no se pueden aplicar los criterios clásicos de lex superior derogat lex inferiori, lex posteriori derogat lex priori o lex specialis derogat lex generali. Ello es así porque estamos ante normas de igual rango normativo, donde no hay normas especiales, sino que son mandatos*

---

[688] Prieto Sachís, L., op. cit., págs. 138-141.
[689] Bobbio, N., op. cit., págs. 360-361.

de optimización[690]. Por cuanto, en el presente caso la herramienta interpretativa claramente utilizada por el tribunal es la "ponderación".

La optimización de derechos es una actividad que supone que las normas en conflictos son igualmente aplicables al caso que suscita el conflicto en particular, por tanto, ninguna de ellas puede ser totalmente descartada en el tratamiento del caso, pero sí una de ellas debe prevalecer por sobre la otra, ya sea por razones de justicia o por razones de principios de protección de derechos fundamentales. Al no ser posible la aplicación de los criterios interpretativos tradicionales; la ponderación debe siempre inclinarse sobre la norma que más se ajuste, en lo que Alexy califica como "*principio-meta*" del derecho[691].

Así entonces, al inclinarse la Corte por la interpretación que establece que el artículo 21 de la Ley 19.628 debe ser interpretado siempre ciñéndose a las disposiciones del artículo 8 inciso 2º, es que se efectúa un análisis de ponderación que hace prevalecer el acceso a la información por sobre la reserva de datos por protección a la vida privada de la persona.[692] Esto constituye el fundamento de base para que el tribunal de alzada, en concreto, confirme las alegaciones del Consejo para la transparencia, y en definitiva, ante el reconocimiento expreso del rango constitucional del principio de publicidad de los actos administrativos, en suma, a su directa relación con el derecho de difusión de informaciones y opiniones sin censura previa; se ordene la entrega de los datos requeridos por CIPER, rechazándose así la reclamación de ilegalidad de la Resolución del Consejo.

4. Sentencia Rol N° 1.400-2015 ILTMA C.A. de Santiago.

4.1. Los hechos.

En el año 2005 la señora Blanca Rosa Cedraschi Irarrázabal, acude al Hospital San José, dependiente del Servicio de Salud Metropolitano Norte, a realizarse una cirugía en su cadera derecha con motivo de una artrosis que la aquejaba; intervención que fue realizada exitosamente por el doctor Sacha Bittelman, operación que fue calificada de tal manera por el hecho de que no se requirió de mayor acompañamiento ni tratamientos post operatorios.

Por la misma razón, un tiempo después debió nuevamente concurrir a las dependencias del Hospital San José, a fin de realizase una nueva cirugía, esta vez en la cadera izquierda; intervención que fue asignada al médico Álvaro Martínez, aun cuando la señora Blanca solicitó expresamente que la operación fuera realizada nuevamente por Bittelman, quien le generaba mayor confianza. Finalmente el señor Martínez le hizo entender a la paciente que no había que temer malos resultados, ya que, tenía vasta experiencia en el área, al nivel de ser por aquel entonces el jefe del área de traumatología

---

[690] Nogueira, H., *Material de Catedra: Derecho de los Derechos Fundamentales. IV. Interpretación de los Derechos Fundamentales,* 2015, pág. 5.

[691] Bilicic, T., *Normas de principio, ponderación y juicio de proporcionalidad.* En DiarioConstitucional.cl, 2011. Disponible en https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/normas-de-principio-ponderacion-y-juicio-de-proporcionalidad/. Fecha de ultima consulta: 27 de diciembre de 2020.

[692] Sentencia Rol N°: 13.562-2015 ILTMA. C.A. de Santiago. Considerando: 5º.

del recinto médico; razones que calmaron a doña Blanca, llevándose a cabo la operación, sin mayores contratiempos hasta ese entonces.

Al tiempo de haberse llevado a cabo la cirugía, la octogenaria comienza a notar falta de sensibilidad en su pie izquierdo y también imposibilidad de moverlo con absoluta libertad; hechos que la llevan a hablar con el Doctor Martínez, conversaciones que no pudieron darse dadas las frecuentes evasivas y desidias del médico tratante; situación que dista mucho, a criterio de la propia afectada, de la atención brindada por Bittelman en el seguimiento post operatorio. Así las cosas, un día en una de las consultas, fue un facultativo kinesiológico quien le informa a la señora que las complicaciones que estaba sufriendo son producto del daño a un nervio producto de la intervención realizada; y que por esta razón sería necesario cambiar su tratamiento. Cuatro semanas de efectuada la operación, finalmente Martínez da el alta médica a la señora Cedraschi, comentándole que su recuperación estará a cargo de otro establecimiento; siendo el policlínico del hospital quien da el informe final acerca del estado de salud, concluyendo que la afectada tiene toda la parte inferior de su extremidad inferior izquierda absolutamente inertes, que tiene pérdida de fuerza al apoyar y que pasa de sentir altas temperaturas y dolores, a sentir frío intenso en la zona afectada.

En paralelo, la actora inicia un tratamiento en el área de neurología a fin de consultar si existe algún procedimiento alternativo para aminorar los dolores que sufría producto de la mala cirugía; en este escenario el Doctor Claudio Ruiz Olave, le aconseja no someterse a ninguna cirugía al pie, puesto que las probabilidades de resultados perjudiciales eran muy altas, también sumado al hecho que los daños ocasionados al nervio que le generaban dolor eran irreversibles, de modo que solo la derivó a tratamientos paliativos del dolor, lo que no surtió efecto alguno.

Esto llevó a la señora Blanca y a su familia a gestionar diversas instancias de reclamaciones, primero en la Oficina de Informaciones, Reclamos y Sugerencias (OIRS) del hospital y posteriormente la instancia previa y obligatoria de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado. Esta última instancia fue muy criticada por la parte demandante, toda vez que acusan falta de prolijidad en la forma de manejar los antecedentes aportados en las sesiones, lo que se tradujo en declaraciones no rendidas y otras directamente que habiéndose efectuado no fueron incluidas en el archivo.

En definitiva, la parte demandante ocurre, vía acción civil, a fin de que se haga efectiva la responsabilidad extracontractual del Servicio de Salud Metropolitano Norte en circunstancias que por negligencia del servicio prestado se generó la Invalidez de un 40% acreditada en autos y finalmente se repare el daño ocasionado; que alcanza la suma de $1.800.000 por concepto de daño patrimonial, y $90.000.000 por concepto de daño moral.

4.2. El derecho.

En este punto es necesario diferenciar los argumentos jurídicos que entabla el Tribunal en primera instancia, el recurrente en la apelación y el tribunal en segunda instancia.

4.2.1. Argumentos de la demanda y la apelación.

En primera instancia, la parte recurrente alega que existe responsabilidad por parte del servicio de salud, toda vez que los daños ocasionados a la actora surgen, precisamente en razón del tratamiento deficiente, y las posteriores derivaciones médicas tardías, que tuvieron como resultado el hecho que la señora Blanca, terminase con un 40% de invalidez, lo que se acredita por medio de certificación del COMPIN[693].

Lo anterior se funda en el establecimiento de un nexo causal directo en el proceder del doctor Martínez en la operación de la cadera izquierda de la afectada. Este punto se acredita por dos informes kinesiológicos, y además la parte alega que el propio doctor admitió que las complicaciones médicas pudieron haber sido atenuadas en parte, si hubiera existido pronta derivación a tratamientos neurológicos, cosa que no ocurrió, declaración que como ya se hizo mención, no quedó acreditada en el archivo de la mediación obligatoria.

En lo relativo a la responsabilidad, esta parte se funda en el artículo 2.329 inciso 1° del Código civil, el que dispone: *Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.*

En cuanto a la antijuridicidad como fundamento de procedencia de la responsabilidad extra contractual, esta parte entiende que la antijuridicidad supone el alejamiento de la conducta respecto del ordenamiento jurídico vigente, en particular se da por la actuación del médico, sin tener en consideración las reglas de prevención mínima o las diligencias pertinentes; esto es, por no seguir lo que se conoce como la *lex artis médica*. Este fundamento será posteriormente reconocido en segunda instancia[694].

En lo tocante a la relación de responsabilidad extracontractual del Estado, esta parte alega, tanto en primera como en segunda instancia, que los hechos acreditados cumplen los estándares que tanto doctrina y jurisprudencia en la materia han catalogado como requisitos de procedencia de "falta de servicio", en particular a la atención irregular y defectuosa de los servicios prestados. Circunstancias que objetivamente serían recogidas en ambas instancias, pero que solo en la apelación se reconoció el nexo causal o atribución de falta de servicio al Servicio de salud. En este punto es donde precisamente radica el conflicto central, y es el punto en el que se basará el Consejo de Defensa del Estado[695].

4.2.2 Argumentos del Consejo de Defensa del Estado en Representación del Servicio de Salud.

El primer punto en el que se funda la defensa del recurrido es en la imposibilidad de atribuir responsabilidades por los hechos ocurridos en virtud del desempeño del médico, en circunstancias que la actividad médica lleva consigo riesgos intrínsecos, lo que supone que ésta no puede ser evaluada únicamente de acuerdo a los resultados que ella trae, sino que en la medida en que su desarrollo sea efectuada conforme a la "*Lex artis*". Agrega que los antecedentes entregados por la parte demandante no logran acreditar fehacientemente el

---

[693] Sentencia Rol N° 1400-2015 ILTMA C.A. de Santiago. Considerando 7°.
[694] Véase: Sentencia Rol N° 5803-2010. 14° Juzgado Civil de Santiago.
[695] Véase: Sentencia Rol N° 5803-2010. 14° Juzgado Civil de Santiago.

hecho de que los perjuicios ocasionados hayan surgido producto de un actuar negligente. Respecto de lo anterior, cabe precisar que en efecto, diversas Cortes de Apelaciones y también la Corte Suprema han aclarado que la actividad médica, constituye una obligación de 'medio' y no de 'resultado' (salvo la excepción de las intervenciones estéticas[696]).

A lo anterior se suma que, en virtud del artículo 38 de la ley 19.966 sobre Garantías Explícitas de salud, corresponderá a la demandante no sólo acreditar las circunstancias de culpa o dolo para que se haga efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado; sino que además el establecer las reglas constitutivas de la *lex artis* que operan en el caso concreto, a fin de que se esclarezca cuál de ellas fue efectivamente vulnerada y así acreditar íntegramente la procedencia de una conducta negligente.

La demandada advierte que el régimen especial de responsabilidad que establece precisamente la Ley de Garantías explícitas requiere probar también la falta de servicio, así como la relación de causalidad propia entre la eventual negligencia cometida, la prestación de servicios incorrecta y los perjuicios efectivamente causados.

En lo que respecta a la determinación del monto de la indemnización fijada por la parte demandante, la recurrida entiende que los hechos descritos en la demanda no logran acreditar una suma cercana a la solicitada. En cuanto al cálculo del daño moral ocasionado, establece que esta determinación escapa ampliamente de los parámetros establecidos por el artículo 41 inciso de la ley 19.966 que dispone: *La indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas.* Así entonces se alega que el daño no patrimonial exigido no tiene motivos de reparación, sino que sacar réditos económicos de la situación.

4.2.3. Argumentos del tribunal a quo.

El tribunal centra su análisis en si procede o no la atribución de responsabilidad extracontractual al Estado de acuerdo a las circunstancias acreditadas en juicio.

Sobre el particular, primero acredita que en efecto existieron lesiones o daños, circunstancia que por lo demás también es reconocida por la demandada; por ello lo que cabe determinar es si dichos acontecimientos son o no atribuibles a falta de servicio por parte del hospital. Hecho que por lo demás da por entendido que el juzgador en primera instancia adhiere a la teoría de la responsabilidad subjetiva extracontractual del Estado[697].

En suma adhiere a la postura del demandado en el sentido de que, si se alega que existe falta de servicio por parte del hospital, entonces quien debe acreditar dicha negligencia es precisamente quien la alega, que en este caso es la parte demandante, conforme a los artículos 1698 del Código Civil y al Artículo 38 de la Ley de Garantías Explícitas de Salud[698].

En lo relativo al conflicto propiamente tal, el tribunal resuelve que si bien logran acreditarse daños efectivos; los juzgadores no se encuentran en capacidad de determinar

---

[696] Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago Rol N°: 15.790-2015.
[697] Sentencia Rol N° 1400-2015 ILTMA C.A. de Santiago. Considerando 1°.
[698] Sentencia Rol N° 1400-2015 ILTMA C.A. de Santiago. Considerandos 2° y 5°.

fehacientemente que los perjuicios ocasionados sean atribuibles a una falta de servicio; de modo que no es posible imputar responsabilidad. Así la sentencia entiende: "***DÉCIMO SEXTO:*** *Que de acuerdo a los considerandos desarrollados, basados en la prueba aportada por las partes, no existe para esta magistratura una falta de servicio que pueda imputarse al Servicio de Salud Metropolitano Norte, siendo carga procesal de la actora, de acuerdo a la regla general del artículo 1698 del Código Civil. En efecto, los informes acompañados dan cuenta de diagnósticos y síntomas de la actora, pero no ha logrado acreditar que su dolencia puedan imputarse a una falta de servicio, negligencia o culpa de la parte demandada o de sus funcionarios*"[699].

4.2.4. Argumentos del tribunal ad quem.

En cuanto al régimen de responsabilidad aplicable, no dista de lo señalado por las partes y el tribunal de primera instancia, dando cabida al reconocimiento de un régimen subjetivo de responsabilidad extracontractual del Estado; añadiendo a ello, las disposiciones del artículo 38 de la ley 19.966. A este respecto, habiendo establecido que en efecto el régimen aplicable es el mismo que se reconoce en primera instancia, fue preciso pronunciarse en cuanto si proceden o no las circunstancias que hagan posible invocar una falta de servicio[700].

Sobre el punto anterior, coincide nuevamente en el hecho de que estas circunstancias deben ser probadas por la parte que las alega. En lo referente a la procedencia de invocación de falta de servicio, la Corte entiende que sí se reúnen los requisitos legales para alegarla. El fundamento de esta decisión radica precisamente en uno de los puntos alegados por el Consejo de Defensa que dice relación con la imposibilidad de alegar negligencia debido a que la actividad médica siempre supone un peligro. En el presente caso, si bien se hizo saber a la paciente que la intervención podría conllevar un riesgo a su integridad, también es cierto de que este eventual perjuicio en su salud tenía una probabilidad de ocurrencia de un 1% a un 2%; de modo que no puede hacerse efectiva la alegación de no indemnizar los daños, que a criterio de la ciencias médicas suponen cierta y actualmente un riesgo, como establece el artículo 41 de la ley 19.966, ya que la proporción de peligro es tan baja que las situaciones que se encuadren dentro de ese porcentaje tan bajo, suponen notoriamente una acción a lo menos negligente de quien efectúa la operación[701].

En lo relativo a la determinación del daño ocasionado, la Corte solo da por acreditado en juicio un daño patrimonial equivalente a $504.073; y en cuanto al daño moral ocasionado se reconoce que en efecto existe un daño extra patrimonial, pero ciertamente el monto solicitado lo considera excesivo, de modo que reduce el monto a $20.000.000.

4.3. Reconocimiento de la inconsistencia y desarrollo.

Previo a efectuar cualquier análisis respecto a la identificación y solución de la antinomia, cabe anticipar que la colisión de normas que se suscita no constituye mayor

---

[699] Sentencia Rol N° 5803-2010. 14° Juzgado Civil de Santiago considerando 16°.
[700] Sentencia Rol N° 1400-2015 ILTMA C.A. de Santiago. Considerandos 2° y 3°.
[701] Sentencia Rol N° 1400-2015 ILTMA C.A. de Santiago. Considerandos 6° y 7°.

objeto de discusión en el ámbito jurídico, dado que tanto en primera como segunda instancia, los juzgados optaron por reconocer el régimen subjetivo de responsabilidad por parte del Estado. Si bien, en términos interpretativos no supuso un mayor conflicto, sí es importante determinar cuál de las teorías resulta aplicable o no, porque de haberse adoptado la teoría de la responsabilidad objetiva, la obligación de reparación habría tenido cabida sin discusión en primera instancia.

La antinomia surge a propósito de la discusión sobre la consagración de un régimen objetivo o subjetivo de responsabilidad extracontractual del Estado, ya que el artículo 4º de la ley 18.575 consagraría un régimen objetivo, el artículo 42 de la misma ley añadiría el criterio de falta de servicio y, por tanto, supondría un criterio subjetivo de responsabilidad.

En cuanto al tipo de antinomia que se presenta, se identifica una antinomia absoluta o también entendida en términos de antinomia total-total. Lo anterior se explica por el hecho de que las disposiciones en pugna son absolutamente incompatibles, en tanto que el artículo 4º dispone un sistema de responsabilidad patrimonial, basado únicamente en la comisión del daño en ejercicio de sus funciones; mientras que el 42 de la misma ley supone que el sistema de responsabilidad requiere además acreditar la falta de servicio, en un sentido subjetivo. Así por ejemplo la doctrina define este tipo de antinomias como aquéllas en que "*ninguna de las normas puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra*"[702].

¿Por qué no podría establecerse que existe una relación de inconsistencia total-parcial? Fundamentalmente porque las normas no tienen una relación causal entre sí, en el sentido que ninguna de ellas constituye una regla de excepción del supuesto de hecho que regula la otra. Así entonces, cumplen con la regulación de un mismo supuesto fáctico en general, que es la atribución de responsabilidad extracontractual del Estado, pero difieren en las circunstancias de procedencia, no siendo procedente la aplicación de ambas normas si se estima que una de ellas resulta procedente[703].

4.4. Criterio de integración para superar la inconsistencia y argumentos de respaldo del tribunal

El presente caso tiene una interesante forma de solución, puesto que al surgir una inconsistencia de carácter total-total, sería lógico aplicar el criterio de cronología. No obstante, no puede prescindirse del hecho de que esta contradicción tiene lugar en una misma norma, por cuanto, el aplicar el criterio de cronología carece de sentido, en circunstancias que no hay una diferencia temporal que permita al intérprete establecer una razón de preferencia o, lo que en palabras de Bobbio, supone una superación mediada por la experiencia del pasado[704].

Sobre lo anterior, cabe entonces mencionar que el tribunal efectúa un análisis basado en el criterio de especialidad, esto justificado en que el artículo 38 de la ley 19.966 establece expresamente la posibilidad de los particulares de recurrir en contra de la

---

[702] Ross, A., op. cit., pág. 164.
[703] Prieto Sanchís, L., op. cit., págs. 133-134.
[704] Bobbio, N., op. cit., págs. 355-356.

administración a fin de que esta repare los daños ocasionados con razón de la "falta de servicio"[705].

Artículo 38.- *Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio. [...]*

[...] Los órganos de la Administración del Estado que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado. La conducta imprudente o dolosa del funcionario deberá siempre ser acreditada en el juicio en que se ejerce la acción de repetición, la que prescribirá en el plazo de dos años, contado desde la fecha en que la sentencia que condene al órgano quede firme o ejecutoriada.

Así entonces, se reconoce que en el contexto de las obligaciones sanitarias, el régimen de responsabilidad se determina en la medida que los perjuicios ocasionados se efectúen en razón de una falta de servicio, la que puede tener lugar, sea por ausencia de servicio, por prestación de servicios deficiente, actuación irregular del servicio o bien por falta de prestación por acción tardía.

Esta solución también guarda relación con lo que la doctrina de la interpretación ha estimado respecto de las inconsistencias en una misma norma, circunstancias en las que deben recurrirse a normas o elementos ajenos a las normas en pugna, a fin de entregar una solución al conflicto[706].

6.3. INCONSISTENCIAS (CRITERIO CRONOLÓGICO).

1. Sentencia Rol Nº 16.351-2019 (Casación en el Fondo) EXMA Corte Suprema.

1.1 Los Hechos.

En septiembre de 2018, Felipe Ríos Medina acude al Primer Juzgado Civil de Puente Alto, solicitando la liquidación voluntaria de sus bienes, arguyendo que se encontraba en una situación de absoluta insolvencia y no se encontraba posibilitado de saldar todas sus deudas. Solicitud que fue acogida en noviembre del mismo año[707].

