

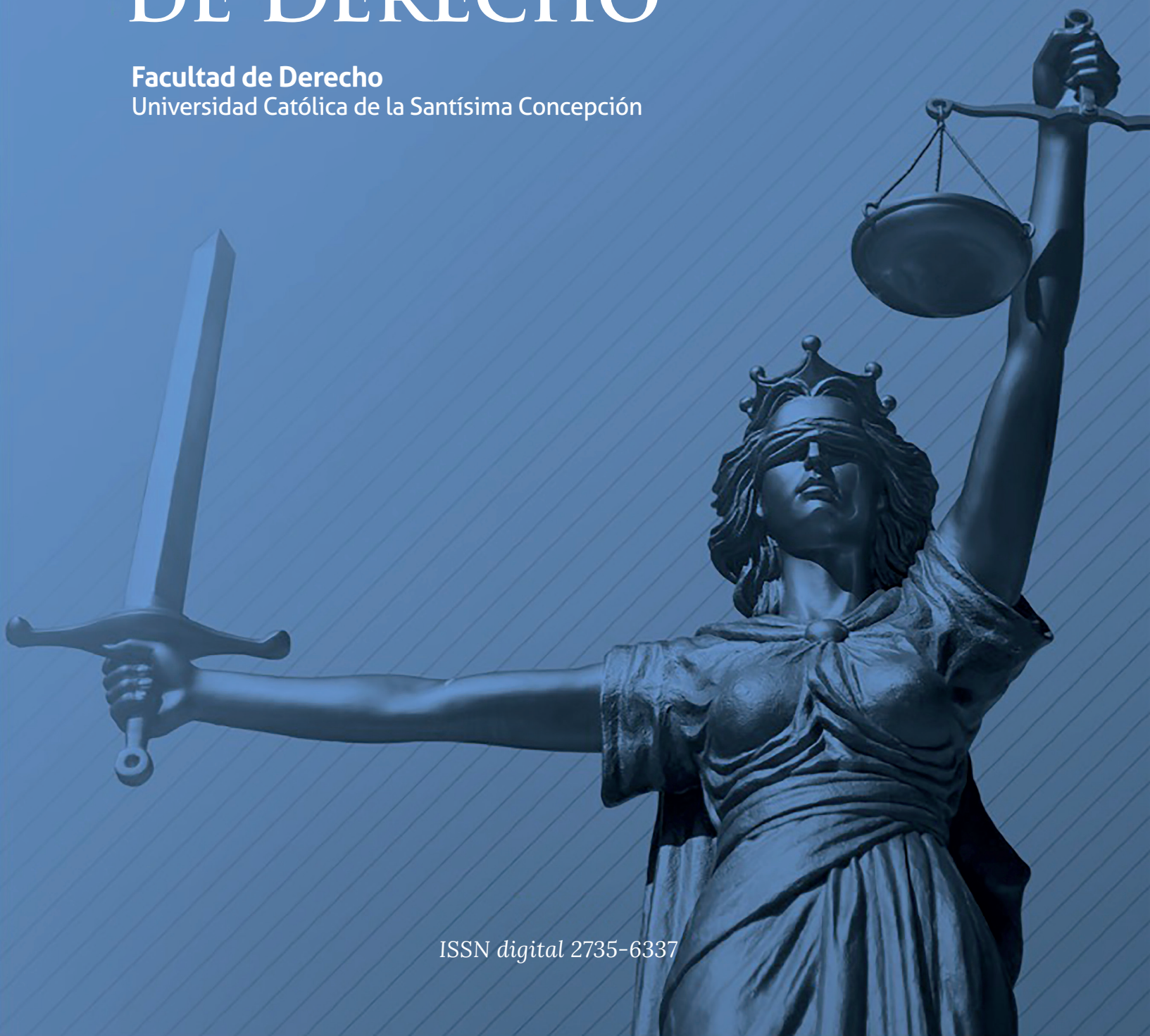


UCSC

EDICIÓN N° 41 | 2022

REVISTA DE DERECHO

Facultad de Derecho
Universidad Católica de la Santísima Concepción



ISSN digital 2735-6337

REVISTA DE DERECHO

Facultad de Derecho

Universidad Católica de la Santísima Concepción

Director: **CRISTIAN AEDO BARRENA**

Subdirector: **RAMÓN GARCÍA ODGERS**

Secretario de redacción: **FABRIZIO MACALUSSO CASTRO**

Comité Editorial

Carlos Amunátegui Perelló, Pontificia Universidad Católica de Chile

Manlio Bellomo, Universidad de Catania, Italia

Dante Figueroa Hernández, Georgetown University, EEUU

Rodrigo Fuentes Guíñez, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

Claudio Fuentes Maureira, Universidad Diego Portales, Chile

Abelardo Levaggi, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Renzo Munita Marambio, Universidad del Desarrollo, Chile

Francisco Orrego Vicuña, Universidad de Chile

Daniel Peñailillo Arévalo, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

Sophia Romero Rodríguez, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

José Luis Soberanes Fernández, Universidad Nacional Autónoma de México

John Sorabji, University College of London, Inglaterra

Eduardo Soto Kloss, Universidad Santo Tomás, Chile

Alan Uzelac, Universidad de Zagreb, Croacia

Laura Velázquez Arroyo, Universidad Nacional Autónoma de México

Alvaro Vidal Olivares, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Adolfo Wegmann Stockebrand, Pontificia Universidad Católica de Chile

Jaime Williams Benavente, Universidad de Chile

La redacción de la *Revista de Derecho* tiene su sede en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Lincoyán 255, Concepción. Dirección postal: Casilla 297, Concepción. Fonos: 56-41-2345600 - 56-41-2345602. Correos electrónicos: revistadederecho@ucsc.cl y fmacalusso@ucsc.cl

Las solicitudes de colaboración, deben dirigirse al Director con copia al subdirector, en las direcciones señaladas anteriormente.

Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, ISSN digital 2735-6337, se publica semestralmente, en los meses de junio y diciembre.

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción y son de su exclusiva responsabilidad.

Editorial

Publicamos el número 41 de la Revista de Derecho de nuestra Facultad, año 2022, desarrollando un trabajo incansable con miras a la indexación en los más altos estándares.

Como señalamos en la editorial anterior, el año 2021 habíamos conseguido con éxito la incorporación a dos importantes bases de datos, a saber, Erih Plus y Redib, este año 2022, se ha seguido avanzado hacia la incorporación a DOAJ (Directorio de Open Journal), de hecho, la revista comenzó a operar con la base de datos open journal y se postula a Latindex 2.0 y Dialnet plus. Se ha regularizado su incorporación a Latindex Catálogo y se ha accedido a la base de datos LatinRev.

Adicionalmente, como se ha indicado en la editorial anterior, junto al equipo editorial de la UCSC, seguimos reforzando la difusión en RRSS y el ciclo de seminarios, como actividades de extensión de la revista, consistentes en el examen y análisis de un artículo escogido de la misma, que persigue posicionar a la revista, como actor en la extensión académica de la Facultad, tal como hacen muchas revistas a nivel internacional.

En cuanto al número 41, el lector encontrará una muy variada oferta y de una calidad académica excepcional. En primer lugar, dos artículos de historia del Derecho. Uno, del profesor Jaime Alcalde, sigue la línea de otro publicado en nuestra revista sobre Arturo Alessandri. Esta vez, el profesor Alcalde publica una reseña biográfica, que permite una importante reconstrucción histórica de nuestra dogmática, de don Fernando Fueyo Laneri. Un segundo, del profesor Julio Baquero, de España, nos ilustra sobre la presura, institución medieval que permite ilustrar el problema de la ocupación de inmuebles y que puede arrojar luz sobre discusiones modernas sobre la operación de dicha institución precisamente, tratándose de la posesión de inmuebles. Un interesante artículo sobre criminología, de los profesores Andrés Coo y Diego Becerril, discuten variables relativas a la concesión de las cárceles en Chile, la prisionización, es decir, la adopción de los internos de reglas y códigos carcelarios y las posibilidades de reinserción. En cuarto lugar, José Ignacio Anrique presenta un ensayo sobre las posibilidades de aplicación de las reglas del Código Civil como reglas supletorias de las sanciones

administrativas, en materia administrativa. El lector encontrará aquí una amplia discusión, de todos los aspectos relativos al problema. Magdalena Wyss debate, en un quinto artículo, sobre la responsabilidad por manifestaciones públicas, con un especial enfoque en el problema causal que representa la responsabilidad de grupo determinado, pero de sujeto indeterminado, tan conocida ya en la vieja fórmula del Digesto, 9, 2, 11pr. Por último, el profesor Boris Fiergelist nos ilustra, en un gran trabajo, sobre el deber de las partes en recurrir a la mediación en el proyecto de Código Procesal Civil, con una mirada al derecho comparado.

Contamos con dos interesantísimos comentarios de sentencia. El primero, de Valentina Silva, comentando el fallo de la Corte Suprema de 2 de mayo de 2022, rol 33.128-2020, analiza el problema de la casación en el fondo, por infracción a las leyes reguladoras de la prueba que supone la sana crítica. Y, el segundo, de Lorena Espinoza Olguín, que analiza el fallo de la Corte Suprema, de 18 de abril de 2022, rol 88713-2021. En este fallo marcaría un hito, según expone la autora, al acoger implícitamente un derecho a la identidad de género.

Cerramos este número con una excelente recensión del profesor Fernando Orellana Torres, al libro de la profesora Sophia Romero, *Los hechos del proceso civil. Alegación y utilización de los enunciados fácticos jurídicamente relevantes para la dictación de la decisión de fondo*, publicado por Thomson Reuters, 2021.

No quiero terminar esta editorial, sin antes agradecer a cada uno de los autores que han confiado en nosotros y, como siempre, al equipo editorial a cargo del número y que me acompaña en este hermoso desafío. A los profesores Ramón García, subdirector, Fabrizio Macalusso, secretario de redacción y los miembros del equipo, quienes son los verdaderos responsables de los cambios que ya están en marcha.

CRISTIAN AEDO BARRENA
Director

Fernando Fueyo Laneri y el fin de la "escuela clásica" del derecho civil chileno*

Fernando Fueyo Laneri and the end of the "classical school" of Chilean civil law

Jaime Alcalde Silva

Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile.
Correo electrónico: jcalcald@uc.cl. <https://orcid.org/0000-0003-4732-5585>.

Recibido el 2/11/2022

Aceptado el 16/11/2022

Publicado el 31/12/2022

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2022.n41.01>

RESUMEN: El presente trabajo expone la vida de Fernando Fueyo Laneri mirado como un jurista. Comienza con un esbozo biográfico que permite situar el tiempo durante el cual vivió y los principales hitos de su historia personal, así como la función de cierre que le corresponde respecto de lo que cabría denominar la "escuela clásica" del derecho civil chileno. Después se explica la contribución que supuso su trabajo académico, separando sus publicaciones, el plan que previó para la renovación de la disciplina dogmática que cultivaba y sus intentos por impulsar una recodificación del derecho nacional. Sin embargo, la influencia de

ABSTRACT: This paper describes the life of Fernando Fueyo Laneri as a jurist. It begins with a biographical sketch that allows us to situate the time during which he lived and the main milestones of his personal history, as well as the closing function that corresponds to him regarding of what could be called the "classical school" of Chilean civil law. The contribution of his academic work is then explained, separating his publications, the plan he envisaged for the renewal of the doctrinal discipline he cultivated and his attempts to promote a recodification of national law. However, the influence of this author does not end with his death in

* El texto que aquí se ofrece corresponde una versión ampliada de aquel que se publicará en las actas del Ciclo Permanente de Juristas, organizado por la Cátedra de Teoría del Derecho del Prof. Alejandro Vergara Blanco y el Programa de Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica de Chile. En el encuentro, celebrado el 25 de agosto de 2021, la presentación sobre Fernando Fueyo Laneri estuvo a cargo del profesor Javier Barrientos Grandon (Universidad Autónoma de Madrid). El autor agradece a la profesora Claudia Bahamondes Oyarzún (Universidad Diego Portales) por los comentarios efectuados al borrador de este trabajo.

este autor no se agota con su muerte ocurrida en 1992, pues sus anhelos se han prolongado a través de la fundación que lleva su nombre y que fue constituida por su familia y la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

PALABRAS CLAVE: *Juristas chilenos, civilistas chilenos, derecho civil chileno.*

1992, as his wishes have been prolonged through the foundation that bears his name and which was set up by his family and the Faculty of Law of the Diego Portales University.

KEY WORDS: *Chilean jurists, chilean civil law, chilean Civil Law.*

I. FERNANDO FUEYO Y SU TIEMPO

El desarrollo de la dogmática civil en Chile durante el siglo XX se puede dividir en dos grandes periodos. El período inicial corresponde a la aparición de los primeros tratados de derecho civil, que superan los esfuerzos didácticos basados en “instituciones” y “exposiciones razonadas” que habían surgido durante el siglo anterior, donde las figuras que predominan son Luis Claro Solar (1857-1945) y Arturo Alessandri Rodríguez (1895-1970).¹ El segundo período se caracteriza por la aparición de los primeros manuales de la disciplina, la profesionalización del cuerpo docente y la extensión de la cobertura universitaria tanto en número de planteles como de estudiantes.² Esta etapa se articula en torno a dos hitos fundamentales, que ocurren en 1947 y 1981.

Por un lado, la Ley 8737, de 6 de febrero de 1947, confirió personalidad jurídica a la Editorial Jurídica de Chile, que había sido creada dos años antes gracias a un acuerdo entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.³ Entre los cometidos de esta editorial se encontraba la publicación de una colección de manuales jurídicos.⁴ Se trataba de “*textos reducidos y sistematizados relativos a los conceptos fundamentales en que los profesores inspiran sus lecciones*”, que buscaban “*ofrecer a los alumnos un esquema de las investigaciones en que se inician y a los profesores un cuadro de materia que facilite el desarrollo de la enseñanza*”.⁵ Dentro de esa colección comenzaron a aparecer diversos manuales de derecho civil, siendo los más célebres aquellos escritos por Ramón Meza Barros (1912-1980), que se han seguido reeditado durante las décadas siguientes. Por su esquema y método destaca también el manual de aprendizaje activo de la disciplina diseñado por Gonzalo Figueroa Yáñez (1929-2011) y publicado en cinco tomos.⁶

¹ GUZMÁN BRITO (1992), p. 87. Sobre el segundo de los autores citados, véase ALCALDE SILVA (2022).

² MUÑOZ LEÓN (2021), pp. 155-159.

³ Esta editorial absorbió la oferta de literatura jurídica en Chile, eclipsando a otras que hasta entonces habían sido relevantes (por ejemplo, Nacimiento o Universo). Sólo en la década de 1980 apareció la Editorial Ediar, convertida al poco tiempo en Ediar-Conosur.

⁴ Hasta entonces, salvo algunas excepciones, como el caso del curso escrito por Alfredo Barros Errázuriz (1875-1968), los manuales existentes provenían de una revisión de los apuntes de clases tomados por los estudiantes, que las editoriales ofrecían en ediciones de bajo costo.

⁵ Las citas están tomadas de una página inicial que se insertaba por aquellos años en los libros de la Editorial Jurídica de Chile y donde se explican “*las cuatro Colecciones*” que componían su catálogo. Al final de la página se insertaba las iniciales del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

⁶ Véase TAPIA VALDÉS (2008).

Por su parte, el año 1981 marcó un giro profundo en la historia de las universidades chilenas. Ese año se publicaron dos textos de gran impacto. Ellos fueron el DFL 1, de 3 de enero de 1981, del Ministerio de Educación Pública, que fija normas sobre universidades y permite la creación de nuevos centros públicos y privados a lo largo del país, y el DS 1500, de 10 de febrero de 1981, del Ministerio del Interior, que creó el programa de “*Becas presidente de la República*”, convertido en “*Becas Chile*” en 2008. Estas becas permitieron que los estudios de posgrado en el extranjero fuesen más recurrentes, proveyendo a las universidades chilenas de doctores para la consolidación de claustros con dedicación completa. Un nuevo impulso para la disciplina vino con el restablecimiento de los programas de doctorado en Chile en 2002,⁷ la resurrección de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil a partir de 2005⁸ y la creación nuevas revistas jurídicas que de forma paulatina han ido ingresando a los sistemas de indexación vigentes (WoS, Scopus, SciELO, Latindex, etcétera).⁹ Pero esto ya es otra historia, que pertenece a este siglo y todavía se encuentra en proceso de escritura, sin que exista la distancia necesaria para efectuar un juicio objetivo y ponderado.

Casi con seguridad, el civilista más renombrado de la segunda mitad del siglo XX es Fernando Fueyo Laneri (1920-1992).¹⁰ La *Revista de Derecho Español y Americano* estimaba que era “*una de las más relevantes personalidades del mundo jurídico de habla hispana*”, pues su “*fecunda labor docente e investigadora*” lo había situado “*en la primera línea de los juristas que escriben en español*”.¹¹ En igual sentido, Aída Kemelmajer de Carlucci recuerda que: “*En los años setenta, ochenta y noventa del siglo pasado, la participación de Fernando Fueyo Laneri era casi segura en cualquier congreso, jornada, curso, conferen-*

⁷ GUZMÁN BRITO (2005-2006), pp. 308-312.

⁸ El encuentro que hoy se llama “*Jornadas Nacionales de Derecho Civil*” tuvieron una primera versión en agosto de 1989. Convocados por la Universidad de Chile, profesores provenientes de distintas universidades se reunieron en las Termas de Jahuel para presentar temas novedosos o de *lege ferendae*. Se presentaron en ellas 38 ponencias. Algunos de esos trabajos se publicaron en dos libros independientes editados por la Editorial Jurídica de Chile, ambos coordinados por Enrique Barros Bourie, titulados respectivamente *Familia y personas y Contratos* (el plan original incluía la publicación de otros dos volúmenes, que debían llevar por título *Responsabilidad civil y obligaciones* y *Derechos reales y doctrinas generales*). La idea fue rescatada en octubre de 1997 a instancias de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, que celebró el II Congreso Chileno de Derecho Civil y publicó sus actas en el volumen 19 (1998) de la *Revista de Derecho* que edita esa Facultad. Finalmente, en un tercer intento que ha resultado fructífero, la Universidad Austral de Chile convocó en 2005 a la celebración de las III Jornadas Nacionales de Derecho Civil, promoviendo la constitución de un consorcio de universidades que asegurara su realización en el tiempo, cuyas instituciones integrantes se han ido incrementando en los años sucesivos. Las actas de esas Jornadas fueron editadas por Lexis Nexis. Desde entonces, y salvo el receso forzado impuesto por la pandemia de COVID-19 durante 2020 y 2021, las Jornadas se han venido celebrando anualmente, cada año organizadas por una universidad distinta, y sus actas son editadas cumplidamente por Thomson Reuters. Así pues, en 2022 tuvieron lugar las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por la Universidad de Talca en su campus situado en dicha ciudad del Maule.

⁹ El aumento de publicaciones se puede constatar en el registro de los artículos sobre materias de derecho civil y comercial que hace Joel González Castillo en las dos ediciones de su *Índice chileno de Derecho privado*, ambas publicadas por la Editorial Jurídica de Chile. En la primera edición, de 2005, se incluyen 1200 artículos de ambas disciplinas, considerando sólo las publicaciones periódicas de las distintas Facultades de Derecho del país, sean estas revistas de derecho, cuadernos de extensión, cuadernos jurídicos, etcétera. Fueron incluidos asimismo los artículos de la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* y la *Gaceta Jurídica*. En total, la obra recogía la producción en derecho privado aparecida en 17 publicaciones. En la segunda edición, de 2018, hay listados 4500 artículos. Además de continuar con la revisión de los volúmenes o números siguientes de las revistas ya ingresadas, esta nueva edición incorpora cinco nuevas revistas de derecho o similares de las distintas Facultades de Derecho chileno que comenzaron con posterioridad a la primera edición (es el caso, por ejemplo, de la *Revista Chilena de Derecho Privado*, de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, y que comenzó a circular en 2003). En la nueva edición se incorporaron también los artículos publicados en obras colectivas, tales como las actas de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil y de las Jornadas Chilenas de Derecho Comercial, libros de homenaje a profesores, libros monográficos con artículos de diversos autores, etcétera. Junto con este crecimiento hay que considerar el aumento de editoriales que publican libros jurídicos y la proliferación de esta clase de obras.

¹⁰ Los datos biográficos que siguen están tomados de BARRIENTOS y CASTELLETTI (2002), pp. 15-53.

¹¹ Las citas provienen de BARRIENTOS y CASTELLETTI (2002), pp. 52-53.

cia, que se celebrara en nuestro continente, con pretensión de proyectarse más allá de los límites territoriales de un país, sobre los más diversos temas de derecho privado. De alguna manera, podría decirse que Fernando era el representante o ‘cabeza visible’ del derecho chileno [...].¹² De hecho, el propio Fueyo manifestaba que era él el “puntero” del derecho civil chileno,¹³ tanto por encontrarse en la delantera de la disciplina como porque era un jugador con mucho vértigo, velocidad y un mayor control de los conocimientos de dicha parcela del derecho, siguiendo la misma comparación futbolística.

Quizá la particularidad del quehacer académico de Fernando Fueyo dentro del contexto de la época, marcada por profesores con profunda vocación que compatibilizaban la docencia y el ejercicio profesional, provenga de su “talante realizador”¹⁴ y de las dos grandes banderas que guiaron su vida y obra: solía repetir que su domicilio estaba situado en la esquina de Independencia y Libertad,¹⁵ simbolizando así la autonomía del pensamiento crítico que había ido desarrollando a través de los años y la paciente lectura de las obras clásicas y modernas de la disciplina que con tanto cariño cultivó.¹⁶ Esta manera metafórica de decir dónde podía ser encontrado era una reivindicación de la labor del profesor universitario, que manifiesta y logra preservar una independencia de principios respecto del poder y el dinero.¹⁷

Este prestigio viene constatado por una serie de reconocimientos recibidos en vida. La Universidad Notarial Argentina, la Universidad del Externado de Colombia y la Universidad de Lima hicieron a Fernando Fueyo miembro honorario de sus claustros, dando razón de su prestigio como profesor. Algo semejante sucedió con la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de España, que lo eligió académico honorario en 1982, y con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, que lo designó académico correspondiente en 1991. También fue incorporado como miembro correspondiente a la Federación Argentina de Abogados y como miembro honorario al Colegio de Escribanos de Buenos Aires. En 1977 recibió del Estado español la Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort, por sus relevantes méritos contraídos en el cultivo y aplicación del estudio del derecho. Como reconocimiento a su compromiso docente, en 1962 había sido galardonado con el premio “Mejor Profesor” otorgado por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Tras su muerte, la fundación que lleva su nombre coordinó la publicación de un libro en su homenaje, bajo el título de *Instituciones modernas de Derecho civil*, en el que participaron los principales civilistas de la época. Fuera de estos reconocimientos, su vasta y diversa obra “era el mejor título que podía exhibir”:¹⁸ ella demuestra las preocupaciones e innovaciones

¹² KEMELMAJER DE CARLUCCI (2020), p. 13.

¹³ QUINTANA ROJAS (1991).

¹⁴ QUINTANA ROJAS (1991).

¹⁵ QUINTANA ROJAS (1991), y KEMELMAJER DE CARLUCCI (2020), p. 14.

¹⁶ SQUELLA NARDUCCI (1992), cuenta que las últimas palabras que Fernando Fueyo pronunció al intervenir en el acto de presentación de la segunda edición de *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* fueron, dirigidas a los estudiantes presentes en la sala, “trabajad, trabajad, trabajad”. “Y si lo dijo, y casi lo exigió, fue porque Fernando Fueyo tenía autoridad moral para conjugar ese verbo con propiedad. ¡Cómo trabajo él durante su vida, cumplimiento el reclamo del Eclesiastés: haced vuestra obra a tiempo!”.

¹⁷ JESTAZ y JAMIN (2018), pp. 229-234. Véase MUÑOZ LEÓN (2014).

¹⁸ RODRÍGUEZ GREZ (1992).

que Fernando Fueyo quiso imprimir al derecho civil chileno, hasta entonces marcado por una clara impronta francesa.¹⁹ En esa tarea no rehusó los temas polémicos, como evidencia el anteproyecto para una “*primera ley de divorcio*” que publicó en 1972.²⁰ Si bien el título no era exacto, porque ya en 1914 el diputado Alfredo Frigolett (Partido Radical) había suscrito una moción para regular el divorcio vincular y luego se presentaron en otros proyectos con la misma finalidad (hubo propuestas en 1917, 1927, 1933, 1964, 1967 y 1971), sí era cierto que la discusión parlamentaria no había prosperado: el divorcio con disolución de vínculo sólo se reguló en Chile con la Ley 19.947, de 17 de marzo de 2004, que sancionó la moción de un grupo de diputados ingresada el 28 de noviembre de 1995 (Boletín núm. 1759-18).²¹

Cronológicamente, la vida académica de Fernando Fueyo Laneri coincide con la segunda mitad del siglo pasado. Nació el 5 de diciembre de 1920 en la ciudad de Iquique. Cursó sus estudios primarios y secundarios en Colegio San Ignacio de Santiago y en el Instituto Nacional. En 1939 ingresó a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, donde se licenció seis años después con la memoria intitulada *Ensayo de diccionario jurídico y razonado del Código Civil chileno*, que fue aprobada con la máxima distinción.²² Ahí le correspondió vivir los años finales del segundo decanato de Arturo Alessandri Rodríguez, de quien fue alumno y al que profesaba una sincera admiración por la influencia que tuvo en su propia formación y vocación jurídica.²³ Tuvo clases también con Pedro Lira Urquieta (1900-1991), quien formaba parte del claustro de la Universidad de Chile y se desempeñaba como director de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile desde 1940.²⁴ Fueyo fue ayudante de este último y de otros dos reconocidos civilistas: Guillermo Correa Fuenzalida (1900-1970) y Ramón Meza Barahona (1885-1971).²⁵ Tras haberse desempeñado por trece años como ayudante de diversas cátedras, en 1953 fue nombrado profesor extraordinario de derecho civil, recibiendo dos años después el nombramiento como profesor ordinario.²⁶ Ejerció la docencia en la Universidad de Chile hasta su muerte, destacándose en el “*Curso de Derecho civil profundizado y comparado*”, donde expuso las primeras aproximaciones de las materias que más tarde recogió en

¹⁹ La bibliografía completa de Fueyo se encuentra en BARRIENTOS y CASTELLETTI (2002), pp. 127-172.

²⁰ El debate sobre la configuración del divorcio vincular del modo en que hoy lo conocemos era por entonces una preocupación acuciante en el derecho comparado. Por ejemplo, en Italia la ley sobre la materia fue promulgada el 1 de diciembre de 1970; en Portugal se reformó el concordato con la Santa Sede el 27 de marzo de 1975 para permitir que cualquier matrimonio pudiese disolverse por divorcio; en Francia la figura fue reformada por la ley de 11 de julio de 1975; en Alemania la regulación actual proviene de la ley de 14 de junio de 1976; Brasil reconoció el divorcio por ley de 26 de diciembre 1977; en España se introdujo por la Ley de 22 de junio de 1981; etcétera. Véase CORRAL TALCIANI (1992).

²¹ Cox (2011), p. 98.

²² Esta memoria había sido informada por Luis Barriga Errázuriz y Ramón Meza Barahona. Ella sirvió de base para su *Repertorio de voces y giros del Código Civil chileno* publicado durante la década siguiente.

²³ BARRIENTOS y CASTELLETTI (2002), p. 16. El *Repertorio de voces y giros del Código Civil chileno* (1952) está dedicado a Arturo Alessandri Rodríguez y Pedro Lira Urquieta, “en homenaje a su labor docente y como tributo de recuerdo y admiración”. En 1991, Fueyo todavía seguía considerando la “*mucho influencia*” que ejercieron estos dos profesores sobre él. Cfr. QUINTANA ROJAS (1991).

²⁴ Véase SÁNCHEZ DE IRARRÁZVAL (1989) y UGARTE GODOY (2004).

²⁵ Véase VALDIVIESO LOBOS (2005).

²⁶ Para el primero de esos concursos, Fernando Fueyo preparó la tesis intitulada “*Teoría de la imprevisión o del riesgo imprevisible, especialmente en el nuevo Código Civil italiano de 1942*”.

sus obras.²⁷ Entre 1965 y 1969 se desempeñó como director del Seminario de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de dicha universidad, que había sido servido con brío por Luis Barriga Errázuriz (1895-1978) durante treinta años. A mediados de 1988 se incorporó a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Diego Portales, donde tuvo a su cargo la asignatura optativa “*Instituciones de Derecho civil moderno*”, también impartida en la Universidad de Chile, que fue la base del libro de igual nombre.²⁸ Murió en Melipilla el 18 de enero de 1992.

Si bien la ocupación primordial de Fernando Fueyo fue la actividad universitaria, no descuidó el ejercicio de la profesión. Mantuvo un despacho desde que recibió el título de abogado en abril de 1946 hasta su muerte. Sobre ese ejercicio, dice Francisco Escobar Riffo (1921-2006): “*Nadie lo aventajaba en su corrección para litigar. La abogacía constituía para él un sacerdocio. Puso su talento al servicio de la ley*”.²⁹ Fueyo consideraba que “[e]l factor fundamental de un abogado reside en su moralidad, tanto en su trato con el cliente como en su comportamiento frente al tribunal”.³⁰

Su reconocida versación jurídica hizo que fuera llamado a servir en la judicatura como abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda (hoy, Corte de Apelaciones de San Miguel) entre los años 1983 y 1987, y que posteriormente fuera nombrado abogado integrante de la Corte Suprema, oficio que desempeñó entre marzo de 1991 y su sorpresiva muerte en enero de 1992. En las sentencias que redactó “*es posible advertir su extraordinaria formación jurídica y cómo aplicaba en la decisión del caso concreto sus conocimientos, y cómo precisaba la cuestión debatida desde la perspectiva doctrinaria*”, mostrando “*hasta qué punto se mantenía al día en la bibliografía jurídica chilena y extranjera*”.³¹ Esos conocimientos eran posibles gracias a su muy bien dotada biblioteca, siempre abierta para quienes desearan consultarla, de la que ya habrá ocasión de hablar.³²

En el plano personal, Fernando Fueyo fue un “[a]mante de la literatura española, violinista aficionado, empresario agrícola de fines de semana, madrugador convencido de empezar la jornada temprano”,³³ y también un gran anfitrión.³⁴ En 1948, dos años después de obtener el título de abogado, contrajo matrimonio con doña Rosa Iris Villanueva López, con quien tuvo cuatro hijas: María Rosa, Amelia del Pilar, Verónica Esther y María Teresa.³⁵

Con Fernando Fueyo se cierra lo que cabría calificar como “*escuela clásica*” del derecho civil chileno,

²⁷ BARRIENTOS y CASTELLETTI (2002), pp. 25-28.

²⁸ CORRAL TALCIANI (1991), 169, señala respecto de esta obra: “*En todos los estudios que la integran, descuellan el rigor y en análisis científico, un gran aparato bibliográfico y normativo (de derecho comparado), y se reproducen sentencias y casos jurisprudenciales, que refuerzan e iluminan el discurso*”.

²⁹ ESCOBAR RIFFO (1992).

³⁰ QUINTANA ROJAS (1991).

³¹ BARRIENTOS y CASTELLETTI (2002), pp. 50-51.

³² Véase *infra*, V.

³³ QUINTANA ROJAS (1991).

³⁴ SAMPER POLO (2022).

³⁵ BARRIENTOS y CASTELLETTI (2002), p. 15.

que estaba caracterizada por la elaboración de tratados sobre la materia.³⁶ Incluso se podría decir que sirve de enlace entre esa escuela, donde destacan como figuras predominantes los dos autores mencionados al inicio (Luis Claro Solar y Arturo Alessandri Rodríguez), y la que comenzó a tomar el relevo durante la década de 1980. Esta última presenta entre sus notas más relevantes la formación doctoral de los nuevos profesores y una producción centrada en monografías sobre temas específicos, muchas veces con cruces con otras parcelas del derecho (conocido es el fenómeno de “*constitucionalización*” del derecho civil que ya Fueyo anticipaba en algunos de sus trabajos), además de la creciente internacionalización. Pero esta es una historia en construcción, pues los primeros representantes de esta escuela siguen activos.

II. LA OBRA DE FERNANDO FUEYO

La obra de Fernando Fueyo es extensa y diversa, pues abarca distintos géneros (libros, artículos, comentarios de sentencia y reseñas de libros).³⁷ Haciendo un esfuerzo de categorización se podrían dividir sus escritos en tres grupos. Debido a la extensión de su obra, el desarrollo de esta clasificación se limita a los libros publicados por el autor, dejando fuera los 79 artículos y 24 comentarios de sentencia que también escribió. Sin embargo, ellos se corresponden igualmente con las líneas matrices de su bibliografía que enseguida se menciona. Se trata de trabajos destinados a desarrollar algunos de los aspectos metodológicos del derecho en general y del derecho civil en particular, o que abordan las cuestiones novedosas que iban surgiendo en derecho comparado, incluida la entonces incipiente informática jurídica. Hay una cuarta línea que conviene tratar de manera separada y se refiere a los decididos esfuerzos de Fueyo por impulsar una nueva codificación civil en Chile,³⁸ aunque ella engarza con la primera de sus grandes preocupaciones intelectuales. Detrás subyace la lucha por la búsqueda del mejor método para la disciplina.

El primero de esos grupos podría recibir el nombre de “*obras metodológicas*”. Ellas están destinadas a la ordenación y mejor comprensión del derecho vigente, la propuesta de organización del conocimiento jurídico y los aspectos didácticos relacionados con la enseñanza y aplicación del derecho privado. El deseo de entender la sistematización de los contenidos del Código Civil llevó a Fernando Fueyo a dedicar su memoria de prueba al esfuerzo de redactar un ensayo de diccionario jurídico y razonado de dicho código, cuya influencia es incontestable en otras codificaciones hispanoamericanas.³⁹ Esto le sirvió para publicar más tarde el *Repertorio de voces y giros del Código Civil chileno*, con tres ediciones (1952, 1953 y 1966), y un *Catálogo sistematizado de conceptos de Derecho privado* (1968), siguiendo la senda del trabajo realizado en 1936 por Henri Capitant (1865-1937) y retomado por Gérard Cornu (1926-2007) en 1987. Por su parte, el anhelo de organizar y difundir el conocimiento del derecho lo llevó a publicar *Teoría y práctica de la información jurídica* (1977), que se basa en el trabajo

³⁶ GUZMÁN BRITO (1992), p. 87.

³⁷ Véase la nota 19.

³⁸ Véase *infra*, V.

³⁹ GUZMÁN BRITO (2000), p. 607.

que Manuel Aranzadi Irujo (1882-1942) llevó adelante desde 1929 con el *Repertorio Cronológico de Legislación* y el *Repertorio de Jurisprudencia*, hoy disponible bajo el formato de una base de datos digital administrada por la filial española de la Editorial Thomson Reuters.

A repensar el modo de ejercer la función judicial está dedicado el libro *Interpretación y juez* (1976), que desarrolla sus ideas expuestas en el manifiesto “*El problema está en el método*” (1966). La dedicatoria de esta última obra es elocuente: ella se ofrece a Antonio Hernández Gil (1915-1994), catedrático de derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid y presidente del Tribunal Supremo español entre 1985 y 1990, con incursiones en teoría del derecho y razonamiento judicial,⁴⁰ que se desplazó hasta el país en agosto de 1975 para impartir junto a Fernando Fueyo un curso de posgrado sobre la materia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Dos años más tarde, Hernández Gil fue nombrado senador por designación real y presidente de las Cortes Españolas y del Consejo del Reino. Bajo su presidencia en esta Asamblea Constituyente, que entonces abarcaba al Congreso de los Diputados y el Senado, se elaboró y aprobó la Constitución española de 1978, que fue fruto del consenso entre las principales fuerzas políticas del país para conseguir la anhelada transición democrática tras la muerte del general Francisco Franco y el comienzo de la restablecida monarquía en manos de Juan Carlos de Borbón como sucesor de aquél a título de rey.

Conviene hacer aquí un pequeño excurso, pues las trayectorias de Fueyo y Hernández Gil tiene algunos puntos en común. Por de pronto, respecto de ambos se han constituido fundaciones para perpetuar su legado,⁴¹ y los dos recibieron la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort y cumplieron funciones jurisdiccionales. Hernández Gil es autor de un *Derecho de obligaciones* (1960), “*verdaderamente original por su sistemática, por su método, por su mismo estilo*”,⁴² que se asemeja a los esfuerzos hechos por Fueyo en el tomo IV de su *Curso de Derecho civil* y, sobre todo, en *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, para presentar de modo más coordinado esos dos grandes aspectos del fenómeno obligacional. Este último también tuvo algunas inquietudes en el campo del derecho público, pues tempranamente fue ayudante de Gabriel Amunátegui Jordán (1898-1955) en la asignatura de derecho político, aunque no llegó a desempeñar cargos como los que correspondieron al catedrático español, casi con seguridad debido a la independencia que siempre quiso guardar en su ejercicio profesional. Podría parecer que las trayectorias de ambos profesores se separan en lo que se refiere al derecho de bienes, donde Hernández Gil es autor de dos trabajos que sometieron a examen el concepto de posesión, una materia de suyo asaz compleja. Se trata su discurso de ingreso a la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia pronunciado en 1967 y que lleva por título *La función social de la posesión (Ensayo de teorización sociológico-jurídica)*, que sirvió de base para su monumental tratado de la posesión publicado en 1980.⁴³

⁴⁰ En estas últimas materias, Antonio Hernández Gil es autor de *Metodología de la Ciencia del Derecho* (1973) y *El abogado y el razonamiento jurídico* (1975).

⁴¹ La Fundación Antonio Hernández Gil fue creada en 2015 con el fin de promover y dar a conocer la figura y los valores de este jurista, que ayudó a definir con rigor y precisión el derecho moderno atendiendo a su dimensión ética, además de contribuir a la redacción de la Constitución Española de 1978. Véase: <https://fundacionantoniohernandezgil.es/> [fecha de consulta: 25 de agosto de 2022].

⁴² FERRANDIS VILELLA (1960), p. 989.

⁴³ VÁSQUEZ BOTE (1982).

Aunque Fueyo no incursionó en este ámbito más que a través del estudio del derecho registral, sí es autor de un interesante trabajo intitulado “*La propiedad y las soluciones que el Derecho ofrece al orden social*”, publicado tanto en la *Revista de Derecho Privado* que él editaba como en el homenaje póstumo al civilista uruguayo Héctor Lafaille (1883-1956), a quien califica como “uno de los juristas más destacados de América en lo que va corrido del siglo”.⁴⁴ En dicho ensayo reconoce el carácter multifacético del tema y la apropiación que hacen de él las distintas disciplinas, sin descontar el uso que hacen los políticos a partir de “la preparación improvisada que les brinda el primer folleto partidista que llega a sus manos”.⁴⁵ Reconociendo esta vastedad, el autor aborda la materia en dos capítulos: algunas cuestiones sobre la propiedad en general y las soluciones concretas que el derecho ofrece al orden social.

Para Fernando Fueyo, la propiedad no puede separarse de la libertad, el trabajo y la empresa, y tampoco del instituto natural de apropiación que tiene el ser humano y que se manifiesta también en la familia y el Estado. Caracteriza enseguida las etapas que ha tenido el desarrollo histórico de la propiedad, las que explica separadamente a continuación: “del feudalismo al individualismo; del individualismo a las limitaciones más o menos intensas de orden público; de las limitaciones de orden público al intervencionismo del Estado; del intervencionismo a la socialización; de la socialización a la nacionalización; de la nacionalización a la confiscación o rescate sin indemnización”.⁴⁶ La verdad es que el tema, visto desde la perspectiva jurídica que supone la delimitación de las titularidades sobre las cosas, es algo más compleja,⁴⁷ con connotaciones que incluso se proyectan al plano antropológico y sociológico.⁴⁸ Dentro del primer capítulo de su trabajo, Fueyo revisa también las tendencias contemporáneas, incluido el surgimiento de distintas propiedades especiales. Sin embargo, considera que “se podrá estructurar siempre un estatuto básico de la propiedad, común a todas ellas, que podría ocupar su lugar correspondiente en el Código Civil”,⁴⁹ lo cual exige igualmente “la ordenación y sistematización” de las normas especiales,⁵⁰ muchas de ellas contradictorias o confusas.

El segundo capítulo se dedica a aquellas soluciones que el derecho y la técnica jurídica pueden proveer para hacerse cargo de algunos de los problemas surgidos en torno a la propiedad. Reconociendo la imposibilidad de un catálogo exhaustivo, el autor enumera y desarrolla algunas de las soluciones dadas en el derecho comparado: “aparcería forzosa, ocupación temporal de tierras ociosas, edificación forzosa de sitios eriazos, y, a falta de cumplimiento, la enajenación forzosa, concentración parcelaria, retractos legales, expropiación, nacionalización, requisa, confiscación, sociedad de economía mixta, impuesto único e impuesto sobre la plusvalía”.⁵¹ Agrega que todavía es posible concebir otras soluciones

⁴⁴ En dicho ensayo, Fernando Fueyo cita el trabajo de Antonio Hernández Gil intitulado *La propiedad en el Derecho y en la realidad actuales* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1947). Cfr. FUEYO LANERI (1966b), p. 23.

⁴⁵ FUEYO LANERI (1966b), pp. 3-4.

⁴⁶ FUEYO LANERI (1966b), p. p. 4.

⁴⁷ Aunque con distinta profundidad y enfoque, es recomendable la lectura de dos trabajos recientes que permiten orientarse en el derrotero conceptual de la propiedad. Se trata de VANUXEN (2022) y ALVEAR TÉLLEZ (2022). Véase también ALCALDE SILVA (2021).

⁴⁸ GAMBRA CIUDAD (1980). Véase también ALVEAR TÉLLEZ (2020), pp. 120-125, y BELLOC (1949).

⁴⁹ FUEYO LANERI (1966b), p. 8.

⁵⁰ FUEYO LANERI (1966b), p. 22.

⁵¹ FUEYO LANERI (1966b), pp. 8-9.

tendientes a igual fin, entre las que menciona “la promoción de la vivienda económica o mínima en sus formulaciones jurídicas modernas; las cooperativas en sus múltiples formas; el sistema de ahorro y préstamo; la contratación dirigida; el censo enfiteúutico; el derecho antimonopolios; la cogestión”.⁵²

Después de este excurso, volvamos a la clasificación de la bibliografía de Fernando Fueyo. Un segundo grupo de obras está constituido por su tratado de derecho civil, publicado bajo el título de *Curso de Derecho civil profundizado y comparado*, por haber sido elaborado a partir de las explicaciones de la asignatura de igual nombre impartida en la Universidad de Chile.⁵³ De esa obra, originalmente proyectada en doce tomos y que lamentablemente quedó inconclusa, se publicaron tres series: el tomo IV sobre derecho de obligaciones (1958), con dos volúmenes en que se reparten las materias que usualmente se explican en la asignatura de ese nombre (concepto de obligación, clasificación, cumplimiento e incumplimiento, y modos de extinguir las obligaciones); el tomo V sobre contratos en particular (1958), con dos volúmenes y que cubre la doctrina general del contrato preparatorio y los contratos de promesa, opción, corretaje o mediación y preparatorio de compromiso; y el tomo VI sobre derecho de familia (1959), con tres volúmenes y que abarca las materias que por entonces comprendía la asignatura (relaciones familiares, matrimonio, efectos personales y patrimoniales del matrimonio, relaciones paterno-filiales y cuasifamiliares). En este grupo cabe agregar, como una materia desgajada, el libro *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, también proveniente del “Curso de derecho civil profundizado y comparado” impartido en la Universidad de Chile, que tuvo dos ediciones en vida de Fueyo: la primera en 1958 dividida en dos tomos, y la segunda en 1991 en un solo volumen (con reimpresión al año siguiente).⁵⁴

Lamentablemente, desconocemos cuál era el plan completo pensado por Fueyo para su *Curso de Derecho civil*. Sin embargo, algo se puede conjeturar, sobre todo considerando el diseño metodológico que el autor quería imprimir a la disciplina.⁵⁵ El tomo I debería haber sido su anhelada introducción al derecho civil, donde incluía la teoría general del negocio jurídico.⁵⁶ Los tomos II y III deberían haber estado dedicados al derecho de las personas y de los bienes, respectivamente, ambos divididos

⁵² FUEYO LANERI (1966b), p. 8.

⁵³ Esta obra fue reeditada más tarde sólo con el nombre de *Derecho civil*. Véase BARRIENTOS y CASTELLETTI (2002), pp. 82-84.

⁵⁴ Hay una tercera edición publicada en 2004, también por la Editorial Jurídica de Chile, que fue actualizada por Gonzalo Figueroa Yáñez para añadir “un conjunto de nuevas sentencias dictadas después de que se pusiera en circulación la segunda” y “también parte de la contribución que ha efectuado la doctrina nacional en estos últimos años” (entre 1991 y 2004).

⁵⁵ Véase *infra*, III.

⁵⁶ En este campo hay algunas coincidencias entre Fernando Fueyo y Federico de Castro y Bravo (1903-1983), casi con seguridad uno de los más lúcidos juristas españoles del siglo XX. DE LOS MOZOS (1983), pp. 1563-1566, explica que Federico de Castro tenía como uno de sus propósitos el compromiso “por un derecho civil de España”. La cuestión no se refería solo a la convivencia entre los derechos forales y el Código Civil de 1889, ni tampoco sobre el valor de éste como obra jurídica y política. Su objetivo era el surgimiento de “una gran ciencia jurídica española”, lo que supone asumir que “el Código Civil tiene tras de sí una larga e ilustre tradición jurídica nacional” que troncaba con el derecho común. Por eso, de Castro se aparta de las construcciones metodológicas imperantes y elabora su propio método, tomando una orientación distinta y que mantendrá en su dilatada obra, como explica DE LOS MOZOS (1983), p. 1556. De hecho, ejerció su magisterio en la cátedra de “Parte general del derecho civil”, que obtuvo en la Universidad Central de Madrid (hoy, Universidad Complutense de Madrid), después de haber servido la cátedra de Derecho civil en las Universidades de La Laguna y Salamanca. Sus dos obras más conocidas presentan de una nueva forma los contenidos tradicionales de la asignatura. Se trata de *Derecho civil de España* (1ª ed., 1943) y *El negocio jurídico* (1967), que formaban parte de un magno proyecto de Tratado de Derecho civil que no llegó a finalizar, el cual seguía el siguiente plan: la introducción al derecho civil, el derecho de la persona, el derecho de familia, el derecho sucesorio, el derecho de bienes y el derecho de obligaciones. Sobre el *Derecho civil de España*, véase las recensiones de FUENMAYOR CHAPÍN (1942-1943) y GARCÍA ESCUDERO (1943).

en varios volúmenes. De esa forma se explica que el tomo IV estuviese consagrado a la explicación del derecho de obligaciones, siguiendo el plan habitual de exposición de los contenidos que ahí se revisan. Con el tomo V comienzan las dudas, pues se aborda una clase de contrato en particular (los contratos preparatorios) y no la teoría general, respecto de la cual ya existían algunas obras de referencia.⁵⁷ Lo más razonable dentro de esta distribución era dedicar los tomos V al X a las fuentes de las obligaciones, incluyendo ahí tanto el derecho de contratos, en general y en particular (ciertamente este último el más voluminoso),⁵⁸ la responsabilidad civil y otras fuentes, como la declaración unilateral de voluntad, el enriquecimiento injustificado y los cuasicontratos. Siguiendo este derrotero, no resulta aventurado pensar que el tomo VI tuvo también un error de numeración y debería haber sido el tomo XI, quedando el tomo XII abocado a abordar el derecho sucesorio y concluir así la exposición del derecho civil chileno. Pero esta estructura queda en el plano de la especulación.

Aunque el propósito de concluir el *Curso* nunca fue abandonado como proyecto, no hubo avances en las décadas siguientes. En 1976, Fueyo explicaba que la interrupción aparente de su publicación se debía a la necesidad de reunir el material necesario para acometer el trabajo siguiendo el método trazado.⁵⁹ Cuatro años más tarde aparece un indicio sobre cuál era la estructura que consideraba más razonable para exponer los contratos en particular, siguiendo una clasificación económico-jurídica.⁶⁰ A su juicio, los contratos pueden ser clasificados en las siguientes categorías: preparatorios, traslativos de dominio, traslativos de uso y disfrute, de servicios, de gestión, de gestión colectiva, de custodia, aleatorios, de crédito, de garantía y que esclarecen situaciones dudosas o de controversia. Conforme a esas categorías deberían haberse organizado los volúmenes dedicados a la parte especial del derecho de contratos.

El tercer y último grupo son las obras dedicadas a los temas novedosos que desafiaban la presentación tradicional de contenidos de derecho civil y que invitaban a revisar ciertos dogmas asentados. Porque Fueyo se caracterizó sobre todo por abordar “con una tenacidad increíble y una constancia ejemplar la tarea de promover la renovación del derecho civil”,⁶¹ en y desde Chile. Un rasgo distintivo de su trabajo en este ámbito es que se preocupó de leer y enseñar doctrina hispanoamericana, cuando todavía persistía una fuerte influencia de la literatura francesa.⁶² En este grupo cabe incluir: *De nuevo sobre el daño extrapatrimonial y su resarcibilidad* (1972),⁶³ *Hacia una primera ley de divorcio en Chile*

⁵⁷ Por ejemplo, la *Dottrina generale del contratto* (1ª ed., 1944) de Francesco Messineo (1886-1974), que había sido traducida al castellano (desde la 3ª ed., de 1948) por Rodolfo Óscar Fontanarrosa, Santiago Sentís Melendo y Mario Volterra.

⁵⁸ Concluido el análisis de la prescripción, con que finalizaba el examen de la parte general del derecho civil, Luis Claro Solar tenía el propósito de dedicar un tomo a cada contrato tratado por el Código Civil. Sin embargo, la muerte lo sorprendió el 19 de julio de 1945, cuando había concluido el borrador de la parte inicial del tomo XVII dedicado a las reglas comunes sobre prescripción. Este manuscrito permaneció inédito hasta que fue publicado como tomo XVIII de las *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado* por la Editorial Jurídica de Chile en 1977. El manuscrito de quince tomos y treinta y tres volúmenes de dicha obra, todos escritos a pluma por su autor, fue donado por la familia a la Biblioteca del Congreso Nacional en 1995.

⁵⁹ BARRIENTOS Y CASTELLETTI (2002), p. 82.

⁶⁰ FUEYO LANERI (1980), pp. 78-79.

⁶¹ RODRÍGUEZ GREZ (1992).

⁶² Véase DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2005).

⁶³ El título de esta obra se explica porque en 1965 y 1966 Fernando Fueyo había publicado dos artículos dedicados al mismo tema. En 1980 dictó en la Universidad de Chile el “Curso de Derecho civil profundizado y comparado” titulado “Daño extrapatrimonial o

(1972), *Corrección monetaria y pago legal* (1978), *Teoría general de los registros* (1982), *Instituciones modernas de Derecho civil* (1990) y *Los contratos de colaboración empresarial y su modalidad complementaria de contratos de dominación* (1991).

Entre estas obras hay una que conviene destacar, porque cumple la función de una suerte de “testamento dogmático” de su autor. Se trata de *Instituciones modernas de Derecho civil*, que dio título también (con una inversión de palabras) al libro compuesto en homenaje de Fernando Fueyo por la fundación que lleva su nombre. Ahí se reúnen doce estudios sobre varios de los temas que fueron recurrentes en su bibliografía (derechos de la personalidad, resarcimiento del daño moral, principio de buena fe, fe pública, ejercicio abusivo de un derecho, teoría de los actos propios, fraude de ley, estado de necesidad, enriquecimiento injustificado, *astreintes* y simulación), sobre los que considera que la doctrina y jurisprudencia se ha referido “*esporádicamente y sin consistencia suficiente para una necesaria perdurabilidad*”.⁶⁴ El libro tiene también un apéndice en que propone las bases para un nuevo Código Civil para Chile bajo la inspiración de Andrés Bello, cuyas ideas matrices serán analizadas más adelante.⁶⁵ Cumple recordar que, ya en 1966, el autor había impartido en la Universidad de Chile un “Curso de Derecho civil profundizado y comparado” intitulado “*La divulgación de temas y tendencias del Derecho privado moderno*”, y que volvió sobre la materia tanto en esa universidad como en la Universidad Diego Portales. Incluso Fueyo dejó escrito que tenía por esos años “12 temas [más] en actual preparación”,⁶⁶ pero su repentina muerte interrumpió dicha labor.

La frescura que Fueyo quería imprimir en el tratamiento de los temas que abordaba se evidencia en todas sus obras. Sirve de ejemplo detenerse en dos de ellas: *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (1958 y 1991) y *Teoría general de los registros* (1982).

Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones fue el resultado del “Curso de Derecho civil profundizado y comparado” correspondiente a 1958. La obra se divide en una introducción y cuatro partes. La introducción está destinada a delimitar el concepto dogmático de obligación. La primera parte aborda el cumplimiento de las obligaciones. Destaca la inclusión de la ejecución de buena fe como un requisito objetivo del pago. La segunda parte trata de los medios compulsivos dirigidos a obtener el cumplimiento de las obligaciones, donde incluye las penas conminatorias (*astreintes*), la excepción de contrato no cumplido y otras figuras semejantes (la cláusula penal en función punitiva, las arras en garantía, el derecho legal de retención y el apremio personal al deudor en las obligaciones de hacer). La tercera parte está dedicada al incumplimiento contractual. Comienza con algunas generalidades sobre la inejecución y sus efectos, que caracteriza como una “*situación antijurídica que se produce cuando, por la actividad culpable del obligado a realizar la prestación, no queda la relación jurídica satisfecha en el mismo tenor en que se contrajo, reaccionando el Derecho contra aquél para imponerle*

moral”. Cfr. BARRIENTOS y CASTELLETTI (2002), p. 144. Aunque hay memorias de prueba anteriores, el primero libro dedicado al tema en el país fue el de TOMASELLO HART (1969), centrado además en aquella sede de responsabilidad donde esta clase de daño tardó más en ser admitida por la jurisprudencia.

⁶⁴ FUEYO LANERI (1990), p. 9.

⁶⁵ Véase *infra*, IV.

⁶⁶ FUEYO LANERI (1991), p. 588.

las consecuencias de esa conducta”.⁶⁷ Cuando se verifica, se activa el deber de responsabilidad (patrimonial) que incumbe al deudor y que se traduce en la posibilidad de pedir el cumplimiento forzoso, la resolución del contrato y la reparación del daño. Cada uno de estos medios de tutela viene tratada por separado y en extenso. Este esquema resultaba novedoso para la época, pues situaba la facultad resolutoria dentro de los efectos del incumplimiento y no como una clase de condición. También es digno de reseñar el concepto de dolo que da Fueyo, siguiendo a Giorgio Giorgi (1836-1915), que quiere desligarse del acercamiento patológico que se desprende del artículo 44 del Código Civil: el incumplimiento doloso es aquel “perfectamente previsto y querido por el deudor”, quien “[c]onoce el daño que naturalmente sobrevendrá y [...] el beneficio que ese resultado le reportará, beneficio que constituye, casi siempre, el móvil fundamental de su conducta”.⁶⁸ La cuarta y última parte estudia la protección y defensa del crédito, comenzando por la influencia que ejerce el principio de buena fe. Entre los mecanismos analizados se cuenta la conservación económica del patrimonio del deudor; la acción pauliana o revocatoria;⁶⁹ la acción subrogatoria, oblicua o indirecta; el derecho legal de retención; la simulación; la prelación de créditos; el beneficio de separación; las cláusulas de exoneración, limitación o agravación de responsabilidad, y la empresa individual de responsabilidad limitada.⁷⁰

Teoría general de los registros fue fruto del “Curso de Derecho civil profundizado y comparado” impartido en la Universidad de Chile en 1982, aunque se publicó en Argentina con la Editorial Astrea, con seguridad por el mayor arraigo que la materia ha tenido en ese país. La obra tiene una estructura que se puede dividir en una parte permanente y otra contingente. La parte permanente corresponde a ciertos aspectos que ayudan a comprender la técnica jurídica del registro desde una perspectiva dogmática. Fueyo estima que “el derecho registral es simplemente el derecho de los registros”,⁷¹ y no se debe circunscribir al derecho registral inmobiliario, llamado también derecho hipotecario,⁷² como habitualmente se hace. El derecho registral es aquella disciplina jurídica que estudia todos los registros y en todos sus aspectos: “como instrumentos que son los registros, como actos que se radican en ellos, en cuanto a los efectos que producen, o a los fines que persiguen, o las clasificaciones que admiten, o a los principios que operan”.⁷³ Dentro de estos aspectos permanentes del derecho registral, el libro analiza el acto de registro (Capítulo I), la clasificación de los registros (Capítulo III), el orden público registral (Capítulo IV), los principios registrales (Capítulo V),⁷⁴ la indispensable necesidad de los regis-

⁶⁷ FUEYO LANERI (2004), p. 256.

⁶⁸ FUEYO LANERI (2004), p. 431.

⁶⁹ En rigor, el carácter de la acción recogida en el artículo 2468 del Código Civil es rescisorio. La idea de revocación fue consagrada por la Ley 20.720, de reorganización y liquidación de activos de empresas y personas (Capítulo VI).

⁷⁰ La figura fue reconocida en el derecho chileno por la Ley 19.857, de 11 de febrero de 2003.

⁷¹ FUEYO LANERI (1982), p. 10.

⁷² Esta última expresión es propia del derecho español, donde el Registro de la Propiedad se encuentra regulado en la Ley hipotecaria. La actualmente vigente está contenida en el Decreto de 8 de febrero de 1946. La primera Ley hipotecaria fue sancionada el 8 de febrero de 1861, que fue reemplazada por aquella publicada por Real Decreto de 16 de diciembre de 1909, en cumplimiento de la Ley de 21 de abril de ese mismo año. Así pues, la regulación de la hipoteca y del Registro inmobiliario fue anterior al Código Civil de 1889. El Proyecto de Código Civil sí contenía un tratamiento completo de esta materia (Libro III, Título XX, que viene inmediatamente a continuación de aquel dedicado a la hipoteca).

⁷³ FUEYO LANERI (1982), p. 10.

⁷⁴ Los principios registrales se han desarrollado a partir del Registro inmobiliario. Para los demás sistemas de registro se suelen hacer ciertos acomodos o ajustes, como ocurre con el Registro de Comercio.

tros en el sistema latino y su prescindencia en el sistema anglosajón (Capítulo VI), los soportes para llevar los registros (Capítulo VIII) y la enseñanza de la disciplina en la educación superior (Capítulo VIII). En cambio, la parte contingente de la obra está representada por el análisis de una serie de registros públicos y privados que se consideran como base de la reflexión que se ofrece de ellos en general (Capítulo II).

III. EL PLAN PARA UNA RENOVACIÓN DE LA DISCIPLINA

En 1966, Fernando Fueyo publicó un texto que se puede calificar como un verdadero manifiesto sobre el modo de abordar el derecho civil, justo en la víspera del ajuste curricular que experimentó la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile derivado de la reforma universitaria. El título ya es indicativo de su conclusión: “*El problema está en el método*”. Ahí se ocupa de las tres escuelas de pensamiento que se sucedieron en los países de influencia latina durante los siglos XIX y XX. Se trata de la escuela de la exégesis, que extiende su influencia entre 1804 y 1880; la escuela científica o de la libre investigación científica del derecho, que se inicia con François Géný (1861-1959), y la escuela del método del derecho libre, o de la libre jurisprudencia, o movimiento de emancipación del juez, que anticipa Rudolf von Ihering (1818-1892) y alcanza su consagración con Hermann Ulrich Kantorowicz (1877-1940). Después de explicar cada una de estas escuelas y sus principales características y consecuencias, Fueyo concluye que “*el auténtico Derecho Civil no está atrasado*”, puesto que el avance de la disciplina depende de la adopción de un “*sincretismo metódico*” que refresque las fuentes del derecho positivo, la interpretación de la ley, las sentencias judiciales, la enseñanza del derecho y la investigación jurídica a partir del derecho de equidad.⁷⁵ Esta conclusión se funda en que las dificultades que experimentaba el derecho chileno en particular y el hispanoamericano en general provenían de que los juristas de estas tierras “*somos auténticos exégetas, aun de la época de apogeo de la Escuela*”,⁷⁶ de suerte que las cosas pueden comenzar a cambiar si se reemplaza el método de trabajo.⁷⁷

El desarrollo completo de estas ideas se recoge en *Interpretación y juez* (1976), su obra de madurez y casi con seguridad su mejor legado para la dogmática jurídica chilena,⁷⁸ de la que preparaba una segunda edición cuando le sobrevino la muerte.⁷⁹ Probablemente, esto explica que este libro haya sido reeditado en 2018 por la Editorial Olejnik, asegurando así su distribución futura.

⁷⁵ FUEYO LANERI (1966a), pp. 22-23.

⁷⁶ FUEYO LANERI (1966a), p. 2. Con todo, el juicio crítico de la escuela de la exégesis debe ser matizado, incluso como un “*fenómeno francés y circunstancial*”. Véase HALPÉRIN (2017); JESTAZ/JAMIN (2018), pp. 120-129, y RÉMY (1985).

⁷⁷ La preocupación metodológica sigue siendo una cuestión pendiente en el derecho chileno. Por ejemplo, MARTÍNEZ (2006), p. 184, invitaba a “*iniciar una reflexión sobre una metodología chilena de cuño propio*”, ya que “*cada autor escribe con la metodología que le es más familiar*”. En sentido similar, BARAONA GONZÁLEZ (2010), pp. 442-445, ha señalado que la cuestión crucial del sistema jurídico chileno sigue siendo la necesidad de reorientar la metodología imperante, puesto que “[e]l Derecho debe ser entendido más abiertamente y con un sentido más funcional, es decir, rompiendo el monismo legal y comprendiendo que[.] al interpretarse y aplicarse una determinada norma, debe siempre atenderse a sus efectos y consecuencias”.

⁷⁸ MERINO SCHEIHING (1976).

⁷⁹ QUINTANA ROJAS (1991).

En lo que atañe a su disciplina específica, Fernando Fueyo era un decidido opositor a la llamada “*parte general del derecho civil*”, que consideraba debía ser suprimida de los programas de estudio de la disciplina. En su opinión, el curso debía comenzar por una “*introducción al derecho civil*”, que contuviera una referencia a la noción de derecho, la relación entre derecho público y derecho privado, el concepto actual de derecho civil, el proceso de codificación del derecho civil, el estado de la disciplina en el derecho comparado, las nociones de aplicación general en derecho civil y que contribuyen a modernizarlo (equidad, orden público, buenas costumbres, abuso del derecho, autonomía de la voluntad y sus límites, doctrina de los actos propios, etcétera),⁸⁰ la teoría general del negocio jurídico, la metodología de la enseñanza de la disciplina, las bases para un nuevo Código Civil, y una bibliografía fundamental del derecho civil clásico y moderno.⁸¹ Esta introducción debía ser el prelude de una exposición de las distintas materias específicas que engloba el derecho civil. Según ha quedado dicho, Fueyo pensaba tratarlas de manera sucesiva en su *Curso de Derecho civil profundizado y comparado*.⁸² Por entonces, la materia sólo quedaba circunscrita al contrato de promesa y algunas referencias al contrato de opción,⁸³ sin un esfuerzo mayor por teorizar la figura del precontrato ni por encasillar ahí otros tipos contractuales de uso práctico.⁸⁴

Fernando Fueyo ejerció también un comprometido apostolado de sus ideas jurídicas, pues consideraba que el intercambio académico era “*muy valioso*”.⁸⁵ Desde que era ayudante y durante todo el resto de su vida académica, organizó y participó en una gran cantidad de reuniones científicas sobre los más variados temas de derecho privado y enseñanza del derecho, tanto en Chile como en el extranjero.⁸⁶ Aída Kemelmajer de Carlucci recuerda así la participación de Fueyo en los congresos y seminarios en que intervino: “*Cada ponencia, cada trabajo presentado abría la mente de quienes escuchábamos, desde que, en numerosas ocasiones, reflexionaba con una nueva visión (como fue su Teoría General de los Registros en la que, a diferencia de la mayoría de los autores, desarrolló principios generales aplicables a todos los registros) o, incluso, comenzó a abordar temas que recién aparecían en el paisaje, como el uso de la informática*”.⁸⁷ Fueyo “*fue el ‘embajador’ de las ciencias jurídicas en los demás países de este continente y, particularmente, en España*”.⁸⁸

Además, comprometido como estaba con las reformas legislativas, integró varias comisiones constituidas con ese fin. Por ejemplo, formó parte durante más de diez años de la Comisión de Códigos de la Editorial Jurídica de Chile; fue presidente de la Comisión de Reforma del Sistema Chileno Inmobiliario

⁸⁰ En estos temas hay también coincidencia con las ideas expuestas por DE CASTRO Y BRAVO (1982).

