

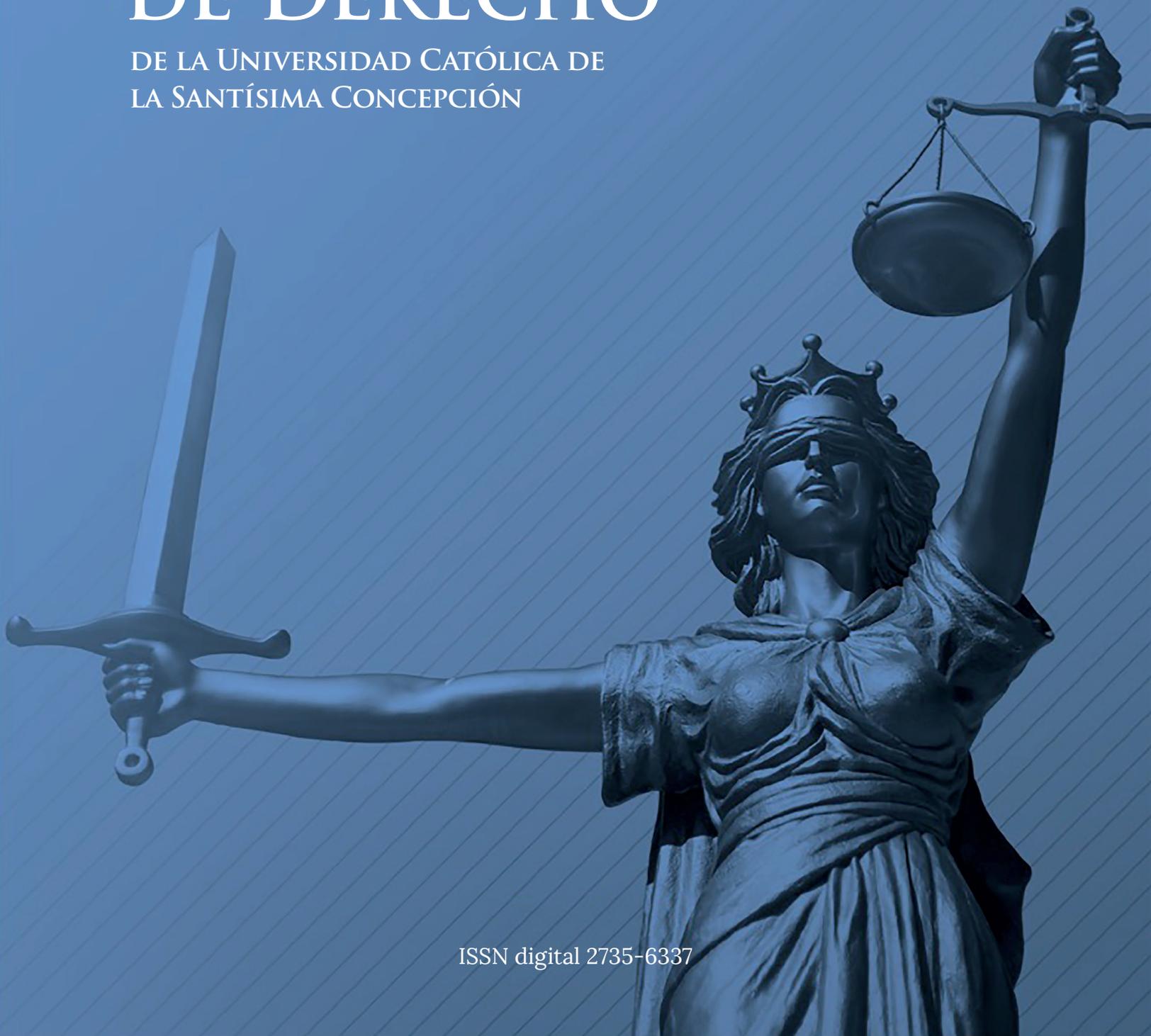


UCSC

EDICIÓN N° 46 | 2025

REVISTA DE DERECHO

DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE
LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN



ISSN digital 2735-6337

REVISTA DE DERECHO

DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE
LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN

Director: **CRISTIAN AEDO BARRENA**

Subdirector: **RAMÓN GARCÍA ODGERS**

Secretario de redacción: **FABRIZIO MACALUSSO CASTRO**

Comité Editorial

Dr. Abelardo Levaggi, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Adolfo Wegmann Stockebrand, Pontificia Universidad Católica de Chile

Dr. Alan Uzelac, Universidad de Zagreb, Croacia

Dr. Alvaro Vidal Olivares, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Dr. Carlos Amunátegui Perelló, Pontificia Universidad Católica de Chile

Dr. Claudio Fuentes Maureira, Universidad Diego Portales, Chile

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

Dr. Dante Figueroa Hernández, Georgetown University, Estados Unidos

Dr. Eduardo Soto Kloss, Universidad Santo Tomás, Chile

Dr. Francisco Orrego Vicuña, Universidad de Chile

Dr. Jaime Williams Benavente, Universidad de Chile

Dr. John Sorabji, University College of London, Reino Unido

Dr. José Luis Soberanes Fernández, Universidad Nacional Autónoma de México

Dra. Laura Velázquez Arroyo, Universidad Nacional Autónoma de México

Dr. Manlio Bellomo, Universidad de Catania, Italia

Dr. Renzo Munita Marambio, Universidad del Desarrollo, Chile

Dr. Rodrigo Fuentes Guiñez, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

Dra. Sophia Romero Rodríguez, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 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 46 correspondiente al primer semestre del año 2025, de la Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. El trabajo por alcanzar los estándares más altos continúa. A la fecha, se ha sumado la indexación de DOAJ y Redalyc, base a la que hemos accedido recientemente.

En cuanto al número 46, han sido aceptados y publicados trabajos de Derecho privado, laboral, procesal y administrativo, todos trabajos de gran calidad académica.

En primer lugar, un artículo de Raimundo Gómez Goldenberg, presenta una interesantísima investigación documental, asociada a los ejemplares que Andrés Bello pudo haber tenido en su biblioteca y, por tanto, haber consultado de cara a la redacción de los proyectos del Código Civil. Le sigue el trabajo de Cristián Cáceres Muñoz, que nos ofrece el tratamiento dogmático de la prueba metapericial que, aunque muy común en procesos civiles, por ejemplo, sobre negligencia médica, no encuentra regulación en el ordenamiento procesal chileno, de ahí la importancia del estudio. Un tercer trabajo, es la traducción del profesor Claudio Agüero San Juan del clásico trabajo de la profesora Susan Haack, trabajo que hace una revisión del pragmatismo jurídico, enfocándose especialmente en el pensamiento de Holmes.

Un cuarto trabajo, de Derecho laboral, es el publicado Catalina Martínez Carreño y Jazmín Cifuentes Crisóstomo. El artículo reflexiona sobre las brechas que la Seguridad Social presenta respecto de la mujer, la que enfrenta fenómenos importantes informalidad y precarización laboral. Un quinto trabajo, es el presentado por Angélica Torres Figueroa, que busca poner en cuestión algunos aspectos críticos relativos al tipo penal del femicidio a partir de un caso de Games of Thrones que expone.

El lector encontrará un sexto trabajo de Johann Benfeld Escobar. En él se explora la justificación de

una decisión de evidencia en el contexto de un proceso judicial. Analiza, para tal efecto, la propuesta metodológica de la teoría racionalista con un enfoque normativo que el autor considera más adecuado para la justificación.

Contamos con dos interesantísimos comentarios de sentencia. Allan Gallardo Gajardo, analiza la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 4 de junio de 2023, rol 2-2022, que falla la responsabilidad por falta de servicio por los daños causados a Fabiola Campillay. El autor reflexiona sobre argumentos de la Corte para extender la responsabilidad por falta de servicio por daños causados por miembros de las FFAA y los argumentos de la Corte relativos al uso de la fuerza. Y, el segundo, de Leonardo Llanos Lagos, aborda la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 527-2024, y nos propone una reflexión sobre la buena fe procesal y los límites de las facultades del juzgador para imponer sanciones por infracciones derivadas de ésta.

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, especialmente a Sebastián González Mendoza, coordinador de redacción, quien junto con Jorge Miranda, Gabriel Melendes y Gedeón Gallardo han trabajado silenciosa, leal e incansablemente.

CRISTIAN AEDO BARRENA
Director

La búsqueda del Digesto de Bello

The search for the Digest of Bello

Raimundo Tomás Gómez Goldenberg

Universidad Andrés Bello, Santiago, Chile.

Correo electrónico: raimundog@gmail.com. <https://orcid.org/0009-0007-3618-9588>

Recibido el 17/03/2025

Aceptado el 14/05/2025

Publicado el 23/05/2025

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2025.n46.01>

RESUMEN: El presente trabajo se centra en identificar dos de las ediciones del *Corpus Iuris Civilis* que Andrés Bello pudo utilizar al momento de escribir el Código Civil. En particular, se pretende determinar si ellas formaron parte del catálogo de su biblioteca.

El hallazgo de estos ejemplares ha permitido identificar algunas notas inéditas, las que se espera en un futuro que puedan ser atribuidas a su autoría. En este sentido, guarda especial relevancia determinar si una definición manuscrita de la palabra Código, hallada en uno de los Digestos, es obra de don Andrés.

PALABRAS CLAVE: Bello, Digesto, Rodríguez de Fonseca, Ferromontano, Código Civil.

ABSTRACT: This study focuses on identifying two editions of the *Corpus Iuris Civilis* that Andrés Bello may have used when drafting the Civil Code. In particular, it seeks to determine whether these editions were part of his personal library catalog. The discovery of these copies has led to the identification of some previously unpublished notes, which, it is hoped, may in the future be attributed to him. In this regard, it is especially relevant to determine whether the handwritten definition of “Código,” found in one of the volumes of the Digest, is the work of Bello.

KEY WORDS: Bello, Digest, Rodriguez de Fonseca, Ferromontano, Civil Code.

I. INTRODUCCIÓN

Determinar qué libros utilizó Andrés Bello representa una importante fuente de conocimientos. El catálogo de su biblioteca ayuda a entender qué autores e ideas influyeron en su pensamiento y cómo ellas fueron plasmadas al momento de redactar nuestro Código Civil. En este sentido, conocer qué versiones del Digesto utilizó, tendrá la relevancia de ayudar a esclarecer las posibles diferencias entre ediciones, lo que permitirá sumar fuentes al acervo de los conocimientos que él utilizó al momento de formar su mayor obra intelectual.

De esta manera, expandir la información sobre el material con el cual trabajó permite reexplorar sus decisiones y a su vez precisar el alcance de sus normas. Esperando que esta propuesta sea de ayuda para juristas, académicos e investigadores que pretendan esclarecer el espíritu fidedigno del establecimiento de la codificación civil latinoamericana.

Este proyecto nace a raíz de una investigación –en curso– sobre algunas normas de la codificación civil continental. A raíz de ella, se consultó a Carlos Amunátegui Perelló sobre las versiones del Digesto que pudo utilizar Andrés Bello al momento de redactar el Código Civil. De esta forma, él sugirió analizar la edición de Bartolomé Rodríguez de Fonseca.¹

El problema radica en que ese libro no se encuentra dentro del catálogo de la biblioteca de Bello,² colección que conocemos gracias a la identificación de sus libros realizada por Diego Barros Arana y producida a raíz de la posesión efectiva de sus bienes.³ Su manuscrito –digitalizado–⁴ señala en su página ciento uno que existió entre sus libros un Digesto, denominado “*Corpus Juris Civilis Academicum [...]*”. Él fue elaborado por Christoph Henr. Freiesleben, alias Ferromontano y en la entrada del registro de Barros Arana, se señala al año 1782 como la fecha de su publicación.

Antes de continuar, cabe mencionar que el innegable legado intelectual de Bello ha vuelto a su biblioteca un campo de viva investigación.⁵ A los textos de su colección se incorporaron volúmenes hasta un año antes de su muerte.⁶ Si bien su contenido material puede no corresponder a todo el material al que tuvo acceso, sus omisiones nos llevan a citar la opinión de Emir Rodríguez,⁷ quien expresa que existen obras conocidas indudablemente por el codificador chileno que no se encuentran en su biblioteca, hecho que podría explicarse en la versión de que Bello vendió parte de sus volúmenes en vida.

Tras su muerte, los textos de Bello se incorporaron al acervo de la Biblioteca Nacional y las ediciones duplicadas a la colección de la Biblioteca de la Universidad de Chile.⁸ Sobre las versiones del Digesto disponibles en su catálogo, Bally Velleman determinó que existen dos copias de las obras de Justiniano, una de 1618 y otra de 1827,⁹ ninguna de las cuales se ha podido identificar y no siendo ninguna de ellas las que se analizan en esta investigación. Las mentadas discrepancias no ayudan a determinar con certeza qué versiones del Digesto fueron utilizadas por Bello, no obstante instar y reiterar las proposiciones precedentemente señaladas. Ello con fundamento en los antecedentes que se expondrán.

¹ RODRÍGUEZ DE FONSECA (1775-1790).

² VELLEMAN (1995).

³ CASTELLETTI (2021), p. 482.

⁴ BARROS (1862), p. 101.

⁵ Ver BARROS (1862); RODRÍGUEZ (1969); DE ÁVILA (1981); VELLEMAN (1995); y CASTELLETTI (2022), pp. 102-125.

⁶ RODRÍGUEZ (1969), p. 425.

⁷ RODRÍGUEZ (1969), p. 426, n. 15.

⁸ VELLEMAN (1995), pp. 98 y 99.

⁹ VELLEMAN (1995), p. 91.

II. EL DIGESTO DE BARTOLOMÉ RODRÍGUEZ DE FONSECA

Los motivos que llevan a refrendar la incorporación de la obra de Bartolomé Rodríguez de Fonseca se basan en el contenido del libro *Derecho Romano* de Andrés Bello. En este sentido, sus *Instituciones de Derecho Romano* fueron publicadas por primera vez en 1843.¹⁰ Su texto se corresponde a las notas tomadas en clases por sus alumnos, las que fueron revisadas por él.¹¹ Si bien su autor tuvo la intención de ampliar su contenido en un texto bilingüe –escrito en latín y español– sus pruebas de imprenta conocidas como *Notas al Texto de los Elementos del Derecho Romano según el orden de las Instituciones de J. T. Heineccio*, nunca vieron la luz.¹²

La edición hoy disponible fue publicada en 1981 y forma parte de las obras completas de Bello.¹³ Su texto –utilizado en esta investigación– se corresponde con la primera versión (1843), la cual originalmente no contenía prefacio ni indicación de autor.¹⁴

A efectos de determinar qué edición del Digesto utilizó Bello se observó que dos de las notas al pie de la edición de 1981 han sido identificadas bajo la leyenda “Nota de Bello”. Según se explicará, ese elemento permite vincular el trabajo de Rodríguez de Fonseca con Andrés Bello por las siguientes razones:

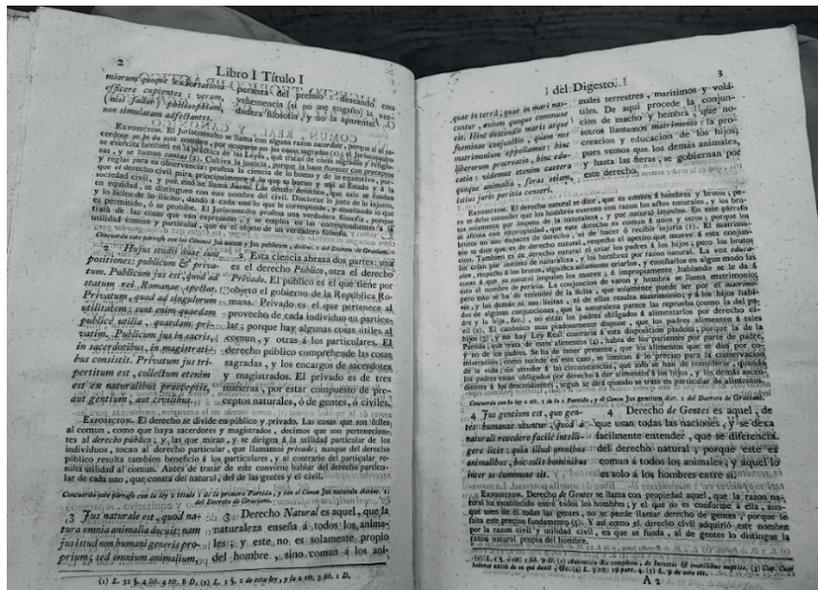


Imagen 1.¹⁵

¹⁰ GUZMÁN (2000), p. 141.

¹¹ BELLO (1981), p. XLVIII.

¹² BELLO (1981), p. XLII.

¹³ BELLO (1981).

¹⁴ BELLO (1981), p. XLVI.

¹⁵ RODRÍGUEZ DE FONSECA (1775), T. I, p. 3. Consultado en el Fondo antiguo de la Biblioteca de la Universidad de Salamanca.

1. Las Instituciones de Derecho Romano, en su título *Del derecho natural, de gentes y civil* se encuentra una primera nota del autor identificada como (a). En ella se señala “T.1 P.3”.¹⁶ Esta cita llevó a buscar lo escrito en la página tres del tomo primero del *Digesto Teórico Práctico*. Encontrándose en ese lugar los textos de D. 1.1.2 y D. 1.1.3, los cuales se refieren al Derecho Natural y de Gentes, situación que autoriza a plantear una correspondencia entre la obra de Rodríguez de Fonseca y la nota (a) de Andrés Bello.
2. En las Instituciones de Bello, bajo el epígrafe “*De la división de las cosas y adquisición del dominio de ellas*”, se encuentra la nota (k).¹⁷ Una última inscripción, también identificada como escrita por el autor, señala brevemente: “T. 16. P. 6”.
3. Lo escrito bajo la nota (k) permite sugerir que el pie de página se corresponde a la indicación del último tomo del *Digesto* de Rodríguez de Fonseca (XV). Ese cuerpo, en su título I y bajo su página 6, dice: “*De la adquisición del dominio de las cosas*”. Lo que lleva a proponer que la mención al tomo XVI puede ser consecuencia de una mala lectura de los numerales romanos y/o manuscritos de Bello.
4. Los motivos que llevan a plantear ese error de lectura y transcripción se basan en que la obra de Rodríguez de Fonseca trata sobre ocupación de los animales bravíos y abejas, en el tomo XV, bajo el título I y dentro de su página 6, es decir T. XV I P. 6.

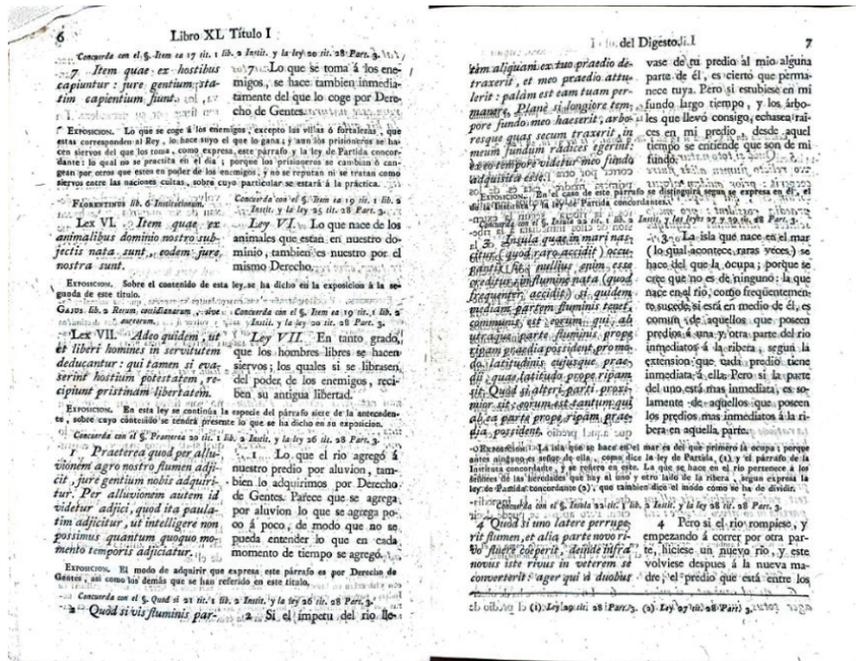


Imagen 2.¹⁸

¹⁶ BELLO (1981), p. 9.

¹⁷ BELLO (1981), p. 41.

¹⁸ RODRÍGUEZ DE FONSECA (1775) T. XV, p. 3. Consultado en el Fondo antiguo de la Biblioteca de la Universidad de Salamanca.

La importancia de confirmar el uso de esta edición del Digesto será que Bartolomé Rodríguez de Fonseca añade a su texto concordancias con el Derecho Indiano, Castellano y de las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio; legislaciones que representan una importante fuente de conocimientos para Bello, quien a través de la lectura de sus textos y comentarios pudo haber discernido sobre los elementos aplicables a la codificación chilena.

El interés intelectual de Bello por el Derecho Romano se manifiesta expresamente en uno de sus escritos, en los siguientes términos: “*nuestra legislación civil, sobre todo la de las Siete Partidas, encierra lo mejor de la jurisprudencia romana, cuyo permanente imperio sobre una tan ilustrada parte de Europa atestigua su excelencia*”. Igualmente hace presente la importancia de las fuentes utilizadas por la legislación castellana en el diario *El Araucano*, publicado el 21 de marzo de 1834, en donde escribe su artículo “*Latín y Derecho Romano*” y expresando en él: “[...] *sin un hilo que le conduzca por este intrincado laberinto, [se] está en peligro de tropezar y de perderse a cada paso. Ahora bien, el Derecho Romano, fuente de la legislación española que nos rige, es su mejor comentario; en él han bebido todos nuestros comentadores y glosadores; a él recurren para elucidar lo oscuro, y restringir esta disposición, ampliar aquélla, y establecer entre todas la debida armonía. Los que lo miran como una legislación extranjera, son extranjeros ellos mismos en la nuestra*”.¹⁹

Una vez revelados estos resultados, los que llevan a refrendar la incorporación del Digesto Teórico-Práctico de Bartolomé Rodríguez de Fonseca al catálogo bibliográfico de Andrés Bello, esta investigación continúa explorando el contenido de las fuentes utilizadas para elaborar el Código Civil de Chile.

III. EL INVENTARIO DE LA BIBLIOTECA DE BARROS ARANA

De esta forma, el manuscrito de Diego Barros Arana señala en una entrada destinada a establecer que la versión del Digesto disponible en la biblioteca de Bello es el *Corpus Juris Civilis Academicum* [...] de Ferromontano, obra publicada en dos tomos en 1782.

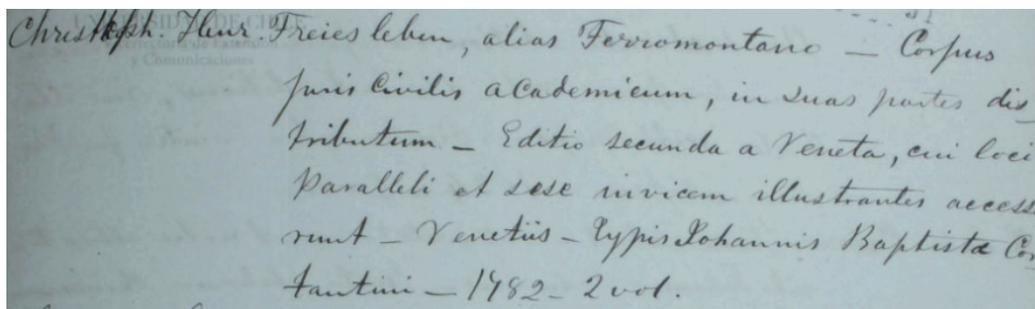
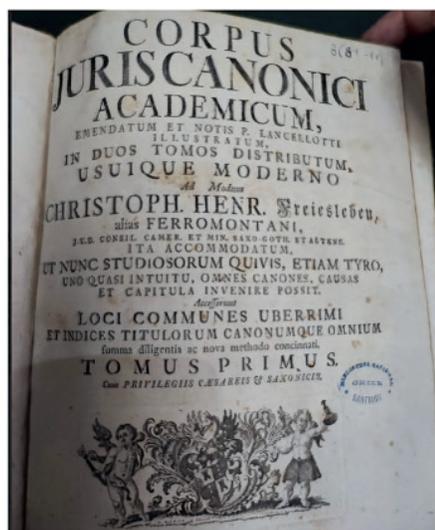


Imagen 3.²⁰

¹⁹ Cfr. BELLO (1981), pp. XLI y XLII.

²⁰ BARROS (1862), p. 101. El Digesto de Bello.

Al realizar la consulta en el sistema de búsqueda de la Biblioteca Nacional, la única obra asignada a Ferromontano es el “*Corpus Juris Canonici Academicum* [...]”, de Christoph Henr. Freiesleben. La adjudicación a la biblioteca de Bello –en este caso– está dado por la etiqueta (*ex libris*) adosada al anverso de su portada, la cual señala que esa copia fue parte de la biblioteca de Bello.



Imágenes 4 y 5.²¹

La revisión inicial del “*Corpus Juris Canonici Academicum* [...]” no se logró identificar notas manuscritas de Bello, por lo cual se invita a efectuar un análisis más profundo de su contenido, ya que lo escrito en ellas podría permitir reexplorar el influjo del Derecho Canónico en la codificación civil de Bello. Una línea de investigación que ya presenta importantes avances y que convendrá seguir desarrollando.²²

IV. EL DIGESTO DE FERROMONTANO

En cuanto al esquivo texto mencionado por Diego Barros Arana, su posible hallazgo se consiguió gracias a que fue solicitada una búsqueda de todas las obras Christoph Henr. Freiesleben disponibles al interior del catálogo del Fondo general de la Biblioteca Nacional de Chile. De esta forma, se llegó a encontrar dos tomos del *Corpus Juris Civilis Academicum*, publicados en Lyon durante el año 1758. Sobre ellos no consta registro físico o digital de su solicitud.

²¹ FERROMONTANO (1783). Anverso y portadilla, *Corpus Juris Canonici*.

²² Véase SALINAS (2006); GOLDENBERG (2017); IRARRÁZAVAL (2018) y; VIAL-DUMAS (2019), entre otros.

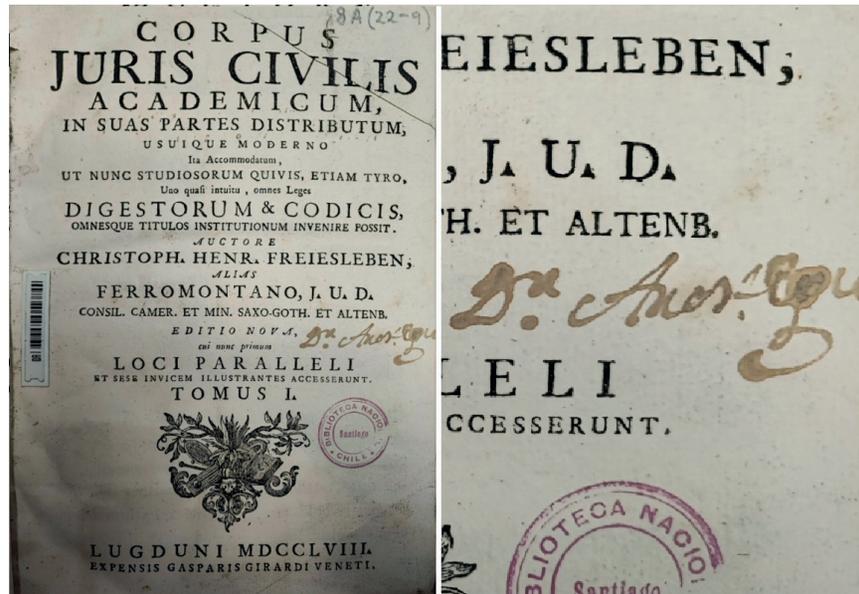


Imagen 6.²³

Imagen 7.²⁴

Al momento de su hallazgo, la obra presenta serias señales de deterioro en sus lomos, páginas iniciales y finales, las cuales originalmente se encontraban en blanco. Ese estado llevó a solicitar la realización de medidas de conservación que permitan su mantención. La acción fue requerida personalmente a los funcionarios del Centro de Investigaciones Diego Barros Arana de la Biblioteca Nacional de Chile. Como se aprecia en la imagen VI, la obra, bajo la portadilla de su volumen I, presenta una firma, la que se sugiere que sea verificada formalmente por especialistas caligráficos, a fin de ser vinculada a Andrés Bello. En cuanto a si ella posee notas manuscritas, se puede informar afirmativamente. Destaca en este sentido que en la portadilla del *codex* justiniano encuentra una definición etimológica manuscrita de la voz Código.

²³ El Digesto de Ferromontano y su firma ológrafa.

²⁴ RAMOS (2008). Firma de Andrés Bello.

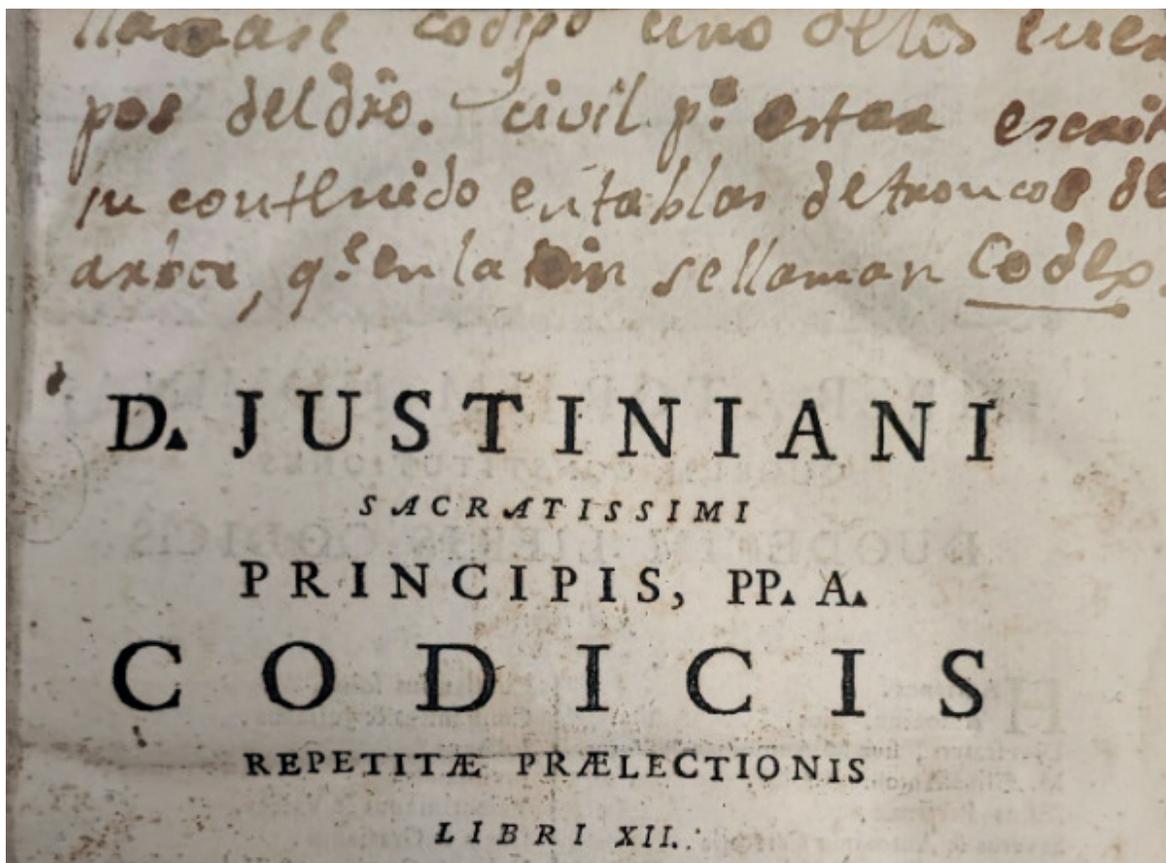


Imagen 8.²⁵

De la lectura de su texto se interpreta lo siguiente: “llámese código uno de los cuerpos del derecho civil por estar escrito su contenido en tablas de tronco de [¿]árbol[?], que en latín se llaman *codex*”.