Sobre ello, el Banco del Estado insta a que se excluya del procedimiento concursal el crédito con garantía estatal que tiene el deudor; alegando que este no puede tramitarse conforme a las reglas del procedimiento de liquidación de la Ley 20.720, que es de aplicación general, en desmedro de la Ley 20.027 que se circunscribe en particular a las reglas sobre financiamiento de estudios en la educación superior; solicitud que fue rechazada por el tribunal de primera instancia en enero de 2019. Lo anterior supuso que esta resolución fuera apelada por la entidad bancaria ante la Corte de Apelaciones de San

---

[705] Sentencia Rol N° 1400-2015 ILTMA C.A. de Santiago. Considerando 4°.
[706] Ross, A., op. cit., pág. 166.
[707] Sentencia Rol Nº 16351-2019 EXMA Corte Suprema. Considerandos 1° y 2°.

Miguel quien, en fallo dividido, resuelve confirmar el fallo del juzgado civil y en definitiva mantener su crédito en relación al procedimiento de liquidación[708].

El fallo de la apelación lleva al Banco Estado a recurrir de casación en el fondo ante la Corte Suprema, argumentando que la pugna entre las normas hace teóricamente procedente la aplicación de dos criterios para superar antinomias, el cronológico y el de especialidad; sin embargo, alega el tribunal ha incurrido en error de derecho, por cuanto el carácter de especificidad de la ley que establece un procedimiento de liquidación, señala que todas las materias contenidas en cuerpos normativos especiales, prevalecerán por sobre éste, en todo lo que esté específicamente regulado, interpretación que sería acogida por el máximo tribunal.

1.2. El derecho.

Los fundamentos que se exponen son aquellos que guardan relación con la invocación de normas incompatibles.

1.2.1. Argumentos del recurrente de Casación.

Como se señaló, Banco Estado exige al tribunal que se excluya un crédito con aval del Estado del procedimiento de liquidación voluntaria llevada a cabo por el señor Medina, argumentando que el artículo 8 de la ley 20.720, dispone que las normas contenidas en cuerpos legales especiales tendrán preferencia normativa de aplicación en lo que se encuentre expresamente regulado en ellas, recalcando que las normas relativas a los créditos por razones de financiamiento educacional se rigen por la ley 20.027. El ya mencionado artículo 8° en su inciso 1° dispone: "*Las normas contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las disposiciones de esta ley*"[709].

Al rechazarse la solicitud, el Banco del Estado opta por recurrir de apelación para ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, la cual en fallo dividido confirma la sentencia impugnada (en los puntos siguientes se hará referencia a sus respectivos argumentos). Esta impugnación se fundamenta en el hecho de, que aun cuando es correcto que ambas normas aludidas podrían regular la situación del pago de un crédito en situación de insolvencia por parte del deudor, son las normas de los artículos 12 y 13 de la ley 20.027 las que disponen un procedimiento que se ciñe estrictamente a obligaciones emanadas de créditos con garantía estatal y destinados al financiamiento.

En cuanto a los argumentos esgrimidos en la casación de fondo, se reconoce por esta parte, la existencia de una inconsistencia normativa, entendiendo que al ser una antinomia donde se da la particularidad de que la ley general es posterior y la ley especial es anterior resultan, tanto el criterio de especialidad como el cronológico, aplicables para la superación de la inconsistencia. Ello, teniendo en consideración que los tribunales de instancia parecen haberse inclinado por una solución cronológica, lo que no obstante seria

---

[708] Sentencia Rol N° 16351-2019 EXMA Corte Suprema. Considerando 3°
[709] Sentencia Rol N° 16351-2019 EXMA Corte Suprema. Considerando 2°.

improcedente, ya que es la propia Ley 20.720 la que se remite a las normativas o regulaciones especiales[710].

1.2.2. Argumentos del 1° Juzgado Civil de Puente Alto.

En cuanto a los argumentos del tribunal para rechazar la exclusión solicitada por el Banco Estado, es preciso señalar que estas se basan más bien en razones de derecho sustantivo. Sobre el contenido de los fundamentos, el juzgado los divide en tres puntos: procedencia de la aplicación de la ley 20.720; la no distinción del origen del crédito para el inicio de un procedimiento concursal y la no exclusión de un procedimiento de liquidación en la regulación de la ley 20.027[711]. El tercer argumento dice relación con que la jurisprudencia ha determinado que aun cuando existe en la ley 20.720 una norma de remisión respecto de regulaciones especiales; la redacción de la ley 20.027 no supone una aplicación excluyente de las normas relativas al procedimiento concursal general. Esto se funda en que la norma reguladora de créditos con garantía estatal con fines de financiamientos educacionales es anterior a la ley de reorganización y liquidación; y que al no excluirlas expresamente ni tampoco regular expresamente un mecanismo o procedimiento que haga innecesaria la aplicación del procedimiento de insolvencia voluntaria de la ley 20.720, entonces como norma general, le es supletoriamente aplicable.

Esta postura en definitiva es acogida y confirmada por el voto de dos Ministros de la Corte de Apelaciones de San Miguel[712]. Razonamiento que llevaría posteriormente al Banco del Estado a recurrir de casación en el fondo ante la Corte Suprema.

1.2.3. Argumentos de la Corte Suprema conociendo de la Casación en el Fondo.

El razonamiento de la Corte Suprema parte de la base del reconocimiento de una antinomia entre las disposiciones de la Ley 20.720 y la Ley 20.027 como el elemento central del conflicto entre las partes. Por tal motivo, se pretende establecer criterios de superación de inconsistencias y también el resolver cómo la interpretación dada por los juzgadores de instancia supone haber incurrido en vulneración de disposiciones legales.

Entiende entonces, que la contradicción entre las normas aludidas está dada fundamentalmente por el establecimiento de procedimientos diferentes en casos del no cumplimiento de las obligaciones contraídas, que varían según la naturaleza u origen del crédito que se adeuda y no se ha pagado. En este punto, la Corte estima preciso señalar que el criterio aplicable para la solución de esta pugna normativa es el criterio de especialidad; esta postura se sustenta fundamentalmente en los artículos 4° y 13 del Código Civil.

Por tal razón, al entender que la ley 20.720 regula un procedimiento concursal de carácter general es que dadas las disposiciones del Código, se entiende que los procedimientos establecidos en la ley de financiamiento de la educación superior tienen

---

[710] Sentencia Rol N° 16351-2019 EXMA Corte Suprema. Considerandos 3°; 4° y 5°.
[711] Proveído Incidente de Exclusión de Crédito. C-Rol:14.527 1° Juzgado Civil de Puente Alto de 21/01/2019.
[712] Sentencia Rol N°384-2019 (CIV) ILTMA Corte de Apelaciones de San Miguel.

aplicación preferente por sobre los mecanismos de establecidos en la ley general, aun cuando esta última fuere posterior. Esto además se suma al hecho que la propia ley general establece en su artículo 8º una norma de remisión taxativa a cuerpos legales especiales en cuanto regulen expresamente materias contenidas en la misma disposición.

Todo lo anterior se complementa con la idea de que las directrices básicas de la interpretación y la argumentación jurídica estiman que ante la discordancia de normas aplicables a una misma situación de hecho, suele ser el criterio de especialidad aquel que otorga mayor certeza de justicia y respeto a la voluntad del legislador. Postura que ciertamente ha sido ampliamente reconocida por la doctrina y la jurisprudencia nacional.

1.3. Reconocimiento de la inconsistencia y desarrollo argumentativo.

En el presente caso se identifica, en primer lugar, una antinomia de carácter total-parcial, toda vez que la ley 20.720 regula un procedimiento de insolvencia aplicable para la generalidad de las obligaciones no solventadas por el deudor; y están las normas que regulan la situación particular del no pago de obligaciones cuando el crédito tenga la particularidad de ser otorgado con aval del Estado de Chile, y con fines de financiamiento de la educación superior, contenidas en la ley 20.027. Se estima el carácter total-parcial de la inconsistencia toda vez que entre ellas se da una relación de norma general y norma particular, siendo la ley de financiamiento educacional particular y la ley sobre reorganización y liquidación de personas y empresas, norma general.

En síntesis, la contradicción en cuanto al contenido sustantivo tiene lugar específicamente en el hecho que la ley 20.720 establece un procedimiento concursal de carácter general, y la ley de financiamiento de estudios superiores otros diferentes, como son la deducción del crédito de las remuneraciones; la retención de devolución de impuestos u otras acciones de cobranza judicial[713].

Sin perjuicio de lo anterior, además se presenta un segundo conflicto, que dice relación con la particularidad que la norma que se reconoce como general, es posterior a la norma que se reconoce como particular; que así las cosas entonces es posible identificar además una antinomia de segunda clase, es decir, que su contradicción o conflicto no solo tiene lugar en la aplicación de dos normas reguladoras de un mismo supuesto de hecho, sino que además existe una contradicción en cuanto a los criterios de solución de antinomias aplicables al caso en cuestión, así, el criterio cronológico da lugar a aplicar la ley 20.720 y el criterio de especialidad da lugar a la aplicación de la ley 20.027[714].

La litis completa surge en torno a la solución de esta antinomia, en un primer momento los tribunales de instancia estimaron aplicable el criterio cronológico, entendiendo que la ley 20.027, aun cuando regula una situación particular en cuanto a la naturaleza y mecanismo de cobro de las obligaciones contraídas con el fisco para fines educacionales; no contempla los mecanismos que sí dispone la ley 20.720, por la razón de que esta última ley fue creada con posterioridad a la situación de créditos con garantía estatal. Por esta razón, no resulta sencillo determinar cuál de los dos criterios utilizar a fin de dar solución a

---

[713] Sentencia Rol Nº 16351-2019 EXMA Corte Suprema. Considerandos 5º y 6º.
[714] Sentencia Rol Nº 16351-2019 EXMA Corte Suprema. Considerando 2º.

esta doble contradicción[715]. Que así las cosas, es posible estimar que fue precisamente esta valoración sobre criterios externos aquella en la que se fundó el tribunal para resolver sobre la base del criterio de especialidad; aludiendo especialmente a criterios como "máximas o directrices generales del derecho" y también a las disposiciones ya mencionadas del Código Civil.

1.4. Criterio para superar la inconsistencia y argumentos de respaldo del tribunal.

El caso supone una doble dificultad, primero por la existencia de una contradicción en el contenido sustantivo de las normas aludidas, y en segundo lugar el resultado contradictorio que surge al aplicar dos elementos resolutivos de inconsistencias igualmente aplicables.

En un primer momento, los tribunales de instancia optaron por resolver en base a un criterio cronológico entendiendo que los procedimientos concursales regulados por la ley 20.720, no pueden ser excluidos de la norma que regula el financiamiento de estudios superiores, ya que esta última es anterior. Así las cosas, no sería correcto afirmar que existe una exención expresa de las normas generales del procedimiento de liquidación. Tal es el peso que se da a esta interpretación que tanto el Juzgado Civil como la Corte de San Miguel desestimaron la aplicación de la norma de remisión del artículo 8° de la ley 20.720 por estimar precisamente que aun cuando se conoce su carácter excepcional, la ley 20.027 no regularía procedimientos orientados a dar solución al cumplimiento de obligaciones impagas[716].

Por el contrario, la Corte Suprema estima oportuno precisar que el criterio óptimo para dar solución al presente caso debe ser el de especialidad, explicando precisamente que el artículo 8° de la ley 20.720 que dispone una regla de remisión o aplicación preferente de cuerpos normativos especiales que regularen materias contenidas en la misma, es una expresión de la voluntad del legislador de querer regular o establecer un tratamiento normativo especial para dicha situación; no pudiéndose aplicar una regla general a pretexto de querer seguir un orden cronológico de las mismas. Así también justifica que esta postura se encuentra respaldada en los artículos 4° y 13 del Código Civil, toda vez que las normas citadas disponen que las leyes de orden general siempre deben ceder en su contenido en cuanto éste se encuentre dispuesto en leyes especiales; lo que precisamente ocurre en el caso, en lo que dice relación con el otorgamiento y pago de las obligaciones contraídas con el deudor. Así, el máximo tribunal falla en favor de un criterio ampliamente reconocido por la doctrina como la directriz de: "*lex posterior generalis non derogat legi priori specialis*"[717].

Si bien, la doctrina de la argumentación jurídica se ha inclinado por estimar que en las antinomias de carácter total-parcial el criterio más efectivo para superarlas es el de temporalidad, entendiendo que el legislador es un ser racional y aprende de las experiencias, y que en cuanto presupuesto de justicia, toda regulación posterior supone un

---

[715] Sentencia Rol N° 16351-2019 EXMA Corte Suprema. Considerandos 6° y 7°.
[716] Proveído Incidente de Exclusión de Crédito. C-Rol: 14.527 1° Juzgado Civil de Puente Alto de 21/01/2019.
[717] Prieto Sanchís. L., op. cit., págs. 139 -141.

implícito intento de superación de leyes anteriores, basados en la experiencia[718]; no es menos cierto que existen casos particulares donde esta idea de superación por criterios de temporalidad no es tan sencilla de identificar, precisamente en los casos en que la ley que se identifica como particular no coincide con la calidad de posterior, como ocurre aquí.

Diversos autores afirman que la determinación de cuál criterio debe prevalecer en caso de incompatibilidad, depende de fundamentos externos a las normas en pugna, e incluso a criterios valorativos del intérprete; valoración que por supuesto debe tener su origen en la ley y no en parámetros puramente discrecionales[719]. Sobre este último punto, Bobbio afirma que aquella forma de interpretar la discrepancia entre criterios resolutivos de antinomias, dando preponderancia al elemento de especialidad; supone un paso interpretativo de resolver desde la legalidad a resolver desde la equidad; es decir, procurar aplicar la ley más ajustada al caso concreto[720].

6.4. INCONSISTENCIAS (CRITERIO DE ESPECIALIDAD).

1. Sentencia Rol Nº 26.864-2018 (Casación en el Fondo) EXMA. Corte Suprema.

1.1. Los hechos.

Que el día 9 de mayo de 2018, Sergio Mauricio Carrasco Gutiérrez recurre al 2º Juzgado Civil de Quilpué, a fin de solicitar la liquidación voluntaria de sus bienes por encontrarse en situación de insolvencia y verse imposibilitado de pagar las obligaciones o créditos contraídos con diversos acreedores[721].

Que dentro de los datos de deudas vigentes del deudor, se incluye un crédito cuyo titular activo es el Banco Scotiabank, cuya finalidad es el financiamiento de servicios educacionales con garantía estatal. Esto llevó a la entidad bancara a solicitar la exclusión de la deuda del procedimiento concursal, arguyendo a que este crédito tiene un procedimientos especial en lo relativo al otorgamiento y pago que se encuentra regulado en la ley 20.027 sobre financiamiento de educación; no siendo aplicable entonces las reglas relativas al procedimiento concursal general que establece la ley 20.720. Incidente que fue acogido por el tribunal[722].

Esta resolución que da curso al incidente de exclusión de crédito lleva al recurrente a recurrir de apelación para ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso solicitando la revocación del fallo, y que en definitiva dicho crédito sea incluido dentro del procedimiento concursal, solicitud que no prosperó, dado que el tribunal de alzada ratifica la resolución impugnada, confirmando así la exclusión del crédito[723].

---

[718] Bobbio, N., op. cit., cfr. págs. 355-357.
[719] Ross, A., op. cit., cfr, pág. 167.
[720] Bobbio, N., op. cit., cfr. págs. 362-363.
[721] Sentencia Rol Nº 26.864-2018 EXMA. Corte Suprema. Considerando 1º.
[722] Sentencia Rol Nº 26.864-2018 EXMA. Corte Suprema. Considerandos 2º y 3º.
[723] Sentencia Rol Nº 1980-2018 ILTMA. Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Ante la negativa del tribunal de segunda instancia de revocar la resolución impugnada, la parte recurrente decide recurrir de casación en el fondo ante la Corte Suprema, argumentando que la interpretación de aplicar las disposiciones de la ley 20.072 de forma excluyente, supone una vulneración a la regulación en materia de liquidación y procedimiento concursal vigentes, valoración que en definitiva sería rechazada por el máximo tribunal, que falla sobre la base de una misma línea argumentativa que los juzgadores de instancia.

1.2. El derecho.

En lo relativo a los fundamentos de derecho, resulta necesario únicamente desarrollar las posturas esgrimidas por el recurrente de casación, el juzgado de Quilpué y la resolución del recurso de casación.

1.2.1. Argumentos del recurrente de casación.

La parte recurrente alega que la interpretación adoptada por el juzgado civil y ratificada en segunda instancia, incurre en vulneración de las disposiciones de la ley 20.720, particularmente en lo relativo a la remisión a las leyes especiales, y el efecto de extinción de las obligaciones contenidas en el procedimiento de liquidación de bienes una vez obtenida sentencia de término.

Artículo 8 inciso 2º: *Aquellas materias que no estén reguladas expresamente por leyes especiales, se regirán supletoriamente por las disposiciones de esta ley.*

Artículo 255.-*"Efectos de la Resolución de Término. Una vez que se encuentre firme o ejecutoriada la resolución que declara el término del Procedimiento Concursal de Liquidación, se entenderán extinguidos por el solo ministerio de la ley y para todos los efectos legales los saldos insolutos de las obligaciones contraídas por el deudor con anterioridad al inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación.*

Extinguidas las obligaciones conforme al inciso anterior, el deudor se entenderá rehabilitado para todos los efectos legales, salvo que la resolución señalada en el artículo precedente establezca algo distinto".

En cuanto a la remisión o mandato de aplicación preferente de normas especiales en caso de discrepancia normativa, esta parte entiende que si bien la ley 20.027 otorga un reconocimiento especial en cuanto a la naturaleza y destinación del crédito con garantía del Fisco, ésta no regula la situación específica de los deudores que se encuentren en insolvencia, sino que únicamente dispone una serie de medidas de cumplimiento de obligaciones para aquellos deudores que se encuentren en una situación de "no pago"[724]. Así las cosas, al no encontrarse regulado, a juicio de esta parte, un procedimiento establecido con la finalidad explícita y precisa de exceptuar al procedimiento concursal de carácter general y universal que establece la ley sobre reorganización y liquidación, se entiende entonces que las disposiciones de esta última son perfectamente aplicables, a lo menos de forma supletoria.

---

[724] Sentencia Rol Nº 26.864-2018 EXMA. Corte Suprema. Considerando 2º.

Como consecuencia de lo anterior, se señala que la misma ley 20.720 exige al deudor al momento de solicitar la liquidación voluntaria, que deje constancia de los datos de los acreedores de los créditos adquiridos con anterioridad al inicio del procedimiento, sin hacer distinción alguna en lo relativo a la naturaleza u origen de las obligaciones debidas; de modo que no habría razón para excluir los créditos con garantía estatal. Que de ello se entiende que de verse incluidos los créditos aludidos dentro del procedimiento concursal, de conformidad a lo establecido en el artículo 255 de la ley de reorganización y liquidación, ellos no pueden subsistir bajo ninguna circunstancia, ya que dicho procedimiento supone una extinción legal de dichas obligaciones.

1.2.2. Argumentos del juzgado civil de Quilpué y de la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Tanto los juzgadores de primera y segunda instancia, resuelven que la discrepancia relativa a los procedimientos a los que debe sujetarse el deudor de una obligación en situación de insolvencia, pudiendo estos ser el procedimiento concursal general de la ley 20.720 o los mecanismos especiales establecidos en la ley de financiamiento de la educación superior, deben superarse aplicando un criterio de especialidad. Funda esta postura en dos elementos: el reconocimiento de los estudiantes como deudores especiales y la regulación de un mecanismo de pago en el título V de la ley 20.027[725].

En lo relativo al reconocimiento de los estudiantes como deudores especiales, afirma que la voluntad del legislador de regular un acceso a un crédito con fines particulares, supone que lo que se buscaba era que éstos no se guiaran por los procedimientos concursales generales, circunstancia que incluso se ve reforzada por las disposiciones del artículo 8° de la ley 20.720 que consagra precisamente una norma de remisión sobre leyes particulares que regulen materias contenidas en ellas. De este modo, el encontrarse la ley 20.027 en una situación de norma especial en relación a la que dispone un procedimiento concursal general, se concluye que la primera prevalece[726].