⁸¹ BARRIENTOS Y CASTELLETTI (2002), pp. 72-81.

⁸² BARRIENTOS Y CASTELLETTI (2002), pp. 82-84.

⁸³ VODANOVIC HAKLICKA (1942), por ejemplo, sólo trataba el contrato de promesa, y lo hace dentro de la categoría de los contratos consensuales.

⁸⁴ Véase, por ejemplo, los antecedentes que ofrece BLANDINO GARRIDO (2022), pp. 27-35.

⁸⁵ QUINTANA ROJAS (1991).

⁸⁶ BARRIENTOS Y CASTELLETTI (2002), pp. 42-49.

⁸⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI (2020), p. 13.

⁸⁸ RODRÍGUEZ GREZ (1992).

Registral y de la Comisión de estudios de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, que Chile acabó ratificando mediante el DS 544, de 3 de octubre de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores; sirvió como coordinador del proyecto para implementar un banco computarizado de datos jurídicos;⁸⁹ y desempeñó el cargo de secretario general del Instituto Chileno de Estudios Legislativos.⁹⁰

IV. FUEYO (NO) CODIFICADOR⁹¹

Una de las grandes preocupaciones de Fernando Fueyo fue la necesidad de recodificar el derecho civil chileno. La idea no era nueva y ya había sido sugerida con ocasión del centenario del Código Civil por Pedro Lira Urquieta.⁹² Sin embargo, las iniciativas para emprender esa tarea no han prosperado hasta hoy, salvo reformas parciales más o menos profundas.⁹³ Hasta 1991 sólo parece haber dos comisiones de reforma que tuvieron algún movimiento, aunque ninguna dio demasiados frutos. La primera de ellas fue constituida por el decreto supremo de 19 de agosto de 1976 dictado por el Ministerio de Justicia, por el que se estableció un “Programa de Comisiones de estudio y reforma de los códigos y leyes fundamentales de la nación”. Una de esas Comisiones estuvo abocada a la reforma del Código Civil, cuyo único fruto fue un proyecto sobre capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal elaborado en 1979 que acabó convertido en la Ley 18.802, de 9 de junio de 1989.⁹⁴ No hubo mayores avances con esta iniciativa, quizá debido al ensayo que escribió Alejandro Guzmán Brito (1945-2021) para demostrar que en el país no estaban dadas las condiciones para una nueva codificación.⁹⁵ Con todo, la idea no decayó completamente. Algún tiempo después se conformó un grupo de trabajo convocado por el profesor Jorge López Santa María, cuyo alcance tampoco se conoce con certeza.⁹⁶

Durante su vida, Fernando Fueyo dedicó varios escritos a la necesidad de recodificar el derecho civil chileno. Como referencia se puede escoger aquel que cierra como apéndice sus *Instituciones modernas de Derecho civil* y que lleva por título “Hacia un nuevo Código Civil bajo la inspiración de Bello”. El autor comienza refiriéndose a las dificultades que encuentra una obra de esta envergadura en el país, no sólo por la hostilidad de la doctrina, sino también por “el inconveniente de la medio-

⁸⁹ Entre 1971 y 1973 se habían llevado adelante los estudios del proyecto “Cybersyn”, que estaba destinado a aplicar la cibernética a la gestión de las redes industriales relacionadas con la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO), que nunca se llevó a la práctica. Véase MEDINA (2014).

⁹⁰ BARRIENTOS y CASTELLETTI (2002), p. 52.

⁹¹ El título de este apartado se inspira en ROSSO ELORRIAGA (2021). El vínculo entre Fernando Fueyo y Alejandro Guzmán no es casual. De hecho, este último dedicó su *Historia de la codificación civil en Iberoamérica* a la memoria del primero. Véase también SAMPER POLO (2022).

⁹² TAPIA RODRÍGUEZ (2005), p. 379.

⁹³ Véase el listado de esas reformas en CORRAL TALCIANI (2018), pp. 225-227.

⁹⁴ TAPIA RODRÍGUEZ (2005), p. 377. El proyecto tiene su origen en ROZAS VIAL (1976). MILLAR CARVACHO (2005), pp. 428-430, ofrece alguna información adicional sobre esa comisión.

⁹⁵ GUZMÁN BRITO (1977).

⁹⁶ PEÑAILILLO ARÉVALO (1989), p. 7.

alidad de nuestra cultura jurídica y la falta de trabajos preparatorios”.⁹⁷ Sin embargo, esto no puede ser obstáculo para emprender la tarea de elaborar un Código Civil “de nuestra estructuración, si bien aprovechando, con la mayor habilidad posible, mucho de lo que nos rige actualmente, aprovechamiento que es mayor de lo que pareciera a simple vista y que comprende no sólo el material legislativo mismo, incluso disposiciones completas, sino el criterio jurídico de Bello en lo perenne y, sobre todo, su riquísima personalidad radiando investigación jurídica, espíritu de comparatista, americanismo y codificación”.⁹⁸ La tarea era, entonces, lograr la redacción de un código de nueva planta, como aconseja la experiencia comparada, pero que fuese fiel a la tradición de la civilística chilena, conservando todas aquellas figuras, instituciones, reglas y principios que habían mostrado estar vivas y ser útiles en el tráfico jurídico. Por lo demás, ese había sido el método seguido por Andrés Bello, que no despreció el derecho romano ni el castellano al regular las materias que recogió en su Proyecto de Código Civil.

El plan de este código debía comprender “las materias de mayor importancia y trascendencia”, las cuales pueden ser fijadas en un trabajo preparatorio de la comisión encargada de redactar el nuevo código o bien en una “ley de bases”, alternativa esta última que Fueyo consideraba más eficaz.⁹⁹ Sentadas estas premisas, el código debe llevar a cabo una unificación de las normas civiles y comerciales sobre contratos y otras materias relevantes, incluir las instituciones nuevas que ha ido desarrollando la doctrina y la jurisprudencia, y consagrar alrededor de 30 o 40 contratos de uso cotidiano que carecen de reconocimiento legislativo.¹⁰⁰ Otra tarea del proceso codificador es reducir las materias que están exageradamente pormenorizadas en el texto actual, evitando las reiteraciones, los tratamientos excesivos y los planteamientos intrincados,¹⁰¹ y también la necesidad de desarrollar aquellos tópicos que están pobremente tratados, ya porque hacia mediados del siglo XIX no requerían mayor atención, o porque ellos mismos han evolucionado y se han complejizado.¹⁰²

La inquietud codificadora no acabó con la muerte de Fernando Fueyo. Siguiendo su senda, la fundación que lleva su nombre suscribió en 1995 un convenio de cooperación académica con la Universidad de Chile y la Universidad Diego Portales con el propósito de estudiar y proponer modificaciones, supresiones, incorporaciones de instituciones y fusiones de los Códigos Civil y de Comercio, al cual se adhirieron al año siguiente las Universidades de Valparaíso, Concepción y Adolfo Ibáñez y la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, y que contó con el patrocinio Ministerio de Justicia.¹⁰³ Gonzalo Figueroa Yáñez ofició como secretario ejecutivo de la comisión académica constituida con ese fin,

⁹⁷ FUEYO LANERI (1991), pp. 579 y 581. La cita textual señala Fueyo que proviene de José Castán Tobeñas (1889-1969) y ha sido utilizada también por Felipe Clemente de Diego (1866-1945).

⁹⁸ FUEYO LANERI (1991), p. 581. Más adelante, Fueyo explica las “ideas o criterios de Bello que han de aprovecharse” (pp. 596-597).

⁹⁹ FUEYO LANERI (1991), pp. 585-587. El modelo para dicha alternativa es el derecho español, donde el Código Civil de 1889 fue precedido de la Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888.

¹⁰⁰ FUEYO LANERI (1991), pp. 587-593.

¹⁰¹ FUEYO LANERI (1991), p. 593.

¹⁰² FUEYO LANERI (1991), pp. 593-595.

¹⁰³ TAPIA RODRÍGUEZ (2005), p. 378.

cuyo trabajo se extendió por una década.¹⁰⁴ Cumple hacer presente que Figueroa también era partidario de elaborar un nuevo Código Civil, que aconsejaba debía estar dividido en siete libros (libro I, personas; libro II, familia y filiación; libro III, derechos reales; libro IV, teoría general del contrato y de las obligaciones; libro V, contratos en particular; libro VI, responsabilidad civil; libro VII, sucesiones).¹⁰⁵ Como fuere, la conveniencia de elaborar un nuevo código que reordene el derecho civil chileno dista de ser una cuestión pacífica en la doctrina.¹⁰⁶ En los últimos años, la única iniciativa que se conoce fue el convenio suscrito por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y que dio origen a una Comisión de estudios para nueva codificación comercial, que ha venido trabajando desde 2015 hasta la fecha.¹⁰⁷

V. LA FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI

La vida como jurista de Fernando Fueyo Laneri no puede acabar sin una referencia a la fundación constituida por su familia y la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales en 1994, que prolonga su legado.¹⁰⁸ Siguiendo su deseo,¹⁰⁹ ella tenía por objetivo la creación de un centro de investigación orientado al fomento y desarrollo de la investigación del derecho privado, además de administrar la biblioteca de más doce mil volúmenes y el fichero personal que Fueyo acumuló durante su vida.¹¹⁰ Entre las actividades que ha desarrollado esta fundación se cuenta una serie de seminarios sobre modificaciones a los Códigos Civil y de Comercio sobre los que ya se ha hecho referencia, la cátedra Fernando Fueyo Laneri¹¹¹ y un concurso para la publicación de las mejores memorias de prueba en derecho privado que se extendió entre 1995 y 2009.

¹⁰⁴ La Editorial Jurídica de Chile publicó cinco volúmenes de la colección intitulada *Estudios sobre las reformas al Código Civil y de Comercio*, donde se recogían los trabajos de dicha comisión y que reflejan los intereses que el propio Fernando Fueyo tuvo durante su vida. Ellos estuvieron dedicados a las siguientes materias: modificaciones al Título preliminar del Código Civil, teoría de la impresión y contratos preparatorios (1ª parte, 2000); teoría de los riesgos, derecho internacional privado, abuso de la personalidad jurídica y protección de la apariencia (2ª parte, 2002); abuso del derecho ante la Constitución (3ª parte, 2002); derecho registral inmobiliario (4ª parte, 2003); unificación de las reglas sobre contratos y obligaciones civiles y comerciales (5ª parte, 2005).

¹⁰⁵ FIGUEROA YÁNEZ (2005), pp. 108-116.

¹⁰⁶ Véase, por ejemplo, CORRAL TALCIANI (2018), pp. 227-228.

¹⁰⁷ ALCALDE SILVA (2019). Véase: <http://codificacioncomercial.cl/inicio/> [fecha de consulta: 18 de octubre de 2022].

¹⁰⁸ Véase <https://fundacionfueyo.udp.cl/> [fecha de consulta: 14 de agosto de 2022].

¹⁰⁹ Fueyo había dicho respecto a la biblioteca que mantenía en su hogar: “A mi juicio, debe continuar como una fundación a cargo de personas competentes, pero sin perder su individualidad. Estaría mal que pasara a anexarse a una Facultad de Derecho y perdiera su individualidad”. Cfr. QUINTANA ROJAS (1991), quien califica esta colección como “un verdadero instituto de características muy especiales”.

¹¹⁰ BARRIENTOS y CASTELLETTI (2002), pp. 107-121.

¹¹¹ El objetivo de la Cátedra Fernando Fueyo Laneri es que un profesor, nacional o extranjero, de reconocido prestigio internacional, ofrezca un ciclo de lecciones a alumnos de la Universidad Diego Portales, y participe en un seminario abierto al público donde se aborden las nuevas tendencias del derecho privado, propendiendo al debate y progreso de esta disciplina. Ella se ha dictado de forma ininterrumpida desde el año 1997 y ha estado a cargo de eminentes profesores chilenos y extranjeros. Entre ellos cabe destacar a Christian Larroumet (Universidad de París II Panthéon-Assas), Alejandro Guzmán Brito (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), Michel Grimaldi (Universidad de París II Panthéon-Assas), José Ramón de Verda y Beamonte (Universidad de Valencia), Daniel Peñailillo Arévalo (Universidad de Concepción), Enrique Barros Bourie (Universidad de Chile), Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid), Lis Paula San Miguel Pradera (Universidad Autónoma de Madrid); Nieves Fenoy Picón (Universidad Autónoma de Madrid); Álvaro Vidal Olivares (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso); Ramón Domínguez Águila (Universidad de Concepción) y Raúl Tavolari Oliveros (Universidad de Valparaíso).

Desde 2003, la Fundación edita asimismo la *Revista Chilena de Derecho Privado*,¹¹² que continúa la *Revista de Derecho Privado* que el propio Fueyo había publicado entre 1966 y 1967.¹¹³ Una vez más, el modelo seguido por Fueyo para su proyecto editorial (asociado al Centro de Estudios Ratio Iuris que dirigía) provenía de España:¹¹⁴ en octubre de 1913 Felipe Clemente de Diego Gutiérrez (1866-1945) y José María Navarro de Palencia¹¹⁵ habían fundado la *Revista de Derecho Privado*, que nació con el propósito de que los trabajos que en ella se publicasen tuvieran “*vuelo doctrinal*”, sin por ello carecer de utilidad práctica para los operadores jurídicos.¹¹⁶ Impresa por la Editorial Reus, la revista se edita hasta hoy. La Fundación Fernando Fueyo Laneri edita igualmente la *Colección de Derecho Privado* de los *Cuadernos de Análisis Jurídico*, que hasta el momento se compone de ocho volúmenes publicados entre 2004 y 2014.¹¹⁷

Durante la última década, la Fundación ha continuado organizado seminarios y coloquios sobre diversos temas de actualidad relacionados con el derecho privado, y ha lanzado “*Fueyo podcast*”, un programa que cuenta (hasta ahora) con tres temporadas y es llevado a cabo por Gramatical Producciones en alianza con Idealex.press.¹¹⁸

La biblioteca de Fernando Fueyo merece una mención aparte, pues constituyó una obsesión durante su vida y un logro del que se sentía orgulloso.¹¹⁹ Aída Kemelmajer de Carlucci cuenta cómo se fue formando esta copiosa colección, donde era posible hallar una gran cantidad de libros hispanoamericanos de difícil localización: “*Fernando ingresaba cada libro a través de una ficha manual que él mismo escribía con lápiz (siempre mostraba con satisfacción los ‘callos’ que tenía en los dedos de la mano por causa de ese trabajo). Durante el siglo XX, la producción bibliográfica argentina era cuantitativamente más importante en Argentina que en Chile. Por eso, cada vez que visitaba Buenos Aires, recorría los famosos puestos de los libreros de la plaza Lavalle y las casas editoriales que aún hoy se encuentran en los alrededores; todo lo que allí compraba, lo hacía enviar a Mendoza, siendo mi marido el encargado de trasladar ese cuantioso material a Chile, en alguna de nuestras visitas. En cada cruce de cordillera, teníamos que explicar a las autoridades aduaneras por qué trasladábamos esos enormes cajones, llenos con libros jurídicos, que Fernando atesoraba luego en su casa*”.¹²⁰ Situada en la propiedad de media hectárea que tenía en avenida Cristóbal Colón, número 4947, comuna de Las Condes, “[e]sa biblioteca y

¹¹² Véase <https://www.rchdp.cl/index.php/rchdp> [fecha de consulta: 14 de agosto de 2022].

¹¹³ BARRIENTOS y CASTELLETTI (2002), pp. 95-99.

¹¹⁴ Con todo, la nueva revista tenía también como modelo la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*.

¹¹⁵ Véase CALVO GONZÁLEZ (2020).

¹¹⁶ DÍAZ ALABART (2014).

¹¹⁷ Las materias de estos cuadernos han sido: tomo I, Temas de responsabilidad civil (2004); tomo II, De la codificación a la des-codificación (2005); tomo III, Temas de contratos (2006); tomo IV, Regímenes especiales de responsabilidad civil (2008); tomo V, Compensación económica por divorcio o nulidad (2009); tomo VI, Responsabilidad médica (2010); tomo VII, Incumplimiento contractual: nuevas perspectivas (2011); tomo VIII, Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas (2014).

¹¹⁸ Esos programas se encuentran disponibles en el canal de Youtube de Idealex.press, bajo la mención “Fundación Fernando Fueyo” (<https://www.youtube.com/playlist?list=PLftPMvIaSSPYEJ-WfbNkr7CLYXigo2Ngr>).

¹¹⁹ BARRIENTOS y CASTELLETTI (2002), pp. 110-112.

¹²⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI (2020), pp. 13-14.

ese fichero estaba siempre disponible para quien requería sus servicios, abierta sin condición ni reserva alguna”.¹²¹ Hacia el final de su vida, la colección bibliográfica que Fueyo acumuló era gestionada por tres jóvenes abogados que lo ayudaban y a quienes formaba como futuros docentes.¹²²

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ALCALDE SILVA, Jaime (2019): “La Comisión de Estudios de una Nueva Codificación Comercial para Chile”, en: ALCALDE SILVA, Jaime/EMBED IRUJO, José Miguel (dirs.), *La modernización del Derecho mercantil. Estudios con ocasión del sesquicentenario del Código de Comercio de la República de Chile (1865-2015)* (Madrid, Marcial Pons), pp. 609-615.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2021): “Imagina”, *El Mercurio Legal*, disponible en <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/AnalisisJuridico/2021/02/11/Imagina.aspx> [fecha de consulta: 15 de octubre de 2022].
- ALCALDE SILVA, Jaime (2022): “Arturo Alessandri Rodríguez y el nacimiento de la doctrina científica en Chile”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción* (núm. 40), pp. 135-149.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2020): *Drama del hombre, silencio de Dios y crisis de la historia. La filosofía antimoderna de Rafael Gambra* (Madrid, Dykinson).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2022): *Propiedad privada y libertad de empresa: Derechos fundamentales. Aspectos constitucionales y filosóficos* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2010): “La cultura jurídica chilena: apuntes históricos, tendencias y desafíos”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. XXXV), pp. 427-448.
- BARRIENTOS GRANDON, Javier y CASTELLETTI FONT, Claudia (2002): *Fernando Fueyo Laneri 1920-1992. Estudio biobibliográfico* (Santiago, Fundación Fernando Fueyo Laneri).
- BARROS BOURIE, Enrique (coord.) (1991): *Contratos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BARROS BOURIE, Enrique (coord.) (1991): *Familia y personas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BELLOC, Hilaire (1949): *La restauración de la propiedad* (traducc. de Alfredo Walker, Buenos Aires, Editorial Poblet).
- BLANDINO GARRIDO, María Amalia (2022): *El precontrato y la opción* (Cizur Menor, Aranzadi/Thomson Reuters).
- CALVO GONZÁLEZ, José (2020): “Olvidados traductores jurídicos: José María Navarro de Palencia”, en: *Revista Europea de Historia de las Ideas Políticas y de las Instituciones Públicas* (núm. 15), pp. 73-76.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (1992): “Indisolubilidad del matrimonio y divorcio ante el Derecho civil”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 19, núm. 1), pp. 35-52.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (1991): “Fernando Fueyo Laneri, *Instituciones de Derecho civil moderno*, Edito-

¹²¹ RODRÍGUEZ GREZ (1992).

¹²² QUINTANA ROJAS (1989).

- rial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, 602 páginas”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 18, núm. 1), pp. 167-169.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2018): *Curso de Derecho civil. Parte general* (Santiago, Thomson Reuters).
- COX, Loreto (2011): “Divorcio en Chile. Análisis preliminar tras la nueva Ley de matrimonio civil”, en: *Revista de Estudios Públicos* (núm. 113), pp. 95-187.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1982): “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, en: *Anuario de Derecho Civil* (vol. 35, fasc. 4), pp. 987-1086.
- DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo (1942-1943): “Federico de CASTRO Y BRAVO: *Derecho Civil de España. Parte general*, tomo I. Libro preliminar. Un vol. de 614 pág. Valladolid, 1943”, en: *Anuario de Historia del Derecho Español, 1942-1943*.
- DE LOS MOZOS, José Luis (1983): “Aproximación metodológica a la obra de Federico de Castro”, en: *Anuario de Derecho Civil* (vol. 36, fasc. 4), pp. 1547-1566.
- DÍAZ ALABART, Silvia (2014): “Cien años de la Revista de Derecho Privado”, en: DÍAZ ALABART, Silvia (dir.), *Cien años de la Revista de Derecho Privado 1913-2013*, (Madrid, Reus), pp. 5-13.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2005): “La influencia de la doctrina francesa en el Derecho chileno”, en: VV. AA., *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado*, vol. II (Santiago, Ediciones de la Universidad Diego Portales), pp. 61-80.
- ESCOBAR RIFFO, Fernando (1992): “Fernando Fueyo Laneri”, *Las Últimas Noticias*, 29 de marzo de 1992.
- FERRANDIS VILELLA, José (1960): “HÉRNANDEZ-GIL. Antonio: «Derecho de obligaciones», tomo I (La obligación y su estructura. Doctrina general de las fuentes de las obligaciones. Cumplimiento. Pago de las deudas de dinero. Problemas de fluctuación y estabilización monetaria). Madrid. 1960; 466 págs.”, en: *Anuario de Derecho Civil* (vol. 13, fasc. 3), pp. 986-989.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (2005): “Codificación, descodificación, recodificación del Derecho civil”, en: VV. AA., *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado*, vol. II (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales), pp. 101-116.
- FUEYO LANERI, Fernando (1966a): “El problema está en el método”, en: *Separata de la Revista de Derecho Privado* (año 1, núm. 4), pp. 1-23.
- FUEYO LANERI, Fernando (1966b): “La propiedad y las soluciones que el Derecho ofrece al orden social”, en: *Separata de la Revista de Derecho Privado* (año 1, núm. 2).
- FUEYO LANERI, Fernando (1980): “Proyecto de Código único de las obligaciones y los contratos para los países de origen latino (Estudio comparativo del Proyecto franco-italiano de las obligaciones, de 1927, y los Códigos sustantivos chilenos)”, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (t. LXXVII), pp. 105-147.
- FUEYO LANERI, Fernando (1982): *Teoría general de los registros* (Buenos Aires, Astrea).
- FUEYO LANERI, Fernando (1990): *Instituciones de Derecho civil moderno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FUEYO LANERI, Fernando (2004): *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 3ª ed. por Gonzalo Figueroa Yáñez (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GAMBRA CIUDAD, Rafael (1980): “La propiedad: sus bases antropológicas”, en: *Revista Verbo* (núm. 181-182).
- GARCÍA ESCUDERO, José María (1943): “CASTRO (FEDERICO DE): *Derecho civil de España. Parte general. Tomo I*. Valladolid, Casa Martín, 1943”, en: *Revista de Estudios Políticos* (núm. 9-10), pp. 207-215.
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2005): *Índice de Derecho privado. 1200 artículos de Derecho civil y de Derecho comercial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2018): *Índice de Derecho privado. 4500 artículos de Derecho civil y de Derecho comercial*, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1977): *La fijación del Derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1992): “El Código Civil y sus primeros intérpretes”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 19, núm. 1), pp. 81-88.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2000): *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2005-2006): “La enseñanza del Derecho. Historia y perspectivas”, en: *Anales del Instituto de Chile* (vol. XXV), pp. 273-382.
- HALPÉRIN, Jean-Louis (2017): “Exégesis (Escuela)”, en: *Revista de Derecho Universidad del Norte* (núm. 48), pp. 263-277.
- JESTAZ, Philippe y JAMIN, Christophe (2018): *La doctrina* (traducc. de Pascale Dufeu y Daniela Ejsmentewicz, Santiago, Rubicón).
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2020): “Fernando Fueyo Laneri”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 35), pp. 13-14.
- MARTÍNEZ, Marie-Laure (2006): “La *technique du plan* o el método francés de redactar textos jurídicos”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 33, núm. 1), pp. 177-185.
- MEDINA, Edén (2014): “Diseñar la libertad, regular una nación. El socialismo cibernético en el Chile de Salvador Allende”, en: *Redes* (vol. 20, núm. 38), pp. 123-166.
- MERINO SCHEIHING, Francisco (1977): “Fernando Fueyo Laneri: Interpretación y juez. Co-edición Universidad de Chile y Centro de Estudios «Ratio Iuris». Santiago de Chile, 1976.”, en: *Revista de Estudios Políticos* (núm. 216), pp. 277-279.
- MILLAR CARVACHO, René (2005): *Pasión de servicio. Julio Philippi Izquierdo* (Santiago, Ediciones UC).
- MUÑOZ LEÓN, Fernando (2014): “¿Hacia la academización de las Facultades de Derecho en Chile? Un análisis teórico y comparado del conflicto de las profesiones”, en: *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* (vol. 27, núm. 1), pp. 9-25.
- MUÑOZ LEÓN, Fernando (2021): *Introducción a la Historia del Derecho chileno* (Santiago, Ediciones DER).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (1989): “La reforma del Código Civil”, en: *Revista de Derecho Universidad de Concepción* (núm. 185), pp. 8-17.
- RÉMY, Philippe, (1985): “Éloge de l'exégèse”, en: *Droits* (núm. 1).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1992): “Rememoranza de un jurista”, *El Mercurio* (Santiago), 26 de marzo de 1992, p. A2.
- ROSSO ELORRIAGA, Gian Franco (2021): “Alejandro Guzmán, (no) codificador (1945-2021)”, en: *Roma e America. Diritto Romano Comune* (núm. 42), pp. 523-552.
- ROZAS VIAL, Fernando (1976): “Proyecto de reforma al Código Civil respecto a regímenes matrimoniales y capacidad de la mujer casada”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 3, núm. 4-6).
- QUINTANA ROJAS, Sonia (1991): “Hay que categorizar el Poder Judicial”, *El Mercurio* (Santiago), 11 de agosto de 1991, p. E11.
- SAMPER POLO, Francisco (2022): “Alejandro Guzmán, una vez más”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (vol. XLIV), pp. 115-117.
- SÁNCHEZ DE IRARRÁZAVAL, Elena (1989): *Pedro Lira Urquieta* (Santiago, Facultad de Educación, Pontificia Universidad Católica de Chile).

- SQUELLA NARDUCCI, Agustín (1992): “El último libro de Fernando Fueyo”, *El Mercurio* (Valparaíso), 31 de enero de 1992.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2005): *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- TAPIA VALDÉS, Jorge (2008): “Gonzalo Figueroa Yáñez: educador y reformador”, en: *Estudios de Derecho privado. Libro de homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- TOMASELLO HART, Leslie (1969): *El daño moral en la responsabilidad contractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- UGARTE GODOY, José Joaquín (2004): “Pedro Lira, jurisconsulto, humanista y sabido cristiano”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 31, núm. 1), pp. 11-38.
- VALDIVIESO LOBOS, Leonardo (2005): *Historia de la cátedra de Derecho civil en la Universidad de Chile. Texto, cátedras y catedráticos*, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago.
- VANUXEM, Sarah (2022): *La propriété de la terre* (Paris, Wildproject).
- VÁSQUEZ BOTE, Eduardo (1982): “HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: La posesión. Ed. Civitas, Madrid, 1980, 758 páginas”, en: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (núm. 550).
- VODANOVIC HAKLICKA, Antonio (1942): *Curso de Derecho civil* (Santiago, Nascimento), t. IV.

La presura y el año y día: en torno a la titularidad de la tierra y su defensa en la España altomedieval*

The “presura” and the year and day: on the ownership of land and its defence in early medieval Spain

Julio Baquero Gutiérrez

Valladolid, España.

Correo electrónico: julio.baquero@outlook.es. <https://orcid.org/0000-0002-2256-3862>.

Recibido el 4/07/2022

Aceptado el 17/10/2022

Publicado el 31/12/2022

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2022.n41.02>

RESUMEN: En los reinos hispánicos medievales hay dos instituciones jurídicas que afectan a la manera de adquirir o tener la propiedad de la tierra: la presura y el año y día. Son dos formas de acceder a la propiedad o posesión de la tierra. Presura es la ocupación de tierras no cultivadas, abandonadas, sin dueño conocido o tomadas al enemigo por las armas, para su puesta en cultivo. El año y día es una costumbre vigente en la Europa Occidental que legitima la tenencia de esas tierras ocupadas. Es el año agrícola. Probar el cultivo de esa tierra durante un año y un día libera de la obligación de justificar el título de adquisición de esa tierra. Su posible origen está en el interdicto posesorio romano,

ABSTRACT: In the medieval Hispanic kingdoms, there are two legal institutions that affect the way of acquiring or owning land: the “presura” and the year and day. These are two ways of accessing ownership or possession of land. “Presura” is the occupation of uncultivated land, abandoned land, land without a known owner or land taken from the enemy by force of arms, in order to cultivate it. The year and day is a custom in force in Western Europe that legitimises the tenure of these occupied lands. It is the agricultural year. Proving the cultivation of this land for a year and a day releases from the obligation to justify the title of acquisition of this land. Its possible origin is in the Roman possessory

* Trabajo desarrollado como Investigación en el Programa del Doctorado de Derecho que cursa en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid.

con el que guarda gran similitud, y fue adoptado por el Derecho Feudal a similares supuestos.

interdict, which is very similar, and it was adopted by Feudal Law for similar cases.

PALABRAS CLAVE: Año y día, *presura*, propiedad, posesión, derecho feudal.

KEY WORDS: Day and year “*presura*”, property, possession, feudal law.

I. INTRODUCCIÓN: RECONOCIMIENTO DE LA PRESURA. FINES Y FUNCIONES

A. Origen de la *presura*

Quizá en el Derecho Hispánico Medieval el mecanismo de acceso a los bienes más sorprendente sea la *presura*. Procede esta institución jurídica de las características especiales que atraviesa la Península Ibérica. La alegación de un derecho de *presura* es constante a la hora de justificar el hecho inicial, o título, en que se fundamenta la tenencia posesoria o la propiedad. No es una institución ni original ni novedosa en la Historia del pensamiento jurídico. En el fondo se trata de una *occupatio* romana de cosas abandonadas o tomadas al enemigo. La ocupación de estos bienes está sometida a unos condicionamientos específicos, pues no toda ocupación es *presura* o *aprisio*. El objeto de la *presura* es básicamente la tierra, tierra improductiva, abandonada y sin dueño conocido. El mecanismo para realizar una *presura* es la ocupación efectiva, el trabajo personal, previo su limpieza y desbroce, para su puesta en explotación. El solar apresado es susceptible de edificar casas para vivienda y establos para guardar el ganado. Se trata de fijar población. De este modo, la *presura* es considerada como título jurídico que produce efectos y consecuencias, y como tal, puede ser invocada ante los Alcaldes y los Jueces.

Así, mediante testamento que hace Pelagius Suarici, tras alegar buen estado mental y señalar la voluntariedad del acto, lega a la Sede de Coimbra y a su Obispo Cresconio una villa suya que obtuvo mediante *presura* en tiempos del cónsul Sisnandus, y que, tras su cese, fuera confirmada por el conde Don Raimundo conjuntamente con su esposa Doña Urraca, hija del Rey Don Alfonso VI, que hiciera por carta *confirmationis vel auctoritatis*. El cónsul Sisnandus había expulsado a los sarracenos de la ciudad¹ de Coimbra, en tiempo del Rey Don Fernando, padre de Alfonso VI. La *presura* que alega Pelagius fue hecha sobre tierras dejadas por los sarracenos tras ser derrotados y abandonar éstos la ciudad de Coimbra. El citado Conde Don Raimundo era yerno de Alfonso VI. El diploma es fechado a 1097. Este documento contiene, por otra parte, una reserva de usufructo vitalicio, un supuesto de *usufructo reservato*, al tener una manifestación de que este usufructo está vinculado a la posesión del bien durante su vida y, después de su muerte, la propiedad revierte a la Sede de Coimbra.

La *presura* tiene un nombre específico para Cataluña, cual es la “*aprisio*”. Pero el hecho de trascendencia jurídica, a que ambos vocablos se refieren, es el mismo. Tiene su precedente en la Roma

¹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, volumen I, pág. 506: “*villa mea quam habui de apresuria in temporibus consulis domni sisnandi et de qua mihi post eius excessum comes dompnus raimundus una cum coniuge orraca filia domni adefonsi cartam confirmationis vel auctoritatis fecit*”. Y añade: “*sed sciendum est dum vixero fructuario usu maneat mihi possidenda et post obitum meum ad prenominatam ecclesiam revertatur iuri perpetuo obtinenda*”.

Imperial en las licencias de ocupación que concedía el Emperador para las tierras fiscales. Con las invasiones germánicas, el Rey hereda el mismo poder dispositivo, supremo, que tuviera el Emperador. Los que llevan a cabo una “*prissio*” son primeros ocupantes sobre tierras vacías, y son *primi homines*, cuya ocupación tiene las connotaciones de adquisición originaria. Los Condes catalanes, personajes depositarios del poder político, hicieron “*aprisio*” sobre grandes extensiones, otorgando sobre ellas donaciones. Según Guillermo M^a de Brocá,² la *aprisio* confería la posesión, sin la obligación de pagar canon alguno por el disfrute de tal situación posesoria, siendo tal derecho posesorio susceptible de libre disposición, incluso a través de testamento. Y transcurrido el plazo de la prescripción adquisitiva de la propiedad de los treinta años que reconocía el *Liber Iudiciorum* el titular de una *aprisio*, adquiría la propiedad.

Señala Brocá³ que las *aprisiones* autorizadas por Carlos el Calvo, nieto de Carlomagno, en Cataluña sobre los antiguos territorios fiscales, fueron sustituidas por un sistema distinto en que las ocupaciones de terrenos iban dirigidas a fomentar una población. Son las *cartae populationis*, cuyo ejemplo más conocido es la de Cardona, que en 986⁴ concediera el Conde Borrell, nieto de Wifredo el Velloso. Se intitula “*gratia Dei comes et marchio*” como su citado abuelo, rememorando con el título de marqués la antigua designación histórica de la Marca Hispánica. Los hijos de Carlomagno llamaban a los habitantes del norte de los Pirineos los “*hispani*” al identificarles con los habitantes de la Marca Hispánica como originarios todos ellos de la antigua Hispania. Por una Capitular⁵ de Carlos el Calvo, 844, hijo de Ludovico y nieto de Carlomagno, dada en Barcelona a los godos e *hispani* que habitan la ciudad condal y el castillo de Tarrasa, ofrece protección y defensa. Pues bien, Borrell acoge en Cardona a todas las gentes, a todos los *habitadores* que vinieran a estar allí y que allí quisieran vivir. El reclamo poblacional es muy explícito pues la facultad de repoblar se refiere a que los pobladores pueden hacerlo en todos los lugares, ya cristianos, ya paganos, ya *eremos*, o en tierra cultivada o en lugares desiertos, y que con “*iure quieto teneant et possideant*”. Se trata de concesiones de posesión protegidas por el derecho. En la citada carta poblacional de Cardona se contiene una referencia directa con un llamamiento a la observancia de la normativa “*secundum canonem*”;⁶ es decir, el Derecho Canónico, así como a las *leges Gotorum*, que vale tanto como proclamar la plena vigencia del *Liber Iudiciorum*. Cuando el Conde Borrell señala estas dos normativas como vigentes, se trata de una imposición dirigida a pontífices, es decir, Obispos, clérigos, abades, monasterios y a todo grado de la Iglesia, y laicos, es decir, vicecondes o vizcondes, y señores. Aunque pudiera deducirse que “*secundum canonem*” no

² BROCA (1918), p. 76. Por nota 12, reseña un juicio de 862 entre Soman, que se había apoderado de villa Setereto alegando que la recibió del Conde Salomon “*pro beneficio seniore meo Salomon comes*”, y el contendiente en la litis era Witiscló el cual afirmaba que la había recibido por donación de su tía Aglosia quien la tuvo por más de 30 años *per ruptura et apresione de patre suo Ase-nario*. Probado todo ello por Witiscló, obtuvo sentencia a su favor.

³ BROCA (1918), p. 84.

⁴ MUÑOZ (1847), pp. 51-55. En algunos de sus pasajes puede leerse: “*ut omnes gentes, omnes abitatores, qui ibidem stare veniebant... et hic vivere volebant, iure quieto tenuissent et possidissent perpetualiter*”. Más adelante dice: “*abitatores eius adquirere potuerint in omnibus locis, sive in Christianis sive in paganis, sive in eremo, quam in cultum, vel in desertis locis, iure quieto teneant et possidenat, sicut iam supra diximus, sine aliqua inquietatione, ver funcione, vel redivicione, et sine aliqua dubitatione de nullum ominem sinceriter et securiter in perpetuum*”.

⁵ GARCÍA-GALLO (1967), pp. 462-463 del Tomo II: “*Gothos sive Ispanis intra Barchinonam famosi nominis civitatis vel Terracium castellum quohabitantes simul cum his omnibus qui infra eundem comitatum Barchinonae Hispani...*”.

⁶ BROCA (1918), p. 86, nota 14.

se refiere al Derecho Canónico, el contexto en que se refiere,⁷ y la distinción entre “*canonem et leges Gotorum*”, lo que ha llevado a algún autor a proponer que estando “*canonem*” en singular, se debe entender como “*regla*” descartando la referencia a la doctrina y normativa eclesial. No obstante ello, entiendo que visto el contexto referido, así como la influencia que venía secularmente ejerciendo la Iglesia, y que la obediencia exigida a los clérigos y *fratres* de monasterios, como se ha visto ya en el Concilio de Coyanza, aun siendo esta carta poblacional de Cardona muy anterior, en mi opinión para interpretar este texto tiene peso suficiente que *canon* y *lex gotorum* vayan unidas por el “*et*” lo que nos permite concluir que el *comes et marchio* Borrell estaba pensando que el *Liber Iudicum* y el *canon*, es decir, norma de Derecho Canónico, no eran lo mismo.

Como puede colegirse, el Conde Borrel no se limita a hacer un llamamiento a la repoblación simplemente. Está reafirmando la legislación aplicable sobre las tierras repobladas, siendo llamativo el recuerdo de la *Lex Gotorum*, lo cual le aparta de la legislación franca, que procuraron aplicar en los condados catalanes Carlomagno y sus sucesores. No podía hacerlo de otra manera Borrell, pues los *hispani* –“*sus hispani*”–, se regían por la legislación visigoda. El propio Carlomagno no pudo entenderse de esta realidad. Así, en 812 concedió a los *hispani* tierras yermas para su colonización. Esta masa de *hispani* había traspasado los Pirineos huyendo del invasor sarraceno. El emperador franco hizo una confirmación real de las *aprisiones* cuando al menos tuvieran una antigüedad de treinta años, lo que acredita que por vía consuetudinaria, para los *hispani* se aplicó la consolidación de una situación posesoria, nacida de la *aprisio*, transformándola en propiedad, conforme regía la *Lex Gotorum*. Cuando su nieto Carlos el Calvo, en 844, confirma *aprisiones* de los *hispani*⁸, éstos ya residen en territorio barcelonense, con lo que la vuelta al sur catalán muestra que buena parte de *hispani* ya se había reinstalado en sus antiguos lares, al sur de los Pirineos.

A lo largo del examen de todos estos reseñados documentos, hemos comprobado la incesante referencia de *hereditas* constatando la realidad de propiedades o en su caso posesiones de tierras, sobre todas las cuales su titular tenía un amplio poder de disposición.

En todo caso, aunque no entra en la intención de quien esto escribe tratar de enmendar la plana a tan gran medievalista como es Le Goff, no se puede, de forma tan tajante como lo hiciera, afirmar que en la Edad Media no existiera la propiedad,⁹ salvo que con ello se quiera decir que la propiedad medieval no tuviere la misma conceptualización jurídica que en el Derecho Romano Clásico o la consideración jurídica que la propiedad pueda tener en la actualidad. Tal vez influyera en su ánimo la realidad francesa, fruto de la Revolución, que conceptuó la *tenure* posesoria de la tierra como verdadera propiedad.

En el Reino Visigodo, en la Alta Edad Media, sus Reyes reconocen el instituto jurídico de la propiedad cuando proceden a incautar los bienes y propiedades de los enemigos o adversarios políticos de la Corona, como sanción económica para castigar revueltas y rebeliones de personajes poderosos. Tam-

⁷ MARAVALL (1997), pp.128 y ss.

⁸ MARAVALL (1997), pp.128 y ss.

⁹ LE GOFF (2008).

poco puede decirse que la Hispania de la Reconquista no hubiera propiedad privada. La peculiaridad de la península Ibérica consiste en que confluyen recuperación territorial mediante la acción bélica y repoblación de amplios horizontes abandonados, es decir, tierra aparente y prácticamente de nadie. Y la ocupación por particulares, grupos familiares o la propia Iglesia, mediante la *presura* o la *aprisio* en las condiciones que en el sistema foral se señalan, una vez plasmadas por escrito en textos las antiguas normas de derecho consuetudinario, no avalan la afirmación de Le Goff, a que en otro lugar hicimos referencia.

En efecto, existió la pequeña y mediana propiedad privada en la Hispania Medieval. Significativas eran el *alodio* y los bienes *alleux*, éstos del Derecho franco, aunque con cierta presencia en las demarcaciones catalanas. La *presura* era tolerada como un mecanismo aceptado por los reyes neogóticos¹⁰ para fomentar la repoblación como medio de consolidar su poder regio sobre territorios conquistados por la fuerza de las armas. La *presura* significaba la ocupación de una tierra sin dueño conocido, inculta, es decir, yerma, como cosa propia con autorización del poder soberano¹¹ confiriendo al ocupante, *presor*, el derecho de propiedad sobre ese predio. En el documento referenciado aparece que sobre esa propiedad se hizo mediante *presuria* o *presura*, y que además tal apropiación se llevó a cabo *cum cornu et alvende de rege*, que es tanto como señalar que tal *presura* se hizo con la complacencia regia. Para Ignacio de la Concha, la *presura*¹² es la institución con efectos jurídicos que resuelve el problema social y económico en la época de la Reconquista. Problema social de facilitar a grupos de población tierras yermas para su sustento, y económico con la finalidad de obtener alimentos para la repoblación de amplios territorios. Se trataba de revitalizar un amplio territorio vaciado estratégicamente por Alfonso I, como barrera desertizada de más de cuatrocientos kilómetros para minimizar en lo posible los estragos producidos por los ataques anuales de los musulmanes.

B. Fines de la *presura*

En todo caso, en el periodo que comprende la Alta Edad Media, los primeros tiempos de la Reconquista, como un mecanismo que impulsaba la Repoblación, la *presura* o *aprisio*, en el fondo, no deja de ser una ocupación de bienes raíces sin dueño conocido, abandonados y sin apariencia de ser cultivados, aspecto éste que saltaba a la vista. Esta ocupación y subsiguiente cultivo de la misma conferían a *presor* un derecho sobre la tierra. El objeto de la *presura* eran tierras yermas previamente sometidas a la soberanía regia en virtud de conquista bélica. En el supuesto de que tales territorios apresados no hubieran sido objeto de conquista militar, la *presura* o apresamiento mediante cultivo de dichos inmuebles por particulares, súbditos de la monarquía, podía ser interpretada como un acto de repoblación que anticipaba la reconquista regia de dichas tierras. Eran actos de toma complementaria

¹⁰ DA GAMA (1946), t. IV, pp. 27 y ss.

¹¹ *Portugaliae Monumenta Histórica. Diplomata et Chartae*, Volumen I (1867) p.4. Se recoge una “*donatio bonorum ecclesiae de Sozello facta*” fechada a 870 en que puede leerse: “*Ego cartemiro et astrillo accepti voluntas dei. Et factus de ipsa ecclesia cum ipso casale testamentum post partem de propinquis nostris, et pro remedio animas nostras et omnes defunctorum que in ipsa ecclesia sepulti sunt. Contestamus ad ipsa ecclesia illa hereditate per suis terminis que habuimus de presuria que preserunt nostros priores cum cornu et cum alende de rege habuimus VI^a de ipsa villa que habuimus per particione et medietate de illa fonte...*”. Señala el documento, un poco más adelante “*et qui bono fuerit et vita sancta perseveraverit habeat et possideat*”.

¹² DE LA CONCHA (1943), p. 4. Así expresamente recoge la expresión “*cum cornu et cum alvende rege*” en documento de fecha 870 relativo a una *donatio bonorum fecha a ecclesiae de Suzello* 4.

de territorios. El derecho de *presura* quedaba supeditado a un reconocimiento regio, ya previo, ya simultáneo al hecho mismo de la ocupación o reafirmado por una expresa o tácita posterior del Rey o de sus delegados.¹³

Conviene tener en cuenta que ambas actividades, la reconquista y la repoblación corrían paralelas. De ahí que la tarea militar dirigida por el Rey, le facultase para sí la soberanía de las tierras conquistadas. Soberanía regia que era sinónimo de propiedad absoluta. Esta actividad de la *presura* partía unas veces de la iniciativa repobladora de los reyes o de los condes, como representantes territoriales de aquél, y otras era realizada a virtud de iniciativa privada, de grupos familiares. Un ejemplo de *presura* real lo relata Claudio Sánchez Albornoz,¹⁴ refiriendo un supuesto en que el primogénito de Alfonso III, Don García, en 909 dona al Monasterio de Abeliar. La *presura* fue hecha por su abuelo el Rey Ordoño I. Como ejemplo de *presura* particular¹⁵ puede citarse la confirmación que el ya citado Rey Ordoño I en 854 hizo de la *presura* de la villa de Orede. La *presura* solía ir deslindada con visibles señales puestas con cruces y calterios, para evitar intromisiones de terceros, reafirmando la propiedad y reclamaciones posteriores. Es el cumplimiento del necesario requisito de la publicidad del acto. Hay que significar en el presente caso que la *presura* era de índole particular. El Rey, como dueño de la totalidad del territorio regio, consiente la situación del *presor* en relación con la tierra que ha sido objeto de la *presura*. El documento regio es una concesión y confirmación de la misma, para garantizar la propiedad adquirida por la *presura* particular.

Presura que como medio de facilitar la repoblación e incentivo para la recuperación económica en unas tierras arruinadas por la devastación de las guerras, se observa en el Fuero de Arganzón¹⁶ fechado a 1191, en cuyo párrafo treinta y cinco se faculta a quien de cualquier parte viniere para labrar tierras yermas las cuales serán poseídas como las suyas propias. Aquí se introduce una esclarecedora distinción de la manera de tener las cosas, dado que a las tierras yermas labradas, es decir, tomadas por *presura*, y cultivadas, se las concede un tratamiento jurídico bajo el sistema posesorio, en tanto que a las suyas propias del *presor*, que bien pudieran ser *alodios* o bienes *alleux*, se las señala con una conceptualización de tierras en régimen de propiedad al decir “*como las suyas propias*” lo que encaja en la misma consideración que los denominados bienes *cateux*, “*capitales*”, conceptuados como plena propiedad. En este mismo texto foral se admite, pues, expresamente el régimen jurídico de la propiedad de bienes. Se trata de la consagración del principio de propiedad plena, objetiva y defendible *erga omnes* de la *medianetum*, es decir, respecto de cuanto el súbdito tuviere en las tierras, ganados y demás bienes, el poblador de Arganzón, por decisión regia de Alfonso, Rey de Castilla, siempre tendrá su *medianetum* para ante todos los hombres. Cuando se refiere a la puerta de vuestra villa se está señalando el lugar

¹³ MORÁN (2002), p. 152, t. II.

¹⁴ SÁNCHEZ-ALBORNOZ (1976), p. 621 del Tomo II: “*Senara qui est ad Turrem de Sancta Maria Alua qui fuit de presura de avio nostro domno Hordonio*”.

¹⁵ SÁNCHEZ-ALBORNOZ (1976), p. 595 del Tomo II: “*vindo et dono et concedo et confirmo tibi Purello, et filiis tuis, villa per ubi illa primitter adpresisti, cum tuos calterios et tuas crucis, ante alios omnes descalido..., secundum illa illo adprestisti, tibi concedo cum tuos calterios et tuas cruces, tibi vindo et concedo et confirmo...*”.

¹⁶ MARTÍNEZ (1982), p. 171. Art. 35: “*Et ubicumque inveneritis terras ermas laborate illas et possidete sicut vestras propias*”. Art. 25: “*Habeatis semper medianetum vestrum cum omnibus ad portam ville cestre, et ibi facite directum quod iudicatum fuerit de omnibus occasionibus et iudicatis qui vobis infanzones vel villani ver extranei demandaverint*”.

donde se imparte la justicia, el lugar donde se hace el derecho y donde se llevan a cabo los juicios sobre las cosas que los infanzones o vecinos villanos o extraños reclaman. Reconocer la *medianetum* o *medietate* por el Rey de Castilla presupone que se trata de personajes *iuniores*. Han transcurrido casi dos siglos desde la plasmación del Fuero de León y en territorio geográficamente próximo, pero distinto, se observa la asimilación de situaciones jurídicas. Ello prueba el carácter expansivo y unificador con que el Derecho opera. Las uniones políticas necesitan de la existencia de un Derecho que sustente dicha unificación. Sin un Derecho uniforme no es posible un Estado Moderno. El Derecho en tal momento histórico será un arma política necesaria para la constitución del Estado Moderno.

El mismo referido criterio respecto de la necesidad de poner en explotación tierras yermas se observa en el Fuero de Treviño,¹⁷ otorgado por Alfonso X, en 1254. Aquí se observa no una autorización regia para la *presura*, sino un mandato real, no solo para labrarlas sino también para tenerlas como suyas propias, es decir, en plena propiedad. Al conceder Alfonso VIII Fuero a Cuenca,¹⁸ se declara de forma expresa que la roturación, *-extirpatio-* es decir, la puesta en cultivo de tierra yerma, fuera de los tejidos de la ciudad o incluso en bien raíz de titularidad ajena, es decir, siendo conocido que la titularidad pertenece a alguien, pero que reiterada y voluntariamente no es cultivada, es decir, con la apariencia de ser abandonada, tal *presura* equivale a título de firmeza de propiedad. Estaríamos aquí ante una situación de ocupación habilitada por el abandono de su explotación por el dueño, ocupación hecha legal por el aval de la decisión regia.

La donación, como instrumento que facilita la repoblación y puesta en funcionamiento de la tierra, también aparece en la copia romanceada del Fuero de Arguedas,¹⁹ que en 1092 concede Don Sancho Ramírez, Rey de Aragón y de Navarra. La donación faculta a los pobladores para hacer *escalio* o roturación en la Bardena en los terrenos yermos.

La institución de la *presura* tiene matices que recoge el Fuero de Palencia.²⁰ Así, en su artículo tercero, *de collacis*, establece que si dichos solares yermos, que nunca fueron del Obispo, sino de particulares, si durante un año éstos no los poblaren, serán propios del Obispo a perpetuidad. Se trata de un derecho de reversión a favor del titular de su territorio que lo tiene en concepto de *dominus ex iure et hereditate* por concesión real. Similar situación se contempla en el Fuero de Sahagún, dado por Alfonso VI en 1084. La no ocupación o posesión de tierra durante un año acarrea la pérdida de la posesión

¹⁷ MARTÍNEZ (1982), p. 205: "Et o quier que fallaren heredades yermas en sus terminos mando que las lavren, et que las ayan assi cuemo suyas propias".

¹⁸ DE UREÑA (1935), Fragmento conquense: "Et mando, que si alguno rrompiere fuera exido o de rrays agena lo fisiere, firme lo aya". En <https://previa.uclm.es>. En Capítulo II rúbrica XXV, Estatuto de heredades: "Extirpatio etiam, quam quis extra exitum vel radicem alienam, fecerit, rata habeatur". En casi idénticos términos, el Fuero de Heznaforat: "Rotura que faga qual quier fueras de exido o de raíz ayala firme".

¹⁹ MUÑOZ (1847), p. 329: "Et do a vos en toda la Bardena de Arguedas...et podades escaliar en la dicha Bardena ho a vos ploguieren los hyermos".

²⁰ DE HINOJOSA (1919), p. 188: "De collacis. 3": "Et omnes solares eremi de Palencia, qui nunquam fuerunt de episcopo Palentino, es quibus aliquando suum solidum per pesquisa legitima, de huismodi solaribus quos invenerint per pesquisam, illo qui hodie tenent illos solares, si populaverint eos usque ad istum primum annum cum collacio qui sus sint episcopi et integrum forum faciat episcopo, habeant eos populatores. Qui vero non populaverint eos, sicut dictum est, et secundum quod deinceps usque ad unum annum perdat solares suos per ubicumque fuerint, ita quod nunquam ipse nec aliquis se successione sua eos repetere possit nec debeat, sed sint proprii Palentini episcopi im perpetuum".

y el retorno de la misma al Abad del Monasterio.²¹ En suma, la explicación más lógica de tal norma foral es que la propiedad soberana de los fundos compete al titular que en el caso de Palencia es el Obispo y el Cabildo, y respecto de Sahagún, el Abad. Los particulares, sobre tales fundos solamente disponen del derecho posesorio. Y esta posesión estaba sometida a la necesidad del uso. La tenencia posesoria de tales fundos, su uso, era el título legitimador. Y derecho que no es usado, es derecho posesorio perdido, con lo que se reunificaba, en manos del titular *ex iure et hereditate*, el dominio útil, en la propiedad señorial.

Para los casos de conflicto sobre la tierra labrada entre dos pretendientes, señala el Fuero de Cuenca²² que ante el Juez se haga testimonio y se concede la misma a quien la labró primero. Es la aplicación del principio *prior in tempore, potior in ius*. La *presura* en el mismo Fuero requiere que la labor sea hecha con arado o legón surco a surco, como requisito para defender la heredad, sin que pueda ser acogido cualquier otro tipo de apropiación.²³ Un principio no romano y que está inspirado en el Derecho germánico, presente en el Derecho Hispánico, viene recogido en el mismo Fuero de Cuenca²⁴, aplicable al supuesto de que alguien en finca ajena realizare trabajo de siembra, si el dueño no reclamare en el plazo de nueve días, carece de derecho sobre la cosecha realizada por tercero al cual pertenece.

II. EL PLAZO DE AÑO Y DÍA

El plazo del año y día tiene acogida en el Fuero de Cuenca y nadie puede ser inquietado si la tenencia del bien inmueble fue corroborada. La corroboración es la publicidad del acto. Se exceptúan los bienes del Concejo, los de la Iglesia, los bienes de quienes hayan ido en peregrinación, los del cautivo

²¹ MUÑOZ (1847), p. 303: “Quando populator acceperit solum dabit uno solido atque duobus denariis. Et ita unumquemque annum, de singulos solos dabantur sigulilsnolidis. Sane vero si in ipsa anno non populaverint illum perdet eum”. Aunque hasta 1255 transcurren varias décadas y sucesos graves, tanto en Sahagún como en Palencia. Con revueltas populares, para ambos lugares el Rey Alfonso X el Sabio dictó por vía de sentencia, nuevos Fueros. En concreto en el de Sahagún de 1255, expresamente se repite la misma solución, esto es reforzar el carácter de reversión al Monasterio al decir “Et quien toar solar, et non lo poblar hasta un anno, pierdalo”.

²² DE UREÑA (1935), Cap. II, XIX: “Et si sciendum, quod labor cum aratro factus, et cum legone, et attingens terram a sulco usque ad sulcum potest hereditatem defendere: alia enim presura minime valet”. En <https://previa.uclm.es> forma sistemática, en Capítulo II, rúbrica XIX: “Quicumque in hereditate sua allium invenerit laborantem, nec illum convenerit, donec opus perficiatur, et hoc laborator firmare potuerit, non respondeat ei pro opere, veluti si agrum seminaverit quis allium, licet pro radice sit convictus, et habeat eam dimittere, sicut sepe dictum est, cum calumpnia decem aureorum: tamen in hoc casu mando, quod dominus radice nichil habeat de fructu. Si vero vinneam plantaverit, aut domum hedicaverit, vel alius opus istis consimile fecerit, si postea pro radice convictus fuerit, dimittateam cum calumpnia predicta. Set tamen postquam dominus calumpniam colligat, redimat opus estimatione duorum alcaldum, vel vicinorum; vel si laborator maluerit, faciat ei querelous tantum ac tale opus, et in consimile loco. Si laborator firmare non potuerit, sicut dictum est, iuret querimoniosus cum quodam vicino, quod ad die, que viderit eum operantem, usque ad novem diem impetuvit illum, et laborator respondeat ei pro radice et opere. Si autem iurare noluerit, aut nequiverit, amittat laborem, sicut dictum est”.

²³ DE UREÑA (1935), Fragmento conquense: “Quod quier que rays robrada tuviere, non responde por ella, si anno e dia ovriere pasado, si non fuere heredad del conçejo o de iglesia que non puede ser dada nin vendida...”. En <https://previa.uclm.es>, forma sistemática, cap. VII, rúbrica X: “Quicumque raboratam radicem tenuerit, non respondeat pro ea, die et anno transacto, nisi fuerit hereditas concilii, aut ecclesie, que non potest dari, nec vendi, excepta hereditate peregre profecti, et captivi, adque pupilli nondum annos discretionis habentis. Pro alia vero radice habet respondere omni tempore dando cautionem, unde eum contigit. Verumptamen siquis tale scelus perpetaverit, pro quo, si capi possit, capitalem sententiam subiret, si post annum et diem redierit, et hereditatem suam ab alio occupatam invenerit, non habeat eam”.

²⁴ Esta misma idea pasa el Fuero de Requena, que se repobló a Fuero conquense en época de Alfonso X el Sabio.

y los del huérfano menor de edad. Se pueden usucapir los bienes de quien cometiere delito penado con pena capital si, regresado a Cuenca pasado un año, se encuentra su inmueble ocupado por otro.²⁵

En plena consonancia con lo relatado sobre estas materias en el Fuero conquense, que opera a manera de derecho común y expansivo, el Fuero de Baeza,²⁶ fuero de frontera y a la sazón de la misma familia conquense, como el de Baena, y tantos otros de Andalucía, también recoge el criterio legitimador de bienes raíces tras acreditar el transcurso del año y día. El plazo para computar el transcurso del plazo del año y día es doble, pues tanto se hace referencia a la mera tenencia del bien, como al cómputo del tiempo referido desde que tal bien fue roborado. Seguidamente se excluye de la tenencia legitimadora del año y día en todo lo referente a bienes de la Iglesia, de los cautivos y de los huérfanos, pues esta tal heredad no se pierde y quien la tuviere debe responder por ella.²⁷ En cambio, en el supuesto de que alguno escapare a la acción de la justicia, si después de año y día retornare a Baeza y reclamase sus bienes, si los tuviere un hombre declarado enemigo suyo, no se las dé.²⁸ Tal pérdida de sus derechos no es seguro que operase en el supuesto de que los bienes estuvieren en poder de un vecino no enemigo suyo. La declaración de ser enemigo viene dada por ser un vecino que ha sufrido un daño o afrenta.

Requena²⁹ fue poblada a Fuero de Cuenca, en tiempos de Alfonso X el Sabio. Y en su título II se contienen dos interesantes normas; una, para el caso de contienda sobre una heredad; y dos, del supuesto de quien viere que otro labra en su heredad. Las soluciones forales se basan en un respeto al criterio de dar por bueno el mejor derecho a la obra realizada en predio ajeno o el derecho a la cosecha si el dueño del inmueble no hubiere formulado denuncia antes de que la obra o el trabajo estuviere hecho. En el primer supuesto se aplica el criterio de *prior in tempus, potior in ius*; y en el segundo, se anula el principio de que el dueño del suelo lo es también respecto de cuanto en el mismo se lleva a cabo.

El año y día del Derecho Común Medieval europeo supone una clara ruptura con los plazos legales prescriptivos consagrados en el Derecho Romano, cifrados en diez, veinte o treinta años. Tal discre-

²⁵ DE UREÑA (1935), Fragmento conquense: “Qual quier que rays robrada tuviere, non responda por ella, si anno e dia oviere pasado, si non fuere heredad del conçejo o de iglesia que non puede ser dada nin vendida...”. En <https://previa.uclm.es>, en Forma sistemática, Capítulo VII, rúbrica X: “Quicumque roboratum radicem tenuerit, non respondeat pro ea, die et anno transacto, nisi fuerit hereditas concilii, aut ecclesie, que nec potest dari, nec vendi, et excepta hereditate peregre profecti, et captivi, adque pupilli nondum annos discretionis habentis. Pro alia vero radice habet respondere omni tempore dando cautionem, unde eum contigit. Verumptamen siquis tale scelus perpretaverit, pro quo, si capi possit, capitalem sentenciam subiret, si post annum et diem redierit, et hereditatem suam ab alio occupatam invenerit, non habeat eam”.

²⁶ Roudil (1962), pp. 127-174 y 219-380. Art. 44: “ Tod aque que hereditat o qual rayz que quiere toviere o viere roborada ano e dia oviere pasado, non responda por ela, si pudiere firmar que ano e dia a pasado que la a robrada...”.

²⁷ Roudil (1962), Art. 44: “...salvo hereditat de ecclesia, e de cativo ey de huerphano que fuere en tiempo que non sepa entender de bien e de mal; esta tal hereditat no's pierde a qui la toviere responda por ela”.

²⁸ Roudil (1962), Art. 45: “Sy algun omne tal mal fiziere por que a de ser justiciado; si preso fuere, mas escapare e despues d'ano e dia tornare a demandare fascas lo suio, el que tuviere lo suio del enemigo no le dé”.

²⁹ Domingo (2008), Título II, Ley IV: “De dos que contienden sobre una eredad”: “...e por esta razon mandamos defender e firmar primeramente a aquel que primero labro en ella, porque qualquier que sobre lavor agena entrare a de pechar 10 maravedies...e si probar pudiere, aya su eredad”. En mi opinión se trata de un ejemplo de protección de la posesión fundada en la existencia de un mejor derecho a poseer. Y la Ley XII que trata “del que viere a otro labrar en su eredad” señalando que “qualquier otro que viere labrar en su eredad e non le enplazare ante que la obra sea acabada et esto lo pudiere probar el labrador, non le responda por la obra, asi como si sembrare campo alguno ageno mager que sea venquido por la rayz y la aya adexar, como dicho es, con la calonna de 10 maravedies, et pasi en este caso que el señor de la rayz non aya nada del fruto, o si vinna plantase o fiziere casa o otra cosa semejante...”.

pancia con los plazos romanos tiene una justificación en las nuevas circunstancias, tan patentes en la realidad de la antigua Hispania. La necesidad de poner en explotación nuevas formas de sustento de una población en expansión, la influencia del año agrícola, hizo posible la habitual aceptación del plazo del año y día. La tangencialidad del día tenía un carácter fatal confirmatorio.³⁰

También tiene acogida la institución del año y día en el Fuero de Miranda de Ebro, fechado a 1177. Es evidente la finalidad repobladora del lugar, siendo beneficiados estos pobladores mediante donación regia “*de quanto a mi real persona corresponde poseer*”. Aunque en esta alocución regia se confunde propiedad, que al Rey corresponde, con posesión, los bienes y derechos entregados no son en concepto de propiedad, sino de posesión. La cesión regia comprende la posesión, “*para que tengáis y conservéis esta mi donación firmemente*”, disponiendo los pobladores de licencia regia para vender, donar y dar en herencia respecto de bienes integrados en el alfoz mirandés, y en las afueras del alfoz cuanto adquirieren puedan disponer de ello, y poseerlo de forma libre conforme el Fuero de Miranda. La reiteración de la facultad de disponer de las cosas a su voluntad así como del título de las mismas que tienen en virtud de su posesión, matiza el carácter posesorio para estos bienes. La retención de una heredad durante un año y un día sin protesta confiere la posesión libre y exenta, ampliable a cuanto puedan adquirir por compra u otro acto de disposición, posesión que es libre y exenta conforme el Fuero de Miranda.³¹ La misma preocupación regia por la repoblación se observa en Alfonso X en el Fuero de Baeza. Era el Concejo³² el encargado de conceder a los nuevos pobladores el lugar para hacer éstos sus casas. Y si no se les dieran, acudirán al juez y a los alcaldes para que puedan hacer sus casas cerca de las otras casas en lugar comunal.

El año y día y la *presura* tienen plena vigencia en el Fuero de Logroño. Anota Muñoz y Romero que este Fuero plasma por escrito la costumbre generalizada para todos los pueblos de Rioja, Vascongadas y tierras de Burgos y Santander. Datado de 1095 y otorgado por Alfonso VI, tiene una clara intención repobladora. Era derecho consuetudinario de ámbito territorial que tener la posesión un año y día, sin mala voz, confiere a tal posesión tenerla quieta y libre, quedando así mismo facultados para llegar a tierras *heremas*, es decir, las que no son trabajadas³³ y que tienen toda la apariencia de estar abandonadas.

El Comendador del Hospital de Carrión, Don Gonzalo, en 1278 otorga carta de población a los so-

³⁰ MORÁN (2002), p. 154.

³¹ CANTERA (1945), Art. 8: “*Et do vobis in donatione totum...quos ego ibi habeo populatum et de populatum que mee perssone regali pertinescunt habendi...quod habeatis menú teneatis istam meam donationem firmiter...*”. Art. 9: “*...sed habeant omnia salva, quita et libera et nobiliaad forum de miranda sicut alia que habuerint*”. Art. 10: “*Et si necesse fuerit eis, quos possint vendere vel donare ciicumque et quomodocumque voluerint hec et alia quo habuerint*”. Y respecto del año y día, dice el art. 11: “*Et quilibet populator qui tenerit suam hereditatem per annum et diem sine mala voce, habeat eam liberam et quitam. Et alii qui compraverunt vel acceperint habeant eam liberam et quitam ad forum de miranda*”.