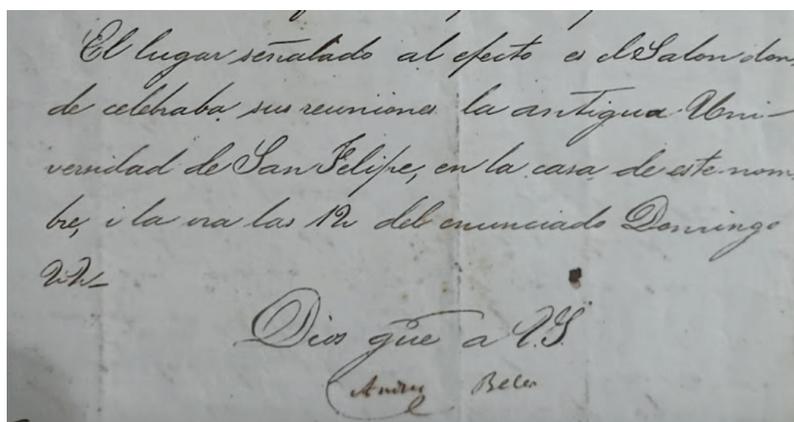


Imagen 9.²⁶

²⁵ Definición de Código.

²⁶ BELLO (1844), p. 1. Detalles de la caligrafía y firma de Bello.

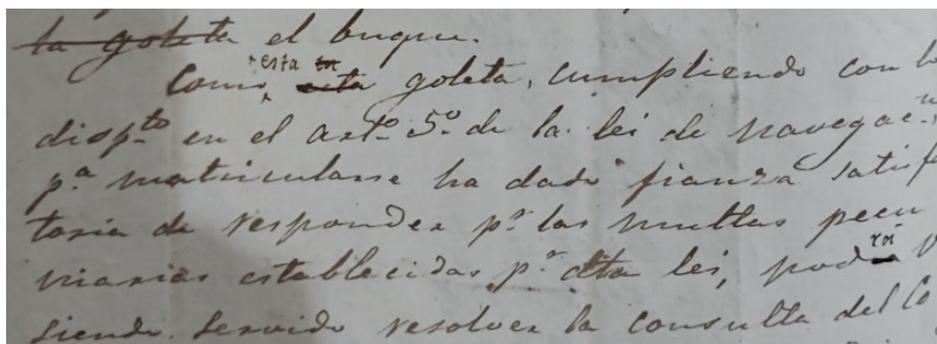


Imagen 10.²⁷

A fin de determinar si la letra corresponde a Andrés Bello se revisó uno de sus manuscritos (imágenes IX y X). Como se aprecia –en la imagen IX– ella presenta unas formas de grafía de trazos continuos diversos a los utilizados para escribir la mentada definición de código. Una característica que por sí misma no descarta la redacción del autor. Esto a causa de que en la imagen X, proveniente desde el mismo manuscrito, se corrobora el uso de una caligrafía secundaria.



Imagen 11.²⁸

Esa segunda manera de escribir es utilizada para realizar correcciones o anotaciones al texto principal. Al observar las palabras “esta”, incorporada en la imagen X, se aprecia que ella se puede asemejar a la palabra “estar” manuscrita en la definición de Código, incorporada en a la imagen VIII. Por lo cual y a consecuencia de la similitud identificada es que solicita sinceramente que se verifique su correspondencia caligráfica. Una labor que permitirá corroborar o descartar si la definición de Código hallada es obra de don Andrés.

V. CONCLUSIONES

Las referencias de los trabajos elaborados por Andrés Bello dan cuenta de la importancia que le destinó al estudio del Derecho Romano.

1. Los dos pies de página de sus Instituciones de Derecho Romano, identificados como notas de Bello, permiten acreditar que Bello utilizó el Digesto de Bartolomé Rodríguez de Fonseca tras revisar la redacción de ese último texto.

²⁷ BELLO (1844), p. 2. Detalle caligrafía de Bello.

²⁸ Detalle caligrafía “estar” y “esta”.

2. Parte de los libros de la biblioteca de Bello se incorporaron al acervo de la Biblioteca Nacional de Chile. El catálogo de Diego Barros Arana, sobre el material presente en la biblioteca de Bello, permite identificar al Digesto de Ferromontano como un ejemplar presente entre sus libros.

3. Ante las dudas sobre si las notas manuscritas, presentes en un ejemplar del Digesto de Ferromontano disponible en la Biblioteca Nacional de Chile, pertenecen a Andrés Bello es que se realiza un público llamado a identificar si ellas son obra de nuestro codificador.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (2018): “Las *curiae* y las *leges regiae*. Protohistoria de una evolución socio-jurídica”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (núm. 40).
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (2019): “La validez en la ley arcaica. Reflexiones comparativas respecto de las Doce Tablas y las *Leges Regiae*”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (vol. 32 núm. 2).
- BARROS ARANA, Diego (1862): “Borrador de un catálogo de la biblioteca del señor Andrés Bello”, disponible en: https://bibliotecadigital.uchile.cl/discovery/delivery/56UDC_INST:56UDC_INST/12171977870003936.
- BELLO LÓPEZ, Andrés (1844): [Carta] 1844 septiembre 16, Santiago [a] Mariano de Egaña Fabres (Santiago, Biblioteca Nacional de Chile).
- BELLO LÓPEZ, Andrés (1981): *Derecho romano* (Caracas, La Casa de Bello), t. XVII.
- CASTELLETTI FONT, Claudia (2021): “La testamentaria de Andrés Bello: legatario, heredero y causante intestado. Los negocios jurídicos y las relaciones de familia develados a su muerte”, en: *Revista Chilena de Historia del Derecho* (vol. 26 núm. 2).
- CASTELLETTI FONT, Claudia (2022): “La reconstrucción de la biblioteca de Andrés Bello por las marcas de procedencia bibliográfica”, en: *Revista PontodeAcesso* (vol. 16 núm. 3).
- DE ÁVILA MARTEL, Almiro (1981): *Andrés Bello y los libros* (Santiago, Fondo Andrés Bello).
- DE MIGUEL, Raimundo (2003): *Nuevo diccionario latino-español etimológico* (Madrid, Ed. facs.).
- FREIESLEBEN, Christoph (1783): *Corpus juriscanonicum academicum, emendatum et notis P. Lancellotti illustratum ...* (Coloniae Munatianaë, Impensis Emanuelis Turneysen).
- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2017): “Una propuesta de reconstrucción del sentido original del estado civil en el Código Civil chileno”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (vol. 39).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2000): “Historia de la codificación civil en Iberoamérica”, disponible en: <https://www.larramendi.es/es/consulta/registro.do?control=FIL20090007246>.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2017): *La fijación y la codificación del derecho en Occidente* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- IRARRÁZAVAL GOMIEN, Andrés (2018): “Hacia un nuevo consenso en la regulación de los cementerios: La evolución de las normas civiles y canónicas a lo largo del s. XX”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 45 núm. 1).
- RAMOS FLAMERICH, Guillermo (2008): “Signature of Andrés Bello, 1804”, disponible en: https://commons.m.wikimedia.org/wiki/File:Signature_of_Andr%C3%A9s_Bello,_1804.jpg.

- RODRÍGUEZ DE FONSECA, Bartolomé (1775-1790): *Digesto teorico-practico, ó Recopilacion de los derechos comun, real y canonico, por los libros y titulos del Digesto...* (Madrid, Imprenta Real) t. I-XV.
- RODRÍGUEZ MONEGAL, Emir (1969): *El otro Andrés Bello* (Caracas, Monte Ávila Editores).
- SALINAS ARANEDA, Carlos (2006): *El Influjo del Derecho Canónico en el Código Civil de la República de Chile* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- VELLEMAN, Barry (1995): *Andrés Bello y sus libros* (Caracas, La Casa de Bello).
- VIAL-DUMAS, Manuel (2019): “La familia nuclear ante el derecho. Una retrospectiva de su formación y definición en la tradición jurídica occidental”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 46 núm. 2).

Aspectos relevantes de la prueba metapericial (caligráfica)

Relevant aspects of the (calligraphic) metha-expert evidence

Cristián Cáceres Muñoz

Universidad de las Américas, Concepción, Chile.

Correo electrónico: caceresforense@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-9325-0513>

Recibido el 05/02/2025

Aceptado el 17/05/2025

Publicado el 03/06/2025

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2025.n46.02>

RESUMEN: La prueba metapericial caligráfica nace a partir del estudio lógico, epistémico y valorativo que se realiza a una prueba pericial *ex ante*, actividad denominada, metaperitaje. Coadyuva al sentenciador a dar comprensión respecto de una técnica o ciencia aplicada que no logra sortear un haz de entendimiento mínimo dada las anomalías de factura evidenciadas en el informe pericial auscultado. Sin embargo, el legislador nacional no le ha conferido una regulación formal aun cuando posee aspectos de suma relevancia para el sistema judicial.

PALABRAS CLAVES: Metapericia, metaperitaje, prueba metapericial, derecho pericial, prueba pericial.

ABSTRACT: The calligraphic meta-expert evidence arises from the logical, epistemic, and evaluative study performed on *ex ante* expert evidence, an activity known as meta-expertise. It helps the sentencing judge understand a technique or applied science that fails to overcome a minimum scrutiny given the manufacturing anomalies evident in the expert report examined. However, the national legislator has not formally regulated it, even though it contains aspects of utmost relevance to the judicial system.

KEYWORDS: Metha expertise, critique evidence, metha expertise evidence, expert law, expert report.

I. INTRODUCCIÓN

La prueba, como una institución para defender una posición y acreditar hechos en un litigio, posee un vasto estudio doctrinal desde diferentes posiciones, sean epistémicas o teóricas; filosóficas o incluso abordada desde aspectos éticos. Así la dogmática conforme a ella nos presenta ciertos aspectos que

podemos tildar de relevantes conforme el aporte que hagan al acervo del derecho.

Dentro del abanico de medios probatorios que prestan la utilidad suficiente para quien se hace de ella dentro de nuestro sistema judicial, la prueba pericial como tipo o grupo, se encarta en aquella opinión o dictamen que emite o evacúa un experto que domina una ciencia, arte u oficio la cual es recogida por quien imparte justicia, ayudándole a éste último a comprender un hecho, situación o estado de ciertas cosas que escapan a su saber, pero que, necesitado de ella, le servirá para cumplir con lo que la ley le ordena, es decir, arribar a una sentencia justa.

Dentro de este tipo de prueba, existe un subgrupo denominado prueba metapericial, la que nace a partir del estudio lógico, epistémico y valorativo que se realiza a una prueba pericial *ex ante*. En otras palabras, un metaperitaje puede ser ejecutado conforme la infinidad de las ciencias, artes u oficios efectivas mientras exista un trabajo pericial que se haya ejecutado primeramente determinado conforme a cada una de estas variantes.

En la parcela del conocimiento caligráfico forense, un informe pericial que contiene la labor o actividad ejecutada y sus conclusiones, puede ser objeto de un metaperitaje si a ojos del observador, aquel presenta serias dudas o reparos que lo tornen poco creíble, inconsistente, débil o incompleto por una serie de factores que han influido en su construcción. O, en el caso contrario, aquella actividad o labor metapericial, puede ser ejecutada para reforzar la validez del contenido del informe pericial primitivo, sin olvidar jamás, que tanto lo evacuado o informado en el primero como en el segundo, nunca podrán “sustituir la labor valorativa, argumentativa y juzgadora del Juez”,¹ pero sí de todas formas, apoyarlo.

La epistemología permite acercarse al conocimiento de este tipo de prueba, pues tal como se verá, el razonamiento filosófico nos revelará que estamos frente a un instituto probatorio que nace y se origina con posterioridad a uno anterior, confrontando el contenido del primero y evaluando su aptitud para dar certeza. Este aspecto nos acerca a observar otro cariz: su valor como medio y tipo de prueba. Ergo de alguna u otra manera, la prueba metapericial coexiste en el sistema para ayudar al derecho en su finalidad universal.

En estos dominios, el perito que practica el metaperitaje, debe respetar principios de orden éticos y morales, pues no todo perito puede ejecutar una labor metapericial. Él debe cumplir con ciertos requisitos para levantar esta empresa, asumiendo que, probablemente, develará un trabajo reñido con los principios que se deben respetar en una ciencia, arte u oficio determinada. Es decir, el resultante de dicha labor se convertirá en prueba y esta contendrá los aspectos de que adolece el informe pericial revisado.

Este pequeño paneo o factor descriptivo posee un alto grado de contenido basal para este artículo, pues la prueba metapericial caligráfica puede ser abordada como un fenómeno en la realidad jurídica donde las declaraciones en torno a ella son creadas, transferidas, objetivadas y acaparadas por la persona que interpreta o trata de interpretar su aparición y determinar algún tipo de aspecto redituable

¹ Soto con Schilder (2023).

que ella ofrezca, tal como se pretende en este artículo al aprehenderla y captar sus cualidades. Ejemplo de lo descrito, y tal como se verá, es posible acceder a este fenómeno, pues como medio prueba nos devela ciertos aspectos fácticos anómalos presentes en el peritaje *ex ante*, que no son advertidos por la simple inteligencia. Unido al hecho cierto de que estamos en presencia de un tipo de prueba no regulada, atípica y compleja. Y todo lo anterior, puede ser objeto de una investigación descriptiva.

A. Metodología

Lo anteriormente expuesto no es para nada ajeno cuando se presenta una prueba pericial caligráfica donde, a partir de los datos contenidos en el informe que la soporta, el observador letrado, aun cuando posea un conocimiento lego en esta área, advierte que en ese documento, el perito que lo elaboró no fue del todo prolijo en cuanto a las operaciones desplegadas para efectuar el peritaje, o los componentes del informe no producen un enlace lógico y coherente, o se advierte que el perito concluye tajantemente sin siquiera abordar un estudio pormenorizado, acotado o más fino con los cuerpos escriturarios originales, bastándole sólo la morfología global contenida muchas veces en copias fotostáticas, ilustraciones fotográficas o escáner para llegar a dictaminar. O, lo que es aún más grave, cuando se advierten sesgos cognitivos dirigiendo al experto sin que éste se percate de aquello.

Tal como expone la evidencia relatada, por tratarse de una investigación y estudio basado en la recolección de información, para abordar los aspectos que a juicio de este investigador son relevantes, se utilizará preferentemente fuentes de investigación bibliográfica; tales como libros y/o revistas jurídicas; además de doctrina y jurisprudencia nacional y comparada.

Para acometer dicha problemática se empleará una metodología dogmática teórica que cumpla con el objetivo general que es describir y analizar el fenómeno jurídico de la prueba metapericial caligráfica; fundamentos que se examinan a partir de la recolección de información pertinente, en el entendido de que este particular medio de prueba devela las imperfecciones contenidas en un informe, considerando además que es un excelente elemento que auxilia al juez ante la ignorancia que también pueda llegar a poseer en esta parte de la ciencia documental forense.

En términos estrictos, se utilizará una metodología descriptiva.

B. Justificación del tema

Como la prueba metapericial en términos generales, dada su característica atípica y compleja no goza de una regulación formal por parte del legislador, a falta de aquello es que se hace necesaria presentarla apoyada en determinados matices que permiten su observación y acceso. En vista de lo anterior es que se expondrán en este artículo aspectos de orden epistemológicos, axiológicos, deontológicos y fácticos, junto a los análisis jurídicos y legales pertinentes, que permiten justificar no solo su existencia, sino que además la capacidad natural que posee como medio de auxilio para quien imparte justicia.

Finalmente se desarrollará una conclusión útil y adecuada en base a la dogmática recogida durante la investigación.

C. Objetivos

Comprender la causa basal del origen de este fenómeno jurídico con miras a corregir futuros errores en que puedan incurrir los operadores jurídicos por el conocimiento lego en una disciplina especial. Orientar la perspectiva en el trabajo probatorio bajo el sentido de que una prueba metapericial caligráfica siempre es redituable a la hipótesis de la pretensión.

Acercar el contenido técnico-científico de la prueba metapericial caligráfica forense a los operadores en derecho.

II. ASPECTOS EPISTEMOLÓGICOS

La prueba metapericial es un tipo de prueba no regulada, atípica y compleja, y sólo arriba y abraza este estatus probatorio una vez concluida la labor o actividad que le antecede denominada metaperitaje, pues este es el origen y *condictio sine qua non* para que exista. De modo que aquella solo gozará de vida propia para provocar efectos en el proceso, si ha existido previamente una tarea o labor desarrollada por un experto que, tal como se presentará, consiste en revisar un documento o informe.

Bajo una primera aproximación, debemos estar contestes en que para llegar “a conocer y justificar afirmaciones verdaderas sobre un objeto de estudio determinado”,² como lo es esencialmente la prueba metapericial caligráfica, conviene primeramente referirnos al acto o labor que la origina: el metaperitaje como antecesor directo.

Esta actividad corresponde a una labor realizada mediante un despliegue de conocimientos y actuaciones a través de las cuales se busca desentrañar o disipar la duda germinada por un informe pericial que a criterio de la parte a quien le afecta, adolecería de irregularidades, sea de orden metodológico por errónea aplicación de aquel; o, debido a la poca rigurosidad con que el perito utiliza sus conocimientos y saberes para realizar el peritaje encomendado. O, por sesgos cognitivos que interfieren en el correcto desarrollo lógico de la actividad pericial, entre otros aspectos anómalos. Pues, es importante comprender que “la evaluación que se realiza por medio del metaperitaje está enfocada en la validez científica, la fiabilidad metodológica y la justificación forense”,³ aspectos de suma importancia, toda vez mediante ellos se logra, no solo advertir, sino que comprender determinadas anomalías contenidas en el informe pericial sometido a estudio.

En palabras simples “el objeto de estudio del metaperitaje, por fuerza, ha de ser el contenido y la expo-

² AGUIRRE-ROMÁN Y PABÓN-MANTILLA (2020), p. 188.

³ LÁZARO (2024a), p. 59.

sición que un experto en determinada materia hubiese vertido en su dictamen pericial especializado”⁴

Una vez realizado el metaperitaje, el perito que ejecuta dicha labor, y que por fuerza mayor debe dominar la misma ciencia, o reglas del arte u oficio, o técnicas y ciencias afines (dada las interrelaciones culturales actuales), que aquel perito que confeccionó el informe pericial primitivo, estará en condiciones de evacuar su informe metapericial, el cual incluirá el correspondiente dictamen o la conclusión a la que arribó.

No estamos frente a un peritaje efectuado a otro peritaje, ni se realiza una labor pericial al mismo objeto de pericia pues no es un contraperitaje. No obstante, aquello, el metaperito (para estos efectos) habiendo ejecutado y construido su documento, estará en disposición de presentarlo para ser ofrecido o aportado como prueba, obedeciendo al tipo de procedimiento y la sede jurisdiccional que corresponda.

Este componente redituable revela el *ethos* de este medio probatorio tan especial, aun cuando, como se verá casi al finalizar este artículo, aquel no posee una regulación formal establecida en la ley. Razón por la cual habrá que recurrir a otras instituciones del derecho para su inclusión; en algunos casos deberá ser encartada en otro medio de prueba para llegar a valorarla. Pero vamos por parte.

Para “apoyarnos en un conocimiento comúnmente aceptado”⁵ en términos epistémicos, la prueba metapericial caligráfica asciende como un axioma compuesto por tres dicciones lingüísticas que, en sí, son cada una un significante determinado, pues son representaciones mentales de algo que se relaciona directamente con ellas.

Por un lado, se alza el vocablo prueba “que ostenta un carácter multívoco y se le usa con diversos significados”,⁶ sea de orden jurídico, aunque en esta dimensión “no sea específica en su esencia”,⁷ es decir, muchas veces está determinada por su tipo y naturaleza. O de orden científico: la que no acepta refutación alguna, lo que conlleva ciertas confrontaciones epistémicas, pues este criterio “nos conduce al problema de la demarcación entre lo que es científico y lo que no lo es”,⁸ pudiendo alcanzar a la prueba metapericial caligráfica, incluso con pleno valor en el contenido en aquella crítica. No obstante, más allá de la discusión canosa, algo de verdad hay en la distinción debatida y tal como se verá, existe un reflejo de ciencia en la metapericial caligráfica y también de técnica.

Finalmente, otros usan el término prueba de forma más superflua con carácter acomodaticio dependiendo de la finalidad que el autor pretenda.

⁴ SÁNCHEZ (2024), p. 106.

⁵ MARCANO (2020), p. 254.

⁶ ALVARADO (2006), p. 13.

⁷ VERBIC (2008), p. 21.

⁸ VÁSQUEZ (2015), p. 21.

El segundo concepto, es decir, el término metapericial se construye a partir de dos vocablos. El prefijo *meta* (μετά) de origen griego y que significa “junto a, después de, entre, con o acerca de”,⁹ y de la palabra pericial, que se asienta en “lo perteneciente al perito”.¹⁰ Así, se puede esbozar una primera concepción útil y cercana a este artículo señalando que lo metapericial es una representación que intenta describir una labor que se realiza con posterioridad a la conclusión de otra, pero enfocada en una actividad o labor anclada en la misma ciencia, arte u oficio ya utilizada, es decir, conexas.

Por su parte, el tercer elemento corresponde a la expresión caligráfica, la cual “es perteneciente o relativa a la caligrafía”,¹¹ y que, para efectos de esta investigación, nos interesa la segunda acepción dada por la Real Academia Española, a saber, aquella que se refiere a un conjunto de rasgos que caracterizan la escritura de una persona, de un documento, etc.

Habiendo posicionado los tres pilares que conforman el axioma estudiado, la prueba metapericial caligráfica nace bajo la premisa de que se debe acreditar que un informe pericial caligráfico incorporado como prueba u ordenado por el tribunal como medio de prueba, está correcto y bien construido, o adolece de errores en cuanto a la utilización de la metodología aplicada; contiene un desproliza rigurosidad de la labor o actividad efectuada o se evidencia la presencia de sesgos cognitivos por parte del perito autor. Por lo tanto, aquel informe *ex ante* no satisface ni cumple con un estándar de objetividad y de lógica.

Ahora bien, para lograr captar lo anterior, se requiere a lo menos de lo que la inteligencia y la cultura media informe, de modo tal que permita al observador ser asombrado por las irregularidades antes descritas, toda vez que, mediante un medio de prueba típico y formal como una prueba pericial, se está presentando una verdad o una apariencia de ésta mediante un pronunciamiento con un alto contenido de no verdad al interior de un litigio y “los procesos judiciales tienen la finalidad de garantizar derechos por medio de decisiones justas”¹² a la cual no podría arribarse apoyándose en una pericial caligráfica deficiente.

Lo que nos lleva a recoger otra noción que germina en el instante y que se relaciona con el grado de convencimiento al que puede llegar el justiciante siendo lego en la ciencia caligráfica forense. Vemos que, en esta dimensión, la prueba metapericial caligráfica sirve de un correcto sustento epistemológico para la judicatura “de forma que los jueces puedan declarar probado o no probado un enunciado basados en razones concretas, dejando de lado la subjetividad y eliminando la posibilidad de alegarse la ocurrencia de arbitrariedad”,¹³ aspectos que no podrían acaecer si, estructuras anómalas estaban contenidas en el informe pericial caligráfico, guiando al justiciante de manera errada sin percatarse de aquello. Cuestión interesante, pues ha sido material de estudio la posición que adopta el juez

⁹ Véase: <https://dle.rae.es/meta->.

¹⁰ Véase: <https://dle.rae.es/pericial?m=form>.

¹¹ Véase: <https://dle.rae.es/caligr%C3%A1fico?m=form>.

¹² LOPEZ RODRIGUES (2024), p. 7.

¹³ LOPEZ RODRIGUES (2024), p. 33.

frente a opiniones y la forma en que en él influyen aquellas, observándose que “*la dependencia en las opiniones de otras personas no es una característica ocasional sino una característica distintiva de las decisiones judiciales*”.¹⁴

Tal explicación tiene su valor por cuanto, un informe pericial es un “*documento técnico o científico elaborado por una persona que domina una ciencia o las reglas de un arte u oficio, en cual se expresa un estudio pormenorizado del objeto de pericia*”¹⁵ y el resultado contenido en las conclusiones allí descritas, guían de alguna forma al juez, configurando su razonamiento final en base a una declaración transportada de forma verbal o escrita. Pues lo que se busca con este instrumento típico y regulado, ya convertido en prueba “*es verificar la existencia o la apreciación de determinados hechos controvertidos*”¹⁶ que, tal como ya se ha dicho, serán valorados por el juez. Comprendiendo que para él “*cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho debe estar fundamentada en una razón que la acredite suficientemente*”,¹⁷ lo que es ineludible para el sentenciador, sin embargo, puede ocurrir la paradoja de razonar fundadamente en base a sustentos técnico-científicos de la ciencia caligráfica que estén errados.

Cuando lo anterior sucede, se renuncia a uno de los pilares que dan sentido al derecho, es decir, a esa búsqueda de “*una verdad (...) objetiva si las representaciones y conceptos corresponden al mundo objetivo, si lo reflejan de manera correcta con fidelidad*”,¹⁸ y ese es un valor en sí que se atropella.

III. ASPECTOS AXIOLÓGICOS

En el derecho positivo, se revela “*la primacía de los valores útiles*”,¹⁹ aquellos relacionados directamente con la ciencia, la técnica, la economía entre otros. Bajo esta noción se advierte un asombro por las diferentes ciencias que de alguna u otra manera coexisten para ayudar al derecho en su finalidad universal, específicamente, cada una de ellas aportando con las herramientas necesarias para sacar a la luz, y en este caso, desde el cuadrante pericial caligráfico, la verdadera verdad, absoluta y objetiva.

Reflexionando acerca de aquello, la prueba metapericial caligráfica tiene un componente que la distingue, que la hace ser eficiente; un *ethos* coadyuvante que la define y la posiciona a la vista de quien puede servirse de sus bondades, pues, sin llegar a alcanzar un eufemismo, se alza como una especie de reveladora de lo que fue mal ejecutado, no por rehacer la labor pericial defectuosa, sino porque la analiza desde una mirada lógica, puramente razonada y desde allí, explica y presenta las máculas advertidas.

¹⁴ HERDY (2014), p. 120.

¹⁵ CÁCERES (2023), p. 18.

¹⁶ RIOSECO (2002), p. 327.

¹⁷ Ministerio Público con Robles Morales (2018).

¹⁸ CERRA (2022), p. 2012.

¹⁹ MONTORO (1999), p. 286.

De esta forma, se define a sí misma, y axiológicamente representa su valor redituable para el sistema al captar el objeto jurídico que se revela mediante ella, pues intervienen ciertos sujetos, para ciertas finalidades prácticas en la realidad que subyace bajo su guarnición técnica-científica. Entonces, el modelamiento de la metapericial caligráfica apunta a cribar lo que la intuición no comprobada se permitió gobernar en el perito autorizando el ocultamiento de una verdad; de la efectiva verdad objetiva. Esto, independientemente de la verdad procesal a la que se arribe. Pues, la primera finalidad intrínseca de la prueba metapericial caligráfica es cumplir con su objetivo natural; responder al por qué de su existencia, para luego generar *“retos importantes para lograr los objetivos del proceso, cuando menos, respecto a la búsqueda de algunos valores como la verdad, la neutralidad y la objetividad”*.²⁰ Más, el administrador de justicia, dentro de su órbita y de las atribuciones dispensadas por la ley y por su acervo cultural, le dará el valor epistémico que aquel estime pertinente mediante la justificación de las proposiciones contenidas en los testimonios de los expertos.

Muy cohesionado con lo anterior, la jurisprudencia comparada de manera asertiva, ha dicho que el conjunto de procesos valorativos al juez *“(…) le imponen la necesidad de tomar en consideración, entre otros extremos, la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen, la preparación técnica de los peritos, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los principios y las leyes científicas aplicadas, los antecedentes del informe (reconocimientos, periodos de observación, pruebas técnicas realizadas), número y calidad de los dictámenes obrantes en autos, concordancia o disconformidad con ellos, resultado de la valoración de las otras pruebas practicadas, las propias observaciones del Tribunal (…)”*.²¹

Si bien, el lineamiento basal anterior debe ser completado en todas sus partes, advertimos que cuando el justiciante se ve atrapado por un mínimo o escaso saber en la ciencia caligráfica, sea por la terminología o conceptos utilizados; leyes y principios de los cuales ignora su origen o proceder científico, o en caso contrario, habiendo cumplido con lo que se le exige, su inteligencia le señala dudas respecto del estudio que tuvo a la vista, captamos axiológicamente el valor útil de la metapericial caligráfica en la medida de cómo se define asimismo y cómo define a lo estudiado. Habida consideración que, por el hecho objetivo de ser un instrumento probatorio posterior, nace encausada bajo una naturaleza correctiva; es decir, proporciona respuestas que contienen, dentro de una estructura lógica, el correcto desempeño que debió haber sido ejecutado en la actividad pericial que existía antes de su origen. De ahí su valor intrínseco anclado justamente en aquella cualidad que nos permite reconocerla como tal. Y esto es de suma importancia. En Estados Unidos, por ejemplo, la doctrina comparada informando estudios recientes, ha manifestado que *“los casos de condenas injustas están plagados de ejemplos de ciencia forense deficiente, desde el empleo de técnicas obsoletas o desacreditadas hasta la confianza en pruebas contaminadas”*²² que fácilmente han logrado sortear la admisibilidad para ser presentadas en juicio y que, sin perjuicio de llegar a establecer una premisa falaz, de haber existido un metaperitaje que las hubiere criticado, probablemente esos casos de condena serían menores.

²⁰ GÓMEZ (2023), p. 298.

²¹ BORT (2021), p. 8.

²² GOULD ET AL (2022), p. 341.

Estos aspectos axiológicos permiten identificarla con un valor, el de la confianza contenida en sus conclusiones; valor ligado a la realidad objetiva y verdadera, y que son objetos del derecho en cuanto a restablecer su imperio en el afectado.

Siguiendo este mismo conjunto de ideas, si acordamos que “*el derecho moderno es un conjunto de normas que no solo cumple la función de reprimir ciertos comportamientos*”²³ sino que además permite dar protección e incluso, establecer ciertos poderes, la prueba metapericial caligráfica toma una porción de aquellos para revelar el detrimento a normas jurídicas, sociales y ético-morales. Normas que debieran dar justo criterio de responsabilidad para con el trabajo o actividad pericial efectuada, pero que son soslayadas por el perito, sea por actos volitivos; sea por ignorancia.