Asimismo, afirma que no es correcto entender que la ley de financiamiento de la educación superior no regula formas de concurrir al pago de las obligaciones debidas, argumento que el recurrente utiliza para dejar en evidencia que en virtud del artículo 8° inciso segundo, sería aplicable el procedimiento concursal de carácter general. Que así las cosas, el título V de la ley 20.027, establece diversos mecanismos para exigir y hacer efectivo el pago de la deuda, los que consisten en la deducción de remuneraciones por parte del empleador, la retención de la devolución de impuestos y el inicio de procedimientos de cobranza; mecanismos regulados en los artículos 16, 17 y 18 bis del aludido texto normativo.

Este razonamiento es íntegramente acogido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que en definitiva termina ratificando la sentencia, provocando que el recurrente interponga un recurso de casación en el fondo en su contra.

---

[725] Sentencia Rol N° 26.864-2018 EXMA. Corte Suprema. Considerando 3°.
[726] Sentencia Rol N° 26.864-2018 EXMA. Corte Suprema. Considerando 3° y 4°.

1.2.3. Argumentos de la Corte Suprema conociendo del recurso de casación en el fondo.

La Corte, en términos genéricos, reafirma los argumentos del juzgado de Quilpué. Estima que el razonamiento efectuado en primera instancia y ratificado por la Corte de Valparaíso no incurre en error de derecho, toda vez que entre las normas en pugna existe una relación de "norma general y particular", dado que haciendo uso del criterio de especialidad como norma de resolución de antinomias, se entiende que prevalece aquella que regula las disposiciones particulares. Que así las cosas, si ambas normas establecen reglas relativas al pago de obligaciones adeudadas, debe optarse por aquella que en particular regula el supuesto de hecho en que el deudor es un estudiante y que el crédito tiene por finalidad el financiamiento de una carrera universitaria, además con garantía estatal[727].

Que este razonamiento de especialidad se encuentra garantizado en términos precisos en el artículo 8º de la ley 20.027, una norma de remisión para reglas especiales, asimismo este principio de prevalencia de la especificidad se encuentra contemplado en los artículos 4º y 13, ambos del Código Civil,

Esta postura ha sido acogida ampliamente por la jurisprudencia de la misma Corte Suprema, la cual ha estimado que: *sobre la base de lo reseñado se observa que los juzgadores razonan acertadamente al reconocer que la Ley N° 20.720 estatuye un procedimiento concursal de carácter general para todo deudor, dejando a salvo aquellas normativas especiales, como lo es la regulación del crédito destinado a financiar los estudios de educación superior. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que los estudiantes que acceden a un crédito con garantía estatal destinado a financiar su educación superior constituyen un grupo de deudores particulares que deben cumplir determinados requisitos legales para obtener su otorgamiento. Y no solo la particularidad del deudor como la finalidad del crédito hacen que la regulación contenida en la Ley N 19.287 sea especial frente a la normativa general sobre procedimientos concursales, sino también la regulación contenida en dicho estatuto en lo tocante a los mecanismos para exigir el pago*[728].

1.3. Reconocimiento de la inconsistencia y desarrollo argumentativo.

El caso presenta una antinomia de carácter total-parcial, toda vez que las normas en punga están en relación de reglas general y particular, siendo en este caso la ley 20.720 sobre reorganización y liquidación la norma general y la ley 20.027 la norma particular. En cuanto la existencia efectiva de la contradicción, esta surge porque ante el supuesto de hecho de que el deudor que se encuentra en situación de insolvencia, le resulta eventualmente aplicable, prima facie, tanto el procedimiento de liquidación concursal de la primera ley, como también los diversos mecanismos de retención y pago establecidos en

[727] Sentencia Rol Nº 26.864-2018 EXMA. Corte Suprema. Considerando 4º.
[728] Sentencia Rol 95.170-2020 (Casación en el Fondo) EXMA Corte Suprema. Considerando 5º.

el título V de la segunda. Que así las cosas el objeto de la casación es determinar precisamente cuál de estas reglas debe prevalecer por sobre la otra[729].

Todo el razonamiento se desarrolla en base a la resolución por medio del criterio de especialidad, en el caso del recurrente en razón de desvirtuar su procedencia, y en el caso de los juzgadores justificando y reafirmando su procedencia.

Por parte del recurrente, se estima que si bien la ley 20.027 tiene un carácter especial y de aplicación preferente, inclusive reconocido expresamente por parte del artículo 8° de la ley 20.720, no es menos cierto que esta ley no regula el caso del deudor que se encuentra en insolvencia, en consecuencia, aplicando el inciso segundo del artículo 8 de la misma disposición, no resultaría aplicable la normativa especial al no regular expresamente una materia que excluya las disposiciones de la norma general. En otras palabras, lo que intenta demostrar es que no se satisface el criterio de especialidad por no hallarse regulada explícitamente la situación descrita en la ley general. De modo que, al entenderse aplicables las disposiciones que regulan el procedimiento concursal general, no hay razón para dar lugar a la exclusión del crédito y en definitiva poner fin a dicha obligación en los términos que dispone el artículo 255 del mismo cuerpo normativo.

Por el contrario, los juzgadores, entienden que el hecho de que el legislador hubiere regulado la situación particular de los estudiantes como deudores de un crédito con fines específicos, representa así su intención de que dicho supuesto se encuentre regulado bajo un estatuto normativo diferente al general. Que como ya se señaló anteriormente, el carácter de especialidad de la norma sobre financiamiento de estudios superiores está dado por la situación particular de quienes figuran como deudores y también la forma en que la ley describe las maneras de efectuar el pago cuando los deudores en situación de "no pago", sin distinguir, es cierto, la razón por la cual se encuentren en dicha situación. De esta manera el criterio de la Corte se sujeta a considerar que los supuestos de regulación especial de las normas en pugna se ven plenamente satisfechos, de modo que, haciendo aplicación del criterio de especialidad, no habría razón que justificase que los deudores insolventes de créditos de financiamiento de estudios universitarios con garantía estatal se guiaran conforme a los procedimientos concursales generales, existiendo una regulación especial para tal efecto.

1.4. Criterio para superar la inconsistencia y argumentos de respaldo del tribunal.

Tratándose de una antinomia de carácter total-parcial, lo más lógico es que la vía resolutiva se dé en los criterios de cronología o especialidad; no obstante, hay que precisar que muchas veces estos elementos van de la mano o conducen a una misma solución; especialmente en el supuesto lógico que ante una regulación general, el legislador estime oportuno, y basado en la experiencia, crear una norma posterior que regule un caso particular; dinámica contraria a la que se derivan de los supuestos del caso, puesto que los dos criterios clásicos de solución de este tipo de contradicción devienen en resultados abiertamente contradictorios, otorgando solución por una u otra vía[730].

---

[729] Sentencia Rol N° 26.864-2018 EXMA. Corte Suprema. Considerando 3° y 4°.
[730] Ross, A., op. cit., pág. 167.

La Corte estimó oportuno determinar que el presente caso se soluciona por especialidad, por cuanto, teniendo dos normas un supuesto de hecho, que vendría a ser un sujeto que se encuentra imposibilitado de poder hacer efectivo el pago de sus créditos, una de las normas reconoce un elemento particular en relación a la otra, que es el hecho de que la ley 20.027, regula el caso del no pago de créditos contraídos cuando el acreedor está en situación de ser estudiante. Así entonces, estiman que si el legislador establece una situación jurídica particular para un determinado tipo de persona, se interpreta que su voluntad es que dichos sujetos, no se ajusten a las reglas generales, en circunstancias que se encuentren dentro de los supuestos que hacen procedente la ley especial.

Este razonamiento está en concordancia respecto del valor ontológico que se le otorga al criterio de especialidad como parámetro de solución de conflictos jurídicos. Prieto Sanchís explica que la especialidad surge precisamente en razón de una regulación más dirigida o circunscrita a un caso particular, incluido por cierto en un contexto más amplio de otra norma. En lo relativo a su preferencia de aplicación, esta se justificaría en el hecho de que esta ley especial, precisamente contiene un supuesto de hecho que la ley general incluye pero no determina ni particulariza[731].

2. Sentencia Rol Nº 4.656-2017 (Casación de Forma y Fondo) EXMA. Corte Suprema.

2.1. Hechos.

Viviana Marisol Salazar González solicita en febrero del año 2016, la liquidación voluntaria de sus bienes, argumentando que se encuentra en una situación de insolvencia, viéndose imposibilitada de cumplir con el pago de obligaciones contraídas. Señala que en el año 2006 inicia una carrera universitaria en la Universidad Mayor y que en 2008 cambia de universidad; hecho que le provocó contraer más obligaciones de pago a entidades bancarias[732].

Así las cosas, pese haber adquirido su título universitario en el año 2013, indica que hasta la fecha no ha logrado encontrar trabajo fijo, y que por esta razón se ha visto imposibilitada para efectuar el pago de sus deudas; y que el poco dinero que ha percibido lo destina al arriendo de una pieza y demás necesidades básicas. En la nómina de acreedores, Salazar adjunta información de una deuda por trece millones de pesos con el Banco del Estado y otra deuda por tres millones de pesos con el Banco de Crédito e Inversiones. A la fecha de interposición de solicitud de liquidación voluntaria existían dos procedimientos ejecutivos en contra de la solicitante con las entidades bancarias aludidas, por lo que se ordenó su acumulación al procedimiento de liquidación; citándose a audiencia de determinación del pasivo; instancia en la cual el Banco del Estado solicita la exclusión de crédito, argumentando en términos genéricos, que los créditos contraídos con la finalidad de financiar la educación superior y que tengan garantía estatal, no pueden someterse a

---

[731] Prieto Sanchís, L., op. cit., pág. 138.
[732] Sentencia Rol Nº 4.656-2017. EXMA. Corte Suprema. Considerando 4º.

las reglas concursales de la ley 20.720 por existir una regulación especial sobre la materia, que se encuentran consagradas en la ley 20.027[733].

El incidente de exclusión fue acogido por el 1° Juzgado Civil de Temuco, lo que llevó en definitiva a la solicitante a recurrir vía apelación para ante la Corte de Apelaciones de Temuco, quien ratificaría el fallo. Situación que instó a Viviana Salazar a recurrir vía casación en la forma y en el fondo en contra de la resolución de segunda instancia alegando, por un lado, la falta de trámites esenciales en el procedimiento y por último las vulneraciones sobre las disposiciones de la ley 20.027 y en general la errónea interpretación del derecho[734]. Finalmente la Corte Suprema rechaza ambos recursos, ratificando de esta forma el fallo confirmatorio de la Corte de Apelaciones.

2.2. El derecho.

Que para hacer una correcta apreciación de los argumentos jurídicos esgrimidos en el presente caso, es necesario distinguir entre los entablados por la solicitante de liquidación, el juzgado Civil de Temuco, y la Corte Suprema respecto de cada casación interpuesta.

2.2.1. Argumentos del solicitante de liquidación y recurrente de Casación.

En lo relativo a la solitud de liquidación voluntaria de bienes, como se dijo anteriormente, Viviana Salazar argumenta que se encuentra en una situación de total insolvencia y no le es posible realizar el pago de las obligaciones pendientes con sus acreedores, circunstancias que en términos genéricos se ajustan a los presupuestos establecidos en la ley de reorganización y liquidación de empresas y personas.

En lo que respecta a los fundamentos de la casación, se distinguen los razonamientos correspondientes al recurso de forma y al recurso de fondo.

En lo tocante a la casación en la forma, se alega un vicio conforme a lo dispuesto en el artículo 768 n°9 del Código de Procedimiento Civil, justificando que el cuestionamiento que se realice a los créditos debe efectuarse en los tiempos y oportunidades que se establecen en el artículo 174 de la ley de reorganización y liquidación. En suma, acusa que el artículo 8° de dicha norma estipula que no pueden promoverse incidentes en aquellas materias en que no se permitan expresamente, motivo por el cual no correspondía promover el incidente de exclusión de crédito[735].

En lo tocante a la casación en el fondo, la argumentación se basa en la improcedencia de la aplicación de la ley 20.027, fundándose en razones de orden cronológico y en directrices generales.

En primer lugar se alega que la ley 20.720 consagra genéricamente un procedimiento concursal de carácter universal y general, razón por la cual se entiende a lo

---

[733] Sentencia Rol N° 4.656-2017. EXMA. Corte Suprema. Considerandos 1° y 5°.
[734] Sentencia Rol N° 4.656-2017. EXMA. Corte Suprema. Considerandos 1° y 3°.
[735] Sentencia Rol N° 4.656-2017. EXMA. Corte Suprema. Considerando 1°.

menos supletoriamente aplicable a todas las demás disposiciones normativas tocantes a la materia[736].

Artículo 1°.- *Ámbito de aplicación de la ley. La presente ley establece el régimen general de los procedimientos concursales destinados a reorganizar y/o liquidar los pasivos y activos de una empresa deudora, y a repactar los pasivos y/o liquidar los activos de una persona deudora.*

Producto de lo anterior, no es posible afirmar que las disposiciones del artículo 8° en cuanto norma de remisión de reglas especiales, no sería pretexto para justificar una aplicación preferente de la ley 20.027, toda vez que a juicio de la solicitante, esta última no dispone de reglas relativas a la situación jurídica del deudor del crédito con garantía estatal en situación de insolvencia; de modo que al no contener regulación expresa en la materia, resulta lógico aplicar las disposiciones de rango general. Que a lo anterior se suma que la ley relativa al financiamiento de la educación superior por créditos con garantía del Estado es anterior a la ley de reorganización y liquidación; por cuanto aplicándose el criterio de *Lex posterior derogat legi priori*, no cabría sino aplicar las normas relativas al procedimiento concursal general[737].

2.2.2 Argumentos del juzgado civil de Temuco.

Que el juzgado esgrime como fundamento para la exclusión de créditos, que la ley general de procedimientos concursales prescribe, en su artículo 8°, que las disposiciones contenidas en dicha ley deben ceder a las materias expresamente reguladas en otros cuerpos normativos de carácter especial.

Que así las cosas, a juicio del tribunal, la regulación de la ley de financiamiento de la educación superior satisface los criterios necesarios para determinar su carácter de especial en relación a la ley 20.720, regulando por un lado lo que dice relación con el reconocimiento del carácter particular de los deudores y la destinación misma de crédito, y en segundo lugar respecto de los mecanismos establecidos para efectuar el pago ante situaciones de incumplimiento.

Que como ha reconocido ampliamente la doctrina, el juzgado advierte que cuando el legislador opta por regular una situación particular respecto de una norma que se ve incluida en otra de regulación de carácter general, lo que se entiende es que es su voluntad que dicho supuesto de hecho regulado por ley especial no se viera normado por las reglas generales, independiente de las circunstancias de su creación. Bajo este razonamiento, no puede recurrirse a razones de cronología para desestimar la interpretación por especialidad.

En cuanto a las normas relativas a los mecanismos de pago establecidos en caso de incumplimiento o de situación de no pago, se establece que si el deudor se encuentra en los supuestos descritos en la misma ley que den cuenta del no cumplimiento de la obligación esta se hará efectiva por medio de diversos mecanismos, entre los cuales cabe mencionar la deducción de remuneraciones, la retención de devolución de impuestos y

---

[736] Sentencia Rol N° 4.656-2017. EXMA. Corte Suprema. Considerando 3°.
[737] Sentencia Rol N° 4.656-2017. EXMA. Corte Suprema. Considerando 8°.

acciones de cobranza judicial y extrajudicial, contempladas en los artículos 16, 17 y 18 bis respetivamente. Así entonces, entiende el tribunal que estos procedimientos dispuestos para asegurar el cumplimiento de la obligación o hacer efectiva la garantía estatal se consagran como la regla que regula el equivalente del procedimiento concursal general de la ley 20.720, haciéndose entonces perfectamente aplicables por razones de especialidad.

En lo relativo a las normas reguladoras de extinción de obligaciones adeudadas que consagra el artículo 255 de la ley 20.720; se establece que una de las características fundamentales del procedimiento concursal de orden general tiene como principal característica la búsqueda de "rehabilitación" o resurgimiento del deudor, lo que ciertamente resulta incompatible con la posibilidad de excluir un crédito del procedimiento de liquidación; evitando así que se extinga conforme a la normas y preferencias establecidas. Que lo anterior también resulta contrario con una directriz general del derecho concursal, aplicable a la ley 20.720, consistente en el *par condicio creditorum*, que supone la regla de igualdad de trato y consideración respecto de los acreedores que van a hacer efectivo su crédito[738]. Idea que no se cumple entendiendo que existen acreedores con el privilegio de hacer prevalecer su crédito frente a otro acreedor que no cuenta con los supuestos para excluirse del procedimiento concursal en curso[739]. A su vez, también se sigue otra incompatibilidad, puesto que la ley 20.027 no dispone otros medios de extinción de las obligaciones sino por medio del pago de las mismas, en contraposición a la ley de reorganización y liquidación, puesto respecto de esta última, habiendo sentencia de término se extinguen las obligaciones por el solo ministerio de la ley.

2.2.3. Argumentos de la Corte Suprema conociendo de la casación en la forma y en el fondo.

El razonamiento de la Corte inicia con el reconocimiento de una antinomia o contradicción en la situación del deudor insolvente que no puede hacer efectivo el pago de un crédito para el financiamiento de la educación superior con garantía estatal; particularmente se discute si es aplicable el procedimiento concursal general que dispone la ley 20.720 o los mecanismos especiales de concurrencia de pago dispuestos en la ley 20.027. Hay que tener presente que esta interpretación supone una dificultad adicional, que es el hecho que la contradicción no se da únicamente respecto de los presupuestos fácticos de procedencia de las normas, sino también en los criterios resolutivos de antinomias aplicables, toda vez que optándose por criterio de especialidad resultan aplicables los mecanismos especiales de pago para hacer valer la garantía, y que atendiéndose al criterio de temporalidad debe aplicarse las normas concursales generales que dispone la ley de reorganización y liquidación[740].

Que así las cosas, el máximo tribunal advierte que es el mismo artículo 8° de la ley 20.720 el que establece un mandato expreso de aplicación preferente de las normas contenidas en cuerpos legales especiales que regulen las materias dispuestas en ella. El

---

[738] Goldberg Serrano, J. L., *Consideraciones críticas respecto del principio de la par condicio creditorum.* En *Revista de Derecho Chileno,* Pontificia Universidad Catolica de Chile, Santiago, Volumen 37, numero 1, 2019, págs. 73-98.
[739] Sentencia Rol N° 4.656-2017. EXMA. Corte Suprema. Considerando 5°.
[740] Sentencia Rol N° 4.656-2017. EXMA. Corte Suprema. Considerandos 6° y 7°.

reconocimiento del carácter especial de la norma de financiamiento de la educación queda de manifiesto en la redacción de la sentencia, cuando se afirma que: "*Por su parte la Ley 20.027 trata, en particular, sobre los créditos destinados a financiar estudios de educación superior otorgados por instituciones financieras y que cuenten garantía estatal*"[741].

Que del razonamiento empleado por el tribunal también se justifican la aplicación preferente de la ley de financiamiento de la educación superior por diversas regulaciones relativas a la facilidad de pago en los casos en que el deudor por razones de insolvencia o dificultad de pago se vea dificultado para solventar su obligación. Lo que haría refutar la idea de que al no encontrarse expresamente derogada la posibilidad recurrir vía procedimiento concursal general, resulta entonces aplicable por razones de temporalidad.

Ahora bien, aludiendo a criterios puramente argumentativas, la Corte estima preciso recordar que en cuanto a los parámetros resolutivos de inconsistencias de carácter tradicional, entendiéndose estos: el cronológico, de jerarquía y especialidad, un amplio sector de la doctrina ha estimado que en caso de conflictos interpretativos en que se vieren envueltos el criterio de temporalidad y especificidad, se aplica la máxima de "*lex posterior generalis non derogat legi priori specialis*", especialmente en aquellos casos en que la norma general posterior, no derogue expresa o tácitamente las disposiciones contenidas en la ley particular anterior[742].

Por estas razones, es que en definitiva, la Corte Suprema entiende que el acceder a la exclusión de créditos en favor del Banco del Estado de Chile, y por consiguiente reconocer que para el cumplimiento de las obligaciones relativas al pago de créditos para el financiamiento de la educación superior con garantía estatal son aplicables los mecanismos especiales de la ley 20.027; no constituye un yerro en derecho, ya que tanto el mandato de ley como un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia reconoce que prevalece la interpretación por razones de especialidad y no de cronología.