³² ROUDIL (1962), Art. 34: “*Fagan casas do el conceio del logar les diere, a si ellos non los dieren, vaia el juez e los alcaldes e denes e fagan casas cerca de las otras en logar comunal*”.

³³ MUÑOZ (1847), pp. 334 y ss: “*Et nullus populator de hac villa qui tenerit sua hereditate uno anno et uno die sino ulla mala voce habeat solta et libera...*” y añade seguidamente “*Et ubicumque potuerint infra terminum invenire heremas terras, quae non sunt laboratas laborent eas...*”.

larriegos de Villaturde.³⁴ La autoridad citada queda facultada para disponer de algún suelo yermo o despoblado, una vez pasado el plazo de nueve días. De esta norma se puede apreciar la preocupación por la puesta en explotación de las tierras y la repoblación del territorio.

La necesidad repobladora se observa en la Península Ibérica a medida que se abre militarmente el horizonte hacia el sur. Así, en el Fuero de Andújar,³⁵ típico fuero fronterizo, en la Ley 134, se declara bajo el título “*que non responda por raíz roborada despues de año e día*”. Tener *raíz roborada* equivale a poseer inmueble procedente de previa posesión o tenencia de particular, situación corroborada mediante prueba testifical pública, pues los bienes del Concejo o de la Iglesia no se pueden dar ni vender. Este requisito de la roboración aparece como un complemento necesario para la eficacia de la venta, siempre después del pago del haber. El lugar para el acto de la *roboratio* es la *colation* o parroquia a la hora de vísperas del sábado o en la misa del domingo, es decir, ante la presencia de todos. Tal acto, en el marco de la iglesia y en el medio religioso era el aval de la necesaria publicidad. Si el comprador no quisiere roborarla, tiene una sanción de *V maravedíes* por cada domingo de pasare hasta la corroboración. Seguidamente, una vez roborada, era obligatorio hacer carta y meter en ella cinco vecinos de la parroquia, y si fuere necesario, que firmen todos que ha pasado el plazo del año y día desde que fue roborada. Suponía un acto constitutivo avalado por la publicidad. La presencia activa de los testigos vecinos era necesaria para verificar la validez del documento escrito o carta, de modo tal que si en el transcurso de ese tiempo, desde el pago del precio hubiere fallecido alguno de los testigos firmantes de la carta, otros dos vecinos harán verdad sobre el hecho de que la firma del fallecido estaba allí, en el lugar y momento señalados, y que los testigos vieron y oyeron el acto de la corroboración y que el documento o carta es verdadero. De la constancia de tales requisitos,³⁶ el documental y la testifical, sin perjuicio de la *traditio* y el pago del precio, con que se evidenciaba la compra, tenían un carácter constitutivo. La sanción por el retraso en la *corroboratio* significaba una preocupación regia para documentar el hecho evitando futuras controversias. Posibles disputas que la publicidad trataba de evitar.

Otro supuesto, con distintos matices, es el contemplado en el Fuero de Plasencia.³⁷ Relata el caso de que quien edificare casa, molino u otra obra o plantare viña en heredad ajena, si antes de transcurrir el año y día nadie le demandare, tenga la labor y la raíz del heredero por derecho si lo hiciera firme con dos alcaldes jurados o con tres vecinos; y para el caso de que el señor de la heredad con una *ca-*

³⁴ MUÑOZ (1847), p. 168: “Et otrossi si el comendador fallare algun suelo yermo o despoblado, lo tome e que faga del todo lo que quisier de VIII dias en adelante”.

³⁵ GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ (2006).

³⁶ ROUDIL (1962), Art. 47: “Qual quiere que heredit vendiere, despues que pagado fuere el aver, robeiela quando el comprador quisiere en su colation sabado a las visperas o el domingo a missa. Mas si non quisiere robrarela, quando domingos passaren, por cada I domingo peche V maravedis fasta que la robe”. Y añade el art. 48: “E quando fuere robrada la raíz, luego faga carta e meta en ela V vecinos o fijos de vecinos de la colation. E si menester fuere, que firme con ellos si anno e dia oviere pasado do que es robrada. E si por ventura las firmas escriptas muertas fueren, iure el comprador con II vecinos que aquellas firmas en el logar eran, e vieron e oyeron aquela robration, e la carta es verdadera, e vala'l e non responda por clamaz”.

³⁷ MAJADA (1983), p. 139: “Todo omne que casa o molino o vinna o alguna otra obra en heredad aiena fiziere, si ante anno e dia nadi non la demandare a el, aya la labor y la raíz del heredero por derecho si firmar' con dos alcaldes iurados o con tres vecinos. Si el señor de la heredit con calonna de X mrs. y recombre al labrador la labor que hy fiziere de huerto o de casa o de molino o de vinna o de otra labor que semeie a estas por apreçiamiento de los alcaldes; y si el preçio non quisiere, fagal' otra tanta labor y atal y en el término de la çibdat”.

loña de X *maravedís* pretenda recuperar tal labor llevada a cabo, los alcaldes la apreciarán. Si el precio no aceptare, el Señor debe hacer otra tanta labor en el término de la ciudad.

Mayor contundencia en defensa de la institución del derecho basado en el transcurso del año y día viene contenida en el Fuero de Frías,³⁸ de 1202, porque además de proteger el derecho del poblador que tuviere su heredad un año y día sin una mala voz, es decir, sin reclamación en contra alguna, con el derecho a tenerla libremente, añade la pena pecuniaria a quien se la reclamare pasado dicho plazo fatal con LX *solidos* para el Príncipe de la tierra. Tal sanción, el *bann regio*, solo podía venir establecida por una imposición regia. La sanción del *pecho* de sesenta *sueldos* venía determinada por el interés del Monarca en evitar conflictos relacionados con la paz que debe regir la tenencia de los bienes. Se trata de un principio sancionador que se aplicaba en la Europa Occidental y que reforzaba el poder del Monarca.

La donación y la venta son formas usuales de transmitir los bienes. Conforme se acaba de detallar en el Fuero de Baeza; similares requisitos refiere el Fuero de Andújar para garantizar la transmisión: en primer lugar, el acuerdo de voluntades, seguido del necesario pago del precio acordado; la necesaria publicidad social de la transmisión se lleva a cabo mediante la roboración que preceptivamente se lleva a cabo en la Iglesia, en el sábado a vísperas o en domingo a la salida de misa; y además se añade el requisito de la forma escrita del acto, una vez llevada a cabo la *roboración*, mediante carta de ello escrita donde signarán cinco vecinos de la colación, comunidad parroquial. Pasado el plazo del año y día desde la *roboración*, los testigos hagan testimonio de que ha pasado el plazo indicado. Como puede cotejarse, ambos fueros son copia fiel recogiendo los principios contenidos en los Fueros influenciados por el Fuero de Concha (=Cuenca). Si alguien le reclamare el inmueble antes de haber transcurrido el plazo del año y día, debe dar *otor* y así estar a salvo, uniendo a su plazo el del *otor*, hasta completar el año y día.

Esta figura del *otor*, que aparece en algunos Fueros Hispánicos, es el recuerdo histórico de la *actio auctoritas* de las XII Tablas, referente a la justificación de las transmisiones de bienes de procedencia derivativa. Era una prueba diabólica hasta encadenar con el *dominus* originario. Se mitigó, en el Derecho Hispánico, la cadena del número de transmitentes. Así en el de Plasencia limita el número de *otores* de legitimaciones de las adquisiciones hasta tres *otores*. “*En este tercero otor fenezca el iuicio*”. El comprador que dijere que la cosa procedía de donación o de venta debe dar *otor* y éste dé *sobrelevador* que cumpla fuero y derecho de Plasencia y si este *otor* otrosí dijere que dará otro *otor* y lo diere, a fuero de Plasencia, sea recibido. El límite del tercer *otor* es que “*de mas de tercero otor el iudizio non vala*”. No es que el juicio no valga, porque lo que trata de dar a entender es que el juez no debe admitir sino hasta tres *otores* como máximo.

El *otor* es, en el Fuero de Andújar, la persona que enajenó el bien y responde de la veracidad de su poder dispositivo sobre la heredad. Se trata en este Fuero de asegurar que el bien raíz enajenado no tiene procedencia delictiva. En estas leyes, bajo los títulos 133 a 137 inclusive, se consagran una serie

³⁸ MARTÍNEZ (1982), p. 174: “*Et nullus populator de hac villa qui tenuerit sua hereditate uno anno et uno dia sino nulla mala voce, habeat soluta et libera; et qui inquisierit eum postea, pecter LX solidos ad principii terrre*”.

de disposiciones inspiradas en principios de diverso origen, básicamente de Derecho Vulgar, como es la necesidad de forma escrita, hecha por carta y testimoniada por cinco testigos de la colación, junto con la necesaria publicidad del acto, efectuada no mediante inscripción en los registros del Concejo, sino mediante la corroboración ante la Iglesia. El transcurso del año y día desde la roboración, libera de cualquier responsabilidad al poseedor del bien inmueble.³⁹ De similar manera, la figura del *otor* aparece recogida en el Fuero de Baeza.⁴⁰ Se enfrenta este fuero con el supuesto consistente en que algún hombre tuviere casa o heredad ajena y a quien se la reclama en su defensa dijese que la compró, debe dar *otor* sobre la heredad y confirmando ello el *otor*, deja cumplimiento de la legitimidad de su derecho; en el caso de no ofrecer *otor* debe dejar la raíz con X *maravedis*. En otro caso, el mismo Fuero de Baeza contempla el supuesto de que si el vendedor *otor*, no quisiere acudir y el comprador lo pudiere firmar, debe pechar doblado el valor de la venta además de otros XX *maravedis*. Se deduce de este texto que el *otor* es el vendedor. Hecho que viene confirmado seguidamente en el mismo texto foral, donde se observa al caso de que el vendedor *otor* no pudiere hacer sana la cosa vendida.

El Fuero de Soria⁴¹ recoge en su articulado dicha institución. En la Ley 27 se establece que “*todo aquel que fuere tenedor de una heredad no responda por ella pues que año e día fuere pasado*”. Obsérvese que no se habla de propiedad, sino de tenencia o posesión de una heredad, expresión ésta que no implica necesariamente que el origen de la tenencia o posesión se base en una herencia, sino que ésta es el modo que tienen los hijos para suceder en la titularidad de los bienes a sus padres. Una heredad es un conjunto de bienes, cosas y derechos que puede incluir bienes en propiedad y bienes o derechos en posesión o mera tenencia. De esta manera la posesión o tenencia de un solar por año y día, aparece vinculada con la institución de la troncalidad de los bienes raíces pues éstos tienen una indudable raigambre familiar.

Igualmente, en el Fuero de Escalona,⁴² fechado a 1130, siguiendo la orden del Rey Alfonso VII, el transcurso de un año en la posesión de la heredad, faculta para vender la misma y para que pueda irse donde quisiere.

El Fuero de Zamora, por su parte, en su artículo 8, “*de vendición de heredade*”, *in fine*, establece también la institución del transcurso del año desde el hecho de la venta de heredad por cuya razón del tiempo no se debe responder de la venta. Es un plazo de prescripción, el transcurso del año, que exime de responsabilidad alguna a quien transmite la heredad. En tierra zamorana se protege el derecho

³⁹ GONZÁLEZ (2006), p. 108, Título 133: “*Todo aquel que raíz roborada toviere año e dia pasado non responda por ella...*”. Y p. 109 Título 136, del roboramiento: “*Mas despues que la raíz fuere roborada el comprador faga ende carta o escriba en ella V vezinos de la colacion. E quando menester fuere, firme V de aquellos que fueren escriptos que aya anno e dia es pasado que la tiene roborada e venzca e la colación sea creida*”.

⁴⁰ Roudil (1962), Art. 49: “*E si algun omne toviere hereditat agena o casa e dixere que la compro al qui le demandare, de'l otor e dele sobre la hereditat, otorgando el otor que el la vendio o la empenno o la dio, e cumple. Si diere fiador e que aia casa con pennos valedera; porque cumpla lo que mandare fuero; si vençido fuere, que peche la hereditat duplata e tal e X moravedis, El otor dado, aia la raya quita e magna. Mas si otor non diere, cuemo derecho es, dexe la raíz con X maravedis*”. Y el art. 50 dice: “*Sy el vendedor otor non quisiere yxire e el comprador firmar lo pidiere, peche duplata con calona de XX maravedis*”. Y el art. 51 indica que “*si el vendedor yxiere otor e la raíz non pudiere fazer sana, al comprador pechela duplata con X maravedis*”.

⁴¹ Ruiz (2006).

⁴² Muñoz (1847), pp. 485 y ss: “*Aliud etiam nostras vero hereditates tali foro habeant secuti vestras... et post completum annum, si voluerit suas hereditates vendere, vendat. Ubique placuerit ire, vadat*”.

de troncalidad de los bienes a favor de hijos o nietos, los cuales ante la venta de los bienes familiares por los padres o abuelos, disponen del plazo de nueve días para pagar el precio de la venta. Pasado dicho plazo sin usar de tal derecho, se puede vender la heredad a quien quisiere. Para el supuesto de que los descendientes citados no creyeren veraz el precio de los bienes, disponen los padres y abuelos de la posibilidad de hacer juramento de ello sobre los Evangelios. Este juramento es una institución de Derecho Hispánico, con precedentes en el derecho germánico, consolidado en la Península Ibérica Medieval, como juramento exculpatorio. Está teñido este juramento de las implicaciones religiosas del *sacramentum*. Sus consecuencias, verificada la enajenación y transcurrido el año, son las de no responder por la venta.⁴³

Del mismo modo, esta costumbre de respetar transcurso del año aparece en el Fuero de Madrid,⁴⁴ como un incentivo y una garantía para el agricultor que plantase viña o huerto o construyese un molino.

En el Fuero de Guarda fechado en 1199, concedido por el Rey Sancho I, se establece que el hombre de Guarda que edificare casa o plantare viña u honrare su heredad y permaneciere en ella un año, si después quisiere mudarse a otra tierra, conserva su heredad doquier estuviere. Y si quisiera venderla, puede hacerlo a quien quisiere por fuero de la ciudad. La permanencia de un año en Guarda confiere el derecho del Fuero a disponer de su heredad, pudiendo dejar Guarda sin la pérdida de sus posesiones.⁴⁵ Por hombres buenos de Guarda, a mediados del siglo XII se recogen los *Foros e Costumes da Guarda*, bajo el nº 45 de tales costumbres, con mayor claridad que en el texto foral inicial se acoge la doctrina del año y día.⁴⁶ Los requisitos prescritos en la referida norma hacen referencia a heredad tenida y mantenida durante un año en *seu de iuro*, sin recibir reclamación al respecto. La excepción es que no puede hacer suya esa heredad si la misma fue recibida *d'aprestamo*. En efecto, el *prestimonio* consistía en una cesión de la posesión con obligación de pago de un canon en reconocimiento de la propiedad ajena. Este préstamo ha llegado a ser entendido con los mismos efectos que si de un usufructo⁴⁷ se tratara, dado que el usufructuario por tal título no podría adquirir la propiedad. Sin embargo, aunque las consecuencias jurídicas fueran idénticas, es decir, que tanto si fuere recibida la heredad como usufructo o como préstamo o *prestimonio*, en absoluto sería admisible la prescripción,

⁴³ MAJADA (1983), Art. 8: “Padre o madre, o abuelo o abuela que heredade hobieren a vender, duanto uno e otro dier por ella, los fijos o fijas, o nietos o nietas la tomen, paguen hasta IX dias; e se non pagaren, vendam sua heredade a quien quisieren”. Y añade “...e ellos se juramenten e sean creidos”, concluyendo que “E si la heredade vendieren en otra parte, e pasar un año e fuere en la tierra e non la temptar por prinda o por juizio, non responda d'ella”.

⁴⁴ HUERTAS, (2002), Ley 66 dice: “Todo hombre que plantase majuelo y al cabo de un año no diere prendas, no responda a la demanda. Y quien construyera un molino o huerto y al cabo del año no ofreciera prendamiento tampoco responda”. Dar prendas u ofrecer prendamiento en el plazo del año, equivalía a que en tal plazo no se había visto demandado, pues dar prendas valía tanto como responder al juicio sobre tal plantación o construcción. Es un caso claro de protección del agricultor que veía de este modo respetado su derecho a poseer, no necesariamente la propiedad

⁴⁵ DA CRUZ COELLO (1999). Sobre esto el texto latino dice: “Et ille qui domun fecerit aut vineam aut suam hereditatem honoraverit et uno anno in illa sederit si postea in alia terra habitare voluerit serviat ei tota sua hereditas ubique habitaverit. Et si voluerit illas vendere vendat ciu voluerit per forum de vestra civitate”.

⁴⁶ DA CRUZ COELLO (1999): “Todo omen que alguna heredade ouver en seu de juro I ano e non lha demandaren depouys non responda se non for d'aprestamo”. El *aprestamo* es la vinculación de los frutos obtenidos para el pago de impuestos y canon. Tener la heredad de *iuro* durante un año, es tener la posesión de la heredad durante ese tiempo.

⁴⁷ DA GAMA (1946), tomo VI, p. 141.

la tenencia durante un año, como forma de acceso a la propiedad. El préstamo o *prestimonio* confiere un derecho real de uso o disfrute de un bien mediante la cesión de la posesión. Se cede el dominio útil, mediante el *prestimonio*, no el dominio eminente. Con un alcance distinto sobre los efectos de la posesión de año y día, en los fueros medievales peninsulares, además de la posibilidad procesal de no contestar a la demanda, se pronuncia Gama Barros en el sentido que en el Fuero de Guarda, y otros, la posesión de un predio durante un año sin que el poseedor dejase de cultivarle, no otorgaba un derecho posesorio sino que constituía un derecho de propiedad sobre el fundo.⁴⁸ El fundamento de tal conclusión era que el año y día era una prescripción adquisitiva de corto plazo, invocando como argumento que en tiempos de Alarico, 506, la población romana, sujeta al Poder visigodo, se regía por la costumbre romana de la *usucapio* de un año que confería el derecho de propiedad. Como tal conclusión carece de base en las fuentes romanas, Gama Barros alude a una posible costumbre. Sin embargo, la prescripción en Derecho Visigodo necesita del transcurso de treinta o de cincuenta años.

En el Fuero extenso de Salamanca,⁴⁹ del que se ha perdido un anterior Fuero Breve, que gozó de predicamento extensivo en territorios portucalenses, y del que deriva el Fuero de Guarda, se entremezclan los criterios de bienes troncales y su transmisión. No se hace referencia al año y día, que debía existir como derecho consuetudinario, existente en el previo Fuero Breve y que ha pasado a los textos forales portugueses de su influencia.

En el Foral Manuelino de Évora⁵⁰ que en 1501 el Rey D. Manuel concedió a dicha ciudad, bajo el epígrafe “*Liberdades da Cidade*”, se refiere que el Rey Don Alfonso Enríquez concedió un foral antiguo para que dichas libertades no fueren entregadas a ninguna persona, con la finalidad de que estuvieran siempre y están en posesión, que Don Manuel aprobó y mandó para siempre, que se guarde y cumpla. El primer texto foral de esta Ciudad data de 1166 es otorgado por el Rey Alfonso Enríquez, hijo del Conde Enrique y de la Reina Teresa que así se hacía ésta llamar. Otorga los fueros y las costumbres vigentes en Ávila.

En otro lugar peninsular alejado de éste, Alfonso VIII en 1187 concede Fuero al Concejo de la Villa de

⁴⁸ DA GAMA (1946), tomo VI, pp. 137 y ss.

⁴⁹ SÁNCHEZ (1870). En el artículo 213 se dice: “*Las heredades de parientes. Por herencia de parientes non se pasen tres annos é respondan*”. Obviamente se hace referencia al derecho de retracto de troncalidad de que disponen los integrantes de la familia de cuyo tronco proceden esos bienes. El artículo 214 señala que “*Todo ome que la heredit touvier de su iuro seis annos é non se la demandaren, despues non responda; é si non fuere de préstamo é se al rei se alzar non le preste*”. Resulta complicada la comprensión de esta norma foral salmantina. Entiendo que los bienes poseídos de “*su iuro*” se refieren a los bienes recibidos a través de un *prestimonio* regio, respecto de los cuales pasado el plazo de seis años sin serle reclamados, ya no se les puede reclamar nadie. No puede deducirse, como hace por nota el autor que comenta este Fuero, que prescriban a los seis años estos bienes. La posesión es suya desde que recibe el *prestimonio*, y pasados seis años, tal posesión es inatacable. Si los bienes no tuvieron su origen en el *prestimonio* recibido, dispone de un recurso liberatorio ante el Rey. Insisto en que la regulación de estas normas se refiere a bienes troncales, no a otros. En el artículo 218 puede leerse: “*De vender heredit. Todo omne que vender heredit faga testigos á sus parientes que an á heredar; é si testigos nonficier duple el aver que pussier si lo arrancaren; é los parientes que ovieren rancura de la heredit, é fasta seis annos non demandaren, non respondan mais por ella*”. Este precepto quiere tanto como decir que el plazo de seis años no es de prescripción para adquirir la propiedad-posesión, sino que es un plazo fatal que faculta a los parientes para reclamar los bienes aduciendo el derecho de la troncalidad. En el Fuero extenso de Salamanca no se habla del año y día, que estaba inmerso dentro del derecho consuetudinario. Aparece la regulación del retracto de los parientes amparados por el derecho de troncalidad de esos bienes familiares.

⁵⁰ CID (2001), pp. 83 y ss.

Santander⁵¹. Tras un Protocolo, que se repite con profusión en este tipo de documentos, el Rey da y concede la villa de San Emeterio para que la *habiteis...por derecho hereditario para que la poseais para siempre*, señala el artículo primero. Respecto de la ocupación de las tierras por roturación de las mismas dentro de las tres leguas alrededor de la villa, mediante plantación de viñas, cultivo de huertas, prados o molineras y palomares, que *“todo esto quede como propia heredad y hagan de ello lo que quisieren y sírvanlas allá donde fueren dando el censo por sus casas”*; preceptúa la norma foral 25. La *presura* mediante la roturación y explotación de las tierras es una forma de acceder a la posesión de las mismas que es denominada heredad, disponiendo de la facultad de enajenarlas. Y decimos que ello no es título de propiedad por cuanto el artículo quinto establece que quien *“ocupare o comprarre en la villa algún solar pague al abad un sueldo y al sayón dos dinarios”*. Tampoco es una relación locaticia, pues la posesión genera la obligación de satisfacer un canon o impuesto, anual, no una renta, al Señor de la villa, esto es, el Abad de San Emeterio. La posesión se puede transmitir; pero no la propiedad, pues ésta pertenece al Abad, titular de los derechos fiscales y jurisdiccionales.

En cambio, el plazo del año y día queda reducido a seis meses el plazo para responder, si el título de propiedad reside en una compra de predio. No estamos ante la permanencia por ocupación y cultivo de un año. En efecto, en los Fueros de Calatayud, Daroca y Alfambra señalan tal plazo con efectos sanatorios del título de compraventa frente a todos.⁵²

Sancho Ramírez, Rey de Aragón y Pamplona, con el ánimo de elevar a Jaca del título de villa al de *ciuitas*, suprimiendo los malos fueros, concede buenos fueros, en 1062. Acogen la institución del año y día.⁵³ El transcurso del tiempo de un año y día es común a todo el derecho europeo. El hecho de que el texto foral de Jaca sea el fechado de mayor antigüedad, no permite deducir que sea el que implanta este derecho por primera vez, sino que es el texto más antiguo que ha llegado a nosotros. Una vez más estamos ante el reconocimiento por el poder regio de un derecho consagrado en el derecho consuetudinario observado también en toda Europa.

Una prueba más de la idea de una comunidad normativa del Derecho Hispánico Medieval. En efecto, en 1134, el Rey de Aragón, hijo de Sancho Ramírez, Don Ramiro El Monje confirma los fueros dados por su padre y amplía a los habitantes de la Jacetania las franquezas y libertades de los habitantes del burgo de *Monpeller*, que es otra prueba de la inexistencia de las fronteras, de la permeabilidad de las costumbres, de la comunidad del Derecho. De esta referencia geográfica se ha llegado a concluir en el origen franco y su exportación a la Hispania. Sin embargo, esta institución del año y día también

⁵¹ PÉREZ-BUSTAMANTE (1989), pp. 155 y ss.

⁵² BARRERO (1979), p. 160. Calatayud, 41: *“Et qui comparaverit hereditate et tenuerit illa postea medio anno, non respondeat per illa ad nullo homine”*. Daroca, 15: *“Si quis conquestus fuerit de hereditate, ille qui tenerit hereditatem iuret quod plus est de medio anno quod illa comparavit, et mittat in sacramento quod illam sine fraude comparavit die, et dicat pro quanto, et iam paccavit illam, et dicat de que, et absolvatur. Et postea nichil possit addi”*. Alfambra, 20: *“Qui comprara hereditat con fianza de salvo la compra et con carta et de medio anno adelante non responde mas por ella”*.

⁵³ MUÑOZ (1847), pp. 235 y ss. *“Et ubique aliquod comparare, vel accipere potueritis in Jaccam, vel foras Jaccam, hereditatem de ullo homine habeatis eam liberam, et ingenuam sine ullo malo casso, Y añade a renglón seguido: “Et postquam anno uno et die supra eam tenevitis sine inquietatione, quisquis eis inquietare, vel tollere vobis voluerit det michi LX solidos, et insuper confirmet vobis hereditatem. La multa o calaña de LX solidos o sueldos es el importe del bann regio, cantidad que es común en toda Europa. El poder regio europeo se uniformaba en los importes de las sanciones.*

existió, con este mismo plazo en origen en diversos derechos de índole germánica,⁵⁴ en concreto en Sajonia, Frisia y Suiza. La posesión de inmueble durante el año y día en base a la *resignatio* judicial y el coto de la paz judicial, sin contradicción jurídica, confería la *Gewere* legítima. Los citados autores tedescos deducen de ello que la *Gewere* germánica estaba presente en el nordeste de Hispania, en el derecho franco y en el anglonormando. La península Ibérica no era ajena a este derecho consuetudinario.

No obstante cuanto se acaba de señalar sobre el año y día, la sociedad hispánica está en constante evolución conforme va avanzando la expansión territorial. La necesidad repobladora adquiere mayor relieve en las zonas fronterizas. En los lugares relativamente alejados del conflicto bélico el plazo del año y día como instrumento jurídico de acceso a la posesión para consolidar el derecho de propiedad al disponer del privilegio de no acudir al *placitum*, se observa que este lapso de año y día se sustituye por un tiempo ampliado a tres años. Así se observa en las adiciones a los Fueros de Benavente de 1167 y en la cuarta refundición del Fuero de Llanes.⁵⁵

III. UNA APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN Y NATURALEZA DE LA PRESURA

Tras este repaso de la institución del año y día, relacionada con la *presura*, *presuria* o *aprisio*, en que hemos procurado traer a colación revisando diversos textos forales, desde luego sin ánimo de ser exhaustivos, puede señalarse que es aquella una forma de acceso a la posesión, que guarda atrayentes similitudes con la propiedad, en el sentido actual de este concepto. Aunque esta institución del año y día como legitimadora para defender la heredad frente a terceros, está presente a lo largo y ancho de la Península Ibérica, la misma forma parte del Derecho Común Europeo. Siendo una institución de Derecho Común, plenamente arraigada en el Derecho Consuetudinario, en la Península Ibérica del Medievo, tiene unos precisos matices que conviene destacar. Es una sociedad en estado de guerra frente a un enemigo común, caracterizado por credos religiosos distintos e incompatibles entre sí. Y es una sociedad en expansión hacia el Sur, siendo el elemento repoblador complementario de la expansión militar. No puede entenderse éste sin aquél. Desde que en 750 el Rey Astur, Alfonso I, llevó consigo al norte montañoso cuantos habitantes pudo del Valle del Duero, éste quedó como un desierto estratégico militar. Había en dicho valle muchas tierras en expectativa de ser puestas en explotación. Otro tanto sucedía en el territorio de la Corona de Aragón.

La dirección de las operaciones militares correspondía al Rey. Y bien en persona, o bien a través de sus representantes, Condes, Obispos y Abades, se fue entretejiendo un entramado poblacional. El Rey consideraba de su propiedad cuantas ciudades, villas y comarcas conquistaba. Le pertenecían por

⁵⁴ BRUNNER Y VON SCHWERIN (1936), p. 200.

⁵⁵ GARCÍA-GALLO (1971). En el Apéndice VII recoge el siguiente mandato del Rey en las adiciones 16.4 del Fuero de 1167: “Nos igitur *alcaldes et totum concilium, per mandatum domini Regis, firmiter statuimus, ut si aliquis domos seu vinneas vel hereditates per tres annos possiderit, et in ipsis tribus annis aliquis illum pro illis non pigneraverit vel in concilium querimoniam non fecerit, post tres annos nulli de illis respondeat. Et qui eum inquietaverit, pectet alcaldibus et maiorinus C morabetinos et perdat vocem*”. Y en su correspondencia, en la cuarta refundición del Fuero de Llanes, art. 65, se reproduce casi de forma literal de igual manera. Tales ampliaciones a tres años no se observan en las redacciones anteriores. La autoridad de quien emana este mandato es el Rey Fernando II.

derecho de conquista, como botín de guerra. Ello contribuyó a crear la idea de un sentido patrimonial del Reino. Y se identificaba propiedad y soberanía. Además de esta actuación oficial, bajo impulso y control militar regio, existió una repoblación privada, de grupos de personas o familiares que procedían a roturar la tierra yerma y sin cultivar: era la *presura* no oficial, privada.

En el Derecho Romano primitivo o arcaico, los plazos de la prescripción adquisitiva estaban establecidos en un año para los bienes muebles y de dos años para los inmuebles, con la salvedad que Gayo establecía respecto de los bienes de herencia, a cuyos bienes inmuebles atribuía la prescripción anual. En cambio, el Derecho Visigodo endurece los plazos elevándolos a treinta o cincuenta años.⁵⁶ Sin embargo, en el Derecho peninsular de la Reconquista o Repoblación, el año y día aparece como un medio de hecho de ocupación de las tierras *heremas*, su cultivo directo, y sin que nadie reclame derecho alguno sobre las mismas, para adquirir la posesión de las mismas. Tal vez la posesión del año y día sea un derecho consuetudinario común a toda Europa, pero lo cierto es que las especiales circunstancias históricas que afectaban a la Península Ibérica posibilitaron su implantación mediante los textos de los Fueros y las Costumbres.

Gama Barros al estudiar las *Costumes* de Cima-Coa,⁵⁷ y las de Guarda, las interpreta de modo tal que la posesión de un predio durante un año, sin impugnación y no dejando de cultivarlas el poseedor, anulaba el posible ejercicio de cualquier acción reivindicatoria. Por ello, concluye el citado autor, tal hecho no justificaba simplemente la posesión, sino que estamos ante un derecho de propiedad.

Esta opinión de Gama Barros mereció la crítica de Cabral de Moncada,⁵⁸ quien observó que fueren cualesquiera los requisitos de la posesión de año y día, ésta no era una simple *possessio ad usucapionem*, sino que la institución del año y día se fundaba en una posesión privilegiada y que equivalía a la *sesine* francesa así como a la *rechte Gewere* alemana. La posesión anual no otorgaba la propiedad. Siguiendo un distinto camino del Derecho Romano Clásico, el Derecho Consuetudinario Medieval en la Península Ibérica sufrió las perentorias necesidades de repoblación, la incertidumbre de estar en permanente estado de guerra, así como la necesidad económica de procurar alimentos, todo lo cual se terminó por imponer en la realidad. La necesidad de convivir con esa dura realidad, no excluye en absoluto que en el seno social no coexistieran los criterios del Derecho Vulgar y determinados principios a los que se atribuía ser de origen de Derecho Germánico, integradores todos ellos del Derecho Medieval Hispánico. Según Cabral de Moncada, el hecho de que el poseedor tuviese a su favor el transcurso del año y día, le confería una seria presunción de legitimidad, la manifestación de un estado o situación de presunción de derechos legítimos, pero esta situación no era lo mismo que el derecho de propiedad, aunque ello no distaba mucho del derecho de propiedad, concluye el argumento de Cabral de Moncada.

⁵⁶ LIBER IUDICIORUM 10, 1, 1: "*Sortes goticae et tertiae romanorum, quae infra quinquaginta annos non fuerint revocatae, nullo modo repetantur*" y la 3: "*Omnes causae, seu bonae sive malae, aut etiam criminales, quae infra XXX annos definitae non fuerint, vel mancipia quae in contentione posita fuerant aut sunt, ab alio tamen possessa, si definita atque exacta non fuerint, nullo modo repetantur*".

⁵⁷ DA GAMA (1946), tomo VI, pp. 138 y ss.

⁵⁸ CABRAL (1948), volumen I, pp. 227 y ss.

Para Merêa, la conclusión de Cabral de Moncada no pasa de ser un mero privilegio apreciable en el mecanismo procesal. Un análisis, en opinión de Merêa, más profundo de la institución jurídica del año y día debe darse en relación con la demanda de raíz. Es concluyente el Fuero de Soria al respecto. *Todo aquel que fuere tenedor de algún hereditat non responda por ella despues que año e día fuere pasado.*⁵⁹ De su tenor aparece claro el privilegio procesal de no responder; sin embargo, parece evidente que, en buena tesis procesal, debía acreditar la tenencia posesoria durante el año y día, antes de proceder a contestar la demanda. Para acreditar tal hecho debía acudir a los medios de prueba admitidos en derecho y hacerlos buenos ante el juez. Un medio eficaz para él era dar *otor*. O aportar un documento de compra. Una vez acreditada la posesión legítima, en el supuesto de no haber transcurrido el año y día, así como en otro supuesto, la tenencia durante año y día, sin una mala voz y en paz, quedaba liberado de contestar la demanda. Gozar del privilegio de no responder, amparado en la posesión de año y día, no significa que el demandado no esté obligado a hacer prueba alguna, sino que tiene que justificar por los medios de prueba que su acreditada y legítima posesión queda al abrigo de cualquier ataque. Porque, pasado el plazo del año y día, la prueba de la otorización deviene innecesaria, siendo bastante acreditar el transcurso del citado plazo. Acreditando este hecho de temporalidad, la posesión simple –*Gewere*– se convierte en posesión definitiva –*rechte Gewere*– y el poseedor adquiere una posición inatacable y ya no se puede probar que la propiedad no le pertenece, concluye el argumento de Merêa.⁶⁰

En mi opinión, esta situación en que se encontraba el poseedor de año y día era una consecuencia derivada de la difuminación del concepto del derecho de propiedad, y su confusión con la materialidad de los derechos posesorios, éstos como manifestación muy visible y patente de los derechos reales o de cosas. En la Edad Media la propiedad llevaba prendida en su concepción la idea de Soberanía con los derechos o facultades militares, fiscales o de justicia inherentes. Tal situación era, *mutatis mutandis*, sobre todo el salto temporal, similar a la idea de la propiedad estatal romana existente en el momento en que fue cedido el *ager publicus* otorgando sobre el mismo la *possessio*.

La especial situación política y militar de la Península Ibérica, propició que se produjera identificación entre propiedad de las tierras, objeto de conquista bélica, con la soberanía regia respecto de dichos inmuebles y territorios. Por otra parte, la capacidad operativa y dispositiva del Poder Imperial romano no tenía un parecido asimilable con la situación en que se desenvolvía el debilitado Poder regio medieval, víctima del Sistema Feudal. Éste estaba impregnado por el Derecho Feudal, sistema de relaciones personales que desencadenaba una concepción de relatividad en cuanto a la tenencia de los bienes, sobre todo inmuebles. Ello posibilitó que se perdiera, en la Europa Occidental, el concepto de propiedad absoluta, volviendo a la conceptualización de propiedad relativa o posesoria. Lo que se volvía a discutir no era el derecho de dominio o posesión en sí, sino un mejor derecho sobre la cosa, siempre en el contexto de unas relaciones personales. En el Derecho Feudal inglés, por ejemplo, era superior el derecho sobre el bien de que disponía el personaje cedente, titular del dominio eminente; la posición del *tenente* del bien, era de sumisión a aquél dada la relatividad de su situación; pero su “derecho”,

⁵⁹ En este sentido, RUIZ, (2006).

⁶⁰ MERÊA (1953), tomo II, pp. 163 y ss.

con expresada limitación personal, respecto de terceros era la de “poseedor” de un mejor derecho. Nada de extraño tiene que los *presores* particulares, familiares o de grupos de población obtuvieran del Rey, o de sus representantes, los documentos que confirmaran sus derechos sobre las posesiones obtenidas por la *presura* o la *aprisio*. Ya hemos tenido ocasión de ver cómo en muchos diplomas, el hecho de la prueba de una *presura* llevada a cabo, cede ante documentos y testigos veraces.

El reconocimiento de sus derechos por parte del Poder obedecía a la necesidad legitimadora de la publicidad y para ello, el mejor medio legitimador era el Poder Regio. Y al mismo tiempo, el generalizado reconocimiento de este Poder regio, su sumisión al mismo, como garante de la seguridad de las posesiones reconocidas, contribuyó a crear el embrión necesario para la formación del Estado o Estados Modernos en la Península, cuyo origen puede ubicarse en la Edad Media.

Merêa estudió la posesión del año y día en los textos forales.⁶¹ Parte de la base de que esta institución jurídica tuvo en la historia del Derecho Europeo una vida dilatada en el tiempo y amplia vigencia en los territorios. Pero siendo la regla general la posesión del año y día, junto con otros requisitos, el esquema de debate del proceso, mediante presentación de testigos y testimonios, existían otros plazos, uno de seis meses, más corto, como ya hemos visto, y otros más largos, de dos años, tres años o incluso, de seis años,⁶² como ya hemos expuesto al hablar del Fuero de Salamanca, aunque con las precisiones que allí hacíamos al respecto. No es necesario dar *otor* por el demandado en el supuesto de probar la posesión del año y día, ya que no estamos ante un caso de propiedad derivativa, al ser desconocido quién pudiera ser el dueño anterior. Y lo puede suplir mediante el juramento o la *firma*. La aplicación directa de la posesión del año y día, quedaba en suspenso en los casos de existencia de derechos de menores o de ausentes, pues las personas que estaban en tales situaciones de indefensión eran objeto de especial protección.

En el Derecho Romano también se prestaba una protección a la posesión prolongada. El Derecho Romano Clásico conocía a la perfección la diferencia entre propiedad y posesión,⁶³ mientras que en el Derecho Vulgar quedan sus contornos difuminados e imprecisos. En el Derecho honorario, una posesión incompleta quedaba sanada, convirtiéndola en propiedad, mediante la ficción de la *actio Publiciana*. Se defendía el derecho posesorio mediante los interdictos, en tanto no pudiera ser propietario conforme al *ius civile*. El Derecho Germánico y el Derecho Medieval Hispánico siguen este modelo; la base es que una posesión o *Gewere*, con el añadido de los demás requisitos, se presumía que el titular de la posesión, el tenedor de un bien, era propietario. O se presumía que una posesión provisional pasaba a ser definitiva e inatacable. Cuando en los Fueros se dice “*sin mala voz*” respecto de esa posesión provisional, quiere decir tanto como que esa mala voz, esa denuncia efectuada, servía para interrumpir la prescripción del año.

Las analogías entre la *possessio* romana y la *Gewere* germánica vienen dadas porque ambos conceptos

⁶¹ MERÊA (1953), tomo II, pp. 163 y ss.

⁶² MERÊA (1953), tomo II, p. 176, nota 30.

⁶³ D. 41, 2, 12, 1: “*Nihil commune habet proprietas cum possessione; et ideo non denegatur ei interdictum Uti possidetis, qui coepit rem vindicare; non enim videtur possessioni renuntiassse, qui rem vindicavit*”.

tenían la apariencia de ser la manifestación externa de los derechos reales, es decir, de un derecho que como tal existía al amparo de la visibilidad publicitada. Ernst Levy⁶⁴ apostilla que el derecho a poseer, que ordinariamente subyace tanto en la *possessio* como en la *Gewere*, no necesariamente es coincidente con el derecho de propiedad. El olvido de los elaborados conceptos jurídicos de la *Jurisprudencia* del Derecho Romano Clásico, y prestar atención a lo que entra por los sentidos, es una prueba de que estamos ante una forma de ver los hechos jurídicos vistos desde los ojos propios del Derecho Vulgar.

En cuanto al origen de esta institución del año y día, mucho se ha teorizado sobre su necesario origen franco. Se han basado los estudiosos sobre estas cuestiones en el hecho de que el primer texto que lo recoge, en el Derecho Hispánico Medieval expresamente es el Fuero de Jaca -1062- con vinculaciones con el derecho consuetudinario sobre la materia allende los Pirineos. La villa jacetana obtuvo privilegio de ciudad concedido por Sancho Ramírez.⁶⁵ Fueros que confirmó en 1187 Alfonso II afirmando que de muchos territorios venían a Jaca a llevarlos a sus lugares refiriéndose a los fueros, entre cuyos privilegios destaca el poder disponer de los bienes propios, tenga o no hijos y faltando éstos y sin voz del testador pasaba a los parientes más próximos. Los pobres del lugar heredaban faltando los anteriores. La expansión del Fuero de Jaca sirvió de base al derecho territorial aragonés. El denominado Código de Huesca, 1247, bajo el impulso de Jaime I, introdujo principios del Derecho Canónico, del Derecho Romano y del Derecho Visigodo, adaptando la posesión franca del año y día a la prescripción romana.⁶⁶ Esta institución del año y día tuvo su aparición en los Fueros de Logroño, de indudable influencia franca a través del Camino Francés. No hay que olvidar el hecho histórico de que el reino visigodo estuvo mucho tiempo instalado al norte de los Pirineos. Por otra parte ya hemos indicado que esta institución del año y día tenía una amplia implantación consuetudinaria europea, matizada en los derechos de algunas regiones o países, como Sajonia, Frisia y Suiza, pues al concebirse “*el día*” como un día judicial llegó a ser ampliado hasta seis semanas.⁶⁷ De todos modos, tampoco puede descartarse que el año y día pueda tener sus raíces conceptuales e implantación a través del Derecho Romano Vulgar, o que en todo caso, la sociedad de Hispania lo recibiera sin mayores problemas, por la influencia del derecho consuetudinario visigodo, e impulsada su recepción por la especial situación política, social y militar en que aquélla se desenvolvía. Elementos bélicos y económicos, tales como la necesidad de poner en explotación las tierras por la necesidad de obtener alimentos, con el natural y necesario plazo del año agrícola, confluyeron e impulsaron tanto la Repoblación como la Reconquista, es decir, el impulso de ocupación poblacional y el militar.

La institución del año y día, como instrumento de indudable influencia en el ámbito del Derecho, fue comúnmente observada en el Derecho de la Península Ibérica. Y también en el Derecho franco germánico. No solo en lo relativo a la posesión y dominio de los bienes. También afectaba a la condición civil de las personas. El hecho de estar conviviendo en una ciudad durante ese plazo de tiempo, sin

⁶⁴ LEVY (2003), p. 93.

⁶⁵ GIBERT (1974), p. 76.

⁶⁶ GIBERT (1974), p. 79.

⁶⁷ BRUNNER y VON SCHWERWIN (1936), p. 200, nota 1.

rechazo alguno, le ubicaba en el derecho local de esa ciudad. El hecho de estar usando y laborando una tierra durante ese plazo, le investía de un derecho a la misma, al menos de índole procesal cual es el derecho a no acudir al *placitum* o tribunal judicial a responder ante cualquier reclamación sobre ese bien. En el fondo equivalía a un reconocimiento de derecho consolidado por el transcurso del tiempo, equivalente a admitir la excepción de falta de legitimación pasiva en la *litis*. No obstante la indefinición del hecho de considerar la institución del año y día como origen de un derecho de propiedad, con carácter de absoluta, oponible *erga omnes*, o como un derecho para el inicio u origen de una situación posesoria privilegiada, fundada en el hecho de la ocupación de tierra *herema* y ponerla en explotación, favoreciendo el proceso repoblador, y defendida legalmente por el Poder a través del sistema foral, hecho de ocupación que confería la facultad a su transmisibilidad hereditaria, origen del nombre *hereditas*, y que con el paso del tiempo consolidaba un derecho familiar permanente, es un hecho evidente que la *presura* o *aprisio*, en el inicial momento de la toma de posesión, está íntimamente ligada al instituto del año y día.

De todos modos, es conveniente llevar a cabo una serie de precisiones sobre ello. Así, sería necesario distinguir los aspectos sustantivos de los meramente procesales. Entre aquéllos, parece evidente que la *presura* puede encuadrarse en el equivalente romano de la *occupatio*, como título para la atribución de una propiedad. Si la *presura* es confirmada por acto de reconocimiento a este fin por el Rey o su delegado, parece no existir duda de que estamos ante un caso de derecho de propiedad, derecho que era frecuente ser recogido en un documento escrito, en un diploma con intervención regia. En cuanto a los supuestos procesales, en el caso de verse sometido a un *placitum*, al dueño le cabe la prueba documental mediante su exhibición y así como reconocimiento público de la publicidad, acreditada a través de testigos idóneos. En el supuesto de ser alegada *presura* mediante juramento previo, juramento de *manquadra*, la *presura* aducida como título, cede ante un documento veraz dictaminado por expertos. La denominada *manquadra* o juramento de *manquadra*, según Merêa que se remite al Fuero de Cuenca,⁶⁸ consistía en que estando las partes en presencia del Juez y de los alcaldes, quien reclamaba debía prestar tal juramento sobre la cruz, lo que equivalía a avalar la veracidad y carácter justo de su demanda rechazando cualquier tipo de malquerencia o malicia. Por otro lado, en el Fuero de Plasencia,⁶⁹ también refiere idéntico contenido de la *manquadra* a la que denomina “*fazer sacramento de calonna*”. De esta *manquadra* se deduce un sentido de juramento impregnado de acto religioso que, en principio garantizaba que la reclamación estaba amparada por ser justa y veraz. La ausencia de este juramento liberaba al demandado de la obligación de responder. En la tramitación de los litigios, la prueba de testigos tenía una considerable influencia. Los Fueros referenciados dan una explicación de qué garantías debían rodearla para reforzar con convencimiento su fiabilidad. El juramento muchas veces era apoyado por los *cojuradores*, medios probatorios que ocupaban un lugar principal. Y preceptiva era la presencia, activa, de los testigos en los documentos de transferencia de propiedades o posesiones, así como en los testamentos, como requisito de validez. Ello consta acreditado sobradamente en documentos archivados en las iglesias y cenobios.

⁶⁸ MERÊA (1967), tomo I, pp. 163 y ss.

⁶⁹ MAJADA (1983), art. 323, p. 77.

En la Península Ibérica, en la época de la Reconquista, en el derecho procedimental, toman fuerza algunos criterios de derecho germánico como son el citado juramento de *manquadra*, o el juramento emitido, equivalente a una prueba personal decisoria, que se contiene en el Fuero legionense. Aquí tres hombres buenos, de reconocido linaje, tras comprobación, juran en derecho.⁷⁰

Primacía tiene en el Derecho Medieval Hispánico, el principio de la paz y la seguridad jurídica relativa a la posesión de los inmuebles, avalada por el necesario requisito de la Publicidad de los actos. Es la reafirmación del poder regio. La sanción o *pecho* a quien reclama una heredad a un tenedor y pierde la *litis* es de sesenta *sueldos*. Es la clara contundencia del *bann* real.⁷¹ Se trata por consiguiente, no de una sanción subsiguiente a un principio acusatorio,⁷² como afirma Jerónimo González, sino de un juicio declarativo posesorio. Quien no puede probar propiedad o un mejor derecho que el tenedor a poseer, no tiene acceso al inmueble y el tenedor puede proseguir en su posesión. No es, como dice la ley, que si no la puede hacer suya, deba perder la heredad, pues lo cierto es que no acredita en juicio tener derecho. Si carece de derecho probado, no puede perder la heredad que nunca antes tuvo.

Tal vez por la secular pervivencia del Derecho Romano Vulgar, arraigada como sustrato jurídico en el mundo medieval peninsular, pueda explicarse la aceptación generalizada del plazo del año para consolidar algún tipo de derecho sobre la tierra ocupada y laborada. En cualquier caso, es lo cierto que en el sistema foral hispánico enraizó con fuerza la institución del año y día para crear y consolidar derechos. La mayoría de las veces, en los Fueros se recoge como norma escrita lo que era una norma consuetudinaria. Al expresarlas por escrito el Rey o, por delegación suya, los Condes, no establecen más que el reconocimiento de un derecho observado. El texto foral consolida lo que existe y se practica como norma consuetudinaria. La fecha del Fuero de Jaca, 1062, el más antiguo que se conoce y la acoge expresamente, significa que con desconocida antigüedad a tal fecha, ya era comúnmente observado. Respetado y hecho respetar por el Poder. Lo que es discutible es el alcance otorgado al derecho de no acudir a responder en el *placitum* ante una reclamación y los efectos de no responder. Desde luego que el poseedor, amparado por el plazo del año y día en situación de uso y tenencia, tenía el privilegio de no soportar la carga de la prueba, pues la cosa reclamada estaba en su mano. Pero el hecho de no tener que probar el *status* posesorio, hecho que era en principio evidente, creo que no le liberaba de tener la oportunidad de defensa, al menos mediante el juramento de *manquadra*, con poder liberatorio y exculpatario, o el testimonio de testigos de su *collatio* o parroquia sobre el hecho de haberla comprado y pagado el precio, si bien la exhibición de los medios probatorios justificativos de su derecho sobre la cosa, podría en su caso limitarse al supuesto de que desde el tiempo de tal adquisición derivativa del bien aún no hubiera transcurrido el año y día. Pero transcurrido el plazo del año y día desde que entró en posesión, sin una mala voz, estaba liberado de probar el hecho adquisitivo y le era suficiente con hacer prueba, en todo caso, para justificar su situación posesoria durante un año y un día.

⁷⁰ FUERO DE LEÓN 12: "...per bonos homines ex progenie iniquitate, habitantes in ipsa mandatione, confirmet iureiurando...quod si iuratum fuerit...".

⁷¹ JORDÁN y DE MANUEL (1983), Libro II, Título I, Ley X: "Si un ome demanda a otro eredat de que es el otro tenedor, e dis que la faga sua, ansí como el fuero mandare, e non la puede facer sua, debe perder la eredat, e pechar sesenta sueldos".

⁷² GONZÁLEZ y MARTÍNEZ (2009), tomo I, p. 93.

El instituto germánico medieval del año y día guardaba gran similitud con el plazo del año que en el Derecho Romano existía para la defensa de la posesión a través de los interdictos. Así, el año y día quedó circunscrito a las cuestiones posesorias, a manera de la defensa interdictal.

Lo que en una demanda sobre una cosa inmueble se ventilaba era el derecho de propiedad, el *iure hereditario*, el ser un bien *proprio*, el pertenecer a los bienes de *abolengo*, el hecho de proceder de una *aprisio* o *presura*. Se trataba de una *litis* en la cual se exhibían documentos probatorios de derechos, diplomas archivados sobre los que se tenía que llevar a cabo una prueba de su veracidad para demostrar que no se estaba ante una falsificación. Los testigos que se consignaban en el documento mediante su firma, constituían otro medio de prueba para advenir la autenticidad del diploma o testamento. Todos los elementos probatorios se practicaban ante jueces y alcaldes. Muchas veces era el propio Rey, ya en su Curia, ya desplazado al lugar de los hechos debatidos, acompañado de sus hombres, quien impartía la justicia. Las normas sobre las que el proceso se desarrollaba giraban en torno a lo dispuesto en el *Liber Iudiciorum*. Hay innumerables referencias a la *Lex Gotorum*. Cuando se ventilaban aspectos sobre delimitación de los linderos o hitos o mojones delimitadores de los fundos, los jueces se desplazaban al lugar para comprobar los hechos y sus pruebas.

En la materia de litigios sobre la propiedad de las cosas muebles, en el Derecho Hispánico Medieval, las demandas en reclamación de la propiedad mobiliaria contenían determinadas variantes, según hubiera existido robo o hurto o una pérdida involuntaria de la cosa, en cuyos supuestos el propietario podía dirigir sus pretensiones recuperatorias de lo suyo contra cualquiera que tuviera el bien. Podía perseguir el rastro de lo robado, escudriñar en casa ajena persiguiendo al ladrón y buscando la cosa. Toda una variada suerte de posibilidades procesales que se complicaban cuando la cosa se hubiera comprado de un tercero en el mercado semanal o en la feria anual, de tercero conocido o desconocido, nueva realidad económica surgida al irrumpir la actividad mercantil en el mundo medieval. Es la presencia del *otor* traído al juicio como transmisor cedente del bien y a quien se responsabilizaba de las resultas del juicio. En el Derecho Medieval era muy peligroso vender cosa alguna por la inseguridad que conllevaba el verse involucrado en responsabilidades. La *litis* de propiedad sobre cosa mueble desarrolló un proceso específico al tratar de la *demanda de haber mueble*.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina Citada

- BARRERO GARCIA, Ana M^a (1979): *El Fuero de Teruel. Su historia, proceso de formación y reconstrucción crítica de sus fuentes* (Madrid).
- BROCÀ I DE MONTAGUT, Guillem M. (1985): *Historia del Derecho de Cataluña especialmente del Civil y exposición de las instituciones del derecho civil del mismo territorio en relación con el Código Civil de España y la jurisprudencia* (Barcelona, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia)
- BRUNNER, Heinrich (1936): *Historia del Derecho Germánico*, actualizada por Claudius Von Schwerin (Barcelona, Editorial Labor).

- CABRAL DE MONCADA, Luis. (1948): “A “posse de anno e dia” nas Costumes municipais portuguesas”, en: VV.AA., *Estudos de História do Direito* (Coimbra, Universidade de Coimbra)
- CANTERA BURGOS, Francisco (1945): *Fuero de Miranda de Ebro* (Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria).
- CID, Isabel (2001): *Foral de Évora (Comentario Diplomático, Codicológico e Paleográfico)* en *Foral Manuelino de Évora* (Lisboa, Câmara Municipal de Évora. IN-CM).
- CRUZ COELHO, María Helena (1999): *Forais e Foros da Guarda* (Guarda, Câmara Municipal de Guarda)
- DA GAMA BARROS, Henrique (1946): *História da Administração Pública em Portugal nos séculos XII a XV* (Lisboa, Livraria Sa da Costa, 2ª edición dirigida y actualizada por Torquato de Sousa Soares)
- DE HINOJOSA Y NAVEROS (1919): *Documentos para la Historia de las Instituciones de León y Castilla (siglos X-XIII)* (Madrid, Junta para la Ampliación de Estudios e investigaciones científicas, Centro de Estudios Históricos).
- DE LA CONCHA MARTINEZ, Ignacio (1943): “La presura”, en: *Anuario de Historia del Derecho Español*, Nº 14, pp. 382-460.
- DE UREÑA Y SMENJAUD, Rafael (1935): *Fuero de la Cuenca. Formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf. Edición crítica, con introducción, notas y apéndice* (Toledo, Universidad de Castilla la Mancha).
- DOMINGO IRANZO, Eugenio (2008): *El Fuero de Requena. Estudio Crítico, transcripción y glosario* (Madrid, Ayuntamiento de Requena).
- GARCÍA-GALLO Y DE DIEGO, Alfonso (1971): “Los Fueros de Benavente”, en: *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 41, pp. 1143-1192.
- GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, Rafael (1974): *Historia General del Derecho Español* (Madrid, Huerta).
- GONZÁLEZ DIEZ, Emiliano (2006): *El Fuero de Andújar. Estudios y Edición* (Jaén, Universidad de Jaen).
- GONZÁLEZ DIEZ, Emiliano (1986): *El Régimen Foral vallisoletano* (Valladolid, Diputación Foral de Valladolid).
- GONZÁLEZ DIEZ, Emiliano y MARTINEZ, Jerónimo (2009): *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil* (Navarra, Civitas-Aranzadi).
- HUERTAS VÁSQUEZ, Eduardo (2002): *Fuero de Madrid* (Madrid, Ayuntamiento de Madrid).
- JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, Ignacio y DE MIGUEL Y RODRÍGUEZ, Manuel (1983): *El fuero viejo de Castilla* (Madrid, Lex Nova)
- LIBER IUDICIORUM (1847): *Los Códigos Españoles, concordados y anotados, tomo I.* (Madrid, La Publicidad).
- LE GOFF, Jacques (2008): *Una larga Edad Media* (Madrid, Paidós).
- LEVY, Ernst (2003): “Derecho Romano Vulgar de Occidente”, en : *Interpretatio. Revista de Historia del Derecho*, t. IX, pp. 1-298.
- MAJADA NEILA, Jesús (1893): *Fuero de Zamora* (Salamanca, Librería Cervantes).
- MARAVALL CASESNOVES, José Antonio (1979): *El concepto de España en la Edad Media* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- MARTÍNEZ DIEZ, Gonzalo (1982): *Fueros locales en el territorio de la provincia de Burgos* (Caja Ahorro Burgos, Burgos).
- MERÊA, Paulo (1967): *Historia e Direito* (Coimbra).
- MERÊA, Paulo (2007): *Estudos de História do Direito, I. Direito Português* (Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda).

- MORÁN MARTIN, Remedios (2002): *Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal* (Madrid, UNED, Editorial Universitas S. L.).
- MUÑOZ Y ROMERO, Tomás (1847): *Colección de Fueros y Cartas Pueblas en los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra; coordinada y anotada* (Madrid, Lex Nova, edición facsímil de 1987, Valladolid).
- PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio (1989): “El Fuero de Santander: estructura jurídica e institucional”, en: VV.AA., *El Fuero de Santander y su época* (Santander, Diputación Foral de Santander).
- PORTUGALIAE MONUMENTA HISTÓRICA (1867): *Diplomata et Chartae* (Lisboa. Kraus Reprint, Ltd. Leichtenstein, reimpresión facsímil. 1967).
- ROUDIL, Jean (1962): “El manuscrito español 8331 de la Biblioteca del arsenal de París”, en: *Vox Romana*, Nº 22.
- RUIZ GARCÍA, Elisa (2006): *Fuero de Soria, edición crítica y glosario* (Granada, Sostiene Pereira).
- SÁNCHEZ-ALBORNOZ, Claudio (1976): *Viejos y nuevos sobre las instituciones medievales españolas* (Madrid, Espasa Calpe).
- SÁNCHEZ RUANO, Julián (1870): *El Fuero de Salamanca* (Salamanca, Universidad de Salamanca)

Investigación criminológica sobre la concesión penitenciaria, prisionización y reinserción social en Chile*

Criminological research on penitentiary concession, imprisonment and social reintegration in Chile

Andrés Coe Espinoza

Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile.

Correo electrónico: andrescooe@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-6367-3032>.

Diego Becerril Ruiz

Universidad de Granada, España.

Correo electrónico: becerril@ugr.es. <https://orcid.org/0000-0002-5876-8034>.

Recibido el 4/07/2022

Aceptado el 29/10/2022

Publicado el 31/12/2022

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2022.n41.03>

RESUMEN: Este artículo se centra en torno a la política de concesión penitenciaria a través de la teoría relevante. Se ordena en torno a tres ejes temáticos. El primero en referencia a la concesión penitenciaria bajo el modelo socioeconómico vigente en el país, donde se discute principalmente la estrategia de estigmatización criminológica del estado para abordar la marginalidad y la pobreza bajo el enfoque de interaccionismo simbólico. El segundo en torno a la cultura

ABSTRACT: This article focuses on prison concession policy through relevant theory. It is organised around three thematic axes. The first one refers to prison concession under the current socioeconomic model in the country, where we discuss mainly the criminological stigmatisation strategy of the state to address marginality and poverty under the approach of symbolic interactionism. The second one is about prison culture and imprisonment, where factors to be considered

* La realización de este trabajo se enmarca en el contexto investigativo donde el autor, postula al grado de Doctor en Criminología, en la Universidad de Granada, España.

carcelaria y prisionización, donde se discuten factores a considerar respecto a este proceso cultural que sufren los reclusos desde la teoría de las subculturas. El tercer eje trata sobre la privatización de la reinserción social y se aboca discutir los problemas de esta política pública tomando la teoría del conflicto. Se concluye encontrando diversos dilemas entre la justificación idiosincrática de las concesiones y los efectos reales que produce.

PALABRAS CLAVE: *Institución total carcelaria, proceso de institucionalización, políticas públicas de concesiones penitenciarias, reinserción social.*

about this cultural process suffered by inmates are discussed from the theory of subcultures. The third axis deals with the privatisation of social reintegration and discusses the problems of this public policy using conflict theory. It concludes by finding various dilemmas between the idiosyncratic justification of the concessions and the real effects they produce.

KEY WORDS: *Total prison institution, institutionalisation process, public policies on prison concessions, social reintegration.*

I. INTRODUCCIÓN

A partir de 1990, el país afronta muchos desafíos urgentes en áreas como desigualdad social, crecimiento económico y expansión de derechos civiles. Un reto prioritario es el de la construcción y operación de infraestructura pública, esto no solo constituye un fin en sí mismo, sino que también es un medio para conseguir otros objetivos, como los anteriormente mencionados. En el contexto de un país con infraestructura insuficiente y subdesarrollada este reto se vuelve central en pos del progreso de la nación.

Ante la necesidad de acometer esta labor, pero al mismo tiempo, salvar la dificultad de asignarle recursos en el contexto de múltiples necesidades urgentes, se implementa un modelo de concesiones de obras públicas. Esta política pública se basa en la cooperación público – privada y se instaura en la legislación vigente. Este modelo se expresa entregando la responsabilidad de construir y manejar infraestructura pública a privados, los cuales a cambio de asumir estas responsabilidades obtienen la potestad de rentabilizar la infraestructura que obtienen en concesión en base a los criterios fijados en la licitación. Por último, cuando el contrato es completado se estipula que la propiedad de la infraestructura se transfiere al Estado.

En este escenario es que en el país se toma la decisión de concesionar infraestructura asociada al control del delito, en particular en centros penitenciarios, en adelante institución total carcelaria. En este modelo, la construcción, mantenimiento y operación de la institución total carcelaria será ejecutada por el concesionario, mientras que por otro lado Gendarmería de Chile conserva la potestad directiva y la función de seguridad del establecimiento penal. Es preciso destacar que en este modelo la función de reinserción social, psicológica, laboral y familiar queda inmersa en la concesión, ergo administrada por el concesionario. Como señala Arriagada¹ este modelo de cooperación público-privada no solo se ejecuta ante la falta de recursos públicos, sino que también al entender el valor del

¹ ARRIAGADA (2012), pp. 147-171

sector privado en la operación en términos de logística, eficiencia, experiencia y creatividad. Con esto se busca no solo agregar valor en términos de beneficios económicos, sino que también en términos de contenido y operación.

La privatización de la institución total penitenciaria, así como de su gestión y en particular de la reinserción social, se enmarcan en un contexto político amplio de consolidación del sistema político y económico que opera en Chile. Dicho sistema es implementado con posterioridad a la década del setenta, siendo luego refrendado hasta la actualidad tanto en la dimensión simbólica como en la política pública por gobiernos pertenecientes a todo el espectro político e ideológico. En términos globales, este modelo propugna el libre mercado y la reducción estatal en sentido amplio. Esto último planteando el óptimo social en que el Estado tenga implicancias y facultades en áreas como las relaciones exteriores, defensa, seguridad pública y aplicación de las leyes.

Este trabajo se plantea como consideración crítica en torno a la política de concesiones penitenciarias. Se estructura alrededor de tres ejes teóricos. El primero es relativo a la concesión carcelaria, para esto se habla de las estrategias del control social formal en torno a la definición y selección de la desviación social o criminalidad, la situación de sobrepoblación carcelaria, a la privatización de la penitenciaria como espacio público y al supuesto de eficiencia de lo privado por sobre lo público. En la segunda sección se trata el proceso de prisionización, así como las dinámicas y el comportamiento carcelario y la violencia implícita en la cultura penitenciaria. El tercer eje es relativo a la privatización de la reinserción social, aquí se observa el funcionamiento del modelo de concesiones carcelarias, se plantea la importancia desde el punto de vista del recluso, y se da cuenta sobre el funcionamiento de las políticas públicas de reinserción social en el país. Esta sección concluye señalando los siguientes tres riesgos que esta investigación identifica para esta política pública, el primero es de carácter ético en torno a la privatización de un derecho, el segundo gira en torno a la eficacia y el tercero es relativo a la ausencia de coordinación efectiva entre las políticas de reinserción intra y post penitenciarias, al igual que con actores fuera de prisión, los cuales son elementales para un resultado exitoso.