IV. ASPECTOS DEONTOLÓGICOS

La bibliografía especializada ha dicho que el perito “*debe admirar y apreciar cada uno de los principios en que se sustenta su saber*”²⁴ pues al hacerlo vislumbra sin oscuridades su sabiduría y la extensión que abarca; es decir, reconoce sus fronteras. Por tanto, cuando abandona esta dimensión, por un acto volitivo derechamente dirigido a perjudicar a alguien, o velando por sus propios intereses; o, promovido por un sesgo cognitivo, inevitablemente el resultado de su labor pericial quedará en entredicho, sin siquiera percatarse que será él mismo quien revele sus anomalías, fallos y errores.

En estos mismos terrenos, la jurisprudencia nacional recogida por la doctrina de los investigadores ha dicho que, “*carecerá de valor en su dictamen todo aquello que escape a la ciencia o arte que el perito profese, siendo consiguientemente también ajeno a su natural órbita de competencia todo juicio de valor y con mayor razón toda calificación jurídica que saliéndose de ese ámbito emita el perito al cumplir el encargo*”²⁵

Lo anterior es de suma importancia, “*porque el perito ostenta un cargo de compromiso no solo para con la labor o el objeto de pericia encargado, sino con todo el sistema jurídico y sus componentes*”²⁶ De esta forma, al presentar un informe pericial caligráfico anómalo, no hace más que contravenir normas éticas, morales y legales, si es que ha existido esa voluntad, pero también puede incurrir en ello actuando de buena fe.

La prueba metapericial caligráfica, si bien no corrige el abandono a los principios éticos o a la técnica empleada por el perito *ex ante*, directamente sí recoge y revela tal exilio, al poner en evidencia en el foro conclusiones erróneas, aventuradas, interesadas o parciales, basadas en técnicas o procedimientos mal ejecutados; métodos que no tienen validez científica contrastada por pares o metodologías

²³ ARRIAGADA (2022), p. 402.

²⁴ CÁCERES (2024), p. 91.

²⁵ AGUIRREZÁBAL (2012), p. 347.

²⁶ CÁCERES (2024), p. 38.

desactualizadas. Estas características anómalas al ser incorporadas al proceso mediante un informe pericial no hacen más que develar las verdaderas habilidades, cualidades y conocimientos que habitan en el experto revisado.

No obstante, lo anterior, la labor metapericial tampoco es ajena al deber de respeto ético moral. Pues, posteriormente como prueba de la parte, ella misma presenta aspectos de este orden. Toda vez que es posible captar una virtud en esta prueba orientada al cumplimiento del deber que tiene una persona. En efecto, el perito hace un trabajo metapericial y lo hace bien. Acá esa virtud causa el efecto de realizar una acción correcta; una acción buena, conforme el peso que sostiene pues se trata de una prueba que inevitablemente producirá efectos en un proceso judicial y su deber es construirla correctamente.

El perito, al desplegar su labor metapericial caligráfica, debe necesariamente reconocer la exigencia de la “norma moral anclada en la naturaleza de su profesión”,²⁷ de su ciencia, arte u oficio. Por tanto, de la misma forma en que este tipo de prueba devela el desprecio de ciertas normas en el informe pericial primitivo, en el metaperito concurre un deber de conciencia para no cometer el mismo acto. Él está sujeto a la obligatoriedad de efectuar una correcta técnica profesional.

V. ASPECTOS FÁCTICOS QUE REVELA LA PRUEBA METAPERICIAL CALIGRÁFICA

En cuanto a la actividad pericial caligráfica se ha dicho que “los peritos desarrollan su actividad científica con equipos y medios tecnológicos de avanzada”,²⁸ o por lo menos así debería ser en la mayoría de los casos. Por tanto, es razonable cuestionar el hecho de tener un informe pericial caligráfico con errores y desaciertos. De ahí la necesidad de contar con equipamiento o insumos pertinentes para desarrollar un completo estudio del trazo o de la línea que compone el cuerpo escriturario revisado. Pues no basta la observación a simple vista de la forma que presenta el dibujo gráfico, o de un aspecto o rasgo determinado de aquel, hay que indagar más a dentro. Como revisar y determinar las dimensiones de la profundidad del ductus dejado por el paso del útil de escritura, estableciendo la distancia entre los perfiles y el correspondiente relieve de ese surco observable solo en el reverso del soporte. Percatarse de cruzamientos, superposición de líneas, direccionalidad mediante el estudio de esquirlas y fallas de masa en tintas pastosas, entre otros aspectos que solo son visibles mediante un análisis pormenorizado o más íntimo.

Cuando el resultado de la praxis antes descrita presenta reparos que no se condicen con una correcta operatividad, motiva o da origen fáctico a la metapericial caligráfica, pudiendo ser abordadas y explicada desde tres aristas.

²⁷ APARISI (2008), p. 156.

²⁸ PEÑA (2019), p. 253.

A. Errónea aplicación metodológica o del método científico utilizado

Dentro de este aspecto juega un rol preponderante la utilización de metodologías inidóneas a la labor pericial caligráfica, aun cuando aquellos modelos gocen del derecho legal que le da a una persona el control exclusivo sobre su invención, no obstante, carecen de un reconocimiento universal por el mero hecho de no haber sido puestas a prueba con rigurosidad para tenerlas por aceptadas.²⁹⁻³⁰ En esta parcela de estudio lo que motiva un metaperitaje caligráfico, es la aplicación de métodos o protocolos no grafoscópicos, que, por su cercanía en cuanto al estudio del trazo, pretenden hacer extensivo sus saberes invadiendo esta área de la caligrafía forense.

La metodología propuesta por aquellos, en el orden morfológico del trazado, donde solo la fisonomía global es lo esencial, se basa en buscar gestos gráficos estáticos en construcciones caligráficas indubitadas, estimar frecuencias y probabilidades de repetición de ciertos rasgos “*guiándose por el heurístico de disponibilidad*”³¹ para luego buscar los mismos en las dubitadas. Y es aquí donde aparece el problema, pues lleva al perito a operar bajo sesgos al dejarse impresionar por determinados rasgos que si no son ubicados en los cuerpos caligráficos sospechos, entonces, en consideración al resultado obtenido mediante el uso o aplicación de una escala de porcentaje utilizada al efecto, convida al experto a concluir que proceden de autores distintos; o en caso contrario, si aparecen, entonces sí fueron construidos por una misma persona, olvidando que “*la escritura no es inmutable en todos sus aspectos. Al contrario, la mayoría sufre transformaciones, algunas normales, otras ocasionales*”³² pues la morfología global de un cuerpo escriturario es engañosa y puede llevar al experto a falsos positivos, sobre todo si el autor de las grafías estudiadas se ha servido de útiles de escritura distintos. Esta situación, empuja al perito a un resultado incorrecto obtenido de su labor pericial, toda vez que el falso positivo indica que se ha detectado una condición o evento que en realidad no está presente. Lo anterior se explica porque, si bien el ser humano escribe siempre igual, debe entenderse que esta constante similitud radica en sus elementos gráficos íntimos o endógenos del lineado, más no en cuanto a la morfología, pues aunque se sabe que la forma también puede mantener una constante apariencia de similitud, siempre variará en cuanto a sus dimensiones y aspectos de construcción, dando como resultado el hecho de que un individuo jamás construirá su firma, letra o guarismo con las mismas dimensiones o aspectos que la vez anterior pudiendo incorporar incluso gestos tipos nuevos que nunca

²⁹ Al respecto, el método Ingpec está siendo utilizado en Chile por peritos grafólogos en el área de la grafoscopia. Sin embargo, no existen registros de sus virtudes o bondades explicados por la comunidad internacional de pares mediante artículos o publicaciones científicas, o bibliografía especializada, que cohabiten más allá de lo ofertado por sus creadores, que avalen dicho protocolo. Al no existir parámetros de comparación o contraste con otras metodologías en la literatura científica, aquello revela una escasa fiabilidad de sus cualidades en el ámbito grafoscópico, no así respecto de estudios neuroescriturales donde sí es efectivo, pues su fuente es la grafología. Por tanto, hacemos nuestras las palabras del NAS Report 2009 al señalar que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y los miembros de la sociedad a los que sirven necesitan tener la seguridad de que las técnicas forenses son confiables. Por lo tanto, debemos limitar el riesgo de que los tribunales aprueben la confiabilidad de ciertas metodologías de la ciencia forense antes de que las técnicas hayan sido debidamente estudiadas y verificada su precisión. En COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY (2009), p. 109.

³⁰ Es necesario dejar presente que el día 03 de febrero de 2025, este investigador tomó contacto con los creadores del método en cuestión, vía consulta en su sitio web, solicitando se me indicara dónde puedo encontrar artículos científicos que contengan el estudio del método INGPEC, o donde haya sido sometido a revisión por la comunidad de expertos. El día 04 febrero de 2025, se me informó que me darán respuesta cuanto antes, lo que no sucedió hasta la fecha de envío de este artículo a la revista.

³¹ GAMBARA (1991), p. 203.

³² DEL PICCHIA (2006), p. 141.

más volverá a facturar. Y es aquí donde se presenta el riesgo asociado, pues, si el experto estudia una construcción caligráfica en carácter de dubitada, donde su autor incorporó un aspecto o gesto escritural aislado, no común ni constante, para luego confrontarlas contra las indubitadas donde aquel signo no aparece, el sesgo de confirmación, como veremos más adelante, conducirá al perito a un error involuntario: a estimar que los cuerpos escriturarios provienen de distinto autor. Procediendo a configurar un completo informe pericial, bien redactado y presentado, pero con errores no advertidos y los cuales, por consecuencia lógica, no advertirá el juez.

Situación similar a lo ya expresado en el contexto anterior, ocurre cuando se utilizan métodos de disciplinas donde la misma comunidad de expertos, ha dicho que aquellas no cumplen con un estándar de confianza. Como la grafometría, por ejemplo.

Esta técnica aplica criterios de orden matemáticos y estadísticos al analizar el cuerpo escriturario tenido a su haber, buscando cuantificar los datos que el perito recoja a su arbitrio, generalmente, consignados en tablas que contienen datos porcentuales. Sin embargo, este método, muy utilizado también en la grafología y sus derivados “*empezó siendo un procedimiento de identificación de grafías manuales, pero muy pronto cayó en desuso*”³³ en el área grafoscópica, pues los peritos se percataron de las falencias que presentaba al querer estudiar el trazo de forma íntima. Sirve como ayuda en la morfología global estática, pero no aporta en el estudio de rasgos endógenos o naturales, y estos son los que revelan al autor.

En resumen, aquellos informes periciales que se basan en modelos o procedimientos que la misma comunidad de expertos ha desechado, o no han sido reconocidos por los pares; no se han sometido a un sistema de evaluación externa mediante un diseño metodológico para reducir el sesgo y garantizar la objetividad de los resultados; y su fundamento teórico, marco conceptual, metodología o protocolo no ha sido institucionalizado como un tipo de ciencia con una técnica que haya sorteado los mismos requisitos, generan serias dudas y reparos en cuanto a los resultados obtenidos de su investigación pericial.

B. Falta de rigor técnico

Por rigor ha de entenderse una “*excesiva y escrupulosa severidad*”,³⁴ y es justo aquello a lo que el perito debe someterse cuando acciona su labor pericial en el orden caligráfico. Ergo, debe responder a un celo incluso exagerado pero controlado, dada la importancia de su participación en el proceso, pues pesa sobre él o ella una responsabilidad que alcanzará a generar efectos, muchas veces definitivos para alguna de las partes. De ahí que su actividad pericial caligráfica deba ser ejecutada minuciosamente, renunciando y claudicando a sus emociones, incluso a su experiencia.

Por eso, cuando el experto respeta una sujeción al rigor de su trabajo, ayuda a quien imparte justicia

³³ VELÁZQUEZ (2004), p. 104.

³⁴ Véase: <https://dle.rae.es/rigor>.

a tener la claridad necesaria para arribar a una sana sentencia. Ejemplo de aquello lo vemos en la siguiente resolución: “El perito judicial concluyó en su informe en relación al contrato de compraventa de 19/07/2009 (documento n°2 de la demanda) que “no se han encontrado elementos que permitan afirmar que la firma dubitada D-1 (la del contrato) pertenezca a don Demetrio “ y que “aunque sí se hubiera podido verificar la autenticidad del ‘dibujo de la firma’, al tratarse de una fotocopia, nunca hubiésemos podido descartar la posibilidad de un trasplante de firma auténtica en documento falso”. En definitiva, el perito no concluye que la firma estampada en el documento sea de don Demetrio.

Y en relación al finiquito de 25/01/2010 (documento n°3 de la demanda) que “existen varios elementos que nos conducen a pensar que la firma dubitada D-2 (la del finiquito), puede pertenecer a don Demetrio” pero matiza que “sin embargo, tenemos que señalar que es una firma muy simple y de fácil imitación, por lo que no podemos ser tajantes en esta conclusión”. Por tanto, tampoco el perito concluye de forma incontestable que la firma estampada en el finiquito sea de don Demetrio”.³⁵

En el extracto anterior, se evidencia que los sentenciadores no consideran, basados en la explicación del experto calígrafo, que se encuentre acreditada la autoría de la firma en el documento sospecho, por lo que no pueden considerarlo suficiente a efectos de justificar la pretensión de la parte que se hizo de él en juicio.

Lo descrito no es más que el reflejo de una correcta labor pericial desplegada conforme a los criterios de tecnicidad y científicidad; en otras palabras, significa el no apartarse de una ejecución rigurosa y detallada.

Por tanto, para el perito o la perita, es una imposición y deber que, en todo momento, con el auxilio del método o técnica apropiada, ejecute paso a paso y al mismo tiempo explique su labor pericial o peritaje, bajo un estricto orden lógico y coherente, evitando el reduccionismo. Porque el experto sabe que su informe será leído y estudiado por personas con conocimiento *lego*, en su saber.

La rigurosidad o la falta de aquella, también se ve reflejada en la formalidad del contenido de su informe al no indicar ni presentar o informar las bondades del método, metodología, ciencia o técnica utilizada. Pero no sólo esto, junto a lo anterior es deber deontológico reportar dónde se encuentran alojadas las propiedades que la hacen útil y necesaria. Es decir, la bibliografía, revistas científicas o libros especializados donde la comunidad de pares y expertos externos se hayan pronunciado respecto de sus virtudes y por qué razón lógica aquella técnica, metodología o protocolo es superior a otras y pertinente de ser utilizada.

C. Aparición de sesgos cognitivos

Existe una elección riesgosa en el valor subjetivo de los resultados, esto sucede cuando el perito calígrafo se impresiona y se deja llevar por aspectos morfológicos y fisonómicos del cuerpo escriturario tenido a la vista sin entrar a estudiarlo de manera más pormenorizada; sin ver la construcción

³⁵ España, Visitacion con Tania, Víctor y telepromoción y difusión S.L. (2023).

en los aspectos más íntimos para luego efectuar el cotejo con el indubitado o viceversa. Cuando aquello sucede, el perito tiende a dejarse llevar por ciertos parecidos contenidos en algunos rasgos de ambos cuerpos escriturarios (dubitado e indubitado), convidándolo a arribar a una conclusión equivocada. La respuesta está dada por el valor subjetivo que le otorgaron las impresiones alojadas en ese primer encuentro mediante el asombro y que corresponde a un promedio ponderado que luego buscará en el cuerpo escritural de contrastación. Ahora en tanto, aquel conjunto es una probabilidad enquistada y de la cual no podrá rehuir si no se aferra a un correcto, avalado y comprobado sustento técnico-científico. Porque de no hacerlo, lo llevará a un sesgo de sobreconfianza, o sea, a “*un error sistemático de calibración subjetiva de éxito en la toma de decisiones bajo incertidumbre*”,³⁶ donde esta última, es quien toma el control sin dejar al perito darse cuenta de esa situación. Si lo anterior lo trasladamos al plano del derecho, “*apreciamos una antinomia entre la intuición y la realidad efectiva*”.³⁷

Debemos entender que los sesgos cognitivos “*son un conjunto de errores mentales provocados por estrategias de procesamiento de información simplificadas que pueden afectar la capacidad para percibir con precisión una situación y actuar de manera adecuada*”,³⁸ haciendo el alcance de que “*un sesgo cognitivo no resulta de ninguna predisposición emocional o intelectual hacia un determinado juicio, sino más bien de procedimientos mentales subconscientes para procesar la información*”.³⁹ De ahí que sea una exigencia para el perito, erradicar concepciones que interfieran en el proceso de recolección de datos que le puedan arrastrar a concluir erróneamente sin darse cuenta siquiera de esto. Por lo tanto, esta demanda a su vez revela que el “*testimonio de un experto debe ser el conocimiento científico –lo que implica que dicho conocimiento se basa en métodos científicos– para asegurar que la fiabilidad de las pruebas se basará en la validez científica*”⁴⁰ debidamente respaldada no por él, sino por la comunidad de pares que aceptó y dio validez a ese método o protocolo.

Lo anterior no es baladí, los peritos son personas dotadas de un conocimiento muy superior a la media en un área particular del saber. Este aspecto los puede llevar a realizar su labor o actividad pericial sometida bajo un sesgo de falsa unicidad, percibiéndose “*a sí mismas como más competentes, superiores “a la media” en atributos positivos y normativos*”⁴¹ respecto de otras personas, incluso de sus mismos pares. Esto es sumamente riesgoso, pues, por más conocimiento que se posea, no son dueños de la verdad completa, auspiciando un riesgo de pronunciamientos con falsos positivos si confían más en aquellas super cualidades que en lo que la ciencia les ofrece.

Lo descrito, guarda una estrecha relación con el sesgo de confirmación, donde el perito calígrafo, busca o interpreta las evidencias de manera parcial a las creencias, expectativas o una hipótesis exis-

³⁶ CORTADA DE KOHAN (2006), p. 64.

³⁷ SÁNCHEZ (1969), p. 86.

³⁸ MARTÍNEZ (2018), p. 225.

³⁹ HEUER (1999), p. 111.

⁴⁰ COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY (2009), p. 106.

⁴¹ CONCHA ET AL (2012), p. 117.

tente. Es un tipo de sesgo cognitivo con la capacidad de roer la evaluación objetiva de la evidencia que tiene a su haber. Esto podría surgir, por ejemplo, “*por un enfoque inconsciente de la atención en las similitudes y alejarse de las diferencias debido a la información sobre otra evidencia en un caso, los atributos de los procedimientos de comparación utilizados o las conclusiones previas extraídas por otro analista*”⁴² en su misma área, dejándose llevar por una falsa confianza, lo que, dicho sea de paso, lo arrastra a cometer un error honesto e involuntario.

De lo desarrollado, necesario es advertir el enfrentamiento entre ciencia y derecho. Mientras este último se ancla en un proceso entre partes para llegar a encontrar la verdad, la ciencia describe una realidad verdadera. De ahí la importancia que toman los sesgos cognitivos cuando el perito calígrafo no se percata de su sometimiento a aquellos, pues presentará una realidad un tanto no verdadera en juicio y esto es de sumo cuidado, puesto que “*en casi todos los casos, las pruebas científicas ponen a prueba las capacidades de jueces, abogados y jurados, todos los cuales pueden carecer de la experiencia científica para comprender la evidencia y evaluarla de manera informada*”⁴³.

Reduciendo este capítulo al tema central, vemos que la metapericial caligráfica, en su aspecto fáctico, se ajusta a un tipo de prueba que se sostiene en el hecho de verificar o comprobar la existencia de ciertos pilares anómalos contenidos en el documento revisado, los que circundan al objeto de pericia y lo abordan con una errónea o equivocada metodología, el tipo o calidad del rigor con que se ejecuta la labor pericial y aspectos externos a dicho objeto, que habitan en el interno del experto.

VI. COMO MEDIO DE PRUEBA PARA REFUTAR UN INFORME PERICIAL CALIGRÁFICO EX ANTE

Dentro de sus bondades se advierte otro tipo o clase de aspecto que favorece su comprensión epistémica y que responde a la capacidad que tiene la prueba metapericial caligráfica para refutar o rebatir el contenido de lo estudiado por ella.

Dicha cualidad ha sido abstraída por el que imparte justicia cuando a partir de aquella, les ha generado una duda razonable.

La jurisprudencia recogida así lo pone de manifiesto al indicar que “*valorando ambas probanzas, si bien la expuesta por el señor (...), dado su contenido y la experticia, capacitación y labor especializada que efectúa, permite asignarle un alto mérito, a la vez no podemos desconocer que a la pericia expuesta por el señor ..., también por su contenido y estudios que refirió y con su deposición demostró, debe concedérsele un valor probatorio relevante. En ese escenario y dado el estándar de convicción aplicable conforme el artículo 340 del Código Procesal Penal, concluyen estos sentenciadores que con la segunda de dichas pericias sí se generó en el juicio oral una duda razonable en cuanto a la autoría de las firmas puestas en los documentos recién aludidos, duda que desvirtúa las pretensiones de los acusadores espe-*

⁴² COOPER Y METERKO (2019), p. 36.

⁴³ COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY (2009), p. 86.

cíficamente en lo tocante a las cartas de comunicación de archivo provisional que relacionaron en sus libelos”.⁴⁴

Es decir, el razonamiento del juez ha sido aliviado cuando, ante lo concreto y consistente de lo contenido en una metapericial caligráfica, estas características lo hacen dudar respecto de la certeza al que pudo haber llegado por medio de la prueba pericial también tenida a la vista.

Sin embargo, no siempre los aspectos de relevancia procesal o judicial que puedan extraerse de la prueba metapericial caligráfica, han sido bienvenidos por el sentenciador, probablemente por ignorancia, por no comprender su utilidad o simplemente por un estricto apego a la norma jurídica. En casos así la justicia constitucional ha tenido algo que decir al respecto cuando no se ha permitido la entrada de una prueba metapericial en el proceso penal. Los altos magistrados han señalado que mediante aquella “*se pueden demostrar hechos distintos que configurarían una situación fáctica alternativa, incompatibles o incluso más completa*”⁴⁵ que la contenida en una prueba de cargo. Si bien el razonamiento que se reproduce no se encuentra sostenido en una prueba metapericial caligráfica, aquel no es óbice para que dicha lógica pueda extenderse hermenéuticamente a aquella en cuanto tipo de prueba que es: un subgrupo dentro de la prueba pericial, de la cual toda defensa puede asirse, si se considera que “*la actividad probatoria de [esta] puede ser determinante para el resultado del juicio, y que la presunción de inocencia no desvirtúa la utilidad de la prueba pericial*”⁴⁶ o metapericial.

Como ya se había anticipado, la actividad de revisión denominado metaperitaje (en cualquier ciencia, arte u oficio), mediante el cual se objeta el contenido de un informe pericial es una labor; una actividad desplegada por un perito mediante la cual estudia un informe pericial, realizando una valoración lógica y epistémica de su contenido, y cuya finalidad es determinar si existió o no una falta de rigor técnico-científico; errónea aplicación metodológica durante la labor pericial descrita en aquel, o determinar la presencia de sesgos cognitivos y su vinculación con las conclusiones vertidas o dictamen consignado.

Algo similar ha planteado la bibliografía reforzando su cualidad especializada, al indicar que “*es la dictaminación sistémica y verificable que se realiza al dictamen o informe pericial, y consiste en una evaluación epistémico-metodológica y casuística de la fundamentación integral con que se justifican las conclusiones periciales*”.⁴⁷

Pero refutar o rebatir el contenido de un informe pericial caligráfico no es un contraperitaje. Pues este no es nada más que una nueva labor o actividad pericial respecto de un objeto anteriormente periciado por un perito distinto del actual, labor que puede ser abordada con enfoques distintos si así se quiere. En palabras sencillas, un peritaje común y corriente.

⁴⁴ Ministerio Público con Del Pino (2023).

⁴⁵ Guerra con 8º Juzgado de Garantía de Santiago (2021).

⁴⁶ Guerra con 8º Juzgado de Garantía de Santiago (2021).

⁴⁷ LÁZARO (2024b), p. 235.

En términos epistémicos, en esta misma línea, la jurisprudencia comparada ha dicho que “*un contraperitaje bien puede partir de profesionales que, sin profesar la misma ciencia o arte del perito de la parte contraria, están en condiciones de informar sobre hechos, conductas o circunstancias acreditables desde otro enfoque, en la medida que la interdisciplina sea viable*”.⁴⁸

Por tanto, si bien el metaperito debe profesar la misma ciencia, arte u oficio, no cualquiera que esté posicionado en esta ubicación está capacitado para construir un informe donde se analice y valore a uno *ex ante*, pues se requiere de otras habilidades, capacidades y características. Debiendo considerar que la inexperiencia puede convidar al experto a construir una nueva pericia sobre el mismo objeto ya analizado y en base a aquel ejercicio tratará de desvirtuar al primero. Cuando aquello sucede y se disfraza un metaperitaje con un contraperitaje, estamos en presencia de un informe engañoso o *misleading report* donde epistémicamente este último aborda un conocimiento distinto.

El informe metapericial caligráfico es un documento que contiene un análisis y valoración lógica practicado a un informe pericial de la misma ciencia o disciplina caligráfica. Este análisis es lógico, epistémico y técnico-científico, incluso puede llegar a ser axiológico dependiendo del objeto de pericia.

Conforme los tres estamentos antes descritos, y considerando que uno de los aspectos relevantes de la prueba metapericial caligráfica es refutar lógicamente un contenido anterior, podemos plantearnos la pregunta respecto de qué es lo que devela exactamente. Y dicha respuesta aparece en dos cualidades: la validez y la confiabilidad en los resultados que se estudian.

A. Validez

Bajo una concepción epistémica, un metaperitaje caligráfico corre en busca de encontrar la validez técnico-científica que debiera estar contenida en el informe *ex ante*. Es decir, analiza si el método, técnica, protocolo o metodología utilizada es la correcta para arribar a la conclusión establecida en aquel. Si aquellas están actualizadas; si existe bibliografía o estudios comparados que las avalen, pues cualquiera puede crear un método, patentarlo y creer que posee cualidades superiores a otros, arrojando falsos positivos a diestra y siniestra. De ahí la necesidad de que el perito cuando realice su labor pericial sea un principio fundante de su actividad, tener la vista siempre los cuerpos escriturarios en su sustrato original para trabajarlos con los marcos teóricos, bibliográficos, métodos y metodologías de probada reputación comparada, es decir que estos últimos hayan sorteado un proceso de análisis por agentes externos, en lo posible “*doble ciego*”, acreditadas en revistas científicas o mediante editoriales especializadas.

Vemos que la validez, reconocida como la “*autenticidad o aceptabilidad*”⁴⁹ de algo que es medido o captado con máxima precisión, se posiciona como pilar fundamental en esta búsqueda. Por tanto, el

⁴⁸ Uruguay (2020).

⁴⁹ Véase: <https://dle.rae.es/validez>.

metaperito debe verificar si la praxis desplegada por el perito que es revisado se ajusta con precisión a los datos que de ella obtiene y si los mismos también son obtenidos con frecuencia en otros casos anteriores, pero no necesariamente siempre, pues la caligrafía forense no es ciencia formal y exacta como las matemáticas, por ejemplo. No obstante, aquellas técnicas grafoscópicas y scopométricas son reconocidas como válidas y las más fiables al momento de resolver la duda respecto del origen del cuerpo escriturario dubitado. La primera es una “disciplina de objetivos prácticos”⁵⁰ y corresponde a un “examen sistemático de la grafía manuscrita para identificarla”.⁵¹ De esta forma al hacerlo, se observan las características necesarias y suficientes para reconocerla como tal, como un cuerpo escritural. Por esa razón es que el trabajo debe obrar siempre sobre originales, pues es de la única forma en que se advierten detalles íntimos de conformación o de construcción, como los ya enunciados anteriormente: cruzamiento de líneas, superposición de trazos, profundidad y ancho del ductus o del relieve observado en el reverso del soporte; esquirlas y fallas de masa; dimensiones de puntos de inicio y de término, entre otros aspectos que jamás serán revelados por una ilustración fotográfica, escáner o fotocopia del original.

La scopometría por su parte es una técnica combinada “de los diversos procedimientos de análisis gráficos, orientados hacia la identificación del grafismo [basados en] un procedimiento estandarizado de trabajo”,⁵² de ahí su confiabilidad, pues permite definir criterios de búsqueda evitando subjetivismos en el perito y la aparición de algunos sesgos cognitivos.

Si bien en el orden existen diversas técnicas caligráficas, el metaperitaje debe contestar si aquellas que fueron utilizadas, poseen un fundamento técnico y científico que les permitan confiarse de aquellas.

B. Confiabilidad de los resultados

Otro aspecto relevante que saca a la luz un metaperitaje caligráfico es la confiabilidad de los resultados o conclusiones a la que arribó el peritaje abordado para estudio.

La confiabilidad en este estudio forense es una “cualidad”⁵³ positiva, es decir, un atributo que se desprende o se aprecia en un informe pericial, en este caso, caligráfico. Y que se representa en la concordancia entre el estudio practicado y las conclusiones expuestas o el dictamen presentado. Debiendo existir entre ambas partes un nexo común: un correlato ordenado y coherente que los ligue. Lo que se traduce en la utilización de las técnicas y protocolos correctos respecto a las reglas que gobiernan la disciplina caligráfica forense; no contradecir principios probados y avalados, y finalmente utilizar la experiencia como apoyo, pero jamás confiarse de aquella, pues puede poseer una con un alto porcentaje de factores erróneos de los cuales no se ha percatado. Hay que considerar que la dialéctica obe-

⁵⁰ DEL PICCHIA (2006), p. 126.

⁵¹ VELÁSQUEZ (2004), p. 106.

⁵² VELÁSQUEZ (2004), p. 602.

⁵³ Véase: <https://dle.rae.es/confiabilidad?m=form>.

decerá a la información proporcionada por la investigación y no por su creencia; ergo, la experiencia posee sus propias “limitaciones como fuente de verdad, pues su influjo depende de lo que uno es”.⁵⁴

Por lo tanto, el perito jamás puede descansar su trabajo pericial y considerar suficiente para aquellos ilustraciones fotográficas, escáner o fotocopia de las grafías para, desde el estudio morfológico global o estático, arribar a una conclusión o dictamen, pues tal como lo señala la bibliografía especializada, es un principio ineludible que se “*impone al experto la obligación de comprobar que el material cuestionado o dubitado sea original*”.⁵⁵ Y esta situación de facto, será revelada por el metaperitaje caligráfico al momento de ser incorporado a aportado como prueba al proceso respectivo.

VII. UN MEDIO DE PRUEBA NO REGULADO, ATÍPICO Y COMPLEJO

La prueba metapericial caligráfica no se encuentra inscrita en el catálogo de medios de prueba a que hace referencia el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, así como tampoco figura literalmente en los compendios normativos de los procesos reformados, llámense familia, laboral y penal. Por lo que depende de otras instituciones procesales para incorporar u ofrecer el informe metapericial al procedimiento respectivo como medio probatorio.

Como así están dadas las reglas, la prueba metapericial caligráfica solo logra encontrar un asidero basal en nuestra Constitución Política de la República, bajo los principios de la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso como garantes para poder defender una determinada pretensión. Ya lo veremos más adelante.

Al carecer de regulación formal, su atipicidad es una característica inherente a su esencia, pues no se ajusta a lo común. En términos estrictos, nuestro ordenamiento jurídico no la informa ni la describe; ni siquiera ordena al juez como apreciarla, ni nos dice cuál es la oportunidad procesal para defenderse con este medio probatorio. Como ya se dijo, sí es requisito excluyente la existencia de un informe pericial anterior, pero en qué etapa procesal inicia su participación es la pregunta que se debe responder y al parecer habrá que estarse al caso concreto observando aquella oportunidad que se presente. Debiendo fundamentar su solicitud de incorporación.