2.3. Reconocimiento de la inconsistencia y desarrollo argumentativo.

La controversia se sustenta en el reconocimiento de la contradicción que se produce respecto de las normas generales de procedimientos concursales y la ley de financiamiento de la educación superior. Como se señaló, la antinomia se centra en establecer si el supuesto de un estudiante con calidad de deudor de un crédito con garantía estatal debe someterse a las reglas de pago especiales de ley 20.027 o bien si puede acogerse a un procedimiento de liquidación voluntaria conforme a las reglas de la ley 20.720.

Sobre el particular, en el presente caso se identifican dos clases de antinomias, en primer lugar una antinomia de carácter total-parcial y en segundo lugar una antinomia de segunda clase.

Sobre la antinomia total-parcial, se entiende que esta se produce cuando una de las normas es absolutamente contradictoria respecto de una situación particular que regula la otra de carácter general. Así las cosas, lo determinante para la existencia de este tipo de antinomias es que las reglas en pugna se encuentren en relación "de regla ordinaria y regla

---

[741] Sentencia Rol Nº 4.656-2017. EXMA. Corte Suprema. Considerando 7º.
[742] Bobbio, N., op. cit., pág. 362.

extraordinaria" sobre un supuesto de hecho igualmente aplicable[743]. De modo que, siendo ambas normas aplicables en términos genéricos a la situación del deudor de un crédito en situación de insolvencia, estas disponen mecanismos de pago o efectos sobre las obligaciones adeudadas que resultan incompatibles entre sí.

Sobre los criterios resolutivos de la incompatibilidad, cabe precisar que en el presente caso se da la particularidad que la norma concebida como anterior es de carácter particular, y que la norma caracterizada como posterior es general. Lo anterior supone que además del conflicto mismo que da origen a la antinomia existe un problema en que los criterios resolutivos susceptibles de ser aplicados al caso disponen una solución incompatible entre ellos, dando solución al caso por una de las normas u otra. Que circunscribiendo esto a los hechos del caso, se menciona que la solicitante de liquidación voluntaria recurre precisamente de casación, fundamentando que el resolver esta pugna normativa conforme a los parámetros de especialidad y no de temporalidad, constituye una vulneración de disposiciones legales. Planteado esto, la labor del tribunal fue determinar cuál de estas normas debe aplicarse de forma preferente dando razón a la solicitante de liquidación o al Banco del Estado que pide la exclusión de su crédito del procedimiento concursal[744].

Basándose en los artículos 1° y 8° de la ley 20.720, que disponen el carácter general y la aplicación preferente de normas especiales respectivamente; tanto la Corte de Apelaciones de Temuco como la Corte Suprema estiman que no es posible resolver el presente conflicto atendiendo a razones de temporalidad. De esta manera, debe entenderse que deben aplicarse las disposiciones de la ley de financiamiento de la educación superior a través de créditos con garantía estatal, por cumplirse los elementos de regulación especial de origen y destinación del crédito y también en cuanto a los mecanismos aplicables a los deudores que no pueden hacer efectivo el pago de sus deudas.

2.4. Criterio para superar la antinomia y argumentos de respaldo del tribunal.

En el presente caso, ambos juzgadores de instancia resolvieron que la exclusión de créditos solicitada por el Banco del Estado de Chile, resulta perfectamente procedente aplicándose así las reglas de la ley 20.027. Estimando, como ya se mencionó, que la norma general de procedimiento concursal regula expresamente que sus disposiciones deben ceder en su aplicación cuando las materias en ella contenidas se dispongan en cuerpos legales especiales, como es el caso de la ley de financiamiento de la educación superior con crédito con garantía estatal. Que así entonces al recurrir Viviana Salazar de casación ante la Corte Suprema acusando yerro en derecho al estimar tanto el tribunal civil y la Corte de Apelaciones que las disposiciones establecidas en la ley 20.720 no son aplicables al caso, ni aun en razón de circunstancias de temporalidad, solicita al máximo tribunal que enmiende este criterio y en definitiva falle conforme a derecho[745].

En términos muy genéricos se estima que la propia ley de procedimiento concursal que intenta hacer valer la solicitante, dispone una norma de remisión a leyes especiales,

---

[743] Ross, A., op. cit., págs.164-165.
[744] Sentencia Rol N° 4.656-2017. EXMA. Corte Suprema. Considerando 7°.
[745] Sentencia Rol N° 4.656-2017. EXMA. Corte Suprema. Considerandos 8° y 11°.

principio que por lo demás se encuentra en concordancia con las reglas del artículo 4° y 13° del Código Civil.

En cuanto a las regulaciones particulares de la situación crediticia del deudor, cabe señalar que pese a que Viviana Salazar alega que la normativa de la ley 20.027 al no regular un procedimiento sustitutivo o equivalente al establecido en la ley general, no hay razón para entender que ésta no puede ser aplicada en razones a lo menos supletorias. Sobre este punto, el máximo tribunal entiende que la ley sobre financiamiento de la educación superior regula con suficiencia diversos procedimientos, plazos y mecanismos aplicables a todas estas calidades de deudores especiales que reconoce la ley; justificando que si el legislador no se tomó la molestia de incluir en la norma general-posterior reglas que supongan la derogación expresa o tácita de la norma particular-anterior, es porque su intención no es que este grupo particular se vea regido por la última norma.

Este es un fundamento reconocido ampliamente por la doctrina en materia de argumentación jurídica, en palabras de Bobbio, se explica como el razonamiento que pasa de la legalidad a la equidad, vale decir, la solución de antinomias de segunda clase o de conflictos entre criterios resolutorios de contradicciones, basándose en el supuesto de regulación especial en razón de que esta última resulta más justa; reforzándose este punto en el hecho de que si el legislador en cuanto ser racional y consciente hubiere deseado que dicha regulación cambiase, hubiere adoptado las providencias necesarias en la redacción y confección de la ley general posterior, creando mecanismos que generasen una derogación efectiva a las disposiciones anteriores[746]. Este último argumento resulta bastante sistemático en lo que dice relación con la integración de criterios resolutivos de antinomias, toda vez que se estructura sobre la base de que estos dos estándares normativos explican en definitiva la aplicación de una de las leyes en pugna y no supone necesariamente que deba ser una interpretación de carácter disyuntiva.

6.5. INCONSISTENCIAS (CRITERIO DE JERARQUÍA).

1. Sentencia Rol N°6.559-2009 (Casación en el Fondo) EXMA. Corte Suprema.

1.1. Hechos.

V.J.O.G. es dueño de un inmueble ubicado en la comuna de Quirihue, inscrito a su nombre. a fojas 623 N° 621 del Registro de Propiedades del Conservador de Bienes Raíces de Quirihue, año 2003. Adquirido por medio del procedimiento de saneamiento de la pequeña propiedad raíz conforme a lo establecido al D.L. 2.695. En este contexto, entabla una demanda de acción reivindicatoria en contra de E.M.A.B, quien actualmente se encuentra en posesión material del predio aludido.

El demandante solicita que se restituya el bien que es objeto del litigio y que el tribunal fije con precisión los deslindes del retazo de terreno de los que estaba haciendo ocupación la recurrida.

---

[746] Bobbio, N., op. cit., cfr. págs. 355-358 y 362-363.

La demandada también alega ser dueña del inmueble en razón de una compraventa efectuada correctamente mediante escritura pública con la sucesión M.E y cuya inscripción de dominio consta en su favor a fojas 406 N° 684 en el Registro de Propiedades de Quirihue, del año 2001. Así, la contraparte solicita el rechazo de la demanda, tomando en consideración que esta parte cuenta con posesión inscrita, la cual no fue cancelada conforme a las circunstancias legales señalas en el artículo 728, por lo cual ha de entenderse que el actor nunca estuvo en posesión del inmueble y por tanto no se cumplen con los requisitos requeridos por el artículo 889 relativos a la pérdida de la posesión.

Que en tal escenario, el tribunal de primera instancia estimó que la segunda inscripción efectuada por la parte demandante, es completamente válida, toda vez que se ajusta a los procedimientos establecidos en el D.L. que tiene por finalidad regularizar la situación jurídica de los poseedores materiales de inmuebles que cumplen con características de avalúo según la ley. De modo que se reúnen todos los requisitos para hacer procedente la acción reivindicatoria, razonamiento que sería confirmado íntegramente también en segunda instancia en la Corte de Apelaciones de Chillán.

La demandada opta por recurrir de casación, argumentando error de derecho por omitir el valor probatorio a la escritura de compraventa del inmueble en su favor; y también por dar validez a la inscripción efectuada por la parte demandante, sin haberte tenido esta la posesión material del inmueble que se busca reivindicar, presupuesto básico que establece el D.L. 2.695 que tanto el actor como los juzgadores de instancia establecen como regla justificativa de la adjudicación del dominio del señor V.J.O.G.

La Corte en casación, fallando en voto dividido, opta por acoger el recurso de nulidad sustancial, dejando sin efecto la sentencia impugnada y en definitiva desestimando la acción reivindicatoria interpuesta, por entenderla contraria al derecho de propiedad de la recurrente de impugnación de fondo.

1.2. El derecho.

En cuanto al análisis pormenorizado de los fundamentos de derecho, es preciso señalar que para efectos de este análisis se estudiarán los argumentos esgrimidos por el recurrente de casación, el fallo de la casación y el voto disidente de la casación.

1.2.1 Argumentos del recurrente de casación.

Que la parte recurrente de casación funda sus alegaciones en dos puntos fundamentales: en primer lugar el valor probatorio otorgado a la escritura pública que dejaba constancia de la compraventa efectuada por esta parte del inmueble, y la inscripción de dominio del mismo; y en segundo lugar respecto de haber cancelado la inscripción de la demandada en virtud del artículo 16 del D.L. 2.695 sin haber cumplido ésta con el requisito de la posesión material.

1a. Sobre las alegaciones relativas al valor probatorio de los instrumentos presentados, se estima que el fallo impugnado vulneró el artículo 1700 del Código Civil, el cual dispone expresamente en su inciso segundo: "*Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas*

obligaciones y descargos por título universal o singular". Esto debe complementarse con la la teoría de la "inscripción-ficción": la inscripción en el conservador de bienes raíces constituye una presunción de reunión de todos los elementos de la posesión, y que habiendo pasado un año desde haberse efectuado el registro, esta se entiende inmune o inamovible a pruebas posesorias que intenten negarla[747].

2b. Que respecto del último punto, alega entonces que la inscripción efectuada en favor del actor de la demanda reivindicatoria no tiene sustento jurídico; ni aún por haberse efectuado por medio del procedimiento de saneamiento establecido en el Decreto Ley 2.695, lo anterior se justifica porque el acto de la acción reivindicatoria supone un cuestionamiento a la posesión de la demandada, en circunstancias que el Código Civil es expreso en señalar que transcurrido un año de la inscripción de la posesión, ésta no podrá ser cuestionada por acción alguna. Sumado que a juicio de esta parte, tampoco procedería el haberse otorgado la inscripción de dominio a la actora, toda vez que esta nunca se encontró en posesión material del inmueble que se pretende reivindicar, lo que por lo demás constituye un presupuesto basal del procedimiento de saneamiento de la pequeña propiedad raíz[748].

Complementa la idea anterior con el hecho de que, pese a haber pasado un año desde inscripción del acto administrativo que da lugar a la regularización de la propiedad, los derechos reales y gravámenes que soporten la propiedad se verán cancelados por el sólo ministerio de la ley, nada impide que los interesados o involucrados en el caso puedan ejercer por sí solos las acciones de que disponga a fin de proteger sus intereses[749].

1.2.2. Argumentos de la Corte Suprema, fallando el recurso de casación.

La decisión definitiva de la casación se basa en tres puntos fundamentales, la descripción del régimen constitucional del derecho de propiedad en Chile; la constitucionalidad de los artículos 15 y 16 del D.L. 2.695, y finalmente el debate respecto de la aplicación de las disposiciones aludidas en razón de una eventual derogación tácita o inconstitucionalidad sobreviniente.

2c. Respecto del debate sobre la derogación tácita o declaración de inconstitucionalidad de las normas contrarias a la Carta Fundamental, se hace una construcción doctrinaria muy extensa y pormenorizada respecto de la cual, se concluye que la Corte no solo está facultada para declarar la derogación tácita de normas contrarias a la Constitución, sino que además comprende que sobre lo anterior existe un mandato constitucional al respecto, que es el principio de supremacía constitucional. Que así las cosas, si en ejercicio de su actividad jurisdiccional los tribunales ordinarios se encuentran en la situación en que dos normas aplicables al caso con resultados incompatibles, siendo una de ellas norma de rango constitucional, no se puede sino efectuar un control de derogaciones tácitas de las disposiciones infra constitucionales.

De modo que el máximo tribunal acoge la casación en el fondo estimando que no es procedente la aplicación de los artículos 15 y 16 del citado decreto ley, en razón de que estas normas son contrarias al estatuto jurídico del derecho de propiedad, y que,

---

[747] Sentencia Rol N°6.559-2009 EXMA. Corte Suprema. Considerando 2°.
[748] Sentencia Rol N°6.559-2009 EXMA. Corte Suprema. Considerandos: 2° y 3°.
[749] Sentencia Rol N°6.559-2009 EXMA. Corte Suprema. Considerando 3°.

precisamente por ser disposiciones preconstitucionales, se entienden tácitamente derogadas.

1.2.3. Argumentos del voto disidente Corte Suprema.

Que los votos minoritarios de la resolución de la casación estiman oportuno rechazar el recurso interpuesto en contra de la sentencia de segunda instancia, argumentando que: no procede declarar la derogación tácita de las normas del decreto ley, por tratarse de problemas de inconstitucionalidad; la identificación de una redundancia entre la regulación del derecho de propiedad en la Constitución y la regularización del dominio en el Código Civil y que no existe una errónea aplicación del derecho, por estimar este voto que los juzgadores de instancia se limitaron a aplicar las reglas vigentes en relación con el procedimiento de saneamiento de la pequeña propiedad raíz.

1.2.3.1. Sobre el entendimiento del debate de derogación tácita y la inconstitucionalidad, entiende esta parte de la Corte que los problemas emanados de las normas del D.L. 2.695 que se encuentran en contraposición a las normas del artículo 19 n°24 de la Constitución, no deben resolverse en razón de una declaración tácita de derogación, sino que ello supone una razón de inconstitucionalidad de las normas, razón por la cual quien debe resolver sobre su validez y vigencia es el Tribunal Constitucional.

Al respecto, esta parte fundamenta el hecho de que las instituciones jurídicas de la derogación y la inaplicabilidad o inconstitucionalidad son diferentes; entendiéndose que hay inconstitucionalidad efectivamente en aquellos casos en que una norma se contrapone a las normas de la Carta Fundamental, y que dicho calidad jurídica que, conforme a la normativa vigente posterior a la reforma constitucional de 2005, corresponde declarar al Tribunal Constitucional y no a la Corte Suprema, y menos en tramitación de Casación, donde lo único que debe salvaguardar es la correcta interpretación y aplicación del derecho.

Que así las cosas, el argumento anterior se añade al establecer que la derogación es un efecto jurídico producido en normas en el plano de su validez; que bajo este razonamiento no es posible concebir entonces la "inconstitucionalidad de una norma válida", puesto que supone una contradicción lógica y normativa, porque no puede suponerse validez alguna en normas contrarias a la constitución. Así entonces, se justifica que los problemas relativos a la contradicción de leyes preconstitucionales con normas de rango superior posteriores, suponen entonces lo que la doctrina entiende como una "inconstitucionalidad sobrevenida".

1.2.3.2. Que a este respecto también esta parte de la Corte estima que existe una resolución 'antojadiza' e incorrecta por parte del voto mayoritario, de resolver el conflicto normativo en base a los principios y regulaciones generales de la Constitución, existiendo para tales efectos una regulación desarrollada y dirigida en diversos cuerpos normativos. Argumentando al respecto que la jurisprudencia del máximo tribunal ha estimado preciso que en caso de redundancias normativas se opte por la resolución en base a los cuerpos legales inferiores[750].

---

[750] Sentencia Rol N°6.559-2009 EXMA. Corte Suprema. Voto Disidente: Considerando 5°.

1.2.3.3. En cuanto a la correcta aplicación de las disposiciones del Decreto ley. El voto minoritario dispone que tanto la jurisprudencia de antaño relativa a la inaplicabilidad de la Corte Suprema, como la más reciente del Tribunal Constitucional, reconocen que las disposiciones aludidas no suponen una contradicción con la regulación constitucional del artículo 19 n°24[751], sino que más bien regula un régimen de adquisición de propiedad de carácter especial.

1.3. Reconocimiento de la inconsistencia y desarrollo argumentativo.

En el presente caso, la antinomia se produce respecto de las disposiciones contenidas en los artículos 15 y 16 del D.L. 2.695 y las disposiciones contenidas en el artículo 19 n°24 de la Constitución Política, en cuanto a los atributos esenciales y las formas de perder, limitar y adquirir la propiedad, particularmente de bienes inmuebles.

En concreto, la contradicción tiene lugar en el hecho que la disposición constitucional aludida consagra un régimen jurídico amplio del derecho de propiedad, estableciendo diversas garantías de protección de dicho derecho, entre las cuales se encuentra, por ejemplo, la reserva de ley respecto de los modos de adquirir, perder y limitar el dominio; así como también el reconocimiento de extensas atribuciones inherentes al derecho además de las facultades que este otorga, como son la inalienabilidad, exclusividad y perpetuidad[752]. *A contrario sensu*, el decreto ley dispone el procedimiento por medio del cual una persona puede regularizar su situación de poseedor material del inmueble por medio de una solicitud al Servicio Regional de Vivienda y Urbanismo, cuya resolución se transforma en justo título para la inscripción, cambiando así la situación del poseedor irregular a regular, y que en el plazo de un año (plazo vigente al momento de la dictación de la sentencia) desde la inscripción efectuada en el Registro, quien figure como poseedor pasará a ser dueño, efectuándose la cancelación de las inscripciones anteriores.

Como puede apreciarse existe una notoria contradicción en las normas citadas. Así al establecerse la reglamentación constitucional relativa al derecho de propiedad, existen tres puntos que se ven vulnerados en relación a las disposiciones de la carta fundamental: la reserva legal, la idea de perpetuidad como atributo esencial; y finalmente lo que dice relación con el derecho de defensa precisamente por la prescripción de acciones al transcurrir el plazo de un año.

Así las cosas, es posible apreciar una antinomia de dos clases: primero de carácter total-parcial; en segundo lugar, una antinomia de carácter aparente y finalmente una antinomia de segundo grado.

En cuanto a la antinomia de carácter total parcial, ésta es reconocida implícitamente en la sentencia de casación al referirse a que las normas constitucionales aludidas, suponen un estatuto jurídico general, y que las disposiciones del decreto ley 2.695 suponen una regulación especial primero por ser aplicables únicamente al tipo de propiedad inmobiliaria que cumple con las características específicas que la ley señala y además por el hecho de que a esta norma se le reconoce un fin particular, exceptuando incluso las

---

[751] Sentencia Rol N°6.559-2009 EXMA. Corte Suprema. Voto Disidente: Considerandos 6° y 7°.
[752] Sentencia Rol N°6.559-2009 EXMA. Corte Suprema. Considerando: 27°.

disposiciones generales relativas al dominio contenidas en el Código Civil. Este punto no pareciera ser del todo discutible, incluso es recogido por el voto disidente de casación.

Respecto del carácter aparente de la antinomia, esta se desprende por la idea que una de las normas en pugna es de rango constitucional, razón por la cual inevitablemente una discordancia entre ellas supone un cuestionamiento de validez respecto de las disposiciones contenidas en el decreto ley sobre el saneamiento a la pequeña propiedad raíz[753].

Respecto de la antinomia de segunda clase, es posible identificarla en razón de que la norma identificada como especial, esto es, el decreto ley, es anterior a la norma que se dice general, que es la Constitución Política. Por lo anterior se entiende que en este caso no se produce únicamente una contradicción en cuanto al contenido sustantivo de las normas en punga, sino que además existe una contradicción en los resultados de los criterios de superación de inconsistencias aplicables a la pugna, específicamente entre el criterio de especialidad y el criterio de jerarquía[754]. Este último punto es el que genera conflictos interpretativos más en la decisión de los juzgadores, puesto que se difumina con la controversial discusión relativa hacia la derogación tácita y la declaración de inconstitucionalidad de las normas preconstitucionales que sean contradictorias al texto fundamental[755].