II. CONCESIÓN PENITENCIARIA

Este eje se sustenta teóricamente desde el enfoque del interaccionismo simbólico, esta corriente de pensamiento utilizada en ciencias sociales entiende que la interacción social es llevada a cabo mediante el intercambio de actos simbólicos, esto otorga un nutrido subtexto comunicacional que sobrepasa el contenido que otorga la comunicación verbal en sentido estricto. En criminología Goffman² hace un aporte en tanto pone de relieve la interacción social como representación de un rol determinado por el contexto. Esta teoría es de particular relevancia en cuanto a entender simbólicamente y en todo su subtexto el fenómeno penitenciario chileno. De manera secundaria también se utiliza el estructural funcionalismo, en tanto gran parte de la teoría se sustenta en la sociedad, “se basa en una estructura funcional que plantea estándares a sus integrantes interrelacionados, en caso de no cumplir estos los sujetos en cuestión serían desviados”.³ Esta teoría nos permite principalmente en-

³ MERTON (2002)

tender el fenómeno carcelario en su dimensión de estrategia de estigmatización del comportamiento no acordes a los modelos ideales.

Para comprender el fenómeno de la concesión de la institución total carcelaria es necesario comprender como el Estado realiza una estrategia para abordar la marginalidad y la pobreza. En esta línea Wacquant:⁴ *“Identifica tres estrategias ejecutadas desde la institucionalidad en este sentido, siendo la más relevante para la criminología la relativa a la definición y selección de la desviación social o criminalidad de las características y comportamientos asociados a la pobreza y marginalidad. En definitiva, esta estrategia propugna el establecimiento de una cultura dominante planteada como lo correcto y lo divergente a este modelo como algo inconcebible para la sociedad”*.

Lo anterior refleja la manera en que una sociedad inmersa en lo antes descrito, con una lógica individualista, crea una cultura de lo desechable en cuanto a personas que no encajan con el prototipo deseable de ciudadano. Para Wacquant⁵ *“el Estado realiza una estrategia jurídica y política intensiva en aras de controlar lo que se construye conceptualmente como inseguridad pública. Dicho concepto se arma a partir de actitudes y comportamientos imputables a la pobreza y marginalidad, para justificar su selección o rechazo”*. Esto conlleva a la estigmatización y perpetuación de estas características en ciertos estamentos de la sociedad, replicando ciclos de pobreza y marginación. *“Esta criminalización de la pobreza por el Estado es algo que se puede identificar y que es retroalimentado en base a anomias sociales”*.⁶

En lo relativo al fenómeno carcelario chileno, Salinero⁷ *“Identifica algunas causas y factores del aumento de la población carcelaria en la primera década del siglo XXI. Se identifican como principales causas el mayor tiempo de reclusión por interno, el mayor ingreso de internos y la falta de mecanismos de descomprensión efectivos. No obstante, se identifican los cambios en el sistema de administración y ejecución de la justicia penal como una de las causantes de la sobrepoblación”*.

Es necesario destacar que, de acuerdo a la visión del conflicto una estrategia jurídica desde el Estado, en torno a penalizar faltas asociadas principalmente a ciertos estratos y no penalizar faltas asociadas a estratos opuestos. Esta estrategia manifestada en la formalidad institucional, también tiene expresiones por ejemplo en las medidas alternativas a la cárcel para delitos menos graves.

El aislamiento de estos elementos considerados poco reconocibles por la sociedad en recintos penitenciarios, nos señala la importancia de caracterizar estas instituciones. Un primer elemento descriptivo lo aporta Goffman desde el interaccionismo simbólico, que define la cárcel como *“una institución total, esto da cuenta de que es un tipo de institución en que las múltiples necesidades humanas*

⁴ WACQUANT (2010)

⁵ WACQUANT (2001)

⁶ THOUX (2011), p. 39.

⁷ SALINERO (2014), p. 1.

se gestionan por intermedio de la organización”⁸. Lo anterior implica que serían lugares únicos donde se cumplen los diversos roles de una persona, interactuando con las mismas personas y donde se permanece aislado de la sociedad por un tiempo sustancial de manera involuntaria. Para Foucault⁹ desde el conflicto, esta institución representa el fracaso de la justicia penal, pues funciona como una fábrica de delincuentes.

Profundizando en la idea de Foucault¹⁰ de la prisión como el fracaso de la justicia penal, en tanto no se aboca a disminuir la criminalidad, sino que por el contrario a gestionarla principalmente en la función de especificación tipológica y utilización. Eso sería consistente con lo señalado por Wacquant¹¹ de la estigmatización criminológica de la marginalidad como estrategia del Estado, aún más Foucault¹² de manera consistente sostiene que esta gestión también estaría abocada a definir lo ilegal de una manera no siempre objetiva en tanto se aceptan algunas circunstancias y se reprimen otras. Esto se haría, según el paradigma del conflicto, sin mayor trasfondo intelectual o teórico, sino más bien en la lógica de transformación del castigo a raíz del ejercicio del poder dentro de la sociedad.

Goffman¹³ señala que: *“Un apunte de relevancia de la institución total es que rompe con la idea de autodeterminación relativa del individuo sobre el mundo. Al estar en un medio cerrado, donde los diferentes aspectos de su vida están determinados por la penitenciaria esto conlleva limitar su libertad como adulto, transformando al recluso en una persona cuya libertad, autonomía y autodeterminación es tutelada y gestionada por otro ente. Esto se manifiesta por cierto en aspectos materiales como las posibles comodidades de su vida habitual fuera de prisión, pero sobre todo en aspectos post materiales como puede ser la comunicación con otras personas o su propia libertad de movimiento la que es limitada de conformidad por la institucionalidad en la que se encuentra inmerso”*.

En lo relativo al control de la institución total sobre la libertad y autodeterminación del encarcelado Foucault¹⁴ realiza dos aportaciones útiles de analizar. La primera es la soledad del reo en tanto es la manera de contrarrestar todas las otras influencias posibles, lo que sitúa este instrumento como favorable a la reconfiguración del individuo. En consecuencia, se complementaría con una posterior socialización intracarcelaria con otros reclusos que permitan mediante un proceso de cambio institucional promover las actitudes consideradas correctas. La segunda aportación, es la de control sobre las actividades, esto en pos de modificar el pensamiento para optimizarlo y alinearlo con lo esperado por la sociedad, para favorecer una exitosa reinserción en la misma. Esto explica Foucault sirve para asemejar la sociedad intracarcelaria a la sociedad real lo que contribuye a habituar a los internos a las jerarquías y dinámicas fuera de la penitenciaria.

⁸ GOFFMAN (2001)

⁹ FOUCAULT (2002)

¹⁰ FOUCAULT (2002)

¹¹ WACQUANT (2001)

¹² FOUCAULT (2002)

¹³ GOFFMAN (2001)

¹⁴ FOUCAULT (2002)

Si tomamos las aportaciones teóricas de Wacquant^{15 16} y Goffman¹⁷ podemos afirmar que la cárcel tiene un rol público de suma relevancia. Por un lado, actuando como el receptáculo de lo excluido o lo que la sociedad percibe como su no imprescindible, esto basado en tipos penales que, aunque se plantean como neutrales, no son sino otra expresión de elementos construidos en asociación a juicios de valor, esto último según Foucault.¹⁸ Pero también tiene que ver con el cómo la ideología asumida por una sociedad y expresada a través de su Estado construyen socialmente la penitenciaria, si como un lugar de castigo o como un lugar de rehabilitación y reinserción. En definitiva, estos dos elementos son relevantes pues revelan la importancia tanto ideológica como práctica de la institución en la sociedad.

Privatizar esta institución, aunque sea en algunas dimensiones como la construcción y operación, genera un dilema en torno a la privatización de espacios públicos. En general, se arguye eficiencia económica y operacional para favorecer modelos de privatización, no obstante, estos argumentos pueden ser sesgados. Como señala Frey:¹⁹ *“En el contexto norteamericano se afirma que las cárceles privadas son construidas y operadas a menor costo económico que las estatales produciéndose un efecto de eficiencia operacional, pero esto se consigue a través de subcontratar mano de obra y disminuir beneficios laborales de sus trabajadores como la pensión. En definitiva, la eficiencia está dado por precarizar otras áreas del proceso como la gestión del recurso humano”.*

La argumentación en torno al modelo imperante en el país que se sustenta en la eficacia privada contra ineficacia pública cobra especial relevancia para Chile y es usada de manera permanente como reconocimiento de esta política pública. Es preciso ahora detenerse en tres reflexiones. La primera es valórica y relativa a la anteposición de la libertad o eficiencia económica por sobre la reinserción social de los internos o del Estado como garante de los derechos humanos y dignidad de los reclusos. En definitiva, habría que conciliar distintos valores o bienes para concluir que modelo es el que favorece al país. Como indica la evidencia la operación de una organización con fines de lucro de una institución tan particular y relevante para la sociedad, puede conllevar riesgos de precarización que también están asociados al bienestar no solo de funcionarios y trabajadores, sino que también de reclusos. Para Aman:²⁰ *“Hay un potencial peligro para el resguardo de los derechos humanos y dignidad en la penitenciaria privatizada, estableciendo que para controlar este riesgo potencial debe haber una fuerte regulación contractual que vaya más allá de aspectos solamente económicos o de provisión de servicios hacia el respeto y resguardo de derechos.” “En esta lógica es relevante que el Estado tenga un rol proactivo como garante de que estos estándares se cumplan a cabalidad”.*²¹

¹⁵ WACQUANT (2001)

¹⁶ WACQUANT (2010)

¹⁷ GOFFMAN (2001)

¹⁸ FOUCAULT (2002)

¹⁹ FREY (2000), p. 5.

²⁰ AMAN (2005)

²¹ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (2017)

La segunda es cuestionando el supuesto base, en consideración de que gran parte de esa eficiencia está asociada a menores costos por la precarización de servicios utilizados.²²⁻²³ Como señala Arriagada: *“la mayor eficiencia está asociada a condiciones de menor consideración, entonces no se puede plantear de una manera analíticamente neutra que las cárceles concesionadas son más eficientes que las estatales, esto pues operan bajo estándares distintos”*.²⁴ Para realizar un análisis riguroso se tendría que considerar la precarización asociada al proceso de privatización como una variable de la eficiencia operacional.

El tercer supuesto cuestiona lo ilógico que resulta aquella idea de privatizar la institución total carcelaria con la ideología en la que está basada. Si nos apoyamos en el segundo supuesto y establecemos que finalmente la privatización penitenciaria es por sobre todo una cuestión ideológica que trata de ser sustentada como tecnocrática. Podemos así establecer que la idea de un Estado que quiere invisibilizar la marginalidad no es concordante con la inclusión de organizaciones con fines de lucro en la operación carcelaria ni a nivel idiosincrático ni a nivel práctico. Estos actores tendrían un interés razonable en que la criminalización se mantenga para poder subsistir en cuanto a su objetivo, lo que chocaría con la tarea de rehabilitar a estas personas para que puedan amoldarse a lo que la sociedad quiere que sean, esto sería a un nivel práctico. A un nivel idiosincrático los objetivos e incentivos del Estado y de los privados no solo no estarían alineados, sino que serían contrapuestos.

III. PRISIONIZACIÓN Y CULTURA CARCELARIA

Esta sección será analizada usando como enfoque principal la teoría de las subculturas. La base de esta es el supuesto que la acción humana está motivada por la adaptabilidad, en esta lógica Cohen²⁵ indica que: *“Los motivos por los que algunos eligen están relacionados a sus grupos referenciales en cuanto a aceptación conductual de su comportamiento. Cuando existe un grupo suficiente de personas inadaptadas éstas tienden a formar un grupo propio, que resulta en una subcultura”*.

Este enfoque es particularmente útil para entender criminológicamente el actuar de estamentos minoritarios de la sociedad.

Para Goffman:²⁶ *“Los internos que se incorporan a una institución total como lo es la prisión ingresan con preceptos culturales de presentación basados en su construcción de la habitualidad previa al ingreso. Así el interno no reemplaza su cultura propia por otra ya configurada, esto implica un proceso de aculturación. Por consiguiente, un recluso al entrar en esta institución empieza a reescribirse culturalmente lo que implica la pérdida de la cultura y dinámica asociada al exterior. Este proceso lo hace menos*

²² FREY (2000)

²³ ARRIAGADA (2003), p. 214.

²⁴ ARRIAGADA (2003), p. 215.

²⁵ COHEN (1955)

²⁶ GOFFMAN (2001)

capaz de acometer exitosamente una vida en su cotidiano previo por los cambios sociales que sufre, este proceso de adquisición y transformación sociocultural en el contexto carcelario sería la denominada prisionización en otras palabras asumir la cultura de la prisión”.

Respecto al proceso de aculturación asociada a la cárcel, Clemmer²⁷ sostuvo que: “El recluso se integra a una comunidad en la penitenciaria que tiene una cultura y dinámicas propias del medioambiente en que están inmersos. Este fenómeno donde los reclusos adquieren los valores y comportamientos de la cultura carcelaria se denomina prisionización”. Crespo agrega que: “Entre los factores identificados para explicar su nivel de aculturación carcelaria están los institucionales como el carácter delictivo y también los asociados a dinámicas informales como el abordaje personal a diversos aspectos prácticos de la convivencia carcelaria”.²⁸ Según Pereira, “La ausencia de un contexto regular y existencia de restricciones en la cárcel favorecen la prisionización”.²⁹

Agrega el autor que:³⁰ “En las penitenciarias el accionar de los reclusos es influenciado por el código de los reclusos. Este código es una institucionalidad informal y de facto para los internos, y tiende entre otras cosas a instrumentalizar las relaciones, así como las dinámicas que se producen. Lo anteriormente expuesto, genera que muchas circunstancias y comportamientos que en un contexto normal serían rechazadas por el recluso, en el contexto carcelario sean aceptadas. Los reclusos utilizan estrategias de afrontamiento adaptativas que consisten en la generación de esfuerzos para tolerar las exigencias creadas por el entorno”.

Para Romero:³¹ “La prisionización no es un proceso unidimensional dado por la cultura carcelaria, sino que también tiene que ver con las trayectorias de vida, procesos de socialización primaria y gestión del propio encierro. Esto haría que la prisionización sea en esencia un proceso heterogéneo en cuanto a las relaciones intra penitenciarias”.

En lo relativo al componente de ejercicio de la violencia que lleva implícita la cultura carcelaria, Crespo afirma que:³² “la tolerancia a su utilización es lo que posibilita su ejercicio efectivo. La violencia en sus diversas formas está instalada en el cotidiano de la prisión y configura las posiciones sociales de los reclusos según la capacidad de ejercerla que tenga cada uno. En las prisiones existe una subcultura más bien común, no obstante, los valores grupales terminan configurando los códigos subculturales que varían de caso en caso. Estos valores asociados a liderazgos, correlaciones de poder y relaciones intracarcelarias. Por último, el autor arroja luces en torno a que factores como la certidumbre jurídica, personalidad y relaciones del recluso fuera de la institución total carcelaria son necesarios de considerar para estudiar la aplicación de acciones violentas en la cultura de la prisión”.

²⁷ CLEMMER (1958)

²⁸ CRESPO (2017), pp. 77-94.

²⁹ PEREIRA et. al. (2016), pp. 153-161.

³⁰ PEREIRA et. al. (2016), pp. 153-161.

³¹ ROMERO (2019), pp. 42-58.

³² CRESPO (2009)

Respecto a las relaciones intrapenitenciarias es relevante reflexionar el relacionamiento entre el interno y los funcionarios de la cárcel. Goffman³³ pone de relieve que estas dinámicas pueden estar basadas en el sometimiento, esto en un sentido físico a través del trato a veces indigno, pero también de menoscabo psicológico. Esto último se evidencia en que, al existir una relación asimétrica entre el recluso y el guardia existen dinámicas de subyugación que afectan negativamente al primero, materias como el lenguaje tornan esto en una realidad. Esta estrategia que emprenden algunos reclusos basada en la subyugación conlleva que sean más aceptados por los funcionarios de la cárcel y eso deriva en la obtención de beneficios en un sentido amplio, no obstante, también provoca que estas personas sean marginadas y humilladas en sus relaciones con otros reclusos, siendo un riesgo inherente a la cárcel como institución total.

IV. LA PRIVATIZACIÓN DE LA REINserCIÓN SOCIAL

Para esta parte de la investigación se asume, como se hizo precedentemente un enfoque basado en la teoría del conflicto, esta perspectiva plantea que el conflicto es algo inherente a la sociedad, no obstante, es también un hecho circunstancial, esto puede ser útil en tanto sin adversidades sociales el progreso o cambio podría sufrir una ralentización. Para García la teoría sociológica liberal que resulta de relevancia teórica para este trabajo *“asume el conflicto entre grupos sociales que sirve para analizar las posiciones y conformaciones de grupos en torno a la reinserción social”*.³⁴

Para Arriagada:³⁵ *“La concesión operativa de las penitenciarías implica que aspectos y funciones fundamentales tanto para el interno como para la sociedad, serán operadas por los concesionarios a quienes se les delega tal responsabilidad. Para el caso chileno las concesiones carcelarias abarcan principalmente la construcción, mantención y operación, en tanto la dirección y labores de seguridad se mantienen a cargo de Gendarmería de Chile (210-248)”*.

Esta política de concesión de infraestructura se ejecuta en consideración de la necesidad de infraestructura que tiene el país y la incapacidad de priorizar recursos para conseguirla. No obstante, en el proceso se privatizan aspectos y funciones esenciales de la cárcel, siendo el más relevante la reinserción social.

Es necesario comenzar reflexionando sobre la función primordial de la prisión en relación al recluso. Desde una visión crítica Waquant³⁶ la plantea como un receptáculo para no constatar la pobreza y marginalidad, esto implicaría que no hay mayor interés ni expectativa en torno a rehabilitar al recluso para que se reincorpore a la sociedad como un miembro funcional de la misma. En consecuencia, es primordial la seguridad y vigilancia que efectúa Gendarmería de Chile en torno al control de los

³³ GOFFMAN (2001)

³⁴ GARCÍA (2008), pp. 29-43.

³⁵ ARRIAGADA (2012), pp. 147-171.

³⁶ WACQUANT (2010)

internos para evitar potenciales fugas de prisión. Esto es concordante con lo señalado por Bedoya quien sugiere que “en contextos de hiperencarcelamiento hay una estrategia funcional al castigo en contraposición a la cohesión social”.³⁷

Un fenómeno particularmente alarmante es la poca efectividad de la reinserción social, Williamson constata que “al menos el 50% de la población privada de libertad ha sido condenada por más de un delito”.³⁸ Esto refleja que la reinserción social no está siendo efectiva pues existe una alta tasa de reincidencia delictual en el país. Es necesario incorporar mayor contenido específico y mayor coordinación para realizar políticas más efectivas, vale decir referido a trabajo y educación. Una materia en la que avanzar es la incorporación de criterios específicos a poblaciones carcelarias vulnerables.³⁹⁻⁴⁰ La política se debe moldear con el fin de propiciar un ambiente favorable a la reinserción entendiendo e incorporando la diversidad y particularidad de cada contexto.

Esto se puede reflexionar a raíz de la construcción social del concepto de reinserción social que realizan los gendarmes como los encargados de brindar las labores de seguridad en las cárceles y quienes interactúan más con los reclusos. “En particular la construcción social hace referencia a que la realidad es un constructo socialmente realizado que genera conocimiento, no material y subjetivamente pensado por la interpretación de elementos como los símbolos, lenguaje y semántica, entre otros”.⁴¹ Así Ahumada y Grandon aportan que “esta construcción está muy determinada por las experiencias de cada gendarme en aspectos personales como sus creencias y valores”.⁴² Esto es relevante, pues por un lado refleja una diversidad cultural en torno a un concepto clave en el quehacer carcelario que genera un desafío de relevancia para la institución. Por otro lado, es necesario recordar que al ser los gendarmes quienes se relacionan directamente con los reclusos esta interacción está condicionada por los sesgos, pensamiento e ideas de cada parte.

Para complementar en lo referente a la reinserción de los reclusos en la sociedad, Liebling crea el indicador denominada desempeño moral.⁴³ Este se refiere a la capacidad de enmarcar la reinserción social en ambientes que la optimicen y favorezcan. Esto genera una herramienta más integral en cuanto a medir condiciones más asociadas a la calidad de vida y no solo a la cárcel en sí misma. También incorpora dos elementos relevantes, por un lado, que la cárcel debe ser un lugar donde no se reproduzcan dinámicas de violencia y por otro que la cárcel no debe ser un lugar que viole la dignidad de los reclusos. Este concepto ayuda a evolucionar la concepción de lo penitenciario como un lugar que debe como máximo cumplir un estándar legal, por tanto cambia ese planteamiento entendiéndolo como el mínimo esperado de criterios que se cumplan tanto éticos como morales para favorecer una mejor

³⁷ BEDOYA (2019), pp. 78-97.

³⁸ WILLIAMSON (2004)

³⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (2017)

⁴⁰ MATTHEWS (2011)

⁴¹ BERGER Y LUCKMANN, T. (1968)

⁴² AHUMADA Y GRANDON (2015)

⁴³ LIEBLING (2004)

rehabilitación del recluso. El estudio exploratorio de Sanhueza⁴⁴ encuentra evidencia en torno a que el desempeño moral de las penitenciarías chilenas es insuficiente, encontrando dinámicas de violencia e irrespeto a la dignidad humana que validan la idea de una baja eficacia de la reinserción social.

La privatización de la reinserción social conlleva tres riesgos principales. El primero es ético en tanto, se está entregando una función clave para la sociedad a organizaciones privadas bajo el supuesto de anteponer la eficiencia operacional al resguardo de los derechos del recluso, no solo infravalorando elementos anexos a la provisión del servicio, sino que también potencialmente afectando a la sociedad que eventualmente tendrá que reincorporar al recluso a la sociedad. Una alternativa es la propuesta por Dammert y Díaz tal como se citó en Sanhueza y Pérez,⁴⁵ de cambiar el enfoque sobre el cómo aborda la cuestión el Estado, esto implicaría pasar de invertir más en materia de reinserción social en los reclusos.

El segundo riesgo es de eficacia de las políticas ejecutadas, en tanto son realizadas por concesionarios cuya finalidad principal es buscar retorno de la inversión, es razonable dudar de su competencia para acometer tal labor; de reinsertar socialmente a un recluso, aún más hacerlo bajo estándares humanitarios, enmarcándose en un enfoque de derechos. Podemos señalar que la evidencia indica que, si bien las cárceles concesionadas son más eficientes en aspectos operativos como condiciones de infraestructura, también tiene indicadores más deficitarios en acceso a servicios asociados o relacionados a la reinserción social como el acceso a estos programas⁴⁶. Todo esto hace razonable pensar que la reinserción social privatizada no es la mejor formulación de política pública para el bien común de la sociedad, pero en caso de continuar ejecutándose es necesario generar una relación contractual que garantice estándares más exigentes en cuanto a eficacia de la reinserción y estándares de derechos humanos a los concesionarios.

El tercer riesgo es en torno a la articulación de las políticas de reinserción social intrapenitenciarias y post penitenciarias. En el modelo de cárcel concesionada las intrapenitenciarias son ejecutadas por los privados mientras que las post penitenciarias por alguna entidad pública. Como afirma Espinoza: *“existe una escasa cobertura de las políticas posteriores a la salida del recluso, en tanto que las políticas ejecutadas internamente están enfocadas a cubrir a los reclusos con mayores probabilidades de reinsertarse”*.⁴⁷ Esta estrategia de focalización sería cuestionable bajo un enfoque fundado en el derecho a reinsertarse. Esto pone en cuestión el rol del privado en no solo proveer un derecho al recluso, sino que al mismo tiempo ser garante del mismo. Es necesario destacar que esta mayor cooperación y coordinación del concesionario con otros actores debe incluir a entidades como, por ejemplo, las municipalidades, organizaciones no gubernamentales y empresas para favorecer una reinserción efectiva del recluso.⁴⁸

⁴⁴ SANHUEZA et al (2015)

⁴⁵ SANHUEZA y PÉREZ (2017), pp. 1066-1084.

⁴⁶ SANHUEZA y PÉREZ (2017), pp. 1066-1084.

⁴⁷ ESPINOZA (2014), pp. 117-134

⁴⁸ SANHUEZA y PÉREZ (2017), p. 3

Finalmente es necesario reflexionar sobre la reinserción social en el actuar de Gendarmería de Chile. Así es necesario remontarse al decreto de ley orgánica que regula esta institución, donde en el artículo número uno respecto a la naturaleza y objetivo institucional se señala que este servicio público tiene por finalidad vigilar y rehabilitar. Retomando lo anteriormente revisado, resulta evidente que en la práctica “*existe una priorización de la misión de vigilar por sobre la de rehabilitar, esto en línea con la estrategia estatal de criminalización*”⁴⁹ y “*con la falta de una cultura organizacional óptima en materia de reinserción social*”.⁵⁰ Esta dinámica de funcionamiento es también concordante a nivel idiosincrático con la privatización de la reinserción al ser una función secundaria para el Estado, que no genera una mayor problematización al pasarla a privados.

V. CONCLUSIONES

El modelo socioeconómico imperante en el país genera que el Estado adopte una estrategia de estigmatización de la pobreza y marginalización con el objetivo de obviarla. En Chile existe un problema de exceso de población carcelaria que se ve agravado por problemas como la falta de descomprensión efectiva y el mayor ingreso de reclusos. Esto ha sido agravado por la falta de una política criminal y penitenciaria más coherente tanto a un nivel práctico como idiosincrático, así como los énfasis institucionales que ha tenido Gendarmería de Chile sobreponiendo su misión de vigilar por sobre la de rehabilitar a los reclusos.

En esta perspectiva de la realidad penitenciaria de Chile se identifican tres dilemas. Primero está el cuestionamiento ético en torno a la priorización de la libertad y supuesta eficiencia económica por sobre el resguardo y garantía de los derechos humanos. Segundo está el cuestionamiento a la eficiencia, en tanto está asociada a precarización de los procesos en áreas como la gestión de recursos humanos, lo que derriba el supuesto de superioridad per se de la gestión privada por sobre la pública. Tercero lo inconexo que es sustentar una estrategia como la vigente de obviar la marginalidad mientras se genera una actividad lucrativa en torno a esto para los privados, esto pues en la práctica genera que los intereses del Estado y de los privados no estén alineados.

En cuanto a la prisionización es necesario destacar que es un proceso que se maneja con códigos y dinámicas particularizadas por cada recluso. El fenómeno tiene que ver con múltiples factores como las trayectorias personales de los reclusos y la gestión de su vida como internos. Este fenómeno es favorecido por la ausencia de una actitud proactiva por parte de las autoridades en generar ambientes favorables a la reinserción social. Esta nula proactividad se evidencia en la existencia de violencia y de abusos a los derechos humanos en la cárcel.

Para terminar, sobre la privatización de la reinserción social subyace un debate en torno al objetivo que otorga la sociedad a la penitenciaria, si esperan castigo o reinserción. Es necesario destacar que

⁴⁹ WACQUANT (2010)

⁵⁰ AHUMADA Y GRANDON (2015)

esta dimensión de la política pública ha sido ineficiente según demuestra la evidencia y se le implican fallos como la falta de contenido para fortalecer el objetivo. Igualmente se identifican desafíos como la propia concepción social por parte de los gendarmes de lo que implica el concepto de reinserción social, pues al existir una heterogeneidad del mismo se dificulta la formación de una cultura institucional.

En esta sección se identifican tres dilemas, el primero es ético en tanto se entrega una función de interés social primordial de la cárcel a los privados. Esto no solo conlleva el riesgo inherente a su mala ejecución, sino que también al no resguardo de un enfoque de derechos hacia el recluso. En segundo lugar, es de eficacia pues si bien los concesionarios han probado poder afrontar retos como la construcción de infraestructura de manera óptima no han logrado esa validación en la provisión de reinserción social, aún más una ejecución eficiente de esta función podría terminar siendo contraproducente para el bienestar económico de su actividad. En tercer lugar, está la falta de coordinación y coherencia entre las políticas intrapenitenciarias que ejecuta un concesionario en relación a las post penitenciarias que ejecuta el Estado.

En conclusión, se plantean diversos desafíos y reflexiones que deben enfrentarse en consideración de lo esperado por la sociedad para sus instituciones carcelarias. En lo inmediato y para subsanar los dilemas que resultan más urgentes, por su potencial afectación a los derechos y dignidad humana de funcionarios y reclusos, es necesario replantear las relaciones contractuales aspirando a un estándar más elevado. Cabe destacar que en caso de que esta política se mantenga en el tiempo es vital que el Estado a través de sus diversas instituciones tenga un rol más proactivo en resguardar los derechos de los funcionarios y de los reclusos, sobre todo en perspectivas de poder generar una reinserción social efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- AHUMADA ALVARADO, Héctor y GRANDON FERNÁNDEZ, Pamela (2015): “Significados de la reinserción social en funcionarios de un centro de cumplimiento penitenciario” en: *Psicoperspectivas. Individuo y Sociedad* (Vol. 14, Núm. 2), pp. 84-95.
- AMAN, Alfred (2005): “Privatization, prisons, democracy, and human rights: The need to extend the province of administrative law, Indiana Law 3” en: *Legal Studies Research Paper Series* (Vol. 12, Núm. 2), pp. 511-550.
- ARRIAGADA GAJEWSKI, Isabel (2003): “Cárceles privadas: La superación del debate costo-beneficio” en: *Política criminal*. (Vol. 8, Núm. 15), pp. 210-248.
- ARRIAGADA GAJEWSKI, Isabel. (2012). “Privatización carcelaria: el caso chileno”. En: *Revista de Estudios de la Justicia* (Núm. 17), pp. 147-171.
- BEDOYA, Jesús (2019): “Controversias por la administración penitenciaria en Costa Rica, en el contexto del hiper encarcelamiento” en: *URVIO. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad* (Núm. 24), pp. 78-97.

- BERGER, Peter. y LUCKMANN, Thomas (1968): *La construcción de la realidad social* (Buenos Aires, Amorrortu).
- CLEMMER, Donald (1958): *The prison community* (New York, Rinehart and Winston).
- COHEN, Albert. (1955): *Delinquent boys: The culture of the gang* (Glencoe, Ill: Free Press).
- CRESPO, Freddy (2009): “Cárceles: Subcultura y violencia entre internos” en: *Revista Cenipec*, (Núm. 28), pp. 125-150.
- CRESPO, Freddy (2017): “Efectos del encarcelamiento: Una revisión de las medidas de prisionización en Venezuela”, en: *Criminalidad* (Vol. 59, Núm. 1), pp. 77-94.
- ESPINOSA, Olga (2014): “Políticas de reinserción pos penitenciaria. Eliminación de antecedentes penales en Chile”, en: URVIO. *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, (Vol. 1, Núm. 1), pp. 117-134.
- FOUCAULT, Michel (2002): *Vigilar y Castigar* (Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores).
- FREY, Antonio (2000): “Seguridad ciudadana, ambivalencia de las políticas criminológicas y privatización del sistema carcelario”, en: *Revista de la Academia* (Núm. 5), pp. 19-34.
- GARCÍA, Germán (2008): “La teoría sociológica del conflicto. Un marco teórico necesario”, en: *Prolegómenos*, (Vol. 11, Núm. 22), pp. 29-43.
- GOFFMAN, Erving (2001): *Internados, ensayos sobre la situación social de enfermos mentales* (Buenos Aires, Amorrortu).
- LIEBLING, Alison (2004): *Prisons and their moral performances: A study of values, quality and prison life* (Oxford, Oxford University Press).
- MATTHEWS, Rogers (2011): “Una propuesta realista de reforma para las prisiones en Latinoamérica”, en: *Política criminal* (Vol. 6, Núm. 12), pp. 296-338.
- MERTON, T. (2002): *Teoría y estructura social* (México, FCE).
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (2017): “La política de reinserción social en Chile. Estado actual y proyecciones”, *Documento de estudio institucional*.
- PEREIRA, Ana, ARCE, Ramon, y NOVO, Mercedes (2016): “Evaluación del papel de la prisionización en la adaptación y afrontamiento en penados”, en: ANDRÉS-PUEYO, A.; FARIÑA, F., NOVO, M. y SEIJO, D. (eds.), *Avances en psicología jurídica y forense* (Santiago de Compostela, Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense.), pp. 153-161.
- ROMERO MIRANDA, Luis (2019): “Prisionización: estructura y dinámica del fenómeno en cárceles estatales del sistema penal chileno”, en: URVIO. *Revista Latinoamericana De Estudios De Seguridad* (Núm. 24), pp. 42-58.
- SALINERO, Sebastián (2012): “¿Por qué aumenta la población penal en Chile? Un estudio criminológico longitudinal”, en: *Ius et Praxis* (Vol. 18, Núm. 1), pp. 113-150.
- SANHUEZA, Guillermo, ORTÚZAR, Catalina y VALENZUELA, Eduardo (2015): El desempeño moral de las cárceles chilenas: un estudio piloto en Colina II, en: VV.AA., *Propuestas para Chile* (Santiago, Centro de Políticas Públicas UC).
- SANHUEZA, Guillermo y PÉREZ, Francisca (2017): “Cárceles concesionadas en Chile: evidencia empírica y perspectivas futuras a 10 años de su creación”, en: *Política Criminal* (Vol. 12, Núm. 24), pp. 1066-1084.
- TJIOUX, María (2011): “El infierno en la torre 5: Reflexiones sobre la cárcel en Chile”, en: *Revista Latinoamericana de Estudios sobre Cuerpos, Emociones y Sociedad* (Vol. 2, Núm. 5), pp. 39-49.
- WACQUANT, Loïc (2001): *Parias Urbanas: Marginalidad en la ciudad a comienzos de siglo* (Buenos Aires, Manantial).

WACQUANT, Loïc (2010): *Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social* (Barcelona, Gedisa).

WILLIAMSON, Bernardita (2004): “Políticas y programas de Rehabilitación y Reinserción en Cárceles”, en: *Revista de la fundación paz ciudadana*, pp. 23-26.

Normativa citada

Decreto de ley N°2.859. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 15 de septiembre de 1979.

Críticas a la aplicación supletoria del régimen de prescripción civil a la potestad sancionatoria de la administración del estado por la jurisprudencia nacional

Criticism of the supplementary application of the civil prescription regime to the sanctioning power of the state by national case law

José Ignacio Anrique Soto

Concepción, Chile.

Correo electrónico: ignacio.anrique@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-9021-4456>.

Recibido el 4/07/2022

Aceptado el 14/11/2022

Publicado el 31/12/2022

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2022.n41.04>

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto renovar el debate sobre la determinación del régimen supletorio de prescripción extintiva aplicable al ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración del Estado, sobre la base de un examen de congruencia entre la finalidad de ésta y aquellas que han servido de sustento a los regímenes civil y penal, respectivamente.

ABSTRACT: The purpose of this article is to renew the debate on the determination of the supplementary regime of extinctive prescription applicable to the exercise of the sanctioning power of the State Administration, on the basis of an examination of congruence between the purpose of the latter and those that have served as support for the civil and criminal regimes, respectively.

te, tomando en consideración los argumentos esgrimidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema para adherir a uno u otro sistema. Así, sobre las ideas de unidad y coherencia que deben informar la construcción del Derecho como sistema, advertimos que existe una incongruencia teleológica en la tesis que postula la supletoriedad de las normas del Código Civil en la materia al responder a la regulación, satisfacción y cautela de bienes jurídicos de orden patrimonial, y por tanto, sujetos a la lógica de principios como la autonomía de la voluntad y libre circulación de la riqueza, los que no encuentran arraigo en las bases fundantes de la potestad sancionatoria de la Administración.

PALABRAS CLAVES: Prescripción extintiva, potestad sancionatoria de la administración, régimen de prescripción general y supletorio.

taking into account the arguments put forward by the case-law of the Supreme Court to adhere to one or the other system. Thus, regarding the ideas of unity and coherence that should inform the construction of the Law as a system, we note that there is a teleological incongruence in the thesis that postulates the supplementary nature of the rules of the Civil Code in this matter, as it responds to the regulation, satisfaction and protection of legal assets of a patrimonial nature, and therefore, subject to the logic of principles such as the autonomy of the will and the free circulation of wealth, which are not rooted in the founding bases of the sanctioning powers of the Administration.

KEY WORDS: Extinctive prescription, sanctioning power of the administration, general and supplementary prescription regime.

I. INTRODUCCIÓN

La prescriptibilidad de las acciones constituye un principio general en nuestro ordenamiento, al punto de entenderse que aun ante la falta de norma expresa, toda acción o pretensión está sujeta inexorablemente a su extinción al conjugarse los elementos de inactividad del titular y transcurso del tiempo.¹

En el caso del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración, salvo excepciones, no existe norma expresa general que regule este instituto. Esto ha generado una ardua labor interpretativa, principalmente jurisprudencial, dirigida a precisar las reglas que rigen la prescripción de esta potestad, por vía de la supletoriedad, mediante la identificación de regímenes generales en la materia.

Estos esfuerzos han decantado en dos soluciones por vía de integración normativa, a saber, por una parte, aquellas que identifican como régimen general y supletorio en la materia, a las reglas contenidas en los artículos 2492 y siguientes del Código Civil (en adelante CC) y por otra aquellas que apuntan a las establecidas en los artículos 94 y siguientes del Código Penal (en adelante CP).

A la fecha, de acuerdo con los más recientes pronunciamientos de la Corte Suprema en la materia, el criterio predominante es aquel que sostiene la supletoriedad de las reglas del Código Civil, descartando toda remisión a la dogmática penal.

¹ Esta afirmación encuentra por sustento la variada jurisprudencia de la Corte Suprema, conforme dan cuenta la totalidad de las sentencias revisadas en la presente investigación cuyos datos para efectos de consulta se detallarán más adelante. Cabe señalar que la prescriptibilidad de la potestad sancionatoria no es un tema pacífico en nuestra doctrina, ver ARANCIBIA (2021), pp. 105-137.

Así, nuestro propósito es, sobre la base de un análisis de coherencia dogmática, revisar los argumentos que fundan esta última postura; sostenemos que esta contraviene la idea de construcción del Derecho como sistema, pues pretende aplicar un régimen distinto al que observó el legislador al momento de dotar a la Administración de potestades sancionatorias.

Para esto, hemos estructurado el presente trabajo de la siguiente manera: en forma preliminar, precisaremos las bases metodológicas que guían nuestro análisis, sobre la base de los conceptos de unidad y coherencia que permiten atribuir al sistema jurídico el carácter de ciencia, para luego a examinar los argumentos de ambas soluciones jurisprudenciales de integración, habiendo identificado las finalidades tanto de la potestad sancionatoria de la Administración, como de los respectivos regímenes de prescripción en concurso, para finalmente advertir la incongruencia teleológica que importa la aplicación de la solución actualmente dominante en la material.

II. ASPECTOS PRELIMINARES. LA IDEA DEL SISTEMA DE DERECHO, ORDEN, UNIDAD EN LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE LAS DISCIPLINAS JURÍDICAS Y LA NOCIÓN DE NÚCLEOS DOGMÁTICOS

Para transitar por la argumentación planteada al inicio, es indispensable referirnos a un tema con escaso desarrollo doctrinal, que guarda relación con la idea de su construcción de la disciplina del Derecho como sistema, es decir, del tratamiento de sus manifestaciones normativas e instituciones a partir de un método científico, cuya finalidad es dotar tanto a la doctrina como al juez, de una herramienta auxiliar para la interpretación y aplicación del derecho vigente, sobre la base de orden y unidad.

La noción de sistema en materia de Derecho está vinculada a la necesidad de buscar un orden y unidad de ideas a partir del cual es posible entregar un análisis coherente y con sentido de orden jurídico de las normas jurídicas vigentes. Se trata de utilizar un sistema abstracto-conceptual, cuya finalidad es reducir la masa de la materia jurídica a unos pocos conceptos, que le dan unidad y coherencia a un amplio sector de una disciplina jurídica determinada.² En esta idea de construcción de sistema, identificamos orden y unidad como sus elementos esenciales.

En efecto, el orden responde a la necesidad de ofrecer una coherencia interna fundada en la realidad sobre la base de la construcción de los denominados núcleos dogmáticos, mientras que la unidad apunta a la identificación de unos pocos y determinados principios básicos, desechándose todo fraccionamiento en unidades individuales y desconectadas, desvaneciendo el riesgo de desconexión o fractura al interior de la respectiva disciplina jurídica y garantizando así su autonomía.³

En otras palabras, el objetivo de este método científico de construcción dogmática es dotar de una

² VERGARA (2015), p. 4.

³ VERGARA (2015), p. 4.

herramienta auxiliar al momento de efectuar un análisis de las normas vigentes, interpretarlas y/o aplicarlas al caso concreto, mediante un ejercicio de epistemología jurídica,⁴ que permite, sobre la base de la identificación de elementos definitorios de un instituto jurídico (núcleos dogmáticos), como lo son su función y fundamentos, dotar de unidad regulatoria a esa área o disciplina, especialmente ante la necesidad de acudir a ejercicios de integración evitando desde ya incurrir en contrabandos normativos inconexos, lo que se vuelve aún más indispensable cuando estamos ante una disciplina que presentan un desbordante pero asistémico desarrollo legislativo.⁵

Es por ello que, adhiriendo a la idea de la construcción de la disciplina jurídica como sistema, es en estos términos que procederemos a analizar si la propuesta de integración predominante en materia de prescripción de las potestades sancionatorias, adoptada por nuestra jurisprudencia, satisface los elementos de unidad y coherencia ya anotados y, por tanto, si asegura una compatibilidad dogmática entre el instituto receptor y la normativa a la que se le atribuye el carácter de general y supletoria, a partir de sus fundamentos y finalidades.

III. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN, ACERCAMIENTO AL PROBLEMA DE LA PRESCRIPCIÓN

A. Aspectos generales de la potestad sancionatoria de la Administración

El reconocimiento y regulación de potestades exorbitantes en favor de los órganos de la Administración del Estado constituye un fenómeno normativo de larga data en nuestro sistema jurídico.⁶

Su fundamento estriba en la necesidad de dotar a la orgánica estatal de herramientas que aseguren la efectividad de su intervención en la cautela y gestión de intereses y bienes demaniales ante la constante amenaza de su lesión, en un contexto de múltiples fuentes de riesgo existentes en el medio social⁷, y cuyo fin último no es sino el cumplimiento o satisfacción de aquella finalidad que el Constituyente endilga al Estado, cual es, la promoción del bien común.⁸

Desde los inicios de nuestra vida republicana, la Administración ha estado premunida de potestades de naturaleza sancionatoria en diversas materias, tales como extranjería, servicios eléctricos y sanitarios, calidad de la educación y medio ambiente, por citar algunas. Sin embargo, esta no ha estado exenta de críticas y dificultades. Los cuestionamientos se han abocado no solo a su legitimidad o

⁴ VERGARA (2015), p. 4.

⁵ Vr.g. en materia eléctrica, sanitaria, ambiental, extranjería, mercado de valores, educación, seguridad privada, eventos deportivos, etc.

⁶ Sobre el origen y desarrollo de las potestades sancionatorias de la Administración ver el trabajo de GÓMEZ (2019), pp. 361-384.

⁷ Román Cordero advierte que la imposición de sanciones por la administración constituye el mecanismo idóneo para compeler a los particulares quienes direccionan su actuar bajo una lógica económica, a fin de impedir la generación de riesgos que amenazan a las personas y las cosas. Véase ROMÁN (2008), p. 119.

⁸ Ver SALINAS (2019). En el mismo sentido CAMACHO (2010), p. 41.

procedencia desde un punto de vista constitucional,⁹ ¹⁰ sino, además, a las dificultades derivadas del tratamiento asistémico y disperso, las que han forzado una ardua labor interpretativa, en pos de identificar los límites, reglas y principios que permitan orientar su despliegue en términos coherencia con el resto del bloque de legalidad.

Dicha labor interpretativa se ha realizado iniciando en la determinación de la naturaleza jurídica del fenómeno sancionador, ya sea entendiéndolo como una manifestación o variante de un único *ius puniendi* del Estado, compartiendo, en consecuencia, una unidad ontológica con el Derecho Penal,¹¹ y por tanto sujetándose a los límites y garantías constitucionales tradicionalmente aplicables a este último;¹² o bien, afirmando su carácter de disciplina independiente dentro del Derecho Público, en pos de establecer una suerte de autopoiesis normativa ante la constatación de vacíos o lagunas, descartando, en consecuencia, el empleo de la dogmática penal como marco de referencia.¹³

Ahora bien, cualquiera sea la conceptualización a que se adhiera para precisar la naturaleza del fenómeno sancionatorio, resulta pacífico que los intereses que en éste intervienen, como lo son el orden y seguridad pública, la calidad en la prestación de servicios educacionales o sanitarios, la salubridad pública o la protección del medio ambiente, entre otros, son de naturaleza supraindividual o colectiva¹⁴ por lo que su cautela, gestión y promoción, exceden la esfera del individuo, como ocurre, por ejemplo, en la relación jurídica acreedor/deudor. En este mismo orden de ideas, tampoco existe discrepancia respecto a que las potestades de la Administración operan sobre la base de una relación binaria de represión/prevenición o corrección/prevenición,¹⁵ en la que el Estado limitará el ejercicio de derechos y libertades de los administrados mediante la imposición de una sanción, a razón de la autotutela que el ordenamiento jurídico le reconoce y de su deber de resguardar determinados intereses.

Pese a los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales por conferir una taxonomía jurídica al fenómeno sancionatorio y su constatación en cuanto fenómeno normativo de larga data en nuestro ordenamiento jurídico, el legislador no ha cedido en conferirle un desarrollo normativo sistemático. Por el

⁹ Ver, SOTO (1979), pp. 95-103; y ARÓSTICA (1991), pp. 173-195.

¹⁰ El cuestionamiento doctrinal formulado ha sido rebatido al punto de no constituir un asunto de interés para la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, que, al parecer, y obviando cualquier consideración relativa a la recepción o procedencia de las potestades sancionatorias de la Administración, ha procurado establecer los contornos de un fenómeno que atendida su presencia y despliegue al interior de nuestro ordenamiento jurídico resulta ya un fenómeno innegable. Ver ROMÁN (2008), p. 119.

¹¹ Esta identificación ontológica tiene por fuente en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, conforme se desprende del razonamiento expuesto en las sentencias dictadas en las causas Rol N°422-1996; Rol N°479-2006, Rol N°486-2006, afirmación que no ha estado exenta de críticas por parte de la doctrina, ver GÓMEZ y SALINAS (2019).

¹² Este planteamiento corresponde a la denominada tesis unitaria o del *ius puniendi* único del Estado, cuya fuente deriva de un proceso paulatino de construcción que inicia el año 1996 a partir de una serie de pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que siguiendo a doctrina del Tribunal Constitucional Español, incorpora al lenguaje jurídico nacional la expresión DAS y sostiene que éste y el Derecho Penal son manifestaciones de un único *ius puniendi* estatal, en donde la vertiente penal surge de la potestad jurisdiccional del Estado y la Administrativa de la potestad de administrar.

¹³ Ver BORDALÍ y FERRADA (2008).

¹⁴ En efecto, las potestades sancionatorias de la Administración pretenden cautelar intereses o bienes jurídicos que escapan de la tradicional concepción de derechos subjetivos individuales, pues su titularidad no puede radicarse o identificarse con exclusividad en una persona o patrimonio determinado que pueda erigirse como un titular exclusivo e independiente del mismo, ejemplo de ello está en materia de orden público, educación, medio ambiente, entre otras.

¹⁵ SALINAS (2019), p. 232.

contrario, se advierte un cuantioso cúmulo de cuerpos normativos que, dispersos, establecen potestades sancionatorias en favor de órganos de la Administración, sin responder a una estructura de base común.¹⁶

Esta ausencia ha generado en uno u otro caso una serie de dificultades a la hora de establecer aspectos tan prácticos como la incidencia del paso del tiempo en la pretensión sancionatoria de la Administración, y en particular en lo que respecta a la prescripción, en tanto modo de extinción.

Como ya adelantábamos más arriba, sobre la base del reconocimiento de dos grandes sistemas de prescripción, nuestra jurisprudencia ha abogado en uno y otro sentido por establecer la supletoriedad en materia sancionatoria administrativa, ya sea del régimen civil establecido en los artículos 2492 y siguientes de CC, o bien de aquellas reglas establecida para la acción penal y la pena en los artículos 94 y ss., del CP.

La elección por uno u otro régimen tendrá no solo consecuencias prácticas tales como el cómputo de plazos y reglas de interrupción o suspensión, sino que además hace participe a la potestad sancionatoria de la Administración las finalidades pretendidas por el legislador al momento de establecer cada sistema de prescripción, debiendo en consecuencia procurar que su vocación de estatuto general o de régimen común, sea coherente con las finalidades principios, reglas y construcciones dogmáticas que fundan la disciplina receptora, a efectos de evitar incongruencias.

En efecto, y conforme se expondrá a continuación, ambos sistemas de prescripción en concurso, si bien responden a la satisfacción o concreción del principio de certeza jurídica, presentan importantes diferencias en cuanto a su finalidad y fundamentos específicos, al estar insertos en áreas de derecho que regulan relaciones y bienes jurídico de distinta naturaleza, lo que condiciona su compatibilidad con otras disciplinas jurídicas, y cuya consideración es de relevancia ante un eventual ejercicio de integración normativa.

IV. FUNDAMENTOS Y FINALIDADES DE LOS REGÍMENES DE PRESCRIPCIÓN CIVIL Y PENAL

A. Fundamentos de la prescripción extintiva en el Código Civil

En el CC, que regula el derecho patrimonial civil, la institución de la prescripción ha tenido un tratamiento o consideración relevante, sea en lo que respecta a los modos originarios de adquirir el dominio, sea como un modo de extinguir derechos y obligaciones.¹⁷

¹⁶ Sobre este punto algunos autores han caracterizado al fenómeno normativo sancionador como una elefantiasis inorgánica para caracterizar al proceso de dictación de un cúmulo enorme e incoherente de preceptos legales que tuvieron por objeto radicar facultades sancionatorias en los órganos de la Administración mediante la atribución y radicación de potestades de tipo sancionatorio en las últimas décadas. ROMÁN (2016), pp. 24-35.

¹⁷ Nuestro CC, desde su fecha de dictación y entrada en vigor, ha destinado en su parte final, un capítulo a la regulación de esta institución. Ver Art. 2492 y siguientes del CC.

En lo que respecta a la prescripción extintiva o liberatoria- que es la que presenta interés para los fines de este trabajo-, la legislación civil ha efectuado ciertas distinciones en relación con las reglas aplicables a los distintos tipos de prescripción, según el espacio de tiempo que requieren para su configuración.¹⁸

Sin perjuicio de sus respectivas particularidades, ya sea de plazo, fórmula de cómputo o reglas de suspensión o interrupción, todas ellas poseen un fundamento general común, y cuyo íter argumentativo dependerá de la teoría a la que se adhiera para explicar su utilidad y finalidad en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, tradicionalmente la doctrina ha expuesto, en general, sobre la prescripción extintiva, que ésta, en cuanto modo de extinguir las obligaciones, constituye manifestación del principio de certeza jurídica, y tiene por finalidad dar estabilidad a las relaciones jurídicas que se desarrollen, además de consolidar las situaciones de hecho que se han proyectado ininterrumpidamente en el tiempo.¹⁹

Sin embargo, en lo que respecta al derecho privado, en particular, su fundamentación, se ha desarrollado sobre la base de dos bloques teóricos, que, para estos efectos, y siguiendo la sistematización empleada por la doctrina nacional,²⁰ agruparemos en las denominadas teoría subjetiva y teoría objetiva.

La primera de éstas sostiene que la prescripción se sustenta en la presunción de renuncia tácita por parte del acreedor a ejercer su derecho. En que el hecho objetivo y conocido que le sirve de base es precisamente la inactividad de su titular en un periodo determinado, en orden a obtener la prestación que de su ejercicio emana.

Abandono que da cuenta de una conducta negligente por parte del titular del derecho, la que sería, en consecuencia, sancionada con la pérdida de protección o cautela que la ley confiere a todo acreedor, ocasionándose la extinción de su derecho,²¹ por lo que la prescripción constituye una sanción que consiste en la privación de protección legal a quien en forma negligente no ha exigido el cumplimiento de sus acreencias o ejercido sus derechos dentro de un determinado lapso.²²

La segunda, por el contrario, sostiene que el sustento de la prescripción liberatoria estaría en un acento de carácter social y de orden público que la informa, porque su fundamento radica en asegurar el interés público socioeconómico y jurídico, de que se consoliden situaciones inciertas o pendientes,

¹⁸ Así, se distingue entre las prescripciones de largo tiempo (Art.2514 y ss del CC), de corto tiempo (Art.2521 a 2523 del CC), y las especiales (Art.2524 del CC).

¹⁹ En el mismo sentido ABELIUK (2001); RAMOS PAZOS (2004); y, ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (2004). Así también, en doctrina comparada francesa PLANIOL, M y GEORGE R., señalan que el instituto en estudio es el interés de orden y de la paz social que impone liquidar lo atrasado y evitar discusiones sobre lo contratado o hechos cuyo título se han perdido o cuya memoria se ha borrado. Véase PLANIOL y RIPERT (1983).

²⁰ DOMÍNGUEZ (2004), pp. 33 y ss.

²¹ DOMÍNGUEZ (2004), pp. 33 y ss.

²² Ver VIAL (2009), p. 105.

pues ellas obstaculizan la fluidez y seguridad del tráfico, que influye en el mejor aprovechamiento de los recursos (bienes y servicios) y en la paz social.²³

Si bien es cierto que ambas posturas abordan la explicación de los efectos de la prescripción desde distintas perspectivas (sanción- pérdida de protección / consolidación de situaciones pendientes- fluidez y seguridad del tráfico jurídico), ambas coinciden en que el objeto sobre el que se despliegan sus efectos son intereses, derechos y relaciones individuales, disponibles y con contenido esencialmente económico o transable, lo que se condice con el objeto del cuerpo normativo que las contiene, que precisamente regula relaciones de orden patrimonial.

B. Fundamentos de la prescripción extintiva en el Código Penal

En la otra vereda, encontramos el régimen de prescripción del Derecho penal, que se encuentra desarrollada normativamente en el Art. 93 N°6 y 7 del CP, como un modo de extinguir la responsabilidad penal, ya sea que lo que se extingue sea la acción (Art. 94) o la pena (Art. 97).

En cuanto a su fundamentación, esta encuentra respuesta en diversas teorías o postulados que pretenden dar razón al hecho que, transcurrido cierto tiempo desde la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable o de impuesta la pena, previo procedimiento judicial en que se ha destruido la presunción de inocencia desaparece la pretensión punitiva del Estado y la necesidad del castigo.

Las explicaciones sobre esta desaparición de la pretensión punitiva resultan variadas,²⁴ desde quienes sostiene que sus efectos resultan de la renuncia del Estado a perseguir y retribuir las conductas delictivas;²⁵ resguardar el derecho de los condenados a un procedimiento sin dilaciones,²⁶ o bien que esta constituye una sanción a las autoridades y sus funcionarios por su inactividad.²⁷

Estos planteamientos se han sistematizado doctrinariamente en tres bloques o apartados denominados:²⁸ teoría sustantiva o material, teoría procesal y teoría mixta.

En primer lugar, la tesis sustantiva. Según ésta, la prescripción forma parte del derecho sustantivo o

²³ PEÑAILILLO (2010), p. 393.

²⁴ Sobre la importancia o relevancia de la diferenciación efectuada (sustantiva-procesal) adherimos al planteamiento del profesor Alejandro Nieto en cuanto a que califica tal escisión como un asunto puramente teórico, que lo propio es hablar de dos vertientes o efectos jurídicos de un mismo fenómeno más que de dos fenómenos distintos, que se traduce en que una vez prescrita la infracción (vertiente material) se cierra el paso a la iniciación de un procedimiento sancionatorio (vertiente procesal). Véase NIETO (2005), p. 537.

²⁵ FARALDO (2000), p. 96, citado por BALMACEDA (2011), p. 176.

²⁶ PASTOR (1993), p. 39.

²⁷ BALMACEDA (2011), p. 176.

²⁸ BALMACEDA (2011), p. 176.

material, supone la extinción de la punibilidad y por ello se imposibilita la imposición de una pena a quien ya no es, por el trascurso del tiempo, merecedor de una retribución²⁹. En efecto, la distancia entre la comisión del ilícito y el juzgamiento jurisdiccional con eventual imposición de una pena va diluyendo la necesidad del castigo,³⁰ por lo que el Estado al haber transcurrido cierto lapso estaría obligado a prescindir de su reacción punitiva.³¹

En segundo término, la tesis procesal. Para esta, la institución de la prescripción tiene una naturaleza de orden adjetivo, atendido que la imposibilidad de castigar un injusto penal se produce a consecuencia de un óbice de procesabilidad, así lo que prescribe no es el delito, sino la acción para perseguirlo.³²

Esta imposibilidad de castigo encuentra a su vez como sustento procesal, la garantía de un proceso sin dilaciones indebidas³³ y evitar las dificultades probatorias que el distanciamiento temporal entre la comisión del delito y el procesamiento traería aparejadas, situación que podría conducir a sentencias erradas.³⁴

En tercer lugar, la tesis mixta. Como síntesis de las posturas expuesta en los literales precedentes, esta teoría viene en recoger los elementos y justificaciones de ambas a efectos de entender que el instituto en estudio responde tanto a una naturaleza material como procesal, en orden a que el factor tiempo afecta el ejercicio eficaz del derecho-deber del Estado a perseguir conductas delictivas, como asimismo extingue la acción destinada a materializar dicha pretensión en una dimensión procesal. Es precisamente esta doble naturaleza la que permite al sentenciador, apreciar, en cualquier momento del proceso, de oficio o a instancia de parte, el cumplimiento del plazo preclusivo de la responsabilidad criminal.³⁵

Ahora bien, cualquiera sea la tesis que al efecto se adhiera en este sistema (pérdida de eficacia de la finalidad retributiva/ dificultad de imponer castigo), es posible advertir que el fundamento de la prescripción en materia penal es establecer un límite temporal al despliegue de la actividad punitiva o retributiva estatal, en orden a determinar el momento en que ésta resulta estéril para la consecución de sus fines de prevención.

A modo de síntesis ofrecemos el siguiente cuadro comparativo en lo que a los fundamentos respecta en ambos regímenes de prescripción:

²⁹ BALMACEDA (2011), p. 176.

³⁰ Ver GARRIDO (2010) p. 388.

³¹ RAGUÉS (2004), pp. 21 y ss.

³² MARTÍNEZ (2011), p. 130.

³³ PASTOR (1993), pp. 39, 46-48; 51-52.

³⁴ GARRIDO (2010), p. 388.

³⁵ MARTÍNEZ (2011), p. 131.

Régimen de Prescripción	Fundamento
Civil	Consolidar relaciones jurídicas individuales, disponibles y con contenido esencialmente económico o transable
Penal	Establecer un límite temporal a la eficacia de la actividad punitiva del Estado, en tanto importa una restricción/privación de derechos/libertades.

V. SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE EL RÉGIMEN COMÚN DE PRESCRIPCIÓN EN MATERIA SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA ANTE LA INEXISTENCIA DE NORMA GENERAL

Precisada la finalidad y fundamentos de los regímenes de prescripción en concurso, procederemos a exponer los argumentos que la jurisprudencia nacional ha desarrollado en la búsqueda de un régimen de prescripción supletorio en materia administrativa sancionatoria, ante la ausencia de norma expresa.

Para estos efectos dividiremos la exposición entre aquella solución que aboga por el régimen del CP y aquella que sostiene que deben aplicarse las reglas del CC.

A. Solución que aboga por aplicación supletoria de los artículos 94 y 97 del CP a la potestad sancionatoria de la Administración³⁶

Para quienes sostienen que el régimen supletorio de prescripción extintiva en materia sancionatoria administrativa es aquel contenido en los artículos 94 y ss. del CP, el fundamento radicaría en las siguientes afirmaciones:

a.- Entre las contravenciones administrativas y las infracciones penales no existen diferencias ontológicas o de esencia, sino que rasgos distintivos accidentales o de graduación cuantitativa.

En este sentido, y como ya se hizo referencia más arriba, parte de la doctrina nacional siguiendo la

³⁶ Esta solución correspondía a un criterio de integración sustentado con cierta regularidad hasta el año 2017 por la Corte Suprema, cuyos argumentos se contienen en las sentencias dictadas en causa rol N°21458-2015 de 24 de octubre de 2017; N°7629-2009, de 30 de agosto de 2011; N°6068-2009, de 22 septiembre de 2011; N°2501-2010 de 02 de abril de 2012; Rol N°5455.2009 de 26 de julio de 2011. Actualmente, aunque con matices subsiste la tesis de supletoriedad del CP en la materia, conforme se advierte de los votos en los votos de minoría y prevenciones contenidos en los siguientes pronunciamientos de la Corte Suprema: Rol N°22.247-2021, de 13 de octubre de 2021; Rol 6445-2021 de 11 de febrero de 2022; N°33527-2019 de 05 de agosto de 2020; N°19339-2019 de 10 de noviembre de 2020; Rol N°23150-2019 de 17 de noviembre de 2020; N°23.150-2019; N°19399-2019 y N°29401-2019, todas de fecha 17 de noviembre de 2020; N°19.399-2019 de 10 de noviembre de 2020; N°42792-2020 de 20 de mayo de 2020; N°8157-2018 de 22 de octubre de 2018. En el mismo sentido la Contraloría General de la República en los dictámenes N°14.752-2005;30.070-2018; 62.118-2009;24.094-2019;15.335-2011; 13.657-2012;17.885-2014; 28.226-2017; 62118-2009. A nivel doctrinal ver FLORES (2011), pp. 131-146 y ARÓSTICA (2005), pp. 119-126.

jurisprudencia del Tribunal Constitucional, afirman que las sanciones administrativas y las penas derivan de un único poder punitivo del Estado, del cual ambas constituyen manifestaciones específicas.³⁷

Así, de esta unidad ontológica se sigue que a las sanciones administrativas le son aplicables los principios y límites que la Constitución establece para la vertiente punitiva penal. Esta cobertura habilita, ante ausencia de norma expresa, la aplicación por analogía del régimen de prescripción de toda pretensión punitiva, como lo es el establecido en los artículos 94 y siguientes del CP.

b.- Que no resulta aplicable a la potestad sancionatoria de la Administración el régimen de prescripción del derecho común privado regulado en los artículos 2.492 y siguientes del CC, atendido que sus finalidades resultan disímiles y por tanto su conjugación importa una incongruencia dogmática.

Lo anterior, encuentra sustento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, la prescripción del derecho civil patrimonial sirve para salvaguardar las acreencias del derecho común, inspirado en principios jurídicos pertenecientes al orden privado y regulados en el CC.

En segundo término, las normas que integran y constituyen el régimen de prescripción civil se encuentra en el título XLII al clausurar el libro IV del CC, por lo que estas se circunscriben exclusivamente a las obligaciones cuyas fuentes establece y tasa el Art. 1.437 del mismo cuerpo normativo, esto es el contrato, los cuasicontratos, los delitos y cuasidelitos, todos de índole civil y de la ley la que esencialmente pertenece al derecho privado³⁸.

En tercer lugar, que para que opere la prescripción en materia civil es menester que concurran dos requisitos copulativos, a saber, el transcurso del tiempo y la inactividad del acreedor, cuya desidia en la cautela de sus derechos es castigada por el legislador con la extinción de la acción que resguarda su derecho.

En este entendido, su aplicación supletoria en materia sancionatoria administrativa importaría equiparar a la Administración del Estado -dotada de potestades exorbitantes para el cumplimiento de sus funciones, cuyos integrantes deben contar con capacidades, destrezas, recursos jurídicos y materiales adecuados- al estándar de diligencia exigible a personas con patrones medianos de cultura, como lo son los destinatarios del derecho común.³⁹

c.- Finalmente, sostienen que no altera lo ya razonado, la denuncia de exigüidad del plazo de 6 meses establecido en el Art.97 del CP para las faltas, en cuanto importaría una pérdida de eficacia de la

³⁷ Sentencias del Tribunal Constitucional, causas rol N°422-1996; rol N°479-2006 y rol N°486-2006.

³⁸ Corte Suprema, Rol 7629-2009, c.8, de 30 de agosto de 2011; Rol N°21.458-2015, de 24 de octubre de 2017.

³⁹ Corte Suprema, Rol N°2501-2010, c. 7°, de 02 de abril de 2012.

herramienta sancionatoria de la Administración, toda vez que a quien corresponde moderar dicha realidad es al legislador, ya sea mediante el establecimiento de graduación de los plazos en consideración a la gravedad o naturaleza de la sanción o bien mediante la sanción de un estatuto general que regule la materia.

Esta fue una de las soluciones sostenidas con cierta regularidad por nuestra jurisprudencia hasta mediados del año 2017,⁴⁰ cuando comienza a adquirir mayor preponderancia el criterio de supletoriedad del régimen civil, y cuyos argumentos desarrollaremos a continuación.