En cuanto a la valoración, la ley de procedimiento civil no contempla la sana crítica para estos efectos, por tanto, el informe metapericial caligráfico, deberá ser subsumido por otro medio de prueba, las presunciones judiciales. Mediante aquellas el juez puede darle valor probatorio a este instrumento, incorporando a dicha reflexión, los fundamentos de forma y de fondo del informe metapericial tenido a su vista con lo cual podrá “*estimar configurada que dichas presunciones tienen el carácter de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento*”.⁵⁶

⁵⁴ DÁVILA (2006), p. 182.

⁵⁵ VELÁSQUEZ (2004), p. 603.

⁵⁶ Cepeda con Ilustre Municipalidad de Taltal (2019).

En el caso de los procedimientos reformados, la oralidad es el barco sobre el cual se desplaza el proceso en sí y la sana crítica es la regla madre de valoración. Vemos que, en sede laboral, familia y penal, se permite *numerus apertus* en cuanto a los medios de prueba sin rehuir de los establecidos en el Código de Procedimiento Civil, identificados con otros significantes pero que cumplen la misma función en términos generales.

En sede penal, las partes pueden presentar peritos de su confianza, por lo que bien puede ofrecerse un informe metapericial caligráfico que se pronuncie respecto de aquel contenido en la carpeta investigativa del Ministerio Público. No obstante, será la declaración del meta experto, la prueba de descargo.

Finalmente, si los sentenciadores negaran la participación de un informe metapericial en el proceso como medio de prueba, tal como se anticipó, los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva y del derecho al debido proceso, autorizan el acceso denegado, toda vez que, “*el derecho a la defensa permite incorporar los medios probatorios que avalen las propias alegaciones y aquellos que desacrediten las de la contraparte*”.⁵⁷ Por lo menos así lo ha estimado nuestro Tribunal Constitucional, subrayando que, “*lo que interesa al problema del meta peritaje (...) es la posibilidad de que el imputado ofrezca y presente pruebas de descargo en el proceso, como una forma en que una defensa activa pruebe hipótesis que permitan acreditar, al menos, la existencia de una duda razonable sobre la responsabilidad penal*”.⁵⁸

VIII. CONCLUSIONES

La prueba metapericial caligráfica puede ser definida como aquella que da cuenta del contenido de un informe pericial en su misma ciencia o disciplina, informando si esta correcto o adolece de errores sustanciales y cuya finalidad es acreditar estos hechos ante el juez.

Como forma de llegar a su comprensión, la metodología descriptiva adoptada para este artículo ha sido útil para observar que la prueba metapericial caligráfica es de naturaleza *ex post*, en el sentido de que su existencia depende de una actividad o labor desplegada con anterioridad a esta: un meta-peritaje.

En cuanto a los aspectos relevantes de la prueba metapericial caligráfica, puedo concluir que existen tanto positivos como otros de aspectos negativos. A saber:

Dentro de los positivos y bajo una mirada epistémica, se puede establecer en concreto que la prueba metapericial no es un peritaje efectuado a otro peritaje, ni tampoco se realiza una labor pericial al mismo objeto de pericia ya estudiado, pues como correctamente se advirtió, no es un bajo ninguna

⁵⁷ TRUFFELLO y GUERRA (2024), p. 7.

⁵⁸ Guerra con 8º Juzgado de Garantía de Santiago (2021).

forma un contraperitaje, toda vez que se revela y nace bajo la premisa de que se debe acreditar que un informe pericial caligráfico incorporado como prueba u ordenado por el tribunal como medio de prueba, está correcto y bien construido, o adolece de errores en cuanto a la utilización de la metodología aplicada; contiene un desproliza rigurosidad de la labor o actividad pericial efectuada o se evidencia la presencia de sesgos cognitivos los cuales han afectado el correcto trabajo del experto.

Ahora, bajo una mirada axiológica, también aparecen un par de consideraciones positivas, en tanto, representa un valor redituable para el sistema judicial, al captar el objeto jurídico que se revela mediante la labor metapericial caligráfica. Pues intervienen ciertos sujetos, para ciertas finalidades prácticas en la realidad técnica-científica que subyace bajo su presencia. Es decir, se le puede asignar el rótulo de prueba científica o técnica, en tanto utilice una metodología o protocolo acorde con la finalidad que se espera, la de revelar el cuestionamiento acerca de ciertas conclusiones y la forma en que se arribó a ellas en el informe primitivo.

Por su parte, otro cariz positivo es su aspecto deontológico. Si bien, la prueba metapericial caligráfica no corrige directamente el abandono a los principios éticos practicado por el perito *ex ante*, indirectamente sí recoge y revela tal exilio, al poner en evidencia conclusiones erróneas, aventuradas, interesadas o parciales, basadas en técnicas o procedimientos mal ejecutados; métodos que no tienen validez científica contrastada por pares o metodologías desactualizadas o ya sin uso. Sin dejar de considerar algo de suma importancia, es que, al mismo tiempo, quien realiza la labor metapericial debe también someterse a la exigencia de las normas morales que rigen a su ciencia o las reglas de su arte, profesión u oficio, toda vez que aquel perito cumple ahora un rol de examinador; un control de calidad donde debe primar su objetividad basada en sus conocimientos adquiridos más que en su experiencia.

Directamente relacionado con lo anterior, aparecen ciertos aspectos fácticos que la prueba metapericial caligráfica revela y los podemos identificar entre aquellos que permiten visualizar una errónea aplicación metodológica o del método científico utilizado durante la labor pericial, falta o escaso rigor técnico de la misma y/o la aparición de sesgos cognitivos que orientan al perito a una errónea conclusión pericial.

Por su parte, un cariz llamativo corresponde a la capacidad de refutación que posee la prueba metapericial caligráfica. Dicha aptitud se revela vía dos cualidades que busca encontrar en el informe revisado: la validez y la confiabilidad en los resultados evacuados. Asumiendo que estas características son esenciales tanto para el informe pericial como para el metapericial pues ordenan en el receptor de ambos la conjunción de conocimientos contenidos para poder ser axiológica y epistémicamente útiles al sistema. Pues de alguna forma u otra serán valorados conforme lo que son y lo que ofrecen.

Dentro de los aspectos negativos es evidente que estamos frente a un tipo de prueba no regulada, atípica y compleja, la que debe ser ubicada en el proceso conforme el haz probatorio que exista y la oquedad que sea advertida. Al no poseer una organización legal, pues no se encuentra adscrita en ningún catálogo de medios de prueba, son los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva

y el derecho al debido proceso, quienes la protegen y permiten su introducción al procedimiento respectivo. Tan exigente es este último principio que la jurisprudencia comparada ha dicho que

“desde el inicio de las primeras diligencias de un proceso deben concurrir las máximas garantías procesales para salvaguardar el derecho del imputado a la defensa y deben concurrir los elementos necesarios para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos, lo cual implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradictorio”.⁵⁹

Lo descrito, permite a la prueba metapericial caligráfica, poder ser captada por el administrador de justicia mediante un proceso de reflexión tan importante, que él deba considerar que un hecho es cierto si se cumplen los presupuestos para ello, debiendo el justiciante establecer ciertas premisas exentas de falacias para justificar no solo su valoración, sino que, además, por qué entiende que ese tipo de medio probatorio tiene un carácter recursivo y demostrativo, independiente de la atipicidad que manifiesta. Ergo, no tiene factores ni características peculiares del tipo común de prueba.

La complejidad por su parte viene determinada por ciertos factores que inciden, por un lado, en su incorporación al proceso y por el grado de comprensión de su contenido semántico.

El primer escollo se relaciona derechamente con la ley y con las facultades que esta le otorga a quien debe admitirla o decretarla según sea el caso. Ya se mencionó que la ley no la contempla directamente, más de forma indirecta es posible su utilización. Por otro lado, la misma arquitectura legal pone trabas dependiendo el tipo de procedimiento. En sede penal, por ejemplo, se ha dicho que existen otros medios y recursos procesales entregados por el legislador para desacreditar la declaración del perito, la que no necesariamente debe ser por medio de una prueba metapericial.⁶⁰

En cuanto al grado de comprensión del contenido semántico, si la utilización es la correcta, entonces no debería presentarse traba alguna. Sin embargo, la lingüística jurídica tiende a agrupar bajo una misma definición distintos significantes, como hacer símil los términos metapericia y metaperitaje, bajo la idea o el concepto “prueba”.

La metapericia es una representación mental de una actividad o labor denominada metaperitaje, tal como la pericia accede e interpreta al peritaje.

Estas aproximaciones lingüísticas inciden en el orden epistemológico y en la dialéctica jurídica de forma nefasta, pues no cribar su contenido individual, conlleva a elucubrar razonamientos con errores semánticos.

Finalmente, hay que considerar un aspecto de suma importancia, que puede ser observado en forma positiva o negativa, y que puede incoarse en el hecho de que se exige un requisito excluyente en

⁵⁹ *Damián y Lucía con Perú* (2007).

⁶⁰ *L.B.L.CH con Figueroa* (2012).

el individuo que ejecuta la labor metapericial, pues debe poseer ciertas y determinadas cualidades y características que en su conjunto le autoricen a desarrollar tal actividad técnica-científica. En este caso, el perito revisor, no solo debe dominar la misma ciencia, arte u oficio u otras que sean afines en cuanto a ciencia o tecnicidad, sino que además debe poseer un acervo tal que permita dar validez epistémica, casuística y técnica-científica a sus conclusiones o dictamen metapericial.

La prueba metapericial en general o la metapericial caligráfica para este artículo, coadyuva al sentenciador a darle comprensión respecto de una técnica o ciencia aplicada que no logra sortear un haz de correcta aplicación mínima, encartada en anomalías de factura no evidenciadas, las que en muchas oportunidades pasan inadvertidas dado el conocimiento lego no solo del juez, sino que también del resto de los sujetos que intervienen.

Los errores metodológicos, nula rigurosidad o la presencia de determinados sesgos cognitivos no advertidos, indudablemente afirmarán la creencia tanto en la parte que se hace de la prueba pericial, como en el que debe juzgar, que tienen a su haber un resultado correcto y veraz por la sencilla razón de que la actividad pericial fue ejecutada por un perito (sesgo de confirmación), cuando en realidad tienen a su haber un falso positivo o un resultado erróneo que, por ignorancia, fue tenido a bien. El que pudo ser advertido mediante una labor metapericial, consignada en un tipo especial de prueba no regulada, atípica y compleja: la prueba metapericial caligráfica.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina Citada

- AGUIRRE-ROMÁN, Javier y PABÓN-MANTILLA, Ana (2020): “Hacia una epistemología jurídica crítica: precisiones y distinciones sobre epistemología jurídica, métodos y metodología”, en: *Entramado* (vol. 16 núm. 2).
- AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite (2012): “Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el derecho civil”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (año 19 núm. 1).
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2006): *La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- APARISI MIRALLES, Ángela (2008): *Ética y deontología para juristas*, 2ª edición (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra).
- ARRIAGADA CÁCERES, María (2022): “Normas regulativas y normas constitutivas en el derecho. Ontología, interpretación y cultura jurídica”, en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (vol. 45).
- BORT LORENZO, Lucía (2021): *La pericia caligráfica y la influencia de las distintas tipologías de firmas existentes en su cotejo*, Tesis Doctoral, Universidad Camilo José Cela.
- CÁCERES MUÑOZ, Cristián (2023): *El dictamen pericial y metapericial en el procedimiento judicial chileno* (Santiago, Editorial Hammurabi).
- CÁCERES MUÑOZ, Cristián (2024): *Deontología en la labor pericial* (Santiago, Editorial Hammurabi).
- CERRA JIMÉNEZ, Luis (2022): “Epistemología en el Derecho”, en: *Advocatus* (vol. 19 núm. 38).

- COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY (2009): *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward* (Washington, National Research Council).
- CONCHA, Daniela; BILBAO, María; GALLARDO, Ismael; PÁEZ, Darío y FRESNO, Andrés (2012): “Sesgos cognitivos y su relación con el bienestar subjetivo”, en: *Salud & Sociedad* (vol. 3 núm. 2).
- COOPER, Gilda y METERKO, Vanessa (2019): “Cognitive bias research in forensic science: A systematic review”, en: *Forensic Science International* (vol. 297).
- CORTADA DE KOHAN, Nuria (2006): “Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones”, en: *Revista de Psicología* (vol. 2 núm. 3).
- DÁVILA NEWMAN, Gladys (2006): “El razonamiento inductivo y deductivo dentro del proceso investigativo en ciencias experimentales y sociales”, en: *Laurus* (vol. 12).
- DEL PICCHIA, José (2006): *Tratado de Documentoscopia* (Buenos Aires, Ediciones La Rocca).
- GAMBARA D'ERRICO, Hilda (1991): “Incertidumbre y probabilidad subjetiva en la teoría de decisión conductual”, en: *Revista de Psicología General y Aplicación* (vol. 44 núm. 2).
- GÓMEZ MORENO, Juan (2023): “Los retos de la prueba pericial para asegurar un proceso neutro: mito y realidades de la teoría procesal”, en: *Revista Jurídica Austral* (vol. 4 núm. 1).
- GOULD, Jon; SMIEGOCKI, Victoria y LEO, Richard (2022): “Theorizing Failed Prosecutions”, en: *The journal of criminal law & criminology* (vol. 112 núm. 2).
- HERDY, Rachel (2014): “Dependencia epistémica, antiindividualismo y autoridad en el derecho”, en: *ISONOMÍA* (núm. 40).
- HEUER, Richards (1999): *Psychology. Intelligence Analysis* (Langley, Center for the study of intelligence).
- LÁZARO RUIZ, Eliseo (2024a): “Fundamentos epistemológicos y metodológicos de los metaperitajes”, en: *INACIPE, Revista mexicana de ciencias penales* (núm. 24).
- LÁZARO RUIZ, Eliseo (2024b): “Los metaperitajes y la valoración de la validez-fiabilidad del conocimiento”, en: García-López, Eric (coordinador), *¿Cómo se prueba la violencia por razones de género en el proceso judicial?* (Ciudad de México, Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación).
- LOPEZ RODRIGUES DE AGUIAR, Alexandre (2024): “La racionalidad en la actividad probatoria, desde la perspectiva de la epistemología jurídica”, en: *Revista Contemporânea* (vol. 4 núm. 3).
- MARCANO SALAZAR, Luis (2020): *Introducción al derecho. Teoría conductual del derecho: Un nuevo enfoque multidisciplinario* (Santiago, Editorial Hammurabi).
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Juan (2018): “Mirror-imaging. Un sesgo cognitivo en el análisis de inteligencia”, en: *Revista UNISCI / UNISCI Journal* (núm. 47).
- MONTORO BALLESTEROS, Manuel (1999): “Ontología jurídica en perspectiva histórica”, en: *Anuario de filosofía del derecho* (núm. 16).
- PEÑA AGUIRRE, Juan (2019): “La Prueba Pericial Documentológica en el Proceso Penal Acusatorio”, en: Unión Nacional de Juristas de Cuba (editor), *El Derecho Penal y la Criminología. Su práctica en Angola, Cuba y Ecuador en el siglo XXI* (La Habana, Editorial Unijuris).
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio (2002): *La prueba ante la jurisprudencia: derecho civil y procesal civil*, 4ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel (1969): “La ontología jurídica como Filosofía del Derecho”, en: *Anuario de filosofía del derecho* (vol. 14).
- SÁNCHEZ MARÍN, Braulio (2024): “Metodología para la elaboración de un metaperitaje al margen de un procedimiento penal en México”, en: *Revista mexicana de ciencias penales* (vol. 8 núm. 24).

TRUFFELLO GARCÍA, Paola y GUERRA ARAYA, Pedro (2024): “La prueba de peritos y el meta peritaje. Aspectos generales de su regulación y aplicación en Chile”, en: *Asesoría técnica parlamentaria* (noviembre 2024).

VÁSQUEZ ROJAS, Carmen (2015): *De la prueba científica a la prueba pericial* (Madrid, Marcial Pons).

VELÁZQUEZ POSADA, Luis (2004): *Falsedad documental y laboratorio forense* (Buenos Aires, Ediciones La Rocca).

VERBIC, FRANCISCO (2008): *La prueba científica en el proceso judicial* (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni).

Jurisprudencia citada

Damián y Lucía Vs. Perú (2007): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 10 de julio de 2007. Serie C No. 16, párrafo 133.

L.B.L.CH con Figueroa (2012): Corte Suprema, de 25 de junio de 2012, rol 3521-2012.

Ministerio Público con Robles Morales (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de octubre de 2018, rol 5381-2018.

Cepeda con Ilustre Municipalidad de Taltal (2019): Corte Suprema, 05 de noviembre de 2019, rol 19051-2019.

Uruguay (2020): Tribunal Apelaciones Penal 3º Tº, 17 de julio de 2020, Nº 368/2020.

Guerra Núñez, David (2021): Tribunal Constitucional de Chile, 17 de marzo de 2022, rol 11430-2021.

Ministerio Público con Del Pino (2023): Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares, 30 de diciembre de 2023, rit 178-2023.

Soto Munguía, María con Schilder Celleri, José (2023): Corte Suprema de Perú, 25 de mayo de 2023, rol 699-2020.

Visitacion con Tania, Víctor y Telepromoción y Difusión S.L. (2023): Audiencia Provincial Palmas de Canarias, 14 de abril de 2023, Nº de Recurso 139-2022.

Sobre el pragmatismo legal: ¿Dónde nos conduce ‘La senda del Derecho’? * **

On legal pragmatism: Where does ‘The path of law’ lead us?

Susan Haack

University of Miami, Miami, Estados Unidos.
Correo electrónico: s.haack@miami.edu. <https://orcid.org/0000-0003-3975-366X>

Recibido el 08/04/2025

Aceptado el 29/05/2025

Publicado el 20/06/2025

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2025.n46.03>

RESUMEN: El artículo examina críticamente la noción contemporánea de “*pragmatismo jurídico*”, contrastándola con la tradición filosófica del pragmatismo clásico (Peirce, James, Dewey) y con el pensamiento de Oliver Wendell Holmes. Su objetivo es clarificar las confusiones actuales en torno al concepto, evaluar la relevancia del enfoque de Holmes y rehabilitar el “*pragmatismo jurídico*” como una concepción rica y matizada del derecho, anclada en la práctica pero abierta a la teoría crítica y al progreso moral. Metodológicamente, el artículo combina el análisis conceptual con una lectura

ABSTRACT: The article critically examines the contemporary notion of ‘legal pragmatism’, contrasting it with the philosophical tradition of classical pragmatism (Peirce, James, Dewey) and the thought of Oliver Wendell Holmes. Its aim is to clarify current confusions surrounding the concept, assess the relevance of Holmes’s approach, and rehabilitate ‘legal pragmatism’ as a rich and nuanced conception of law—rooted in practice yet open to critical theory and moral progress. Methodologically, the article combines conceptual analysis with a close reading of the famous address “The Path of the Law” (1897), exploring

* Este texto es una traducción del artículo “*On legal pragmatism: Where does ‘The path of law’ lead us?*”, en HAACK (2005). La traducción fue revisada por la autora y discutida con ella, y cuenta con su debida autorización.

** Claudio Agüero San Juan, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. El traductor agradece a la profesora Haack la revisión del borrador del texto y las sugerencias de traducción de algunas expresiones y giros idiomáticos propios del estilo filosófico de las obras analizadas. Algunas decisiones de traducción y notas complementarias son comentadas al final como apostillas. Las segundas se encuentran vinculadas a superíndices de números romanos.

Mis agradecimientos a Mark Migotti por sus útiles comentarios sobre más que un borrador, y a John Finnis por las útiles sugerencias sobre la versión casi final; a David Hollander, en la Biblioteca de Derecho de la Universidad de Miami, por su ayuda en rastrear los materiales relevantes; a Robert Lane, por su ayuda en encontrar los primeros usos de la palabra “*pragmatismo*” de Peirce y por la frase “*dudas de papel*”; y a todos los colegas quienes hicieron comentarios provechosos y sugerencias cuando presenté por primera vez este trabajo en el Workshop de septiembre de 2005 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Miami.

detallada del famoso discurso “*The Path of the Law*” (1897), explorando sus argumentos clave y las tensiones internas entre su realismo práctico y su aspiración teórica. Se argumenta que el ‘pragmatismo jurídico’ contemporáneo está conceptualmente fragmentado y, con frecuencia, desvinculado de las raíces filosóficas del pragmatismo clásico. Frente a ello, el artículo propone una relectura del pensamiento de Holmes no como antiteórico, sino como comprometido con una visión comprensiva del derecho como una institución histórica, local y en evolución. La autora sostiene que Holmes ofrece una teoría realista y falibilista del derecho, que evita el esencialismo sin caer en el escepticismo o el relativismo total. En conclusión, el artículo afirma que el verdadero valor del pragmatismo jurídico reside en la tradición clásica y en la complejidad del legado de Holmes, más que en las versiones actuales antiteóricas o meramente instrumentales.

PALABRAS CLAVE: Pragmatismo jurídico, Oliver Wendell Holmes, tradición pragmática clásica, teoría del derecho, realismo jurídico.

its key arguments and the internal tensions between its practical realism and theoretical aspiration. It argues that contemporary ‘legal pragmatism’ is conceptually fragmented, often detached from the philosophical roots of classical pragmatism. In contrast, the article proposes a rereading of Holmes’s thought not as anti-theoretical, but as committed to a comprehensive vision of law as a historical, local, and evolving institution. The author contends that Holmes offers a realist and fallibilist theory of law—one that avoids essentialism without lapsing into skepticism or total relativism. In conclusion, the article maintains that the true value of legal pragmatism lies in the classical tradition and the complexity of Holmes’s legacy, rather than in today’s anti-theoretical or merely instrumental versions.

KEY WORDS: Legal pragmatism, Oliver Wendell Holmes, classical pragmatist tradition, legal theory, legal realism.

“Cuando pienso... en el derecho, veo a una princesa más influyente que la que una vez bordó en Bayeux, adornando eternamente en su tapiz figuras tenues de un pasado tan prolongado, -figuras demasiado tenues para ser percibidas por el indolente, excesivamente simbólicas para ser interpretadas, excepto por sus pupilos, pero para el ojo perspicaz reveladoras de cada paso doloroso y de cada lucha estremecedora por las que la humanidad ha trabajado y peleado su camino desde el aislamiento salvaje a una vida social orgánica”¹

I. INTRODUCCIÓN

Todo esto empieza con un par de preguntas que suenan aparentemente muy sencillas: “¿Qué es el pragmatismo jurídico? y ¿Hay algo valioso en él?”. Sin embargo, termina con respuestas no tan simples: “Aquello que hoy en día es llamado ‘pragmatismo jurídico’ es muy diferente del antiguo estilo de pragmatismo jurídico tradicionalmente asociado con Oliver Wendell Holmes; y hay elementos valiosos en la concepción del Derecho revelada a través de la lectura de *The Path of the Law* [La senda del Derecho] de Holmes a la luz de la filosofía de tradición pragmatista clásica, aunque menos en el neopragmatismo legal contemporáneo”. A medida que articulo y defiendo estas respuestas, mis reflexiones sobre las variedades de pragmatismo -filosófico y jurídico, antiguo y nuevo- serán envueltas alrededor de mi exploración del significado de *The Path of the Law* y las fortalezas y debilidades de sus argumentos.

¹ HOLMES (1964a), p. 63.

II. EL PRAGMATISMO JURÍDICO HOY EN DÍA

En el último tiempo, la palabra “*pragmatismo*” aparece en títulos de libros, capítulos y artículos de Filosofía del Derecho con suficiente frecuencia como para comunicar la impresión de que habría algún tipo de renacimiento del pragmatismo entre los estudiosos del Derecho.² Aunque, cuando miras el contenido de aquellos libros y artículos, es probable que te encuentres un poco confundido acerca de qué exactamente es un verdadero renacimiento.

Leerás que el pragmatismo es simplemente una “*aversión general a la teoría*”;³ es “*resolver los problemas legales usando todas las herramientas que están a la mano, incluyendo el precedente, la tradición, el texto legal, y la política social –(y) renunciar(ando) al proyecto completo de entregar una base teórica para el Derecho constitucional*”;⁴ un “*entendimiento de que lo que vemos siempre depende de nuestro punto de vista, y que entender a otros es frecuentemente un asunto de recrear el punto de vista desde el cual ellos ven los eventos*”;⁵ “*una expresión realista del reconocimiento de que las demandas por una verdad metateóricas son filosóficamente indefendibles*”;⁶ “*libertad desde theory-guilt*”;⁷⁻⁸ “*un tipo de exhortación acerca de la teorización [...] no decir cosas que los abogados y jueces desconocen, sino más bien recordarles lo que ya creen, pero fracasan en poner en práctica*”;⁹ “*mirar los problemas concretamente, sin ilusiones, completamente conscientes de las limitaciones de la razón humana, con un sentido «localista» del conocimiento humano, la dificultad de traducciones entre las culturas, lo inalcanzable de la «verdad»*”;¹⁰ la visión que “*la práctica no está apoyada por un conjunto general de principios inmutables, o en un método infalible o impersonal*”;¹¹ “*una síntesis de contextualismo e instrumentalismo*”;¹² “*antifundacionalismo, y [...] optimismo social*”;¹³ “*el movimiento filosófico Americano distintivo comenzó con C. S. Peirce y William James, lo desarrolló John Dewey, y recientemente lo apoya Richard Rorty [...] una posición fundamental [...] (que) cede al relativismo sobre la verdad y la justicia*”;¹⁴ “*un antiformalismo ecléctico, históricamente orientado hacia el resultado*”;¹⁵ “*una crítica de formalismo esencialista/con-*

² De hecho, el volume 63 de Southern California Law Review (1990) versa sobre el simposio titulado “The Renaissance of Pragmatism in American Legal Thought”.

³ ATIYAH (1987), p. 5.

⁴ FARBER (1988), p. 1332.

⁵ HANTZIS (1988), p. 595.

⁶ PATTERSON (1990), p. 996.

⁷ En esta frase “*theory-guilt*” significaría: libre de culpa por no tener una teoría legal.

⁸ GREY (1990), p. 1569.

⁹ SMITH (1990), p. 411. (Smith reconoce que la suya no es una interpretación estándar del pragmatismo jurídico).

¹⁰ POSNER (1990), p. 465.

¹¹ FISH (1990), p. 1464.

¹² GREY (1991), p. 15.

¹³ HOY (1991), p. 344.

¹⁴ WARNER (1993), p. 537. Más tarde él añade, más bien confusamente, que “*las visiones de los pragmatistas jurídicos son generalmente inconsistentes con el pragmatismo Peirceano*”. También en p. 543.

¹⁵ LUBAN (1996), p. 44.

ceptualista, y una advertencia para evitar excesiva teorización o abstracción”, instando a “más diálogo, tradicionalismo, atención al contexto, y al camino del medio”;¹⁶ la idea de que “una teoría de la decisión judicial satisfactoria para los abogados debe permitirles predecir lo que harán las tribunales”;¹⁷ “un discurso filosófico que es general, feminista [hysteric], externo, práctico, y progresivo, y junto a un discurso jurídico anterior (el de Holmes) que es profesional, obsesivo, interno, teórico y conservativo”;¹⁸ “una disposición para basar la acción en hechos y consecuencias más que en conceptualismos, generalidades, piedades, y slogans [...] rechazando la Teoría Moral, Política y Jurídica cuando son ofrecidas para guiar la toma de decisiones jurídicas”;¹⁹ “una extensión del escepticismo, fundamentalmente enraizado en el sofismo griego”;²⁰ un reconocimiento de que la “devoción a la teoría puede ser dañina e infructífera así como la devoción al formalismo jurídico tradicional”;²¹ “una postura ecléctica y autorreflexiva sobre teorías y métodos; un reconocimiento de una pluralidad de ‘verdades’ contingentes y de ‘significados’ que están basados en la experiencia concreta más que en verdades absolutas o fundamentales; y evitar las dicotomías y los enfoques unidimensionales y una incorporación explícita de ideales democráticos en los resultados (objetivos) de la política pública y en la manera que el análisis político es conducido en sí mismo”;²² la visión que “la validez de la creación de un consenso no depende de su posibilidad teórica de lograr soluciones ‘exitosas’, sino de la eficacia de la creación de consenso en su aplicación”.²³

Lo que tenemos aquí no es simplemente una divergencia entre del significado(s) jurídico de una palabra con su significado(s) filosófico -como quizás lo tenemos con el “realismo” y “positivismo”-;²⁴ esta es una compleja maraña para la academia, la que se encuentra desesperadamente confundida. Más que atacar esto directamente, primero haré un esquema de los orígenes de la tradición pragmatista clásica en la filosofía, y del lugar de Oliver Wendell Holmes en este relato [story]; y luego, estructuro el complejo argumento de *The Path of the Law*, y exploro qué nos puede enseñar este famoso discurso de Holmes en estos días. Con este trabajo en la mano, debería ser posible disipar al menos algunas de las confusiones actuales.

III. LA TRADICIÓN PRAGMATISTA EN LA FILOSOFÍA

Además de su uso(s) en la teoría jurídica, la palabra “pragmatismo” tiene, por supuesto, un uso cotidiano y otro filosófico técnico -bueno, digo “por supuesto”; pero (¡por supuesto!) a menudo son con-

¹⁶ TAMANAH (1997), p. 35.

¹⁷ LEITER (1998), pp. 285 y 286.

¹⁸ ALBERSTEIN (2002), p. 2.

¹⁹ POSNER (2003), p. 3.

²⁰ LEAF (2003), p. 73.

²¹ WEAVER (2003), p. 4.

²² SCHNEIDER e INGRAM (2003), p. 157.

²³ COGLIANESE (2003), p. 189.

²⁴ El “Realismo” no tiene un solo significado, sino que muchísimos [ver HAACK (2002), pp. 67-88]; pero ellos comparten la idea que algo -verdad, realidad, moral o epistémica o etc., valores, o lo que sea- es, en algún sentido, independiente de nosotros. Y “positivismo”, como es usado en la filosofía, es entendido algunas veces de formas más o menos expansivas.

fundidos entre ellos, y como mínimo el uso filosófico es ambiguo.

Durante el siglo XVIII, describir a alguien como un pragmatista era decir que era una persona práctica y ocupada. A fines del siglo XIX, y aparentemente por buena parte del siglo XX, la palabra ha adquirido un tono peyorativo, a medida que “*pragmático*” llegó a significar “*oficioso, testarudo*”, y “*pragmatismo*”, en consecuencia, “*injerencia oficiosa*”. Ahora, el significado de estas palabras ha cambiado una vez más: en el discurso ordinario de hoy, el “*pragmatismo*” usualmente connota preocupación según la conveniencia más que principio, con “*asunto de hecho, a menudo excluidas de materias intelectuales o artísticas; práctico en oposición a idealista*”.²⁵

En Filosofía, “*pragmatismo clásico*” se refiere al movimiento de finales del siglo XIX en la Filosofía Americana, de que en un primer momento fue la máxima pragmática de Charles Sanders Peirce la que caracterizó el significado en términos de consecuencias “*pragmáticas*” (prácticas, experienciales) de la aplicación de un concepto; y por extensión al trabajo más tardío en el espíritu de esta tradición. El “*neopragmatismo*” se refiere al desarrollo de fines del siglo XX asociado con los ataques de Richard Rorty al fundacionalismo, esencialismo y cientificismo.