1.4. Criterio para superar la inconsistencia y argumentos del tribunal.

En el presente caso, cabe hacer un análisis pormenorizado de las dos posturas para resolver la antinomia: la resolución definitiva de la casación y el voto disidente. Es importante efectuar este análisis, puesto que estas resoluciones optan por una vía resolutiva diferente, con sus respectivas argumentaciones.

1.4.1. Resolución de la Casación.

Que en el voto mayoritario, la Corte Suprema estima oportuno solucionar la antinomia mediante el criterio de jerarquía. Fundado en que, tanto las disposiciones constitucionales, como la doctrina y la jurisprudencia de la Corte, son contestes en el hecho de que, en caso de existir conflictos de temporalidad con normas preconstitucionales, no puede hacerse valer sino los principios consagrados en los artículos 6 y 7 de la carta fundamental referente a la supremacía constitucional y a la sujeción a las disposiciones que ella contenga[756]. De este modo se establecería la improcedencia de aplicar la norma anterior, en razón que la disposición constitucional posterior la deroga tácitamente.

De este modo, al no cumplir el decreto ley con las normas contenidas en el estatuto jurídico relativo al derecho de propiedad, particularmente con el artículo 15 y 16, estos últimos se entienden derogados. Que así las cosas, esta determinación no debería suponer tampoco entrar en la oscura discusión respecto a la procedencia de una acción de

---

[753] Sentencia Rol N°6.559-2009 EXMA. Corte Suprema. Considerandos 27° y 28°.
[754] Henriquez Viñas, M., *Los jueces y la (...),* op., ed. et vol. cit., págs. 459-476.
[755] Sentencia Rol N°6.559-2009 EXMA. Corte Suprema. Considerando 21°.
[756] Sentencia Rol N°6.559-2009 EXMA. Corte Suprema. Considerando 18°.

inaplicabilidad o inconstitucionalidad producto de un fallo de casación, extralimitándose así la corte en sus funciones; al respecto la jurisprudencia del mismo tribunal es consistente en establecer la facultad que tiene la corte de entender tácitamente derogados los preceptos que no se ajusten con las reglas cuya vigencia opera *in actum*. Sobre lo anterior, cabe precisar también que la doctrina ha estimado que la derogación tácita es finalmente el producto de una revisión normativa de dos normas aplicables a un caso en concreto, en el cual la disposición constitucional resulta ser posterior[757].

Por otro lado, la aplicación del criterio de jerarquía también ha tenido un amplio reconocimiento en la doctrina circunscrita al estudio de la argumentación jurídica, estimando que la función reconocida al criterio de jerarquía es la solución de antinomias aparentes, es decir, aquellas donde el conflicto en realidad no es tal, puesto que la norma que en virtud de este criterio no puede aplicarse, no es válida[758]. Así mismo se estima que el hecho de que exista un conflicto entre criterios jerárquico y de especialidad, existe un amplio consenso en que debe primar el de jerarquía, basándose precisamente en que la norma inferior debe ceder, aun cuando sea especial, en razón de que encuentra su fundamento de validez en la norma jerárquicamente superior[759].

1.4.2. Resolución del voto disidente en la casación.

La opinión disidente de la casación afirma que no es preciso resolver por criterio jerárquico el presente caso, sino que en base al criterio de especialidad. Sostiene lo anterior al razonar sobre la base que al no existir una derogación expresa del D.L. al momento de entrar en vigencia la Constitución de 1980, y por el contrario, al haber sido objeto de numerosas reformas que a juicio de estos juzgadores dan a entender que el legislador precisamente quería procurar su aplicación y vigencia, no puede plantearse que existe una derogación tácita de la regulación general establecida respecto el derecho de propiedad en el artículo 19 n°24[760].

En suma, no se trataría de un asunto de derogación, sino más bien de un conflicto de inconstitucionalidad. Funda este punto en que la jurisprudencia ha sido muy mayoritaria en establecer que la derogación no solo es distinta en cuanto a naturaleza y efectos jurídicos respecto de la inconstitucionalidad, sino que además la primera es una consecuencia legislativa de la inconstitucionalidad de las normas. A lo anterior se añade que de conformidad a los artículos 93 n°6 y N°7, las declaraciones referentes a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas son materias privativas del Tribunal Constitucional. De manera que resolver acerca de la constitucionalidad o no de alguna norma, sería irrogarse funciones no conferidas por ley.

---

[757] Véase Henriquez Viñas, M., *¿Derogacion tácita o inaplicabilidad de preceptos legales constitucionales?*. En *Revista de Estudios Constitucionales,* Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2017, Volumen 15, numero 1, págs. 307-328.
[758] Bobbio, N., op. cit., cfr. págs 359-360.
[759] Prieto Sanchís, L., op. cit., cfr. págs 139-141.
[760] Sentencia Rol N°6.559-2009 EXMA. Corte Suprema. Voto Disidente: Considerando 8°.

CONCLUSIONES.

Esta tesis ha buscado determinar cuáles son los criterios usados por la dogmática y la jurisprudencia para identificar problemas de concurrencia de normas; y también formular propuestas para aclarar y orientar a operadores jurídicos, especialmente jueces, en su solución, en el ámbito del derecho civil. En este sentido, este trabajo ha tomado distancia tanto de los planteamientos del formalismo jurídico como del escepticismo radical.

Su realización ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

1. El análisis efectuado en la presente tesis, ayuda a identificar las prácticas argumentativas deficitarias más frecuentes, por parte de la doctrina y la jurisprudencia:

- Califican íntegramente toda una ley como general o especial, olvidando que un mismo texto normativo puede contener simultáneamente normas jurídicas generales y especiales.

- Para calificar una norma como general o especial, suelen limitarse a establecer cuál es su ubicación dentro de un texto normativo. Si bien, el argumento *sedes materiae* puede ser un indicio de especialidad, no es necesariamente concluyente. Para establecer si una norma es general o especial, lo relevante es examinar su contenido normativo.

- Confunden todo superávit normativo con una redundancia. Esto representa un error conceptual, ya que únicamente hay redundancia cuando las consecuencias normativas son las mismas.

- Una parte significativa de los operadores jurídicos, no tiene suficientemente en cuenta que una prescripción puede ser general o especial, según sus diversos elementos. Por ejemplo, de acuerdo con su condición de aplicación, su sujeto normativo, su ocasión temporal o espacial de aplicación, como lo puso de manifiesto hace ya muchas décadas, Von Wright.

2. La idea formalista de que las redundancias no existen, no ha sido totalmente abandonada por litigantes y jueces en Chile, según se desprende del análisis doctrinario y dogmático que se llevó a cabo. En efecto, uno de los postulados formalistas centrales es la adhesión dogmática al modelo de legislador racional: como el legislador es racional, el legislador no se repite; por tanto, si el intérprete constata alguna redundancia, ésta es sólo aparente, pero no real, y empleando el método de interpretación adecuado puede ser superada. De allí que deriven una directiva de interpretación conocida como el argumento de la no redundancia: el intérprete debe preferir aquella alternativa de interpretación de una disposición que evite atribuir al supuesto de hecho las mismas consecuencias jurídicas que ya le han sido asignadas por otra norma del sistema. El formalismo plantea como una de las propiedades lógicas de los sistemas jurídicos su independencia o no redundancia.

3. La revisión de controversias doctrinarias en el contexto del derecho civil patrimonial, efectuada en esta tesis, permite concluir que las antinomias son negadas, aún, por un sector importante de los autores, puesto que sostienen que el legislador es racional y, por ende, no se contradice. Cualquier eventual antinomia sería únicamente aparente y el intérprete puede superarla recurriendo al método de interpretación adecuado. No habría para ellos, pues, antinomias reales.

4. Los operadores jurídicos que adhieren a prácticas argumentativas formalistas sostienen que el ordenamiento jurídico proporciona los criterios para solucionar las antinomias: jerarquía, especialidad y temporalidad. Según ellos, estos criterios son internos y no externos al ordenamiento, por ende, concluyen que el ordenamiento jurídico (considerado en su conjunto) carece de antinomias.

5. La revisión de las discusiones doctrinarias y los fundamentos de las resoluciones judiciales examinadas en esta tesis, permite concluir que la mayoría de los operadores jurídicos sigue asumiendo que otra de las propiedades lógicas de los sistemas jurídicos es su consistencia. De ello derivan una directiva de interpretación: el intérprete debe preferir aquella alternativa de interpretación de una disposición que evite atribuir a un supuesto de hecho, consecuencias jurídicas inconciliables con otras normas del sistema o, lo que podríamos llamar su contracara o doble dimensión, o dimensión positiva: el intérprete debe preferir aquella alternativa de interpretación de una disposición que sea conciliable lógicamente con las otras normas del sistema.

6. Aunque desde la perspectiva de la teoría del derecho, las tesis del formalismo jurídico fueron fuertemente criticadas a partir de la revuelta anti-formalista de la segunda mitad del siglo XIX, y se encuentran ya hace largo tiempo abandonadas, no podemos desconocer que en las prácticas argumentativas de abogados (as) y jueces, han subsistido durante gran parte del siglo XX, e incluso aún a punto de comenzar la tercera década del siglo XXI, en parte debido a la responsabilidad de la educación legal.

7. Aunque el formalismo jurídico parece hoy superado como teoría, las actitudes formalistas son todavía extremadamente frecuentes en las prácticas interpretativas y argumentativas de litigantes y jueces.

8. No se debe pasar por alto, el punto de vista estratégico: un operador jurídico puede emplear un lenguaje formalista sin serlo realmente, por ejemplo, negando la existencia de conflictos normativos genuinos, presentándolos como meramente aparentes, por el efecto retórico que ello conlleva y/o para procurar aliviar o eludir la carga argumentativa que pese sobre él o ella. Esto queda de manifiesto en los análisis de discusiones dogmáticas y fundamentos de resoluciones judiciales, contenidos en esta tesis.

9. Por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia realizan una labor reconstructiva no asumida abiertamente, para conciliar la necesidad de reparar las imperfecciones del sistema, conciliando su actividad con las exigencias de la certeza o seguridad jurídica y, para ello, la estrategia más cómoda que han encontrado es seguir atados al lenguaje del viejo formalismo jurídico al procurar justificar sus decisiones interpretativas.

10. Quizá un factor que haya influido en Chile, es la vigencia de nuestro viejo y gran Código de Bello que sigue siendo visto como la *ratio scripta*, la razón misma escrita. Pero no obstante su gran y reconocida calidad desde el punto de vista de la técnica jurídica, dista mucho de tener la consistencia lógica que le suele ser asignada por la dogmática civil más clásica.

11. La vieja tesis iusnaturalista que sostenía que el derecho es una verdad preexistente que el hombre descubre a través de su razón, y que encuentra su origen y fundamento en la voluntad de Dios o en la naturaleza racional del hombre, por sus implicancias, también puede haber influido en la negación de los conflictos normativos, en especial de las

antinomias. No tanto, quizá en las redundancias que suelen ser aceptadas más fácilmente, considerándolas inocuas. (incluso, como una estrategia del legislador, para asegurar la eficacia de sus prescripciones). El análisis dogmático y jurisprudencial realizado en la presenta tesis, permite concluir que este tipo de fundamentación ha sido abandonado progresivamente.

12. La imagen compartida del derecho, tanto por iusnaturalistas racionalistas como por positivistas formalistas decimonónicos, que lo plantea como un sistema autosuficiente, que se basta a sí mismo, para resolver todo caso que se presente, el cual encontraría siempre una respuesta y nada más que una respuesta, es objeto de fuerte crítica y visto con distancia por gran parte de los operadores jurídicos, actualmente, en Chile.

13. Para el realismo jurídico extremo, en cambio, el derecho se encuentra radicalmente indeterminado. Esta posición cobra cada día más adeptos entre las nuevas generaciones de abogados y abogadas. Estamos, pues, presenciando un cambio en la cultura jurídica chilena: un movimiento pendular, sin matices, desde el formalismo jurídico al escepticismo normativo.

14. Como consecuencia del punto anterior, constato en la cultura jurídica chilena, especialmente en operadores jurídicos más jóvenes, un acelerado giro hacia el escepticismo interpretativo radical. Para una parte considerable de litigantes de nuevas generaciones, el ordenamiento jurídico está repleto de contradicciones, redundancias e indeterminaciones lingüísticas. Se trataría de una totum revolutum, un conjunto caótico de materiales. El derecho tampoco contaría con criterios internos, suficientes e idóneos para salvar esas imperfecciones. No quedaría, en consecuencia, más que recurrir a consideraciones políticas. Incluso, para algunos de los adherentes de este movimiento, todo es política. Los conflictos normativos, para ellos, constituirían la regla general y no la excepción. Para esta posición, el derecho es inevitablemente antinómico, redundante e impreciso.

15. Propongo acuñar y emplear la denominación de "tensiones normativas", para aludir a aquellas situaciones en las cuales el intérprete, en una interpretación *prima facie* de las disposiciones, identifica indiciariamente la posibilidad de que surja una antinomia, hipótesis que requiere efectuar una operación de interpretación más compleja para ser verificada, recurriendo por ejemplo a los elementos lógico, sistemático, teleológico, entre otros.

16. Cuando el intérprete identifica un problema de antinomia real o insoluble (ninguno de los criterios de solución consagrados en el sistema jurídico la resuelve) se encuentra en una situación equivalente a una laguna normativa y, por tanto, debe recurrir a los argumentos que permiten justificar la solución en caso de lagunas normativas: argumento analógico, argumento a fortiori, argumento a contrario, argumento basado en principios jurídicos, argumento de equidad. Nótese que son dos problemas conceptualmente distintos, pues el intérprete enfrenta un problema de superávit normativo, pero al ser insoluble, lo sitúa en la misma posición en la que se encontraría ante un problema de déficit normativo.

17. Identifico dos estrategias que emplean los operadores jurídicos para reconocer y resolver los problemas de concurrencias de normas: el enfoque desde el sistema y el enfoque desde el problema, la última estrategia presenta un mayor rendimiento práctico.

18. Las antinomias aparentes son problemas de interpretación; en cambio, las antinomias reales son problemas de aplicación, aunque estas últimas equivalen a los problemas de integración.

19. Sugiero tener presente que, desde un punto de vista pragmático, no existen las antinomias insolubles, ya que en virtud de lo dispuesto por el principio de inexcusabilidad, consagrado constitucional y legalmente, los jueces están obligados a resolver el caso concreto sometido a su decisión.

20. En el futuro proceso de discusión de la nueva Constitución Política, sugiero introducir una nueva etapa en el procedimiento de formación de la ley, correspondiente a un control de técnica de racionalidad legislativa, en la que intervengan especialistas en lógica, y lingüística, para hacer presente al órgano legislativo la posibilidad de mejoras en la redacción de proyectos de ley y así evitar futuros problemas de antinomias y redundancias. Por supuesto, este informe tendría un carácter meramente consultivo y el parlamento tendría siempre la última palabra, como corresponde a un régimen democrático.

21. Todavía en la actualidad, la filosofía del derecho y la dogmática jurídica, en particular la civil, se miran con un relativo desprecio e indiferencia recíprocos. De este modo, hemos asistido durante las últimas décadas, salvo excepciones, al divorcio entre ambas disciplinas. Algunos de los representantes de esa otrora fructífera relación los encontramos en Karl Larenz y Emilio Betti. Recordemos que, en siglos pasados, la teoría del derecho fue elaborada en sede de derecho civil. Las culpas son compartidas: por una parte, la doctrina civil se desentiende de ciertos instrumentos teóricos elaboradas por la teoría del derecho y que pueden facilitar su tarea, evitando que se embarque en la discusión de pseudo-problemas; por el otro lado, la filosofía del derecho se ocupa de elaborar sofisticados instrumentos teóricos, no deteniéndose suficientemente a explicar su utilidad práctica. Se requiere, sin duda, un diálogo más fluido entre ambas disciplinas, ya que una buena y útil alternativa para la filosofía del derecho podría consistir en prestar servicio a las disciplinas dogmáticas, entre ellas, del derecho civil. El diálogo es posible, solo hace falta escoger el nivel adecuado de abstracción de la teoría para su respectivo usuario y para cada problema. Esta tesis aspira a contribuir a ese propósito.

22. Antinomias y redundancias constituyen problemas lógicos de interpretación, debido a que es posible establecerlos o ponerlos en manifiesto con el auxilio del análisis lógico de los textos legales. Y concuerdo con la idea de Ross que postula que no son en modo alguno lógicos, en el sentido de que puedan ser resueltos con ayuda de la lógica o de principios de interpretación que operan en forma mecánica.

23. Propongo acuñar y emplear la denominación de redundancias inocuas, para aludir a aquellas situaciones en las que dos o más normas regulan un mismo supuesto de hecho, atribuyéndole consecuencias jurídicas idénticas, sin que sea posible para el intérprete identificar una alternativa de interpretación de cualquiera de las disposiciones que evite que la redundancia surja.

24. Propongo acuñar y emplear la denominación de redundancias ideológicas, para referirse a aquellas situaciones en las que dos o más normas regulan un mismo supuesto de hecho, atribuyéndole consecuencias jurídicas idénticas, surgidas por preferencias valorativas del legislador, como por ejemplo ocurre con el art. 54 de la Ley 19.947, entre

sus numerandos 2° y 4°) y, por otra parte, el art. 80 de la misma ley en relación con el art. 102 del Código Civil.

25. Es necesario tener presente diversas razones que explican y/o justifican la existencia de redundancias:

a) Una inadvertencia del legislador, particularmente al comparar una ley con otra norma anterior.

b) La necesidad de destacar determinados aspectos de la normativa jurídica, especialmente por consideraciones históricas.

c) Enunciados que pretenden facilitar el conocimiento y la aplicación de las normas jurídicas que regulan un campo específico de la vida social, reuniéndolas en un solo cuerpo legal.

De esta forma, no podemos negar la existencia de las redundancias, por lo cual, este problema interpretativo cobra un carácter de mayor complejidad; pues el solo razonamiento lógico-formalista resulta ineficaz para superarlo. Sobre este aspecto coincido con Ross cuando señala que el punto esencial es que para la redundancia tampoco hay solución mecánica; la decisión tiene que basarse en consideraciones diversas, entre las que se encuentra la presuposición general de que no hay redundancia.

26. El Código Civil chileno se encuentra en una posición de ventaja epistémica para contribuir a resolver los problemas de antinomias, ya que cuenta con una doble consagración expresa del principio de especialidad para resolver contradicciones de normas pertenecientes a distintos textos normativos (art. 4°) y para resolver contradicciones de normas que forman parte de un mismo texto normativo (art. 13). El código civil italiano, por ejemplo, carece de disposiciones similares. Por otra parte, Bello adoptó un enfoque metodológico de vanguardia, al explicitar que las disposiciones especiales de una ley prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma, cuando entre unas y otras hubiese contradicción, entendiendo apropiadamente que la especialidad es un criterio de prevalencia en la aplicación de la norma especial, que no priva de validez a la norma general.

27. Si la nueva Constitución establece mecanismos efectivos que garanticen la descentralización y la desconcentración del país, surgirán nuevos criterios de solución de antinomias en el ordenamiento jurídico chileno, eventualmente el criterio de competencia y el criterio de prevalencia.

28.- Las practicas argumentativas jurisprudenciales se muestran refractarias, por regla general y con ilustres excepciones, a emplear directamente las herramientas teóricas elaboradas por la filosofía del derecho para la identificación y resolución de los problemas de concurrencias de normas en el derecho civil. Son proclives, sin embargo, a emplearlas indirectamente cuando son citadas por dogmáticos.

29. Propongo acuñar y emplear la denominación de convergencias normativas, para aludir a aquellas situaciones en las que dos o más normas regulan un mismo supuesto de hecho, atribuyéndole consecuencias jurídicas complementarias (no redundantes ni antinómicas), generando la aplicación de todas las normas concurrentes al caso, de manera simultánea.