B. Solución que aboga por la aplicación supletoria de los Art. 2492 y ss. del CC a la potestad sancionatoria de la Administración⁴¹

Por otra parte, la solución que apunta a la aplicación del derecho común civil patrimonial, descartando desde ya toda referencia al CP, se sustenta en las siguientes consideraciones:

a.- La sanción administrativa es autónoma e independiente de la pena penal.⁴²

El hecho que la potestad sancionatoria de la Administración se identifique como una vertiente del *ius puniendi* estatal, no permite asimilar el injusto administrativo a la falta penal.

En este mismo sentido, afirman -en pos de establecer esta separación- que la sanción penal ostenta características ineludibles suficientemente estudiadas por la doctrina, como lo son su moralidad, fundamento ético, su aflictividad, destinada al restablecimiento del equilibrio social perturbado, su proporcionalidad a la naturaleza de la ilicitud, temporalidad entre otras condiciones no indisolublemente presentes en la sanción administrativa, pero si aplicables al crimen, simple delito y faltas.

Finalmente, esta autonomía queda de manifiesto en cuanto a que la potestad sancionatoria puede afectar a las personas jurídicas, lo que se torna imposible dentro de la legislación penal.

Que al constatarse esta separación entre ilícito penal y administrativo, no resulta congruente aplicar las reglas de prescripción establecidas en la legislación para el primero a falta de regulación expresa respecto del segundo.

⁴⁰ Sentencias del Tribunal Constitucional, causas rol N°422-1996; rol N°479-2006 y rol N°486-2006.

⁴¹ Los argumentos que se pasan a exponer corresponden a aquellos desarrollados de manera sostenida por la Corte Suprema, en sentencias dictadas desde el año 2019 a la fecha, como lo es el caso de las sentencias dictadas en causas roles N°6945-2021 de 11 de febrero de 2022; N°33.527-2019 de 5 de agosto de 2022; N 31.578-2018, N°29401-2019, ambas del 17 de noviembre de 2020; N°42.797-2020 de 20 de mayo de 2020; N°11.480-2017 de fecha 09 de enero de 2018; N°766-2018 de 07 de mayo de 2018; N°2961-2017 de 08 de enero de 2018; N°12164-2017 de 23 de noviembre de 2017; N°10727-2016 de 22 de noviembre de 2017; N°5702-2009 de 15 de octubre de 2009; N°7629-2009 de 30 de agosto de 2011. En este sentido también la Contraloría General de la Republica en dictamen N°24.731-2019 y. A nivel doctrinal en favor de esta solución ver VALLEJOS (2016), pp. 281-301.

⁴² VALLEJOS (2016), pp. 281-301.

b.- El derecho penal y derecho procesal penal no forman parte del derecho común, atendida la acotada proporción de ciudadanos a los que se aplica, la singular función social que desempeña y su finalidad a la que apunta, por lo que no puede atribuírsele carácter supletorio.⁴³

c.- Ha sido costumbre de los juristas, desde los tiempos romanos acudir al derecho civil como el derecho común por excelencia, ya que todo ser humano, a partir de la inscripción de su nacimiento hasta la de su defunción, ha vivido en todos los actos jurídicos de su existencia sujeto a este derecho.

d.- Aplicar supletoriamente el régimen de prescripción del derecho penal a la potestad sancionatoria de la Administración atenta con la debida correspondencia y armonía que debe guardar la legislación, por cuanto no resulta coherente que la acción disciplinaria por responsabilidad de los funcionarios públicos prescriba en cuatro años y aquella relativa a la sanción administrativa lo haga en seis meses.⁴⁴

e.- El plazo de prescripción establecido en el derecho penal para las faltas es tan exiguo que se termina por eludir la pretensión de legislador de reprimir efectivamente estos ilícitos y a la sanción asignada por la ley, quedando huérfano todo objetivo preventivo general.⁴⁵

f.- Cuando el legislador ha regulado especialmente el instituto de la prescripción de las potestades sancionatorias de la administración concede plazos superiores a los del Art.97 del CP, como acontece en materia eléctrica (3 años), ambiental (3 años), mercado de valores y seguros (3 y 4 años).⁴⁶

g.- Finalmente, que la utilización del régimen de prescripción civil a la potestad sancionatoria de la Administración no resulta por aplicación de la regla de supletoriedad, sino del expreso mandato del legislador, contenido en el Art. 2497 del CC, en cuanto dispone que las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen libre administración de lo suyo.⁴⁷

Esta última solución es la que ha adquirido preponderancia a nivel jurisprudencial en lo relativo a la determinación del régimen de prescripción supletorio en materia sancionatoria administrativa, ante la ausencia de norma expresa,⁴⁸ y que precisamente serán el objeto de nuestro análisis.

⁴³ VALLEJOS (2016), pp. 281-301. Este argumento ha experimentado variaciones como puede apreciarse del voto mayoritario contenido C. 6 de la sentencia de la Corte Suprema Rol N°72002-2020 de 22 de septiembre de 2020.

⁴⁴ VALLEJOS (2016), pp. 281-301.

⁴⁵ VALLEJOS (2016), pp. 281-301.

⁴⁶ Argumento expuesto por la Corte Suprema, Rol N°27.826-2017, de 11 de diciembre de 2017.

⁴⁷ Argumento recientemente empleado por la Corte suprema, rol N°6945-2021, de 11 de febrero de 2022, que viene reiterando lo ya expuesto en los pronunciamientos dictados en las causas referidas en la nota N°23.

⁴⁸ Véanse las sentencias citadas en nota 41.

VI. CRITICAS Y ARGUMENTOS CONTRA LA TESIS DE SUPLETORIEDAD DEL RÉGIMEN DE PRESCRIPCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA

A. La aplicación de las reglas de prescripción del CC a la potestad sancionatoria de la Administración contraviene la idea de sistema jurídico

Conforme se extrae de lo expuesto en los acápites precedentes, y como ya se había advertido por parte de la Corte Suprema en aquellos pronunciamientos que otrora abogaban por la supletoriedad de la prescripción del CP en la materia, la finalidad del legislador al establecer el régimen de prescripción extintiva civil, es cautelar la seguridad y consolidación de bienes jurídicos de orden patrimonial, respondiendo así a una finalidad de orden socioeconómico, cuyas consecuencias se circunscriben o limitan a una relación que no excede de la esfera patrimonial de sujetos determinados o al menos determinables. Características que, conforme pasaremos a desarrollar, no permiten la construcción de un ejercicio de integración coherente al pretender dotar a la potestad administrativa de una regla de prescripción, pues implica la imbricación de institutos cuyos fundamentos resultan incompatibles, e incluso su engarce conduciría a resultados poco auspiciosos ante una pretensión de edificar el sistema jurídico como tal.

En efecto, ya sea que suscribamos a la teoría del ius puniendi único del Estado o aquella que postula su autonomía como fundamento de la potestad sancionatoria, podríamos advertir que quienes abogan por la supletoriedad de las reglas de prescripción del CC, tendrían que asumir, a su vez, que al haber operado este modo de extinción de las obligaciones, la situación de la Administración con potestad sancionadora se homologa al acreedor titular del crédito que tiene la libre disposición de lo suyo, a cuyo respecto y producto de su negligencia, el ordenamiento jurídico sanciona o castiga con la pérdida de la protección de su derecho a reclamar lo que le pertenece, ya sea porque se presume su falta de interés (teoría objetiva) o bien porque su inactividad en el cobro de su acreencia por un tiempo determinado atentaría contra el principio de la libre circulación de la riqueza y la consolidación de la propiedad (teoría subjetiva), confiriendo en consecuencia un valor transable o naturaleza patrimonial económica a intereses o bienes supraindividuales que la Administración por mandato directo del legislador e indirecto del Constituyente son llamados a resguardar, gestionar y promover, con miras a la promoción del bien común, y sobre los que no tiene atribuciones de libre disposición.

Así, esta solución no solo impone el desafío de hacerse cargo de fundamentar las potestades sancionatorias de la Administración con las categorías de un sistema de naturaleza distinta (cautela de bienes jurídicos colectivos v/s intereses y derechos individuales de orden patrimonial), sino que deja expuesta una falta de congruencia que distorsiona, como hemos señalado, los fundamentos del instituto receptor, dando cuenta que, más que el resultado de un adecuado ejercicio coherente de integración, estamos ante un verdadero contrabando normativo.

Por otra parte, refuerza la incompatibilidad teleológica advertida, la circunstancia que los fundamentos de la prescripción civil, en los términos ya expuestos no encuentra un correlato o materialización cuando la reacción retributiva de la Administración no tiene un contenido económico, como aconte-

ce con las amonestaciones, expulsiones, revocaciones de ciertas autorizaciones administrativas que habilitan al desarrollo de alguna actividad, la prohibición de funcionamiento, la clausura de establecimientos, la inhabilidades temporales para ejercer ciertos cargos, entre otros.

En suma, un estatuto que pretenda detentar la categoría de general o supletorio debe indefectiblemente constituir una solución y explicación coherente para aquel sistema al que se pretende integrar, y no por el contrario, como ocurre con la tesis objeto de nuestra crítica, tienda a la inserción de inconvenientes dogmáticos, como los ya expuestos.

Ahora bien, y sin perjuicio de que la sola evidencia de la incompatibilidad teleológica permite desde ya descartar la aplicación de esta solución jurisprudencial, por contravenir la idea matriz de construir el derecho como sistema, procederemos a complementar este punto mediante otras afirmaciones cuya demostración permitirán desvirtuar los principales argumentos de la tesis en análisis, en particular aquellos que, en desmedro de la solución de la aplicación supletoria del CP en la materia, pretenden sustentar la existencia de incongruencias de orden normativo entre estas últimas y aquellos casos en que el legislador ha regulado expresamente la prescripción en materia sancionatoria en forma expresa.⁴⁹

B. El Legislador, al regular el instituto de la prescripción en materia administrativa sancionatoria se ha distanciado del régimen civil patrimonial

En efecto, y por el contrario a lo sustentado por la solución de integración en análisis,⁵⁰ es el legislador al momento de establecer un régimen sancionatorio administrativo especial, y particularmente al tratar la institución de la prescripción, quien ha rehuído de las construcciones dogmáticas del derecho civil.

Lo anterior se advierte en dos regímenes sancionatorios administrativos actualmente vigentes, como lo es en materia educacional en la Ley N°20.529, a propósito del despliegue de facultades sancionatorias por la Superintendencia de Educación y en materia ambiental en la Ley N°20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente, respecto de la potestad sancionatoria de esta última:

1. El legislador en materia sancionatoria educacional equipara el plazo de prescripción de las infracciones a imponer por la Superintendencia al establecido en el Art. 94 del CP para las faltas

En el primero de estos casos, el legislador se separa de la solución del derecho patrimonial, específicamente de la regla de cinco años que establece el Art. 2515 del CC, pues el actual artículo 86 de la Ley N°20529, establece un plazo de 6 meses.

⁴⁹ Vid supra notas 45, 47 y 48.

⁵⁰ Vid supra nota 47.

De los antecedentes que constituyen la historia fidedigna del establecimiento de la ley,⁵¹ se advierte que el texto presentado mediante mensaje al congreso nacional contenía una regla distinta en materia de prescripción.

Así el título III, relativo a la creación de la Superintendencia, presentado por el ejecutivo, tras una primera indicación al proyecto original en el primer trámite constitucional en el Senado, se propuso la siguiente regla: “La Superintendencia no podrá aplicar ningún tipo de sanción luego de transcurridos cuatro años desde la fecha en que se hubiere terminado de cometerse el hecho (...)”.⁵²

Sin embargo, en el tercer trámite constitucional ante la Comisión mixta, el mismo autor del proyecto presentó una segunda propuesta para la regulación de las facultades de la nueva Superintendencia, en que se modifica, entre otras disposiciones el citado Art. 83, reduciéndose el plazo de 4 años a 6 meses,⁵³ equiparándolo con aquel establecido en nuestro CP respecto de las faltas, dando lugar a la actual redacción del Art. 86 de la citada ley orgánica, alejándose en consecuencia de la solución del derecho civil patrimonial en materia sancionatoria.

2. El legislador en materia ambiental sancionatoria prescinde de la dogmática civil al dictar la regla del Art. 37 de la Ley N°20.417 que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia de Medio Ambiente

Si se analizan los antecedentes que constituyen la historia fidedigna de la ley, es posible advertir que, a diferencia de lo que aconteció con la prescripción de la acción de reparación del medio ambiente en naturaleza o por equivalencia contenida en el Art.63 de la Ley N°19300 Orgánica de Bases Generales del Medio Ambiente, el legislador al establecer la regla de prescripción del Art. 37 de la Ley N°20417, se separa de la solución del régimen civil.

En efecto, si se procede a comprar la historia de ambas disposiciones, es posible establecer que, tratándose de la prescripción en materia indemnizatoria, el legislador utilizó expresamente como base para su construcción las reglas de derecho privado patrimonial, específicamente del CC,⁵⁴ mientras que en la construcción del régimen de prescripción de la pretensión punitiva de la Administración que dio lugar al ya mencionado Art.- 37, omite toda referencia sobre el particular, lo que da cuenta que, al tratarse de un instituto que persigue una finalidad diversa- prevención/represión ante la lesión de bienes jurídicos demaniales- debe sujetarse a un régimen jurídico distinto.⁵⁵

⁵¹ Ver en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4584/>, consultada el 22.02.2022

⁵² Artículo introducido mediante indicación del ejecutivo con fecha 05.08.2008, durante el 1° trámite constitucional en el Senado. Boletín N°5.063-04. Legislatura N°355, Senado de Chile.

⁵³ Modificación introducida mediante propuesta del ejecutivo, aprobada por unanimidad en Comisión Mixta en el 3° trámite constitucional, el día 05.04.2011. Boletín N°5.063-04.

⁵⁴ Informe de la Comisión de Medio Ambiente y bienes Nacionales del Senado, cuenta sesión N°25, legislatura 327, Boletín 808-12. Historia de la Ley N°19.300 <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6910/> consultada el día 22.02.2022. A mayor abundamiento ver ANRIQUE (2019).

⁵⁵ Ver Historia de la Ley N°20.417 <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4798>.

Como puede apreciarse de lo expuesto precedentemente, en ambos casos, el legislador al regular expresamente la prescripción se ha distanciado de la dogmática civil, al punto, como veremos más adelante, de emular en varias de sus disposiciones formas de cómputo, reglas de suspensión e interrupción establecidas respecto de la prescripción del delito, reguladas en el CP.

C. Los fundamentos esgrimidos en favor del CC como régimen supletorio en materia sancionatoria administrativa resultan más aparentes que reales

1. Sobre el verdadero alcance del Art. 2497 del CC

La tesis que sustenta la aplicación del régimen de prescripción civil a la potestad sancionatoria, invoca como fundamento la regla de igualdad que en materia de prescripción patrimonial establece el Art. 2497 del CC.

Para esta tesis, la razón de la aplicación del régimen de prescripción patrimonial establecido en el CC a la potestad sancionatoria de la Administración deriva no de un ejercicio de integración, sino que debido a que existe norma expresa que lo torna aplicable en razón de esta regla de igual aplicación en favor o en contra de las instituciones y personas que en la norma se determinan.

Sin embargo, esta afirmación pareciera obviar el verdadero sentido de la disposición enunciada y muy particularmente el alcance que en nuestra tradición jurídica se le ha conferido, especialmente por la jurisprudencia en materia de Derecho Público.

En efecto, los autores han referido que la norma en comentario abolió las antiguas distinciones que en materia de prescripción establecía la legislación precodificada, en la que se reconocía, ya sea la imprescriptibilidad de las acciones para el cobro de acreencias en favor de ciertas personas o instituciones o bien derechamente plazos en exceso más amplios que aquellos a que se sometían el resto de las personas, alcanzando en algunos casos desde los 40 a los 100 años para que este modo de extinguir operara.⁵⁶

Ahora bien, en cuanto a su alcance, desde el punto de vista forense, la Corte Suprema tradicionalmente le confirió un alcance restrictivo, al relacionar su contenido a materias de Derecho Público, al que precisamente pertenece la potestad sancionatoria.

Así, en aquella época en que se dilucidaba, doctrinal y jurisprudencialmente, si la acción de nulidad de Derecho Público estaba sujeta a la regla de la prescriptibilidad- considerando que esta emanaba del propio texto de la carta fundamental - la Corte postuló que la acción de responsabilidad del Estado derivada de esta nulidad, estaba sometida, en razón del Art. 2497 del CC, al régimen de prescripción del derecho común, pues está involucrado un aspecto patrimonial.⁵⁷

⁵⁶ ALESSANDI, SOMARRIVA Y VODANOVIC (2004), p. 178.

⁵⁷ DOMÍNGUEZ (2004), p. 122.

Lo anterior, se condice con otro argumento esgrimido por la jurisprudencia para descartar la aplicación supletoria del régimen civil en la materia y que dice relación con la ubicación de la norma en comento en el propio CC, específicamente en su Libro IV, al tratar los modos de extinguir las obligaciones. Geografía normativa que implica suscribir su alcance a aquellas prestaciones que, teniendo una implicancia exclusivamente patrimonial económica, tiene por fuente aquellas que establecen el legislador en el Art.1437 al iniciar el referido libro.⁵⁸

Estas consideraciones nos llevan a concluir que la intención del legislador, al establecer esta regla de igual trato, se agota en aquellos asuntos en lo que lo pretendido es obtener la extinción de la acción dirigida a satisfacer una acreencia que tiene por fuente aquellas a que refiere el CC en su Libro IV, por lo que toda pretensión que responda a una fuente diversa queda fuera de la aplicación de la norma en comento, como acontece con las sanciones administrativas.

2. Diferencias entre la finalidad de la potestad disciplinaria y la potestad sancionatoria

Otro argumento con que la jurisprudencia,⁵⁹ a la fecha predominante, sustenta la solución de la supletoriedad del régimen de prescripción civil en materia sancionatoria es aquel en que se afirma que acudir a las reglas de prescripción del CP atentaría contra la debida correspondencia que debe guardar la legislación, pues no resulta coherente que la acción disciplinaria prescriba en 4 años y la sancionatoria general lo haga en 6 meses.

Esta afirmación, que en la especie podría encausarse en la línea argumentativa que se viene exponiendo, al ser sometida a un análisis más riguroso, pierde eficacia.

En efecto, esta afirmación pierde de vista dos aspectos, cuya consideración resulta relevante al momento de pretender, sobre la base de un ejercicio comparativo con el régimen disciplinario, advertir una antinomia al acudir al régimen de prescripción penal, y que dicen relación, en primer lugar con la finalidad particular del derecho disciplinario en la Administración y, en segundo lugar, con los antecedentes que constituyen la historia fidedigna del establecimiento de la ley, específicamente de la regla del Art.158 de la Ley N°18834, sobre Estatuto Administrativo (en adelante EA).

a) Finalidad de la potestad disciplinaria de la Administración del Estado

Nuestro actual texto constitucional, fundado en los principios de juridicidad y responsabilidad que informan el obrar de los órganos del Estado e inspirado en la idea que la disciplina constituye una herramienta efectiva e indispensable para el mantenimiento del orden y consecución de los fines perseguidos por la organización,⁶⁰ ha encomendado al legislador la misión de regular la organización

⁵⁸ En el mismo sentido, respecto a este argumento, ver AGLIATI (2021), p. 344.

⁵⁹ PEÑAILILLO (2010), p. 393.

⁶⁰ Esta afirmación se sustenta en el tenor de lo dispuesto en los Art. 6, 7 y 38 de la CPR, al consagrar respectivamente los principios de juridicidad y responsabilidad a que se encuentra circunscrito el actuar de los órganos del Estado, principios que viene en asegurar que este último no se aleje de su misión de garantizar el bien común.

básica de la Administración Pública, garantizar la carrera funcionaria y los principios técnicos y profesionales en que deba fundarse, valiéndose de pilares tales como la igualdad de oportunidades para el ingreso a ella, la capacitación y perfeccionamiento de sus integrantes,⁶¹ mandato que se encuentra materializado en los denominados estatutos funcionarios.

En la actualidad, los efectos y alcances de la relación jurídica entre la Administración y los funcionarios públicos se encuentran reguladas en la Ley N°18834, respecto de la generalidad de los órganos de la Administración y en la Ley N°18883, respecto del régimen municipal, sin perjuicio de la existencia de estatutos particulares.⁶²

Precisamente, en estos cuerpos normativos, el legislador junto con establecer un catálogo de derechos, obligaciones, prohibiciones, inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades aplicables a sus funcionarios, regula expresamente el régimen de responsabilidad que deriva de su contravención, confiriendo, al efecto, a la Administración potestades de orden sancionatorio disciplinario.

Si bien se ha entendido, en razón de la ya referida tesis unitaria del *ius puniendi* único del Estado, que esta potestad sancionatoria disciplinarias provienen, al igual que las potestades sancionatorias generales de la Administración, de un mismo y único poder punitivo, ello no obsta que estas pretendan finalidades distintas y por tanto sean sometidas a una regulación material diversa.⁶³

Si bien puede afirmarse que las sanciones disciplinarias responden, al igual que las sanciones administrativas a la cautela de intereses o bienes jurídicos supraindividuales, no es menos cierto que sus alcances y efectos difieren en relación con la finalidad particular de sus respectivos regímenes.

Así, mientras en la sanciones administrativas lo pretendido es la prevención de hipótesis de riesgo derivadas de conductas contravencionales por parte de los particulares, mediante la finalidad disuasiva de la sanción, la punibilidad disciplinaria tiene un efecto adicional que no es posible advertir en la primera categoría y que guarda relación con el contexto normativo en el que esta ha sido consagrada por el legislador, y que dice relación con la jerarquización o clasificación que deriva para el funcionario, sobre la base de su idoneidad para el cumplimiento de sus funciones en la Administración Pública.⁶⁴

En efecto, la mayor o menor observancia del funcionario público de su régimen estatutario, condicionará su posicionamiento en una escala o clasificación, cuyas coordenadas determinarán que tan

⁶¹ ver Art. 38 de la CPR en relación con el Art.45 de la Ley N°18575.

⁶² Como lo son aquellos contenidos en el DFL N°1 de 1997 del Ministerio de Defensa y en el DFL N°2 del 1968, de Ministerio del Interior.

⁶³ Sobre este punto, resulta igualmente aplicable el razonamiento empleado por parte de la doctrina para fundamentar la autonomía y por tanto tratamiento material diferenciado entre la sanción penal y la sanción administrativa, Ver NIETO (2015), pp. 154-155.

⁶⁴ La idea de idoneidad como estándar a exigir de quienes pretendan desempeñarse al interior de la Administración constituyó un pilar en la forma de entender las relaciones internas entre la Administración y los particulares, así se colige de los antecedentes que constituyen la historia del inciso primero del actual Art. 38 de la CPR contenidas en el acta de la sesión N° 18 de 22 de noviembre de 1973, se estableció por la Comisión de Estudio para una nueva Constitución Política de la República.

cerca esta de cumplir con el estándar de idoneidad que se espera de quien desempeña funciones en la Administración, por lo que a la organización no solo le interesa que la conducta de sus empleados resulte estéril o inocua, en términos de lesividad, para sus intereses, sino que además estos tiendan a la satisfacción del estándar anotado,⁶⁵ es decir que apunte a homogeneizar su comportamiento hacia la idea de idoneidad, el que se extiende incluso la vida privada de su destinatario.⁶⁶

En este sentido, la relación disciplinaria de la que tributa la sanción excede del simple efecto de una relación binaria entre lo lícito y lo ilícito, en cuanto clasificar al individuo materia de escarnio en la categoría de infractor o cumplidor, sino que de esta deriva una escala de clasificación que permite, sobre la base de un mayor o menor grado de cumplimiento, determinar categorías intermedias de idoneidad.⁶⁷

Este fundamento, que informa al régimen disciplinario, y que permite sustentar la diferenciación desarrollada ha sido reconocido por la doctrina en esta materia, al sostener que la responsabilidad del empleado público encuentra su explicación teleológica en la necesidad de la sociedad de contar con agentes con un adecuado nivel de idoneidad, acorde con las funciones que se le han encomendado y que la comunidad halle una respuesta adecuada y eficiente frente a los actos ilícitos y culpables de sus funcionarios.⁶⁸

Fundamentos que, como ya se expuso, justifican el establecimiento de un régimen jurídico diferenciado de otros regímenes de responsabilidad que puedan existir dentro del Derecho Administrativo, como ocurre por ejemplo con las sanciones administrativas, justificando en consecuencia el establecimiento, de reglas de prescripción diversas, sin atentar contra la coherencia que exige la idea de sistema.

b) Antecedentes de historia fidedigna del establecimiento del Art.- 158 del EA

Como bien es sabido el actual EA, establece en el artículo 158 una regla de prescripción de cuatro años contados desde la ocurrencia de la acción u omisión contravencional. Norma cuya historia fidedigna contribuye a los fines de la tesis que venimos en sustentar en cuanto permite de su revisión, determinar la incidencia que la dogmática penal tuvo en su establecimiento.

En efecto, la regulación expresa de este instituto, corresponde a una innovación introducida durante la tramitación del proyecto de ley del actual EA.⁶⁹ La idea y necesidad de establecer reglas de pres-

⁶⁵ Lo afirmado se sustenta en las consecuencias que derivan de la aplicación de la sanción administrativa en la carrera funcionaria, que implican una serie de estímulos tanto negativos como positivos, en que el escenario más favorable se verificará en tanto el comportamiento del funcionario se apegue de mejor forma al régimen estatutario.

⁶⁶ Ver art. 61 de la Ley N°18.834.

⁶⁷ Entenderlo de otra forma importaría afirmar que la administración toleraría expresamente entre sus agentes a personas que han perdido por completo su idoneidad en cuanto funcionario, al haber sido determinada a su respecto una infracción estatutaria.

⁶⁸ DROMI (1998), p. 438, citado por MONTERO (2015).

⁶⁹ El proyecto inicialmente propuesto en el mensaje del ejecutivo, al igual que el Decreto con Fuerza de Ley N°338 de 1960, no

cripción extintiva en la materia fue propuesta por la Secretaría de Legislación de la dictadura militar, que, al observar la omisión sobre este particular en el proyecto, sostuvo, sobre la tesis de la prescripibilidad de las acciones, que al no existir fundamentos jurídico que permita sustraer de su aplicación al régimen disciplinario, era imprescindible legislar en la materia.⁷⁰

Lo anterior derivó en la introducción al proyecto de una regla de prescripción extintiva de la responsabilidad administrativa de dos años, que se computarían desde el día en que se hubiere incurrido en la acción u omisión que la originase, dado lugar al Art. 152⁷¹ de la versión original del EA.

Sin embargo, esta regla de dos años fue modificada, en cuanto al plazo, tras la dictación y entrada en vigencia de la Ley N°19653, sobre probidad administrativa aplicable de los Órganos de la Administración del Estado, sustituyendo el plazo inicial de la versión original por el de cuatro años, dando lugar al actual Art.158 del EA.⁷²

El texto de la actual norma tuvo por antecedente dos hechos. El primero, el predominio que adquirió la opinión formulada, ante la instancia legislativa, por el Director del Servicio de Impuestos Internos,⁷³ quien sugirió, ante la idea de aumento de plazo, tener presente que, de acuerdo a la experiencia del Servicio, las infracciones administrativas de su competencia se detectaban por lo general de oficio con posterioridad a los dos años desde que se verificó la acción u omisión reprochable, ya que la acción de fiscalización, en esta materia, caduca en tres años contados desde el incumplimiento de la obligación tributaria. Y en segundo lugar la idea que el Art.152, cuya reforma se pretendía a través del proyecto de ley en estudio, vinculaba la extinción de la acción disciplinaria a la prescripción penal, cuando el hecho contravencional es además constitutivo de delito, resultó menester que el plazo de prescripción en la materia aumente de dos a cuatro años, a fin de permitir concordarlo con el plazo de la responsabilidad civil extracontractual en la que también pudo haber incurrido el funcionario infractor.

Así, la Comisión aprobó la indicación en orden a aumentar el plazo de prescripción de dos a cuatro años, precisando que fijar un plazo de cinco años podría derivar en excesivo, considerando que este

contemplaba este modo de extinguir la responsabilidad administrativa, ver Texto del proyecto de ley que aprueba Estatuto Administrativo, presentado mediante mensaje de fecha 18 de junio de 1988 por el ejecutivo a la entonces Junta de Gobierno de la Dictadura cívico militar, cuyo texto fue consultado con fecha 12 de marzo de 2021 en https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/7520/HLD_7520_1f27ea2d18c96c575d279e4bd727d710.pdf

⁷⁰ Informe de fecha 24 de agosto de 1988 de la Comisión de Legislación, al proyecto de ley que aprueba el Estatuto Administrativo, presentado mediante mensaje de fecha 18 de junio de 1988 a la Junta de Gobierno.

⁷¹ El Art. 152 del texto original de la Ley N°18.834, establecía: “La acción disciplinaria de la Administración contra el funcionario, prescribirá en dos años contados desde el día en que éste hubiere incurrido en la acción u omisión que le da origen. No obstante, si hubieren hechos constitutivos de delito la acción disciplinaria prescribirá conjuntamente con la acción penal.”

⁷² Este aumento en el plazo tuvo su origen en la indicación realizada por Comisión de Constitución del Senado, en el segundo trámite constitucional de la ley, en la indicación N° 95 del 2° informe, en que se propuso aumentar el plazo de 2 a 5 años, ver 2° informe de la Comisión de Constitución del Senado, de fecha 02.06.1998, en 2° trámite constitucional del proyecto sobre probidad administrativa aplicable a los Órganos de la Administración del Estado, Legislatura 338, pp. 4 y ss.

⁷³ La propuesta corresponde a parte del documento presentado por el entonces Director del Servicio de Impuestos Internos ante la Comisión de Constitución del Senado denominado: “Experiencia del Servicio de Impuestos Internos de Chile en el tema de la probidad funcionaria y lucha contra la corrupción”, presentado a su vez en la Octava Conferencia Internacional Anti-corrupción, del año 1997.

es el plazo de prescripción de los simples delitos, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 94 del CP.⁷⁴

De esta revisión de los antecedentes de la historia fidedigna, podemos apreciar que el legislador en la materia ha tomado como marco de referencia el régimen de prescripción del CP, a fin de asegurar la observancia de criterios de proporcionalidad, eludiendo cualquier referencia a las tradicionales construcciones y explicaciones sobre la prescripción del CC, la que solo considera con motivo del reconocimiento de la triple responsabilidad que puede haber a un funcionario con motivo del despliegue de una conducta ilícita y no en razón de ese régimen general en la materia, lo que queda aún más al descubierto en la regla que homologa el plazo de prescripción al de ilícito penal cuando la conducta contravencional estatutaria es constitutiva, además de delito, pues de lo contrario el marco de referencia hubiese sido el de la acción ordinaria del Art. 2515 del CC.

3. La finalidad de la prescripción extintiva del CP presenta una mayor afinidad dogmática con las potestades sancionatorias de la Administración

a) La finalidad de la prescripción en materia penal, explica de mejor forma los efectos del transcurso del tiempo respecto a la pretensión sancionatoria de la Administración

Como ya se expuso en los acápites precedentes de este trabajo, la tesis predominante sobre la finalidad de la prescripción en materia penal, entiende sobre la base de la noción y finalidad de la pena, que tanto esta como la acción persecutoria se extinguen al verificarse una inactividad por parte de quien pretenda ejercer la acción o imponer la sanción, en orden a que el concurso de tales circunstancias permiten presumir que los efectos pretendidos con la reacción punitiva ya no resultan eficaces y por tanto ya no son necesarios para los fines de prevención y/o corrección perseguidos.

Este razonamiento resulta igualmente aplicable a la responsabilidad y sanciones derivadas de una contravención administrativa, si tenemos en cuenta que el motivo por el que se dota a la Administración de este tipo de prerrogativas es precisamente asegurar la eficacia de aquellas medidas o regulaciones dispuestas para satisfacción de necesidades públicas y para la cautela de intereses supraindividuales dentro del ámbito de competencia de cada órgano, por lo que resulta igualmente plausible entender que la pretensión sancionatoria se extinga cuando concurren elementos que permiten entender que los objetivos previstos para su establecimiento por el legislador no se materialicen en la especie, como puede resultar de una separación considerable entre la época de comisión de hecho y el despliegue de las acciones destinadas a determinar responsabilidades e imponer sanciones, asegurando así que la reacción de la Administración guarde la debida proporcionalidad y necesidad que deben caracterizar su obrar.⁷⁵

En este sentido, se ha propuesto desde la doctrina, como lineamiento ante una eventual regulación

⁷⁴ Plazo que resultaría aplicable de satisfacer los presupuestos fácticos de la hipótesis contenida en el entonces Art.152 (ahora Art.158) del EA.

⁷⁵ OSORIO (2016), pp. 455-456.

expresa en la materia, la idea de atender a criterios o estándares como los de proporcionalidad,⁷⁶ a efectos de determinar la extensión del espacio de tiempo en que la inactividad por parte de la Administración permita presumir que la retribución frente a una conducta infraccional ha perdido eficacia para efectos de satisfacer los fines de prevención y cautela de los bienes jurídicos puesta en la esfera de su competencia.

En efecto, y tal como lo sostiene este planteamiento, la necesidad de establecer criterio de proporcionalidad en la eventual determinación de plazos de prescripción, responde precisamente a la naturaleza de las pretensiones cuyo despliegue quedarían supeditado a su extinción por el transcurso del tiempo, como también a la de los derechos en juego (cautela de bienes jurídicos colectivos- libertad y derechos individuales del afectado o sancionado),ejercicio que es posible advertir solo en uno de los regímenes de prescripción en concurso, a saber en materia penal, en la que la entidad de la retribución del injusto determina el plazo de prescripción ya sea de 10 años para los crímenes o 5 años para los simples delitos o de 6 meses para las faltas.

b) Similitud adjetivas entre la prescripción del CP y los casos de prescripción regulados en materia sancionatoria

Finalmente, es posible sustentar la compatibilidad afirmada entre las finalidades de la prescripción penal y la lógica que sustenta la potestad sancionatoria de la Administración, en el hecho que el legislador al regular expresamente la prescripción extintiva en materia sancionatoria administrativa ha empleado de manera idéntica las fórmulas de cómputo, suspensión e interrupción del régimen penal establecidas en los artículos 94 y siguientes del Código del ramo.

Lo anterior queda de manifiesto en el siguiente cuadro:

Norma	Materia	Regla de cómputo prescripción de la potestad sancionatoria	Regla de cómputo prescripción de la sanción	Regla de suspensión de la prescripción	Regla de interrupción de prescripción
20417	Medio Ambiente	Desde la comisión del hecho infraccional (Art.37)	Desde la fecha en que la respectiva resolución sancionatoria haya quedado firme. (Art.45)		<p>Acción:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Desde la fecha de formulación de cargos (Art. 37) - Desde la presentación y durante la duración del programa de cumplimiento (Art.42) <p>Sanción:</p> <p>Desde la notificación del respectivo procedimiento de ejecución o de la formulación de cargos por incumplimiento (Art.45)</p>

⁷⁶ CORDERO (2020), p. 375.

20529	Educación	Desde la fecha de comisión del hecho (Art. 86)		El inicio de la investigación suspende el plazo de prescripción (Art. 86 inciso primero parte final)	
18834	Disciplina Administrativa	Desde el día en que el funcionario incurriera en la acción u omisión (Art. 158)		Desde que se formulen cargo en el sumario o investigación sumaria respectiva (Art. 159)	Si el funcionario incurriere en una nuevamente en falta administrativa. (Art. 159)
21000	Mercado de valores	Desde que se hubiere terminado de cometer el hecho constitutivo de una infracción o de ocurrir la omisión sancionada (Art.61)		Desde la fecha en que la Comisión reciba un reclamo o denuncia referidos a hechos que pudieren ser constitutivos de infracción (hasta por 6 meses) (Art.61)	Desde el inicio de un procedimiento sancionatorio a partir de la fecha de notificación de los respectivos cargos a la persona objeto de estos. (Art.61)
Código Penal	Penal	Desde el día en que se hubiere cometido el delito (Art.95)	Desde la fecha de la sentencia de término o desde el quebrantamiento de la condena, si hubiere ésta principiado a cumplirse (Art.98)	Se suspende desde que el procedimiento se dirige contra del encartado; pero si se paraliza su prosecución por tres años o se termina sin condenarle, continúa la prescripción como si no se hubiere interrumpido. (Art.96)	Desde la comisión de un nuevo crimen o simple delito (Art.96)

Este ejercicio de contraste nos permite, efectivamente, advertir que aunque puedan identificarse diferencias cuantitativas o cualitativas entre la pena y la sanción administrativa, ello no constituye un impedimento para establecer tratamientos jurídicos materiales comunes, como se aprecia en materia de prescripción, lo que a nuestro juicio deriva precisamente del hecho de que la construcción dogmática de ambas disciplinas resulta compatible, permitiendo al intérprete, sin riesgo de atentar contra la idea de la construcción del derecho como sistema, valerse de aquellas instituciones reguladas en una de estas disciplinas para integrar las omisiones o lagunas existentes en la otra. Compatibilidad que no es posible sustentar respecto del régimen de prescripción del derecho común patrimonial.

VII. CONCLUSIONES

De acuerdo con el objetivo propuesto y al íter argumentativo desarrollado, es posible arribar a las siguientes conclusiones:

La construcción del Derecho en clave científica impone su estudio y tratamiento como sistema, sobre la base de las ideas de orden y unidad. Dicha exigencia deriva de la necesidad de asegurar coherencia interna entre las disciplinas que lo integran, disipando así los riesgos de fraccionamiento y desco-

nexión que amenazan ante la verificación de lagunas u omisiones normativas. Teniendo en cuenta especialmente la finalidad que el legislador ha tenido a la vista al momento de regular institutos jurídicos determinados.

Que en lo que respecta a las potestades sancionatorias es posible identificar notas distintivas, en particular en lo que a su fundamento y finalidad respecta. Entre las que se encuentra su origen, arraigado en la idea de dotar a los órganos de la Administración de herramientas que aseguren la cautela, gestión y promoción de ciertos intereses de naturaleza supraindividual que, encuadrados en la función general del Estado de promover el bien común, justifican su existencia en cuanto órgano; y, por otro lado, está el que la actividad de la Administración responde a una relación binaria de represión/prevenición o represión/corrección, que restringe los derechos y libertades de los particulares en respuesta a las conductas que amenazan los intereses colectivos.

Asimismo, es posible efectuar un idéntico análisis respecto de los regímenes de prescripción tanto en materia penal como civil, en el que el primero responde a la concreción del principio de seguridad jurídica, en orden a establecer el momento en que la respuesta represiva de la administración resulta estéril para los fines de prevención/represión y en el que el segundo bajo igual predicamento de seguridad jurídica, responde a la necesidad de consolidar situaciones de hecho que garanticen la libre circulación de la riqueza y tráfico económico.

Que, como se desprende de la jurisprudencia analizada, por razones de seguridad jurídica, la potestad sancionatoria de la Administración se encuentra sometida al principio de prescriptibilidad de las acciones. No obstante aquello, en la actualidad esta materia carece de una regulación general, encontrando tratamiento excepcional en áreas específicas.

La ausencia de un régimen general en los términos señalados ha derivado en dos fórmulas de integración en materia sancionatoria: la solución que acude a las reglas del CC o bien, dirigirse a las establecidas en el CP, con el que compartiría una unidad ontológica al responder a un solo poder punitivo estatal. Siendo la primera la predominante de acuerdo a la jurisprudencia analizada.

Esta interpretación predominante, atenta contra la idea de construcción de esta disciplina como sistema. Pues ello deriva necesariamente en incongruencias teleológicas, al advertirse, entre estas, la intervención de intereses de naturaleza disímil, lo que ocasiona un fraccionamiento o desconexión insalvable del régimen supletorio con las notas del instituto receptor, pues como ya advertimos, su aplicación a la potestad sancionatoria importa aceptar que la Administración respecto de los bienes o intereses colectivos que es llamada a cautelar se equipara al acreedor negligente o pasivo, que tiene la libre disposición de sus bienes, y que la incompetencia temporal que de la prescripción se deriva, respondería, como ocurre en materia civil a la finalidad de resguardar el tráfico económico o libre circulación de la riqueza.

Asimismo, y por el contrario de lo establecido por la tesis predominante, los argumentos empleados para sustentar la supletoriedad del régimen patrimonial en desmedro del régimen penal resultan más aparentes que reales. Esto, pues no se advierten antecedentes legislativos y/o normativos que, a

luz de la idea sistema, permitan atribuirle vocación general en la materia. Por el contrario, el análisis práctico y de legislación especial, advierte mayor afinidad y coherencia con la regulación dispuesta para los injustos penales, tal como se concluye tanto de los antecedentes legislativos de aquellos casos en que el instituto cuenta con desarrollo normativo expreso, como, también, al efectuar una comparación con las reglas de cómputo, interrupción y suspensión expuestas de éstos con el régimen penal, en la que es posible advertir una identidad que, a nuestro juicio responde a una similitud en cuanto a sus finalidades. Similitud que debe orientar al legislador a que, en el ejercicio eventual de dar tratamiento normativo expreso en la materia, haga eco a las afinidades de la rama en asunto con la disciplina penal, valiéndose para la determinación de los plazos de inactividad, tal como ocurre en ésta última, de principios tales como el de proporcionalidad, a fin de asegurar que transcurrido el plazo establecido sea posible presumir que la actividad retributiva resultan estéril para los fines de disuasión o prevención.

Que, en tanto no se dicte norma expresa general en la materia, resulta afín a la pretensión de construir un sistema jurídico coherente, aplicar las reglas de prescripción penal, pudiendo acudir al criterio de proporcionalidad a efectos de determinar, en cada caso, el término de inactividad que se requiera para extinguir la responsabilidad infraccional o la imposición de la sanción, pudiendo estos ser 6 meses o 5 años, según corresponda.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina Citada

- AGLIATI, Gonzalo (2021): “Aporías en torno a la determinación del estatuto jurídico aplicable en materia de prescripción de las sanciones administrativas”, en: *Revista de Derecho, Valdivia* (Vol. XXXIV, N°2), pp. 335-345.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HARLICKA, Antonio (2004): *Tratado de las Obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ANRIQUE, José (2019): “Argumentos para la imprescriptibilidad de la acción de reparación del daño ambiental en naturaleza”, en: *Estudios de Derecho Económico, Ambiental y Tributario* (Buenos Aires, Hammurabi).
- ARÓSTICA, Iván (2005): “Sanciones administrativas y prescripción”, en: *VV.AA. Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo Intervencionismo* (Santiago, Conferencias Santo Tomás de Aquino), pp. 119-126
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo (2010): “La Prescripción en el Derecho Penal Chileno”, en: CORRAL TALCIANI, Hernán (editor), *Cuadernos de extensión jurídica N° 21: Prescripción extintiva* (Santiago, Universidad de Los Andes), pp. 337-361.
- CAMACHO, Gladys (2010): *Tratado de Derecho Administrativo, t. IV: La Actividad sustancial de la Administración del Estado* (Santiago, Abeledo-Perrot Legal Publishing).
- CLARO SOLAR, Luis (1937): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado tomo IX* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- CORDERO QUIZACARA, Eduardo (2020): “El plazo de prescripción de las infracciones y sanciones adminis-

- trativas ante el principio de proporcionalidad”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 47, N° 2), pp. 359-384.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2004): *Prescripción Extintiva, Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DROMI, Roberto (1998): *Derecho Administrativo*, 7ª edición actualizada (Buenos Aires, Editorial Argentina).
- FARALDO, Patricia (2000): *Las causas de levantamiento de la pena* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- FERNÁNDEZ BITTERLICH, Pedro (2013): *Manual de Derecho Ambiental Chileno*, 3ª edición actualizada (Santiago, Thomson Reuters).
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2011): “Prescripción de las sanciones administrativas sanitarias ante la jurisprudencia administrativa y judicial”, en: CORRAL TALCIANI, Hernán (editor), *Cuadernos de extensión jurídica* N° 21: *Prescripción extintiva* (Santiago, Universidad de Los Andes), pp. 131-146
- GARRIDO MONTT, Mario (2010): *Derecho Penal*, t. I: *Parte General*, 4ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2019): “Antecedentes históricos de la potestad sancionadora de la Administración en Chile”, en: *Revista de Derecho del Estado* (N°44), pp. 361-384
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2021): *Infracciones y Sanciones Administrativas* (Santiago, Der Ediciones).
- MARTÍNEZ PARDO, Vicente José (2011): “La Prescripción del delito”, en: *Revista Internauta de Práctica Jurídica* (N° 27), pp. 125-142.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2021): “Caducidad o decaimiento administrativo por prescripción, preclusión y resolución”, en: *Revista jurídica digital UAndes* (5/1), pp. 105-137.
- MONTERO CARTES, Cristian (2015): “La Responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos: un estudio introductorio”, en: *Revista de Derecho Público* (Vol. 82), pp. 111-145.
- NIETO, Alejandro (2005): *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª edición totalmente reformada (Madrid, Tecnos).
- OSORIO VARGAS, Cristóbal (2016): *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador. Parte General* (Santiago, Thomson Reuters).
- PASTOR, Daniel (1993): *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal* (Buenos Aires, Editores del Puerto).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2005): *Los Bienes. La propiedad y otros Derechos Reales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RAGUÉS, Ramón (2004): *La prescripción penal: Fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal* (Barcelona, Atelier).
- ROMÁN CORDERO, Cristian (2008): “Derecho Administrativo Sancionador ¿Ser o no ser? He ahí el dilema”, en: VV.AA., *Derecho Administrativo, 120 años de cátedra* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 107-141.
- SALINAS ARANEDA, Carlos (2019): *Análisis crítico de las prerrogativas sancionatorias del Estado. Bases para la comprensión autónoma del Derecho Sancionador Regulatorio en Chile* (Santiago, Thomson Reuters).
- VALLEJOS GARRETÓN, Rodrigo (2016): “Acerca del régimen supletorio de prescripción aplicable a las infracciones y sanciones administrativas”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. XLVII), pp. 281-301.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2019): “El Derecho Administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: Líneas y vacilaciones durante 2019”, en: *Revista de Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica de Chile* (N° 28), pp. 251-299.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2015): “Sistema y Autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los” Núcleos Dogmáticos”, en: *El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia, Universidad Católica Argentina* (N° 13.731, año LIII).

VIAL DEL RÍO, Víctor (2004): *La tradición y la Prescripción como modos de adquirir el dominio en el Código Civil Chileno*, 3ª edición (Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile).

Jurisprudencia Citada

Corte Suprema, 15 de octubre de 2009, Rol N°5702-2009

Corte Suprema, 30 de agosto de 2011, Rol N°7629-2009

Corte Suprema, 30 de agosto de 2011, Rol N°7629-2009

Corte Suprema, 22 de abril de 2011, Rol N°2501-2010

Corte Suprema, 26 de julio de 2011, Rol N°5455-2009

Corte Suprema, 22 de septiembre de 2011, Rol N°6068-2009

Corte Suprema, 24 de octubre de 2017, Rol N°21458-2015

Corte Suprema, 22 de noviembre de 2017, Rol N°10727-2016

Corte Suprema, 23 de noviembre de 2017, Rol N°12164-2017

Corte Suprema, 11 de diciembre de 2017, Rol N°27826-2017

Corte Suprema, 08 de enero de 2018, Rol N°2961-2017

Corte Suprema, 09 de enero de 2018, Rol N°11480-2017

Corte Suprema, 07 de mayo de 2018, Rol N°765-2018

Corte Suprema, 22 de octubre de 2018, Rol N°8157-2018

Corte Suprema, 23 de octubre de 2018, Rol N°44510-2017

Corte Suprema, 20 de mayo de 2020, Rol N°42787-2020

Corte Suprema, 05 de agosto de 2020, Rol N°33527-019

Corte Suprema, 22 de septiembre de 2020, Rol N°72002-2020

Corte Suprema, 10 de noviembre de 2020, Rol N°19.339-2019

Corte Suprema, 17 de noviembre de 2020, Rol N°29401-2019

Corte Suprema, 17 de noviembre de 2020, Rol N°23150-2019

Corte Suprema, 17 de noviembre de 2020, Rol N°242-2018

Corte Suprema, 17 de noviembre de 2020, Rol N°23.150-2019

Corte Suprema, 13 de octubre de 2021, Rol N°22.247-2021

Corte Suprema, 11 de febrero de 2022, Rol N 6945-2021

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 06 de agosto de 1996, Rol N°244-1996

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 11 de abril de 2006, Rol N°479-2006

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 13 de abril de 2006, Rol N°480-2006.

Contraloría General de la República, Dictamen N°14752-2005
Contraloría General de la República, Dictamen N°30070-2018
Contraloría General de la República, Dictamen N°62118-2009
Contraloría General de la República, Dictamen N°24094-2019
Contraloría General de la República, Dictamen N°15335-2011
Contraloría General de la República, Dictamen N°13.657-2012
Contraloría General de la República, Dictamen N°17885-2014
Contraloría General de la República, Dictamen N°28226-2017
Contraloría General de la República, Dictamen N°62118-2009
Contraloría General de la República, Dictamen N°24.731-2019

Normativa citada

Código Civil

Código Penal

Ley N°18.575, orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

Ley N°18.834, sobre Estatuto Administrativo, 1989

Ley N°19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente, 1994

Ley N°20.417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, 2010

Ley N°20.529, sobre Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su fiscalización, 2011

Ley N°21.000, que crea la Comisión para el Mercado Financiero, 2017

La responsabilidad colectiva por daños causados en el contexto de las manifestaciones públicas y la protesta social

Collective liability for damages caused in the context of public demonstrations and social protests

Magdalena Wyss Díaz

Concepción, Chile.

Correo electrónico: mwyss@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-0138-0813>.

Recibido el 4/07/2022

Aceptado el 29/10/2022

Publicado el 31/12/2022

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2022.n41.05>

RESUMEN: Hay daños causados por un grupo determinados de personas, en que se puede establecer que la acción dañosa se produce por alguno de los miembros del grupo y que cualquiera de ellos, dado su comportamiento lo hubiera podido causar, aunque resulte imposible la identificación del culpable o responsable. En el marco de manifestaciones violentas, se han producido actos delictivos, donde muchas veces no es posible identificar al o los causantes del daño, pero sí al grupo o conjunto de sujetos, dentro del cual se encuentran el o los autores que cometieron la acción dañosa. Esta situación plantea el problema si la víctima podrá ser resarcida y de qué forma. El presente trabajo aborda el problema del daño causado por un autor desconocido que pertenece a un grupo determinado;

ABSTRACT: There are damages caused by a certain group of people, in which it can be established that the harmful action is produced by one of the members of the group and that any of them, given their behaviour, could have caused it, although it is impossible to identify the guilty or responsible. In the context of violent demonstrations, criminal acts have occurred, where it is often not possible to identify the tortfeasor or tortfeasors causing damage, but it is possible to identify the group or group of individuals, including the perpetrator or perpetrators who committed the harmful action. This situation raises the problem of whether and how the victim can be compensated. This paper deals with the problem of the damage caused by an unknown perpetrator who belongs to a certain group,

pero para un supuesto específico y, en general, descuidado por la doctrina: los daños causados en manifestaciones o protestas.

but for a specific case and, in general, neglected by the doctrine: the damage caused in demonstrations or protests.

PALABRAS CLAVE: Protestas sociales, autor indeterminado, daño.

KEY WORDS: Social protests, unknown perpetrator, damage.

I. INTRODUCCIÓN

El ejercicio del derecho de reunión exige que no lesione otros derechos sociales o individuales, no obstante, se ha podido verificar, que bajo el pretexto de participar en legítimas manifestaciones ciudadanas, algunas personas incurrir en conductas dañosas. Estas conductas deslegitiman el ejercicio de los derechos que la Constitución garantiza, y provocan graves consecuencias en Derechos igual o más importantes como la vida y la integridad física y psíquica y el patrimonio público y privado.

Es así, que las manifestaciones que hemos visto en el último tiempo dieron lugar a una serie de desmanes y perjuicios, causados por personas que actuaron a rostro cubierto o encapuchadas. Se produjeron considerables daños en la propiedad pública y en la privada, incluso la muerte de personas. Tales actos resultan de muy difícil persecución, como consecuencia de la imposibilidad de identificar quién ha causado el daño y debido a una serie de vacíos legales.

Los supuestos que pueden darse son los siguientes:

- 1.- Varios sujetos determinados causaron coordinadamente el daño, como ocurre por ejemplo en el caso del monumento al General Baquedano, en la Plaza Italia de Santiago de Chile.
- 2.- Un sujeto indeterminado causó el daño, en un grupo determinado o indeterminado, pero en una manifestación convocada y organizada por sujetos determinados, esto es, donde existen claros organizadores.
- 3.- Un sujeto indeterminado en actuación o grupo determinado, pero que no fue convocado o se desconoce quiénes convocaron, causó daños.

Pensemos, por ejemplo, en el caso de Denisse Cortes Saavedra ocurrido el 10 de octubre de 2021 en Santiago de Chile, donde la víctima fue alcanzada por un fuego artificial que se habría lanzado contra la policía, siendo imposible hasta ahora identificar al causante de su muerte. Todos dispararon en la misma dirección, pero solo uno le causó la muerte.

- 4.- Un sujeto indeterminado en un grupo indeterminado, sin organizadores o encontrándose estos ocultos, causó daños.

Nuestro trabajo no analizará el número primero, porque tiene respuesta en nuestra legislación, y ana-

lizará el supuesto segundo y especialmente el tercero, pues muchas veces ante la falta de prueba de los organizadores se producirá un desplazamiento al tercer supuesto. Tampoco se analizará el cuarto supuesto, porque para avanzar en tal sentido, se debe tener claridad en la solución de los anteriores objeto de este estudio.

II. EL DERECHO DE REUNIÓN Y LA PROTESTA SOCIAL COMO EXCLUYENTES DEL DAÑO A OTRO

Creemos como Rawls, que “un régimen democrático presupone la libertad de opinión y reunión, y la libertad de pensamiento y de conciencia”.¹ Tales garantías proponen un marco de libertad en el cual el individuo puede hacer demandas legítimas a las autoridades, e influir en las políticas públicas, desde su particular cosmovisión. Es inherente la calidad de animal social,² interesado en los asuntos de la polis, cuya primera forma de participación, es la unión con pares, para efectos de debatir, consensuar y dar a conocer opiniones válidas y coherentes a sus intereses.

Sin embargo, estos derechos han de ser ejercidos de forma tal que no dañen a otro. El principio de justicia más antiguo lo encontramos probablemente en Ulpiano quien, mediante tres ideas, nos invitó a la convivencia pacífica, respetando los derechos del prójimo: “vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo”.³ A lo largo de la historia, en cada fracaso de las libertades, siempre está presente la represión de los derechos mencionados por Rawls. Pero su ejercicio también propone ámbitos de ejercicio responsable de la libertad, de acuerdo al pacto social fundante, que otorga al derecho de reunión, su consagración y limitaciones.

No desconocemos que el derecho a la protesta social, ha tenido un desarrollo importante en las democracias occidentales y que al mismo tiempo ha provocado tensiones entre las movilizaciones que cortan calles, caminos o atentan contra bienes públicos, privados o personas y los derechos de los afectados.⁴ Sin embargo, más allá de un debate todavía en desarrollo, para efectos de este trabajo, nos parece adecuado poner nuestro interés en el pacto Fundamental y el Bloque Constitucional, para demostrar que los dañados, a menudo sin arte ni parte en el conflicto social, pueden tener derecho al resarcimiento, en su calidad de víctimas.

El artículo 19 Nº 13 de la Constitución establece el derecho de reunirse pacíficamente, sin permiso previo y sin armas, pero agrega que si la reunión tiene lugar en bienes nacionales de uso público, se regirá por las disposiciones legales de policía. El derecho tiene su consagración también de manera análoga en tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos,⁵ al igual

¹ RAWLS (1971), p. 372.

² ARISTOTELES (2018), p. 4.

³ La *tria precepta iuris* que se traduce del *honestere vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. Ver MAUREIRA (2006), p. 275.

⁴ BASSA y MONDACA (2019), p. 105 a 136.

⁵ Artículo 15. “Derecho de reunión. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional,

que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁶ Y de las normas examinadas, surge de inmediato como límite de exclusión, el ejercicio de la violencia y la utilización de armas. El vocablo *pacífico*, lo encontramos en los tres órdenes normativos del bloque, por lo que nuestra primera afirmación al respecto es que no ejerce legítimamente el derecho de reunión, quien lo hace de manera violenta o con armas.

Obviamente el derecho de reunión, está relacionado también con otros igualmente importantes para el Estado de Derecho, como el de asociación. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante CIDH) se ha pronunciado en relación a ambas garantías, diferenciando el carácter fundamental del derecho de reunión sobre el de asociación, de tal forma que no existe el segundo sin el primero, pero no necesariamente concurren de manera coincidente.⁷ Sin embargo la CIDH incorpora el derecho de reunión, como protector del derecho a la protesta social,⁸ unido a la libertad de expresión, otorgándole legitimidad en la medida que no existan actos reprochables en su ejercicio,⁹ todas cuestiones que nos permiten sostener, a objeto de nuestro trabajo, que el ejercicio del derecho de reunión, limita con causar daño a otro.

III. EL INTERÉS DE LA VÍCTIMA Y EL PRINCIPIO PRO DAMNATO COMO EJES DE LA REPARACIÓN

Los últimos eventos dañosos sucedidos en el país desde el 18 de octubre de 2019,¹⁰ me han motivado a buscar una solución satisfactoria para el dañado, pero la aparente falta de norma en relación a este

de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”.

⁶ Artículo 21: “Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

⁷ “El artículo 15 de la Convención Americana consagra el derecho de reunión pacífica y sin armas. A su vez, la libertad de asociación, prevista en el artículo 16 del mismo tratado presupone el derecho de reunión y se caracteriza por habilitar a las personas para crear o participar en entidades u organizaciones con el objeto de actuar colectivamente para la consecución de los más diversos fines, siempre y cuando éstos sean legítimos. A diferencia de la libertad de asociación, el derecho de reunión no implica necesariamente la creación o participación en una entidad u organización, sino que puede manifestarse en una unión esporádica o congregación para perseguir los más diversos fines mientras éstos sean pacíficos y conformes con la Convención.” (Corte IDH. Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, N° 169)

⁸ “El derecho a protestar o manifestar inconformidad contra alguna acción o decisión estatal está protegido por el derecho de reunión, consagrado en el artículo 15 de la Convención Americana.” (Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, N° 177)

⁹ “Este derecho abarca tanto reuniones privadas como reuniones en la vía pública, ya sean estáticas o con desplazamientos. La posibilidad de manifestarse pública y pacíficamente es una de las maneras más accesibles de ejercer el derecho a la libertad de expresión, por medio de la cual se puede reclamar la protección de otros derechos. Por tanto, el derecho de reunión es un derecho fundamental en una sociedad democrática y no debe ser interpretado restrictivamente. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante el “Tribunal Europeo”) ha señalado que el derecho de reunión es de tal importancia que una persona no puede ser sancionada, incluso por una sanción disciplinaria menor, por la participación en una manifestación que no había sido prohibida, siempre y cuando no cometa actos reprochables durante la misma.” (Corte IDH. Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, N° 163)

¹⁰ <https://www.biobiochile.cl/especial/bbcl-investiga/noticias/cronicas/2021/10/26/mas-de-100-millones-en-danos-publicos-hassler-se-querella-por-destrozos-en-conmemoracion-del-18-o.shtml>
<https://www.publimetro.cl/noticias/2021/10/19/la-serena-manifestantes-queman-un-auto-y-saquean-caja-los-heroes/>
<https://www.latercera.com/pulso/noticia/la-historia-tres-pymes-afectadas-los-saqueos/880118/>

tema es también una cuestión extra que ha captado mi interés para estudiar y escribir. Estoy cierta que el derecho no exige conducta de superhéroes, sino algo tan simple como no dañar a otro. Desde esta perspectiva, la pregunta clave tiene por objeto responder cuál es la regla o norma de conducta que debemos observar en nuestro trato con los demás, en la contingencia social. Y en este contexto, cualquiera sea el camino por el cual el juez llegue a la solución reparadora, la responsabilidad debe ser concebida como la retribución pecuniaria a la víctima.

A mi modo de ver, existe una colisión entre el legítimo derecho a la protesta social y el daño causado en su ejercicio, cuya solución tiene como matriz también al derecho civil.¹¹ Por esta razón, mi análisis parte de la existencia de un delito civil que cause perjuicios y por ende la obligación de reparar el daño a través de la correspondiente indemnización. Para lo anterior, el principio fundamental es que la responsabilidad civil persigue reparar a la víctima, no solo en su patrimonio sino además en su integridad física o psíquica.

Admitamos que los incidentes derivados de la protesta social, nos plantean el problema que ellos son causados por autores cuya identidad es muy difícil de determinar con certeza, porque actúan encauchados y se esconden en el colectivo. Conviene sin embargo admitir que la autoría de la conducta lesiva, y con ello la constatación del nexo causal, se diluyen entre la pluralidad de personas que integran un mismo grupo.

Debe quedar claro, que el sentimiento básico de justicia lleva a las víctimas a exigir la reparación. Ante la imposibilidad de identificar a los autores, se puede optar por demandar al Estado por la falta de servicio, porque ante el desborde del proceso social, ni siquiera la policía es capaz de controlar el orden público y atribuir conductas. Así, el interés se orienta respecto de quienes participan y causan el daño, pero también hacia los autores intelectuales que organizan y llaman a la protesta social.

Como plantea Corral, reparar los daños es un principio inmanente a nuestro derecho. Y el sistema está implícitamente concebido en la Constitución, al menos en su pretensión del Artículo 1º, relativo a que el Estado está al servicio de la persona humana y promueve el bien común.¹² En el amplio catálogo de garantías, es necesario mencionar también como parte del sistema reparatorio, el Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, la indemnización por error judicial, el Derecho a desarrollar actividades económicas y el Derecho de propiedad, entre varios otros.

La consideración anterior, es una justificación para condenar a todos los integrantes de un grupo determinado dentro del colectivo, pero ello no es suficiente, debe existir una fundamentación técnica basada en elementos normativos que se encuentren en nuestro Código Civil, cuestión que ha sido

¹¹ Estoy cierta que en el ámbito penal, además de instituciones como las salidas alternativas, existe un catálogo de tipos que permiten castigar las conductas dañosas, pero la orientación de este trabajo es puramente civil, tal como se plantea en la introducción. Por cierto, son aplicables en sede penal en aquellos casos en los cuales sea posible la interposición de acciones civiles, y los supuestos fácticos del hecho que se juzga, sean compatibles con las hipótesis examinadas.

¹² CORRAL (2011), p. 70.

abordada de manera indirecta por varios autores nacionales.¹³ En todo caso, existe un esfuerzo serio de Barría, quien propone un mecanismo de integración del vacío que se observa en la legislación chilena, justificando la reparación de este daño a partir de diversas disposiciones contenidas en el propio Código Civil, referidos al artículo 2328 cc y artículo 2317 cc y en otros textos legales.¹⁴

IV. LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA

Según Hans Kelsen “se habla de responsabilidad colectiva cuando la sanción se dirige contra los individuos miembros de la misma comunidad jurídica de que forma parte el sujeto que, como órgano de tal comunidad, cometió el acto antijurídico, si la relación entre el infractor y los responsables esta constituida por el hecho de que aquél y éstos pertenecen a dicha comunidad jurídica. La responsabilidad individual se produce cuando la sanción se dirige exclusivamente contra el infractor”.¹⁵

En la doctrina francesa se viene hablando con insistencia de la “*declinación de la responsabilidad individual en beneficio de la ‘socialización’ o fraccionamiento de esa responsabilidad, que vendría a recaer en una pluralidad de personas: la víctima, victimario, asegurador, Estado, fondos, etcétera*”.¹⁶

Se trata de un concepto que hace referencia a la manera en que afecta la comisión del ilícito a sus autores, quienes deberán asumir la responsabilidad en conjunto por el daño causado por uno de sus integrantes y por el comportamiento individual de cada uno de sus integrantes al generar una situación de peligro para la víctima.

A partir de lo anterior, no podemos olvidar que existen ciertos requisitos concurrentes a la responsabilidad colectiva, que es necesario examinar, para una mejor comprensión del problema: ¹⁷

1.- A mi modo de ver el requisito mas importante y que es determinante para el nexo causal, es la existencia de un grupo o pluralidad de sujetos, que debemos considerar como el autor del riesgo que genera, lo que constituye un verdadero principio de ejecución del daño. La identificación del grupo debe ser clara y precisa, en cuanto a un conjunto de personas naturales. La actividad grupal, debe crear una situación de riesgo, sobre la base de la actuación de carácter plural.

Respecto a la identidad de los individuos que forman parte del grupo previamente concertado o no,

¹³ CORRAL (2003), pp. 179 y ss.; RODRÍGUEZ (1999), pp. 98 y ss., RODRÍGUEZ (2010), pp. 9 y ss.; ARAYA (2003), pp. 126 y ss.; BIDART (1985), pp. 128 y ss.; BARROS (2006), pp. 421 y 422, y pp. 426 y 427.