Fue William James quien en 1898 introdujo por primera vez la palabra “*pragmatismo*” en el debate filosófico, y quien hizo famoso este estilo filosófico.²⁶ Pero James reconoció que la idea clave había surgido en discusiones con Peirce en el *Metaphysical Club* (Club de Metafísica) en Cambridge, Mass., a principios de 1870. De hecho, algunas semillas del pragmatismo son ya apreciables en la serie de trabajos anticartesianos de Peirce en 1868, y en su reseña de 1871 a los trabajos de George Berkeley editados por Fraser;²⁷ y Peirce había articulado la concepción pragmatista del significado, sin lugar a dudas, en un trabajo publicado en 1878: *¿Cómo esclarecer nuestras ideas?*,²⁸ que más tarde describiría como “*un pequeño trabajo que expresa algunas de las opiniones que he estado impulsando en el Metaphysical Club bajo el nombre de pragmatismo*”. Sin embargo, explicó, que cuando publicó este trabajo había evitado deliberadamente la palabra “*pragmatismo*”, porque “*en aquellos tiempos medievales, no me atreví a usar una palabra en inglés en una publicación para expresar una idea no relacionada con el significado recibido por la palabra*”²⁹ i.e. presumiblemente, el significado recibido en este tiempo por la palabra, “*injerencia oficiosa*”.³⁰ En 1903, Peirce se reconoció como el fundador del pragmatismo en

²⁵ Confío en el Oxford English Dictionary Online (2005) que ofrece como un ejemplo del uso del siglo diecinueve este, de CLARKE (1974), p. 209, los personajes de Shakespeare: Principalmente aquellos subordinados: “[*Malvolio*] es un abstemio moral, un formalista, un pragmatista...”; *Dictionary of the English Language* (1885); *A Standard Dictionary of the English Language* (1897); *The Concise Dictionary of Current English* (1959); y *Webster’s Ninth New Collegiate Dictionary* (1991), desde el cual se toma el significado actual citado en el texto.

²⁶ JAMES (1975), pp. 255-270.

²⁷ PEIRCE (1931-1958); PEIRCE (1868), párrs. 5.213-357; PEIRCE (1871), párrs. 8.7-38. Las referencias a “*Collected Papers*” inician el volumen y el número de párrafo. Con trabajos publicados, la fecha que va entre paréntesis es el año de publicación; con los trabajos no publicados, este es el año en que los trabajos fueron escritos.

²⁸ PEIRCE (1931-1958), párrs. 5.388-410 (1878).

²⁹ PEIRCE (1931-1958), párr. 5.13 (c.1906). Fueron los editores de *Collected Papers*, y no el propio Peirce, quienes proporcionaron “*The Pragmatic Maxim*” y “*Applications of the Pragmatic Maxim*” así como los subtítulos de las secciones relevantes de “*How to Make Our Ideas Clear*”.

³⁰ Tan lejos como he podido determinar Peirce usó por primera vez la palabra “*pragmatismo*” en agosto de 1899 en su reseña de

una conferencia en Harvard; aunque la paloma que él había enviado en 1878 nunca regresó a él, escribió, “últimamente toda una camada de jóvenes ha estado revoloteando, a partir de sus plumas podría imaginar que he encontrado una camada”.³¹

Peirce y James escribieron que ellos vieron el pragmatismo como un método, un enfoque a las cuestiones filosóficas centrado en las consecuencias pragmáticas, no como un cuerpo de doctrina filosófica; y la Filosofía Pragmatista fue desde el comienzo extraordinariamente variada. Englobaba una amplia gama de intereses, áreas, y ángulos -como el joven filósofo Italiano Giovanni Papini enfatizó cuando comparó el pragmatismo con un gran hotel, donde todos los invitados pasan a través del mismo corredor, pero cada uno trabaja solo en su habitación sobre las cuestiones que especialmente le interesan. Pero desde el comienzo, también estuvo presente una segunda y menos benévola contraposición en las diferencias entre la comprensión de Peirce sobre la Máxima Pragmática y el entendimiento de James: Peirce enfatizó en la conexión entre el significado de “pragmática” y el “pragmatische” de Kant, aproximadamente, “*experiential*”, en contraste con “*a priori*”; James enfatizó la conexión entre “pragmática” y el griego “*praxis*”, “*acción*”, en contraste con la teoría.

Estas diferencias se acrecentaron a medida que Peirce se movió hacia una formulación realista y subjuntiva de la máxima (de acuerdo con la cual, por ejemplo, decir que un diamante es duro no sólo significa que si es frotado contra otras sustancias las rayará, sino que si este fuese restregado contra ellas las rayaría);³² y a medida que James desarrolló su doctrina de la Voluntad de Creer, y luego se encontró a sí mismo luchando, no muy exitosamente, por distinguir esta doctrina del pragmatismo como un método que él mismo tomó para compartir con Peirce. En 1905 -aunque escribía amablemente de James e incluso del pragmatista radical inglés F.C.S. Schiller- Peirce se quejaba sobre el “abuso despiadado” al que su palabra había sido sometida en las revistas literarias, un abuso tan ofensivo que estaba listo para “besar a su hijo en modo de despedida”, y para “anunciar el nacimiento de la palabra ‘pragmaticismo’ (pragmaticism), que es lo suficientemente fea como para estar a salvo de los secuestradores”.³³

En vista del potencial de la fisura ya presente en las diferencias entre las elaboraciones de Peirce y James sobre el método pragmático, y el potencial de la confusión con esta o esa doctrina filosófica específica, sin mencionar el cambio de significado de la palabra en el uso ordinario, la posterior fragmentación del pragmatismo filosóficos no es sorprendente. Y el pragmatismo dio un cambio brusco y radical una vez que Rorty se apoderó de James: ¿Qué puede estar más allá de las observaciones de Peirce que la verdad “es ASÍ, si es que tú, o yo, o cualquier persona cree que es así o no”, y que “cada hom-

KETNER y COOK (1979); en enero de 1901 usó nuevamente la palabra en su reseña a dos libros de Anthony, Earl de Shaftesbury (3:261); y, finalmente, describió su propia visión como “pragmatismo” en su entrada “Pragmatic and Pragmatism” en BALDWIN (1902), pp. 321 y 322, reimpreso en PEIRCE (1931-1958), párrs. 5.1-5.

³¹ PEIRCE (1931-1958), párr. 5.17 (1903).

³² PEIRCE (1931-1958), párr. 5.453 (1905): “la pregunta no es, ¿Qué pasó?, sino... Si ese diamante resistiría un intento de rayarlo”. En 1878, Peirce admite que él había “intentado desglosar más este punto”, o quizás no había estado claro en su propia mente. [“Realista”, como se usa aquí, contrasta con “nominalista”; HAACK (2002), pp.78-80].

³³ PEIRCE (1931-1958), párr. 5.414 (1905).

bre está completamente convencido que hay tal cosa como la verdad, o él no haría ninguna pregunta”³⁴ que el fanfarroneo alegre de Rorty de que él “no tiene mucho uso para la noción de ‘verdad objetiva’”, o su seguridad despreocupada de que la verdad es “completamente una cuestión de solidaridad”³⁵

Aunque sus intereses filosóficos eran de amplio alcance -Peirce en Lógica, Semiótica, Metafísica, Cosmología, Teoría de Indagación, Filosofía de la Ciencia y así sucesivamente; y por su parte, James en Metafísica, Filosofía de la Religión, Filosofía de la Mente, Ética, y así sucesivamente- ninguno tenía mucho que decir sobre la Filosofía del Derecho. Aunque recientemente parece haber sido el estilo de Rorty de neo-pragmatismo el que ha sido más gratamente bienvenido por los estudiosos del Derecho, tradicionalmente es Oliver Wendell Holmes quién ha sido visto como el autor de la tradición pragmatista en la Filosofía del Derecho. En otro lugar, he trazado la evolución del pragmatismo filosófico desde Peirce hasta Rorty y más allá;³⁶ aquí, comenzaré con el lugar de Holmes en el capítulo pragmatista clásico de este relato.

Como sabemos, Holmes asistió a algunas de las conferencias de Peirce en el Instituto Lowell en 1866;³⁷ y parece que él estaba involucrado en el *Metaphysical Club* incluso antes de su comienzo. En 1868 James le había escrito desde Berlín, proponiendo “Cuando llegue a casa, establezcamos una sociedad filosófica para tener reuniones regulares y discutir nada más que las cuestiones más altas y amplias - está compuesto nada más que de los más ilustres hombres de Boston”, y previendo que esto podría “convertirse en algo muy importante después de un número suficiente de años”.³⁸ Las pruebas sugieren que, sin embargo, aunque Holmes participó desde el principio estuvo presente rara vez en las reuniones del club después del invierno de 1871-2; de todos modos, en 1927 -en el momento en que él era el único miembro sobreviviente- le contó a Charles Hartshorne (uno de los editores jóvenes de *Collected Papers* de Peirce) que él “pronto se salió de la banda”.³⁹

En 1906, recordando de forma impresa los orígenes del pragmatismo, Peirce da testimonio de la influencia de otro abogado que también participó: Nicholas St. John Green, “un abogado muy hábil, [...] un discípulo de Jeremy Bentham”, quien incitó la importancia de aplicar la definición de creencia de Alexander Bain como “aquella sobre la que un hombre está preparado para actuar” -de la que, Peirce continúa, “el pragmatismo poco más que una consecuencia, un corolario”; y Chauncey Wright, “algo de una celebridad filosófica en aquellos días [...] nuestro maestro de boxeo a quién nosotros [...] solíamos enfrentar para ser golpeados severamente”. Mientras también él escribe amablemente sobre Holmes - “Creo que el Sr. Magistrado Holmes no tomará a mal que estemos orgullosos de recordar su

³⁴ PEIRCE (1931-1958), párrs. 2.135 (1902) y 2.211 (1903).

³⁵ RORTY (1992), p. 141 y RORTY (1991), p. 32.

³⁶ Publicado por primera vez en HAACK (2004a), pp. 1-41; reimpresso en HAACK (2006), pp. 15-670. En Español la traducción corresponde a Ana Isabel Stellino, en HAACK (2001).

³⁷ HOWE (1957), p. 251, citado por WIENER (1972), p. 75. Peirce's (no publicado) conferencia titulada “*The Logic of Science and Induction*”.

³⁸ Citado por FISCH (1964), p. 4, citando a PERRY (1935), p. 508 y también se encuentra en BAKER (1991), 214 y 215.

³⁹ FISCH (1964), p. 22.

membrecía”-⁴⁰ Peirce no dice nada específico sobre su influencia. El propio Holmes escribiría más tarde que pensó que “aprendió más de Chauncey Wright y Nicholas St. John Green” que de Peirce; y expresa reservas sobre la predicción de Hartshorne que la publicación de los trabajos de Peirce serían un evento filosófico importante.⁴¹

Y oficialmente Holmes nunca se reconoció a sí mismo como parte del pragmatismo -esto no es sorprendente dado que entonces el significado común de “pragmatismo” era muy poco atractivo y, además, que *The Common Law* y *The Path of the Law* fueron publicados antes de que James hubiese puesto la palabra en circulación en su sentido filosófico especial-. De hecho, cuando James introdujo su pragmatismo al mundo filosófico, como muchos lectores Holmes tuvo problemas distinguiéndolo de la Voluntad de Creer -la que él describió en una carta a Frederick Pollock como “una entretenida patraña”.⁴² Mucho después, cuando leyó una temprana antología del trabajo de Peirce,⁴³ aquello que lo impresionó fue “el razonamiento en la dirección de la religión &c., parece...reflejar lo que él quiere creer - a pesar de su devoción por la lógica”.⁴⁴ Sin embargo, él estaba aparentemente mucho más impresionado por Dewey, de quién escribió en 1931 basado en su obra *Experience and Nature*⁴⁵ que “aunque está escrita increíblemente mal [...] me pareció que Dios habría hablado así si hubiese tenido dificultades para expresarse, pero estuviese profundamente deseoso de decirte cómo era el [cosmos]”.⁴⁶

En 1942, Max Fisch describió *The Common Law* de Holmes como “lleno del espíritu del pragmatismo de las oraciones resonantes en las que su tema está anunciado -la vida del Derecho no ha sido lógica; ha sido experiencia hasta el final”;⁴⁷ en 1949 Philip Weiner tituló el capítulo 8 de su *Evolution and the Founders of Pragmatism, Evolutionary Pragmatism in Holmes’s Theory of Law*;⁴⁸ y muchos comentaristas han notado el paralelo aparente entre la presentación de Holmes de la “teoría del derecho como predicción” en *The Path of the Law* (1986), y la afirmación de Peirce de la máxima pragmática en *How to Make Our Ideas Clear*:

“Debemos concebir el objeto de nuestra concepción el considerar qué efectos posiblemente pudiesen te-

⁴⁰ PEIRCE (1931-1958), párr. 5.12 (c.1906).

⁴¹ Holmes a Charles Hartshorne, 25 de Agosto de 1927; mi fuente es FISCH (1964), pp. 10 y 11.

⁴² HOLMES y POLLACK (1941), p. 1-139, (17 de junio de 1908).

⁴³ PIERCE (1998). Sin embargo, aparentemente a Peirce no le gustó la doctrina de La Voluntad de Creer mucho más de lo que le gustó a Holmes; de todos modos, un año después de que La Voluntad de Creer fue publicado y dedicado “a mi viejo amigo, Charles Sanders Peirce”, su estilo está más bien basado explícitamente en la “Voluntad de Aprender” [PEIRCE (1931-1958), párr. 5.583 (1898)]. Holmes pudo haber estado confundido por el título del trabajo de Peirce, “The Doctrine of Evolutionary Love”, el que fue incluido en esta temprana antología: de hecho, este trabajo articula la teoría cosmológica que Peirce llama “agapismo”, en el cual propone la evolución del orden desde el caos por la “afinidad”.

⁴⁴ COHEN (1948), p. 34.

⁴⁵ DEWEY (1929).

⁴⁶ HOLMES y POLLACK (1941), párr. 2.287 (15 de mayo de 1931).

⁴⁷ FISCH (1986), p. 8. Esta observación de Fisch no debería ser tomada como que sugiere que los pragmatistas eran hostiles a la lógica. James, por supuesto, no era lógico; pero (como Fisch debió haber estado bien consciente) Peirce fue una figura mayor en la historia de la lógica moderna, desarrollando un cálculo unificado proposicional y de predicado en 1880 -un año después del *Begriffsschrift* de Gottlob Frege (1879); traducción al inglés de BYNUM (1972), pero muy independiente del trabajo de Frege.

⁴⁸ WIENER (1972).

ner relevancia práctica. Entonces, nuestra concepción de estos efectos es toda nuestra concepción del objeto”.⁴⁹

“(…) un deber legal así llamado no es nada más que una predicción de que si un hombre hace u omite ciertas cosas sufrirá por esta o aquella mediante un juicio en el tribunal; -y en consecuencia de un derecho legal”.⁵⁰

De hecho, Fisch una vez sugirió que en lugar de ser la idea de Holmes un caso especial de la idea de Peirce, la máxima pragmática de Peirce pudo ser un tipo de extrapolación de esta hebra en el pensamiento de Holmes⁵¹ (tal como aparece en la teoría de las expresiones realizativas de J.L. Austin que fue un tipo de extrapolación del concepto de discurso operativo de H.L.A. Hart).⁵² Holmes había expresado algo parecido a esta idea a principios de 1872, por lo que en una nota en la *American Law Review*, en la cual resume y adhiere a la crítica de Pollock de las *John Austin's Lectures on Jurisprudence*, él escribió:

“Como es claro en numerosas instancias de interpretación judicial de leyes [statutes] y constituciones en este país, [...] en un estado civilizado no es la voluntad del soberano la que hace el Derecho de los abogados, incluso cuando es esta su fuente, sino que un cuerpo de sujetos, principalmente los jueces, es por quienes son vigentes [enforced], dicen es su voluntad [...] La única pregunta para los abogados es, ¿Cómo actuarán los jueces?”.⁵³

Sin embargo, la conjetura de Fisch simplifica demasiado. Como señalé anteriormente, algunas ideas protopragmatistas ya estaban aparentemente en el trabajo de Peirce antes de esta nota de Holmes; por otra parte, la Filosofía de Derecho que Holmes había desarrollado en el momento de *The Path of the Law* resulta ser más mucho más sutil y sofisticada que lo sugerido por la “teoría de derecho como predicción”. Por lo que necesitamos mirarla más de cerca.

III. LA SENDA DEL DERECHO: O, FORMULARIO DE LA PRÁCTICA A LA TEORÍA

El estilo elegante y aforístico de Holmes ha tentado a muchos lectores a asumir que esta o aquella frase memorable de *The Path of the Law* encapsula el todo, pero descripciones resumidas como “la teoría de la predicción”, “La teoría del hombre malo”, o “La revuelta contra el formalismo”, e imágenes unidimensionales de Holmes simplemente como un precursor temprano del realismo jurídico o del enfoque de *law and economics*, como antiteórico, etc., no son realmente adecuados a la profundidad o complejidades internas de su Filosofía del Derecho.

⁴⁹ PEIRCE (1931-1958), párr. 5.401 (1878).

⁵⁰ HOLMES (1995a), p. 391. Todas las páginas referidas en el texto son de esta versión.

⁵¹ FISCH (1986), p. 12.

⁵² AUSTIN (1962), p. 7, n. 1. Mis agradecimientos a William Widen por llevar esta nota a mi conocimiento.

⁵³ HOLMES (1995), p. 295.

¿Complejidades internas –o contradicciones internas? Las líneas de apertura de *The Path of the Law* parecen ser eminentemente prácticas y con los pies en la tierra: “Cuando estudiamos Derecho no estamos estudiando algo misterioso sino una profesión bien conocida. Estamos estudiando aquello que necesitaremos para actuar ante los tribunales o aconsejar al objeto de que se mantenga alejada de ellos [...] El objeto de nuestro estudio [...] es [...] la predicción: de la incidencia de la fuerza pública a través de la actuación de los tribunales”.⁵⁴ Sin embargo, las líneas de cierre de Holmes nos llevan mucho más lejos de las preocupaciones mundanas y prácticas sobre cuándo podemos esperar que un alguacil toque a nuestra puerta: “estoy seguro de que la felicidad no puede alcanzarse únicamente siendo abogado de grandes compañías y teniendo unos ingresos de cincuenta mil dólares anuales. Una inteligencia suficientemente grande para conseguir el premio necesita otros alimentos distintos del éxito. Son los aspectos más generales y remotos del Derecho los que le confieren un interés universal. A través de ellos llegaréis [...] a conectar vuestra materia con el universo, y a captar un eco de infinito, un destello de su insondable proceso, un indicio del Derecho universal”.⁵⁵ Algunos pueden estar inclinados simplemente a ignorar estas oraciones concluyentes, o dejarlas de lado como nada más que una efusión vergonzosa de la *purple prose* de fines del siglo XIX; pero esto sería un error. Aquí hay una imagen más amplia, un cuadro más extenso en el cual el principio bruscamente práctico de Holmes y su visión final están integrados conjuntamente.

A medida que él escala el empinado sendero desde las especificidades mundanas que preocupan al abogado en su oficina hacia las aspiraciones intelectuales del teórico del derecho, los argumentos de Holmes comienzan de forma negativa. Su preocupación es disipar algunas ilusiones comunes: El Derecho, argumenta, no puede ser identificado con la Moral; no trasciende las prácticas específicas de los muchos y muy variados sistemas legales; y tiene poca semejanza con un conjunto de principios básicos o axiomas a partir de los cuales las decisiones correctas pueden ser deducidas.

Leyes injustas han estado vigentes o enforzadas [*enforced*]; y aunque términos como “deber”, “derecho”, “premeditación”, “intención”, etc., juegan un rol tanto en el discurso moral como en el jurídico, sus significados divergen en ambos contextos (no todas las demandas morales son legalmente aplicables o ejecutables). Por ende, para comenzar a obtener una visión clara del Derecho como algo distinto de la Moral, necesitamos dejar firmemente a un lado las consideraciones éticas: Holmes aconseja tomar la perspectiva de un abogado dedicado a orientar a un hipotético cliente a quién no le importa aquello que es correcto, sino que solo desea saber qué es legal. Así: “Si quiere conocer lo que es el Derecho y nada más que el Derecho, debes mirarlo como lo miraría un hombre malo, a quien solo le importan las consecuencias materiales que tal conocimiento le permite predecir, y no como lo hace un hombre bueno, quién encuentra las razones para su conducta –se hallen o no en el Derecho– en las más vagas sanciones de su conciencia”.⁵⁶

⁵⁴ HOLMES (2012), p. 391. En adelante, las referencias a “La senda del Derecho” corresponden a la traducción al castellano.

⁵⁵ HOLMES (2012), p. 91.

⁵⁶ HOLMES (2012), p. 58.

Cuando “nuestro amigo el hombre malo”⁵⁷ consulta a un abogado, él no está interesado en el Derecho en abstracto: él quiere saber cuál es el Derecho vigente en Massachusetts (o dónde sea). Por otra parte, ya que las leyes [statutes], reglas y precedentes adolecen en algún grado de textura abierta y en atención a su posición pueden ser interpretados en más de un modo, el hombre malo quiere saber, no solo qué dicen las leyes [statutes], sino cómo los jueces pueden ser anticipados en sus interpretaciones. Así: “Las profecías acerca de lo que los tribunales harán realmente, y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por Derecho”.⁵⁸ Por supuesto, este hilo argumental es capturado en la descripción del enfoque de Holmes como “La teoría del derecho como predicción”, y -en conjunto con poner el acento en el hombre malo- en la clasificación de Holmes como un protorealista jurídico.

Los jueces tienden a presentar sus fallos y opiniones como si éstas fuesen deducciones de principios generales -en “forma lógica”, como dice Holmes; y a menudo se supone que la disidencia judicial debe ser una señal de que alguien ha cometido un error lógico. Sin embargo, esto es otra ilusión. Sin duda, la lógica tiene un lugar en el Derecho; aún así, un sistema jurídico es muy diferente de un conjunto de axiomas a partir del cual las decisiones correctas pueden ser deducidas.⁵⁹ La disidencia judicial es inevitable; debido a que los desacuerdos entre los jueces realmente se transforman, no en la validez o invalidez formal de sus argumentos, sino en sus ideas sustantivamente diferentes sobre cuestiones políticas. Así: “El lenguaje de las decisiones judiciales es principalmente el lenguaje de la lógica [...] (pero) detrás de la forma lógica subyace un juicio sobre el mérito relativo y la importancia de las razones legislativas en conflicto, un juicio que es a menudo inarticulado e inconsciente”.⁶⁰ Por supuesto, este es el hilo argumental que es capturado al clasificar el enfoque de Holmes bajo la rúbrica “la revuelta contra el formalismo”.⁶¹

Ahora Holmes se puede mover a una base jurisprudencial más alta, y presentar una explicación positiva del crecimiento y evolución del Derecho que va más allá del Derecho de Inglaterra en 1215 o del Derecho de Massachusetts en 1896.⁶² El primer lado de esta explicación positiva es histórica: el estudio inteligente de su historia ilumina las fuerzas que hicieron al Derecho actual de tal o cual forma. Sin embargo, algunas veces esto revelará que la fuente de una distinción legal o de una regla, etc., está fundada en circunstancias o procedimientos que ya no se obtienen, o que no hay una mejor garantía para una regla que aún aplicamos confiadamente, que siempre las cosas han sido hechas de este modo.

Holmes da como ejemplo la doctrina del Derecho inglés que “la alteración material de un contrato es-

⁵⁷ HOLMES (2012), p. 60.

⁵⁸ HOLMES (2012), p. 60.

⁵⁹ Hay una discusión detallada de la concepción de Holmes sobre el rol de la lógica en el Derecho en BREWER (2000), pp. 94-132. Pero dejo estas complicaciones a un lado por ahora - espero ser capaz de regresar a ellas en otra ocasión - ya que no están directamente relacionadas con mis propósitos actuales. HAACK (2007), pp. 1-31.

⁶⁰ HOLMES (2012), p. 69.

⁶¹ WHITE (1949).

⁶² Elijo 1215 porque esta fue la fecha de la Carta Magna, y del cuarto concilio de Letrán, el cual prohibió a los sacerdotes de participar en las pruebas judiciales de las ordalías; y 1896 porque esta fue la fecha de “The Path of the Law”.

crito por una de las partes lo hace nulo para ella”;⁶³ i.e., no solo no puedes utilizar el escrito, sino que el contrato en sí mismo está cancelado -Holmes argumenta, una doctrina, explicable solo históricamente. Una vez, específicamente en el caso de un acuerdo, en que el contrato era inseparable del pergamino en el cual se encontraba escrito; si el documento era destruido o el sello extraído, el acreedor no podría recuperar porque el acuerdo ya no existía.⁶⁴ Entonces, contrariamente a la tendencia general del Derecho, esta doctrina fue extendida de modo general a los contratos.

Sin embargo, Holmes insiste, *“así es como siempre lo hemos hecho”* no es razón para continuar haciendo las cosas de la misma forma: *“Subleva no tener una razón mejor para justificar una norma jurídica que la de que fue establecida en la época de Enrique IV [Henry IV]. Y subleva aún más si aquellos motivos por los que fue establecida han desaparecido hace tiempo”*.⁶⁵⁻⁶⁶ Y la otra parte de la explicación positiva de Holmes es con visión de futuro: el estudio inteligente de *“los fines que las que las diversas persiguen satisfacer, las razones por las que tales fines son deseables, aquello a lo que renunciamos para obtenerlos y si valen el precio que pagamos por ellos”*⁶⁷ pueden iluminar como el Derecho en sí mismo puede adaptarse mejor a las nuevas circunstancias.

Al considerar cuán bien esta o aquella interpretación de la ley cumple los fines que justificaron, en primer lugar, tener la ley, Holmes insta a que los jueces miren las consecuencias sociales y económicas de sus decisiones: *“Creo que los propios jueces no han reconocido suficientemente su deber de sopesar las consideraciones de la utilidad social [...] No puedo sino creer que, si la preparación de los abogados les llevara a analizar habitualmente de una manera más definida y explícita el beneficio social a la luz del cual ha de justificarse la norma que formulan, frecuentemente dudarían allí donde ahora están seguros y verían que realmente están tomando partido sobre cuestiones discutibles”*.⁶⁸ Por lo tanto, Holmes sentencia que *“Para el estudio racional del Derecho el buen conocedor de las recopilaciones jurisprudenciales puede ser el hombre del presente, pero el hombre del futuro es el hombre de estadísticas y el experto en economía”*-⁶⁹ por supuesto, este hilo argumental es capturado al reclutarlo como el precursor del movimiento de *“law and economics”*.

Sin embargo, no es solo la economía lo que Holmes tiene en mente, sino las Ciencias Sociales en general. También ilustra el rol de las consideraciones de la *“utilidad social”* cuando pregunta: *“¿Disponemos de algo mejor que simples conjeturas ciegas para mostrar que el Derecho penal en su forma actual reporta más beneficios que males?”*, insta a que los jueces miren el trabajo de los científicos

⁶³ HOLMES (2012), p. 82.

⁶⁴ Como hoy en día, no hay obligación de pagar si el cheque es destruido (una analogía que le debo a Jonnette Watson-Hamilton)

⁶⁵ HOLMES (2012), p. 75.

⁶⁶ Comparar esto, desde Javins con First National Realty Corporation (1970): *“El supuesto de una ley acerca de propietario e inquilino, derivada del derecho de propiedad feudal, que un arriendo transmitía principalmente al inquilino un interés en la tierra puede haber sido razonable en una sociedad rural agraria [...] Pero en el caso de un residente de un departamento moderno, el valor de un arriendo consiste en que este da un lugar donde vivir [...] Algunos tribunales se han dado cuenta que algunas de las antiguas reglas de la ley propiedad que gobiernan los arriendos son inapropiadas para las transacciones de hoy en día”*.

⁶⁷ HOLMES (2012), p. 87.

⁶⁸ HOLMES (2012), pp. 72 y 73.

⁶⁹ HOLMES (2012), p. 75.

sociales quienes están comenzado a investigar si el delincuente “es un degenerado, llevado a estafar o matar por un instinto tan arraigado como una necesidad orgánica como el que impulsa a la serpiente a morder”, o si, “el crimen, como cualquier otra conducta humana, es fundamentalmente una cuestión de imitación”.⁷⁰⁻⁷¹

Ahora la senda desde las laderas rocosas de las palabras de obertura de Holmes a las alturas olímpicas de su peroración final accede a una visión completa; y lo que parecía al principio como una desestimación pasajera de los análisis legales del Sr. James Stephen - “el intento estéril de buscar quintaescencia de todos los sistemas en lugar de diseccionar fielmente uno de ellos”⁷² se muestra como una clara señal. Todos los sistemas jurídicos son locales, específicos a un lugar y tiempo; la idea de “El Derecho en sí Mismo” es una ilusión. Como Holmes escribiría mucho después, como disidente en *Southern Pacific v. Jensen*, “[e]l Common Law no es un claroscuro en la omnipresencia en el cielo, pero la voz articulada de algún soberano o cuasi-soberano que puede ser identificada [...] es siempre el derecho de algún Estado”.⁷³ Por otra parte, cada sistema jurídico es un artefacto de la historia; todos han evolucionado, crecido, adaptado (y muchos han muerto) en respuestas a los cambios de las circunstancias sociales, presiones y necesidades sociales.

Y esto significa que desde la perspectiva más amplia el Derecho -ahora entendido como referido a toda la historia acumulada y evolución en curso de los numerosos sistemas jurídicos del mundo- incluye el pasado y el futuro de la organización social de la humanidad; en resumen, de la civilización. Holmes regresa a este tema una y otra vez:

“Si tu tema es la ley, los caminos están llanos a la antropología, la ciencia del hombre, a la economía política, la teoría de la legislación, ética, y así por varios senderos a tu visión final de la vida”.⁷⁴

“Cuál es este tema en que estamos unidos, -esta abstracción llamada Derecho, en el cual, como en un espejo mágico, vemos reflejadas no sólo nuestras propias vidas, sino que las vidas de todos los hombres que han existido! [...] para el amante del Derecho [...] no menos que una historia es suficiente la vida moral de su raza”.⁷⁵

⁷⁰ HOLMES (2012), p. 77.

⁷¹ Aunque Peirce no se refiere a Holmes explícitamente, este pasaje del *Minute Logic* de 1902 sugiere que él debió haber tenido noticias del pensamiento de Holmes: “En cuanto a la fuerza pública, dejarla restringida a hacer lo que es necesario para el bienestar de la sociedad [...] El bárbaro castigo de una celda [...] en lo absoluto es favorable al bienestar público o privado. En cuanto a las clases criminales, yo las extirparía...al mantener a los criminales confinados en un lujo relativo, haciéndolos útiles, y previniendo la reproducción [...] (haciéndolos) autónomamente inofensivos para el estado. El único gasto sería el perder nuestra querida venganza sobre ellos”. PEIRCE (1931-1958), párr. 2.164.

⁷² HOLMES (2012), p. 86.