30. La jurisprudencia nacional ha adoptado, en general, la decisión interpretativa de no reconocer la existencia de problemas de concurrencias de normas, dejando sin aplicación las normas especiales o dando la opción al demandante, sin esgrimir razones justificatorias explícitas.

BIBLIOGRAFÍA.

Aarnio, Aulis (1991)*: Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Abeliuk Manasevich, R. (1993): *Las Obligaciones*, tomo II, 3era. ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Abeliuk Manasevich, René (2000): *La Filiación y sus Efectos*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Acuña, Cristián (2000): *Estudio de los Bienes y Derechos Reales*, Metropolitana Ediciones, Santiago.

Aguíló Regla, Josep (1992): "Derogación, rechazo y sistema jurídico", en *Doxa,* N° 11, pp. 263-280.

Aguiló, Josep (2008): *Sobre Derecho y argumentación y El método jurídico como argumentación jurídica,* Caps. 1° y 3°, pp. 11-28 y 53-72.

Aguiló, Josep (2008): *Independencia e imparcialidad de los jueces*, Lleonard Muntaner, Palma de Mallorca, pp. 32-33.

Alberruche Díaz-Flores, María Mercedes (2010): *La Rescisión por Lesión en el Derecho Civil Español*, Editorial La ley, Madrid.

Alcalde, Jaime (2008): "El "commodum reprasentationis" del artículo 1677 del Código Civil de Chile*".* En *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, N° 31, 2008, pág. 37-161.

Alcalde Silva, Jaime (2010): "La rescisión en el Código Civil chileno", en *Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coord.), Estudios de Derecho Civil V*, AbeledoPerrot LegalPublishing, Santiago.

Alcalde Silva, Jaime (2015): "Bases para una sistematización de los efectos de la resolución por incumplimiento" en *Estudios de Derecho Civil X,* Vidal, Álvaro-Severín, Gonzalo- Mejías, Claudia (editores), Editorial Thomson Reuters La Ley, Santiago.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio (1979): *Sobre la existencia de las normas jurídicas,* Distribuciones Fontamara, D.F.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio (1976): "Sobre el concepto de orden jurídico". En Critica: Revista Hispanoamericana de Filosofía, Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, vol. 8, N° 23, pp. 3-23.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio (1981): "The expressive Conception of Norms", en *New Studies in deontic Logic,* Reidel, Dordrecth, pp. 95-124.

_(1981b): "Negación y tercero excluido", en *Revista latinoamericana de Filosofía*, Vol. VIII, n°1. Pp. 73-77.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio (1991): *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

(_1991b) "Los argumentos jurídicos 'a fortiori' y 'a pari'", en *Análisis lógico y derecho,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio (1996): "Norma Jurídica", en *El Derecho y la justicia*, Editorial Trotta, Madrid, pp. 133-149.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio (2002): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.

Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio (2012): *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas.* Segunda edición. Editorial Astrea, Buenos Aires.

Alfonso, Paulino (1892): *De la interpretación de la ley*, Imprenta Cervantes, Santiago.

Alessandri Besa, Arturo (2008): *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*, 2a edición actualizada, Editorial Jurídica, Santiago.

Alessandri, Arturo (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago.

Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel; Vodanovic, Antonio (1998): *Tratado de Derecho civil, Partes Preliminar y General*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel; y Vodanovic, Antonio (2015*): Tratados de derecho civil: Partes Preliminar y general,* Tomo I, 8va edición, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile.

Alessandri, Arturo (2003): *De la compraventa y de la promesa de venta*, tomo I, vol. n°2, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Alessandri Rodríguez, Arturo (2005): *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Alessandri, Fernando (1919): *La hipoteca en la legislación chilena.* Memoria para optar al grado de Licenciado en CJyS, Universidad de Chile, Santiago.

Alexy, Robert (2002): *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. (traducción de Ernesto Garzón Valdés).

Alexy, Robert (2003): "La naturaleza de la filosofía del derecho", en *Doxa,* n° 26.

Alexy, Robert (2008): *El concepto y la naturaleza del derecho*, Marcial Pons, Madrid. (traducción de Carlos Bernal Pulido).

Alexy, Robert (2007): *Teoría de la argumentación jurídica.* Primera edición ampliada. Palestra Editores. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo.

Alexy, Robert (2009): *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. (traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo).

Alonso Traviesa, María Teresa (2007): *El problema de la concurrencia de responsabilidades,* Legal Publishing, Fundación Fueyo, Santiago, 583 pp.

Arenallo Hobelsberger, Walter (2007) *Metodología Jurídica*, Editorial Porrúa, México.

Arancibia, María José y Cornejo, Pablo (2014): "El derecho de Familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos" en *Revista Ius et Praxis*. Volumen 20, N°1. Pp. 279-318. Disponible en: http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/14/11. Fecha de última consulta: 13 de febrero de 2021

Arena, Federico (2014): *El convencionalismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid.

Atienza, Manuel (1991): *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica,* Cap. I, §§ III a X de Id. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 22-46.

Atienza, Manuel (1998): *Introducción al Derecho,* Fontamara, D.F.

Atienza, Manuel (2006): *Tres concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, pp. 61-108.

Atienza, Manuel (2009) *El sentido del Derecho*, 5a edición, Ariel Derecho, España.

Atienza, Manuel (2010): *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona.

Atienza, Manuel (2011): *Sobre la interpretación jurídica de Paolo Comanducci, en El realismo jurídico genovés*. Marcial Pons, Barcelona, pp. 71-79.

Atienza, Manuel (2013): "*Curso de Argumentación Jurídica*", Editorial Trotta, Madrid.

Atienza, Manuel: *La argumentación jurídica y su auge actual,* Cap. 1°, §§ 1-2, pp. 11-19.

Atienza, Manuel: *"El ámbito de la argumentación jurídica",* Cap. 1°, § II, pp. 28-31.

Atienza, Manuel: "Qué significa motivar", en *La Mirada De Peitho*. Disponible en http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2014/02/que-significa-motivar.html. Fecha de ultima consulta: 29 de diciembre de 2020.

Atienza, Manuel (1996): "Lógica y argumentación jurídica", en J. Echeverría, J. de Lorenzo y L. Peña (eds.*), Calculemos... Matemáticas y libertad. Homenaje a Miguel Sánchez-Mazas*, Trotta, Madrid: pp. 229-238.

Atienza, M. (1995): "Diez Consejos para escribir un buen trabajo de dogmática", en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, núm. 3, octubre de 1995, pág. 223-224

Atria, Fernando (1999): "Del Derecho y el Razonamiento Jurídico", en *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 22, pp. 78-119

Atria, Fernando (2005): "Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo", en Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial, Atria, F., Bulygin, E., Moreso, J., et. al., Marcial Pons, Madrid.

Atria, Fernando (2016): *La forma del Derecho*, Marcial Pons, Madrid.

Ausin, Txetxu & Peña, Gonzalo (2000): "La deducción normativa", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 23 pp. 465-481.

Ausin, Txetxu (2000): "Lógicas no-monotónicas y conflictos normativos: Un análisis crítico" en *Revista de Filosofía*, n°23, pp. 85-104

Ausin, Txetxu (2005): *Entre la lógica y el derecho. Paradojas y conflictos normativos*, editado por Plaza y Valdés editores, D.F.

Bacque, Jorge y Nino, C.S. (1967): "El tema de la interpretación de la ley en Alf Ross ejemplificado en dos fallos argentinos". En *Lecciones y Ensayos*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.N° 36, pp. 319-326.

Banfi, Cristián (2000): "La asimilación de la culpa al dolo en la responsabilidad contractual en Chile". En *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago vol. 27, N° 2, pp. 291-330.

Baraona, Jorge (2008): "La acción redhibitoria como acción de nulidad", en Guzmán Brito, A. (ed.), *Estudios de Derecho Civil III*, Thomson Reuters, Santiago.

Barcia Lehmann, Rodrigo (2007): *Lecciones de derecho civil chileno. De las fuentes de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Barcia Lehmann, Rodrigo (2014). "De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce" en *Revista Chilena de Derecho privado*, N° 22. Pp. 285-297. Disponible en: https://www.redalyc.org/pdf/3708/370838888011.pdf. Fecha de ultima consulta: 09 de diciembre de 2020

Barrientos Camus, Francisca (2011): "El vicio de la cosa comprada. La noción de vicio redhibitorio en el régimen de saneamiento del Código Civil y la Ley sobre protección de los derechos de los consumidores", en De la Maza, Íñigo (coord.) *Incumplimiento contractual. Nuevas perspectivas, Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección Derecho privado VII,* Ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, pp. 363-385.

Barrientos, Javier (2016): *El Código Civil. Su jurisprudencia y su historia*, tomo II, Thomson Reuters, Santiago.

Barros, Alfredo (1932): *Curso de derecho civil*, tomo II, 4ª edición corregida y aumentada, Nascimento, Santiago.

Barros Bourie, Enrique (1991): "Tensiones del derecho actual", en *Revista de Derecho y jurisprudencia,* tomo LXXXVIII, Derecho, pp. 99-23.

Barros Bourie, Enrique (1995): *El Derecho.* Universidad de Chile, Santiago, pp. 1-12.

Barros Bourie, Enrique (2005): "La culpa en la responsabilidad civil". En *Ensayos jurídicos*, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, N°1, 2005, pp. 1-23.

Barros Bourie, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Barros Bourie, Enrique (2006): "La diferencia entre "estar obligado" y "ser responsable"". En Corral Talciani, H. y Rodríguez Pinto, M. S. (coords.), *Estudios de Derecho Civil II.* IV Jornadas de Derecho Civil, LexisNexis, Santiago.

Bassa Mercado, Jaime (2013): "La pretensión de obligatoriedad como una estrategia para obligar: la construcción de cierta cultura de hermenéutica constitucional hacia fines del siglo XX", en *Estudios constitucionales*, vol.11, Nº 2, pp.15-46.

Bascuñán Rodríguez, Antonio (2000): "Sobre la distinción entre derogación expresa y derogación tácita", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Derecho y Cambios Culturales* (Vol. 18), pp. 227-261.

Bascuñán Rodríguez, Antonio (2013): "El mito de Domat", en Atria, Fernando et al. (eds.), *Una vida en la Universidad de Chile: celebrando al Profesor Antonio Bascuñán Valdés*, Legal Publishing, Santiago de Chile.

Bello, Andrés (1981): *Obras Completas de Andrés Bello, 2ª* edición, Tomo XIV, Fundación La Casa de Bello, Caracas.

Belloso, Nuria, Lenguaje (1996): "Lenguaje, hermenéutica y Derecho", en *Revista Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, Pamplona, núm. 35, pp. 91-42. Disponible en: https://dadun.unav.edu/handle/10171/12903. Fecha de última consulta: 30 de noviembre de 2020.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (1969): "La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa", en *Anuario de Derecho Civil 22.*

Bilicic Cerda, Tomislav (2011): "Normas de principio, ponderación y juicio de proporcionalidad" en DiarioConstitucional.cl. Disponible en: https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/normas-de-principio-ponderacion-y-juicio-de-proporcionalidad/. Fecha de última consulta: 27 de diciembre de 2020

Bix, Brian (1995): "Questions in legal interpretation" en Marmor, Andrei (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy,* Clarendon Press, Oxford, pp. 137-153.

Bobenrieth Miserda, Andrés (2011): "Tolerancia lógica hacia las inconsistencias asumiendo que el mundo no es consistente ni inconsistente", en: Quintanilla, P. / Rosales, D. (eds.): *Tolerancia IV: Lógica, lenguaje y mente* (Lima: CEF/PUCP), pp. 193-204.

Bobenrieth Miserda, Andrés (1996): *Inconsistencias ¿por qué no? Un estudio filosófico sobre la lógica paraconsistente.* Colcultura, Bogota.

Bobenrieth Miserda, Andrés (1997): "La Lógica paraconsistente: un logro latinoamericano" en Giannini, Humberto / Bonzi, Patricia (compiladores): *Congreso Latinoamericano sobre Filosofía y Democracia*. Santiago: Lom / Cátedra Latinoamericana de Filosofía, pp. 357-365.

Bobbio, Norberto (1960): *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli Editore, Turín.

Bobbio, Norberto (1970): *Studi per una per una teoría generale del diritto*, Giappichelli Editore, Turín.

Bobbio, Norberto (1971): "Le Bon Législateur" en Hubert, H. (ed.), *Le raisonnement juridique, Actes du Congrés mondiale de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1971,

Bobbio, Norberto (1987): *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá.

Bobbio, Norberto (1980): *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres, Valencia, pp. 349-364.

Bobbio, Norberto (2002): *Teoría general del Derecho.* Segunda edición. Editorial Temis, Bogotá. Traducción de Jorge Guerrero.

Bordalí, Andrés; Cortez, Gonzalo; y Palomo, Diego (2014): *El Proceso Civil: Juicio Ordinario de Mayor Cuantía, Procedimiento Sumario y Tutela Cautelar.* Thomson Reuters, Santiago de Chile.

Bordes Solanas, Montserrat (2001): *Lógica informal y argumentación retórica, Barcelona.* pp. 43-93.

Bulygin, Eugenio, (1977): "Incompletezza, contraddittorietà e indeterminatezza degli ordinamenti normativi" en *Logica deontica e semantica*, Bolonia. Pp 291-306.

Bulygin, Eugenio, (1991): *Tiempo y Validez*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Bulygin, Eugenio (1991): "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", en *DOXA* n°9.

Bulygin, Eugenio (1992): "Sull'interpretazione giuridica", en *Analisi e diritto*, pp. 11-30.

Bulygin, Eugenio & Mendonca, Daniel (2005): *Normas y sistemas normativos*, Marcial Pons, Madrid.

Bulygin, Eugenio (2006): *El positivismo jurídico*, Distruciones Fon-tamara, DF.

Buligyn, Eugenio (2008): "Algunas reflexiones sobre lagunas y antinomias en Principia iuris" en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho.* Núm. 31. pp. 227-232. Disponible en: https://doxa.ua.es/article/view/2008-n31-algunas-reflexiones-sobre-lagunas-y-antinomias-en-principia-iuris. Fecha de última consulta: 09 de enero de 2021.

Bulygin, Eugenio (2009): "Mi visión de la filosofía del Derecho", en *Doxa* (N° 32), pp. 85-90.

Cabrillac, Rémy (2009): "El derecho civil francés desde el Código Civil", en *Revista de Derecho* Universidad Austral de Valdivia (Vol. XXII, N ° 2), pp. 65-73.

Calsamiglia, Albert (1986): *Introducción a la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona.

Calvo García, Manuel (1986): "La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica". En *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Alicante, vol. 3, pp. 113-127.

Caprile, Bruno (2008): "Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual (ley de protección al consumidor, vicios redhibitorios. Error sustancial, resolución por incumplimiento) y la tendencia al deber de conformidad en el Derecho Comparado", en Mantilla, Fabricio y otro (coord.) *Estudios de Derecho privado en homenaje a Christian Larroumet,* Fundación Fueyo Universidad Diego Portales, Universidad del Rosario, Santiago, pp. 561-602.

Carbonell, Flavia (2011): "Coherence and post-sovereign legal argumentation" *en Law and Democracy in Neil D. MacCormick's Legal and Political Theory*, Menéndez A.J; Fossum J.E (eds.), Springer, Berlín, pp. 159-182.

Carbonell, Flavia y Letelier Raúl (2011): "Principios Jurídicos e interpretación democrática del derecho" en *Principios jurídicos, Análisis y Crítica*, Carbonell, Flavia; Letelier Raúl; y Coloma, Rodrigo (coord.), Legal Publishing, Santiago, pp. 155-183.

Carbonell, Flavia (2016): "La argumentación consecuencialista en la aplicación judicial del derecho" en *Interpretación Constitucional aplicada*, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

Carbonell, Flavia (2017): "Elementos para un modelo de decisión judicial correcta" en *Revista de Estudios de la Justicia*. N° 27, pp. 1-35.

Carcaterra, Gaetano (1988): "Analogia", en *Enciclopedia giuridica*, Vol° II, Treccani, Roma.

Carrió, Genaro (1994): *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Casso, I., & Cervera F. (1950): *Diccionario de derecho privado*, Vol. I, Labor, Barcelona.

Castillo Alva, José Luís y Luján Túpez, Manuel. (2006): *Razonamiento Judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. 2ª edición, Ara editores, Perú.

Céspedes Muñoz, C. y Vargas Aravena, D. (2008): "Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España", en *Revista Chilena de Derecho,* Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, vol. 35, núm. 3, 2008, pp. 439-462.

Chávez Chávez, Éric (2018): Práctica Forense: *Acciones Protectoras y Limitaciones al Dominio*. Editorial Jurídica Aremi, Santiago.

Chiassoni, Pierluigi (2011): *Técnicas de interpretación jurídica. Brevario para juristas.* Marcial Pons, Madrid. Traducción de Pau Luque y Maribel Narváez

Chiassoni, Pierluigi (2019): "Hacia un realismo pragmático", en *El problema del significado jurídico*, Pierluigi Chiassoni. Editorial Fontamara, Ciudad de México. Pp. 191-246.

Claro Solar, Luis (1978): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Cisneros Farías, Germán (2001): *Teoría del Derecho*. 2ª edición, Editorial Trillas, México

Coing, Helmut (1961): *Fundamentos de filosofía del Derecho*, Ariel, Barcelona. (traducción de Juan Manuel Mauri)

Coloma, Rodrigo (2016): "Interpretación de contratos; entre literalidad e intención". En *Revista chilena de derecho privado*, Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales, Santiago, N° 26, 2016, pp. 9-47.

Coloma Correa, Rodrigo (2011): "Los principios jurídicos como analgésicos ante lagunas, inconsistencias e inequidades de los sistemas jurídicos", en Carbonell, Flavia; Letelier, Raúl; Coloma, Rodrigo (coord.), *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, Legal Publishing, Santiago pp. 3-16.

Comanducci, Paolo (1999): *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, Fontanamara, México D.F.

Comanducci, Paolo (2011): "La interpretación jurídica", en *El realismo jurídico genovés*, Marcial Pons, Barcelona, pp. 51-70.

Corral Talciani, Hernán (2003): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 423 pp.

Corral Talciani, H. (2013): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Corral Talciani, Hernán (2015): *Compraventa de cosas embargadas.* El Mercurio Legal. 13 de enero de 2015. Disponible en: https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=903610&Path=/0D/C9/. Fecha de última consulta: 23 de noviembre de 2020.

Corral, Hernán (2017): *Bob Dylan y el cumplimiento de la condición*, comentario en su blog personal de 11 de junio de 2017, Disponible en: https://corraltalciani.wordpress.com/2017/06/11/bob-dylan-y-el-cumplimiento-de-la-condicion/, fecha de última consulta: 15 de enero de 2021.

Courtis, Christian (2006): *El juego de los juristas,* Trotta, Madrid, pp. 175-208.

Culler, Jonathan (1997): "En defensa de la sobreinterpretación" en *Umberto Eco, interpretación y sobreinterpretación,* Cambridge University Press, Cambridge. (Traducción de Juan Gabriel López Guix).

Delgado Pinto, José (1990): "Sobre la vigencia y validez de las normas jurídicas", en *Doxa*, n°7.

De Castro Cid, Benito (2010): "La necesidad de interpretación de las normas", en: *Diecisiete Lecciones de Teoría del Derecho*, Martínez Morán Narciso y De Castro Cid Benito [coords], Editorial Universitas, España, pp. 213-228.

De Castro, Federico (1955): *Derecho civil de España*, 3ª edición, Vol I. Tomo I, Thomsom civitas, Madrid.

Dehesa Dávila, Germán (2005): *Introducción a la retórica y a la argumentación*, 2ª edición, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

Del Picó Rubio, Jorge (2011): "Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno" en *Revista Ius et Praxis*, año 17, Nº 1, pp. 31-56. Disponible en: http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/121. Fecha de última consulta: 27 de noviembre de 2020.

De la Maza, Í. (2006): "El secreto está en la técnica: los límites a la cláusula penal". En *Revista chilena de derecho privado*, Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales, Santiago, N°7, 2006, pp. 19-50.

De la Maza Gazmuri, Iñigo (2007): "Deber de informar, dolo incidental e incumplimiento contractual" en *Anuario de Derecho Civil N° 50*, vol IV.