¹⁴ BARRÍA (2008a), pp. 273-289. BARRÍA (2011b), pp. 151-183. El citado autor trata la doctrina española donde se observan importantes opiniones, fundadamente dispares, que corresponden a dos de los autores que más tiempo, páginas y esfuerzo han dedicado a la materia, como son los profesores Ricardo DE ÁNGEL y Virginia MURTULA. Expone el pensamiento de cada uno, a fin de desarrollar su propia idea sobre este aspecto tan importante de la responsabilidad colectiva.

¹⁵ KELSEN (1983), p. 75

¹⁶ MOSSET (1999), p. 13.

¹⁷ Seguimos en esta materia a RODRÍGUEZ (1999), pp. 98 y ss.; y a BARRÍA (2008a), pp. 273-289. BARRÍA (2011b), pp. 151-183, en sus obras citadas.

estamos frente a una actividad grupal de perfil peligroso, el cual no persigue un fin de beneficio público, sino la expresión voluntarista de una consigna a cargo de un colectivo plenamente identificado y que se concreta en un daño por la actividad de uno de sus integrantes. Todos los sujetos pertenecen al grupo y la víctima está en condiciones de superar la dificultad probatoria inicial, toda vez que aquel sindicado como autor que ha causado el daño, deberá probar que no ha cometido ningún ilícito civil.

2.- La imposibilidad de identificar al único autor material del daño, constituye un factor subjetivo que consiste en “*la deliberación de hacer con otros*”, toda vez que, de no existir el grupo, lo más probable es que al autor no habría actuado contra los bienes de otro, toda vez que el anonimato es su escudo protector.

La dificultad para identificar al sujeto que obró dañosamente, tiende a impedir que la responsabilidad se pueda radicar en un individuo. Se diluye en medio de cuestiones probatorias imposibles, y en varias ocasiones a partir de la poca efectividad de las agencias estatales para determinar culpables.

El tema tratado, apunta precisamente a intentar superar las dificultades probatorias en relación a la causalidad. El anonimato, la violencia, el actuar a rostro cubierto, con cierta organización de defensa, son cuestiones que por cierto impiden la individualización de quien daña a otro.¹⁸

3.- La necesaria conexión causal entre la actuación del grupo y el daño.

Entiendo este requisito, como aquel según el cual el resultado no se habría producido de no mediar el carácter grupal de la actividad. El individuo dentro de la masa, potencia su irresponsabilidad, violencia e irracionalidad.¹⁹

Hay que precisar, además, que según Mortula, siguiendo a Díez Picazo, la responsabilidad del grupo deriva de las condiciones de imputación subjetiva u objetiva. La misma autora plantea el siguiente ejemplo relativo a la culpa de todos, y del riesgo creado: el de quien lanza un objeto por la ventanilla del autobús y hiere a alguien: si el resto va tranquilamente sentado, sólo quien ejecuta la acción es responsable, pero responden todos, si han provocado un juego peligroso, en el cual un objeto sale volando por la ventanilla, hiriendo a un transeúnte.²⁰

4.- La unidad de tiempo y espacio.

Ambos elementos concurrentes, sitúan al grupo, lo identifican en cierta actividad, que sólo puede ser atribuida al colectivo, porque ellos estaban ahí, en el tiempo coetáneo al cual se produjeron los daños.

¹⁸ Por cierto, el uso actual de medios tecnológicos, tales como cámaras fijas, drones y programas de reconocimiento facial, han venido a aportar pruebas que en otro tiempo habrían sido imposibles de obtener.

¹⁹ ORTEGA Y GASSET es el autor clásico que estudió el comportamiento del hombre en el grupo, como uno distinto del considerado individualmente. Se puede consultar ORTEGA Y GASSET (2019).

²⁰ MURTULA (2006), p. 20.

V. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA INDETERMINACIÓN DEL AUTOR PARA EL DAÑADO, EN TORNO A LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LA CULPA

Con el ánimo de aclarar mejor esta cuestión, hay que recordar que la culpa y la relación de causalidad son dos elementos fundamentales de la responsabilidad civil y por ende de la responsabilidad extracontractual. Y por lo general, la respuesta a la causalidad resulta extremadamente simple, como ocurre por ejemplo en la colisión de dos vehículos porque uno de ellos cruza con luz roja o cuando un transeúnte sufre lesiones por la caída de un objeto desde un edificio en construcción.

No basta la mera imputación material de la acción al sujeto. Para investigar la procedencia o no de una obligación indemnizatoria, debemos analizar por separado dos cuestiones de distinta índole, la primera se ocupa del lazo material, de la influencia objetiva, es decir, de la causalidad de una acción sobre un resultado lesivo; pero la existencia de dicha relación causal no será suficiente, según el principio general existente en materia civil, para hacer responsable por ese daño al autor, será preciso, además, que el autor haya obrado culpablemente.

En todo caso, no podemos olvidar que la causalidad es compleja cuando no es posible identificar el autor material de la acción dañosa, como ocurre en la generalidad de los casos derivados de la protesta social.

Las normas del Código Civil, tienden más bien a permitir la exoneración del presunto autor, en la medida que no se prueba la relación causal entre la conducta y el daño producido, lo que reduce el problema a uno de causalidad.

Así, Rodríguez nos habla de una causalidad no probada, distinguiendo la “*causalidad conjunta*”, que comprende a todos los integrantes del grupo; la “*causalidad alternativa*”, que opera sobre todos los miembros del grupo por el hecho de que el daño necesariamente proviene de alguno de ellos, al menos, mientras no pueda determinarse quién es su autor. Citando a Mosset, hace referencia a la “*causalidad acumulativa*”,²¹ que atribuye el daño a varias personas que intervienen en el proceso causal de tal modo que sus actos, independientes entre sí, habrían producido el mismo daño de haber intervenido aisladamente. Y finalmente se decanta la “*causalidad objetiva*”, que no excluye la prueba de que el daño proviene y fue causado por el grupo, pero, a partir de esta premisa, la causalidad se extiende a quienes forman parte del grupo. Son autores del daño, en consecuencia, todos los que formaban parte del grupo y han creado el riesgo.²²

Actualmente, la forma de soslayar la dificultad de la prueba de la causalidad entre el daño y su autor exige acreditar la existencia de un nexo de causalidad entre el daño sufrido y la actividad del grupo

²¹ Ver BARRÍA (2011), p.174. No es lo mismo la causalidad concurrente (un daño causado por varios individuos a través de actos independientes entre sí, sin mediar cooperación ni concierto entre ellos, siendo cada uno de esos actos suficiente para provocarlo); y la causalidad adicional o acumulativa (el daño es la consecuencia de diversas actuaciones independientes, siendo cada una insuficiente para causarlo, pero la suma de todas ellas deriva en el resultado dañoso).

²² RODRÍGUEZ (2010), p. 35.

que incrementa el riesgo. Los que forman parte de la colectividad transitoria, crean las condiciones que favorecen su anonimato, lo que dificulta la individualización del verdadero causante. El autor, propone dos soluciones, la primera es optar por una presunción de causalidad hacia la responsabilidad individual por el hecho grupal y la otra no recurre a la presunción, sino que atribuye el nexo causal únicamente a la actuación del grupo como entidad unitaria, distinta de los integrantes individualmente considerados, quienes no podrían alegar falta de responsabilidad por ningún motivo.²³

Por otra parte, Tamayo, aborda la prueba del nexo causal, en el daño causado por autor desconocido que pertenece a un grupo determinado. Parte por reconocer la dificultad que propone la doctrina tradicional, para luego reconocer que la doctrina y la jurisprudencia han acudido a criterios tales como “*la falta o culpa común*”, “*el riesgo colectivo*”, “*la personalidad jurídica del hecho*”, “*la creación de una situación riesgosa o peligrosa*”, reconociendo que se debe actuar con cuidado, para prevenir injusticias tales como condenar a quien no tiene que ver con los hechos.

En el intento por solucionar el problema, reconoce en primer lugar que varios códigos latinoamericanos optan por la responsabilidad colectiva de todos los autores del daño, como en el caso de las cosas que caen de un edificio, estimando que puede ser viable la extensión analógica a casos similares. Sin embargo, no renuncia a la posibilidad de que la persona imputada pueda probar que no tiene participación en el hecho, porque el autor es otro o porque no pudo realizar el acto. Y existiendo culpa de varios, se puede presumir la causalidad de todos ellos.²⁴

Para la visión que comentamos, la causalidad tiene un elemento de hecho y un elemento jurídico.²⁵ El incremento del riesgo, no es un elemento material, sino puramente jurídico. Lo anterior en el contexto de la imputación objetiva, sirve para restringir y seleccionar al autor, dentro de la pluralidad del grupo, bajo el prisma de que quien causa el riesgo no permitido, debe responder de lo causado. En suma, la imputación objetiva atribuye responsabilidad a quien no fue el autor material del hecho. De esta forma, superamos la visión romanista del daño *corpore corpori*, se exigía una causalidad física directa e inmediata, es decir, un inmediato contacto físico entre el autor del daño, sobre el cuerpo de la cosa dañada.²⁶

En la misma línea de lo planteado, el criterio de imputación objetiva aplicable a la causalidad puede restringirse en su dimensión material. Si bien estas personas no causaron el daño directamente, sin embargo crean las condiciones para que otros sean autores, incrementando el riesgo e impidiendo la identificación del sujeto, derivando hacia la responsabilidad subjetiva.

Pero también existen casos que abrieron la posibilidad de nuevas formas de responsabilidad, como el llamado “*del aceite de colza*”, donde la causalidad fue determinada a través de sucesivos pronun-

²³ BARRÍA (2010), pp. 244-245.

²⁴ TAMAYO (2011), pp. 269-272.

²⁵ Véase FUENTES (2010), pp. 23-32.

²⁶ Véase AEDO (2011), pp. 3-30.

ciamientos de tribunales españoles, condenando finalmente al Estado. El caso es más o menos así: el producto, era importado por el Estado español para la industria en la década del setenta, con expresa prohibición de consumo humano, para lo cual se lo mezclaba con ricino. Con la autorización estatal se utilizaron otros desnaturalizantes y a un empresario se le ocurrió la idea de invertir el proceso para hacerlo comestible. Murieron personas y otras tantas se intoxicaron. Aun cuando no fue posible allegar la prueba de la causalidad, los indicios condenaron penalmente a los responsables.²⁷ Con posterioridad fueron condenados civilmente algunos funcionarios de aduanas y el Estado,²⁸ en un caso que marca precedente, atendida la falta de causalidad contenida en las sentencias.²⁹

Es el caso en el cual se pudo soslayar la cuestión de la causalidad, fundando desde ese eslabón, la teoría reparatoria. Por cierto, aquello puede ser resistido por quienes exigen la concurrencia estricta de los elementos que dan lugar a la responsabilidad por el daño, especialmente de la causalidad. En términos académicos, es un avance para fundar la indemnización, más allá de la causalidad estricta.

De todos modos, cuando en nuestro sistema consagramos la teoría clásica y subjetiva, establecimos estándares muy precisos y exigentes para probar la culpa. De aquí surge la crítica más importante, toda vez que esta teoría pone el acento en la conducta del autor por sobre la protección de la víctima.³⁰ Esta sólo puede obtener la reparación, en la medida que pruebe el dolo o la culpa, si así no lo hiciera, la demanda será rechazada y será imposible alcanzar la tutela solicitada.³¹

No está demás señalar brevemente que una de las tareas más arduas del demandante en sede civil, consiste en probar su pretensión. Una vez abierto el término probatorio, el sistema pone sobre el pretensor, un conjunto de limitaciones para acreditar los hechos a probar. En mi opinión, el sistema de prueba legal o tasada, es un obstáculo importante para alcanzar el objetivo reparatorio, en cuanto determina de antemano el valor para cada prueba, a diferencia de la sana crítica, que de acuerdo a los ejes de la lógica, la máxima de la experiencia y el conocimiento científicamente afianzado, permite que la creatividad del litigante, ofrezca la prueba más acorde a su teoría del caso .

En el objetivo de dar solución al problema de la reparación, nos enfrentamos por una parte a la restauración de todo perjuicio sufrido injustamente por la víctima y por otro lado a la determinación de la relación de causalidad. El principio de reparación integral no es borrado por las excepciones y por ello puede siempre afirmarse que éste constituye la idea directriz del sistema indemnizatorio chileno,³² pero debo admitir que el *pro damnato*, no es suficiente sin la fundamentación normativa. Como todo principio del Derecho, debemos tener presente que es una herramienta interpretativa, que orienta hacia la reparación por sobre cualquier otra alternativa aplicable.

²⁷ Afectados del Síndrome Tóxico con RAPSA y RAELCA (1992).

²⁸ Afectados del Síndrome Tóxico con Laboratorio Central de Aduanas, Manuel H. y Federico P. (1997)

²⁹ Sugiero revisar SALVADOR (2006), p. 2.

³⁰ ABELIUK (1993), p. 191.

³¹ ALESSANDRI (1943), p. 109.

³² DOMÍNGUEZ (2010), pp. 9-28.

De esta manera, más allá de los problemas que nos plantea la causalidad, el conflicto siempre debería resolverse teniendo como elemento interpretativo el *pro damnato* y el interés de la víctima.

VI. APLICACIÓN POR VÍA INTEGRADORA DE LOS ARTÍCULOS 2317 Y 2328 DEL CÓDIGO CIVIL

Lo cierto es que más allá de los problemas que nos plantea la causalidad, el verdadero desafío consiste en superar la dificultad en la determinación de la identidad del sujeto, a través de la fundamentación normativa. Una de las respuestas posibles, tiene lugar en la responsabilidad objetiva.

Esta clase de responsabilidad, está tratada en el ordenamiento jurídico nacional, a propósito de la caída de objetos desde un edificio donde todos deben responder por el hecho de una persona, también a propósito de actos causados por animales, y para el propietario del vehículo por los daños ocasionados por el conductor, entre varios otros.

Las fuentes originales del Derecho Romano nos lleva a las acciones *effusis vel deiectis* y *positum vel suspensum*, que eran concedidas por el Pretor a quienes hubiesen sufrido el daño derivado de la caída de objetos de un edificio. El sujeto pasivo era el *habitor* o jefe de familia, sin que fuera relevante que aquel hubiera causado el daño. La responsabilidad objetiva derivada del acto hacía abstracción del verdadero autor, siguiendo el carácter propio de la autotutela, en cuanto el sujeto afectado buscaría de manera absolutamente impulsiva la reparación, cuestión que en la actualidad es contraria a un Estado de Derecho.³³

Pero es claro que las mayores dificultades se presentan cuando el daño es causado por el hecho culpable de alguno entre varios candidatos, sin que resulte posible determinar quien desencadenó esos efectos. Ante este panorama, es necesario analizar si existe legislación especial y si está consagrada la responsabilidad del grupo.

Además debemos ponderar si alguna norma establece de forma expresa la responsabilidad objetiva, de tal forma que el actor quede liberado de demostrar la negligencia o intención dolosa del causante. Se trata de orientar la responsabilidad al grupo participante, en lo que Barros trata y denomina “*responsabilidad difusa*”, a partir de la cual, son varias personas las obligadas a indemnizar.³⁴ El autor sostiene que la causalidad difusa conlleva serias dificultades y que en Chile sólo se conocen las normas por ruina de edificios del artículo 2323 del Código Civil, sobre la responsabilidad por cuota de dominio y caída de objetos del artículo 2328 del mismo cuerpo legal, en calidad de simplemente conjunta. Estos casos determinan reglas de distribución proporcional de la responsabilidad, lo que constituye una excepción al principio de solidaridad del artículo 2317. Ella tiene lugar cuando dos o más personas

³³ BARRÍA (2008), p. 202.

³⁴ BARROS (2010), p. 426.

son autores de un mismo hecho. Pero no es el caso en comento, porque el autor del hecho punible es uno solo, pero responden todos.

¿Cómo llegamos a la responsabilidad solidaria? En principio podríamos establecer que es simplemente conjunta de acuerdo al artículo 2328, pero el problema es que no sabemos cuántos sujetos son, y la cuota va a depender de cuantos individualizamos, acto a menudo difícil para el ofendido. Al respecto se ha planteado la responsabilidad *in solidum* o concurrente,³⁵ fórmula *pro damnato* que no está en el artículo 2317, porque éste se refiere a un solo hecho en que varios son autores y aquí hay uno solo que es autor y los otros han sido una condición para que el hecho ocurra. Nuestra doctrina y jurisprudencia han aceptado la idea de la responsabilidad concurrente.³⁶ Pero debemos recurrir a ella, si no existe un concurso de causas, porque todos podrían ser coautores, desde el momento que crearon las condiciones y por ende el hecho tendría cabida dentro del artículo 2317. También podríamos plantear una negativa, porque el autor es uno solo y los otros facilitaron el acto, y en ese caso podría aplicarse la teoría de la responsabilidad concurrente, desarrollada por la doctrina, y con recepción mediana por parte de la jurisprudencia.³⁷

De cualquier forma, debemos recordar que los requisitos determinantes de la solidaridad legal extracontractual reconocen que el hecho haya sido “cometido por dos o más personas”. Aquí habría dos alternativas, seguir la responsabilidad simplemente conjunta, pero esto perjudica al dañado, y lo otro es avanzar en la idea de la responsabilidad concurrentes o solidaridad imperfecta, es decir, de situaciones que normalmente serían simplemente conjuntas para ir por la responsabilidad concurrente.

El autor Corral, analiza el planteamiento jurisprudencial de la Corte Suprema a propósito de casos de responsabilidad por daño al medio ambiente, algo similar ocurre en responsabilidad por accidentes del trabajo, ocurridos en faenas regidas por el régimen de subcontratación.

En cuanto a la coautoría, ésta es reconocida por Reglero, quien plantea como una cuestión pacífica que, existiendo varias personas concertadas para cometer una acción dañosa o culposa, todas responden solidariamente del daño, de manera íntegra y solidaria, de acuerdo al criterio de imputación recíproca del resultado entre coautores. La posición que comentamos nos abre en lo doctrinal, un amplio abanico de responsabilidades, teniendo como base el acuerdo previo. No vemos la posibilidad de imputar a quienes se han convertido en colectivo dañoso por las circunstancias fácticas que les llevan a reunirse de manera no acordada previamente, como puede ocurrir en una asonada que se ha formado de manera casual.

Ante la imposibilidad de probar el nexo causal entre el daño y el grupo, siguiendo a Pantaleon, el autor se decanta por la absolución de todos, con excepción de la existencia de un seguro obligatorio, como por lo demás se obliga en la Ley de Caza española. Por oposición a lo anterior, nos habla de la respon-

³⁵ Véase CORRAL (2015), pp. 455-471.

³⁶ Véase AEDO y MUNITA (2021), pp. 434 -435. Los autores se inclinan por la opinión de aquellos que estiman la concurrencia de la solidaridad. Ver MENDOZA (2021), pp. 257-288.

³⁷ Véase CORRAL (2015), pp. 468-469. También MENDOZA (2018), pp. 387-392.

sabilidad solidaria de todos, con excepción de aquel que pueda probar su total falta de participación en el hecho. Sin embargo, manifiesta dudas en relación al nexo causal, sólo en cuyo caso podemos plantearnos un régimen de responsabilidad solidario o no. Para superar el problema, propone invertir la carga de la prueba, haciendo recaer ésta en los presuntos autores. Deberán ellos probar que no tuvieron participación en los hechos.

Pero convengamos al menos, que quien se suma al grupo y participa de la reunión, lo hace de manera libre y voluntaria, otorgando al menos un acuerdo tácito ante los violentos, si no se retira del lugar o no impide o repudia mediante actos expresos, los actos que causan el daño.³⁸

Por su parte, Mendoza propone los siguientes criterios de delimitación siempre dentro del ámbito de aplicación del artículo 2317. Nos habla en primer lugar de “*actuación conjunta concertada*”, considerando que la expresión “*cometido por dos o más personas*” nos remite a la coautoría, pero nos recuerda que no es requisito esencial de la coautoría el que las actuaciones sean simultáneas si es que existe el elemento subjetivo de estar de acuerdo para actuar conjuntamente. También se refiere a la “*actuación no concertada*”, cuya característica relevante es la simultaneidad y/o la finalidad común de las actuaciones, donde no existe acuerdo previo y sin que el ilícito causado por uno, suponga su automática imputación a otro. Y también considera la “*causalidad complementaria*” o “*concausalidad*”, en la cual un mismo delito o cuasidelito puede ser cometido por dos o más personas, mediante actuaciones simultáneas e independientes que por sí solas no son suficientes para causar el mismo daño.

Para Mendoza, la coautoría es condición suficiente para aplicar la solidaridad del artículo 2317, toda vez que el grado de participación es relevante solo para las relaciones internas. La misma norma se aplica a la actuación no concertada, en el caso de que exista simultaneidad en las actuaciones, o de ser sucesivas, exista una finalidad común que las unifique. No excluye a los terceros civilmente responsables, cuando concurren a la realización del daño por omisión del deber de cuidado.³⁹

Por otra parte, los autores Aedo y Munita, plantean que existen casos en los cuales no existe la solidaridad del artículo 2317, como en la responsabilidad de sujeto indeterminado de grupo determinado, a diferencia de Mendoza, quien propone que la solidaridad emana del carácter de regla general que tendría el artículo 2317. Los autores se decantan por estimar que el artículo en cuestión, en su génesis apunta a la responsabilidad del sujeto indeterminado del grupo, agregando que existe la responsabilidad por el hecho ajeno en los artículos 2320 y 2322, además que, en los casos de responsabilidad por el mismo hecho, pero por distintos regímenes, la doctrina ha ido asumiendo como válida la responsabilidad concurrente.⁴⁰

En una visión parecida, Barros propone que la responsabilidad de cada candidato por el total, opera como garantía respecto de la víctima, lo que resulta consistente con los criterios sobre responsabili-

³⁸ REGLERO y BUSTOS (2014), pp. 1038-1040.

³⁹ MENDOZA (2021), p. 281.

⁴⁰ Véase AEDO y MUNITA (2021), pp. 434-435.

dad por negligencias múltiples. Agrega que es probable que las soluciones jurisprudenciales, dependan de la naturaleza de los casos que deban resolverse.⁴¹

Así por ejemplo, en la caída de objetos, responden todas las personas que habitan la misma parte del edificio, dividiendo la indemnización entre todas ellas. La regla general es que sean responsables, sin necesidad de probar la culpa por parte de la víctima, ni derecho a exonerarse del pago a través de la prueba de la debida diligencia. Habría que decir también, que la norma permite que los responsables se exoneren de la indemnización, si prueban que el hecho se debe a la culpa o mala intención de una persona determinada, a quien se le debe imputar en forma exclusiva la conducta dañosa.⁴²

El razonamiento anterior es lógico, toda vez que la forma de responsabilidad en estudio surge de la imposibilidad en la determinación del autor del daño. Una vez despejada esta variable, es decir, pudiendo individualizar al autor, no es posible sostener la responsabilidad del grupo, sin atentar contra el principio de culpabilidad, en el cual el reproche ha de hacerse a quien ejecuta el acto u omisión.

En esta línea de reflexión jurídica, se precisa que las cosas que se arrojan, dan lugar a una responsabilidad que no es por el hecho de las cosas, sino por el hecho ajeno. La responsabilidad recae sobre todas las personas que habiten la misma parte del edificio, en calidad de dueño, arrendatario, comodatario, usufructuario, etc. Y los responsables dividirán entre todos la indemnización.⁴³

En mi opinión, y para la cuestión en estudio, esta clase de responsabilidad obedece a una clasificación propia del Derecho civil, bajo las acostumbradas distinciones sistemáticas de nuestra ciencia, pero lo que subyace detrás es la conducta activa u omisiva de una persona que infringió un deber de cuidado o simplemente decidió dañar a otro, aceptando el resultado. La imputación colectiva, es la manifestación más pura del principio *pro damnato*, lo que demuestra la aseveración de que los principios del Derecho, son la herramienta más eficaz para interpretar normas jurídicas, en este caso, en clave reparatoria.

Por todo lo anterior, en el ámbito civil, nada impide singularizar la responsabilidad en una o más personas, previa acreditación que el hecho ocurrió por dolo o culpa. Y es muy importante considerar que cuando no es posible probar quien ha causado el daño, se genera, en opinión de Rodríguez Grez, un caso de responsabilidad objetiva subsidiaria consistente en la obligación de reparar sin atender a la causa física que lo provoca, ni al elemento subjetivo de la responsabilidad. En este caso, el legislador privilegia la situación de la víctima, que de otra manera se habría visto privada de toda reparación posible.

⁴¹ MENDOZA (2021), p. 281.

⁴² El Inciso 1°, artículo 2.328 del Código Civil señala: “El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas; a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusiva mente, en cuyo caso será responsable esta sola”.

⁴³ ORREGO (2021), p. 40.

La responsabilidad objetiva propuesta por Rodríguez Grez no exige vinculación material con el daño. Basta que la cosa haya caído o haya sido arrojada de una parte del edificio para que la responsabilidad afecte a todos quienes moran o residen en él. Se podría decir que el riesgo es inherente a los edificios en altura. La responsabilidad no tiene otro fundamento que el amparo a quienes sufren el daño. Por lo mismo, se excluye la prueba de diligencia o cuidado que niega la autoría. Este es un caso típico de responsabilidad objetiva.⁴⁴

Se trata de una responsabilidad colectiva, donde la ley entiende responsable al grupo dentro del cual se encuentra el autor único, pero anónimo. La obligación de responder no es solidaria, ya que la indemnización se divide, por partes iguales, entre todos los presuntamente culpables.⁴⁵

El autor Barría coincide con Díez-Picazo en “*la desindividualización del Derecho de Daños*”, que corresponde a la evolución observada en esta rama del derecho. La responsabilidad civil nacida por la comisión de hechos ilícitos deja de ser exclusiva consecuencia de una relación entre sujetos y pasa a formar parte de los posibles efectos que nacen a propósito de la realización de actividades colectivas o grupales, como productores o víctimas de los hechos dañosos.⁴⁶

Lo que importa observar es que el Derecho civil ha evolucionado hacia la responsabilidad objetiva, construyendo elementos para fundamentar la responsabilidad del grupo, derivada de uno o más autores cuya individualización es dudosa o imposible.⁴⁷

VII. LA PRESUNCIÓN DE CAUSALIDAD, COMO BASE PARA UNA TEORÍA REPARATORIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Si bien los autores que han tratado este evento dañoso lo analizan a la luz de distintos mecanismos, razonamientos y teorías que aporta la doctrina y el derecho comparado. Me inclinaré siguiendo a Barria a través del mecanismo de la presunción de causalidad. En ella simplemente se presume que cualquiera pudo haber causado el daño, en cuanto el autor forma parte del colectivo que ha causado el riesgo no permitido. Esta cuestión está influida sin duda por el pensamiento de los autores De Angel y Reglero Castro, citados en el artículo que referimos al pie del texto, siendo en todo caso una presunción de causalidad que deriva en responsabilidad solidaria, simplemente legal, que admite prueba en contrario.⁴⁸

⁴⁴ ORREGO (2021), p. 36.

⁴⁵ CORRAL (2011), pp. 247-249. Además, Barros reafirma su argumentación haciendo referencia a un conocido caso norteamericano “*Sindell v. Abbott Laboratories*” en que las demandantes eran mujeres cuyas madres habían tomado una droga durante el embarazo, sin que se pudiera identificar en el juicio cuál laboratorio había sido en cada caso el fabricante; la corte determinó que las demandantes no debían probar individualmente la causalidad sino que la indemnización podía ser cobrada de cada demandado en proporción a su *participación de mercado* (*market share liability*). Ver los artículos 2328 y 2317 del Código Civil.

⁴⁶ BARRÍA (2008), p. 1 y Díez-PICAZO (1999), p. 159 y ss.

⁴⁷ Debemos recordar que el Código Civil de 1855 en su art. 280 N° 5 establecía la posibilidad de condenar solidariamente al pago de dichos alimentos a todos los autores de la violación.

⁴⁸ BARRÍA (2011), p. 159.

En nuestro sistema, la responsabilidad subjetiva sigue siendo la regla general en materia de responsabilidad, pero este instituto está complementado, con evidentes fines de morigeración, por varios otros: las presunciones de responsabilidad, tanto legales como de derecho, los casos de responsabilidad objetiva fundados en el riesgo, el área de seguros y cauciones obligatorias y la noción del riesgo como una forma de culpa moderna.⁴⁹

En el problema que nos planteamos, hay que despejar también la interrogante de si es posible que otros miembros del grupo, los que sean identificables, responden por los daños causados por quienes no es posible individualizar. Así por ejemplo, en numerosas manifestaciones de carácter público, existen organizadores, caras visibles que piden los permisos o llaman a los actos que derivan en desmanes. Es claro que esta cuestión cabe en la responsabilidad por el hecho ajeno, lo que nos permite ampliar la acción indemnizatoria a todos los que contribuyen a causar el daño mediante actos dolosos o culposos.⁵⁰

Alude al problema que comentamos, a propósito de la responsabilidad en los eventos deportivos dice Abeliuk: “*en cuanto a los espectadores, la responsabilidad, en general, corresponderá a los organizadores del evento que no han adoptado las precauciones necesarias a fin de evitarles accidentes*”.⁵¹ También en la Ley Nº 19.327 de derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional, el artículo 18 inciso 2º establece que: “*las organizaciones deportivas profesionales que, por negligencia de sus dirigentes, incumplan las medidas de seguridad impuestas por la autoridad, serán solidariamente responsables por los daños causados*”. Esta norma nos merece el siguiente comentario: la actividad deportiva se encuentra reglada y propone medidas de seguridad que están claramente establecidas, de tal forma que el sujeto tiene plena certeza de cuáles son sus obligaciones y las consecuencias de ellos. El concepto no es menor, a la hora de crear un estatuto de responsabilidades por el hecho ajeno.

Por supuesto que los ejemplos apuntados, apoyan la tesis de que tanto la causalidad, como la autoría han ido retirándose paulatinamente bajo los criterios *pro damnato*. Es posible afirmar que los hechos ilícitos acaecidos como consecuencia de la protesta social, en cuanto han causado perjuicios, reúnen todos los requisitos para ser constitutivos de un delito o cuasidelito civil, susceptible de ser indemnizados. Existe una idea que se repite en nuestra legislación, independiente de la materia que regulen,

⁴⁹ RODRÍGUEZ (2010), p. 86 Además, El profesor BARRÍA desarrolla en su tesis doctoral el derecho comparado principalmente en España donde en el ámbito doctrinal, merecen una mención especial los trabajos del profesor Ricardo DE ANGEL, principalmente, “*Indeterminación del causante de un daño extracontractual*”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Nº.1, Julio de 1983, “*Nota sobre el daño extracontractual causado por el miembro indeterminado de un grupo*”, en Estudios de Deusto, 1984, volumen 32, “*Actuación dañosa de los grupos*”, en Revista Jurídica de Catalunya, 1997, y el Tratado de Responsabilidad Civil, de Fernando REGLERO CAMPOS, Editor, en Cívitas, 1993. Pionero en España respecto del estudio moderno de la indeterminación del causante de un daño, y de Virginia MÚRTULA, autora de la única monografía dedicada por entero al tema del daño causado por el integrante no identificado de un grupo.

⁵⁰ Como señala ABELIUK (1993), pp. 240-241: La responsabilidad por el hecho ajeno, está reglamentada por el Código Civil, en los artículos 2320 a 2322. El primero comienza diciendo: “*toda persona es responsable no solo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado*”. En términos generales, y desde luego en los casos del Código, la responsabilidad por el hecho ajeno se funda en la culpa que la ley presume en la persona que tiene a otra a su cuidado y abandona su vigilancia. No se trata de responsabilidad objetiva, sin culpa; esta existe y por ella se responde y la negligencia es haber faltado al deber de cuidado

⁵¹ ABELIUK (1993), p. 280.

en cuanto no es relevante la determinación perfecta del autor, si es que la responsabilidad puede ser impuesta a una pluralidad de sujetos en particular.

Pero evidentemente en un sistema como el propuesto, se han de otorgar al Juez, las atribuciones que correspondan, a fin de administrar las consecuencias derivadas del daño. Asimismo, este autor propone consagrar la responsabilidad civil objetiva del Estado respecto de los llamados daños difusos o colectivos, vale decir, aquellos en que no es posible establecer quién es la persona causalmente responsable de los mismos.⁵² Admitamos que no podemos siempre sacrificar al Estado ante la falta de regulación en nuestro sistema de la responsabilidad colectiva. Como sucedió en el llamado caso “*aceite de Colza*” es un claro ejemplo de como puede ampliarse la causalidad, pero un mal ejemplo de técnica jurídica, porque se amplió de manera exagerada.

Como podemos ver, existe un abanico importante de posibilidades a través de las cuales es posible hacer valer la responsabilidad del colectivo, sin perjuicio del principio de inexcusabilidad de los órganos jurisdiccionales. Esta cuestión es relevante a la hora de estructurar y validar una teoría en la cual los organizadores de los actos que derivan en desmanes, sean los llamados a responder civilmente.

Hay que advertir que sin perjuicio de todo lo desarrollado, actualmente se discute en el Congreso un proyecto de ley que modifica varios cuerpos legales y norma el orden público. Por su novedad, más que por una vigencia que se encuentra pendiente, a continuación voy a revisar algunas de sus normas más destacadas.

VIII. EL PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE NORMAS EN MATERIA DE ORDEN PÚBLICO Y ALGUNAS NORMAS ÚTILES PARA LA REPARACIÓN DEL DAÑO

El Código Civil no contiene una regla que de manera general aborde el supuesto planteado y tampoco existe hasta el momento, legislación especial que incorpore en su preceptiva esta hipótesis. Es así, que la responsabilidad por estos actos, en la práctica se diluye, a menos que el sistema penal sea capaz de identificar a los autores, o los propios causantes sean obligados a reparar los daños, como ocurrió con la política del “*rompe paga*”, implementada por el ex alcalde de Santiago Felipe Alessandri quien, durante los desmanes causados en el año 2017, demandó a los apoderados de los alumnos causantes de los destrozos.⁵³

Actualmente existe en tramitación un proyecto de ley del ejecutivo el cual intenta normar el régimen de responsabilidad que surge a propósito de la comisión de estos actos, particularmente de mayor connotación social. Este proyecto está destinado a llenar el vacío actualmente existente en estas ma-

⁵² RODRÍGUEZ (2010), p. 112.

⁵³ <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/educacion/colegios/rompe-paga-municipio-concreto-demanda-contralunas-y-apoderados-de/2017-06-12/134958.html>, <https://www.latercera.com/nacional/noticia/las-familias-detras-del-rompe-paga/244867/>, https://www.cnnchile.com/pais/gastos-liceos-santiago-reparacion_20190620/.

terias. Al revisar su articulado, podemos entender la voluntad del legislador, de otorgar un estatuto que obligue a reparar, el daño causado en el contexto de las manifestaciones sociales.

El Proyecto de Ley se encuentra en tercer trámite constitucional, ante el Senado y modifica diversos cuerpos legales, en materia de orden público y establece normas en materia de reuniones públicas que, entre otras materias y obligaciones, consagra la responsabilidad civil extracontractual de los Organizadores y Convocantes de toda reunión o manifestación pública a realizarse en plazas, calles u otros lugares de uso público, quienes deberán adoptar las medidas para el adecuado y pacífico desarrollo de las mismas.⁵⁴

A continuación, revisaremos las principales normas, que a nuestro juicio aportan al trabajo en desarrollo, abriendo caminos hacia la protección de las víctimas.

El artículo 4° inciso 2°, dice:

“Los organizadores y los convocantes responderán por los daños que se produzcan con ocasión de esas reuniones o manifestaciones, a menos que hayan adoptado todas las medidas razonables para evitarlos.

*Se presumirá que son organizadores y convocantes de una manifestación pública, las personas que comunican a la autoridad administrativa competente la realización de dicha actividad de conformidad a las disposiciones generales de policía. En caso que no haya habido tal comunicación, se presumirá que los organizadores y convocantes de una reunión o manifestación pública, son las personas, naturales o jurídicas, que hayan llamado, a través de los medios de comunicación o por cualquier otro medio, a reunirse o manifestarse; o quienes coordinaron el lugar y tiempo de la reunión o manifestación; o lideraron, dirigieron, guiaron o estuvieron a la cabeza de la actividad el día de su desarrollo”.*⁵⁵

Analizado el proyecto a la luz de las normas del Código Civil, los organizadores y convocantes de una manifestación pública pasarían a ser terceros civilmente responsables, como el guardián que responde del hecho ajeno. Así, la responsabilidad por hecho ajeno será realmente una solución cuando todos los miembros del grupo dependan por alguna razón de la misma persona o entidad, porque en ese caso la duda acerca de cuál de ellos provocó el daño pasa a ser irrelevante.

En este contexto descrito por la norma, a los organizadores y convocantes se les atribuye la calidad de guardián y se les otorga la calidad de tercero civilmente responsable. Ellos, responden por los daños causados por aquellas personas que tienen bajo su cuidado “los manifestantes”, pero en estricto rigor los organizadores y el convocante, responden por el hecho propio, por la falta de diligencia por no haber tomado las medidas de prevención, por su actuar negligente. Con la diligencia exigible se trata de prevenir esta situación, por lo tanto, la ley establece el buen criterio. Si usted organiza algo

⁵⁴ El proyecto y su tramitación legislativa se puede consultar en <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=8371&prmBL=7975-25>

⁵⁵ Oficio No 8282, 13 de agosto de 2009, de la Cámara de Diputados.

y causa un daño usted puede exonerarse probando quien causó el daño, pero probando, además, que usted actuó con diligencia, pero fue superado el daño. De lo contrario, sería fácil sacrificar a quien causó el daño quien puede no tener bienes y los que organizaron, no van a pagar.

No habrá problema para identificar a los terceros civilmente responsables, porque se les individualiza como “*las personas que comunican a la autoridad administrativa competente la realización de dicha actividad*”, pero su realización no de cualquier forma “*de conformidad a las disposiciones generales de policía*”. Lo anterior se traduce en dar cumplimiento con un trámite meramente administrativo que consiste en dar aviso por escrito con dos días hábiles de anticipación, a lo menos, al Intendente o Gobernador respectivo.⁵⁶

El artículo 4 inciso 2º establece que los organizadores y los convocantes responderán por los daños que se produzcan con ocasión de esas reuniones o manifestaciones, a menos que hayan adoptado todas las medidas razonables para evitarlos. ¿Cuáles son todas las medidas razonables para evitar los daños? La respuesta está en el inc. 3º del mismo art. “*han adoptado las medidas a que se refiere el inciso anterior, cuando cumplan las obligaciones impuestas por las disposiciones generales de policía*”

Por un lado, se acoge la observación formulada respecto de la responsabilidad de organizadores y convocantes, quienes deberán responder por hechos ajenos, sustituyéndola por la que les cabía por hechos propios como consecuencia de no adoptar las medidas de resguardo necesarias. Por otra parte, se revierte el carácter negativo de la presunción de responsabilidad permitiéndoles excepcionarse, si acreditaren haber adoptado dichas medidas de resguardo.

En cuanto a la hipótesis descrita por la norma, al no existir el trámite administrativo previo de dar aviso. “*se presumirá que los organizadores y convocantes de una reunión o manifestación pública, son las personas, naturales o jurídicas, que hayan llamado, a través de los medios de comunicación o por cualquier otro medio, a reunirse o manifestarse; o quienes coordinaron el lugar y tiempo de la reunión o manifestación; o lideraron, dirigieron, guiaron o estuvieron a la cabeza de la actividad el día de su desarrollo*”.

En relación a la presunción de ser organizadores y convocantes las personas naturales o jurídicas que hayan realizado el llamado. Es necesario aclarar que si el grupo está legalmente constituido el problema de identificar quien es responsable, se diluye. Tal sucederá cuando el “*grupo*” actúa en nombre de una persona jurídica (sindicato, federación educacional, club deportivo, colectividad política, etcétera). La víctima, en tal caso, puede proceder contra la persona jurídica que patrocinó el acto dañoso y también en contra de quienes lo provocaron directamente. A todos ellos les son aplicables los artículos 2320, 2322 y 2317 del Código Civil y los “*principios generales*” que pueden deducirse de los mismos.⁵⁷

⁵⁶ Decreto Supremo Nº 1.086 del Ministerio del Interior, publicado el 15 de septiembre de 1983.

⁵⁷ RODRÍGUEZ (2010), p. 38.

La indeterminación del autor directo del daño se mantiene, sólo que la ley traslada la identidad a aquellos a los organizadores y convocantes al igual como es el caso de la ley sobre violencia en los estadios.⁵⁸ Efectivamente esta norma, reglamenta la materia de la siguiente forma: Las organizaciones deportivas profesionales deben hacerse responsable de los daños ocurridos no solo con ocasión de un partido en el estadio, sino también a los perpetrados en sus inmediaciones y durante hechos conexos, como los llamados “banderazos” También abarca la venta de entradas, uso del transporte público y desplazamientos de los equipos, asistentes, medios de comunicación y otros intervinientes en la actividad, que por negligencia de sus dirigentes, incumplan las medidas de seguridad impuestas por la autoridad, a los que eran solidariamente responsables por los daños causados.⁵⁹

Si bien, las normas que han servido de sustento a la sanción, artículos 3 letra a) y 7 de la Ley N° 19.327 contienen obligaciones de naturaleza preventiva, exigen de parte del organizador el despliegue de una determinada conducta diligente para garantizar el desarrollo de un evento deportivo sin consecuencias dañosas para participantes y espectadores, y, por tanto, no están exentas del juicio de culpabilidad que supone su infracción.

Estas zonas de responsabilidad por riesgo o sin culpa son admitidas a veces expresamente por los textos legales. Más allá de eso, parece configurar una responsabilidad que ya no se funda únicamente en la culpa o negligencia individual, sino en el riesgo creado por ciertas actividades, en las cuales tienen cabida por cierto las que motivan el presente trabajo.

Sin embargo, a nuestro juicio persiste la indeterminación necesaria para señalar con éxito a los responsables, bajo ciertas condiciones que escapan al proyecto. Así por ejemplo, basta que los que lideran la manifestación se refugien entre la masa de personas ocultando su identidad o actúen en forma encapuchada, o que el llamado se efectúe por una aplicación de mensajería encriptada, para que los casos queden impunes. Por cierto aquellas hipótesis dependen más bien de la calidad de las investigaciones que pueda realizar la policía, y de las facultades que el sistema procesal penal otorga a las agencias estatales para tales propósitos. Pero sin duda habrá situaciones en las cuales será más difícil determinar “el guardián” o “tercero civilmente responsable” de los daños causados por los manifestantes.

A ello hay que agregar, que en el sistema de responsabilidad extracontractual chileno el problema del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, no se encuentra formalmente resuelto. El Código Civil no contiene una regla que de manera general aborde el supuesto, y tampoco existe legislación especial que incorpore en su preceptiva esta hipótesis. Como ya dijimos, esto es una cues-

⁵⁸ Ley N° 20.844 sobre derechos y deberes de asistentes y organizadores de espectáculos de fútbol profesional, de 2015.

⁵⁹ El Mercurio, 8 de Septiembre de 2018, Hinchas que lanzaron bengala a Herrera no podrán entrar a los estadios hasta 2030. Gracias a las imágenes entregadas por las cámaras de seguridad del recinto de Macul, y que Blanco y Negro (ByN) proporcionó al Departamento OS-13 de Carabineros en más de 14 DVD, se identificaron a los tres autores: Elian Cardoza, de 18 años; E.A.C.C., y B.A.O.V., ambos de 16 años. Ninguno tiene antecedentes penales ni órdenes de detención vigentes. Portar el lienzo y trepar el vidrio son actos sancionados severamente por la Ley 19.327 de derechos y deberes: seis meses sin entrar a ningún estadio donde se juegue fútbol profesional en Chile la primera y un año, la segunda. El de la bandera, sin embargo, no fue el único pecado cometido el sábado 25: además manejaron fuegos artificiales (3 años de sanción), incitaron a la violencia (1 año), cometieron desórdenes públicos (3 años) y lanzaron pirotecnia al campo de juego (3 años). Las infracciones suman 11 años y seis meses.

tión propia de la investigación penal y excede los límites y posibilidades del Derecho civil. El texto del artículo 4 propuesto por el Senado, que difiere del original del Mensaje, señala lo siguiente:

“Los organizadores y los convocantes a esas reuniones o manifestaciones responderán solidariamente de los daños que los participantes causen, a menos que hayan adoptado todas las medidas razonables para evitarlos”.

Coincidieron con el hecho de que la responsabilidad debería ser subsidiaria y no solidaria, dado que lo correcto sería agotar la responsabilidad que cabe a los infractores directos. Por otra parte, creía necesario precisar qué debería entenderse por adoptar las medidas para el adecuado y pacífico desarrollo de las manifestaciones y si éstas medidas, calificadas de razonables, se referirían a la comunicación efectuada a la autoridad. Si así fuera, creía que ello debería establecerse en la disposición en análisis.

Sobre la base de lo debatido, el Ejecutivo presentó una indicación para sustituir este artículo eliminando la responsabilidad solidaria de los organizadores y convocantes.

Los representantes del Ejecutivo explicaron los términos de esta indicación señalando que, por un lado, se acogía la observación formulada respecto de la responsabilidad de organizadores y convocantes, quienes debían responder por hechos ajenos, sustituyéndola por la que les cabía por hechos propios como consecuencia de no adoptar las medidas de resguardo necesarias; por otro lado, se revertía el carácter negativo de la presunción de responsabilidad permitiéndoles excepcionarse si acreditaren haber adoptado dichas medidas de resguardo y, por último, se señalaba con precisión qué debería entenderse por organizadores y convocantes de la manifestación. Precisaron que, en todo caso, se trataría de presunciones simplemente legales.⁶⁰ Se aprobó la indicación con las observaciones formuladas, por unanimidad.

IX. CONCLUSIONES

Desde el Derecho romano hasta nuestros días, el principio *pro damnato*, ha sido una preocupación esencial de la comunidad jurídica. La ciencia del Derecho en continua evolución, ha debido hacerse cargo de los actos dañosos causados por colectivos que pretendiendo ejercer el derecho de reunión, desbordan los límites de éste. En nuestra realidad nacional, el tema ha tenido un desarrollo importante, a través de los aportes de Aedo, Alessandri, Barros, Barría, Corral, Mendoza, Munita y Rodríguez, principalmente, todos los cuales están de acuerdo al menos en que es posible que la víctima sea reparada. Estimo que puestos frente a un colectivo, aquel que causa el daño, no habría actuado de esa forma, de no mediar la existencia del grupo. Es el anonimato, el paraguas que cubre el acto, y todos los que participan en la masa, contribuyen a superar el riesgo permitido. Uno, dos o tres encienden el fuego, quiebran los vidrios, saquean, disparan o golpean, aprovechándose de las condiciones que se han creado por la turba, lo que además genera en el autor material la sensación de impunidad, que equivale a la barrera que impedirá su identificación.

⁶⁰ Boletín N° 4832-07, p. 16.

En tales condiciones, existe un vínculo causal de responsabilidad objetiva, cuando el daño es atribuido directamente a todos y cada uno de los individuos que forman el grupo. Al mismo tiempo, existe una dimensión subjetiva, en cuanto tales individuos actuaron aceptando que producto de la condición de turba, colectivo o grupo, era posible que derivado de actos violentos, pudiera causarse un daño a bienes jurídicos. Hoy por hoy, esta cuestión constituye prácticamente una máxima de la experiencia.

Es posible establecer una presunción judicial, cuando a partir de un hecho conocido, como es llamar o convocar a una manifestación, podemos determinar los organizadores, quienes deberán asumir su responsabilidad en la puesta en marcha. Puede establecerse incluso como máxima de experiencia que quien convoca una manifestación es quien la organiza, y la solidaridad en su responsabilidad puede establecerse a través de la labor que la doctrina ha desarrollado en relación a la solidaridad concurrente.

La inexistencia en nuestro derecho de una norma específicamente dedicada a la atribución de responsabilidades civiles al colectivo ha ido evolucionando hacia medidas integradoras de principios, que permiten sostener, que el dañado puede obtener reparación, a partir de la función integradora de los Tribunales de Justicia. Lo anterior especialmente a partir de los artículos 2317 y 2328 del Código Civil y principios de equidad y *pro damnato*, admitiendo por cierto, que existen limitaciones que los propios autores nacionales han reconocido en su aplicación.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina citada

- ABELIUK, René (1993): *Las Obligaciones*, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- AEDO, Cristian, (2011): “La interpretación jurisprudencial extensiva a los verbos rectores de la *lex Aquilia de damno*”, en: *Ius et Praxis* (año 17, núm. 1), pp. 3-30.
- AEDO, Cristian y MUNITA, Renzo (2021): “La obligación in solidum en el Derecho francés. Su proyectada adopción por el sistema chileno”, en: *Actualidad Jurídica* (núm. 44), pp. 411-447.
- ALESSANDRI, Arturo (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno* (Santiago, Imprenta Universitaria).
- ARAYA, Fernando (2003): *La relación de causalidad en la responsabilidad civil* (Santiago, LexisNexis).
- ARISTÓTELES (2018): *Política*, (Ciudad de México, Universidad Autónoma de México).
- BARRÍA, Rodrigo (2008): *El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo*. (Salamanca, Universidad de Salamanca).
- BARRÍA, Rodrigo (2011): “El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo y su posible recepción en el derecho civil chileno”, en: *Revista de Derecho Escuela de Postgrado* (núm. 1), pp. 151-183.
- BARROS, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BARROS, Enrique (2010): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, reimpresión, 1ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- BASSA, Jaime y MONDACA, Daniel (2019): “Protesta social y derecho: una tensión irresoluble”, en: *Izquierdas* (núm.46), pp. 105-136.
- BIDART, José (1985): *Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CONTARDO, Juan Ignacio (2013): “Obligaciones y responsabilidad civil”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, (núm. 21), pp. 343-352
- CORRAL, Hernán, (2011): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CORRAL, Hernán (2015): “Obligaciones por el total no solidarias u obligaciones concurrentes”, en: VIDAL OLIVARES, Álvaro, SEVERÍN FUSTER, Gonzalo y MEJÍAS ALONZO, Claudia (editores), *Estudios de Derecho Civil X* (Santiago, Legal Publishing).
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1999): *Derecho de daños* (Madrid, Cívitas).
- DOMÍNGUEZ, Ramón (2010): “Los límites al principio de reparación integral”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 15), pp. 9-28.
- FUENTES, Rodrigo (2010): “Las Teorías tradicionales sobre la causalidad”, en: *Revista de Derecho y Ciencias Penales, Universidad San Sebastián* (núm.14), pp. 23-32.
- KELSEN, Hans (1983): *TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO, MÉXICO Y “TEORÍA PURA DEL DERECHO”*, BUENOS AIRES, 1987.
- MAUREIRA, Max (2006): “La tripartición romana del derecho y su influencia en el pensamiento jurídico de la época Moderna”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (vol. XXVIII), pp. 269-288.
- MENDOZA, Pamela (2021): “Pluralidad de causantes de un mismo daño. Régimen jurídico aplicable en Chile”, en: *Revista de Derecho Privado Univ. Externado de Colombia* (núm. 41), pp. 257-288.
- MENDOZA, Pamela (2018): “Obligaciones concurrentes o in solidum (Corte Suprema)”, en: *Revista de Derecho* (vol. XXXI, núm. 1), pp. 387-392.
- MOSSET, Jorge (1999): *Responsabilidad por daños. Responsabilidad colectiva* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni).
- MURTULA, Virginia (2006): “Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil”, en: *Revista para el Análisis del Derecho* (núm. 2), pp. 2-28.
- ORREGO, Juan (2021): *Responsabilidad Extracontractual*.
- ORTEGA y GASSET, José (2019): *La rebelión de las masas* (Ciudad de México, Edesa).
- RAWLS, John (1971): *Teoría de la Justicia* (Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica).
- REGLERO, Fernando y BUSTOS, José Manuel (2014): *Tratado de Responsabilidad Civil*, 5ª edición, (Pamplona, Aranzadi), t.I.
- RODRÍGUEZ, Pablo (1999): *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RODRÍGUEZ, Pablo (2010): *De la responsabilidad* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RODRÍGUEZ, Pablo (2010): “Responsabilidad extracontractual colectiva”, en: *Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo* (núm.21), pp. 9-48.
- SALVADOR, Pablo (2002): “Causalidad y responsabilidad”, en: *Indret. Revista para el análisis del derecho* (núm. 3), pp. 1-25.
- TAMAYO, Javier (2011): *Tratado de Responsabilidad Civil*, 6ª Reimpresión (Bogotá, Legis Editores S.A.), t.I.

Jurisprudencia citada

Escher y otros con Brasil (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 6 de julio de 2009, Serie C No. 200, Nº 169.

López Lone y otros con Honduras (2015): Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 5 de octubre, Serie C No. 302, Nº 163.

Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco con México (2018): Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 28 de noviembre, Serie C No. 371, Nº 177.

Afectados del Síndrome Tóxico con RAPSA y RAELCA (1992): Tribunal Supremo Español, de 23 de abril de 1992, 2ª sala.

Afectados del Síndrome Tóxico con Laboratorio Central de Aduanas, Manuel H. y Federico P. (1997): Tribunal Supremo Español, de 26 de septiembre de 1997, 2ª sala.

Normativa citada

Código Civil de la República de Chile.

Ley Nº 20.844, sobre derechos y deberes de asistentes y organizadores de espectáculos de fútbol profesional, 10 de junio 2015.

Establece normas en materia de orden público. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=8371&prmBL=7975-25>.

Constitución Política de la República de Chile.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Decreto Supremo Nº 1.086 del Ministerio del Interior, Sobre reuniones públicas, de 15 de Septiembre de 1983.

Oficio Nº 8282 13 de agosto de 2009 de la Cámara de Diputados.

Deber de las partes de considerar el uso de la mediación en el proyecto de código procesal civil. Análisis comparado

Duty of the parties to consider the use of mediation in the project of the civil procedural code. Comparative analysis

Boris Fiegelist Venturelli

Universidad Andrés Bello. Talcahuano, Chile.

Correo electrónico: bfiegelist@unab.cl. <https://orcid.org/0000-0003-3673-6872>.

Recibido el 3/10/2022

Aceptado el 26/12/2022

Publicado el 31/12/2022

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2022.n41.06>

RESUMEN: El presente trabajo, se concentrará en el estudio del deber de las partes de considerar el uso de la mediación, como de uno de los incentivos establecidos por el proyecto de Código Procesal Civil para promocionar el uso de los mecanismos alternativos. El objetivo específico del presente trabajo será formular una propuesta de mejoras concretas a la regulación del antes mencionado deber de las partes, una vez que se ha iniciado la vía jurisdiccional, en el referido proyecto de Código. Para ello, el estudio se dividirá en tres partes. La primera, se procederá a describir y contextualizar la regulación del mencionado deber en dicho proyecto. En la segunda, se procederá a compara-

ABSTRACT: This paper will focus on the study of the duty of the parties to consider the use of mediation, as one of the incentives established by the Civil Procedure Code project to promote the use of alternative mechanisms. The specific objective of this paper will be to formulate a proposal for concrete improvements to the regulation of the aforementioned duty of the parties, once the jurisdictional route has been initiated, in the aforementioned project of the Code. For this, the study will be divided into three parts. The first part, we will proceed to describe and contextualise the regulation of the aforementioned duty in such project. In the second part, the aforementioned proposal will be compared

rar la antes referida propuesta, con la regulación de esa materia en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, la normativa federal de Estados Unidos y las reglas de procedimiento civil de Inglaterra y Gales. Finalmente, en base a los hallazgos del antes señala revisión comparada, se formulará una propuesta de mejoras concretas a la regulación del deber de consideración de la mediación contenido en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil chileno.

the regulation of this matter in the Spanish Civil Procedure Law, the federal regulations of the United States and the rules of civil procedure of England and Wales. Finally, based on the findings of the aforementioned comparative review, a proposal for concrete improvements to the regulation of the duty of consideration of mediation contained in the draft of the new Chilean Civil Procedure Code will be formulated.

PALABRAS CLAVES: Mediación, deber de consideración, proceso civil, incentivos para el uso de la mediación.

KEY WORDS: Mediation, duty of care, civil procedure, incentives establish by mediation use.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los ejes estructurantes del proyecto de nuevo Código Procesal Civil es la promoción del uso de los métodos alternativos de solución de controversias como un mecanismo complementario al proceso, con la finalidad de mejorar el acceso a la justicia de los ciudadanos.¹ Para el cumplimiento del objetivo antes señalado resulta clave que las partes consideren efectivamente el uso de tales mecanismos para resolver sus conflictos.

Sin embargo, el mero hecho de que los sistemas de justicia ofrezcan a los ciudadanos el uso de métodos alternativos, como la mediación, no garantiza que éstos opten por tales mecanismos en reemplazo de la vía jurisdiccional para solucionar sus controversias. Tal como lo demostró la introducción de la mediación en forma enteramente voluntaria para las partes por el texto original de la ley N°19.968, en donde se esperaba que a lo menos un 25% de las causas ingresadas fuesen derivadas a mediación.² No obstante, durante los primeros 6 meses de aplicación de la ley la derivación de casos a mediación tan sólo alcanzó a un 0,11% de los ingresos de dichos tribunales.³

Para superar el inconveniente antes descrito, resulta fundamental que las normas que regulan el proceso civil consagren incentivos específicos para que las partes decidan utilizar y resolver sus disputas a través de algún método alternativo de resolución de conflictos, como la mediación, en vez recurrir o continuar con la tramitación de un proceso.

Por su parte, la necesidad del establecimiento de incentivos, es especialmente relevante cuando el sistema de justicia civil fija como uno de sus objetivos que los justiciables, una vez iniciada la vía jurisdiccional, consideren utilizar la mediación u otro mecanismo, para lograr un uso más eficiente

¹ MENSAJE PROYECTO DE LEY CÓDIGO PROCESAL CIVIL (2012), p. 19.

² VARGAS (2008), p. 190.

³ VARGAS, CASAS Y AZÓCAR (2008), p. 23.

de los recursos asignados a los tribunales. Ello en atención a que la incidencia de sesgos cognitivos; tales como como el *statu quo*,⁴ los costos hundidos⁵ o la aversión al riesgo,⁶ entre otros, normalmente inducirán a las partes a continuar con la tramitación del proceso, aun cuando teóricamente pueda existir un margen positivo para que ellas alcancen un acuerdo.⁷

El presente trabajo se concentrará en uno de los incentivos para intentar superar el problema antes descrito, esto es, el deber de las partes de considerar el uso de la mediación. Este incentivo, a diferencia de la derivación forzada a mediación, restringe el proceso de toma de decisiones de las personas de una manera menos rigurosa, ya que no les impone un determinado curso de acción disponible, sino que simplemente los fuerza a tomar una decisión, manteniendo la libertad de los sujetos para seleccionar cualquiera de las opciones disponibles.⁸

A la vez, dicha intervención puede ser más o menos limitativa de la libertad del individuo, dependiendo si esa medida consiste simplemente en forzar la toma de una decisión o si, adicionalmente, se le impone al individuo decisor ciertas restricciones para poder optar por una determinada vía dentro de las alternativas disponibles.⁹

Por su parte, como lo veremos más adelante, en este contexto la implementación de este incentivo puede materializarse por la vía de su establecimiento en una norma jurídica del deber de considerar el uso de la mediación u otro mecanismo alternativo o indirectamente a través de una orden del tribunal en que se invita a las partes a discutir la posibilidad de utilizar la mediación para resolver su controversia, debiendo éstas manifestar su voluntad de aceptar o rechazar tal sugerencia del tribunal. En particular, el objetivo específico del presente trabajo será formular una propuesta de mejoras concretas a la regulación del antes mencionado deber de las partes, una vez que se ha iniciado la vía jurisdiccional, en el nuevo Código Procesal Civil chileno; en atención a que, como lo revisaremos en la sección siguiente, la regulación propuesta en ese proyecto resulta insuficiente para cumplir con la finalidad de incentivar efectivamente a las partes a considerar utilizar la mediación para resolver sus controversias, una vez que se ha iniciado la tramitación del proceso.

Para el logro del objetivo antes descrito, nuestro estudio se dividirá en tres partes:

En la primera, procederá a describir y contextualizar la regulación del referido deber de consideración de las partes en el proyecto de Código Procesal Civil. En la segunda parte, se procederá a comparar la antes referida propuesta, con la regulación de esa materia en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, en atención a que ha sido uno de los referentes que se ha tenido a la vista por el proyecto

⁴ KOROBKIN (2002), p. 2. En el mismo sentido véase, SAMUELSON y ZECKHAUSER (1988), pp. 7-59; KOROBKIN (1998), pp. 608-697; y KAHNEMAN, KNETSCH y THALER, (1991), pp. 197-199.

⁵ ADLER (2005), p. 738. En el mismo sentido véase, WISTRICH y RACHLINSKI (2013), pp. 146-150.

⁶ RACHLINSKI (1996), p. 119. Asimismo, véase: GUTHRIE (2003), p. 1123; y KAHNEMAN y TVERSKY (1987), p. 95.

⁷ MNOOKING (1993), pp. 235-247.

⁸ SUNSTEIN (2019), p. 68.

⁹ SUNSTEIN y THALER (2003), pp. 1188-1189.

chileno. Asimismo, dicho análisis comparado se extenderá también a la revisión de la normativa a nivel federal en Estados Unidos y de Inglaterra y Gales, en vista de que, a nuestro juicio, dichas regulaciones se pueden contar dentro de las experiencias más innovadoras en relación con la integración de los mecanismos alternativos de resolución de disputas al proceso civil. El análisis comparado antes señalado cubrirá los siguientes aspectos: i) extensión del deber de considerar el uso de la mediación; ii) oportunidad procesal en que se debe dar cumplimiento a dicha carga; iii) existencia de deberes o incentivos complementarios al deber de consideración; y iv) sanciones contempladas para la infracción del mencionado deber.

Finalmente, en base a los hallazgos del antes referido análisis comparativo, se formulará una propuesta de mejoras concretas a la regulación del deber de consideración de la mediación contenido en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil chileno, que permita incentivar efectivamente a las partes a considerar utilizar la mediación para resolver sus controversias, una vez que se ha iniciado la tramitación del proceso.

II. DEBER DE LAS PARTES DE CONSIDERAR EL USO DE LA MEDIACIÓN EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL CHILENO

Tal como lo enunciamos anteriormente, unos de los ejes estructurantes del proyecto de Código Procesal Civil es la promoción del uso de los métodos alternativos de solución de controversias como un mecanismo complementario al proceso. Aun cuando, en el proyecto original del año 2012 se optó por regular en cuerpos normativos separados el tema de la mediación civil y el arbitraje interno.¹⁰ Ello explica que en el texto original del referido proyecto no existan referencias a la mediación.

Sin embargo, dicha situación fue modificada mediante las indicaciones introducidas al proyecto en abril de 2021, y cuyo objetivo primordial en esta materia fue incorporar la mediación con un carácter previo y obligatoria, en ciertas controversias, y voluntaria para las restantes materias de competencia de los tribunales civiles.¹¹ Asimismo, dicha propuesta ha sido complementada con el proyecto de ley que regula la mediación civil y comercial, presentado en el mes de enero de 2022, en cuyo mensaje se atribuye, entre otros los siguientes objetivos a la introducción de la mediación en el sistema de justicia civil:

- “1. Promover un mayor acceso a la justicia mediante la priorización del uso de la mediación, en tanto mecanismo autocompositivo de resolución de conflictos.*
- 2. Brindar un sistema de acceso universal para la gestión colaborativa de conflictos en el ámbito civil y comercial.*
- 3. Integrar eficientemente los mecanismos autocompositivos con las otras vías formales de resolución de conflictos.*

¹⁰ MENSAJE PROYECTO DE LEY CÓDIGO PROCESAL CIVIL (2012), p. 19.

¹¹ INDICACIONES PROYECTO DE LEY CÓDIGO PROCESAL CIVIL (2021), p. 12.

4. *Disminuir la carga de trabajo de los tribunales de justicia, promoviendo un uso más eficiente de los recursos públicos.*¹²

En consecuencia, las referidas indicaciones, complementadas con los objetivos del proyecto de ley de mediación civil y mercantil, vienen en reforzar el rol que el sistema de justicia civil pretende atribuir a los mecanismos alternativos; y, en particular, a la mediación. En atención a que la idea que subyace de dichas iniciativas es que, para garantizar un adecuado funcionamiento del sistema de justicia civil en su conjunto, es necesario que un número relevante de controversias de competencias de los tribunales civiles, sean derivadas y resueltas a través de la mediación y no por medio del proceso.

En ese contexto, el deber de las partes de considerar la mediación ha sido establecido como el incentivo para fomentar el uso de dicho mecanismo una vez que se ha dado inicio a la vía jurisdiccional.

En esta línea, el proyecto de nuevo Código Procesal Civil, en su artículo 256 inciso 1, incorpora indirectamente el deber de las partes de considerar el uso de la mediación, cuando esa norma faculta al juez a sugerir a las partes someter las materias objeto del juicio a mediación.