⁷³ *Southern Pacific con Jensen* (1917), Holmes, J. disidente. (El pasaje en el que esto ocurre no es completamente claro sobre este punto, pero de la manera en la cual lo leo, creo que Holmes debe estar contrastando “el Derecho de algún estado” con el “el Derecho en general”, no con el “Derecho federal”).

⁷⁴ Holmes, “The Profession of the Law”, conclusión de una conferencia entregada a estudiantes de pregrado en Harvard, 17 de Febrero de 1886, en MARKE (1964), p. 67.

⁷⁵ HOLMES (1964a), p. 62.

“Venero el Derecho [...] como uno de los más grandes productos de la mente humana [...] el título definitivo del Derecho para reclamar respeto es que existe, que no es un sueño hegeliano”⁷⁶

Así es cómo el estudio del Derecho “se conecta con el universo y puede incluso conceder un indicio del Derecho universal”⁷⁷

Holmes comienza con una visión aterrizada y práctica del Derecho; y, comentando que bajo el nombre de jurisprudencia hay “bastante material de baja calidad”,⁷⁸ se burla de la idea de una “quintaesencia de todas las leyes”. Aún así, no lo podemos clasificar como “pragmático”, en el sentido cotidiano actual de enfocarse en lo práctico a costa de lo teórico; ya que esto haría imposible acomodar sus declaraciones enfáticas “aquello que me ocupa es la teoría, no los detalles prácticos”⁷⁹ y que “El Derecho no padece de un exceso de teoría sino más bien de su defecto”.⁸⁰⁻⁸¹ Sería más exacto decir que, mientras él evita abstracciones que floten libre e inútilmente y respeta las preocupaciones prácticas del abogado de oficina, Holmes aspira a nada más que a una concepción teórica comprensiva del Derecho como institución humana en constante evolución.

Holmes insta al efecto tónico de mirar el Derecho desde la perspectiva del Hombre Malo; reconociendo que esto “repugna a quienes creen que es conveniente introducir en el Derecho tanta ética como sea posible”,⁸² él insiste que las cuestiones del Derecho no sean confundidas con las cuestiones morales; él cree que los jueces están a menudo equivocados o autoengañados sobre las razones reales de sus decisiones; y recomienda que miren con ojos claros las consideraciones de la “utilidad social”. Por lo que no hay que preguntarse por qué es visto como “uno de los más importantes precursores” del movimiento del realismo jurídico-⁸³ o que los realistas lo citaron más tarde una y otra vez. En 1930, Karl Llewellyn escribió que “las reglas [...] son importantes siempre y cuando te ayuden a ver o predecir lo que los jueces harán o siempre y cuando te ayuden a hacer que los jueces hagan algo [...] Esa es toda su importancia excepto como juguetes vistosos”;⁸⁴ y, reconociendo la influencia de Holmes, que “el concepto de ‘regla real’ ha estado ganando el favor desde que fue puesta con claridad por primera vez por Holmes”. En este contexto -en una frase sorprendentemente reminiscente de las críticas de Peirce acerca de las “dudas de papel” [i.e., una duda entre real y fingida] en Descartes- Llewellyn contrasta las reglas “reales” con simplemente las reglas “de papel”;⁸⁵ y en mismo artículo, reflexionando sobre

⁷⁶ HOLMES (2012), p. 83.

⁷⁷ HOLMES (2012), p. 91

⁷⁸ HOLMES (2012), p. 85.

⁷⁹ HOLMES (2012), p. 89.

⁸⁰ HOLMES (2012), p. 87.

⁸¹ Comparar “El Juez Holmes no sucumbe a la glorificación de moda, pero tonta de la vida práctica sobre la teórica o contemplativa”: COHEN (1921), p. 23.

⁸² HOLMES (2012), p. 62.

⁸³ Cito desde la introducción de los editores al primer capítulo, “Antecedents”. REED ET AL (1993).

⁸⁴ LLEWELLYN (1930), p. 5.

⁸⁵ LLEWELLYN (1930), p. 448. PEIRCE (1931-1958), párr. 5.376 (1877). Hay numerosas otras referencias en los escritos de Peirce al contraste de duda del “papel” con “real” o “viviente”, pero esto es lo más anticipado que he podido encontrar.

las interconexiones del Derecho y las ciencias sociales, él observa que “*la mente de Holmes había viajado dos generaciones atrás hasta perderse*”.⁸⁶ El mismo año, Jerome Frank describió a Holmes como “*El jurista completamente adulto*”.⁸⁷

Entonces, quizás sería justo clasificar a los realistas como “*posholmesianos*”. Aún así, es importante no olvidar que Holmes había capturado, al final de lo que Llewellyn piensa como su senda protorealista, un vistazo enfatizado en mi lectura de la “*visión teórica comprensiva del Derecho como una institución humana en constante evolución*”.

IV. LLENANDO ALGUNOS BACHES DE LA SENDA DEL DERECHO

Incluso si es plausible pensar que un abogado al aconsejar a su cliente el Hombre Malo está tratando de predecir lo que un juez decidirá, parece absurdo suponer que es esto lo que realmente está haciendo el juez (aunque, sin duda, el puede tratar de predecir lo que un tribunal superior pudiese decidir si el caso fuese apelado). Esta fue la objeción que vino primero a mi mente; y, como descubrí posteriormente, había sido hecha antes por Hart,⁸⁸ y décadas antes por Fisch.⁸⁹ Pero ahora veo que puede ser evitada leyendo a Holmes con un poco de caridad.⁹⁰ Tomar la perspectiva de un abogado y su cliente el Hombre Malo es un mecanismo heurístico,⁹¹ una forma de destacar dos contrastes claves: entre Derecho y Moral, y entre el Derecho en abstracto y el Derecho de Massachusetts de 1896 o la ley EC del 2005 en concreto. Destaca una perspectiva, la del Hombre Malo, desde la cual lo que importa no es lo qué es correcto, o cuál es la “*voluntad del Soberano*”, o incluso simplemente qué dicen las leyes [*statutes*], etc., pero no aquello que los tribunales determinarán como Derecho, los cuales son el instrumento de la fuerza pública.

Un abogado también puede ser capaz de predecir que si el Hombre Malo conduce a 39 millas por hora en una zona de 30 millas por hora él no será sujeto de ninguna penalización; pero por supuesto esto no significa que el límite de velocidad es (digamos) 40 millas por hora, no 30. Por lo que, Luban argumenta, que la explicación de Holmes es “*absurda*”, desprovista de los hechos obvios que el análisis costo-beneficio de un Hombre Malo racional tomaría en cuenta sobre cuán probable es que una ley sea aplicada.⁹² Pero esta objeción también fracasa. Holmes le pide a su audiencia que imagine a un abogado aconsejando a un cliente sobre qué conducta es legal, no sobre qué conducta ilegal puede no

⁸⁶ LLEWELLYN (1930), p. 454.

⁸⁷ FRANK (1970), p. 270.

⁸⁸ HART (1961), p. 143.

⁸⁹ FISCH (1986), p. 8: “*es inconcebible que en su trabajo como un juez [Holmes] debió haber pensado el Derecho como una predicción excepto con referencia a una posible apelación*”.

⁹⁰ Como, en efecto, Fisch lo hace cuando reconoce que Holmes está aquí pensando el Derecho desde el punto de vista de un abogado en ejercicio.

⁹¹ Después haber escrito esta cláusula, encontré que Brewer también había usado la frase “*mecanismo heurístico*” en este contexto; ver BREWER (2000), p. 96. [Antes, David Luban había considerado esta interpretación, pero la rechazó –por lo que me parece malas razones; ver LUBAN (1997), p. 1573].

⁹² LUBAN (1997), p. 1571.

ser detectada o castigada –ya que su propósito es, precisamente, destacar la distinción entre el Derecho y la Moral. (Quizás él habría sido más claro si hubiese escrito las líneas relevantes a la manera de la versión revisada, más realista y subjuntiva de la máxima pragmática de Pierce, en modo subjuntivo, en términos de qué sería lo que decidirían los tribunales si el caso les fuese presentado).

Quizás, lo más importante es que las críticas de este tipo, enfocadas en los primeros pasos de Holmes, mientras que lo más valioso, como yo veo *The Path of the Law*, es aquella visión mucho más amplia a la cual conducen aquellos pasos finalmente: una visión que lo abarca todo, ya no inútilmente abstracta; firmemente anclada en las instituciones y prácticas del mundo real –realista en el sentido ordinario de la palabra– que ya no es cínica; una visión antiesencialista al evitar la búsqueda de una mítica “*quintaescencia de todo Derecho*”, que dejó de ser antiteórica. Los sistemas jurídicos son locales⁹³ uno al menos podría decir (pero no sin apreciar la ironía) esencialmente local; éstos son, como la jerga de nuestros días lo consideraría, “*socialmente contruidos*”, marcados por las contingencias y curiosidades de las circunstancias de las que originalmente emergen, y a través de uno de los muchos mecanismos de “*tira y afloja*” [*Pushmepullyou*]⁹⁴ que funcionan cuando ellos continúan creciendo y adaptándose a las nuevas circunstancias. Y aún así... Aún así, la historia en curso de la evolución de los sistemas jurídico es la historia de la larga e irregular batalla de la humanidad hacia una vida social civilizada.

Sin duda, la integración de Holmes de lo específico y lo general, lo local y lo global, lo banal y lo inspirador, está lejos de ser perfecta. Pero es lo suficientemente buena para retribuir el esfuerzo de tratar de mejorarla para llenar algunos vacíos en los cuales él parece tener muy pocas teorías, en lugar de mucha –especialmente donde, tal como está su argumento parece presuponer de manera encubierta el tipo Filosofía del Derecho puramente abstracta y esencialista que él de manera oficial, y en mi opinión, correctamente evita.

Holmes se mantiene alejado de cuestiones como “¿*Qué es el Derecho?*”, y las respuestas pretenciosamente inútiles que ellas son aptas para producir. Sin embargo, puede ser objetado que cuando él se refiere a “*la incidencia de la fuerza pública a través de la actuación de los tribunales*”,⁹⁵ y asume que aquello que es relevante es qué pena impondrá un juez sobre el Hombre Malo, y no, digamos, qué penitencia impondrá su sacerdote o que le harán los matones del jefe de la mafia local, Holmes implícitamente da por sentado una respuesta a esta cuestión en términos de –bueno, instituciones legales. Pero hay otra forma de mirar esto, en más armonía con el tenor general de la Filosofía del Derecho de Holmes, que no invita al tipo de respuesta esencialista que él prefiere evitar.

Siguiendo el espíritu de la observación de Holmes, según la cual “*la mayoría de las diferencias*” son

⁹³ Arthur R. Hogue escribe que “*el propiamente llamado common law no es una costumbre local. No se habla ordinariamente como el uso de una localidad [...] tal como el condado de Kent, [...] al cual se le permitió disfrutar hasta 1926 sus propias reglas peculiares de herencia*”, pero más bien “*aplicadas en cada parte del reino*” [HOGUE (1986), pp. 187 y 188]. Pero “*aplicada en cada parte del reino*” es local, en el sentido que lo pienso.

⁹⁴ Esta expresión refiere a un animal imaginario de la película “*Dr. Doolittle*”.

⁹⁵ HOLMES (2012), p. 55.

meramente diferencias de grado “cuando son analizadas apropiadamente”,⁹⁶ y el principio regulador que Pierce llamó “sinequismo” -que las hipótesis que proponen continuidades deben preferirse sobre las hipótesis que se basan en dicotomías nítidas-⁹⁷ sugiero mirar el continuo de los sistemas de las normas sociales desde las costumbres tribales y religiosas, tabús, reglas, y penas a través de “ordenes legales ilegales” de las favelas de las cuales Boaventura de Sousa Santos escribe,⁹⁸ para los casos más centrales y paradigmáticos de los sistemas jurídicos pasados y presentes, y los complejos, superpuestos y a veces conflictivos entramados de los ordenes legales provinciales, estatales y federales, y del Derecho nacional e internacional [...] y así sucesivamente; y, más que preocuparse excesivamente por cuál califica como real y genuinamente jurídico, explorando los aspectos en los que ellos se parecen entre sí, y aquellos en los cuales son diferentes.⁹⁹ Por supuesto, este sería un trabajo arduo; aún así, creo que nos podría decir todo lo que realmente necesitamos saber, sin atraparnos en un callejón metafísico sin salida, como al que se tiende cuando se hace la antigua pregunta esencialista “¿Qué es el Derecho?”.¹⁰⁰

Holmes insta a que los jueces recurran a las consideraciones de “utilidad social”, y específicamente a las consecuencias económicas de sus decisiones, pero él no parece decirnos dónde aplicar legítimamente tales consideraciones, o cómo ellas son sopesadas con las consideraciones de otro tipo. No puedo encontrar nada explícito en *The Path of the Law* que distinga entre, por un lado, tender una trampa a un hombre inocente para prevenir el pánico público, porque hay un asesino en serie suelto; o reencarcelar a un depredador sexual más allá de su sentencia para prevenir de que cometa más crímenes. Por otro lado, confiar consideraciones sobre incentivos y de otro tipo para responsabilizar a todos los fabricantes de un cierto tipo de droga, cuando es imposible determinar cuál de ellos realmente hizo la droga que dañó a estos demandantes¹⁰¹ (o para responsabilizar en parte a un fabricantes

⁹⁶ *Rideout con Knox* (1889). La opinión de Holmes es reimpressa en SHRIVER (1940), pp. 162-166.

⁹⁷ PEIRCE (1931-1958), párt. 6.102-163 (1892); ver también HAACK (2005), luego en HAACK (2006).

⁹⁸ SANTOS (1995), pp. 158-249. De acuerdo con mis informantes brasileños, sin embargo, es el traficante de drogas quien mantiene el orden en las favelas; por lo que este caso es mucho más lejano al centro de la legalidad, y más cercano a mis ejemplos de sanciones impuestas por la Mafia, que las descripciones que Santos pueden sugerir. (En el libro de Santos no hay una entrada en el índice bajo las palabras “drogas” o “traficantes de drogas”; he sido incapaz de determinar si esto es porque las cosas eran diferentes en 1970, el año del estudio de Santos del rol casi legal de la Asociación de Residentes en la favela “Pasargada”).

⁹⁹ Compare la estrategia adoptada en HAACK (2003), chapter 6, más que preguntar si las ciencias sociales son realmente ciencias, explorando y tratando de articular las formas en que ellas son como las ciencias naturales, y las formas en que no lo son.

¹⁰⁰ El enfoque que estoy recomendando tiene mucho en común con algunas ideas expresadas por Llewellyn, quien escribe: “No intentaré una definición de Derecho [...] Un foco, un núcleo, un centro –con los aspectos y límites externos ilimitados”, LLEWELLYN (1930), p. 432. Más recientemente, argumentando en contra del “centralismo legal” e instando a un enfoque “centrífugo” sobre un “centrípeto”, Galanter ha sugerido mirar los muchos y varios medios no legales de establecer disputas como operando “a la sombra” del sistema jurídico concebido de modo estricto, que establece un marco para una negociación de las partes al entregar “monedas de cambio”. GALANTER (1981); citado en DAMASKA (1978), pp. 237-242.

¹⁰¹ Por ejemplo, en casos DES (*dietilestilbestrol*), donde el daño –cánceres que fueron desarrollados por las hijas de las mujeres que habían tomado la droga durante el embarazo– no fue evidente hasta décadas después de la exposición de las mujeres. *Sindell con Abbott Laboratories* (1980) (sostuvo que “cada acusado será considerado responsable de la proporción de la sentencia representada por su participación en ese mercado a menos que demuestre que no pudo haber hecho el producto que causó el daño del demandante”). *Bichler con Eli Lilly & Co.* (1981) (sostuvo que “no fuerza un sentido de justicia el permitir una expansión limitada de la doctrina de acción concertada para cubrir el tipo de circunstancias enfrentadas en un caso de DES, en el cual los tradicionales requisitos de las evidencias en derechos de daños pueden ser insalvables”).

cuando incluso sabemos que ellos no vendieron la droga que dañó a este demandante),¹⁰² y tampoco, más generalmente, nada que indique cómo Holmes ve interactuar las consideraciones de la política, económica y social con las consideraciones de libertad, justicia y equidad.

En efecto, esta es la laguna que Benjamín Cardozo notó cuando preguntó:

*“¿Pensaríamos en la libertad como una constante, o mejor, como una variable que puede cambiar de época en época? ¿Se nos da su contenido mediante deducción de procedimientos inalterables, o por un proceso arduo de inducción en las circunstancias de tiempo y lugar? ¿diríamos que las restricciones y experimentos serían permitidos si todo aquello que es afectado es la libertad para actuar, pero que los experimentos y las restricciones serían prohibidos si el resultado es una intrusión en la libertad de pensamiento y opinión? [...] no me atrevo a decir cómo Holmes respondería estas dudas u otras como estas (...)”*¹⁰³

Como Cardozo, yo elegiría la opinión menos abstracta; y mi suposición (y sospecho que también la de Cardozo) es que Holmes haría lo mismo si fuese presionado. La preferencia de Holmes por el término vago “*fuerza pública*” sobre la “*soberanía*” de Austin apunta en esta dirección. Él alude a “*las costumbres de los Francos Salios [...] los bosques germanos [...] las necesidades de los reyes Normandos*”,¹⁰⁴ que nos recuerda que, mientras “*La Voluntad del Soberano*” podía ser una vez construida como literalmente refiriéndose a la orden de los jefes tribales o reyes feudales, en sociedades modernas complejas hay solamente esa “*fuerza pública*” difusa y delegada expresada en las decisiones de tribunales federales, estatales, militares, administrativos, e internacionales, y así sucesivamente.

Algunas ideas Peirce son nuevamente útiles; aunque, esta vez es su concepción del desarrollo del significado sobre la cual podemos explayarnos. Pensando en cómo, a medida que nuestro conocimiento crece, los conceptos científicos se convierten en más profundos y densos (y algunas veces se despojan de connotaciones antiguas), el joven Peirce había observado “*cuánto más quiere decir ahora la palabra electricidad que aquello que significaba en los días de Franklin; cuánto más quiere decir ahora el término planeta que aquello que significaba en el tiempo de Hiparco. Estas palabras han adquirido información*”.¹⁰⁵ Más tarde, él expresa un punto similar usando un tipo de concepto diferente y más inmediatamente relevante como ejemplo: “*Los símbolos crecen [...] Palabras tales como fuerza, ley, riqueza, matrimonio, tienen para nosotros significados muy diferentes comparados con nuestros ancestros barbaros*”.¹⁰⁶ Si; y conceptos como *libertad*, *derecho*, etc., llegan a ser más profundos, más espesos y más específicos (y algunas veces se despojan de antiguas adiciones) durante la larga batalla en curso de las disputas y objeciones, las interpretaciones y reinterpretaciones legales. Ellos no son platónicamente fijos e incontestables, pero inicialmente delgados, estos conceptos esquemáticos son

¹⁰² Hymowitz con Eli Lilly & Co. (1989) (sostuvo que “no debería ser exculpado un acusado quién, aunque sea un miembro del mercado que produce DES para el uso durante el embarazo, parece no haber causado daño a un particular al acusado”).

¹⁰³ CARDOZO (1921), pp. 6 y 7.

¹⁰⁴ HOLMES (2012), p. 75.

¹⁰⁵ PEIRCE (1931-1958), párr. 7.587 (c.1867).

¹⁰⁶ PEIRCE (1931-1958), párr. 2.302 (c.1895).

inherentemente abiertos a lecturas más y menos expansivas, y a una especificación más fina, a una exploración más amplia.¹⁰⁷

Holmes concibe el Derecho como comprensivo de todos los muchos y variados sistemas jurídicos, pasado y presente: recuerda la descripción de la historia de la evolución del Derecho como reveladora de “cada paso doloroso y lucha estremecedora por los que la humanidad ha peleado y hecho su camino desde el aislamiento salvaje a una vida social orgánica”;¹⁰⁸ y él observa que “un hombre puede vivir muy bien en la Derecho así como en otros lugares; allí, como en otros lugares, su mente puede encontrar su unidad en una perspectiva infinita (...)”.¹⁰⁹ Esta es una gran visión reminiscente de la concepción de Peirce sobre la ciencia como la larga batalla en curso de la comunidad de investigación –la comunidad hipotética de todos aquellos, pasado, presente y futuro, quienes han “atacado la fortaleza de la verdad”, cada nueva ola escala encaramándose sobre aquellos que estaban antes.¹¹⁰ Un año antes de *The Path of the Law* Holmes había escrito en un discurso:

“La procesión eterna (de generación tras generación de abogados, jueces y pensadores legales) continúa, nosotros al frente de momento; y extendidas contra el inalcanzable cielo, las puntas de lanzas negras del ejército que ha estado pasando en una línea inquebrantable por más de mil años”.¹¹¹

Esto tiene más en común que una simple metáfora militar con la concepción de Peirce de la batalla humana para entender el mundo.

Sin embargo, mientras Peirce hace una conexión íntima entre verdad e investigación por medio de su concepción pragmaticista [*pragmaticist*] de la verdad, como la Opinión Final hipotética [*the hypothetical Final Opinion*] que sería alcanzada si la investigación continúa indefinidamente, y la realidad como el objeto de esa Opinión Final,¹¹² Holmes deja una pregunta acerca de cómo él ve exactamente la evolución de los sistemas jurídicos, como conectados con “la vida moral de la raza”.

Algunos críticos han sugerido que la actitud de Holmes hacia la relación entre el Derecho y la Moral es simplemente inconsistente.¹¹³ Sin embargo, es completamente consistente mantener (como Holmes

¹⁰⁷ De Hymowitz con Eli Lilly (1989), párr. 507: “las ordenes de justicia y la imparcialidad en constante evolución, que son el corazón de nuestro sistema de common law, requiere creación de un remedio para los daños causados por DES” (énfasis agregado).

¹⁰⁸ HOLMES (1964a), p. 63.

¹⁰⁹ Citado en DEWEY (1921), p. 35.

¹¹⁰ PEIRCE (1931-1958), párr. 7.51 (sin fecha). La metáfora de la “fortaleza del conocimiento” es prestada y adaptada de John Locke.

¹¹¹ HOLMES (1964b), p. 73. Discurso dado en una cena de la Harvard Law School Association en honor al Prof. C. C. Langdell.

¹¹² Así que, la verdad y lo real, como Peirce las define, son independientes de lo que tú, o yo, o cualquier individuo piensa que son; sin embargo, no lo son de lo que la comunidad de investigadores cree que es el final de la investigación. También vale la pena notar que las definiciones de Peirce no intentan proporcionar ninguna garantía de estar dirigidas hacia un progreso estable o la convergencia de la verdad, o incluso ninguna garantía de que la verdad realmente sería alcanzada.

¹¹³ Ver FULLER (1966), p. 118; WHITE (1949), pp. 69 y 70; y HART (1951), p. 923. Para las primeras respuestas a esta crítica ver HOWE (1951), p. 339, y KELLOG (1984), pp. 58-74.

lo hace) que el Derecho y la Moral no pueden ser identificados - que son conceptualmente distintos, que “Derecho moralmente malo y/o injusto” no es un oxímoron; y al mismo tiempo mantener (como Holmes lo hace) que puede haber una mayor o menor superposición en extensión entre el Derecho y la Moral, y que la evolución del Derecho puede constituir progreso en un sentido moral. Pero quizás los críticos tienen en mente, más bien, la aparente dificultad de conciliar la insistencia de Holmes de que él “*da por supuesto que ningún de los oyentes malinterpretará lo que estoy diciendo como un discurso cínico*”, su descripción del Derecho como “*el testimonio y el depósito externo de nuestra vida moral*”,¹¹⁴ y las indicaciones que, por “*consideraciones de la utilidad social*” él entiende a algo más como “*promover el bienestar de la sociedad*” que “*favorecer los intereses de una determinada clase social*”, con pasajes que sugieren que él piensa que “*el poder hace lo moralmente correcto*” (*Might makes right*).¹¹⁵ No obstante, como lo entiendo, cuando Holmes escribe acerca de “*escenarios [jurídicos] de una batalla en la que [...] la decisión solo puede expresar la preferencia de un órgano determinado en un cierto tiempo y lugar*”,¹¹⁶⁻¹¹⁷ o de los intereses más poderosos de quienes ganan la batalla, él quiere decir que un sistema jurídico es un foro en el cual los grupos sociales compiten por poner en orden sus conflictos *sin recurrir a la fuerza bruta*. Por lo que, podría ser más exacto ver la concepción de Holmes sobre la evolución del Derecho como torpes pasos sobre el camino hacia una vida social más civilizada como manifestación de un tipo de meliorismo.

Pero ahora comienza a aparecer que el problema con la visión de Holmes sobre la relación entre el Derecho y la Moral no es una inconsistencia sino -irónicamente, dado que él es a veces acusado de escepticismo moral- una tendencia a confundir la tesis débil y plausible de que el crecimiento de los sistemas jurídicos refleja la evolución de la vida social humana, rastreando los pasos morales hacia delante y hacia atrás, con la tesis mucho más fuerte y menos plausible de que la historia del Derecho es una historia del progreso moral.

En primeros trabajos sobre *Primitive Notions in Modern Law*,¹¹⁸ así como también en el primer capítulo de *The Common Law*, Holmes apunta a las formas en que un deseo primitivo por venganza, el cual toma como la base general del Derecho, ha sido gradualmente modificado y adaptado con el desarrollo de la civilización. Como “*un ejemplo instructivo del modo en que el Derecho ha crecido [...] desde la barbarie a la civilización*”, Holmes se refiere a leyes que ordenan que un esclavo o un buey que lastime a alguien sea lapidado o entregado por el actual propietario a la víctima o su familia, a la disposición de las Doce Tablas de la Ley Romana de que un deudor insolvente sea cortado en pedazos y su cuerpo dividido entre sus acreedores;¹¹⁹ y luego describe las formas en las que tales leyes cambiaron gra-

¹¹⁴ HOLMES (2012), p. 57.

¹¹⁵ La expresión ‘*might makes right*’ es un aforismo. La traducción elegida fue propuesta por la profesora Haack.

¹¹⁶ HOLMES (2012), p. 70.

¹¹⁷ La profesora Haack considera que esta traducción es inexacta y propone: “*escenarios [jurídicos] de una batalla en la que [...] la decisión solo puede expresar la preferencia de un grupo de personas determinado en un cierto tiempo y lugar*”. A diferencia del caso anterior, en este tanto el texto utilizado por la profesora Haack como el traductor señalan lo mismo “*(...)battle grounds where [...] the decision can do no more than embody the preference of a given body in a given place and time*”.

¹¹⁸ HOLMES (1876), pp. 422-439 y HOLMES (1877), pp. 641-660. Estas conferencias están reimpresas en KELLOG (1984), pp. 129-146 y 147-166.

¹¹⁹ HOLMES (1995b), pp. 115-134. La disposición relevante de las Doce Tablas es III.2; véase: <http://www.fordham.edu/halsall/>

dualmente y se convirtieron en leyes más racionales: “cuando las reglas antiguas se mantienen a sí mismas [...], nuevas razones más apropiadas al tiempo se han encontrado para ellas, y [...] ellas reciben gradualmente un nuevo contenido, y finalmente una forma nueva, sobre las bases de las que han sido trasplantadas [...] Si la verdad no fuese a menudo sugerida por error, si los implementos antiguos no pudiesen ajustarse a los nuevos usos, el progreso humano sería lento”.¹²⁰ Esta última observación, como la frase “de la barbarie a la civilización”, sugieren fuertemente que Holmes asume que la evolución del Derecho es un proceso progresivo.

En parte, quizás él está pensando en que cualquier medio pacífico de solución de controversias es mejor que su alternativa y, además, que algún tipo de orden jurídico estable y predecible es necesario para cualquier tipo de vida civilizada; pero obviamente ninguna de estas proposiciones es suficiente para establecer una tesis progresista. En un discurso de 1913 Holmes observa que “En el Derecho es una desgracia si un juez indica su simpatía consciente o inconsciente con una parte o la otra de manera prematura, y olvida que los que parecen ser los primeros principios son vistos por sus pares como equívocos”.¹²¹ Holmes repudia la idea de axiomas morales o primeros principios descubiertos a priori; pero, de la manera en la cual lo leo, él no es un escéptico moral, sino un falibilista moral que piensa sobre la ética de un modo empírico y experimental. Por tanto, uno podría pensar recurrir la Filosofía Moral de James –quizás notando su afinidad con la concepción de Holmes de “pesar las consideraciones de la utilidad social” en términos de acomodar las demandas en conflicto de los diferentes grupos en la sociedad– para una explicación teórica más articulada que puede entregar el argumento faltante.

En *The Moral Philosopher and the Moral Life*, James había argumentado que, ya que a partir de cada deseo se hace alguna demanda moral, una tarea de la Filosofía Moral es, tanto como sea posible, conciliar los deseos en competencia: “Lo realmente posible en este mundo es mucho más estrecho que todo lo que es demandado; y siempre hay un apuro [pinch] entre lo ideal y lo real, que solo se puede conseguir mediante el dejar atrás parte del ideal”.¹²² Y Dewey, en efecto, amplifica y refina la explicación de James cuando cambia el foco desde qué es de hecho [actually] deseado a qué es realmente [really] deseable, genuinamente conducente al florecimiento humano; y, no enteramente coincidente, por cierto, argumenta que las condiciones económicas no sean depreciadas como “meros” medios, sino que sean tomadas seriamente como elementos importantes en “la construcción del bien”.¹²³

Pero incluso asumiendo que un estilo empírico experimental de Filosofía Moral tal como el de James o Dewey es defendible –lo que ciertamente no es algo que puedo esperar establecer aquí, sino una pregunta para enteramente toda una vida– todavía no habría garantía teórica de que la evolución de los sistemas jurídicos debe ser moralmente progresiva; no en cada paso, y ni siquiera por lo general y

ancient/12tables.html. (A primera vista estas “Tablas” pueden lucir muy parecidas a un conjunto de “axiomas” legales; pero en un segundo vistazo la idea de que cada decisión legal específica pueda ser deducida de estos axiomas parece inverosímiles por decirlo menos).

¹²⁰ HOLMES (1995b), p. 135.

¹²¹ HOLMES (1964c), p. 65. Discurso dado en una cena de la Harvard Law School Association of New York, el 15 de febrero de 1913.

¹²² JAMES (1995), pp. 310 y 311.

¹²³ DEWEY (1960), pp. 282 y 283.

en su conjunto en el largo plazo. Fuera de aquellos sueños hegelianos a los que Holmes alude despectivamente, no puede haber garantía de que una clase o clases de gente, en principio o en la práctica, nieguen el acceso al sistema de justicia, o nieguen alguna voz en el proceso por el cual se hacen las leyes; no puede haber garantía en contra de la evolución de la opresión, sociedades y leyes totalitarias y opresivas, y no puede haber garantía en contra del estancamiento o la disminución de la vida social civilizada.