De la Maza Gazmuri, Iñigo y PIZARRO WILSON, Carlos (2010): *Responsabilidad civil, casos prácticos.* Quinta edición actualizada. LexisNexis, Santiago.

De la Maza Gazmuri, Íñigo (2012a): "El régimen de los cumplimientos defectuosos en la compraventa", en *Revista Chilena de Derecho,* vol. 39, N° 3, pp. 629-663.

_(2012b): "Configuración de la obligación de entregar a través de la autonomía privada: derechos de terceros" en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 39.

_(2012c): "Contratos Especiales" en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 18. Pp. 187-204. Disponible en: https://www.rchdp.cl/index.php/rchdp/article/view/212/199. Fecha de última consulta: 30 de noviembre de 2020.

De la Maza Gazmuri, Iñigo (2014a): *El contrato de promesa, la mirada de los tribunales.* Thomson Reuters, Santiago.

_(2014b): "La tutela del comprador frente a la ausencia de calidades presupuestas en la cosa". En *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, N°43, 2014, pp. 117-159.

De la Maza, Íñigo (2015): "Contratos especiales". En *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales, Santiago, N° 25, pág. 217-222

De la Maza Gazmuri, Iñigo (2016): "Prever y asegurar", en *AA.VV*, Estudios de Derecho Civil XI, Thomson Rheuters, Santiago, pp. 553-584.

De la Maza Gazmuri, Iñigo (2017): *Incumplimiento del vendedor*, Ediciones DER, Santiago.

De la Maza Gazmuri, Iñigo, y Vidal Olivares (2014): "Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de la Corte Suprema" en *Revista Ius et Praxis*, Volumen 20, N°1, pp. 15-38.

De la Maza Gazmuri, Iñigo, y Vidal Olivares, Álvaro (2017): *Derecho de los contratos*, Astrea, Bogotá.

Del Picó, Jorge (2010): *Derecho Matrimonial Chileno*, AbeledoPerrot, LegalPublishing, Santiago de Chile.

Díaz García-Huidobro, María Florencia (2012): *Naturaleza jurídica de la acción por provecho obtenido del dolo ajeno que conceden los artículos 1458 y 2316 del Código Civil.* Memoria de licenciatura. Universidad de Chile, Santiago. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112814/de-diaz_m.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Fecha de última consulta: 16 de enero de 2021.

Díaz, Regina (2007): "Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno". En *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Coquimbo, año 14, N° 1, pp. 79-112.

Diaz, Regina (2014): "Concurrencia de normas: La norma especial no siempre desplaza a la general". En Vergara Blanco, Alejandro (editor), *Dogmática y sistema. Estudios de Teoría del Derecho*, LegalPublishing, Santiago.

Díez, Francisco (1994): "Conflictos normativos y análisis lógico del Derecho" en *Anuario de Filosofía del Derecho*. N° 11. Pp. 396-406. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142274. Fecha de última consulta: 03 de diciembre de 2020.

Diez Picazo, Luis (1994): *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Ariel. Buenos Aires.

Díez-Picazo, Luis (2009): "Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental" en *Anuario de Derecho Civil* n° 62, vol II (2009).

Domínguez Hidalgo, Carmen: *El Daño Moral,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 782 pp.

Ducci Claro, Carlo (1977): *Interpretación Jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Ducci, Carlos (1997): *Interpretación jurídica en general y en la dogmática chilena*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

Ducci, Carlos (2010): *Derecho Civil. Parte General, N°* 4, Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

Echave, Delia, Urquijo, María & Guibourg, Ricardo (1980): *Lógica, proposición y norma*, editorial Astrea, Buenos aires.

Escandón Alomar, Jesús (1993): "Una reflexión acerca del problema de la verdad en la interpretación", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, Concepción, N° 194, Año LXI, Julio-Diciembre.

Escárez Martínez, Valezca (2012): *Deficiencias e Implicancias de la Función Calificadora del Conservador de Bienes Raíces en el Sistema Registral Chileno*. Memoria de Licenciatura. Universidad Austral de Chile. Disponible en: http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2012/fje.74d/doc/fje.74d.pdf. Fecha de última consulta: 05 de enero de 2021.

Etcheberry Orthusteguy, Alfredo (1954): *El concurso aparente de leyes penales,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 108 pp.

Ezquiaga, Francisco Javier (2006*): La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Ciudad de México.

Fabres, José Clemente (1863): *Instituciones de Derecho Civil Chileno*, Imprenta Universo de Helfmann, Valparaíso.

Ferrajoli, Luigi, (1966): "Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, núm. 1, pp. 290-304.

Ferrajoli, Luigi (2006): "La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos", en *Las garantías de los derechos fundamentales. Garantismo y teoría del derecho,* Seminario de Derecho y Jurisprudencia, 3° Jornada, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Ferrajoli, Luigi (2011): *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia.* Volumen I. Editorial Trotta. Traducción de Perfecto Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel.

Figueroa Yáñez, Gonzalo (2011): *Curso de Derecho Civil*, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

(_2011b) "Rescisión, Resolución y Redhibición: ¿Puede hablarse de un 'cúmulo de acciones'?" en *Estudios de Derecho Privado. Libro Homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Fueyo, Fernando (1958): *Derecho Civil de las Obligaciones*, tomo IV, Imp. Y Lito. Universo, Santiago.

Fueyo, Fernando (1990): *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Fueyo, Fernando: "Interpretación e Integración de la Norma en contra de su Literalidad por los Tribunales de Justicia".

Gadamer, Hans Georg (2002): "Qué es la verdad" en *Verdad y método II,* ediciones Salamanca, Salamanca.

García Amado, Juan (2001): "Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, pp. 85-114.

García Amado, Juan (2004): "La interpretación constitucional" en *Revista jurídica de castilla y León*, n.2, pp. 35-72.

García Amado, Juan (2006): "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?" en Isegoría, Nº 35.

Garcia-Berrio, Mª Teresa (2005): "Decálogo de las principales aportaciones de Norberto Bobbio al tratamiento de las antinomias" en *Analisi e diritto,* pp. 183-191.

García Amado, Juan (1999): "Retórica, argumentación y Derecho" en Isegoría, pp. 131-147.

García Máynez, Eduardo (1947): "Interpretación general e interpretación jurídica" en *Revista de la escuela nacional de jurisprudencia,* tomo IX, nums. 35-36, julio-diciembre.

García Máynez, Eduardo (2006): *Introducción a la lógica jurídica*, Fondo de Cultura Económica, México.

Gascón, Marina (1997): "Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes", en *Doxa*, N° 20, pp. 131-156.

Gianformaggio, Letizia (1987): "Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio", en *Doxa*, Vol. 4 (Traducción de J.A Pérez Lledó)

Gibert, Jorge (2008): "Una discusión en torno a la verdad en ciencias y humanidades" en *Revista Alpha N° 26*, pp. 217-232.

Gimeno Presa, M° Concepción (2001): "Teoría y doctrina en la propuesta de Ricardo Guastini", en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°. 23, pp. 689-707.

Goldenberg Serrano, Juan Luis (2019): "Consideraciones críticas respecto al denominado principio de la par condicio creditorum" en *Revista de Derecho Chileno*. Volumen 37, N°1, pp. 73-98. Disponible en: https://repositorio.uc.cl/handle/11534/9332. Fecha de última consulta: 15 de diciembre de 2020.

Goldenberg, Juan Luis (2019) "¿Existe un deber del deudor de conocer e informar su situación de insolvencia al tiempo de contratar?". En *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Vol 32, N°2, pp. 101-121. Disponible en: http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/5948. Fecha de última consulta: 29 de diciembre de 2020.

Gómez Orbaneja, Emilio (2009): "Concurso de leyes y concurso de acciones en el Derecho civil", en *Derecho y Proceso,* Civitas Thompson-Reuters, Pamplona, pp. 153-166.

Gómez de la Torre Vargas, Maricruz (2007): *El Sistema Filiativo Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

González Bedoya, José (1989): *Perelman y la retórica filosófica*, Gredos, Madrid, pp. 7-26.

González Castillo, Joel. (2020): "El dolo ajeno: La acción por provecho, naturaleza, alcance del artículo 1458 inc. 2º del código civil y nulidad de contrato" en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción. Volumen 88, Nº 247. Pp. 221-243. Disponible en: https://revistas.udec.cl/index.php/revista_de_derecho/article/view/2174/2566. Fecha de última consulta: 10 de diciembre de 2020.

González Lagier, Daniel (2003): "Hechos y Argumentos", en *Jueces para la democracia,* N°46, *pp.* 35-50. (17-26 revista).

Guastini, Riccardo: (1990): *Della fonte alle norme*, Giappichelli editori, Torino.

Guastini, Riccardo: (1997): "Problemas de interpretación" en *Isonomía*, n. 7, pp. 121-131.

Guastini, Riccardo (1999): "Antinomias y lagunas" (traducción de Miguel Carbonell), en: *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* (Número 29), pp. 437-450.

_ (1999b): *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona.

_(1999c): *Estudios sobre la interpretación jurídica,* UNAM, México.

Guastini, Riccardo (2004): "Proyecto para la voz "ordenamiento jurídico" de un diccionario" en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm 27. Pp. 247-282. Disponible en: https://doxa.ua.es/article/view/2004-n27-proyecto-para-la-voz-ordenamiento-juridico-de-un-diccionario. Fecha de última consulta: 20 de enero de 2021.

Guastini, Riccardo (2011): *Disposición vs norma*, Palestra Editories, Lima. (Traducción de R. Escudero Y S. Pozzolo).

Guastini, Riccardo (2014): *Interpretar y argumentar.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Guzmán Brito, Alejandro (1977): *La fijación del Derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones,* Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso.

Guzmán Brito, Alejandro (2003): "Historia de la denominación del derecho-facultad como subjetivo", en *Revista de estudios histórico-jurídicos,* N° XXV, 2003, pp. 407-443.

Guzmán Brito, Alejandro (1992): "La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile" en *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 41-87.

Guzmán Brito, Alejandro (2007): *Las reglas del Código Civil sobre la interpretación de las leyes,* Legal Publishing, Santiago de Chile.

Guzmán Dálbora, José Luis (2011): "Dos conceptos irreconciliables: peligrosidad y legalidad penal", en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, tomo II, editado por Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner. Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, pp. 335-370.

Haba, E. P. (2006): *Metodología Jurídica Irreverente*, Editorial Dykinson, Madrid,

Hannson, Sven Ove (1988): "Deontic Logic without misleading alethic Analogies" en *Logique et Analyse*, pp. 123-124, 337-370.

Hallivis Pelayo, Manuel (2007): *Teoría general de la interpretación,* Porrúa, México.

Hart, H. L. A. (1998): *El concepto de derecho.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Henríquez Viñas, Miriam (2011): "¿Las normas derogadas pueden ser declaradas inaplicables por inconstitucionalidad? Comentario del fallo Roles N°s. 139909 y 1469-09 del Tribunal Constitucional", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N° 1, pp. 301-306.

Henríquez Viñas, Miriam (2013): "Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del Derecho constitucional chileno" en *Estudios Constitucionales*. Volumen 11, N° 1, pp. 459-476. Disponible en: http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/67. Fecha de última consulta: 28 de febrero de 2021.

Henríquez Viñas, Miriam (2017): "¿Derogación tácita o inaplicabilidad de preceptos legales preconstitucionales?" en *Estudios Constitucionales*, Volumen 15, N° 1, pp. 307-328. Disponible en: h

http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/378. Fecha de última consulta: 28 de febrero de 2021.

Hohfeld, Wesley Newcomb (1995): *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, CDMX.

Huerta Ochoa, Carla (2007): *Conflictos normativos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, D.F.

Iturralde Sesma, Victoria (1987): "Una aproximación al tema de las antinomias normativas: Problemas relativos a la identificación de las mismas" en *Anuario de filosofía del derecho*, N° 4. Pp. 331-354. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142119. Fecha de última consulta: 29 de diciembre de 2020.

Iturralde, Victoria (2014): *Interpretación literal y significado convencional*, Marcial Pons, Madrid.

Jara Pérez, Mónica (2016): "El artículo 925 del Código Civil. La verdadera querella de amparo" en *Revista de Derecho (Valdivia)*. Volumen 29, N° 2, pp. 109-130. Disponible en: http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/1813. Fecha de última consulta: 27 de febrero de 2021.

Kantorowicz, Hermann (1949): "La lucha por la Ciencia del Derecho", en: Savigny; Kirchmann; Zitelmann; Kantarowicz, *La Ciencia del Derecho*, Editorial Losada, Buenos Aires, pp. 325-373.

Kelsen, Hans (1919): *Reflexiones en torno a la teoría de las ficciones jurídicas. Con especial énfasis en la filosofía del 'como si' de vaihinger*, distribuciones Fontamara, D.F. (traducción de Jean Hennequin).

Kelsen, Hans (1982): *Teoría pura del Derecho.* Segunda Edición (Universidad Nacional Autónoma de México, México. Traducción de Roberto Vernengo).

Kelsen, Hans (1994): *Teoría General de las Normas.* Editorial Las Trillas, México. Traducción de Hugo Delory.

Kelsen, Hans (1997): *Teoría Pura del Derecho,* Porrúa, México (traducción de R. Vernengo).

Kelsen, Hans (2009): *Teoría pura del Derecho.* Edición Francesa, cuarta edición. Eudeba, Buenos Aires. Traducción de Moisés Nilve.

Kennedy, Duncan (2010): I*zquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Siglo Veintiuno Editores.

Laporta, Francisco. (2007): *El imperio de la ley. Una visión actual,* Trotta, Madrid.

Lepín, Cristian (2014): "Los nuevos principios del Derecho de Familia" en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23, pp. 9-55. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/137063/Lepin-Los-nuevos-principios-del-derecho-de-familia.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Fecha de última consulta: 04 de diciembre de 2020.

Letelier Cibié, Pablo (2018): "Enriquecimiento injustificado y equidad. Los problemas que plantea la aplicación de un principio general" en *Revista Ius et Praxis*. Año 24, Nº 2. Pp. 649-670. Disponible en: http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1162/577. Fecha de última consulta: 18 de diciembre de 2020.

Levi, Edward (1949) *An introduction to legal reasoning*, The University of Chicago Press, Chicago.

Lifante, Isabel (1999): "Interpretación y modelos de derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica", en *Doxa* (Nº 22), pp. 171-193.

(_1999b): *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid

Lifante, Isabel (2015) "Interpretación jurídica", en: *Fabra, Jorge y Rodríguez Blanco, Verónica (eds.), Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. II, UNAM, pp. 1349-

1387.

Laporta, Francisco (1999): "Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley", en *DOXA* 22, p.p. 321 – 330.

Larenz, Karl (2001): *Metodología de la ciencia del Derecho,* Ariel, Barcelona.

Larenz, Karl (1966): *Metodología de la Ciencia del Derecho.* Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig, Ariel, Barcelona,

Lifante Vidal, Isabel (1999): "Interpretación y modelos de derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica" en *Doxa, Nº* 22.
Lifante Vidal, Isabel (1999): *La interpretación del derecho en la teoría del derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

López, Patricia (2012): "El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual". En *Revista Chilena de Derecho Privado*, Universidad Diego Portales, N°19, 2012, pág. 13-62.

López, Patricia (2017): "La naturaleza jurídica de la acción redhibitoria en el código civil chileno: ¿nulidad relativa, resolución por incumplimiento o rescisión propiamente tal?". En *Revista chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, vol. 44, N°2, pp. 423-459.

López Santa María, Jorge (2001): *Los contratos. Parte General*, tomo II, 3era ed., Editorial Jurídica de Chile.

Luzzati, Claudio, (1990): *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milán.

Maccormick, Neil (1978): *Legal reasoning and Legal Theory,* Clarendon Press, Oxford.

Maccormick, Neil y Summers, Robert S. (1991): "Interpretation and Justification", en *Summers, R., y MacCormick, N., (eds.), Interpreting Statues. A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth, pp. 511-544.

MacCormick, Neil (2016): *Retórica y Estado de Derecho: Una teoría del razonamiento jurídico*. Palestra Editores, Lima. Traducción de José Ángel Gascón, Lima, Palestra Editores)

MacCormick, Neil (2018*): Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho.* Palestra Editores, Lima. Traducción de José Ángel Gascón.

Mantilla Espinosa, Fabricio (2009): ""Interpretar": ¿aplicar o crear derecho? análisis desde la perspectiva del derecho privado" en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Volumen 33, N°2. Pp. 537-597. Disponible en: http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/718/676. Fecha de última consulta: 05 de febrero de 2021.

Marín Verdugo, Felipe (2010): "Declaración de la parte como medio de prueba" en *Revista Ius et Praxis*. Año 16, N° 1, pp. 125-170. Disponible en: http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/164. Fecha de última consulta: 29 de noviembre de 2020.

Marmor, Andrei (2001): *Interpretación y teoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona.

Matus Acuña, Jean Pierre (2008): *El concurso aparente de leyes,* Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago.

Medina Alcoz, M. (2003) *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Editorial Dykinson, Madrid.

Mejías, Claudia y Severin, Gonzalo (2017): "La justificación funcional del pacto comisorio en la compraventa". En *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Valdivia, vol. 30, N°2, pp. 87-109.

Mejías, Claudia (2011): "El incumplimiento que faculta a resolver el contrato a la luz de las disposiciones del código civil". En *Cuadernos de análisis jurídico*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, pp. 171-212.

Meza Barros, Ramón (2016): *Manual de derecho de las obligaciones. En: Transmisibilidad de las obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Meza Barros, R. (1936): *De la interrupción de la prescripción extintiva civil*, Memoria de Prueba, Santiago, Nºs. 184 y 188.

Montoro, Alberto (1975): "Sobre la Superación del Formalismo Metodológico en el Realismo Jurídico Nórdico. La doctrina de la interpretación del Alf Ross", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Universidad de Murcia, Murcia, Tomo XVIII, 1975, pp 153-202.

Moreso, Juan; Navarro, P.E; Redondo, M.C (1991): "Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial", en *Doxa; Cuadernos de Filosofía del Derecho*, pp. 247-262.

Moreso, Juan & Navarro Pablo (1993): *Orden jurídico y sistemas jurídicos: Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Moreso, Juan & Vilajosana, Josep (2004): *Introducción a la teoría del derecho,* Editorial Marcial Pons, Madrid.

Moreso, Juan (2006): *Lógica, argumentación e interpretación del derecho*, UOC, Barcelona.

Moreso, José Juan (2011): *Significado, interpretación y proposiciones normativas. Apuntes para un debate, en El realismo jurídico genovés.* Marcial Pons, Barcelona. pp. 41-50.

Navarro, Pablo & Rodríguez, Jorge (2000): "Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas" en *Isonomía*, núm. 13, pp. 61-85.

Navarro, Pablo & Rodriguez, Jorge (2014) *Deontic logic and legal systems*, Cambridge University Press, New York.

Nino, Carlos (1989): *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F.

Nino, Carlos (1993): "Respuesta a J.J., Moreso, P.E. Navarro y M.C. Redondo" en *Doxa; Cuadernos de Filosofía del Derecho*, pp. 261-264.

Nino, Carlos (1995): "Algunos modelos metodológicos de la 'ciencia' jurídica", Fontamara, México D.F.

Nino, Carlos Santiago (2003): *Introducción al Análisis del Derecho,* 2ª ed. Astrea, Buenos Aires.

Nino, Carlos Santiago (2003): Introducción al Análisis del Derecho, 11ª ed. Ariel, Barceelona.

Nogueira Alcalá, Humberto (2015): "IV. Interpretación de los Derechos Fundamentales". Material de Cátedra: Derecho de Los Derecho de los Derechos Fundamentales.

Nogueira Alcalá, Humberto (2018): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales.* Quinta edición. Tomo 1. Editorial Librotecnia, Santiago.

Nogueira, Humberto (2015): "El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia" en *Revista Estudios Constitucionales.* Volumen 13, N° 2, pp. 301-350. Disponible en: http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/290. Fecha de última consulta: 10 de enero de 2021.

Orellana Retamales, Luis (2000): "La supletoriedad de las leyes", en: *Revista Chilena de Derecho, Sección Estudios* (Vol. 27, N° 4), pp. 807-822.

Pabón de Acuña, José María (1999): *La interpretación según «la realidad social» del artículo 3 del Código Civil*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia.