En cuanto a la oportunidad en que el juez debe sugerir a las partes participar en un procedimiento de mediación, siguiendo el modelo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España,¹³ establece una instancia concreta en que el tribunal puede efectuar dicho requerimiento. Al efecto, en el procedimiento ordinario, de conformidad al artículo 280 N°5 del proyecto, esta sugerencia del juez es parte de las diligencias facultativas que éste puede desarrollar dentro de la audiencia preliminar en ese procedimiento. Cabe destacar, que esta sugerencia puede formularse una vez que ha fracasado total o parcialmente el llamado a conciliación obligatorio regulado en el numeral cuarto de la misma norma.

Por su parte, en el procedimiento sumario simplificado, tal sugerencia del juez se regula en el artículo 562 N°7 del proyecto, y éste puede realizarla en el contexto de la audiencia de conciliación y prueba. Al igual que en el caso anterior, esta sugerencia es voluntaria para el juez y puede hacerla sin perjuicio del llamamiento a conciliación.

Por tanto, este deber de las partes sólo surgirá en el evento de que el juez estime que es apropiado para la adecuada resolución de la controversia, como parte de las diligencias facultativas que debe realizar en la audiencia preliminar, en el procedimiento ordinario; o en la audiencia de conciliación y prueba, en el procedimiento sumario simplificado.

Si bien la propuesta en comento puede calificarse como un avance en comparación con la situación del actual Código de Procedimiento Civil, que no consagra ni directa o indirectamente ese deber de las partes, ni hace otra referencia a la mediación más que la contenida en su artículo 3 bis; no es menos cierto que la propuesta del proyecto de Código Procesal Civil sobre este deber de las partes, es

¹² MENSAJE PROYECTO DE LEY MEDIACIÓN CIVIL Y COMERCIAL (2022), p. 9.

¹³ LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA (2000), Artículos 414.1 inciso segundo y 440.1 inciso segundo.

insuficiente para cumplir con el objetivo propuesto de promover el uso efectivo de los mecanismos alternativos una vez que se ha iniciado la tramitación del proceso, por los siguientes motivos: primero, dicha carga sólo se encuentra circunscrita a la mencionada facultad del juez y no se encuentra consagrada de un modo general; segundo, el referido deber está acotado únicamente a la mediación; tercero, no se atribuye ninguna consecuencia a quien se niegue de manera no razonable a considerar la invitación del tribunal para resolver la controversia a través de la mediación; y cuarto, los incentivos que contempla el proyecto para fomentar el uso de la mediación únicamente se concentran en buscar que la personas elijan utilizar la mediación, más no en facilitar que las sujetos resuelvan efectivamente sus conflictos por esta vía, una vez que han optado por recurrir a la mediación.

III. ANÁLISIS COMPARADO DEL DEBER DE LAS PARTES DE CONSIDERAR EL USO MEDIACIÓN

Como punto de partida de nuestro análisis comparado podemos afirmar que al igual que el proyecto de Código Procesal Civil Chileno, los sistemas de justicia civil de España,¹⁴ de Inglaterra y Gales¹⁵ y de Estados Unidos a nivel federal,¹⁶ tienen en común que en un mayor o menor grado les asignan un rol relevante a los métodos alternativos de solución de controversias en el funcionamiento de dichos sistemas.

Sin embargo, en cuanto a la manera en que se regula el deber de las partes de considerar el uso de la mediación u otro mecanismo alternativo, es posible encontrar notables diferencias entre una y otra normativa. Al efecto, nos concentraremos en el análisis de los siguientes aspectos: i) extensión del deber de considerar el uso de la mediación; ii) oportunidad procesal en que se debe dar cumplimiento a dicha carga; iii) existencia de deberes o incentivos complementarios al deber de consideración; y iv) sanciones contempladas para la infracción del mencionado deber.

A. Extensión del deber de considerar el uso de la mediación

En esta materia la normativa procesal española, a diferencia del proyecto de Código Procesal Civil, implementa este deber a través de dos vías:

La primera, por medio de una norma que fuerza una elección activa, tanto en el juicio ordinario como en el juicio verbal. Al efecto, la resolución que convoca a las partes a la audiencia previa, en el juicio ordinario; y en la citación a la vista, en el juicio verbal (artículos 414.1 inciso 2 y 440.1 inciso 2, respectivamente, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC), el Letrado de la Administración de Justicia deberá informar en esa resolución a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación

¹⁴ LEY DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES (2012). Asimismo, véase LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (2000), artículos 19, 414.1 inciso 2 y 440.1 inciso segundo.

¹⁵ CIVIL PROCEDURE RULES (1998), Reglas 1, 3, 27, 28 y 29. Asimismo, véase ANDREWS (2013 b), pp. 1-2 y BLAKE, BROWNE y SIME (2016), pp. 1-3.

¹⁶ ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION ACT, 1998 y FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE, 1938, Reglas 1, 16(a)(5) y 68. Asimismo, véase FEDERAL JUDICIAL CENTER (2001), pp. 1-10 y STIENSTRA (2011), pp. 1-16.

para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación. Con la única salvedad que, en la regulación del juicio ordinario, se puede omitir incluir esa información cuando ya hubiese sido entregada a las partes en una instancia previa. Luego, las partes al comienzo de las respectivas audiencias deben manifestar fundadamente su decisión, siendo las opciones disponibles las siguientes: intentar una negociación, recurrir a la mediación o continuar con el litigio.

La segunda, se puede materializar mediante una invitación del tribunal a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa (inciso 4 del Art. 414.1 de la LEC). A diferencia del mecanismo anterior, este llamamiento es facultativo para el tribunal y sólo se reconoce de un modo expreso en el procedimiento ordinario, más no en el juicio verbal. En cuanto a la extensión del deber de considerar el uso de la mediación existen dos diferencias entre la regulación española y la propuesta del proyecto de Código Procesal Civil chileno. La normativa española considera ambas formas de materializar este deber, esto es, la elección activa y la sugerencia del tribunal. En cambio, la propuesta chilena sólo se limita a esta última forma. Adicionalmente, la normativa española sólo consagra de un modo expreso la sugerencia del tribunal a propósito del procedimiento ordinario, a diferencia de la propuesta chilena que establece esta facultad también al juez en el procedimiento sumario simplificado.

En relación con el deber de considerar el uso de la mediación en el sistema de justicia federal norteamericano, existe en esta jurisdicción una larga tradición de uso de los mecanismos alternativos en el proceso civil,¹⁷ la cual se ha visto potenciada luego de la dictación en el año 1998 de la *Alternative Dispute Resolution Act* que autoriza a todas las Cortes de Distrito Federales para desarrollar e implementar sus propios programas de resolución alternativa de conflictos (en adelante ADR) aplicables a los procedimientos civiles, a través de sus reglas locales, debiendo implementar a lo menos un mecanismo alternativo en sus reglas locales. Como consecuencia de lo anterior, la principal fuente de regulación de estos mecanismos la encontramos en las reglas locales de las 94 Cortes de Distrito Federales, y no en las *Federal Rules of Civil Procedure* (en adelante FRCP) que contiene normas aisladas en la materia. En este sentido, como lo destaca Harris Crowne, la *Alternative Dispute Resolution Act* otorga un tremendo espacio de discrecionalidad a las Cortes de Distrito Federales para diseñar e implementar sus propios programas de mecanismos alternativos, sin establecer criterios claros sobre el rol que estos deben cumplir dentro del sistema de justicia civil federal.¹⁸

El marco antes expuesto, se traduce en el hecho de que existe una gran dispersión en cuanto a la forma y extensión con que se regula el deber de las partes de considerar la mediación.

En un extremo encontramos algunas Cortes Federales de Distrito que sólo se limitan a reconocer a la mediación en virtud del mandato introducido por la *Alternative Dispute Resolution Act* de 1998, pero que no introducen ninguna norma en sus Reglas Locales que regule dicho mecanismo, como por

¹⁷ BARRET (2004), pp. 234-249, y MACHO (2014), pp. 933-961.

¹⁸ HARRIS (2001), p. 1770.

ejemplo, el distrito federal de Alaska,¹⁹ Delaware²⁰ y Nevada.²¹ En este caso, estimamos que igualmente sería factible que el tribunal pudiese invitar a las partes a considerar el uso de la mediación para intentar resolver su controversia en el contexto de las *Pretrial Conferences*; ya que, en virtud de la Regla 16 (a)(5) de las FRCP, uno de los objetivos de esas audiencias es facilitar el acuerdo entre las partes, lo cual es absolutamente consistente con la posibilidad de que el tribunal formule esta invitación.

Asimismo, algunas Cortes de Distrito Federales consagran expresamente, como el único mecanismo de derivación en sus Reglas Locales, la posibilidad de que el magistrado pueda invitar a las partes a mediación sin que ello tenga un carácter vinculante para éstas. A modo de ejemplo podemos citar, entre otras, las reglas locales de los Distritos Federales de Alabama Middle,²² Arizona²³ y Massachusetts.²⁴

Por otro lado, encontramos otras jurisdicciones federales que contienen una regulación más detallada de este deber, sin limitarlo exclusivamente a la posibilidad del tribunal de sugerir o derivar un caso a mediación. Así, por ejemplo, las Reglas Locales del Distrito Federal de Michigan Eastern imponen como carga para las partes y sus abogados, el deber de considerar y discutir, en el contexto de las audiencias relativas al proceso de *discovery*, el uso de algún mecanismo de ADR que resulte adecuado en la etapa apropiada de la litigación.²⁵

De igual modo, en algunas jurisdicciones ese deber también se traduce en la obligación de reunirse entre las partes y con sus abogados para discutir, entre otras materias, la posibilidad de recurrir a mediación. Así, las Reglas Locales del Distrito de Columbia, consagran la obligatoriedad de esta reunión como parte de las conferencias que se deben desarrollar en la etapa de *discovery*; y en relación con la temática que nos ocupa, las partes deben discutir entre otras cosas: I) si hay una posibilidad real de que puedan alcanzar un acuerdo; II) si el desarrollo del caso podría beneficiarse del uso de los mecanismos alternativos ofertados por el tribunal; III) cuáles son los objetivos perseguidos por las partes en el juicio; y IV) cuál sería la oportunidad, durante el desarrollo del juicio, en que sería más apropiado recurrir a un mecanismo ADR. Los puntos antes enunciados deben ser informados al tribunal junto al “*discovery plan*” 14 días antes de la conferencia inicial para el desarrollo del proceso de *Discovery*.²⁶ Una obligación similar, se contempla en las Reglas Locales del Distrito de Washington Western, al disponer que en toda acción civil en la cual la Corte haya ordenado a las partes involucrarse en un proceso de mediación, éstas y sus abogados deben reunirse a lo menos una vez, preferentemente en

¹⁹ LOCAL CIVIL RULES, Corte de Distrito Federal Alaska, (2018), Regla 16.2.

²⁰ LOCAL RULES OF CIVIL PRACTICE, Corte de Distrito Federal Delaware, (2016), Regla 72.1(a)(1).

²¹ LOCAL RULES OF PRACTICE, Corte de Distrito Federal Nevada, (2020), Regla 26-1(b)(7).

²² LOCAL RULES, Corte de Distrito Federal Alabama Middle (2010), Regla 16.1(a).

²³ RULES OF PRACTICE AND PROCEDURE, Corte de Distrito Federal de Arizona, (2021), Regla 83.10(a).

²⁴ LOCAL RULES, Corte de Distrito Federal Massachusetts (2018), Regla 16.14(c)(2)(A).

²⁵ LOCAL RULES, Corte de Distrito Federal Michigan Eastern (2022). En un sentido similar véase: LOCAL RULES, Corte de Distrito Federal Ohio Southern (2022), Regla 16.3(a)(2).

²⁶ LOCAL RULES, Corte de Distrito Federal del Distrito de Columbia (2022), Regla 16.3 En un sentido similar véase: ORDEN GENERAL Nº11-10, Corte de Distrito Federal e California Central (2011), Regla 5.2.

persona, para intentar negociar de buena fe un acuerdo, a lo menos 30 días antes de la conferencia de mediación, a menos que el tribunal fije una fecha distinta.²⁷

Adicionalmente, en otras jurisdicciones la obligación se materializa en el deber de discutir estas materias entre cada parte y su abogado. En este sentido, las Reglas Locales de ADR del Distrito de California Northern²⁸ disponen que, además del deber de los abogados de las partes de reunirse para discutir la posibilidad de utilizar algunos de los mecanismos alternativos ofertados por el Tribunal; cada parte y su abogado, en los casos asignados al programa de ADR del Tribunal y no después de la conferencia sobre *case management*, deben remitir debidamente firmado un documento que certifique (*ADR Certification*), los siguientes puntos: I) Que han leído el Manual de Procedimientos de ADR del tribunal, disponible en el sitio web de la corte;²⁹ II) Que han discutido entre ellas las opciones de ADR provistas por la Corte u otras entidades privadas; y III) Que han considerado si el caso puede beneficiarse con el uso de algunos de los mecanismos de ADR disponibles. Posteriormente, el abogado también debe certificar que ha discutido con el abogado de la otra parte la selección de algunos de los mecanismos de ADR; como también, el plazo para llevar a cabo dicho proceso; o si desean discutir esa materia con el magistrado asignado a la disputa en la conferencia sobre *case management*.³⁰

Por último, esta forma de elección activa también es posible encontrarla en la regulación del proceso civil en Inglaterra y Gales. A diferencia de las normativas antes estudiadas, este deber de consideración ya se encuentra presente desde la fase previa al inicio formal del proceso civil, en que las partes deben cumplir con las obligaciones impuestas en los *Pre-Action Protocols*, entre las cuales se contempla la obligación de considerar la mediación o alguna otra forma de mecanismo alternativo. En este sentido, el párrafo 8 de la *Practical Directions sobre Pre-Action Conduct And Protocols*, que establece los *Pre Actions Protocols* por defecto para el evento de que en un tipo de controversia no se haya dictado un protocolo previo específico, señala que la litigación debe ser considerada como el último recurso, reiterando el deber de considerar alguna forma de ADR. Asimismo, la sección 11 de dicha norma establece que, si el procedimiento es iniciado, se debe proveer de evidencia al tribunal de que algún mecanismo de ADR ha sido considerado.³¹

En concreto, las partes deben realizar la elección activa en comento, y proveer al tribunal la evidencia referida en el párrafo anterior, al momento de completar el *directions questionnaire*, luego de que se ha realizado la asignación provisional de la controversia a un determinado *track* conforme a la Regla 26.3 de las Civil Procedure Rules (en adelante CPR) de Inglaterra y Gales, trámite que se cumple rellenando el formulario N180 (*small claim track*)³² o N181 (*fast track* o *multi-track*).³³ Así, por ejemplo, la

²⁷ LOCAL RULES, Corte de Distrito Federal de Washington Western (2022). Regla 39.1(c)(2).

²⁸ ADR LOCAL RULES, Corte de Distrito Federal de California Northern (2018). la Regla 3.5 (a) y (b)

²⁹ MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE ADR, Corte de Distrito Federal de California Northern (2018)

³⁰ ADR LOCAL RULES. Corte de Distrito Federal de California Northern (2018), Regla 3.5 (b). En un sentido similar véase: LOCAL CIVIL RULES, Corte de Distrito Federal de South Carolina (2022) Regla 16.03.

³¹ PRACTICE DIRECTION – PRE-ACTION CONDUCT AND PROTOCOLS, párrafo 8-11.

³² HM COURTS & TRIBUNALS SERVICE. Directions questionnaire ((Small Claims Track) Forma N180,

³³ HM COURTS & TRIBUNALS SERVICE. Directions questionnaire (Fast track and Multi-track), Forma N181.

Sección A de la Forma N181 requiere que la parte declare si intento arreglar su caso de manera previa o si desea hacerlo en esta instancia. En caso de responder negativamente a esta pregunta, se debe indicar las razones por las que se considera inapropiado en esta etapa intentar alcanzar un acuerdo sobre la materia objeto de la controversia.³⁴

Asimismo, una segunda manifestación del deber de las partes de consideración de la mediación tiene su origen en la potestad de los tribunales de poder sugerir a las partes someter su controversia a mediación. Dicha facultad, se desprende del deber de las cortes de administrar los casos, en cumplimiento del objetivo predominante, y de sus poderes generales de *case management*, establecidos respectivamente en la Regla 1.4(f) y Regla 3.1(m) de las CPR.

Cabe destacar, que el ejercicio de poderes de *case management* por el tribunal en el sentido antes descrito, es meramente facultativo; pues en no todos los casos, en que una o ambas partes descarten la posibilidad de recurrir a la mediación u otra forma de ADR, al completar el *directions questionnaire* previamente mencionado, el magistrado debe citar a una audiencia para promover el uso de dichos mecanismos. A modo de ejemplo, ello podría ocurrir si el tribunal estima que la negativa de las partes de considerar la mediación es razonable;³⁵ o, si concluye que, en esa controversia, el uso de la mediación u otra forma de ADR no resulta apropiado.³⁶

En resumen, en cuanto a la extensión del deber de las partes de considerar la mediación sólo en el proyecto de Código Procesal Chileno se encuentra limitado a la obligación de dar respuesta a la propuesta del tribunal de considerar el uso de la mediación, pues en las restantes regulaciones analizadas, dicho deber se concreta principalmente por medio de la obligación de las partes de formular una elección activa sobre esta materia; y únicamente en el evento de que una o ambas partes manifiesten su voluntad de no recurrir a la mediación, nace la potestad del tribunal para sugerir el uso de dicho mecanismo, lo cual sucederá solo en el evento de que el juez lo estime conveniente para la resolución de la controversia.

B. Oportunidad procesal en que se debe dar cumplimiento a dicha carga

Como rasgo común de las cuatro regulaciones objeto de nuestro análisis podemos observar que la exigibilidad de este deber se materializa, normalmente, luego del periodo de discusión y antes del inicio de la audiencia de juicio en los respectivos procedimientos. No obstante, es posible apreciar ciertas diferencias que resulta relevante destacar:

Si bien el proyecto chileno y la LEC española, tienen en común que ambos disponen de modo expreso que la oportunidad en que se debe dar cumplimiento a este deber es en la audiencia preparatoria a la audiencia de juicio. En el caso de Chile, el mismo se materializa luego que ha fracasado el llamado de

³⁴ HM COURTS & TRIBUNALS SERVICE. Directions questionnaire (Fast track and Multi-track), Forma N181.

³⁵ SENTENCIA HALSEY V. KEYNES GENERAL NHS TRUST (2004), párrafo 16.

³⁶ HM COURT SERVICE (2009), p. 9.

conciliación por el tribunal; y, como lo señalamos anteriormente, este deber de las partes sólo surgirá cuando el juez estime que es apropiado para la adecuada resolución de la controversia que las partes consideren someterla a mediación. En cambio, en el procedimiento ordinario español, la oportunidad en que se debe dar cumplimiento a dicho deber se encuentra ordenada de manera secuencial en el artículo 414.1 de la LEC. Primero, al comienzo de la audiencia previa las partes de manera obligatoria deben manifestar su decisión de intentar o no una solución negociada o recurrir a mediación. Segundo, si una o ambas partes manifiesta su negativa de considerar la mediación, el juez puede gatillar una segunda instancia de consideración del uso de mediación por las partes, en el evento de que estime que hay espacio para una solución negociada en el caso en concreto, pudiendo al invitar a las partes a que intenten un acuerdo a través de un procedimiento de mediación e instándolas a que asistan a una sesión informativa.

Sin perjuicio, de lo expuesto en el párrafo precedente, tanto en la regulación española como en el proyecto chileno es posible que los tribunales puedan sugerir en otras instancias del pleito el uso de la mediación. En el caso de Chile, dicha posibilidad se deriva del artículo 256 inc.1, que consagra de manera genérica dicha facultad del juez, sin limitar su ejercicio a una instancia determinada y del artículo 14 del proyecto que impone a los jueces el deber de promoción de los mecanismos autocompositivos, entre los cuales se cuenta la mediación. Por su parte, si bien la LEC española sólo regula expresamente la posibilidad de proponer a las partes la derivación de la causa a mediación en la audiencia previa del juicio ordinario. La “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial” elaborada por el Consejo General del Poder Judicial de España, sobre este punto indica que “*En los procesos declarativos con contestación escrita (entre los que se incluye actualmente el juicio verbal, tras la reforma operada en el art. 438.1 LEC por Ley 42/2015) la derivación podrá hacerse una vez estén ambas partes personadas en el procedimiento*”.³⁷ Luego, dicho instrumento menciona las instancias concretas en que puede producirse esta derivación que van desde el emplazamiento de las partes hasta la dictación de la sentencia en tales procedimientos.³⁸

Por su parte, en el sistema de justicia civil en Inglaterra y Gales, en cuanto a la oportunidad en que se debe dar cumplimiento al deber de consideración de la mediación sigue la misma estructura secuencial que observamos en la legislación española, pero con las siguientes diferencias.

En cuanto a la elección activa, las partes no deben manifestar su decisión en torno a la consideración de la mediación en una audiencia determinada, sino que a través del relleno de un formulario como lo vimos en la sección precedente de este trabajo, una vez que se ha producido la asignación provisional de una disputa a un *track* determinado, concluida la fase de inicio del proceso y alegaciones de las partes (*commencement and pladings*),³⁹ en el cual se fijan los hechos y pretensiones de las partes.

En relación con la sugerencia del tribunal de recurrir a mediación, normalmente se producirá des-

³⁷ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DE ESPAÑA (2016), p. 18. Asimismo, véase SOLETO (2017), pp. 493-510.

³⁸ SOLETO (2017), pp. 493-510.

³⁹ ANDREWS (2013 b), p. 16.

pués de que la causa ha sido asignada a un determinado *track*, y luego de que una o ambas partes haya manifestado de manera no razonable su voluntad de no recurrir a un mecanismo ADR, en sus respectivos *directions questionnaire*, a que hemos hecho referencia en los párrafos precedentes. A diferencia de lo que sucede en el modelo español, el ejercicio de esta prerrogativa por parte del tribunal no se encuentra ligada a una audiencia en particular. En este evento, como ya lo hemos visto, el tribunal podría dictar una orden o directriz específica de *case management*,⁴⁰ para que las partes puedan asistir a una audiencia con el objeto de considerar el uso de alguna forma de ADR, como la mediación;⁴¹ o, en virtud de la regla 26.4(2A) de las CPR, podría también dictar una orden para suspender el procedimiento con el objeto de que las partes puedan considerar el uso de la mediación, bajo el apercibimiento de aplicar una sanción para quien se niegue de manera no razonable a participar de ese mecanismo alternativo.⁴²

Finalmente, en el sistema de justicia civil a nivel federal en Estados Unidos, tal como lo destacamos en la sección precedente, no existe uniformidad en torno a la regulación de esta materia. No obstante, en la mayoría de los casos las reglas locales se limitan a reconocer esta facultad del tribunal de invitar a las partes a participar en un proceso de mediación, sin establecer una oportunidad específica en la cual deba producirse esa derivación, ni tampoco limitar en qué tipo de causas civiles se puede ejercer esa potestad del magistrado.⁴³ Sin embargo, existen algunas jurisdicciones que contienen una regulación más detallada sobre este punto. Así, por ejemplo, las Reglas Locales del Distrito de Illinois Central,⁴⁴ establecen que el juez o jueza, en la audiencia inicial sostenida bajo la Regla 16 de las FRCP, motivará a las partes para que consideren el uso de algún mecanismo de ADR. Agregando, además, que toda controversia civil también puede ser derivada en cualquier tiempo a mediación. Asimismo, en el Distrito Federal de Ohio Northern se dispone que una disputa puede ser elegible para mediación cuando el estatus del desarrollo del descubrimiento permite que las partes estén conscientes de las fortalezas y debilidades de su caso.⁴⁵ De igual modo, la regulación del Distrito Federal de Kansas ordena que el tribunal debe considerar la remisión de una causa a mediación en la oportunidad que sea apropiada y de la manera más temprana posible.⁴⁶

C. Existencia de deberes o incentivos complementarios al deber de consideración

Para lograr que la mediación conectada a tribunales cumpla con los objetivos asignados para su incorporación, en principio no es suficiente que las partes simplemente consideren resolver su controversia a través de esta vía, pues a pesar de que una solución negociada sea la forma más racional para que las partes en una disputa puedan maximizar su bienestar y reducir los costos vinculados a

⁴⁰ CHASE Y HERSTHKOFF. (2017), p. 23.

⁴¹ BLAKE, BROWNE Y SIME (2016), p. 100.

⁴² BLAKE, BROWNE Y SIME (2016), p. 97.

⁴³ A modo de ejemplo véase: 1) LOCAL RULES, Corte de Distrito Federal de Alabama Middle (2010). Regla 16.1; 2) LOCAL RULES, Corte de Distrito Federal de Arizona (2021). Regla 83.10; y 3) LOCAL RULES, Corte de Distrito Federal de Massachussets (2018). Regla 16.4(c)(2).

⁴⁴ LOCAL RULES, Corte de Distrito Federal de Illinois Central (2021). Regla 16.4 (D) y (E)(1) y (2).

⁴⁵ LOCAL RULES, Corte de Distrito Federal de Ohio Northern (2022). Regla 16.6 (b) (1).

⁴⁶ LOCAL RULES, Corte de Distrito Federal de Kansas. (2021). Regla 16.3(c)

la misma. En muchas oportunidades, éstas deciden mantener la resolución de sus conflictos en los tribunales de justicia, aún cuando ello signifique una dilación en tiempo; un incremento, tanto de los costos privados y sociales; y, en algunas situaciones, una solución de menor calidad en comparación a la que se obtendría a través de un acuerdo.⁴⁷ Por ende, para asegurar un uso efectivo de la mediación, y que no se transforme en una simple exigencia a cumplir dentro de la tramitación de un proceso judicial, es necesario establecer ciertos incentivos adicionales que generen las condiciones necesarias para que los sujetos alcancen un acuerdo, y se evite o reduzca el riesgo de que estos se comporten estratégicamente para tomar ventaja, entre otras cosas, de una mayor capacidad económica para financiar los costos de un litigio o del manejo de información privada que les pueda otorgar una posición más favorable en el escenario del juicio.⁴⁸

A continuación, presentaremos una breve descripción de los deberes que complementan el deber de las partes de consideración de la mediación en las normativas objeto de nuestro análisis.

En el caso de la regulación española⁴⁹ y del proyecto chileno,⁵⁰ los deberes complementarios de las partes se limitan fundamentalmente a consagrar genéricamente el deber de obrar de buena fe en el proceso de mediación, sin introducir estándares específicos de comportamiento. A este respecto, cabe precisar que la normativa española también consagra con un deber separado el deber de las partes de colaborar con el mediador,⁵¹ el cual también podría entenderse incorporado dentro del deber de buena fe. Por su parte, en la normativa de Inglaterra y Gales, si bien no consagra de un modo expreso este deber general de buena fe, el mismo se puede desprender del hecho de que las partes tienen la carga de colaborar con el tribunal⁵² en el cumplimiento del objetivo predominante establecido en la Regla 1 de las CPR, principio central a partir de la cual se estructura el proceso civil inglés luego de las reformas de Lord Woolf,⁵³ al establecer que los tribunales deben lidiar con los casos de una manera justa y a un costo proporcionado. Asimismo, como parte los poderes de *case management* que se les entregan a los tribunales en virtud de este principio, la Regla 1.4(f) de la antes citada norma establecen expresamente que ellos comprenden, entre otras cosas, ayudar a las partes a llegar a un acuerdo sobre todo o parte de la controversia.

Finalmente, en el sistema de Justicia Federal, al igual que el procedimiento inglés, los deberes de las partes en torno a los mecanismos alternativos, se fundan esencialmente en la Regla 1 de las FRCP, que establece como el principio rector que las mismas deben ser interpretadas, administradas y empleadas por los tribunales y las partes de una manera que permita asegurar una resolución justa, rápida y económica de cada acción y procedimiento. Así, por ejemplo, la aplicación de esta regla ha sido invo-

⁴⁷ MNOOKIN (1993), pp. 235-247.

⁴⁸ ARROW *et al* (1995), pp. 6-10.

⁴⁹ LEY DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES, (2012), Artículo 10.2.

⁵⁰ PROYECTO DE LEY QUE REGULA LA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL (2022), Artículo 3.

⁵¹ LEY DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES, (2012), Artículo 10.3.

⁵² CIVIL PROCEDURE RULES (1998), Regla 1.3.

⁵³ ZUCKERMAN (2014), pp. 1-2.

cada por las Cortes Federales para promover más decididamente las soluciones autocompositivas de los pleitos y favorecer más activamente el *case management*.⁵⁴

Adicionalmente, es posible encontrar en las reglas locales de ciertos Distritos Federales el establecimiento de algunos deberes complementarios para las partes, tales como el deber de **éstas** y sus abogados de comportarse de buena fe. A modo de ejemplo, podemos destacar las Reglas Locales del Distrito Federal de Pennsylvania Middle que impone la obligación de participar de buena fe, y señala que el mismo comprende el deber de las partes y sus abogados de comparecer a las audiencias de mediación, debidamente preparados para discutir todos los temas y cuestiones vinculadas a la responsabilidad y todas las defensas y posibles soluciones, incluido compensaciones monetarias y en equidad. Asimismo, quienes atiendan deben poseer completa autoridad para transigir, independiente de cualquier proceso de aprobación o supervisión.⁵⁵ Asimismo, algunas reglas locales también consagran el deber de las partes de comparecer preparadas y con las facultades para discutir un acuerdo, entre las cuales podemos citar las reglas locales de las Cortes de Distrito Federal del Distrito de Columbia⁵⁶, de New York Southern⁵⁷ y de Oklahoma Western.⁵⁸ Por último, ciertas jurisdicciones federales también consagran el deber de intercambio de información entre las partes, el cual habitualmente se traduce en el deber de **éstas** de remitir al mediador un documento, previo al inicio de la mediación, en que deben fijar resumidamente sus posiciones frente a los hechos y aspectos de derecho de las cuestiones debatidas en la mediación, como de los antecedentes necesarios para desarrollar el proceso de mediación, entre otras materias según la regla específica de cada Distrito Federal, entre las cuales podemos citar la normativa local del Distrito de Alabama Southern,⁵⁹ de California Central⁶⁰ y de New York Southern.⁶¹

Cabe destacar, que todos estos deberes previamente enunciados, los cuales también podrían comprenderse en el deber genérico de participar de buena fe en la mediación, han sido vistos como una forma de asegurar la efectividad de los programas de mediación conectada a los tribunales,⁶² frente a la eventual conducta abusiva, inadecuada o de mala fe de una de las partes que puede limitar la justicia y eficiencia de dichos programas. Sin embargo, el hacer exigible estos estándares de comportamiento puede suponer una limitación a otro de los principios esenciales de la mediación, la confidencialidad de las comunicaciones generadas al interior de la mediación, pues la determinación de la infracción de tal carga supone revisar la conducta adoptada por las partes y/o sus abogados durante el desarro-

⁵⁴ BONE, (2020), pp. 298-299. Asimismo, sobre esta materia véase: KOELTL (2010), pp. 537-545.

⁵⁵ LOCAL RULES, Corte Distrito Federal de Pennsylvania Middle (2014), Regla 16.8.7.

⁵⁶ LOCAL RULES, Corte de Distrito Federal del Distrito de Columbia (2015), Regla 84.8 (b).

⁵⁷ MEDIATION PROGRAM PROCEDURES, Corte de Distrito Federal de New York Southern (2020), Regla 9(b).

⁵⁸ LOCAL RULES, Corte de Distrito Federal de Oklahoma Western (2021). Regla 16.3(c)(1) y (2).

⁵⁹ ADR PLAN, Corte de Distrito Federal de Alabama Southern, (1995), Regla IV(A)(7).

⁶⁰ ORDEN GENERAL N°10-11, Corte de Distrito Federal de California Central (2011) Regla 8.4(A).

⁶¹ MEDIATION PROGRAM PROCEDURES, Corte de Distrito Federal de New York Southern (2020), Regla 8.

⁶² LANDE (2002), p. 74.

llo de esos procesos.⁶³ Por tanto, el hacer exigible esta clase de deberes produce un conflicto y obliga a generar un equilibrio entre estos dos valores relevantes para la mediación conectada a tribunales.⁶⁴

En atención a lo expuesto anteriormente, mediante una resolución aprobada en el año 2004, la Sección de Resolución de Disputas de la *American Bar Association*, ha recomendado revisar la regulación de esta carga, proponiendo que las sanciones por su vulneración sólo deben imponerse por violaciones de reglas que especifiquen de manera objetiva y determinable la conducta objeto de una sanción, tales como, la falta de comparecencia de una parte, de su abogado o un representante de la compañía de seguro, la falta de remisión de un memorando o *mediation statement* previo al inicio de la mediación, entre otras.⁶⁵

En resumen, en las dos jurisdicciones del *common law* es posible encontrar una regulación sobre esta materia que se estructura a partir del deber genérico de las partes de cooperar con el tribunal en la gestión de los casos y recursos del tribunal. A diferencia, del caso de Chile y España en que tales deberes se reducen a la consagración genérica de la carga de actuar de buena fe, sin introducir estándares de comportamiento específicos.

D. Sanciones contempladas para la infracción del deber de consideración

El establecimiento de sanciones para quien no cumpla con el deber de considerar el uso de la mediación pretende reforzar la eficacia de dicha carga, al castigar la conducta de quien se niegue de manera no razonable a considerar el uso de la mediación. A nuestro juicio, la procedencia de la sanción de dicha conducta, se funda en el hecho de que esa negativa no sólo impacta el interés de las partes en litigio, sino que también el bienestar de la sociedad en su conjunto, pues cuando se persiste en continuar con la vía jurisdiccional, a pesar de que existe claramente un margen para una solución negociada, se le está dando un mal uso a un recurso público, esto es, el servicio de justicia prestado por los tribunales.

En este sentido, de las normativa objeto de nuestro análisis comparado, la única que ha tratado de manera explícita esta situación, es el sistema de justicia de Inglaterra y Gales; ya que tanto el proyecto chileno como la regulación española no contemplan ninguna sanción para quien se niegue a considerar el uso de la mediación. Por su parte, en el sistema de justicia federal de los Estados Unidos, tampoco se sanciona de manera explícita esta conducta. No obstante, la posibilidad de castigar dicho comportamiento podría derivarse del hecho de que algunas regulaciones locales de las Cortes de Distrito Federales, establecen sanciones generales para el quebrantamiento de las normas contenidas en sus Reglas Locales. A modo de ejemplo, podemos citar las Reglas Locales de ADR del Distrito Federal de California Northern que consagra el procedimiento para sancionar el incumplimiento de cualquiera de sus disposiciones por las partes o por quien oficie de tercero neutral.⁶⁶

⁶³ THOMPSON (2011), p. 375.

⁶⁴ DICKEY (2010), p. 751.

⁶⁵ AMERICAN BAR ASSOCIATION SECTION OF DISPUTE RESOLUTION (2004).

⁶⁶ ADR LOCAL RULES, Corte de Distrito Federal de California Northern (2018). Regla 2.4.

Por su parte, la posibilidad de que los tribunales en Inglaterra y Gales puedan sancionar esta conducta, se deriva de la Regla 44.2(4) y (5) de las CPR, en cuya virtud el tribunal al emitir una orden en torno a los costos del juicio, entre otros factores, debe ponderar la conducta de los litigantes, tanto de manera previa como durante el procedimiento, en especial la forma en que ellas han dado cumplimiento a las *Practical Directions* sobre *Pre-Action Conduct* y a cualquier otro *Pre Action Protocols* que resulte relevante. Lo cual incluiría, respecto del tema en comento, el hecho de que una parte rechace de una forma no razonable la invitación de la contraria a participar en un procedimiento alternativo antes o durante el curso de la tramitación de un proceso o se negare a cumplir de modo no razonable con una orden que emita el tribunal para que las partes intenten resolver su disputa a través de una mediación.⁶⁷

Sin embargo, debe destacarse que la facultad del tribunal para sancionar la negativa no razonable no es una potestad absolutamente discrecional, ya que la propia jurisprudencia de los tribunales de Inglaterra y Gales se han encargado de fijar ciertos parámetros para su ejercicio; y cuya decisión más relevante es la sentencia dictada por la *Appeal Court* del Reino Unido, en el caso *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust*, en la cual se ha establecido que las cortes deben considerar, entre otros factores, para evaluar si una parte se ha negado de manera no razonable a considerar el uso de un mecanismo de ADR, los siguientes factores: a) naturaleza de la disputa; b) mérito del caso; c) el hecho de si otros métodos de ADR han sido intentados en el caso; d) si los costos del proceso de ADR pueden ser desproporcionadamente altos; e) si el atraso en establecer y participar en un proceso de ADR pudiera ser perjudicial; y f) si el proceso de ADR tiene una posibilidad razonable de tener éxito.⁶⁸

Asimismo, se ha resuelto en el caso *Nigel Witham Ltd v Smith*⁶⁹ del año 2008 que si una parte no acepta la invitación o derivación de la disputa a mediación, esa negativa puede considerarse como razonable, en el evento de que tal derivación o invitación se produzca antes de que las cuestiones controvertidas por las partes hayan sido clarificadas o previo a que se haya producido el intercambio de evidencia entre las mismas, si la verdadera naturaleza de la controversia no puede ser dilucidada sin esos elementos. En consecuencia, puede deducirse indirectamente de esa sentencia que es una condición para desarrollar una mediación el hecho de que las partes hayan intercambiado la información y material probatorio que sea indispensable para comprender la naturaleza y alcances del conflicto objeto de dicho procedimiento.

Finalmente, la facultad de los tribunales de Inglaterra y Gales de sancionar la negativa no razonable de una parte a considerar la mediación, es consistente con la carga que tienen las partes de colaborar con las Cortes en el cumplimiento del objetivo predominante establecido en la Regla 1 de las CPR, principio rector del proceso civil inglés que llama a decidir los casos en su mérito, pero dentro de un tiempo razonable y a un costo proporcionado.⁷⁰ Lo cual incluye fomentar que las partes alcancen

⁶⁷ BLAKE, BROWNE y SIME (2016), p. 117.

⁶⁸ SENTENCIA HALSEY V. KEYNES GENERAL NHS TRUST (2004), párrafo 16.

⁶⁹ SENTENCIA NIGEL WITHAM LTD V SMITH (2008), párrafos 30-36.

⁷⁰ ZUCKERMAN (2014), p. 1.

un acuerdo sobre las materias objeto de la controversia.⁷¹ Por ende, tiene sentido que los tribunales puedan penalizar a quien no colabora para dar cumplimiento al referido objetivo, estando obligado a hacerlo.

IV. PROPUESTAS DE MEJORAS A LA REGULACIÓN DEL DEBER DE CONSIDERACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL CHILENO

En primer término, estimamos que el proyecto de Código Procesal Civil, debiese estructurar la promoción del uso de los mecanismos alternativos en el proceso civil, a partir de un principio similar al establecido en la Regla 1 de las CPR de Inglaterra y Gales y de la Regla 1 de las FRCP; ya que, por una parte, ello permitiría fundar y orientar la labor del juez de promoción de la mediación; y, al mismo tiempo, reforzaría el deber las partes de consideración de tal mecanismo, pues estas tendrían la carga de colaborar con el tribunal en la gestión racional y proporcionada de sus recursos y carga de trabajo.

En segundo lugar, el deber de las partes de considerar el uso de la mediación debiese establecerse como la principal herramienta de incentivo de los ADR en el proceso civil, ya que como lo hemos señalado anteriormente, el mismo preserva de mejor manera la libertad de los justiciables de elegir la vía por la cual resolverán su controversia; en comparación al establecimiento de la mediación como requisito de procesabilidad de la demanda que fuerza a las partes a provocar el uso de mediación, sin que se les permita omitir su utilización cuando empleo de dicho mecanismo resulte inconveniente o innecesario en un caso en concreto, con el consecuente riesgo de pérdida de credibilidad y de convertir a la mediación en un mero trámite, tal como ha sucedido con la conciliación en el actual proceso civil chileno.

En tercer lugar, este deber de consideración de las partes, siguiendo el modelo de la regulación de España e Inglaterra y Gales debería materializarse de manera secuencial. Primero, a través de una elección activa que las partes deban realizar luego de vencido el periodo de discusión y de manera previa a la audiencia preliminar, en el procedimiento ordinario, y a la audiencia de conciliación y prueba en el procedimiento sumario simplificado. Al efecto, en la presentación en que se realiza tal elección, las partes debiesen, en el evento que desechen la posibilidad de recurrir a la mediación, dar cuenta detallada de las gestiones que han realizado para intentar lograr una solución autocompositiva de la controversia, como también de las razones por las cuales estiman que, en el caso en concreto, no resulta adecuado recurrir a la mediación para intentar colocar término al conflicto. Ello con la finalidad de proveer al juez de la información necesaria para ponderar si tal negativa ha sido razonable o no. Segundo, si el juez estima que los argumentos esgrimidos para desechar el uso de la mediación no son razonables, debiese tener la facultad para que, durante el desarrollo de la audiencia preliminar o de conciliación y prueba según el caso, pueda sugerir a las partes que reconsideren su decisión de no recurrir a mediación, si estima que en el caso en concreto el uso de ese mecanismo pueda resultar apropiado para resolver las controversias objeto del litigio.

⁷¹ ANDREWS (2013 a), p. 196.

En cuarto término, se debe garantizar que las partes al momento de elegir entre mantenerse el juicio o recurrir a la mediación, como también durante el desarrollo de este último procedimiento, cuenten con la información necesaria para ponderar adecuadamente los distintos cursos de acción disponibles. En consecuencia, parece conveniente mantener la oportunidad en que las partes deben manifestar su decisión, luego de vencido el periodo de discusión. Adicionalmente, en el supuesto de que las partes acepten intentar el proceso de mediación, el juez debería tener la facultad de instruir a las partes sobre el material probatorio que deben intercambiar para el desarrollo de un provechoso proceso de negociación; dado que la ausencia de información es una de las principales barreras para la resolución de conflictos,⁷² pues al no ser factible ponderar adecuadamente los costos y beneficios de las opciones disponibles los sujetos involucrados deberían tender a privilegiar la opción de permanecer en el litigio.⁷³

En quinto lugar, si bien la gran ventaja que presenta el deber de consideración frente a otros incentivos como la derivación forzada a mediación, es el hecho de que se preserva la libertad de las partes para decidir la vía por la cual resolverán la controversia que los afecta. No es menos cierto que también la negativa no razonable de considerar el uso de la mediación, puede afectar el bienestar colectivo, al obligar a la sociedad a soportar los gastos asociados a la tramitación de una acción judicial, que de haber mediado una conducta diligente de las partes se podría haber ahorrado o a lo menos reducido. En atención a lo antes expuesto, estimamos que resulta prudente limitar dicha libertad y conferir a los tribunales la facultad de sancionar a aquella parte que de modo no razonable se negó a considerar el uso de la mediación. No obstante, para evitar incertidumbre y un ejercicio abusivo de dicha potestad, la misma debiese tener un carácter excepcional y encontrarse limitada a ciertas y determinadas causales. Al efecto, proponemos tomar como base para elaborar tales causales los estándares establecidos en la sentencia del caso *Halsey* de la jurisprudencia de Inglaterra y Gales.

V. CONCLUSIONES

En atención a lo expuesto en las secciones precedentes es posible concluir que no existe coherencia entre los objetivos asignados a la mediación, en relación con el proceso civil, por los proyectos de Código Procesal Civil y de la ley que regula mediación civil y mercantil; y la propuesta de regulación del referido código sobre el deber de las partes de considerar el uso de la mediación. En este sentido, el sólo hecho de que los jueces tengan la facultad de sugerir el uso de la mediación a las partes durante el transcurso del proceso, resulta absolutamente insuficiente para que se pueda cumplir con el objetivo de que un cierto número de controversias de competencia de los tribunales civiles sean resueltas efectivamente a través de la mediación, luego de que se ha iniciado formalmente la vía jurisdiccional.

⁷² WILSON (1995), p. 109.

⁷³ PEÑA (2002), pp. 35-36. En un sentido similar véase, SHAVELL (1995), pp. 10-28.

Para el cumplimiento efectivo del objetivo antes descrito, dicha potestad de los jueces debe complementarse con incentivos que penalicen el comportamiento de mala fe de las partes y les provean de la información necesaria para que puedan, en primer lugar, elegir someter su controversia a mediación, y luego lograr efectivamente una resolución del conflicto objeto del juicio mediante dicho mecanismo alternativo.

En este sentido, es posible observar que tanto la propuesta del Código Procesal Civil chileno, como también la LEC española, han colocado el acento en lograr que las partes consideren someter su controversia a mediación, sin introducir una normativa específica que favorezca el acuerdo entre las partes, una vez que han optado por esa vía. A diferencia de lo que se puede apreciar en la regulación de Inglaterra y Gales, y en algunos distritos federales en Estados Unidos, que a lo menos introducen algunas reglas que favorecen el intercambio de información entre las partes y con el mediador.

En consecuencia, la propuesta del Proyecto de Código Procesal Civil chilena, en relación con la integración de la mediación al proceso civil una vez que se ha iniciado formalmente la vía jurisdiccional, debe ser reformulada, en base a las consideraciones antes expuestas, si efectivamente se quiere lograr que los mecanismos alternativos de solución de controversias tengan un rol relevante en el sistema de justicia civil chileno. Para ello, puede ser de especial utilidad tener a la vista el cómo se ha integrado armónicamente la mediación al proceso civil, mediante el deber de las partes de considerar su uso, en Inglaterra y Gales y en ciertas jurisdicciones federales en Estados Unidos, como lo hemos descrito en las secciones precedentes de este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ADLER, Robert. (2005): "Flawed Thinking: Addressing Decision Biases In Negotiation", en: *Ohio State Journal on Dispute Resolution* (Vol. 20, N° 3), pp. 685-734.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION SECTION OF DISPUTE RESOLUTION. (2004): *Resolution on Good Faith Requirements for Mediators and Mediation Advocates in Court-Mandated Mediation Programs*. Documento electrónico. Disponible: https://www.pamediation.org/archives/ABA_Resolution.pdf
- ANDREWS, Neil. (2013): *Andrews - on Civil Processes. Volume I: Court Proceedings*. (Cambridge: Intersentia Publishing Ltd.)
- ANDREWS, Neil. (2013): *Justicia Civil Inglesa. Proceso Civil y otras formas de resolución de controversias* (Traducc. de Alvaro PEREZ-RAGONE y Antonio MORALES, Bogotá, Editorial Temis S.A.)
- ARROW, Kenneth. y otros (1995): *Barriers to Conflict Resolution* (Nueva York: W. W. Norton & Company).
- BARRET, Jerome. (2004): *A History of Alternative Dispute Resolution. The Story of a Political, Cultural, and Social Movement* (San Francisco, John Wiley and Sons Inc.).
- BLAKE, Susan, BROWNE, Julie y SIME, Stuart. (2016): *The Jackson ADR Handbook*, 2ª edición (Oxford, Oxford University Press).
- BONE, Robert. (2020): "Improving Rule 1: A Master Rule for the Federal Rules", en: *Denver Law Review*, (Vol. 87, N° 2), pp. 287-309.

- CHASE, Oscar y HERSTHKOFF, Helen (2017): *Civil Litigation in Comparative Context*, 2ª edición (St Paul: West Academic Publishing).
- CORTE DE DISTRITO FEDERAL DE CALIFORNIA NORTHERN (2018): *Manual de Procedimientos de ADR*. Documento electrónico. Disponible: <https://cand.uscourts.gov/about/court-programs/alternative-dispute-resolution-adr/>
- CORTE DE DISTRITO FEDERAL DE NEW YORK SOUTHERN (2020): *Mediation Program Procedures*, Documento electrónico. Disponible: <https://www.nysd.uscourts.gov/programs/mediation-adr>
- DICKEY, Michael (2010): “ADR Gone Wild: Is It Time for a Federal Mediation Exclusionary Rule?”, en: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, (Vol. 25, Nº 3), pp. 713-770.
- FEDERAL JUDICIAL CENTER (2001): *Guide to Judicial Management of Cases in ADR*. Documento electrónico. Disponible: <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/ADRGuide.pdf>
- GUTHRIE, Chris (2003): “Prospect Theory, Risk Preference and the Law”, en *Northwestern University Law Review*, (Vol. 97, Nº 3), pp. 1115-1164.
- HARRIS CROWNE, Caroline (2001): “The alternative dispute Resolution act of 1998: Implementing a new paradigm of justice”, en: *New York University Law Review*, (Vol. 76, Nº 6), pp. 1768-1811.
- HM COURT SERVICE (2009): *Civil Court Mediation Service Manual*, 3ra edición. Documento electrónico. Disponible: <https://www.judiciary.uk/publications/court-mediation-service-manual/>
- KAHNEMAN, Daniel y TVERSKY, Amos (1987): “Teoría Prospectiva: un análisis de la decisión bajo riesgo” (Traducc. de Hilda GAMBARA), en: *Infancia y Aprendizaje*, (Vol. 30), pp. 95-124.
- KAHNEMAN, Daniel, KETNSCH, Jack y THALER, Richard (1991): “Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion and, Status Quo Bias”, en: *Journal of Economic Perspectives* (Vol. 5, Nº 1), pp. 193-206.
- KOELTL, John (2010): “Civil Litigation Review Conference. Introduction. Progress in the spirit of Rule 1”, en: *Duke Law Journal*, (Vol. 60, Nº 3), pp. 537-545.
- KOROBKIN, Russel (1998): “Status Quo Bias and Contract Default Rules”, en: *Cornell Law Review*, (Vol. 83, Nº 3), pp. 609-663.
- KOROBKIN, Russel (2002): “Endowment Effect and Legal Analysis”, en: *Research Papers Serie UCLA Law School*, (núm.2-19). Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=326360
- MACHO GÓMEZ, Carolina. (2014): “Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa”, en: *Anuario de Derecho Civil*, (Vol. 67, Nº 3), pp. 931-996.
- MENSAJE PRESIDENCIAL Nº 053-369 (2021): con el cual se formula indicaciones al Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil, Boletín Nº8197, 16 de abril de 2021, Disponible en: <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2022/03/053-369-Indicaciones-nuevo-codigo-procesal-civil.pdf>
- MENSAJE PRESIDENCIAL Nº 432-359 (2012): con el cual se ingresa el Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil, Boletín Nº8197, 12 de marzo de 2012, Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=8596&prmBOLETIN=8197-07>
- MENSAJE PRESIDENCIAL Nº 447-369 (2022): con el cual se ingresa el Proyecto de Ley que regula mediación civil y comercial, Boletín Nº8197, 25 de enero de 2022, Disponible en: <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2022/03/447-369-Mensaje-Mediacion-civil-y-comercial.pdf>
- MNOOKIN, Robert (1993): “Why Negotiation Fails: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict”, en: *The Ohio State Journal on Dispute Resolution* (Vol. 8, Nº 2), pp. 235-249.
- PEÑA, Carlos (2002): “¿Estimular los mecanismos alternativos?”, en: *Centro de Estudios de Justicia de las*

- Américas, documento electrónico, Disponible en: <https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/122CEJA-INECIP.pdf>
- RACHLINSKI, Jeffrey. (1996): "Gains, Losses, and the Psychology of Litigation", en: *Southern California Law Review*, (Vol. 11), pp. 114-176.
- SAMUELSON, William y ZECKHAUSER, Richard (1988): "Status Quo Bias in Decision Making", en: *Journal of Risk and Uncertainty* (Vol. 1), pp. 7-59.
- SHAVELL, Steven (1995): "Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis", en: *The Journal of Legal Studies* (Vol. 24, Nº 1), pp. 1-28.
- SOLETO, Helena (2017): "La mediación conectada con los tribunales", en: SOLETO, Helena (directora), *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, 3ª edición (Madrid, Editorial Tecnos), pp. 493-510.
- STIENSTRA, Donna. (2011): *ADR in the Federal District Courts: An Initial Report*. Federal Judicial Center. documento electrónico. Disponible: <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/ADR2011.pdf>.
- SUNSTEIN, Cass y THALER, Richard (2003): "Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron", en: *The University of Chicago Law Review* (Vol. 70), pp. 1159-1202.
- SUNSTEIN, Cass (2019): *How change Happens*. (Cambridge, The MIT Press).
- THOMPSON, Peter (2011): "Good Faith Mediation in the Federal Courts", en: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, (Vol. 26, Nºs 2 y 3), pp. 363-428.
- VARGAS, Macarena, CASAS BECERRA, Lidia, y AZÓCAR BENAVENTE, María José (2008): "Mediación Familiar y Género. Informe elaborado para el Servicio Nacional de la Mujer y la Fundación de la Familia", en: *Cuadernos de Análisis Jurídico, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales* (núm.18).
- VARGAS, Macarena (2008): "Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación", en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* (Vol. 21, Nº 2), pp. 183-202.
- WILSON, Robert. (2005): "Strategic and informational barriers to negotiation", en: ARROW, Kenneth. y otros (editoriales), *Barriers to Conflict Resolution*, (Nueva York: W. W. Norton & Company).
- WISTRICH, Andrew y RACHLINSKI, Jeffrey. (2013): "How Lawyers' Intuitions Prolong Litigation", en: *Cornell Law Faculty Publications*, (núm. 602). Disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/602>.
- ZUCKERMAN, Adrian (2014): "The Continuing Management Deficit in the Administration of Civil Justice", en: *Civil Justice Quarterly*, (Vol. 34, Nº 1), pp. 59-88.

Jurisprudencia citada

- Halsey con Milton Keynes General NHS Trust (2004): Court Of Appeal (Civil Division, Reino Unido), de 11 de mayo de 2004, disponible: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/576.html>
- Nigel Witham Ltd con Smith (2008): High Court Of Justice Queen's Bench Division, Technology and Construction Court, de 04 de enero de 2008, disponible: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2008/12.html>

Normativa citada

- Local Civil Rules, Corte de Distrito Federal Alaska (Estados Unidos). 7 de diciembre de 2018. Disponible: <https://www.akd.uscourts.gov/court-info/local-rules-and-orders/local-rules>

- Local Rules, Corte de Distrito Federal Alabama Middle (Estados Unidos) 1 de diciembre de 2010. Disponible: <https://www.almd.uscourts.gov/forms/almd-local-rules>
- Rules of Practice and Procedure, Corte de Distrito Federal de Arizona (Estados Unidos). 12 de enero de 2021. Disponible: <https://www.azd.uscourts.gov/local-rules>
- Orden General N°11-10, Corte de Distrito Federal de California Central (Estados Unidos). 15 de agosto de 2011. Disponible: <https://www.cacd.uscourts.gov/court-procedures/general-orders>
- ADR Local Rules, Corte de Distrito Federal de California Northern (Estados Unidos). 1 de mayo de 2018. Disponible: <https://www.cand.uscourts.gov/about/court-programs/alternative-dispute-resolution-adr/adr-local-rules/>
- Local Rules of Civil Practice, Corte de Distrito Federal Delaware (Estados Unidos). 1 de agosto de 2016. Disponible: <https://www.ded.uscourts.gov/local-rules>
- Local Rules, Corte de Distrito Federal del Distrito de Columbia (Estados Unidos). 31 de mayo de 2022. Disponible: <https://www.dcd.uscourts.gov/court-info/local-rules-and-orders/local-rules>
- Local Rules, Corte de Distrito Federal de Illinois Central (Estados Unidos). 11 de enero de 2021. Disponible: <https://www.ilcd.uscourts.gov/court-info/local-rules-and-orders>
- Local Rules, Corte de Distrito Federal de Kansas (Estados Unidos). 25 de noviembre de 2021. Disponible: <https://ksd.uscourts.gov/index.php/local-rules/>
- Local Rules, Corte de Distrito Federal Massachusetts (Estados Unidos). 1 de junio de 2018. Disponible: https://www.mad.uscourts.gov/general/pdf/LC/2018%20Local%20RulesEffectiveJune_1_2018.pdf
- Local Rules, Corte de Distrito Federal Michigan Eastern (Estados Unidos) 1 de octubre de 2022. Disponible: <https://www.mied.uscourts.gov/index.cfm?pagefunction=rulesPlansOrders>
- Local Rules of Practice, Corte de Distrito Federal Nevada (Estados Unidos). 17 de abril de 2020. Disponible: <https://www.nvd.uscourts.gov/court-information/rules-and-orders/>
- Local Rules, Corte de Distrito Federal de Ohio Northern (Estados Unidos) 23 de febrero de 2022. Disponible: <https://www.ohnd.uscourts.gov/court-info/local-rules-and-orders>
- Local Rules, Corte de Distrito Federal Ohio Southern (Estados Unidos). 25 de julio de 2022. Disponible: <https://www.ohsd.uscourts.gov/local-rules>
- Local Rules, Corte Distrito Federal de Pennsylvania Middle (Estados Unidos). 1 de diciembre de 2014. Disponible: <https://www.pamd.uscourts.gov/court-info/local-rules-and-orders>
- Local Civil Rules, Corte de Distrito Federal de South Carolina (Estados Unidos). 1 de junio de 2022. Disponible: <http://www.scd.uscourts.gov/navtop/rules.asp>
- Local Rules, Corte de Distrito Federal de Washington Western (Estados Unidos). 26 de enero de 2022. Disponible: <https://www.wawd.uscourts.gov/local-rules-and-orders>
- Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000 (España) 07 de enero de 2000. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>
- Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, Ley 5/2012 (España). 07 de julio de 2012. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9112>
- Alternative Dispute Resolution Act (Estados Unidos) 1998. Sección 651 a 658 del Título 28 del United States Code. Disponible: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title28-section651&num=0&edition=prelim>
- Federal Rules of Civil Procedure (Estados Unidos). 1938. Disponible: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_dec_1_2019_0.pdf

Civil Procedures Rules (Inglaterra y Gales). 1998. Disponible: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>

HM Courts & Tribunals Service. Directions questionnaire (Small Claims Track) Forma N180. (Inglaterra y Gales). Disponible: <https://www.gov.uk/government/publications/form-n180-directions-questionnaire-small-claims-track>

HM Courts & Tribunals Service. Directions questionnaire (Fast track and Multi-track), Forma N181 (Inglaterra y Gales). Disponible: <https://www.gov.uk/government/publications/form-n181-directions-questionnaire-fast-track-and-multi-track>

Practice Direction – Pre-Action Conduct and Protocols, Civil Procedures Rules (Inglaterra y Gales). Disponible: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil>

Comentario a sentencia recaída sobre recurso de casación de 2 de mayo de 2022. Causa rol n° 33.128-2020*

Commentary on the judgment on cassation appeal of 2 may 2022. Case no. 33.128-2020

Valentina Silva Berrios

Valparaíso, Chile.

Correo electrónico: valentinasilberr@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-9075-0224>.

Recibido el 19/09/2022

Aceptado el 9/11/2022

Publicado el 31/12/2022

<https://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2022.n41.07>

RESUMEN: El presente comentario analiza la especialidad de la Sana Crítica como sistema de valoración de la prueba de la ley n° 18.101 y la elaboración del recurso de casación. Se desarrolla qué es la Sana Crítica y se establece la relación de especialidad entre la ley y el código de procedimiento civil. Luego, se desarrolla la dificultad de fundar el recurso de casación por infracción a las normas de la sana crítica en tanto normas implícitas.

PALABRAS CLAVE: Sana Crítica, *lex specialis*, Ley N° 18.101, recurso de casación.

ABSTRACT: This commentary analyses the speciality of Sound Criticism as a system of evidence assessment in law N° 18.101 and the elaboration of the appeal in cassation. It develops what Sound Criticism is and establishes the relationship of speciality between the law and the Code of Civil Procedure. Then, the difficulty of basing the cassation appeal on the infringement of the rules of Sound Criticism as implicit rules is developed.

KEY WORDS: Sound criticism, *lex specialis*, Law n° 18.101, appeal in cassation.

* Trabajo realizado en el marco del proyecto Fondecyt Regular N° 1221269.

I. INTRODUCCIÓN

Analizo un caso rutinario de la ley N° 18.101 donde se confirma que es la Sana Crítica el sistema de valoración de la prueba aplicable. Con este caso identifiqué un problema de común ocurrencia: la fundamentación de un recurso de casación por infracción a las reglas de la Sana Crítica exige individualizar normas que carecen de disposiciones que las formulen de forma explícita. Habitualmente, los litigantes fallan en este recurso porque no queda claro cuáles son las normas infringidas y cuáles son las normas que deberían haberse aplicado al caso que se litiga. Solventar este problema, a mi juicio, exige analizar la relación de especialidad que vincula la ley 18.101 y el CPC y razonar por analogía y disociación entre las normas de una y otra fuente.

El comentario presenta los hechos del caso, luego define el sistema de Sana Crítica y la relación de especialidad. Después muestra como estas nociones se expresan en el razonamiento judicial y configura el problema del litigante en el recurso de casación. El texto finaliza con conclusiones sobre el procedimiento de identificar infracciones a las normas de la Sana Crítica.

II. SENTENCIA ROL N° 33.128-2020

La demandante dio en arrendamiento un inmueble por una renta de \$40.000 y, al tercer mes de arriendo, el arrendatario dejó de pagar la renta. El Tercer Juzgado Civil de Valparaíso conoció del asunto en primera instancia, resultando aplicable el procedimiento especial previsto en la Ley N° 18.101, el juicio se tramitó en rebeldía del demandado y se desestimó la acción debido a que la prueba rendida (ponderada conforme a la Sana Crítica de conformidad con la citada ley) no permitía tener por acreditada la existencia del contrato cuya terminación se reclamaba. Luego, la demandante interpuso un recurso de apelación, que fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Posteriormente, la actora dedujo recurso de casación en el fondo, fundada en la infracción del artículo 394 del Código de Procedimiento Civil, infracción que en el caso se manifestaría en una incorrecta valoración de la prueba confesional ficta y testimonial. Finalmente, el recurso de casación fue rechazado por no haberse expuesto claramente la infracción propuesta por la actora.¹

III. LA SANA CRÍTICA COMO SISTEMA DE VALORACIÓN

Un sistema de valoración es un conjunto de directrices para validar ‘hechos’ según la información disponible en un proceso judicial. Estos sistemas acortan la distancia que separa a la actividad pro-

¹ En este mismo sentido, se presenta una problemática similar en la sentencia de la Corte Suprema ROL 119.044-2020, causa en que también resultaba aplicable el procedimiento especial previsto en la Ley n° 18.101. En este caso el Tercer Juzgado Civil de San Miguel valoró la prueba conforme a la Sana Crítica, en este punto la controversia se produjo debido a que el tribunal no razonó en torno a distinguir el inmueble objeto del pleito de otro ubicado dentro del mismo predio, circunstancia que llevo al tribunal a fallar rechazando la acción, el referido fallo fue confirmado por la Corte de Apelaciones de San Miguel y, finalmente, la Corte Suprema acogió recurso de casación en el fondo fundando la decisión en que la carga probatoria de acreditar la existencia de dos inmuebles distintos recaía sobre la parte demandada y no en la parte demandante como se indica en los fallos de instancia, de manera que con la prueba rendida en el proceso relativa a existencia del inmueble debió bastar para tener por acreditada su existencia.

batoria de la actividad 'explicativa' y definen la fiabilidad asignada a los medios probatorios.² En este marco, la Sana Crítica abre paso a conocimientos epistémicos reconocidos socialmente, como las ciencias, la historia, las investigaciones policiales y la experiencia ordinaria.³

A nivel conceptual, la Sana Crítica ha sido entendida (al menos) como: (i) un sistema de distribución de responsabilidades mediante reglas que validan hechos en un juicio⁴, (ii) reglas de buen juicio que determinan el actuar del juez⁵ y (iii) una cláusula general, es decir, una norma de reenvío extrasistemático a la racionalidad de la comunidad y de reenvío intrasistemático que refuerza la discrecionalidad del juez.⁶ Dado esto, la Sana Crítica tiene un alto grado de indeterminación para domesticar el pasado debatido en juicios, y emerge como un parámetro descontrolado que ha relevado al juez de su fundamentación.⁷ Esto es paradójico porque se transita de un sistema tasado, a otro donde la subjetividad del juez asume protagonismo, otorgando mayor libertad para valorar.⁸ Entonces, ¿aceptamos criterios racionales para justificar los enunciados probatorios o nos abandonamos a una epifanía del juzgador?⁹ Esta pregunta es muy problemática en legislaciones especiales como la ley de arrendamiento, porque es característico que ellas no desarrollen disposiciones sobre el modo en que se valorará la prueba y la jurisprudencia no propone criterios adicionales para dotar de racionalidad a la argumentación.¹⁰

Todas esas particularidades desembocan en: (i) un olvido generalizado de la provisión de razones que conecten los enunciados probatorios con directrices epistémicas interdisciplinarias;¹¹ (ii) que la valoración probatoria provenga de subjetividades no compartidas a nivel social;¹² y (iii) la ausencia de un parámetro de revisión por tribunales superiores por infracción a la Sana Crítica.¹³ Son asuntos que

² COLOMA (2012a), p. 756-758.