En 1942, en el curso de su primer intento, con la ayuda de un diccionario inglés-alemán, para leer el primer volumen de la extraordinaria, visionaria, exasperantemente retórico *tour de force* de Oswald Spengler, *The Decline of the West*,¹²⁴ Holmes escribió a Pollock: “cuando uno sospecha que un hombre sabe algo acerca de la vida que uno no ha escuchado antes, uno se inquieta [...] fue hace muchos años que obtuve tanto de un libro como este, y si escucho que el canalla está muerto le debería agradecer a Dios”.¹²⁵ En 1932, después de haber leído ambos volúmenes traducidos, él escribió nuevamente; “el maldito Spengler [...] tiene la cabeza tan hinchada como un hombre la puede tener y seguir con vida, pero la bestia tiene ideas, muchas de las cuales no las conozco realmente como para criticarlas. Desearía que estuviese muerto”.¹²⁶ Las ideas centrales y esenciales de la “bestia”, por supuesto, eran que todas las civilizaciones suben y caen, y que la civilización Occidental estaba en ese entonces en decadencia. Por todas sus fallas intelectuales, por todos sus excesos retóricos, el libro de Spengler debe haber sido profundamente inquietante para la esperanza de Holmes acerca de que la evolución del Derecho continua, no solo “la vida moral de la raza”, sino que el avance de la civilización, del progreso moral. Quizás esto explica la reacción sorprendentemente ambivalente de Holmes, su reconocimiento a regañadientes de que él había aprendido algo del “maldito Spengler” –el canalla.

V. TEORÍA Y PRÁCTICA: EL SR. MAGISTRADO HOLMES

No creo que Holmes estuviese tratando de entregar un procedimiento de decisión algorítmico (*decision procedure*) para los jueces. Dado que su Filosofía del Derecho está anclada en la percepción de que los sistemas jurídicos son locales, no sería apropiado que aspire a decir cómo un juez aquí y ahora (o allí y luego) debería decidir (o debería haber decidido) para un caso; ya que las decisiones judiciales son aptas para ser enfocadas en cuestiones específicas a un tiempo, lugar, historia legal y contexto social. Mientras que algunos pueden tomar su fracaso para suministrar tal procedimiento de decisión algorítmico como una objeción a la Filosofía del Derecho de Holmes, yo no lo hago. Al echar una ojeada a la lista de las más de miles de opiniones de Holmes, lo que me impresiona es, primero, la gran variedad y la estrecha especificidad de los asuntos involucrados –el poder de la legislatura de Massachusetts para conceder a las mujeres sufragio;¹²⁷ la restauración de los recursos extinguidos

¹²⁴ SPENGLER (1918-1922); traducción al inglés por Charles Francis Atkinson [SPENGLER (1916-1928)]. Entre los muchos exasperantes encantos de este libro está el despliegue cronológico de la Historia de casi todas las cosas al final del segundo volumen – que predice, entre otras cosas, el año en que la ciencia llegará a su fin: 2000 (!).

¹²⁵ HOLMES y POLLOCK (1941), p. 139.

¹²⁶ HOLMES y POLLOCK (1941), p. 309.

¹²⁷ *In re Municipal Suffrage to Women* (1894); la opinión de Holmes es reimpressa en SHRIVER (1940), pp. 6-9.

por un lapso de tiempo;¹²⁸ el derecho de la legislatura para limitar la altura de las vallas fronterizas;¹²⁹ el derecho del Estado para matar caballos enfermos;¹³⁰ la doctrina de “*attractive nuisance*”;¹³¹⁻¹³² la constitucionalidad de las leyes que restringen las horas de trabajo,¹³³ etc., etc., etc., –y luego la cercana imposibilidad de entender los argumentos de Holmes sin referencia al contexto jurídico y las circunstancias sociales en las cuales surgen.

Sin embargo, dos temas que son recurrentes en las opiniones constitucionales de Holmes pueden tener una relación indirecta en mi interpretación de *The Path of the Law*. El primero es que, mientras la Constitución tiene sus raíces en el pasado, está prevista para un futuro desconocido. Como Holmes escribió en *Gompers*: “*Las disposiciones de la Constitución no son formulas matemáticas que tienen su esencia en su forma; son instituciones orgánicas vivas (...) Su significado es vital no formal; este es recogido no simplemente tomando las palabras y un diccionario, sino que considerando su origen y su línea de desarrollo*”.¹³⁴

Y en *Missouri v. Holland*: “*Cuando estamos lidiando con palabras que son también un acto constituyente, como la Constitución de los Estados Unidos, nosotros debemos darnos cuenta de que han llamado a la vida un ser cuyo desarrollo no podría haber sido previsto completamente incluso por el más dotado de sus engendadores. Fue suficiente para ellos darse cuenta o esperar que hayan creado un organismo; ha tomado un siglo y les ha costado a sus sucesores mucho sudor y sangre probar que han creado una nación. El caso ante nosotros debe ser considerado a la luz de toda nuestra experiencia y no meramente en lo que fue dicho hace cien años atrás*”.¹³⁵

El segundo tema es que la Constitución deja abierta la posibilidad de experimentar, de ensayo y error.¹³⁶ Este tema es expresado de manera particularmente clara en la disidencia de Holmes en un caso de piquetes como medida complementaria a una huelga en 1921, *Truax v. Corrigan*: “*No hay nada más lamentable que el uso de la Decimocuarta Enmienda más allá de la absoluta compulsión de sus palabras para prevenir la realización de experimentos sociales que una parte importante de la comunidad desea, en las cámaras aisladas ofrecidas por los varios estados, incluso aunque los experimentos me pudiesen parecer fútiles o incluso nocivos*”.¹³⁷

¹²⁸ *Dunbar con Boston and Providence R. R. Corp* (1902); la opinión de Holmes es reimpressa en SHRIVER (1940), pp. 44-47.

¹²⁹ *Rideout con Knox* (1889); *Smith con Moore* (1889); la opinión de Holmes es reimpressa en SHRIVER (1940), pp. 167 y 168.

¹³⁰ *Miller con Horton* (1891); la opinión de Holmes es reimpressa en SHRIVER (1940), pp. 171-180.

¹³¹ *United Zinc and Chemical Co. con Britt* (1922). Sobre el concepto de “*attractive nuisance*”, compare *Sioux City & Pac. R.R. Co. con Sout* (1873); *Union Pac. Ry. Co. con MacDonald* (1894); y *Erie R. Co. con Hilt* (1918).

¹³² Este es un término legal que refiere a algo que es peligroso, pero al mismo tiempo atractivo.

¹³³ *Lochner con New York* (1905).

¹³⁴ *Gompers con United States* (1914).

¹³⁵ *Missouri con Holland* (1920).

¹³⁶ Uno podría desear que Holmes hubiese dicho más sobre cómo es estar determinado por si los experimentos de los estados han sido exitosos o han fracasado, y qué debería hacerse después que hemos aprendido de ellos.

¹³⁷ *Truax con Corrigan* (1921). En la misma opinión disidente, Holmes escribe que “*la exactitud elusiva es una fuente de falacia a través del Derecho*”. También en *Truax con Corrigan* (1921), p. 342.

Por supuesto, el mismo tema fue escuchado, muchos años antes, en una de las opiniones más celebradas de Holmes, su disidencia en *Lochner* (1905). La mayoría había decretado una legislación inconstitucional que limitaba las horas de trabajo de los panaderos a no más de 10 al día o 60 a la semana: “necesariamente interfiere con los derechos del contrato entre el empleador y el empleado”.¹³⁸ El magistrado Harlan, junto a los magistrados White y Day, argumentaron en su disidencia que: “la libertad de contratación puede [...] estar sujeta a regulaciones [...] para resguardar la salud pública”, y que el trabajo de panadero era tan extenuante, arduo y polvoriento, que la restricción de las horas era justificable sobre las bases de la salud pública. Pero en el voto disidente de Holmes no solo se observa que “[u]n hombre razonable pudiese pensar que es una medida apropiada por un motivo de salud”; también enfatiza la libertad de los estados para experimentar.¹³⁹

“Este caso es decidido sobre una teoría económica en la cual la mayor parte el país no cree. Si hubiese una pregunta sobre si concuerdo con esa teoría, yo debería estudiarla más a fondo antes de tomar una decisión. Pero no concibo que sea mi deber, porque creo firmemente que mi acuerdo o desacuerdo no tiene nada que ver con el derecho de una mayoría de plasmar sus opiniones en la ley [...] Una constitución no pretende incorporar una teoría económica en particular [...] Es hecha para personas con visiones fundamentalmente diferentes”.¹⁴⁰

No creo que sea excesivamente imaginativo ver este tema como teniendo alguna conexión con (aunque obviamente no está implicado por) la concepción del Derecho de Holmes como un foro para resolver las batallas inevitables entre los grupos sociales de una forma pacífica –ni, probablemente, tampoco como algo vinculado con su experiencia personal de los horrores de la Guerra Civil.¹⁴¹

Al final de su larga vida, el Juez Holmes, el “Yanqui del Olimpo”,¹⁴² estaba en lo alto de la estima del público. Un volumen celebra su cumpleaños número noventa (el volumen en el cual Cardozo planteó su importante pregunta sobre la fijeza o flexibilidad de los conceptos jurídicos) incluye un notable tributo de Dewey titulado *Justice Holmes and The Liberal Mind*. Aunque Holmes no tenía “una panacea social para repartir, un programa social establecido ni un código de metas fijas” Dewey escribió que él estaba profundamente comprometido con el “liberalismo como un método [...] la adopción del hábito científico en el actuar aplicado a los asuntos sociales”; que él como juez adoptó la actitud mental de

¹³⁸ *Lochner con New York* (1905), p. 541.

¹³⁹ Sin embargo, puede ser importante señalar que en *Missouri con Holland* (1920) Holmes había escrito que mientras “no hay duda de que el gran cuerpo de relaciones privadas usualmente cae dentro del control del Estado... Un tratado puede anteponerse a su poder”. *Missouri con Holland* (1920), p. 434.

¹⁴⁰ *Lochner con New York* (1905), pp. 546 y 547. Noto que aquí Holmes no confía, como uno podría esperar –y como sus seguidores y disidentes lo hacen– en su evaluación de las consecuencias sociales y económicas de las resoluciones [ruling] de una forma u otra. También noto que la observación, más tarde en su disidencia, que “las proposiciones generales no deciden casos concretos. La decisión dependerá de juicio o institución imperceptible más que de cualquier premisa mayor articulada”.

¹⁴¹ Holmes sirvió por tres años en el Ejército de la Unión. En los primeros dos años como teniente en la Vigésima Infantería de Voluntarios de Massachusetts, “fue herido tres veces [en Ball’s Bluff, Antietam, y Fredericksburg], dos veces casi fatalmente, y sufrió de disentería” [Novick (1995), p. 9]. También puede ser útil señalar que, en *Buck con Bell* (1927), su opinión más notoria, Holmes escribe que el sacrificio solicitado de Carrie Buck, la mujer supuestamente retardada a la que el Estado de Virginia deseó esterilizar, no es tan grandioso comparado con lo que se pide de aquellos a quienes están obligados a morir por su país.

¹⁴² Aludo, por supuesto, a la novelizada vida de Holmes de Bowen (1944). La obra de Emmett Laverly basada en la novela, y la subsecuente película, son tituladas *The Magnificent Yankee*.

un científico en contextos legales restringidos, y de ninguna forma disminuía el valor de su trabajo “como un modelo de mentalidad liberal en el actuar”.¹⁴³ En 1935, al morir Holmes, el *New York Times* lo describió como “el más importante líder liberal del Tribunal Supremo por 29 años”.¹⁴⁴

Sin embargo, desde entonces muchos han llegado a creer que la reputación de Holmes es innecesaria –un triunfo de un estilo literario magnífico sobre una sustancia judicial miserable– y a criticar sus opiniones judiciales como conservadoras, estrechas de mente, ignorantes, o peores.¹⁴⁵ Entre 1941 y 1943, una serie de artículos relacionaron la filosofía de Holmes con el totalitarismo;¹⁴⁶ en 1945, Ben Palmer popularizó estas críticas en el *American Bar Association Journal* bajo el título *Hobbes, Holmes, and Hitler*.¹⁴⁷ En 1950, un artículo en el *Boston American* describió a Holmes como un “cínico, senil y brutalista”.¹⁴⁸ Más recientemente, en 1997, Louise Weinberg escribió sobre la “nimiedad” del trabajo judicial de Holmes;¹⁴⁹ y cuando, el 2000, Albert Alschuler preguntó, “¿Habrías querido a Holmes como amigo?”¹⁵⁰ era obviamente una pregunta que esperaba la respuesta: “¡absolutamente no!”.

A quién uno hubiese querido como amigo no es realmente el punto. Aún así, es una pregunta intrigante. Reflexionando sobre esto, sospecho que podría bien haber encontrado a Holmes muy Olímpico para mi gusto; como, parece, que James eventualmente llegó a encontrarlo¹⁵¹ no sorprendentemente, ya que James manifiesta un simpático entendimiento por las debilidades humanas, y del sufrimiento causadas a algunos individuos incluso por las instituciones sociales más benignas, en ninguna parte esto puede encontrarse en Holmes; por ejemplo, esto, de *The Moral Philosopher and the Moral Life*: “Los apuros [pinch] siempre están aquí. Bajo todo sistema de reglas morales hay innumerables personas reprimidas que ponderan con base en ellas, y bienes que ellas suprimen; en el fondo [background] estas están siempre murmurando y gruñendo [...] Ver los abusos que la institución de la propiedad privada incluye [...] la anónima e innumerable melancolía que la tiranía, en su conjunto tan benéfica, de la

¹⁴³ DEWEY (1921), pp. 34 y 35. Ver también TUFTS (1921) y POUND (1921).

¹⁴⁴ THE NEW YORK TIMES (1935), section 1, p. 1, columnas 2 y 3.

¹⁴⁵ El relato es bien contado en WHITE (1971), pp. 51-77, la que es mi fuente para alguna de la información en este y párrafos previos.

¹⁴⁶ LUCEY (1941); FORD (1942); y GREGG (1943).

¹⁴⁷ PALMER (1945), pp. 569-573.

¹⁴⁸ PEGLER (1950), pp. 34, 35 y 45. (En la pág. 34 Pegler escribe que “The Harvard Law Review ha investigado la fecha del ensayo en que yo me referí a Oliver Wendell Holmes como un cínico y senil brutalizado. Dejadlos buscar. Yo no pienso en que me agraden”. No sé si la *The Harvard Law Review* tuvo éxito, pero no he sido capaz de localizar el ensayo al que él se refiere). En la primera página de su biografía, titulada *Angry Man of the Press* [PEGLER (1973)], después de reportar que Pegler fue galardonado con un premio Pulitzer y que tuvo “un ingreso que excedía al ingreso del presidente de los Estados Unidos”, Oliver Pilat tranquiliza a los lectores que “a pesar de las frecuentes insinuaciones, él debe estado desequilibrado, (Pegler) fue sensato para los estándares médicos y legales ordinarios”.

¹⁴⁹ WEINBERG (1997), p. 691. No tan incidentalmente, Weinberg lee “The Path of the Law” simplemente como “un manifiesto de realismo jurídico americano”. WEINBERG (1997), p. 696.

¹⁵⁰ ALSCHULER (2000); la cuestión es el título de su capítulo 3.

¹⁵¹ Aunque, en algún momento ellos fueron amigos cercanos, solo unos pocos meses después James le había escrito a Holmes como “mi muchacho Wendly”, él se estaba quejando que el “modo de lógico y ordenado de pensar” de Holmes lo hacía sentir incómodo cuando estaba con él; y uno año o más tarde, él le escribió a su hermano Henry sobre “la sangre fría, deliberado egoísmo y arrogancia” de Holmes. La primera cita es de una carta de James a Holmes con fecha 03 de enero de 1868, en PERRY (1935), p. 508; la segunda es de una carta de James a Holmes con fecha 15 de mayo de 1868, en PERRY (1935), p. 514; y la tercera es de William a Henry James de fecha 02 de octubre de 1869, en PERRY (1935), p. 307. Mi fuente es ALSCHULER (2000), pp. 36, 216 y 217.

institución del matrimonio trae a muchos [...] el fracaso al por mayor de las oportunidades bajo nuestro régimen, llamado supuestamente de igualdad e industrialismo [...] Ver nuestra bondad para con el humilde y el marginado, como él se enfrenta con de manera rigurosa en la erradicación de lo que hasta ahora ha sido la condición de toda perfección en la crianza. Ver en todas partes la batalla y la presión [the struggle and the squeeze]”¹⁵²

“Desapego”: esta es la palabra de Rosal Yogat para lo que él encuentra perturbador sobre Holmes, el hombre,¹⁵³ y quizás es la palabra más exacta.

Cuando uno se vuelve hacia las controversias sobre la práctica judicial de Holmes, la primera conjetura que se viene a la mente es que sus admiradores se están simplemente enfocando en las diferentes opiniones respecto de las cuales llaman la atención de sus detractores: los admiradores, probablemente, se enfocan en sus opiniones disidentes en casos como *Lochner* y *Abrams* (donde, en una defensa memorable sobre el derecho de la libertad de expresión, Holmes protestó por la imposición de una sentencia de veinte años por la publicación de “dos panfletos que creo que los acusados tenían tanto derecho para publicarlos así como el Gobierno tenía que publicar la constitución [...] ahora vanamente invocada por ellos”;¹⁵⁴ mientras los detractores se enfocan en sus decisiones en los casos como *Britt*¹⁵⁵ e, invariablemente, *Buck v. Bell*, con esa memorable línea sombría: “[t]res generaciones de imbéciles son suficientes”.¹⁵⁶ Aun así, dado que Frankfurter la citó de *Buck v. Bell*, incluyendo esta misma línea, en el curso de su ensayo en admiración de *Justice Holmes and The Constitution*,¹⁵⁷ este no puede ser todo el relato. Los defensores de Holmes argumentan que los críticos ignoran injustamente las vastas diferencias entre las circunstancias de sus días y los nuestros;¹⁵⁸ sus críticos señalan, en respuesta, que Holmes a veces estaba en desacuerdo con sus colegas más progresistas en el Tribunal.

No me voy a enredar en estas controversias; pero sugeriré que parte probablemente del problema es que desde que Dewey escribió su tributo ha habido un cambio significativo no solo en la extensión, sino que aparentemente también en el significado, de la palabra “liberal” [liberal]. Evidentemente, aquello que Dewey tenía en mente al llamar a Holmes un gran liberal fue su disposición a permitir a los Estados hacer experimentos sociales. Sin embargo, hoy en día mientras el resultado que Holmes favoreció en *Lochner* sería pensado como liberal, su razonamiento probable sería percibido como conservativo, como antiliberal.¹⁵⁹ Sospecho que hay un fascinante relato lingüístico, legal, social e

¹⁵² JAMES (1995), pp. 313 y 314. (Digo que esto no está “en ninguna parte” en Holmes; pero por supuesto habría sido más exacto decir, “dado lo que se sabe sobre este asunto, en ninguna parte...”).

¹⁵³ YOGAT (1964).

¹⁵⁴ *Abrams con United States* (1919).

¹⁵⁵ *United Zinc and Chemical Co. con Britt* (1922), párr. 268.

¹⁵⁶ *Buck con Bell* (1927).

¹⁵⁷ FRANKFURTER (1921), p. 99.

¹⁵⁸ Puede ser valioso señalar que la decisión en *Buck con Bell* tiene menos de dos páginas de largo, y que sólo un Juez discrepó. De acuerdo con WILL (2005), p. 60, en 1935 treinta y cinco Estados tenían leyes de esterilización forzosa (él no da referencias, por supuesto, y aún no he sido capaz de confirmar o no su figura). Ver también: HAACK (2011).

¹⁵⁹ Muy recientemente, disintiendo de la mayoría en un caso reciente de la Corte Suprema sobre el uso médico de la marihuana, el Magistrado Thomas –no exactamente considerado como liberal– escribe: “Como California, la mayoría de los Estados previenen

histórico para ser contado respecto de cuándo y cómo este cambio tomó lugar,¹⁶⁰ y acerca de los procesos mucho más largos de los cuales probablemente es parte, un largo proceso sobre los antiguos pensamientos de derecho, libertad, etc., han sido contestados y expandidos una y otra vez (y sin duda, también, un fascinante relato psicofilosófico acerca de por qué Holmes, diferencia de Cardozo, no alcanza a prever nada de todo esto). No obstante, contar estos relatos está más allá de mis capacidades actuales; y, de todas formas, es tiempo de regresar a los asuntos sobre el significado de “*pragmatismo*” con los que comencé.

VI. CONCLUYENDO PENSAMIENTOS SOBRE EL VIEJO Y NUEVO PRAGMATISMO JURÍDICO

“¿Era Holmes realmente un *pragmatista*?”¹⁶¹ indudablemente, es una mala pregunta. Sabemos que Holmes no se alió oficialmente con el pragmatismo, y que tenía reservas sobre algunas ideas de Peirce y, especialmente, sobre algunas ideas de James; sabemos también que hubo muchas otras influencias en su pensamiento –entre ellas Mill, Bentham, Austin, etc., etc. Pero también debemos ser conscientes de la existencia de muchas afinidades entre el pensamiento de Holmes y las ideas de la tradición *pragmatista* clásica en la Filosofía –afinidades que, como podemos ver ahora, van mucho más allá de la similitud entre su articulación de la concepción del abogado en ejercicio acerca de qué significa decir que el actual Derecho de Massachusetts es así o así, y de la concepción de Peirce acerca de qué significa decir que este diamante es duro, que esta proposición es verdad, o que este algo o clase o ley natural es real.¹⁶²

Peirce critica la noción cartesiana de certeza intuitiva y se describe como un “*falibilista contrito, listo para vaciar todo el carro de sus creencias en el momento en que experiencia este contra ellas*”;¹⁶³ Dewey monta un ataque sostenido sobre la “*búsqueda de la certeza*” tanto platónica como cartesiana,¹⁶⁴ Holmes observa que la “*certeza generalmente es una ilusión [...] ninguna proposición concreta es autoevidente*”. Peirce objeta que la epistemología de Descartes, que hace al individuo el juez de la verdad, es “*viciosamente individualista*”, y la contrasta con el método de la ciencia, que confían en los estándares objetivos e interpersonales; Holmes contrasta el uso objetivo y externo de términos legales como

trazar ideas políticas sobre la droga, que ellos han concluido proporcionar un alivio necesario a los que están gravemente enfermos [...] Nuestro sistema federal, propiamente entendido, le permite a California y a un número creciente de otros Estados decidir por sí mismos cómo salvaguardar la salud y bienestar de sus ciudadanos”. Gonzalez con Raich (2005).

¹⁶⁰ Tomo “*liberal*”, como “*progresista*” y “*conservador*”, sin tener ningún carácter intrínsecamente deícticos; lo cual es porque pienso que podría haber un cambio en el significado, y no solamente en la referencia. A juzgar por la interesante discusión en PALMER (1945), algunos elementos del cambio parecen ya haber estado en marcha alrededor de 1945. WEST (1984), pp. 673-738 y KALMAN (1996) están enfocados en desarrollos más recientes.

¹⁶¹ STUDENT NOTE (1975), pp. 1123-1140, y HANTZIS (1988) discute las afinidades entre Holmes y Peirce. GREY (1989) discute las afinidades entre Holmes y Rorty. POHLMAN (1984) y KELLEY (1990), pp. 427-467, discute las afinidades de Holmes con el positivismo utilitario (puede ser valioso destacar que Peirce describe el pragmatismo como un tipo de “*propositivismo*” [con esta expresión Peirce hablaba de positivismo en un sentido amplio], i.e. como ampliamente parecido a las ideas de Comte, aunque mucho más tolerante de la metafísica que el positivismo clásico. Ver PEIRCE (1931-1958), párr. 5423 (1905).

¹⁶² PEIRCE (1931-1958), párr. 5.388-410 (1878).

¹⁶³ PEIRCE (1931-1958), párr. 1.11 (c.1897).

¹⁶⁴ DEWEY (1960).

“malicia” o “intención”, con su uso moral, subjetivo.¹⁶⁵ Peirce se queja de los argumentos de los filósofos morales y teólogos: “no es el razonamiento el que determina cuál será la conclusión, sino que es la conclusión la que determina cual será el razonamiento. Este es un razonamiento fingido”,¹⁶⁶ Holmes escribe que los jueces piensan que están determinando las respuestas legalmente correctas cuando quizás están realmente confiando en las preferencias políticas inconscientes. Peirce le escribe a James que “es de la esencia misma del pragmatismo que la creencia es una expectativa sobre el futuro en todos los casos”,¹⁶⁷ y Dewey observa que el pragmatismo “no insiste sobre fenómenos antecedentes, sino sobre fenómenos consiguientes, [...] las posibilidades de acción”,¹⁶⁸ la Filosofía del Derecho de Holmes está dirigida al futuro, llamando a los jueces a “considerar y balancear los fines de la legislación, los medios para conseguirlos, y el costo”. En el contexto de su agapismo, una teoría cosmológica de cómo el orden puede desarrollarse del caos, Peirce escribe “the law of mind”: “las ideas tienden a divulgarse continuamente y afectan a otras que se interponen a ellas en una peculiar relación de afectabilidad”,¹⁶⁹ Holmes escribe que “[d]urante casi mil años el desarrollo de nuestro Derecho se ha producido de la misma manera que el desarrollo de una planta: dando cada generación un inevitable paso adelante, siguiendo tanto la mente como la materia simplemente una ley de crecimiento espontáneo”.¹⁷⁰ En resumen: Holmes podría no ser oficialmente del equipo, pero ciertamente en su pensamiento hay mucho del espíritu del pragmatismo clásico.¹⁷¹

“¿El “neopragmatismo” jurídico contemporáneo es realmente pragmatismo?” – es otra pregunta infructuosa. A pesar de su neblina foucaultiana, Alberstein es innegablemente correcto en un punto: el discurso del pragmatismo jurídico desde Holmes al presente no ha sido exactamente unívoco. La Filosofía del Derecho de Holmes evita abstracciones que floten libremente, y repudia la búsqueda de condiciones necesarias y suficientes que especifiquen la esencia de todo Derecho; pero es profundamente teórica, como la filosofía de la tradición pragmatista clásica, por lo que está muy lejos de la postura antiteórica de muchos neopragmatistas jurídicos contemporáneos.

Y por ahora podemos discernir, en la mezcla de las recientes concepciones del pragmatismo jurídico sobrepuestas y en competencia, los elementos del pragmatismo en el sentido del lenguaje común (presente); elementos derivados de la tradición pragmatista clásica en la Filosofía; y elementos del neopragmatismo rortyano, -que prácticamente en cada aspecto importante es diametralmente opuesto al pragmatismo peirciano.¹⁷² Por otra parte, los elementos filosóficos del pragmatismo clásico incluyen, al menos tan a menudo como el pragmatismo-como-método, doctrinas filosóficas especí-

¹⁶⁵ Confróntese STUDENT NOTE (1975), pp. 1126-1134. Qué entiende Holmes cuando escribe de moralidad como “subjetivo”, yo creo, no es que lo correcto dependa de lo que una persona piense que es correcto, sino que de una apreciación moral se debe referir al interior, los estados mentales tales como las intenciones y similares.

¹⁶⁶ PEIRCE (1931-1958), párr. 1.57 (c.1896).

¹⁶⁷ PEIRCE (1931-1958), párr. 8.294 (1940).

¹⁶⁸ DEWEY (1963), p. 24.

¹⁶⁹ PEIRCE (1931-1958), párr. 6.103 (1902).

¹⁷⁰ HOLMES (2012), p. 73.

¹⁷¹ En este sentido el enfoque de KELLOGG (1984), parecer ser en cierto modo en el mismo espíritu que el mío.

¹⁷² HAACK (1998), pp. 31-47 y en HAACK (2004a).

ficas tales como la concepción de James o Dewey sobre la verdad,¹⁷³ o la Filosofía Política de Dewey,¹⁷⁴ así como también elementos de la jurisprudencia de Holmes¹⁷⁵ -sin embargo, a menudo de formas simplificadas y algunas veces distorsionadas. No es simplemente una cuestión de que cada escritor tome uno u otro de estos elementos como claves; parece que la mayoría se han servido de varios.

Las cosas están más complicadas porque aquellos quienes apelan a las concepciones de verdad de Peirce, James o Dewey no siempre parecen darse cuenta de que sus preocupaciones estuvieron muy alejadas de proposiciones jurídicas (y porque aquellos que apelan al cinismo de Rorty sobre la verdad -o, como él prefiere decir, distanciándose del concepto de, “verdad”- no siempre parecen darse cuenta cómo este cinismo socava completamente la idea misma de justicia);¹⁷⁶ a través del uso despreciablemente ambiguo del “fundacionalismo” y “antifundacionalismo” animado por Rorty en la epistemología,¹⁷⁷ y extrapolado por los estudiosos del Derecho a la Teoría del Derecho; y por una persistente equiparación falsa entre “antiesencialismo” y “antiabstracción” con “antiteoría”.

La trampa conceptual puesta por las palabras el “fundacionalismo” y “antifundacionalismo”, en resumen, es esta. En la Epistemología el “fundacionalismo” tiene al menos tres sentidos: en el primero, se refiere a una familia de teorías de justificación epistémica caracterizada por su dependencia de una distinción entre creencias básicas (“fundacional”) y derivadas; en la segunda, a una concepción de la epistemología como una disciplina a priori cuya tarea es entregar la base de toda explicación legítima del conocimiento; y en la tercera, la idea de que nuestros estándares acerca de la mejor y peor prueba, y de creencias más o menos justificadas, deben ser no meramente convencionales, sino basada en alguna relación de justificación y verdad. Sólo la tercera tiene una analogía en la Teoría del Derecho: la idea que las reglas jurídicas, para estar justificadas (en un sentido no epistémico), debe estar basadas en alguna relación con los valores (presumiblemente valores morales). Pero la explicación de Holmes no es claramente antifundacionalista en este sentido: mientras repudia la idea de que el Derecho puede ser deducido de un conjunto predominante de principios morales, también insta a que los jueces miren las utilidades y desventajas sociales de sus decisiones, y quizás, es *excesivamente* optimista sobre la conexión entre la evolución del Derecho y el progreso moral.

La falsa equiparación de “antiesencialista” y “antiteórico” ha estado compuesta por algunos desarrollos no tan felices en el uso de la palabra “teoría”: una suposición demasiado dispuesta a que “teoría” debe significar “Teoría Moral, Social o Política” (la cuales en realidad son únicamente una pareja de una subclases dentro de la vasta variedad de tipos de teoría); y, relacionado con lo anterior, el sentido especializado recientemente tomado por “Teoría” -ahora con esa mayúscula impuesta “T”- para connotar este o aquel principio (feminista, postcolonialista, etc.) para “leer” textos literarios o jurídicos.

¹⁷³ Ver, por ejemplo, TAMANAHA (1997) y TAMANAHA (2003), pp. 49-71.

¹⁷⁴ Ver, por ejemplo, POSNER (2003), pp. 99-115.

¹⁷⁵ Ver, por ejemplo, WEAVER (2003), pp. 3-30.

¹⁷⁶ Ver HAACK (2004b), pp. 43-61.

¹⁷⁷ Ver HAACK (1993), chapter 9, para una desambiguación.

De regreso a las citas de apertura, vemos que Atiyah, Schneider e Ingram están aparentemente usando “pragmatismo” en su sentido ordinario más que en su sentido filosófico; que Leiter ha aparentemente malinterpretado el propósito de la descripción de Holmes del Derecho como involucrando “profecías” de aquello que los jueces decidirán;¹⁷⁸ y que Grey, Posner y Tamanaha aparentemente asumen que el pragmatismo jurídico debe ser antiteórico porque es antiesencialista. Pero la fórmula de Luban, “antiformalismo históricamente orientado hacia el resultado” captura brevemente algunos elementos claves de la Teoría del Derecho de Holmes; y la referencia de Tamanaha al “camino del medio” captura algo importante para al tenor de la tradición pragmatista antigua.