Pantaleón Prieto, F. (1991): "El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate", en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, fasc. 3 (jul.-sept.), pp. 1019-1092.

Pedrals, Antonio (2014): *Fundamentos de Teoría General del Derecho*, Librotecnia, Santiago de Chile.

Peña, Carlos (1993): "¿Qué hacen los civilistas?" en *Cuadernos de análisis jurídico,* N° 28, pp. 11-27.

Peñaillilo, Daniel (2003): *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Peñailillo, Daniel (2007): *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Peñailillo, Daniel (2019): *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales.* 2ª edición. Thomson Reuters, Santiago de Chile.

Perelman, Chaim: *"El razonamiento judicial después de 1945"*, Cap. 3, pp. 93-130.

Perelman, Chaim (1976): *La nueva retórica y los valores,* Civitas, Madrid, pp. 139-176.

Perelman, Chaim (1967): *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Olejnik, Santiago (traducción de Luis Díez-Picazo) pp. 201-233.}

Pérez Algar, Félix (1995): *La interpretación histórica de las normas jurídicas, Análisis del art. 3.1 del Código civil*, Bosch, Barcelona.

Pérez Bravo, Carlos (2008): "Concurrencia de responsabilidades", en *Ars Boni et Aequi,* N° 4, pp. 111-125.

Pérez, Diego (2020): "Voluntad de la ley o del legislador: una elusión a la responsabilidad en la decisión jurídica". En *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Coquimbo, vol. 27, e4145.

Pino Emhart, Alberto (2016): "La restitución de ganancias ilícitas y la acción del provecho por dolo ajeno" en *Revista Ius et Praxis*. Año 22, núm. 1. Pp. 227-270. Disponible en: http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/624/431. Fecha de última consulta: 18 de noviembre de 2020.

Pino, Giorgio, (2010): *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Boloña.

Pinochet Olave, Ruperto (2013): "Sobre la validez de las cláusulas de no enajenar: Un enfoque actual". En Barcia Lehmann, R. (coord. y ed.), *Fundamento de Derechos Reales en el Derecho Chileno*, Thomson Reuters, Santiago, págs. 259-284.

Pizarro Wilson, Carlos (2008): "La responsabilidad por daño ambiental en perspectiva civil", en Mantilla, Fabricio y otro (coord.) *Estudios de Derecho privado en homenaje a Christian*

Larroumet, Fundación Fueyo Universidad Diego Portales, Universidad del Rosario, Santiago, pp. 387-400.

Plantín, Christian (2002): *La argumentación*, Ariel, Barcelona. (Traducción de Amparo tusón Valls)

Portillo Fernández, Jesús (2018): "El uso de las falacias en la comunicación absurda" en *Logos: Revista de Lingüística, Filosofía y Literatura*. Volumen 28, Núm. 2. Pp. 443-458. Disponible en: https://revistas.userena.cl/index.php/logos/article/view/1052/1187. Fecha de última consulta: 11 de enero de 2021.

Prado, Juan Carlos (2019): "Estudio sobre la actio utilis referida en el D.17,1,40 (Paul. 9 ed.): su alcance en el Código Civil de Bello". En Revista *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Talca, vol. 25, N°1, pp. 251-284.

Prado López, Pamela (2015): "La cuantificación de la rebaja del precio en la acción quanti minoris", en *Revista Ius et Praxis*, Año 21, N° 1, pp. 617 – 650.

Prieto Sanchís, Luis (1991): "Notas sobre la interpretación constitucional", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 9, pp. 175-198.

Prieto Sanchís, Luis, (1992): *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Prieto Sanchís, Luis (2005): *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid.

Pons, Manuel (1990): *Título preliminar del Código Civil,* Comares, Granada.

Radbruch, Gustav (2005): *Introducción a la Filosofía del Derecho,* 9ª edición (traducc. Wenceslao Roces, México D.F., Fondo de Cultura Económica).

Ramos Pazos, Rene (2009): *De la responsabilidad extracontractual*, 5ª edición, Legal Publishing, Santiago.

Ratti, Giovanni Battista (2013): *El gobierno de las normas*. Marcial Pons, Madrid.

Raz, Joseph (1986): *El concepto de sistema jurídico,* Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F, pp.203-223.

Raz, Joseph (1996): "¿Por qué interpretar?", en *Isonomía*, vol. 5. (Traducción por R. Tamayo).

Raz, Joseph (1997): "La intención en la interpretación", en *Doxa* (Nº 20), pp. 199-233.

Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil y Leyes Complementarias (2006), Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y leyes Complementarias, Tomo II, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Recaséns Siches, Luis (1956): *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Fondo de Cultura Económica. México.

Robles, G. (1996): "El derecho como Texto. En torno a la Fundamentación de una Teoría Comunicacional del Derecho", en *Revista Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, Pamplona, N° 35.

Rodíguez Grez, Pablo (1990): *Teoría de la interpretación jurídica,* Edición privada, Santiago.

Rodríguez Grez, Pablo (2002): *Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Rodríguez Grez, Pablo (2009): "Ley de Matrimonio Civil: interpretación, efectos e insuficiencias". En *Actualidad Jurídica*, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, año X, número 20, tomo I, pp. 365-444.

Rodríguez, Jorge (2002): *Lógica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Rojas Amandi, Víctor Manuel (2010): *Argumentación jurídica*, Oxford University Press México.

Romero, Sophia (2014): "Concurso de normas y concurso de acciones en el derecho procesal civil chileno". En *Ius Et Praxis*, Universidad de Talca, Año 19, N°2, pp. 207-250

Ross, Alf (1963): *Sobre el derecho y la justicia.* Eudeba, Buenos Aires. Traducción de Genaro Carrió.

Ross, Alf (1974): *Sobre el derecho y la justicia,* 3ª edición. Traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires).

Ross, A. (1994): *Sobre el Derecho y la Justicia*. Traducción de Genaro Carrió, 5ta edición, Eudeba, Buenos Aires,

Ross, Alf (1997): *Sobre el Derecho y la Justicia*, 2da edición, Eudeba, Buenos Aires.

Rozas Vial, Fernando (1998): *Los bienes*. Lexis Nexis, Santiago de Chile.

Ruíz Manero, Juan (2015): "Sistema Jurídico: lagunas y antinomias" en *Conceptos básicos del derecho*, Daniel González Lagier (coord.), Marcial Pons, Madrid, pp. 47-64.

Ruiz Sanz, Mario (2002) *Sistemas Jurídicos y conflictos normativos,* Dykinson, Madrid.

Ryle, Gilbert (1953): "Ordinary language" en *The philosophical Review*, LXII, pp 167-186.

Ryle, Gilbert (1964) *Dilemmas. The tarner lectures 1953*, Cambridge University Press, Cambridge.

San Martin, Lilian (2016a): "La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por los hijos menores", columna de opinión en *El Mercurio Legal*, 6 de julio de 2016. Disponible en: https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2016/07/06/la-responsabilidad-civil-de-los-padres-por-los-danos-causados-por-los-hijos-menores-parte-ii.aspx. Fecha de última consulta: 25 de enero de 2021

_(2016b): "Contrato para la confección de una obra material. Naturaleza jurídica y otros problemas dogmáticos". En *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Coquimbo vol. 23, N°2, 2016, pág. 141-179.

Sandoval López, Ricardo (2010): *Derecho Comercial: Contratos mercantiles, reglas generales, compraventa, transporte, seguro y operaciones bancarias*. Tomo III, Volumen 1. Editorial Jurídica de Chile, Santiago

Scalia, Antonin, (1996): *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law. An Essay*, Princeton, Princeton University Press.

Serrano, Claudia (2011): "La legitimación para el pago de un tercero". En *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, N° 36, pp. 137-211)

Somarriva, Manuel (1941): "Informe de tesis de Licenciatura de don Eugenio Velasco Letelier" en *El objeto sobre la jurisprudencia,* Eugenio Velasco Letelier, Memoria de Licenciatura, Universidad de Chile, pp. 5-6. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107146/velasco_e.pdf?sequence=3. Fecha de última consulta: 02 de diciembre de 2020.

Somarriva, Manuel (1963): *Derecho de Familia*, Nascimento, Santiago.

Somarriva, Manuel (2002): *Indivisión y partición*. 5ta. Edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 5° ed. actualizada.

Somarriva Undurraga, M. (2008), *Derecho Sucesorio*, versión de Abeliuk, R., tomo I, séptima edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Somarriva, M., : *Tratado de las cauciones*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Squella, Agustín (2011): *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

_(2011b): *Filosofía del Derecho,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Squella, Agustín; Villavicencio, Luis y Zúñiga, Alejandra (2012): *Curso de Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Stammler, R. (1911) *Theorie der Rechtswissenschalft*, Buchhandlung des Wassenhanses, Halle a.d. S.

Tapia, Mauricio (2013): "Actualidad legislativa". En *Revista chilena de derecho privado*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, N° 21, pp. 477-491

Tarello, Giovanni (1976): "Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica", en Uberto Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio,* Edizioni di Comunità, Milán, pp. 375-395.

Tarello, Giovanni (2013): *La interpretación de la ley*, Palestra Editores, Lima (traducción de Diego Dei Vecchi)

Valdés, Raul (1947) "La interpretación como descubrimiento del sentido objetivo de las expresiones legales (tendencias objetivistas en la interpretación del derecho), en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia,* tomo IX, Nums. 35-36, julio-diciembre.

Van Hoecke, Mark (1996): "El uso de los principios jurídicos no escritos por los tribunales", en *DOXA* 19, pp. 421 – 433.

Vázquez Sánchez, Omar (2008): *Teoría de la argumentación jurídica sobre la justificación de las decisiones judiciales*, Grupo Editorial Gudiño, México.

Velasco Arroyo, Juan Carlos (2000): *La teoría discursiva del derecho,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Velasco Letelier, Eugenio (1941). *El objeto sobre la jurisprudencia*. Memoria de licenciatura. Universidad de Chile. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107146/velasco_e.pdf?sequence=3. Fecha de última consulta: 21 de diciembre de 2020.

Vega, Luis (2007): *El campo de la argumentación*, Cap. 1° de Id, *Montesinos* (2ª ed.), pp. 13-85.

Vergara Blanco, Alejandro (2010): "El Derecho Administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como 'Derecho Común'" en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile.

Vernengo, Roberto (1994): *La interpretación literal de la ley y sus problemas*, 2a. ed, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Velasco Arroyo, Juan (1998): "El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas", en *Anuario de filosofía del Derecho*, pp. 257-278.

Vial, Victor (2015): "Algunas reflexiones en torno a la excepción de contrato no cumplido." En Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo, Santiago, N°32, 2015, pág. 57-64.

Vidal Olivares, Álvaro (2008): "Las acciones emanadas del daño ambiental y el régimen de responsabilidad aplicable", en Pizarro Wilson, Carlos (dir.) *Regímenes especiales de*

responsabilidad civil, Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección de Derecho Privado IV, Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 191-210.

Vidal, Álvaro y Oviedo, Jorge (2018): "Protección del comprador por defectos materiales de la cosa vendida desde la fragmentación a un régimen unitario". En *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javierana, Bogotá, N°136, 2018, cfr. págs. 1-21.

Vilajosana, Josep (1997): *El significado político del derecho*, Distrubuciones Fontamara S.A, D.F.

Villa, Vittorio (2000): "Condicizioni per una teoria della interpretazione giuridica", en *Vito Velluzzi (ed.), Signifzcato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino, pp. 167-187.

Villavicencio Miranda, Luis (2016): "La naturaleza jurídica de las naturalezas jurídicas" en *Actas de Teoría del Derecho,* Pontificia Universidad Católica de Chile, Nº 1, pp. 179-187.

Volpi, Franco (1999): "Rehabilitación de la filosofía práctica y neoaristotelismo", en *Anuario Filosófico*, pp 315-342.

Von Wright, Georg (1967): *La lógica de la preferencia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires. (traducción de Roberto J. Vernengo).

Waldron, Jeremy (2005): *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid. (traducción de José Luis Martí y Agueda Quiroga).

Yzquierdo Tolsada, Mariano (2001): *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual,* Dykinson, Madrid, 2001, 545 pp.

Zorzetto, Silvia (2011): "Norme speciali e deroga. Alcune precisazioni sul principio lex specialis derogat generali", en: *Revus* (N ° 15), Zakonoslovje.

Zorzetto, Silvia (2013): "La redundancia lingüística y las normas especiales. Algunos usos del principio lex specialis". En *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* Universidad de Alicante, Alicante, N° 36, pp. 389-415.

Von Wright, Georg (1971): *Explanation and understanding,* Routledge & Kegan Paul, Londres.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

1. Antinomia.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, causa n° 126-2016 (2016): Fisco de Chile vs. Concesionaria Ruta Los Ríos S.A.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, causa nº 648-2015 (2015): Banco de Créditos e Inversiones vs. J.O.E.P.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, causa nº 1400-2015 (2015): Cedraschi con Servicio de Salud Metropolitano norte.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, causa nº 13562_2015 (2016): Superintendencia de Valores y Seguros vs A.R.C.

2. Art. 80 LMC Inaplicabilidad.

Sentencia de la Corte Suprema, causa nº 19018-2017 (2017): De Jesús vs. Servicio de registro civil e identificación.

Sentencia de Tribunal Constitucional, rol 1881 (2011): P.W., C.A., y otros / S.S., J.

Sentencia de Tribunal Constitucional, rol 7774-19 (2020): Vera con Servicio de Registro Civil.

3. Art. 4.

Resolución n° 287227 de Corte Suprema, Causa nº 20611-2016 (2016): Inmobiliaria e Inversiones Isso Ltda con F.F

Sentencia de Corte Suprema, causa nº 58907-2016 (2017): I.A.R.O con Fisco de Chile.

Sentencia del 3° Juzgado de Letras de Copiapó, causa nº C-831-2009 (2012): Compañía minera Bedonia LTDA. Con Servicio de salud de Atacama.

Sentencia del 18° Juzgado Civil de Santiago, causa nº C-5986-2010 (2014): Servicio nacional del consumidor con Cámara de comercio de Santiago.

Sentencia del 20° Juzgado Civil de Santiago, causa nº C-14815-2010 (2015): Colegio de corredores de seguros y asesores provisionales con Superintendencia de pensiones y otra.

4. Art. 13.

Sentencia de Corte Suprema, causa N° 14311-2019 (2020): /Henríquez.

Sentencia de Corte Suprema, causa N° 29266-2018, (2019): /Strange.

5. Art. 52.

Sentencia de Corte Suprema, causa nº 6997-2012 (2013): Minera Los Pelambres con Dirección General de Aguas.

Sentencia de Corte Suprema, causa nº 9157-2012 (2013): R.G., A. con Dirección Regional de Aguas, Región de la Araucanía.

Sentencia de Corte Suprema, causa nº 55159-2016 (2016): R.G., C. y otros con Forestal Mininco S.A.

6. Art. 680.

Sentencia del 3° Juzgado de Letras de Punta Arenas, causa nº C-1788-2010 (2011): Andrade con Quintullanca.

Sentencia del 18° Juzgado Civil de Santiago, causa nº C-15263-2010 (2010): Henríquez con Troncoso.

Sentencia del 5° Juzgado civil de Santiago, causa nº C-22806-2012 (2014): Fuentes con Zepeda.

Sentencia del 9° Juzgado civil de Santiago, causa nº C-25568-2010 (2011): Banco Santander-Chile con Salazar.

7. Art. 1489 y 1553.

Sentencia de Corte Suprema, causa nº 286-2013 (2013): Torres con De la Fuente.

Sentencia Corte Suprema, causa nº 6042-2005 (2007): Transportes Aeropuerto Express con LADECO S.A.

Sentencia de Corte Suprema, causa nº 26846-2014 (2015): R.B.A. con Promotora CMR Falabella S.A.

Sentencia de Corte Suprema, Causa nº 39775-2017 (2018): Núñez Rivera Pedro Enrique y otros con Sociedad Radio difusora Sensacional y otro.

8. Alf Ross.

Sentencia de Corte de Apelaciones de Valparaíso, Causa n° 1612-2010 (2011): S/C, Reservado.

Sentencia de tribunal Constitucional, causa n° 7587-19 (2020): Blanco y negro S.A contra Bellolio.

9. Criterio Cronológico.

Sentencia de Corte Suprema, causa n° 9344-2015 (2016): N.F.J. con C.A.M. y otras.

Sentencia Corte Suprema, causa n° 16351-2019 (2019): Felipe Ríos Medina.

10. Criterio de especialidad.

Sentencia de Corte Suprema, causa n° 4656-2017 (2017): Salazar González, Viviana Marisol.

Sentencia de Corte Suprema, causa n° 26864-2018 (2019): Carrasco Gutiérrez Sergio.

11. Criterio de Jerarquía.

Sentencia de Corte Suprema, Causa n° 5142-2010 (2012): Consorcio inversiones dos Limitada contra Departamento de Patentes municipales de la I. Municipalidad de Las Condes

Sentencia de Corte Suprema, Causa n° 6552-2009 (2011): Osorio Godoy Victor Javier con Alarcon Bizama Elvis Magaly.

Sentencia de Corte Suprema, Causa n° 6997-2012 (2013): Minera Los Pelambres con Dirección General de Aguas.

12. Inconsistencia.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, causa n° 648-2015 (2015): Banco de Créditos e Inversiones vs. J.O.E.P.

13. Incumplimiento obligación de entregar.

Sentencia de Corte Suprema, causa n° 2268-2015 (2015): S.M.R.E. con V.G.V. y otro.

Sentencia de Corte Suprema, causa n° 44118-2016 (2016): Pérez Retamal Adalberto con Cáceres Yañez Guillermo.

14. Complementarias.

Sentencia de 1° Juzgado Civil del Valdivia, causa N° 3335-2013 (2013): Wichelhaus contra Concesionaria Ruta de los RiosConcesionaria S.A.

Sentencia de 14° Juzgado Civil de Santiago, causa N° 5803-2010 (2010): Cedraschi contra Servicio de Salud Metropolitano Norte.

Sentencia Rol N° 3712-175 EXMA. Corte Suprema de Justicia

Sentencia de Juzgado Civil de Yungay, causa N° 203-2012 (2012): Navarrete contra Carrillo.

Sentencia de 1° Juzgado Civil de Puente Alto, causa N° 14.527.

Sentencia de Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel, causa N°384-2019 (2019): Felipe Andrés Ríos Medina y Acreedores; Banco del Estado de Chile y otros.

Sentencia de Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, causa Nº 1980-2018 (2018): Carrasco.

Sentencia de Exma. Corte Suprema de Justicia, causa N° 95.170-2020 (2020): José Constanzo Avalos y Universidad Católica de la Santísima Concepción

Sentencia de Exma. Corte Suprema de Justicia, causa N° 33.316.2019 (2019): Arias contra Servicio de Registro Civil e Identificación, Región del Bío Bío.

FUENTES LEGALES

- Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial,
- Código Civil
- Código de Procedimiento Civil
- Ley N°20.027 que establece normas para el financiamiento de estudios de educación superior
- Ley N°20.720 que sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas.
- Ley Órganica Constitucional N°18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado.
- Ley N°19.966 que establece un régimen de garantías en salud.
- Decreto con Fuerza de Ley N°3/1997 Ley General de Bancos
- Decreto Ley N° 993/1975 que establece disposiciones especiales sobre arrendamiento de predios rústicos, medierías o aparcerías y otras formas de explotación por terceros.
- Decreto Ley N° 2.695/1974 que fija normas para regular la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución de ella.
- Decreto con Fuerza de Ley N°850/1998 que fija el texto refundido de la Ley Orgánica MOP N°15.840 y el DFL N°206 sobre construcción y conservación de caminos.

- Ley N°19.628 sobre protección de la vida privada.
- Ley N°20.285 sobre acceso a la información pública.
- Reglamento del Registro del Conservador de Bienes Raíces.
- Ley N°19.585 que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación.
- Ley N°20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil.
-

FUENTES INTERNACIONALES

Organización de los Estados Americanos (1969): Convención Americana de Derechos Humanos.

Organización de Naciones Unidas (1990): Convención sobre los Derechos del Niño.

Organización de Naciones Unidas (2003): Informe periódico de los Estados Partes al Comité sobre los Derechos de los Niños, p.13

Universidad de Valparaíso
Chile
00418011