³ DEI VECCHI (2020), p. 27; COLOMA (2012b), p. 212. Los saberes científicos, principios lógicos y máximas de la experiencia actúan como directrices epistémicas para 'dar por probado' un evento pasado [COLOMA y AGÜERO (2014), pp. 378-379]. Estas directrices son graduales y normativas porque determinan las formas "correctas" de razonar [GONZÁLEZ (2020), p. 85]. Así, la Sana Crítica resguarda a la valoración de la prueba de la crítica pública siempre que el resultado probatorio coincida con conocimientos comunitarios [COLOMA y AGÜERO (2014), p. 394].

⁴ COLOMA (2012a), p. 755.

⁵ BENFELD (2013), pp. 577-578.

⁶ AGÜERO (2018), pp. 153-163.

⁷ CONTRERAS (2011), p. 280; COLOMA y AGÜERO (2014), p. 378; CARBONELL (2018), p. 39. Ni enunciar la actividad probatoria ni una determinada formulación lingüística equivale a argumentar, CARBONELL (2018), pp. 36-39. Esta práctica no considera que la Sana Crítica impone la obligación de expresar las razones conformes a dicho sistema, y que es una exigencia constitucional (artículos 19 N°3, inciso 5° y 73).

⁸ CARBONELL (2018), p. 38; COLOMA, 2012a: 212; GONZÁLEZ (2006), p. 94.

⁹ ACCATINO (2009), p. 358.

¹⁰ CARBONELL (2018), p. 44.

¹¹ ACCATINO (2006a), pp. 14-17; COLOMA (2012b), p. 217.

¹² CARBONELL (2018), p. 38.

¹³ El sistema debe ser capaz de revisar la aplicación de la Sana Crítica so pena de perder su presión normativa y resultar inoperante [CONTRERAS (2011), p. 269]. No se trata de reemplazar la subjetividad de los jueces por la de los tribunales superiores, sino que se revise la fundamentación del tribunal inferior. Dentro de todo, adoptar una nueva decisión sobre los hechos y revisar la justificación de una decisión sobre los hechos son cuestiones conceptualmente diferentes [ACCATINO, (2009), p. 354; COLOMA (2012b), p. 777].

se manifiestan en la práctica judicial, toda vez que por vía de casación la Corte Suprema llega a conocer casos de infracción a las reglas de la Sana Crítica. ¿Pero cómo sabemos cuándo hay infracción si no hay claridad sobre lo que debe entenderse por Sana Crítica? Para ello, es necesario construir una teoría en el imaginario judicial que oriente la deliberación, estructure la justificación y otorgue parámetros de control de las conclusiones probatorias.¹⁴

IV. ¿QUÉ ES ESPECIALIDAD NORMATIVA?

El caso expuesto nos permite ilustrar una situación normativa en la que la aplicación de una ley especial, que podríamos caracterizar como ‘norma especial de favor’ que fija a la Sana Crítica como sistema de valoración probatoria.

A efecto de acercarnos a la ‘especialidad jurídica’ me valdré de las propuestas teóricas de Zorzetto, quien plantea que es la relación que se puede dar entre dos normas (que, no compartiendo fuente, pero si ciertos conceptos relacionados en temática género especie) que tiene como consecuencia que se prefiera por ciertas razones la derogación de la norma general, de manera que se ocupe para la resolución de ciertos asuntos normas especiales¹⁵. Zorzetto desarrolla el análisis de la especialidad jurídica en dos niveles análisis: el nivel de los elementos conceptuales y el nivel de las normas. En el primero, se establece una relación de género y especie: “[...] Para que una norma sea especial respecto de otra norma, es necesario identificar previamente en cada norma, al menos un elemento que se encuentran, uno respecto del otro, en relación de especie a género y viceversa. Tomando prestada una noción de la lógica, podemos llamar a estos conceptos <<términos determinantes>>, porque de ellos depende la calificación de las normas como especiales y generales. En consecuencia, la especialidad/generalidad de las normas es, por así decir, una propiedad derivada, basada sobre una relación más fundamental entre sus elementos conceptuales”¹⁶ en este sentido lo que corresponderá entonces será verificar qué circunstancias son las que motivan la existencia de una norma, especial. En el segundo, la relación de especialidad de las normas es entendida como: “[...] La relación de especialidad entre los dos conjuntos de normas se basa sobre una asunción implícita, relativa al origen de las normas en cuestión.”¹⁷ Sobre este punto en cambio, debemos revisar las distintas fuentes de origen de las normas relacionadas y cuáles son las diferencias estructurales entre estas.

Con esta distinción a la vista, resulta razonable plantear que serán rasgos característicos de una relación de especialidad entre normas que: a) Exista una relación de género a especie entre términos que sean relevantes en la conformación sintáctica del enunciado normativo, y, por otro lado, que haya una diferencia en las fuentes normativas en que se encuentran contenidas. Luego, una vez identificadas

¹⁴ ACCATINO (2006a), p. 17; COLOMA y AGÜERO (2014).

¹⁵ ZORZETTO (2013), p. 396.

¹⁶ ZORZETTO (2013), pp. 390-391.

¹⁷ ZORZETTO (2013), p. 389.

estas características, se debe pasar a un segundo nivel del análisis sobre la especialidad y corresponderá establecer cuáles son las consecuencias de esta relación normativa.

En lo que sigue nos haremos cargo únicamente de aquellas relaciones normativas en que la *lex especial* y general son incompatibles. En cuanto a este punto, Zorzetto en primer lugar distingue entre: a) Calificación Jurídica/ Aplicabilidad interna de las normas: Establece lo jurídicamente relevante para un cierto ordenamiento y b) Justificación Jurídica /Aplicabilidad externa de las normas: Indica que norma se debe preferir según un determinado derecho.¹⁸

Ya sea que la relación normativa de especialidad tenga dos normas compatibles o incompatibles, Zorzetto plantea que no siempre se usará como justificación jurídica la máxima '*lex specialis derogat legi generali*', puesto que existen otras posibles reglas de derecho positivo que podrían dar una justificación jurídica y un resultado diverso ante una relación normativa de especialidad y, en este sentido, las soluciones posibles son: a) Toda norma especial derogue toda norma más general; b) Solo algunas normas especiales deroguen algunas normas generales; c) Algunas eventuales normas especiales sean derogadas por normas generales y, d) Las normas especiales y generales no deroguen las unas a las otras, sino cuando sean concurrentes.¹⁹

A. ¿Qué tipo de especialidad se construye en el caso?

Propongo que existe una relación normativa de especialidad entre el sistema de valoración de la prueba que rige el procedimiento ordinario de mayor cuantía conforme al CPC y el sistema de valoración de la prueba (Sana Crítica) que rige el procedimiento especial de la ley N° 18.101. Para fundar esta aseveración me valdré del hecho de que esta relación normativa cumple con las dos características que exige Zorzetto.²⁰

En primer lugar, existe una diferencia de fuentes normativas. El sistema de valoración tasada del procedimiento de mayor cuantía son normas codificadas en el Código de Procedimiento Civil, mientras que las normas de valoración conforme a la Sana Crítica se contienen en una ley numerada. La ley lleva por título: "fija normas especiales sobre arrendamiento de predios urbanos" lo que acota su ámbito de aplicación. En relación estas fuentes se cumple las reglas de especialidad del artículo 4 del C.C. y del 3 C.P.C.

En segundo lugar, se da una relación género-especie entre '*contratos*' y '*arrendamiento de predios urbanos*'. A las contiendas sobre cualquier tipo de '*contrato*' le resultan aplicables, en principio, las

¹⁸ ZORZETTO (2013), p. 397.

¹⁹ ZORZETTO (2013), p 397-398. Finalmente, Zorzetto agrega una última variable a esta relación normativa de especialidad, indicando que se debe atender a si las normas son o no derogantes, de esta manera: a) Si las normas son compatibles y no derogantes, la consecuencia será la acumulación de consecuencias; b) Si las normas son incompatibles y no derogantes, la consecuencia será un dilema de aplicación práctica de la norma y, c) Si una de las normas es derogante, habrá una redundancia solo en cuanto a la calificación jurídica (aplicabilidad interna).

²⁰ ZORZETTO (2013), pp. 389-392.

normas contempladas en el Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, el propio Código señala un límite a este ámbito de aplicación en su artículo 3 cuando señala “*Se aplicará el procedimiento ordinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera sea su naturaleza*”. Ahora, sobre la especialidad me interesa captar la atención en un asunto en particular, la consecuencia de esta relación normativa es ‘*lex specialis derogat legi generali*’ lo que implica que de pasar de un sistema de prueba legal o tasada nos trasladamos a un sistema de Sana Crítica que da amplias facultades al juez para valorar la prueba.

Aquí vale la pena profundizar un poco más. La materia regulada, esto es, el sistema de valoración de la prueba, establece un vínculo sustancial entre las normas del CPC y las normas de la Sana Crítica. El problema es que las normas generales son explícitas y las normas especiales son implícitas, lo que complejiza la formulación del recurso de casación. Profundizo este asunto más adelante.

B. ¿Cuáles son las consecuencias de la relación de especialidad?

Ya sabemos qué es una relación normativa de especialidad y cómo se construye en este caso. En las próximas líneas me voy a hacer cargo de exponer tres consecuencias normativas de esta relación de especialidad.

La primera consecuencia de esta relación de especialidad es el cambio del tipo de norma aplicable. Desde un conjunto de normas explícitas en el CPC se pasa a un conjunto de normas que está implícito, es decir, que no cuenta con disposiciones o artículos que las fijen. La libertad que supone la Sana Crítica le exige analizar la totalidad de prueba rendida y reconoce ciertos límites como lo son: la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Así lo ha señalado la propia Corte Suprema en el considerando séptimo de la sentencia causa rol N° 8.339-2009 “[...]En la Sana Crítica el juez tiene la obligación de explicitar razones lógicas, científicas y de experiencia por medio de las cuales obtuvo su convicción, exteriorizando las argumentaciones que le sirven de fundamento, analizando y ponderando toda la prueba rendida de forma integral, tanto de la que le sirve de sustento como la que descarta, teniendo en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión y concordancia de la prueba rendida”.²¹

La segunda consecuencia se radica en la tarea del juez de valorar la prueba, implica atribuir el estatus de probado a un cierto hecho mediante la asignación de un valor probatorio.

A efectos que se entienda bien este punto, paso a plantear la diferencia se generaría en el caso en comento. Por un lado, si el sistema de valoración de la prueba aplicable al caso fuera el de prueba legal o tasada consagrado en el CPC, el demandado se tendría por confeso²² y, además, en ese mismo sentido se contaría con dos testimonios de oídas. En cambio, usando la Sana Crítica no existe una norma legal que le atribuya un especial valor a la rebeldía del demandado, ni tampoco a los testigos

²¹ Fisco de Chile con Tribasa Conosur S.A (2012).

²² Conforme a los artículos en el artículo 394 CPC.

de oídas presentados, por lo que resulta imposible razonablemente atribuir el valor de hecho probado la existencia del contrato de arrendamiento que da origen al pleito.

La tercera consecuencia de la relación de especialidad es una dificultad en la construcción del recurso de casación en casos como este. El recurso de casación lo podemos caracterizar como un medio extraordinario que el ordenamiento otorga a las partes para reclamar la inobservancia de ciertas formalidades establecidas por el legislador. En este sentido, se trata de un recurso de derechos estricto, es decir, que solo versa sobre derecho y que no se pronunciará sobre los hechos. En el caso analizado, la demandante alegó una inconsistencia lógica por parte de los juzgadores en cuanto no le asignaron el valor probatorio esperado a la prueba confesional ficta, señalando “*se debe tener presente que se tiene al demandado por confeso de que arrendó el inmueble en febrero de 2019, sin especificar el día, ni demás cláusulas del contrato aludido*”²³ dichos que serían contradictorios al valor probatorio asignado a la prueba confesional en el CPC.

La Corte Suprema no zanjó directamente el asunto. Recondujo la problemática a la interposición del recurso de casación propiamente tal. Señaló al efecto que el recurso de casación un recurso de derecho estricto y, entonces, correspondía señalar en la presentación del recurso cuál es la norma singular que fue infringida, explicitando cómo es que se ha infringido y, además, argumentar sobre cuál es interpretación y/o aplicación conforme a derecho de la norma referida (o una alternativa). Así, a juicio de la corte, estos elementos del recurso no se vislumbraron en el recurso en cuestión, puesto que este solamente realizó un contraste de las normas con lo fáctico del caso, evidenciando la discordancia lógica que se presenta, sin proponer una interpretación y/o aplicación corregida de la norma o de una alternativa.

Los tres requisitos del recurso de casación asumen que las normas en que se funda se expresan en artículos o disposiciones presentes en la legislación, pues solo así se puede individualizar de forma clara e indudable cuáles son dos normas en juego: la norma infringida y la norma que debería haberse aplicado. Del mismo modo, la explicitación de las normas por parte del legislador, parece ser un presupuesto del recurso en torno al requisito de argumentar sobre la cual es interpretación y/o aplicación conforme a derecho que debería haberse usado en el caso.

No afirmo que el recurso de casación sea un medio de impugnación inidóneo para reclamar la infracción de las normas reguladoras de la prueba en el sistema de Sana Crítica. Solo sostengo que teniendo presente que la valoración probatoria en la Sana Crítica opera más bien como una cláusula general, tal como plantea Agüero,²⁴ la argumentación que funda el recurso en estos casos asigna al litigante una carga argumental más intensa, porque deberá individualizar las normas infringidas y las normas que deberían haber sido aplicadas, siendo ellas siempre normas implícitas, es decir, sin una expresión lingüística en la legislación.

²³ Molina Puebla con Elgueta González (2022).

²⁴ AGÜERO (2017), p. 10.

Entonces, la relación de especialidad entre la Ley n° 18.101 y el Código de Procedimiento Civil puede ayudar al litigante en ese proceso de individualización normativa. La especialidad normativa puede ser un argumento contribuyente, porque cada norma singular del CPC puede ser usada como referencia normativa para construir por analogía y/o disociación cuál es la norma de la Sana Crítica que se infringe y cuál era la norma que debía resultar aplicada. Por ejemplo. El artículo 384 N° 4 dice: “*Cuando los testigos de una y otra parte reúnan iguales condiciones de ciencia, de imparcialidad y de veracidad, tendrán por cierto lo que declare el mayor número*”. Esa disposición puede servir de punto de partida para identificar una norma del sistema de Sana Crítica. Aquí cabría hacer dos operaciones: distinguir en el artículo tres normas sobre la calidad de las declaraciones de los testigos: condiciones de ajuste a criterios científicos, de imparcialidad y veracidad. Para hacer breve el ejemplo, desarrollaré solo una de ellas, la ciencia. Entonces, la norma expresada en la disposición debe ser modificada, al menos considerando dos factores: las máximas de la experiencia y los principios de la lógica.

De este modo, en el sistema de la Sana Crítica, la norma de valoración análoga a la del código de procedimiento civil podría quedar más o menos así: “*Cuando las declaraciones de los testigos de una y otra parte reúnan iguales condiciones de ajuste a los conocimientos científicamente afianzados, se dará por probado todo aquello que no contradiga las máximas de la experiencia y los principios de la lógica y que sea sostenido por el mayor número*”.

V. CONCLUSIONES

Como conclusiones del presente comentario podemos decir lo siguiente. En primer lugar, la Sana Crítica como sistema de valoración de la prueba no es un conjunto de normas explícitas. A contrario, se trata de un conjunto indeterminado de normas implícitas que entrega al juez un mayor espacio de decisión, lo que se balancea con una exigencia de hacerse cargo de toda la prueba rendida.

En segundo lugar, las normas se pueden relacionar mediante la especialidad. Este tipo de relación se dará siempre que haya diversidad de fuente normativa y una relación de género a especie en aquellos ‘*términos determinantes*’ del enunciado normativo. Es importante notar que esta relación se elabora por parte del intérprete, porque es él quien fija cuáles son los términos de la comparación.

En tercer lugar, la especialidad entre normas no siempre se solucionará con la máxima *lex specialis derogat legi generali*, puesto que la incompatibilidad se podría sortear mediante otras fórmulas.

En cuarto lugar, en aquellos casos en que se requiera impugnar la infracción de normas de valoración de la prueba conforme al sistema de la Sana Crítica, se requerirá evidenciar claramente cuáles han sido las normas infringidas, cómo se han infringido y proponer una solución alternativa conforme a derecho. Este trabajo de fundamentación del recurso exige individualizar normas implícitas de razonamiento probatorio mucho más allá de los tres límites genéricos del sistema: lógica, ciencia y experiencia. Entonces, el litigante puede construir estas normas usando como puntos de referencia las normas explícitas del CPC que son *legi generali*.

Razonando por analogía y/disociación, el litigante puede identificar normas de valoración probatoria que, aplicadas al caso con libertad, pero, sin respeto de los límites del sistema, conducen a resultados contrarios a la lógica, a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicamente afianzados.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ACCATINO, Daniela (2006a): “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal: un diagnóstico”, en: *Revista de derecho (Valdivia)* (Vol. 19, núm. 2), pp. 9-26.
- ACCATINO, Daniela (2006b): “Convicción, justificación y verdad en la valoración de la prueba”, en: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (N° 24), pp. 39-50.
- ACCATINO, Daniela (2009): “Forma y sustancia en el razonamiento probatorio: El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal”, en: *Revista de derecho (Valparaíso)* (N° 32), pp. 347-362.
- ACCATINO, Daniela (2016): “Prueba, verdad y justicia de transición: El caso de Cecilia Magni y Raúl Pellegrin (Corte Suprema)”, en: *Revista de derecho (Valdivia)* (Vol. 29, N° 1), pp. 337-361.
- AGÜERO, Claudio (2018): “La Sana Crítica como «cláusula general””, en: BENFELD, Johann y LARROUCAU, Jorge (Eds.), *La Sana Crítica bajo sospecha* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), pp. 153-163.
- ANDERSON, Terence; SCHUM, David y TWINING, William (2015 [2005]): *Análisis de prueba*. (Madrid, Marcial Pons).
- BENFELD, Johann (2013): “Los orígenes del concepto de “Sana Crítica””, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (N° 35), pp. 569-858.
- BENFELD, Johann (2020): “La Sana Crítica en materia penal, laboral y de derecho de familia. Variaciones normativo-institucionales”, en: *Revista de derecho (Valparaíso)* (N° 55), pp. 65-97.
- BORDALÍ, Andrés (2009): “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno”, en: *Revista de Derecho (Valparaíso)* (N° 33), pp. 263-302.
- BORDALÍ, Andrés (2016): “Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno: análisis en un contexto de facilidad probatoria”, en: *Revista de derecho (Coquimbo)* (Vol. 23, N° 1), pp. 173-198.
- CARBONELL, Flavia (2018): “Sana Crítica y razonamiento judicial”, en: BENFELD, Johann y LARROUCAU, Jorge (Eds.), *La Sana Crítica bajo sospecha* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).
- CHIASSONI, Pierluigi (2011): *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas* (Madrid, Marcial Pons).
- CHIASSONI, Pierluigi (2011): “Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica”, en: *Revista de Derecho Privado* (N° 21), pp. 89-106.
- COLOMA, Rodrigo (2012a): “¿Realmente importa la Sana Crítica?”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 39, N° 3), pp. 753-781.
- COLOMA, Rodrigo (2012b): “La caída del argumento de autoridad y el ascenso de la Sana Crítica”, en: *Revista de derecho (Valdivia)* (Vol. 25, N° 2), pp. 207-228.
- COLOMA, Rodrigo y AGÜERO, Claudio (2014): “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 41, N° 2), pp. 673-703.

- COLOMA, Rodrigo y AGÜERO, Claudio (2014): “Fragmentos de un Imaginario Judicial de la Sana Crítica”, en: *Ius et Praxis* (Vol. 20, Nº 2), pp. 375-414.
- CONTRERAS, Cristián (2011): “El recurso de nulidad laboral como herramienta de control de las exigencias impuestas por la Sana Crítica a propósito de la sentencia rol 1068-2010 de la Corte de Apelaciones de Santiago”, en: *Revista de derecho (Coquimbo)* (Vol. 18, Nº 1), pp. 269-280.
- COUTURE, Eduardo (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, Roque de Palma Editor).
- DELGADO, Jordi (2011): “Examen crítico del recurso de unificación de jurisprudencia”, en: *Revista de derecho (Valparaíso)* (Nº 36), pp. 473-494.
- DEI VECCHI, Diego (2020): “Prueba libre, justificación epistémica y el noble sueño de los estándares de prueba”, en: *Revista de derecho (Valdivia)* (Vol. 33, Nº 2), pp. 25-48.
- FERRER, Jordi (2005): *Prueba y verdad en el derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- GONZÁLEZ, Joel (2006): “La fundamentación de las sentencias y la Sana Crítica”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 33, Nº 1), pp. 93-107.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2020): “¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba”, en: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (Nº 23), pp. 79-97.
- LASO, Jaime (2009): “Lógica y Sana Crítica”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 36, Nº 1), pp. 143-164.
- MATURANA, Javier (2014): *Sana Crítica* (Santiago, Thomson Reuters).
- NIEVA, Jordi (2006): “La reforma de la labor del Tribunal Supremo y la unificación de doctrina. Perspectivas de la introducción del modelo anglosajón en nuestro Derecho”, en: *Diario La Ley* (año XXVII, Nº 6393).
- NIEVA, Jordi (2010): *La valoración de la prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- SEARLE, John (2004): *La construcción de la realidad social* (Buenos Aires, Paidós).
- STEIN, Friedrich (1999): *El conocimiento privado del juez* (Bogotá, Temis).
- TOULMIN, Stephen (2007): *Los usos de la argumentación* (Barcelona, Península).
- TWINING, William (2006): *Rethinking evidence. Exploratory Essays* (Cambridge, Cambridge University Press).
- ZORZETTO, Silvia (2013): “La redundancia lingüística y las normas especiales. Algunos usos del principio *lex specialis*”, en: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, pp. 387-415.

Jurisprudencia citada

- Fisco de Chile con Tribasa Conosur S.A (2012): Corte Suprema, de 29 de mayo de 2012, rol 8.339-2009.
- Molina Puebla con Elgueta González (2022): Corte Suprema, de 2 de mayo de 2022, rol 33.128-2020.

Identidad de género: un derecho implícito cuya deficiente configuración se erige como una barrera de acceso a la justicia. Comentario a la sentencia rol 88713-2021 de la corte suprema

*Gender identity: an implicit right whose
poor configuration stands as an obstacle
to access justice. Commentary on supreme
court judgment n° 88713-2021*

Lorena Espinosa Olguín*

Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.

Correo electrónico: lorena.espinosa@mail.udp.cl. <https://orcid.org/0000-0002-5850-1022>.

Recibido el 20/09/2022

Aceptado el 25/11/2022

Publicado el 31/12/2022

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2022.n41.08>

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objetivo analizar la sentencia de la Corte Suprema, rol 88713-2021, de fecha 18 de abril de 2022. Se trata de un fallo que, conociendo de la apelación de un recurso de protección, tuvo que resolver si el actuar del Hospital de Carabineros de Chile en cuanto a dilatar la ejecución de

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyse the judgement of the Supreme Court N° 88713-2021, dated 18th April 2022. This is a judgement that, hearing an appeal for constitutional protection, had to decide whether the actions of the police hospital in delaying the performance of a sex reassignment operation on a

una operación de reasignación de sexo a una persona mayor de edad, calificaba como una acción arbitraria e ilegal. Se trata de una sentencia relevante no solo porque marca una nueva línea jurisprudencial al reconocer la existencia de un derecho implícito a la identidad de género, sino porque nos permite precisar el concepto de identidad de género y argumentar cómo, una inadecuada comprensión de ella, se erige como una barrera de acceso a la justicia.

person of legal age, qualified as an arbitrary and illegal action. This judgement is relevant not only because it marks a new line of case-law by recognising the existence of an implicit right to gender identity, but also because it allows us to specify the concept of gender identity and to argue how an inadequate understanding of it can become an obstacle to access justice.

PALABRAS CLAVE: *Identidad de género, acceso a la justicia, barreras de acceso a la justicia.*

KEY WORDS: *Gender identity, access to justice, obstacles to access justice.*

I. LA SENTENCIA

V.D., un hombre transgénero de 19 años, recurrió de protección en contra del Hospital de Carabineros de Chile por habersele postergado por casi dos años la realización de una histerectomía abdominal.

Había comenzado su proceso de transición corporal del género femenino al masculino el año 2017. Dentro de este proceso se encontraba pendiente la realización de una histerectomía abdominal, la cual se había programado para diciembre del año 2018.

Sin embargo, dicha operación se fue postergando a lo largo del tiempo, aduciendo el hospital que para su ejecución debía contarse con un protocolo de atención para personas transgénero, además de requerir documentos notariales de liberación de responsabilidad suscritos por el progenitor y la progenitora.

Esta dilación fue considerada como una vulneración a los derechos fundamentales de la parte recurrente, motivando la interposición de un recurso de protección en contra del hospital. El recurrente argumentó que el hecho de impedir que él siguiera con su transición revestía el carácter de un acto arbitrario que vulneraba sus garantías constitucionales. Precisó que las referidas dilaciones se debían, al parecer, a que “*algunos profesionales y el establecimiento de salud referido no están de acuerdo con reconocer y dar protección a la identidad de género de las personas trans*”¹

El resultado de dicho recurso de protección fue favorable al recurrente, acogándose la acción con fecha 3 de noviembre de 2021 y señalando la Corte de Apelaciones de Santiago “*que el hospital ha obstaculizado la realización de la intervención quirúrgica, mediante acciones y omisiones, de carácter arbitrario e ilegal, que constituyen actos de discriminación que atentan contra la identidad de género del recurrente*”²

¹ V.D. con Hospital de Carabineros de Chile (2022), párrafo Primero.

² V.D. con Hospital de Carabineros de Chile (2022), párrafo Segundo.

Dicha sentencia fue apelada por la parte recurrida por considerar que no se encontraba acreditado ningún acto ilegal ni arbitrario por parte del Centro Asistencial, argumentando que las dilaciones del hospital estuvieron siempre argumentadas y justificadas, documentando las circunstancias que justificaban la no realización de la referida operación. Indicó en su recurso, además, que la realización de dicha intervención quirúrgica constituía el “último eslabón de una cadena que reconoce varias etapas previas” consistentes en prestaciones médicas que el hospital había cumplido en tiempo y forma. Agregó que debe tenerse en consideración que se encuentra en proceso de estudio y revisión un protocolo médico aplicable para estas situaciones y que el COVID-19 también fue un factor que influyó en esta dilación.³

Con fecha 18 de abril de 2022, la Corte Suprema confirmó la sentencia apelada, declarando que, al no haber realizado la histerectomía abdominal, el Hospital de Carabineros de Chile incurrió en un acto ilegal y carente de razonabilidad que vulneró las garantías constitucionales reguladas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 19 de la Constitución, ordenando que éste debe programar la histerectomía abdominal dentro de un plazo de treinta días.

En parte de su razonamiento, la Corte indicó que, tanto de la suscripción de Tratados Internacionales como de la legislación interna, el Estado chileno ha reconocido la identidad de género como un derecho fundamental implícito. Lo consideró como “un elemento inherente a la dignidad humana que deriva del derecho a la igualdad ante la ley, cuyo reflejo se traduce en el respeto al principio de no discriminación arbitraria y que, en la especie, se concreta en el ejercicio del derecho a elegir y concretar, por parte del recurrente, su identidad de género”.⁴

Se trata de una sentencia de suma relevancia por tres razones. Primero, porque reconoce y aplica un derecho fundamental que ya se encuentra desarrollado en el derecho internacional, acercándonos con ello al cumplimiento de estándares internacionales. Segundo, porque nos permite analizar el concepto de identidad de género y precisar su contenido. Tercero, porque marca una línea jurisprudencial que de seguirse, contribuirá de cierta manera a disminuir los exorbitantes niveles de violencia y discriminación que sufren diariamente las personas trans.

II. ANÁLISIS

Si bien la presente sentencia ofrece varias áreas interesantes y relevantes de analizar, el objetivo de este comentario se acotará a analizar la configuración que hizo la Corte sobre el derecho implícito a la identidad de género.

En este contexto, este trabajo sostiene que, por un lado, la sentencia acierta en reconocer este derecho y las obligaciones correlativas del Estado, fijando con ello una línea jurisprudencial que es de

³ V.D. con Hospital de Carabineros de Chile (2022), párrafo Tercero.

⁴ V.D. con Hospital de Carabineros de Chile (2022), párrafo Quinto.

esperar se repita y se proyecte a todo el sistema judicial. Por otro lado, sin embargo, yerra en parte de la configuración de este derecho, confundiendo categorías y, con ello, involuntariamente, configurando una barrera de acceso a la justicia.

A. El reconocimiento expreso de la identidad de género como un derecho constitucional implícito

Uno de los argumentos medulares de esta sentencia es la existencia de la identidad de género como un derecho implícito que se conecta con otros derechos expresamente reconocidos por nuestra Constitución. Esta conclusión se erige como un importante progreso en materia de derechos, aliándose con los estándares que se han venido desarrollando en el derecho internacional.

El punto de partida de la Corte a este respecto es la suscripción de Tratados Internacionales, los cuales unidos a la legislación interna, permiten concluir que nuestro país ha reconocido la identidad de género como un derecho implícito. En este sentido, lo que ha hecho la Corte ha sido formular una norma implícita, es decir, una norma que no ha sido creada por la autoridad legislativa pero que se concluye sobre la base de otras normas explícitas, las que fungirían como premisa del silogismo.⁵

Este razonamiento de la Corte es similar a lo que han hecho, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y su análoga europea en la interpretación de sus respectivos instrumentos.

Por ejemplo, en la “Opinión Consultiva OC-24/17”, considerada como uno de los documentos regionales referentes en esta materia, la Corte IDH realiza una extensa interpretación jurídica que termina por concluir que la identidad de género es un derecho que pertenece al ámbito de la libre determinación y que se encuentra protegido dentro de otros derechos explícitos, como lo sería el derecho a la vida privada, a la autonomía o a la libertad de expresión.⁶

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos, que ha conocido casos contenciosos en materia de identidad de género desde el año 1986, ha llevado a cabo un trabajo similar.

En efecto, y a pesar de que el derecho a la identidad de género no se encuentra por sí sólo explícitamente consagrado en el Convenio Europeo de Derechos humanos (CEDH), la Corte ha afirmado en reiteradas ocasiones que éste se encuentra garantizado al alero del artículo 8, formando parte del derecho al respeto de la vida privada. Por ejemplo, en el caso *A.P., Garçon y Nicot v France*, y mientras enfatizaba la importancia de la noción de “autonomía personal” como un importante principio subyacente a la interpretación de las garantías del artículo 8, la Corte sostuvo que la autonomía incluía un derecho a la autodeterminación, del cual la libertad de definir la propia identidad de género era uno de los elementos esenciales más básicos.⁷ Así lo ha interpretado también, *Cannoot y Dunne*, que

⁵ GUASTINI (2015).

⁶ CORTE IDH (2017), párrafos 88, 87, 89, 93, 96.

⁷ *A.P., Garçon and Nicot v. France* (2017), párrafo 93.

consideran que el derecho a definir la propia identidad de género se fundamenta firmemente en el derecho a la autonomía personal, el que se encuentra consagrado en el artículo 8 del CEDH.⁸

Reconocer un derecho implícito a la identidad de género, además, se condice con uno de los instrumentos internacionales más importantes en la materia, el que a pesar de tener una naturaleza jurídica no vinculante, ha sido determinante en el entendimiento de la sexualidad en el contexto del discurso jurídico, de manera tal que no importe discriminación:⁹ los Principios de Yogyakarta. Estos principios surgieron como fuente de protección a las identidades trans, y proporcionan las directrices básicas para la aplicación de las obligaciones que en materia de derechos humanos tienen los Estados, en cuestiones relativas a “Orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales”.¹⁰

Por lo mencionado, me parece que la Corte Suprema lleva razón al considerar que la identidad de género es un derecho fundamental implícito que se vincularía y relacionaría con la igualdad, la dignidad humana y con la “*facultad de autodeterminarse y decidir sobre los aspectos fundamentales de su vida en plena libertad*”, lo cual incluiría, justamente, “*la libertad de determinar su identidad de género*”.¹¹ Como pudo apreciarse, se trataría de un desarrollo jurisprudencial en línea con los estándares internacionales y que espero pueda consolidarse no solo a nivel de la Corte Suprema, sino que en todos los tribunales y en las esferas de nuestro país.

B. Confusiones e imprecisiones en la configuración del derecho a la identidad de género

A pesar del importante progreso referido, la sentencia en comento presenta importantes incoherencias y errores al momento de configurar la identidad de género, puesto que la Corte confunde categorías y se aparta de desarrollos conceptuales asentados en la materia.

Para situar la referida conclusión y su respectivo análisis, es preciso, primero que todo, abordar adecuadamente la cuestión terminológica y definir los principales conceptos y categorías involucradas.

1. Precisiones terminológicas previas

Una primera distinción que debe realizarse para verdaderamente comprender el derecho a la identidad de género es la diferencia entre sexo y género. Por sexo se entienden todas aquellas características biológicas que suelen definir a un ser humano como femenino o masculino, y entre las cuales se incluye el aspecto genital, gonadal, cromosómico y hormonal.^{12 13} Dicha definición suele realizarla

⁸ CANNOOT (2019), p. 19.

⁹ ARRUBIA (2019).

¹⁰ Principios de Yogyakarta.

¹¹ V.D. con Hospital de Carabineros de Chile (2022), párrafo Sexto.

¹² WINTER, et al (2016), p. 391; RAVETLLAT (2018), p. 403; RAVETLLAT (2019), p. 46; GAUCHÉ y LOVERA (2019), p. 367.

¹³ La Corte IDH lo define como: “Diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, a sus características fisiológicas, a la suma de las características biológicas que define el espectro de las personas como mujeres y hombres o a la construcción biológica que

la sociedad al momento de nacer, y se basa casi exclusivamente en la observación de los genitales de la persona recién nacida.¹⁴ Por su parte, el género suele asociarse al ámbito cultural,¹⁵ y comprende las actitudes, identidades, emociones, roles, significados, comportamientos y atributos que se asignan a una persona en función de su sexo biológico.^{16 17}

En este contexto, la identidad de género –que es distinta a la identidad biológica/anatómica asignada externamente al momento de nacer–, se entiende como el sentido profundo, íntimo y personal que las personas tienen acerca de su género, el que como tal, es totalmente independiente del sexo asignado al nacer.¹⁸ Básicamente, se trata de la experiencia del individuo en cuanto a ser femenino, masculino, intermedio, no binario, o fluido, lo cual puede o no puede concordar con el sexo biológico.¹⁹ Por su parte, la Corte IDH la define como

*“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.*²⁰

A su vez, la identidad de género se considera una expresión concreta del derecho a la identidad general, derecho que “implica el reconocimiento de la persona con su propia individualidad, de sus atributos y el aseguramiento de las condiciones que permitan el desarrollo de la misma resguardando de mejor manera las posibles vulneraciones de derechos”.²¹ En específico, el derecho a la identidad de género implica respetar y garantizar a toda persona la posibilidad de “definir de manera autónoma su identidad sexual y de género, y a que los datos que figuran en los registros, así como en los documentos de identidad sean acordes o correspondan a la definición que tienen de sí mismos”.²²

Se trata de un derecho que, según la Corte IDH, se encuentra protegido por la Convención Americana al alero de los derechos al libre desarrollo de la personalidad (artículos 7 y 11.1), a la privacidad (artículo 11.2) al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), y al derecho al nombre (artículo 18), y

se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer”, CORTE IDH (2017), párrafo 32.

¹⁴ WINTER, et al (2016), p. 391; GAUCHÉ y LOVERA (2019), p. 367.

¹⁵ RAVETLLAT (2018), p. 403; RAVETLLAT (2019), p. 46.

¹⁶ WINTER, et al (2016), p. 391; CORTE IDH (2017), párrafo 32.

¹⁷ Para SCOTT (2015), el género es una categoría analítica compleja que se compone de dos grandes dimensiones. En sus palabras: “El género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos y el género es una forma primaria de relaciones significantes de poder” (p. 272).

¹⁸ WINTER, et al (2016), p. 391; RAVETLLAT (2018), p. 404; GAUCHÉ y LOVERA (2019), p. 367; RAVETLLAT (2019), p. 46.

¹⁹ WINTER, et al (2016), p. 391.

²⁰ CORTE IDH (2017), párrafo 32.

²¹ GAUCHÉ y LOVERA (2019), p. 365.

²² GAUCHÉ (2021), pp. 199 y 200.

que implica obligaciones concretas para los Estados.²³ Entre ellas, las de respetar y garantizar que las personas puedan efectuar cambios, rectificaciones o adecuaciones de cualquier componente esencial de su identidad, y sin interferencias por parte del Estado o de terceros.²⁴

Finalmente, un último concepto que es importante definir y diferenciar es el de orientación sexual, pues si bien suele asociarse y/o ir acompañado de la identidad de género en tanto forman parte de la categoría analítica género y de motivos prohibidos de discriminación,²⁵ son categorías distintas que no pueden, en modo alguno, considerarse como sinónimos, pues importan experiencias personales situadas en planos distintos.

Así, mientras la identidad de género se vincula con la experiencia interna o estado psicológico de una persona en cuanto a su género,²⁶ la orientación sexual se define como “*la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas*”.²⁷ Los Principios de Yogyakarta también diferencian, de manera expresa, identidad de género y orientación sexual, definiendo esta última como la capacidad de cada persona de sentir atracción emocional, afectiva y sexual, y de tener relaciones íntimas y sexuales con personas que pueden pertenecer a su mismo sexo, a un sexo diferente, o a más de uno.

2. Definiciones de la Corte

La Corte Suprema define y desarrolla este derecho en su considerando séptimo. Si bien comienza con un definición coherente con las citadas anteriormente y en las cuales hay consenso más allá del ámbito jurídico, al hacer la bajada de dicha definición legal la Corte se equivoca y confunde categorías.

En efecto, el razonamiento inicia citando la Ley N° 12.120 y definiendo la identidad de género como “*la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento*” (artículo 1 de la Ley N° 21.120).²⁸

Seguido a ello, y al parafrasear la definición, la Corte indica que se trataría del “*derecho de todo individuo de autodeterminar su orientación sexual*”.²⁹ En el considerando octavo entiende que la transexualidad sería una “*opción de libertad*”, y que en las personas trans se da una discordancia “*entre su cuerpo*

²³ CORTE IDH (2017), párrafo 115.

²⁴ CORTE IDH (2017), párrafo 115.

²⁵ Principios de Yogyakarta.

²⁶ GAUCHÉ (2021), pp. 183.

²⁷ CORTE IDH (2017), párrafo 32.

²⁸ V.D. con Hospital de Carabineros de Chile (2022), párrafo Séptimo.

²⁹ V.D. con Hospital de Carabineros de Chile (2022), párrafo Séptimo.

biológico y la decisión que adoptaron en relación a su orientación sexual”.³⁰ Más adelante, en el último párrafo del mismo considerando, y a propósito de un argumento vinculado a la Organización Mundial de la Salud, la Corte vuelve a citar un ejemplo relativo a la orientación sexual y no a la identidad de género, al indicar que la asamblea de dicho organismo “declaró que la orientación sexual no era por sí mismo un trastorno y, en junio de 2018, definitivamente lo eliminó de la lista de enfermedades mentales”.³¹

Como podrá advertir la o el lector, la Corte confunde dos categorías que, para el tribunal que se encuentra en la cúspide del sistema y que está reconociendo un derecho tan importante como éste, me parece injustificable. Así, si bien creo correcto y celebro que la Corte reconozca el derecho a la identidad género en nuestro ordenamiento, considero bastante preocupante que en dicho quehacer se confundan categorías esenciales de la configuración de dicho derecho. Dicho de otro modo, se reconoce un derecho cuyo contenido no se comprende a cabalidad. Esto me parece preocupante no sólo por el error conceptual que implica, sino porque, como argumentaré en lo que sigue, dichas confusiones tienen un impacto práctico en el ejercicio de los derechos y, de hecho, se configuran como una barrera de acceso a la justicia.

Así entonces, cabe recordar que la identidad de género tiene relación con la experiencia íntima de una persona en cuanto a su género, lo cual podríamos decir que se sitúa en un plano psicológico. Se trata de la matriz dentro de la cual se define si una persona es cis, transgénero o no binaria, por ejemplo. Por otro lado, la orientación sexual se asocia a un plano afectivo/sexual, y no de identidad. En este caso la definición resulta en ser homosexual, pansexual, heterosexual, o bisexual.

Como puede advertirse, una persona trans no tiene nada que ver con aspectos de orientación sexual, pues se trata de una definición de una categoría distinta. En este sentido, creo que un compromiso con el derecho a la identidad de género exige comprensión y distinción de estas categorías, para así no confundir las aguas que en instrumentos jurídicos y no jurídicos aparecen diferenciadas con total claridad.

C. La deficiente configuración del derecho a la identidad de género como una barrera de acceso a la justicia

Como adelanté, me parece que la distinción a la que he hecho referencia no es una mera precisión conceptual. Por el contrario, creo que confundir categorías en la configuración de un derecho que pretende, a lo menos, reconocer legalmente una identidad de género no hegemónica, tiene un impacto práctico en el ejercicio de los derechos. Esto, pues detrás de la inadecuada comprensión y reconocimiento de las personas trans subyace un tema de inteligibilidad con un correlato práctico en el acceso a la justicia.

³⁰ V.D. con Hospital de Carabineros de Chile (2022), párrafo Octavo.

³¹ V.D. con Hospital de Carabineros de Chile (2022), párrafo Octavo.

En efecto, en la medida que no se reconozcan y diferencien adecuadamente dichas experiencias y subjetividades, éstas seguirán sin “existir” adecuadamente y/o se enfrentarán a mayores obstáculos y discriminaciones por parte de la sociedad. Con esto me refiero a una idea que plantea Judith Butler al desarrollar su matriz cultural de inteligibilidad.³² En términos simples, y a propósito de las identidades de género no binarias, Butler recalca la importancia de un adecuado reconocimiento de lo no binario como tal, toda vez que, en la medida que ciertas identidades no se adaptan a las reglas de inteligibilidad cultural, “*dichas identidades se manifiesta[rán] únicamente como defectos en el desarrollo o imposibilidades lógicas*”.³³ En otras palabras, en la medida que ciertas identidades no puedan ser comprendidas culturalmente por la sociedad, éstas se percibirían como identidades inexistentes o defectuosas, cuestión que va en el sentido totalmente contrario a lo que se persigue con el reconocimiento del derecho a la identidad de género.

Lo anterior tiene un correlato en términos de teorías de la justicia, pues reviste el carácter de una injusticia por reconocimiento o injusticia cultural, la que para Fraser se encuentra “*arraigada en los modelos sociales de representación, interpretación y comunicación*”.³⁴ Ejemplos de este tipo de injusticia serían:

*“la dominación cultural (estar sujeto o sujeta a modelos de interpretación y comunicación que están asociados con una cultura ajena y son extraños y/o hostiles a la propia); la falta de reconocimiento (estar expuesto o expuesta a la invisibilidad en virtud de las prácticas de representación, comunicación e interpretación legitimadas por la propia cultura); y la falta de respeto (ser constantemente difamado o despreciado por medio de estereotipos en las representaciones culturales públicas y/o en las interacciones cotidianas).”*³⁵

Por su naturaleza, este tipo de injusticia no requiere acciones redistributivas en los términos clásicos (redistribución justa o equitativa de bienes, sean éstos materiales o inmateriales), sino que requieren un cambio simbólico y cultural cuyo objeto principal es reconocer y respetar aquellas identidades que han sido fuertemente discriminadas y marginadas de la sociedad.³⁶ Para ello, un remedio esencial puede ser el reconocimiento legal de un derecho, como el de la identidad de género. Pero igualmente importante será configurar adecuadamente dicho derecho, de manera que la experiencia subjetiva que se quiere reconocer sea adecuadamente comprendida. No creo que podamos hablar de un adecuado reconocimiento sin comprender, previamente, lo que estamos reconociendo.

A mi modo de ver, todo lo dicho anteriormente tiene un correlato práctico importante en términos de acceso a la justicia. En concreto, en cuanto a barreras de acceso.

³² BUTLER (2016).

³³ BUTLER (2016), p. 73.

³⁴ FRASER (1997), p. 19.

³⁵ FRASER (1997), p. 14.

³⁶ YOUNG (1990); FRASER (1997).

Tradicionalmente se han estudiado, con cierta preeminencia, las barreras de acceso a la justicia que se vinculan con obstáculos socioeconómicos, como por ejemplo, la falta de recursos para poder contratar un abogado o abogada, o costear los costos directos o secundarios del proceso. Por ello, los principales mecanismos para remover dichos obstáculos, en nuestro país, han sido las CAJ, los abogados o abogadas de turno, el privilegio de pobreza, por mencionar algunos.

Sin embargo, hoy en día se reconoce que existen muchos más obstáculos que pueden impedir el efectivo acceso a la justicia de una persona.³⁷ Por ejemplo, Beqiraj y McNamara³⁸ identifican barreras de acceso a la justicia de distinta naturaleza, las que clasifican en barreras sociales y culturales, y en barreras institucionales. Dentro de las primeras, identifican a la discriminación como una barrera *“que puede afectar en todos los aspectos del acceso a la justicia, desde el conocimiento y la comprensión de los derechos legales hasta el acceso a un abogado y a los mecanismos de resolución de conflictos y, finalmente, al logro de soluciones justas, imparciales y exigibles.”*³⁹

Para el caso de las personas trans, creo que una errada configuración de su derecho y una inadecuada inteligibilidad de su identidad puede entenderse como un acto discriminatorio en sí mismo y, sobre todo, como una de las 5 caras de la opresión que identifica Young: la del imperialismo cultural, el que envuelve la imposición, por parte de los grupos dominantes, de su experiencia y de su cultura, y del establecimientos de éstas como la norma.⁴⁰ Así, como explica la autora, todos los grupos que difieren de la norma se configuran como grupos inferiores o desviados, y son, paradójicamente, marcados por estereotipos y al mismo tiempo invisibilizados.⁴¹

En este contexto, es difícil imaginar que el derecho de acceso a la justicia sea efectivo para aquellas personas cuyas experiencias subjetivas no son inteligibles para la sociedad (y por ende, menos para el sistema de justicia y sus operadores y operadoras), que son estereotipadas, discriminadas, o rechazadas, invisibilizadas. En un sentido similar lo ha entendido Radi,⁴² el que sostiene que uno de los grandes obstáculos que las personas trans y travestis experimentan al momento de acceder al sistema de justicia se plantea en términos conceptuales. Lo anterior, explica, se debe a la ausencia de *“categorías adecuadas para hacer inteligible la situación específica de las personas travestis y trans*”*, lo que lleva a que, al *“momento de interpretar las experiencias de estos colectivos se recurr[a] a conceptos, términos y figuras elaboradas para otros sujetos, que resultan inadecuadas para comprender la realidad de las personas trans* y travestis”*.⁴³

A mayor abundamiento, me parece importante destacar que la CIDH ha determinado que las perso-

³⁷ Véase, por ejemplo: PLEASENCE, BALMER, y DENVIR (2015); MAFFÍA (2015); GHERARDI y BIRGIN (2018); BOCARDI, et al (2019).

³⁸ BEQIRAJ y McNAMARA (2014).

³⁹ BEQIRAJ y McNAMARA (2014), p. 16.

⁴⁰ YOUNG (1990).

⁴¹ YOUNG (1990).

⁴² RADI (2017).

⁴³ RADI (2017), p. 8.

nas LGBT se enfrentan a barreras de acceso a la justicia específicas, las que, si bien la Comisión no vincula directamente con lo aquí expuesto, considero son manifestaciones concretas de esta injusticia cultural a la que he hecho referencia. En efecto, en su informe *Violencia contra personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América*,⁴⁴ del año 2015, la CIDH reportó, entre otras, las siguientes barreras específicas (sin desconocer que dicho colectivo se enfrenta, además, a todas aquellas barreras a las que se enfrenta toda la población en general):

*“actitudes negligentes y prejuiciadas del personal encargado de hacer cumplir la ley; presunciones estereotipadas que se manifiestan en las investigaciones sobre las motivaciones de los crímenes basadas en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima; mayor miedo de nueva victimización o represalias, que genera un efecto inhibitorio para denunciar estos delitos; (...) actitudes discriminatorias de jueces, juezas y otros funcionarios dentro del sistema de administración de justicia; y alto riesgo de que se cuestione la credibilidad de las víctimas y de sus denuncias; entre otras.”*⁴⁵

A nivel local, el estudio sobre *Necesidades jurídicas y cursos de acción del ciudadano ante las barreras de acceso a la Justicia*,⁴⁶ documentó diferentes tipos de barreras de acceso a la justicia, entre las cuales se identificaba la “falta de voluntad”, la que se asocia a la falta de capacidad o empoderamiento de las personas para emprender alguna acción frente a una necesidad jurídica. Entre los factores que se explica pueden influir en lo anterior, se encontraría “el temor a emprender acciones”, factor especialmente prevalente “en extranjeros, personas de la tercera y cuarta edad y minorías sexuales”.⁴⁷

En definitiva, a mi juicio, una comprensión integral del derecho de acceso a la justicia y los obstáculos a los que puede verse enfrentada una persona, exige ir más allá de las barreras económicas o institucionales, y comprender que hay muchos otros factores que pueden dificultar la búsqueda de justicia. Entre dichos factores se puede identificar la injusticia cultural, dentro de la cual se sitúan múltiples obstáculos que experimenta la población trans, como la discriminación, los estereotipos y la inadecuada inteligibilidad de su identidad, cuestiones observadas en la errada configuración que ha hecho la Corte Suprema sobre el derecho implícito a la identidad de género.

III. CONCLUSIÓN

En este comentario se ha valorado positivamente la sentencia de la Corte Suprema en cuanto al reconocimiento de un derecho implícito a la identidad de género, cuestión que representa un gran avance en materia de derechos de la población trans y que se alinea con los estándares internacionales en la materia. Se ha sostenido también que, a pesar de dicho avance, la Corte Suprema confundió la

⁴⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015).

⁴⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015), párrafo 460.

⁴⁶ CENTRO DE JUSTICIA Y SOCIEDAD (CJS-UC) (2020).

⁴⁷ CENTRO DE JUSTICIA Y SOCIEDAD (CJS-UC) (2020), p. 142.

identidad de género y la orientación sexual, y con ello, configuró de manera deficiente el derecho a la identidad de género. Se argumentó que la relevancia de dicha confusión no se limitaba a un tema conceptual, sino que implicaba una inadecuada comprensión y reconocimiento de la experiencia y de la identidad trans, lo cual se erigía como una injusticia de tipo cultural y como una barrera de acceso a la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ARRUBIA, Eduardo J. (2019): “The Human Right to Gender Identity: From the International Human Rights Scenario to Latin American Domestic Legislation”, en: *International Journal of Law, Policy and the Family* (Vol. 33, Nº 3), pp. 360-379.
- BEQIRAJ, Julinda y McNAMARA, Lawrence (2014): *International Access to Justice: Barriers and Solutions* (Bingham Centre for the Rule of Law Report 02/2014), International Bar Association.
- BIRGIN, Haydée y GHERARDI, Natalia (2018): “Introducción”, en: BIRGIN, Haydée y GHERARDI (coordinadoras), *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, 2ª Edición (México, Suprema Corte de Justicia de la Nación).
- BOCARDO, Alejandra, et al (2019): *Conflictividad Civil y Barreras de Acceso a la Justicia. Informe de Relaciones de Pareja y Familias* (Santiago, OCCA: Centro de Estudios de Justicia de las Américas).
- BUTLER, Judith (2016): *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad* (Argentina, Paidós Studio).
- CANNOOT, Peter (2019): “The pathologisation of trans* persons in the ECtHR’s case law on legal gender recognition”, en: *Netherlands Quarterly of Human Rights* (Vol. 37, Nº 1), pp. 14-35.
- CENTRO JUSTICIA Y SOCIEDAD (CJS-UC) (2020): *Necesidades jurídicas y cursos de acción del ciudadano ante las barreras de acceso a la Justicia. Informe final* (Santiago, Corporación Administrativa del Poder Judicial)
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015): *Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América* (Washington D.C., Organización de los Estados Americanos).
- DUNNE, Peter (2017): “Legal gender recognition in Europe: sterilisation, diagnosis and medical examination requirements”, en: *Journal of Social Welfare and Family Law* (Vol. 39, Nº 4), pp. 1-4.
- FRASER, Nancy (1997): *Justice Interruptus: critical Reflections on the «Postsocialist» condition* (New York, Routledge).
- GAUCHÉ MARCHETTI, Ximena y LOVERA PARMO, Domingo (2019): “Identidad de género de niños, niñas y adolescentes: Una cuestión de derechos”, en: *Revista Ius et Praxis* (Año 25, Nº 2), pp. 359-402.
- GAUCHÉ MARCHETTI, Ximena (2021): “Identidad de Género e Igualdad: Aportes desde la Necesidad de Reconocimiento a las Identidades Trans”, en: RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac y LEPIN MOLINA, Cristián (directores), *Identidad de Género* (Valencia, Tirant lo Blanch): pp. 175-213.
- GUASTINI, Riccardo (2015): “Interpretación y Construcción Jurídica”, en: *ISONOMÍA* (Nº 43), pp. 11-48.
- MAFFÍA, Diana (2015): “Barreras en el ejercicio de los derechos humanos” en: *Boletín Nº 07, Observatorio de Género en la Justicia* (Buenos Aires, Consejo de la Magistratura CABA), disponible en: <https://>

- consejo.jusbaires.gob.ar/acceso/genero/genero/44D00C70D8092AC1ACC9B72036FD499A (fecha de consulta: 17 de septiembre de 2022).
- PLEASENCE, Pascoe, BALMER, Nigel J., y DENVIR, Catrina (2015): *How People Understand and Interact with the Law* (Cambridge, PPSR), disponible en: https://research.thelegaleducationfoundation.org/wp-content/uploads/2018/03/HPUIL_report.pdf (fecha de consulta: 17 de septiembre de 2022).
- RADI, Blas (2017): “Acceso de las personas travestis y trans a la Justicia”, en: *Boletín N° 12, Observatorio de Género en la Justicia* (Buenos Aires, Consejo de la Magistratura CABA), disponible en: <https://consejo.jusbaires.gob.ar/acceso/genero/genero/9248DF3F083AB1BFC48ACEB1700A825B> (fecha de consulta: 20 junio 2022).
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2017): “El derecho a la identidad (de género) de la infancia y la adolescencia: del paradigma de la patología a la autodeterminación”, en: *Actualidad Civil* (N° 9), pp. 42-62.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2018): “Igual de diferentes: la identidad de género de niñas, niños y adolescentes en Chile”, en: *Revista Ius et Praxis* (Año 24, N° 1), pp. 397-436.
- SCOTT, Joan (2015): “El género una categoría útil para el análisis histórico”, en: LAMAS, Marta (compiladora), *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*, 2ª edición (México, Bonilla Artigas Editores): pp. 251-290.
- WINTER, Sam, et al. (2016): “Transgender people: health at the margins of society”, en: *The Lancet* (Vol. 388, N° 10042), pp. 390-400.
- YOUNG, Iris M. (1990): *Justice and The Politics of Difference*, Reedición de Bolsillo 2011 (Princeton, Princeton University Press).

Normativa citada

- Ley N° 21.120, reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, 10 de diciembre de 2018.
- Principios de Yogyakarta, sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 10 de noviembre de 2017.

Jurisprudencia citada

- A.P., *Garçon and Nicot v. France* (2017): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 6 abril de 2017, Applications 79885/12, 52471/13 and 52596/13.
- CORTE IDH, OC-24/17, Solicitada por la República de Costa Rica, Identidad de Género, e Igualdad y No Discriminación a Parejas del Mismo Sexo, de 24 de noviembre de 2017.
- V.D. con *Hospital de Carabineros de Chile* (2022): Corte Suprema, de 18 de abril de 2022, Rol N° 88713-2021.

Recensión al libro “los hechos del proceso civil. Alegación y utilización de los enunciados fácticos jurídicamente relevantes para la dictación de la decisión de fondo”, de Sophía Romero Rodríguez. (Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2021)

Review of the book "the facts of the civil process. Allegation and use of legally relevant factual statements for the issuing of substantive decision", by Sophía Romero Rodríguez (thomson Reuters Editorial, Santiago, 2021).

Fernando Orellana Torres

Universidad Católica del Norte. Antofagasta.
Correo electrónico: forellana@ucn.cl. <https://orcid.org/0000-0001-5409-7758>.

Recibido el 13/10/2022

Aceptado el 17/10/2022

Publicado el 31/12/2022

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2022.n41.09>

I. SOBRE LO FORMAL DE LA OBRA

El trabajo que queremos dar a conocer por medio de estas páginas es el libro escrito por la académica de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, doctora en derecho por la Universidad de Los Andes, Sophía Romero Rodríguez.

El texto en análisis es fruto de la tesis doctoral que la académica defendió el año 2019. La obra contiene más de 400 páginas y se divide en dos partes, la primera de ellas denominada “El objeto del proceso y la actividad de los sujetos del proceso en su configuración”, y la segunda denominada “Los poderes del Juez, los derechos y cargas de parte respecto de los enunciados de hecho materiales del juicio”. La primera parte se divide en dos capítulos dedicados a la introducción del objeto del proceso civil y los hechos materiales, y a las actuaciones del juez y las partes en el Código de Procedimiento Civil; y la segunda parte en dos capítulos dedicados al concepto de hecho material y el tratamiento procesal y a la actividad jurisdiccional de resolución (hechos del juicio y su control). Termina el libro con las conclusiones y la amplia bibliografía nacional y extranjera sobre el tema en estudio.

II. SOBRE EL FONDO DE LA OBRA

Un trabajo extenso, tan bien escrito merece ser destacado en su totalidad, pero especialmente me detendré en algunos aspectos que permitirán, espero lograrlo, observar con mayor interés la presente obra.

A. Sobre el objeto del proceso civil

Ya lo señaló en la introducción de esta obra, el destacado profesor Romero Seguel, que en la presente investigación se aborda un tema clásico en materia procesal: el objeto del proceso, y así lo es. Un tema tan investigado y tantas veces escrito nuevamente es tratado en esta obra lo que en principio podría llevar a la siguiente pregunta ¿para qué nuevamente tratarlo?, y la respuesta es muy sencilla, para poder explicar los hechos materiales del juicio es necesario previamente dar lectura a lo que se ha escrito sobre el “objeto”, lo que la autora realiza citando bibliografía española, alemana e italiana del siglo pasado y del presente siglo, lo que le permite llevar al lector en la explicación sobre la diferencia en la configuración del objeto del proceso en consideración al tipo de pretensión que se ejercita en el proceso, identificando el objeto procesal en las pretensiones de condena, mero declarativas, declarativas constitutivas. Asimismo, se adentra la autora en la importancia de la determinación del objeto del proceso analizando la posición tradicional sobre la incorporación de los hechos materiales del objeto del proceso en el proceso civil, y la actual posición doctrinaria del tema concluyendo en este tema que la superación de la doctrina tradicional, se debe a que la actual doctrina asimila que no solo las partes de la relación jurídica material son las interesadas en el proceso y la ampliación del fenómeno de la actividad judicial a través de la interpretación de las normas jurídicas.

B. Sobre la actividad procesal de las partes y del juez.

Una segunda cuestión que creemos debe ser destacada de la presente obra es sobre las actuaciones procesales del juez y las partes y su regulación en el Código de Procedimiento Civil (CPC), donde la profesora Romero Rodríguez, nuevamente con una destacada bibliografía de apoyo, nacional y extranjera, analiza primeramente el principio de legalidad en la actividad de los órganos jurisdiccionales, en que la potestad del juez se sujeta no solo a las leyes sino especialmente al derecho, explicando el sistema de fuentes del derecho, el deber jurídico en el proceso y el concepto de potestad en el marco del proceso civil, dedicando su estudio además a la pasividad del juez civil en Chile. Se dedica también en estas páginas a temas tan importantes como adquisición procesal, congruencia y exhaustividad del fallo, e incongruencia, planteando la autora que es necesario unir los conceptos de exhaustividad con el de objeto del proceso a fin de obtener del juez una actividad más allá de la propuesta de las partes, fallando incluso sobre hechos no alegados por ellas. Respecto de las partes dedica páginas sobre los hechos introducidos y alegados por las partes, límites a la actividad de introducción de hechos y la verdad como imperativo de probidad judicial y de colaboración procesal, además de la exigencia en la actuación de las partes del principio de buena fe procesal.

C. Sobre los hechos materiales del juicio

Finalmente quiero destacar de la presente obra el tratamiento que sigue la autora en el tema de los hechos materiales, y la actividad jurisdiccional en torno a los hechos del juicio, abarcando en estas páginas, qué se debe entender por “hechos en el proceso civil”, comprendiendo los hechos que introducen las partes del proceso (actor y demandante) y qué tratamiento debe darse a los hechos no introducidos por las partes, y así poder dar respuesta a la fijación del objeto procesal en el CPC y en el Proyecto de Código Procesal Civil (que se mantiene aún en el Congreso Nacional- esperamos- de

una pronta aprobación). Va terminando su trabajo la autora dedicando su investigación a cómo se elabora la sentencia con estos hechos y cómo puede ser objeto de control por parte de los tribunales superiores de justicia, comprendiendo en este estudio la dictación de la sentencia definitiva de única o primera instancia, y los diversos medios de impugnación (apelación, casación forma y fondo), sin perjuicio del incidente de nulidad procesal y requerimiento de inaplicabilidad. Colocando, el acento en que el mayor de los problemas radica a juicio de la autora, “en la imposibilidad de incidir adecuadamente en el contenido de la decisión, por efectos de la configuración de la forma en que toman conocimiento de la causa los órganos judiciales”, por lo que el papel de las Cortes de Apelaciones y del máximo tribunal del país se hace necesario para evitar vulneración de las garantías procesales constitucionales.

La crítica que le puedo hacer a la obra es que haya omitido en la bibliografía la importante obra de la profesora Regina Garcimartín Montero titulada “El objeto de la prueba en el proceso civil”(Barcelona 1997), pero que puedo entender porque la obra de la profesora Romero alude a la actividad de fijación de los hechos en la sentencia final.

En conclusión, la pluma de la profesora Romero Rodríguez discurre con profesionalismo y con orden, pero con un agudo análisis, permitiendo al lector poder ir avanzando con facilidad en los temas tratados, lo que para el estudioso dedicado a temas jurídicos será una herramienta útil para su trabajo profesional, y para el lector no profesional, pero culto, la oportunidad de aprender sobre aspectos jurídicos tan relevantes en un proceso antes los tribunales de justicia, como son los hechos del proceso civil.

CONTENIDO

- 3 Fernando Fueyo Laneri y el fin de la "escuela clásica" del derecho civil chileno**
Fernando Fueyo Laneri and the end of the "classical school" of chilean civil law
Jaime Alcalde Silva
- 26 La presura y el año y día: en torno a la titularidad de la tierra y su defensa en la España altomedieval**
The "presura" and the year and day: on the ownership of land and its defence in early medieval Spain
Julio Baquero Gutiérrez
- 52 Investigación criminológica sobre la concesión penitenciaria, prisionización y reinserción social en Chile**
Criminological research on penitentiary concession, imprisonment and social reintegration in Chile
Andrés Coe Espinoza / Diego Becerril Ruiz
- 67 Críticas a la aplicación supletoria del régimen de prescripción civil a la potestad sancionatoria de la administración del estado por la jurisprudencia nacional**
Criticism to the supplementary application of the civil prescription regime to the punishment power of the state administration by the national case law.
José Ignacio Anrique Soto
- 96 La responsabilidad colectiva por daños causados en el contexto de las manifestaciones públicas y la protesta social**
Collective liability for damages caused in the context of public demonstrations and social protests
Magdalena Wyss Díaz
- 120 Deber de las partes de considerar el uso de la mediación en el proyecto de código procesal civil. Análisis comparado**
Duty of the parties to consider the use of mediation in the project of the civil procedural code. Comparative analysis
Boris Fiegelist Venturelli
- 143 Comentario a sentencia recaída sobre recurso de casación de 2 de mayo de 2022. Causa rol nº 33.128-2020**
Commentary on the judgment on cassation appeal of 2 may 2022. Case no. 33.128-2020
Valentina Silva Berrios
- 153 Identidad de género: un derecho implícito cuya deficiente configuración se erige como una barrera de acceso a la justicia. Comentario a la sentencia rol 88713-2021 de la corte suprema**
Gender identity: an implicit right whose poor configuration stands as an obstacle to access justice. Commentary on supreme court judgment nº 88713-2021
Lorena Espinosa Olguín
- 166 Recensión al libro "los hechos del proceso civil. Alegación y utilización de los enunciados fácticos jurídicamente relevantes para la dictación de la decisión de fondo", de Sophía Romero Rodríguez. (Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2021)**
Review of the book "the facts of the civil process. Allegation and use of legally relevant factual statements for the issuing of substantive decision", by Sophía Romero Rodríguez (Thomson Reuters Editorial, Santiago, 2021)
Fernando Orellana Torres