El 2004, al concluir mi breve historia de la fragmentación del pragmatismo filosófico, escribí que: “Es fácil quedar obsesionado por la cuestión de cuáles variantes califican como pragmatismo auténtico; pero probablemente es mejor –potencialmente más fructífero, y apropiadamente con miras hacia el futuro– preguntar, más bien, qué podemos pedir prestado a las riquezas del pragmatismo clásico, y qué podemos salvar del naufragio intelectual del nuevo”.¹⁷⁹

Aquí, al explorar la fragmentación del pragmatismo jurídico, he sugerido una lectura de la concepción del Derecho de Holmes informada por las ideas de la tradición pragmatista clásica en Filosofía: una interpretación en la cual “*The Path of the Law*” nos guía hacia una visión teórica comprensiva del Derecho a través de la amplia diversidad de sistemas jurídicos, cada uno local a su lugar y tiempo, y todos respondiendo, algunos más exitosamente que otros, a las necesidades humanas y a los conflictos que surgen inevitablemente en cualquier sociedad.

Apostillas del traductor

Estas acotaciones están organizadas en dos grupos en atención a la función explicativa que desempeñan dentro del texto; las decisiones de traducción y las notas complementarias.

Decisiones de traducción

1. Algunas expresiones no son traducidas de un modo literal debido a que en la filosofía jurídica de lengua castellana han sido recepcionadas de un modo diverso. Estas son: (i) “*legal pragmatism*” como “*pragmatismo jurídico*”; y (ii) “*legal system*” como “*sistema jurídico*”.
2. Por sugerencia de la autora las expresiones “*legal theory*” y “*jurisprudence*” y “*philosophy of law*” son traducidas como “*Filosofía del Derecho*”, debido a que en el texto se entrega un sentido especial al uso de las palabras “*Teoría*” y “*teoría*”.

¹⁷⁸ Leiter refiere a los lectores a mi “Pragmatism” en DANCY y SOSA (1992), pp. 351-356, y a WARNER, (1993) “para explicaciones más robustas y sustanciales de pragmatismo, con afinidades a mi propia visión”. LEITER (1998), p. 303, n. 156. Lo “más sustancial” de Leiter es aparentemente plantear una contradicción a la idea de que el pragmatismo es trivial o banal, como lo sugirió RORTY (1990) y GREY (1989). Pero mientras es verdad que ni yo ni Warner interpretamos el pragmatismo como algo banal o vacío, la sugerencia de Leiter que nuestras concepciones de pragmatismo son parecidas a las suyas es errada: el entendimiento de Warner sobre el pragmatismo es bastante diferente al mío; y ni su entendimiento ni el mío sobre el pragmatismo están cerca del de Leiter.

¹⁷⁹ HAACK (2004a), p. 34.

3. Otras expresiones, como “[the] common law”, y “law and economics” no son traducidas por considerarlas suficientemente divulgadas.
4. En las notas a pie de página únicamente se han traducidos los textos que no forman parte de las referencias.
5. Los títulos de libros, artículos y reseñas no son traducidos para facilitar su búsqueda.
6. Debido a que en castellano la palabra “derecho” es ambigua, en esta traducción se sigue la convención de escribir el término en mayúsculas cuando refiere al conjunto de normas jurídicas (Derecho es entonces derecho en sentido objetivo), y se escribe con minúscula cuando se trata de la capacidad que tiene alguien de realizar o no una determinada conducta (derecho en sentido de subjetivo).
7. Para las citas textuales de “*The Path of the Law*” se utilizó la traducción al castellano de José Ignacio Soler Cayón: *La senda del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
8. La expresión “*theory of performative utterances*” es traducida como “*teoría de expresiones realizativas*” de acuerdo con la traducción estándar recogida en la traducción al castellano de Genero R. Carrió y Eduardo A. Rabossi: *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 1991.
9. “*Pragmatism*” como pragmatismo, puesto que al añadir a un sustantivo el sufijo -ism se obtiene otro que a refiera a la actividad. “*Pragmatist*” como pragmatista, ya que al agregar a un sustantivo el sufijo -ist se obtiene un adjetivo un cuyo principal significado alude al practicante de una actividad determinada. “*Pragmatic*” como *pragmático*, pues al unir a un sustantivo el sufijo -ic se obtiene un adjetivo cuyo usual significado es el de vinculado con algo, y además, igual traducción se aplica a “*pragmaticist*”. “*Pragmaticism*” como *pragmaticismo*. Y el término alemán “*pragmatische*” no es traducido para evitar errores de comprensión.
10. Para conservar una mayor fidelidad con el texto original hemos decidido mantener las personas gramaticales (en el sentido de los participantes en el acto verbal) pese a que en castellano generalmente los textos académicos no son escritos en primera persona ni en ellos se realizan interrelaciones al lector.
11. Expresiones como “*theory-guilt*” fueron explicadas en notas al pie discutidas con la profesora Haack.

Notas complementarias

1. Existe traducción al castellano de José Ignacio Soler Cayón: *La senda del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
2. Existe traducción al castellano de Genero R. Carrió y Eduardo A. Rabossi: *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 1991. Nota 52 nota 52.
3. Existe traducción al castellano de Manuel G. Morente: *La decadencia de occidente: bosquejo de una morfología de la historia universal*. Madrid: Espasa Calpe, 2009.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ALBERSTEIN, Michal (2002): *Pragmatism and Law: From Philosophy to Dispute Resolution* (Dartmouth, Ashgate).
- ALSCHULER, Albert (2000): *Law Without Values: The Life, Work, and Legacy of Justice Holmes* (Chicago, University of Chicago Press).
- ATYIAH, Patrick (1987): *Pragmatism and Theory in English Law* (London, Stevens and Sons).
- AUSTIN, Jhon (1962): *How to Do Things With Words* (Cambridge, Harvard University Press).
- BAKER, Liva (1991): *The Justice from Beacon Hill: The Life and Time of Oliver Wendell Holmes* (Nueva York, Harper Collins).
- BALDWIN, James (1902): *Dictionary of Philosophy and Psychology* (New York, McMillan).
- BOWEN, Catharine (1944): *Yankee from Olympus* (Boston, Atlantic/Little Brown).
- BREWER, Scott (2000): "Traversing Holme's Path toward Jurisprudence of Logical form", en: Burton, Steven (editor), *The Path of the Law" and Its influence: The legacy of Oliver Wendell Holmes Jr.* (Cambridge, Cambridge University Press).
- BYNUM, Terrell (1972): *Conceptual Notation and Related Articles* (Oxford, Clarendon Press).
- CARDOZO, Benjamin (1921): "Introduction", en: Frankfurter, Felix (editor), *Mr. Justice Holmes* (Nueva York, Coward McCann).
- CLARKE, Charles (1974): *Shakespeare-characters* (New York, Ams Press).
- COGLIANESE, Gary (2003): "Does Consensus Work? A Pragmatic Approach to Public Participation in the Regulatory Process", en: Morales, Alfonso (editor), *Renascent Pragmatism: Studies in Law and Social Science* (Aldershot, Ashgate).
- COHEN, Felix (editor) (1948): "The Holmes-Cohen Correspondence", en: *Journal of the History of Ideas* (vol. IX núm. 1).
- COHEN, Morris (1921): "Justice Holmes", en: Frankfurter, Felix (editor), *Mr. Justice Holmes* (Nueva York, Coward McCann).
- DAMASKA, Mirjan (1978): "A Foreign Perspective on the American Judicial System", en: Fetter, Theodore (editor), *State Courts: A Blueprint for the Future* (New York, National Center for State Courts).
- DANCY, Jonathan y SOSA, Ernest (editors) (1992): *A Companion to Epistemology* (Oxford, Blackwell).
- Dewey, Jhon (1921): "Justice Holmes and the Liberal Mind", en: Frankfurter, Felix (editor), *Mr. Justice Holmes* (Nueva York, Coward McCann).
- DEWEY, Jhon (1960): *The Quest for Certainty* (New York, G. P. Putnam's Sons).
- DEWEY, John (1929): *Experience and Nature* (New York, W. W. Norton).
- DEWEY, John (1963): "The Development of American Pragmatism", en: *Philosophy and Civilization* (New York, Capricorn edition).
- FARBER, Daniel (1988): "Legal Pragmatism and the Constitution", en: *Minnesota Law Review* (vol. 72).
- FISCH, Max (1964): "Was There a Metaphysical Club in Cambridge?", en: Moore, Edward y Robin, Richard (editors), *Studies in the Philosophy of Charles Sanders Peirce* (Amherst, University of Massachusetts Press).
- FISCH, Max (1986): "Justice Holmes, the Prediction Theory of the Law, and Pragmatism", en: Ketner, Kenneth y Kloesel, Christian (editors), *Peirce, Semeiotic, and Pragmatism: Essays by Max Fisch*

- (Bloomington, Indiana University Press).
- FISH, Stanley (1990): "Almost Pragmatism: Richard Posner's Jurisprudence", en: *University of Chicago Law Review* (vol. 57 núm. 14).
- FORD, John (1942): "The Fundamentals of Holmes's Juristic Philosophy", en: *Fordham Law Review* (vol. 11).
- FRANK, Jerome (1970): *Law and the Modern Mind* (Gloucester, Peter Smith).
- FRANKFURTER, Felix (1921): "Justice Holmes and the Constitution", en: Frankfurter, Felix (editor), *Mr. Justice Holmes* (Nueva York, Coward McCann).
- FULLER, Lon (1966): *The Law in Quest of Itself* (Boston, Beacon Press).
- GALANTER, Marc (1981): "Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law", en: *Journal of Legal Pluralism* (vol. 19).
- GREGG, Paul (1943): "The Pragmatism of Mr. Justice Holmes", en: *Georgetown Law Journal* (vol. 31).
- GREY, Thomas (1989): "Holmes and Legal Pragmatism", en: *Stanford Law Review* (vol. 41).
- GREY, Thomas (1990): "Hear the Other Side: Wallace Stevens and Pragmatist Legal Theory", en: *Southern California Law Review* (vol. 63).
- GREY, Thomas (1991): "What Good is Legal Pragmatism?", en: Brint, Michael y Weaver, William (editors), *Pragmatism in Law and Society* (Boulder, Westview Press).
- HAACK, Susan (1993): *Evidence and Inquiry: Towards Reconstruction in Epistemology* (Oxford, Blackwell).
- HAACK, Susan (1998): *Manifesto of a Passionate Moderate: Unfashionable Essays* (Chicago, University of Chicago Press).
- HAACK, Susan (2001): "Viejo y nuevo pragmatismo", en: *Dianoia* (vol. 46 núm. 47).
- HAACK, Susan (2002): "Realisms and Their Rivals: Recovering Our Innocence", en: *Facta Philosophica* (vol. 4 núm. 1).
- HAACK, Susan (2003): *Defending Science - Within Reason: Between Scientism and Cynicism* (New York, Prometheus Books).
- HAACK, Susan (2004a): "Pragmatism, Old and New", en: *Contemporary Pragmatism* (vol. 1 núm. 1).
- HAACK, Susan (2004b): "Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way", en: *The American Journal of Jurisprudence* (vol. 49).
- HAACK, Susan (2005): "On legal pragmatism: Where does 'the path of the law' lead us?", en: *American Journal of Jurisprudence* (vol. 50 núm. 1).
- HAACK, Susan (2006): "Not Cynicism but Synechism: Lessons from Classical Pragmatism", en: Margolis, Joseph y Shook, John (editores), *A Companion to Pragmatism* (Oxford, Blackwell).
- HAACK, Susan (2006): "Pragmatism, Old and New", en: Haack, Susan y Lane, Robert (editors), *Pragmatism, Old and New: Selected Writings* (Amherst, Prometheus Books).
- HAACK, Susan (2007): "On Logic in the Law: something, but not All", en: *Ratio Juris* (vol. 20 núm. 1).
- HAACK, Susan (2011): "Pragmatism, Law, and Morality: The Lessons of Buck v. Bell", en: *European Journal of Pragmatism and American Philosophy* (vol. III núm. 2).
- HANTZIS, Catharine (1988): "Legal Innovation Within the Wider Intellectual Tradition: The Pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr.", en: *Northwestern University Law Review* (vol. 82).
- HART, H. L. A. (1961): *The Concept of Law* (Oxford, Clarendon Press).
- HART, Henry M. (1951): "Holmes's Positivism -- An Addendum", en: *Harvard Law Review* (vol. 64).
- HOGUE, Arthur (1986): *Origins of the Common Law* (Indianápolis, Liberty Fund).
- HOLMES, Oliver (1876): "Primitive Notions in Modern Law", en: *The American Law Review* (vol X).

- HOLMES, Oliver (1877): "Primitive Notions in Modern Law II", en: *The American Law Review* (vol. XI).
- HOLMES, Oliver (1964a): "The Law", en: Marke, Julius (editor), *The Holmes Reader* (Dobbs Ferry, Oceana, Docket Series).
- HOLMES, Oliver (1964b): "Learning and Science", en: Marke, Julius (editor), *The Holmes Reader* (Dobbs Ferry, Oceana, Docket Series).
- HOLMES, Oliver (1964c): "Law and the Court", en: Marke, Julius (editor), *The Holmes Reader* (Dobbs Ferry, Oceana, Docket Series).
- HOLMES, Oliver (1995a): "The Path of the Law", en: Novick, Sheldon (editor), *The Collected Works of Justice Holmes* (Chicago, Chicago University Press).
- HOLMES, Oliver (1995b): "The Common Law", en: Novick, Sheldon (editor), *The Collected Works of Justice Holmes* (Chicago, Chicago University Press).
- HOLMES, Oliver (2012): *La senda del derecho* (Traducc. José Solar Cayón, Madrid, Marcial Pons).
- HOLMES, Oliver y POLLOCK, Frederick (1941): *Holmes-Pollock Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874-1932* (Cambridge, Harvard University Press).
- HOWE, Mark (1951): "Holmes' Positivism. A Brief Rejoinder", en: *Harvard Law Review* (vol. 64).
- HOWE, Mark (1957): *Justice Oliver Wendell Holmes: The Shaping Years* (Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press).
- HOY, David (1991): "Is Legal Originalism Compatible with Philosophical Pragmatism?", en: Brint, Michael y Weaver, William (editors), *Pragmatism in Law and Society (New Perspectives on Law, Culture and Society)* (Boulder, Westview Press).
- JAMES, William (1975): *Pragmatism* (Cambridge, Harvard University Press).
- JAMES, William (1995): "The Moral Philosopher and the Moral Life", en: Bird, Graham (editor), *Selected Writings: James William* (London, Everyman).
- KALMAN, Laura (1996): *The Strange Career of Legal Liberalism* (New Haven, Yale University Press).
- KELLEY, Patrick (1990): "Was Holmes a Pragmatist? Reflections on a New Twist to an Old Argument", en: *Southern Illinois Law Review* (vol. 14).
- KELLOG, Frederic (1984): *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (Westport, Greenwood Press).
- KELLOG, Frederic (1984): *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy* (Westpor, Praeger).
- KETNER, Kenneth y COOK, James (editores) (1979): *Charles Sanders Peirce: Contributions to the Nations* (Lubbock, Texas Tech Press).
- LEAF, Murray (2003): "Pragmatic Legal Norms", en: Morales, Alfonso (editor), *Renascent Pragmatism: Studies in Law and Social Science* (Aldershot, Ashgate).
- LEITER, Brian (1998): "Naturalism and Pragmatism in Legal Theory", en: *Virginia Law Review* (vol. 76 núm. 2).
- LLEWELLYN, Karl (1930): "A Realistic Jurisprudence -- the Next Step", en: *Columbia Law Review* (vol. 30 núm. 4).
- LLEWELLYN, Karl (1930): *The Bramble Bush: Our Law and Its Study* (New York, Oceana).
- LUBAN, David (1996): "What's Pragmatic About Legal Pragmatism?", en: *Cardozo Law Review* (vol. 18).
- LUBAN, David (1997): "The Bad Man and the Good Lawyer", en: *New York University Law Review* (vol. 72).
- LUCEY, Francis (1941): "Jurisprudence and the Future Social Order", en: *Social Science* (vol. 16).
- MARKE, Julius (1964): *The Holmes Reader* (Dobbs Ferry, Oceana, Docket Series).

- NOVICK, Sheldon (1995): *The Collected Works of Justice Holmes* (Chicago, Chicago University Press).
- PALMER, Ben (1945): "Hobbes, Holmes, and Hitler", en: *American Bar Association Journal* (vol. 31).
- PATTERSON, Dennis (1990): "Law's Pragmatism: Law as Practice and Narrative", en: *Virginia Law Review* (vol. 76).
- PEGLER, Westbrook (1950): "Fair Enough", en: *Boston Evening American* (December 18, 1950).
- PEIRCE, Charles (1868): *The Collected Papers of Charles Sanders Peirce* (Cambridge, Harvard University Press), vol. 5.
- PEIRCE, Charles (1871): *Collected Papers* (Cambridge, Harvard University Press).
- PEIRCE, Charles (1871): *The Collected Papers of Charles Sanders Peirce* (Cambridge, Harvard University Press), vol. 8.
- PEIRCE, Charles (1931-1958): *The Collected Papers of Charles Sanders Peirce* (Cambridge, Harvard University Press).
- PERRY, Ralph (1935): *The Thought and Character of William James* (Boston, Little, Brown, and Company), vol. I.
- PIERCE, Charles (1998): *Chance, Love, and Logic* (Lincoln, University of Nebraska Press).
- POHLMAN, H. (1984): *Justice Oliver Wendell Holmes and Utilitarian Jurisprudence* (Cambridge, Harvard University Press).
- POSNER, Richard (1990): *Problems of Jurisprudence* (Cambridge, Harvard University Press).
- POSNER, Richard (2003): *Law, Pragmatism, and Democracy* (Cambridge, Harvard University Press).
- POUND, Roscoe (1921): "Judge Holmes's Contributions to the Science of Law", en: *Harvard Law Review* (vol. 34).
- REED, Thomas; HORWITZ, Morton y FISHER, William (editores) (1993): *American Legal Realism* (New York, Oxford University Press).
- RORTY, Richard (1990): "The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice", en: *Southern California Law Review* (vol. 63).
- RORTY, Richard (1991): *Objectivity, Relativism and Truth* (Cambridge, Cambridge University Press).
- RORTY, Richard (1992): "Trotsky and the Wild Orchids", en: *Common Knowledge* (vol. 1 núm. 3).
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1995): *Toward a New Common Sense* (New York, Routledge).
- SCHNEIDER, Anne y INGRAM, Helen (2003): "The Pragmatic Policy Analyst", en: Morales, Alfonso (editor), *Renascent Pragmatism: Studies in Law and Social Science* (Aldershot, Ashgate).
- SHRIVER, Harry (editor) (1940): *The Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes: Constitutional Opinions, Selected Excerpts and Epigrams as Given in the Supreme Judicial Court of Massachusetts (1883-1902)* (Buffalo, Dennis).
- SMITH, Steven (1990): "The Pursuit of Pragmatism", en: *Yale Law Journal* (vol. 100).
- SPENGLER, Oswald (1918-1922): *Der Untergang des Abendlandes* (Vienna, Braumiller).
- SPENGLER, Oswald (1926-1928): *The Decline of the West* (Traducc. de Charles Atkinson, New York, Knopf).
- STUDENT NOTE (1975): "Holmes, Peirce, and Legal Pragmatism", en: *The Yale Law Journal* (vol. 84).
- TAMANAH, Brian (1997): *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law* (Oxford, Clarendon Press).
- TAMANAH, Brian (2003): "A Pragmatic Response to the Embarrassing Problems of Ideology Critique in Socio-Legal Studies", en: Morales, Alfonso (editor), *Renascent Pragmatism: Studies in Law and Social Science* (Aldershot, Ashgate).
- THE NEW YORK TIMES (1935): "Columns 2-3" (6 de marzo de 1935).

- TUFTS, James (1921): “The Legal and Social Philosophy of Mr. Justice Holmes”, en: *American Bar Association Journal* (vol. 7).
- WARNER, Richard (1993): “Why Pragmatism? The Puzzling Place of Pragmatism in Critical Theory”, en: *University of Illinois Law Review* (año 1993).
- WEAVER, William (2003): “The ‘Democracy of Self Devotion’: Oliver Wendell Holmes, Jr., and Pragmatism”, en: Morales, Alfonso (editor), *Renascent Pragmatism: Studies in Law and Social Science* (Aldershot, Ashgate).
- WEINBERG, Louise (1997): “Holmes’s Failure”, en: *Michigan Law Review* (vol. 96).
- WEST, Robin (1984): “Liberalism Rediscovered: A Pragmatic Definition of the Liberal Vision”, en: *University of Pittsburgh Law Review* (vol. 46).
- WHITE, Edward (1971): “The Rise and Fall of Justice Holmes”, en: *The University of Chicago Law Review* (vol. 39).
- WHITE, Morton (1949): *Social Thought in America: The Revolt Against Formalism* (New York, Viking Press).
- WIENER, Philip (1972): *Evolution and the Founders of Pragmatism* (Philadelphia, University of Pennsylvania Press).
- WILL, George (2005): “A Debate that Does not End”, en: *Newsweek* (4 de julio de 2005).
- YOGAT, Rosal (1964): “Mr. Justice Holmes: Some Modern Views”, en: *University of Chicago Law Review* (vol. 31 núm. 2).

Jurisprudencia citada

- Sioux City & Pac. R.R. Co. con Sout (1873): The Supreme Court of United States, 84 U.S. 657.
- Smith con Moore (1889): Texas Court of Appeals, 148 Mass. 407, 19 N.E. 393.
- Rideout con Knox (1889): United States State Supreme Judicial Court of Massachusetts Supreme Court, 148 Mass. 368.
- Miller con Horton (1891): United States State Supreme Judicial Court of Massachusetts Supreme Court, 152 Mass 540, 26 N.E. 100.
- Union Pac. Ry. Co. con MacDonald (1894): The Supreme Court of United States, 152 U.S. 262.
- In re Municipal Suffrage to Women (1894): United States State Supreme Judicial Court of Massachusetts Supreme Court, 160 Mass. 586, 36 N.E. 488.
- Dunbar con Boston and Providence R. R. Corp (1902): United States State Supreme Judicial Court of Massachusetts Supreme Court, 181 Mass. 383, 63 N.E. 916.
- Lochner con New York (1905): The Supreme Court of United States, 198 U.S. 45.
- Gompers con United States (1914): The Supreme Court of United States, 233 U.S. 604, 610.
- Southern Pacific con Jensen (1917): The Supreme Court of United States, 244 U.S. 205, 222.
- Erie R. Co. con Hilt (1918): The Supreme Court of United States, 247 U.S. 97.
- Abrams con United States (1919): The Supreme Court of United States, 250 U.S. 616, 629.
- Missouri con Holland (1920): The Supreme Court of United States, 252 U.S. 416, 433.
- Truax con Corrigan (1921): The Supreme Court of United States, 257 U.S. 312, 344.
- United Zinc and Chemical Co. con Britt (1922): The Supreme Court of United States, 258 U.S. 268.
- Buck con Bell (1927): The Supreme Court of United States, 274 U.S. 200, 207.

Javins con First National Realty Corporation (1970): US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 428 F.2d 1071, 1.

Sindell con Abbott Laboratories (1980): California Supreme Court, 26 Cal.3d 588, 612, 607 P.2d 924, 937, 163 Cal. Reprtr. 132, 145.

Bichler con Eli Lilly & Co. (1981): New York Court of Appeals Court of Appeals, 79 A.D. 2d 317, 329, 436, N.Y.S.2d 625, 632.

Hymowitz con Eli Lilly & Co. (1989): New York Court of Appeals Court of Appeals, 73 N.Y.2d 487, 512, 539 N.E.2d 1069, 1078, 541 N.Y.S.2d 941, 950.

Gonzalez con Raich (2005): The Supreme Court of United States, 125 S. Ct. 2195, 2238.

Mujer, Informalidad y Seguridad Social ¿Una deuda pendiente?

Woman, Informality and Social Security an outstanding debt?

Catalina Martínez Carreño

Concepción, Chile.

Correo electrónico: cmartinezc@derecho.ucsc.cl. <https://orcid.org/0009-0004-4745-0292>

Jazmín Cifuentes Crisóstomo

Concepción, Chile.

Correo electrónico: jcrisostomo@derecho.ucsc.cl. <https://orcid.org/0009-0001-5195-9356>

Recibido el 20/11/2024

Aceptado el 09/05/2025

Publicado el 03/07/2025

http://doi.org/10.21703/issn2735_6337/2025.n46.04

RESUMEN: La Seguridad Social ha experimentado una importante evolución a lo largo del tiempo, consolidándose como una rama autónoma del Derecho, orientada a brindar cobertura frente a un número creciente de contingencias y riesgos sociales, lo que ha permitido ampliar progresivamente la protección de más personas. No obstante, persisten importantes desafíos en cuanto a la inclusión efectiva de las mujeres, quienes siguen enfrentando brechas significativas en el acceso a dicha protección. La informalidad y la precarización laboral afectan de manera desproporcionada a las trabajadoras, limitando su acceso real a los beneficios del sistema. En este contexto, la lucha por la igualdad de género y el reconocimiento pleno de los derechos de las mujeres constituye una tarea pendiente y esencial para alcanzar un verdadero Estado de bienestar y una sociedad más equitativa.

ABSTRACT: Social Security has undergone significant evolution over time, establishing itself as an autonomous branch of law aimed at providing coverage against an increasing number of social contingencies and risks, thereby progressively extending protection to a larger population. However, considerable challenges remain regarding the effective inclusion of women, who continue to face substantial gaps in accessing this protection. Labor informality and job precariousness disproportionately affect female workers, limiting their real access to the system's benefits. In this context, the struggle for gender equality and full recognition of women's rights remains an essential and pending task to achieve a true welfare state and a more equitable society.

PALABRAS CLAVE: Seguridad Social, mujer, informalidad, discriminación de género, flexibilidad laboral, precarización, derechos humanos.

KEY WORDS: Social security, woman, informality, gender discrimination, work flexibility, precarization, human rights.

I. INTRODUCCIÓN

La Seguridad Social, como rama autónoma del Derecho, es una disciplina relativamente reciente, cuyo mayor desarrollo se sitúa principalmente en el siglo XX, especialmente a partir de las reformas inspiradas en modelos como el bismarckiano y el beveridgeano,¹ y con respaldo de organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT),² “leyes sociales”,³ sin perjuicio de la existencia de antecedentes normativos previos que apuntaban a una incipiente protección social. Este origen reciente ha determinado que se trate de una materia en constante evolución, tanto desde la perspectiva doctrinaria como jurisprudencial y normativa.

El objeto central de la Seguridad Social es otorgar cobertura de ciertos riesgos y/o contingencias sociales.⁴ Actualmente, esta se encuentra consagrada en la Constitución Política de la República, en su artículo 19 N°18.⁵ Dicha consagración otorga un rol activo al Estado,⁶ el cual se explicita con mayor claridad en el inciso 3⁷ del mismo artículo, que señala la función específica encomendada.

De la lectura de la norma, es posible concluir que el sistema chileno de Seguridad Social se estructura sobre la base del principio de la universalidad y solidaridad, buscando proteger a toda la población⁸ y

¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2009), p. 1.

² Garantizada además en diversos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 2 declara: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (...)”; en su artículo 22 incorpora: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”; agrega en el artículo 25: “[1] Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. [2] La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”. Otro de los instrumentos internacionales donde encontramos la Seguridad Social consagrada y reconocida es en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales en su artículo 2.2 que declara: “Los Estados partes en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”; en su artículo 9 este Pacto consagra: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

³ ARELLANO (2015), p. 36.

⁴ LANATA (2015), p. 1.

⁵ El artículo 19 N°18 reza: “La Constitución asegura a todas las personas: N°18, El derecho a la Seguridad Social”.

⁶ BÁRCENAS (2023), p. 157.

⁷ El artículo 19 N°18 inciso 3 dice: “la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso a todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias”.

⁸ CIFUENTES (2018), p. 2.

dando la forma a la noción de un Estado de Bienestar.⁹ No obstante, como se expondrá a lo largo del presente trabajo, pese a su reconocimiento tanto a nivel nacional como internacional, dista aún de ser verdaderamente universal y solidario. Como se ha indicado, la finalidad de esta rama del Derecho es ofrecer cobertura y soluciones frente a contingencias sociales que pueden presentarse a lo largo de la vida, mediante mecanismos que, hasta ahora, han resultado insuficientes.¹⁰ Esta insuficiencia se hace especialmente evidente en el caso de las mujeres, quienes enfrentan múltiples contingencias y/o riesgos sociales a lo largo de su vida – como la maternidad, enfermedad o la vejez – y que, en muchos ámbitos, permanecen desprotegidas.

Una de estas contingencias se relaciona con la informalidad laboral. Desde la década de 1990, la participación femenina en el mercado laboral ha experimentado un aumento progresivo, no sólo en Chile, sino también en América Latina.¹¹ Sin embargo, tras la irrupción de la pandemia COVID-19, el aumento experimentado a lo largo de los años sufrió un retroceso significativo, profundizando y desencadenando la mayor crisis de los mercados laborales de América Latina y el Caribe desde 1950.¹²

A continuación, analizaremos la evolución de la incorporación de la mujer en el mercado laboral, las discriminaciones de género que ha debido enfrentar, las contingencias que la afectan –principalmente el desempleo y la informalidad laboral–, y los mecanismos de protección social existentes, así como su insuficiencia frente a las realidades actuales.

II. EL GÉNERO COMO CATEGORÍA ESTRUCTURAL DE DISCRIMINACIÓN

El concepto de género, tal como lo define la Organización Mundial de la Salud (OMS), hace referencia a los roles, comportamientos, actividades y atributos que una sociedad considera apropiados para hombres y mujeres. Este marco no es natural ni biológico, sino una construcción social que varía históricamente y entre culturas. Estos roles asignados han producido desigualdades que, lejos de ser anecdóticas, han estructurado de forma profunda y persistente las oportunidades y condiciones de vida, especialmente de las mujeres, en diversas esferas, incluida la laboral.¹³

La idea de que el género es una categoría relacional y estructural permite comprender que no se trata únicamente de un rasgo individual, sino de una lógica de organización social que define jerarquías, funciones y expectativas distintas entre hombres y mujeres. Podemos inferir de lo anterior, que el género es una construcción social, que determina el comportamiento que deben adoptar hombres y mujeres de una determinada sociedad, definiéndose a través de los estereotipos que la misma impo-

⁹ ARELLANO (2015), p. 29.

¹⁰ LANATA (2015), p. 5.

¹¹ DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS LABORALES, DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS SOCIALES, SUBDIRECCIÓN TÉCNICA (2015), p. 20.

¹² DIVISIÓN DE DESARROLLO SOCIAL DE LA COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (2024), p. 11.

¹³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2018).

ne de acuerdo con las actividades.¹⁴ Esto se traduce, por ejemplo, en la tradicional asignación de la mujer al ámbito doméstico y de cuidados no remunerados, mientras que al hombre se le ha vinculado históricamente con el espacio público y la provisión económica. Tales concepciones han impactado negativamente en la participación femenina en el mercado laboral, relegándola a ocupaciones de menor prestigio, con menores ingresos y mayor precariedad. Un claro ejemplo de esto es el de las “Kellys”¹⁵ en España.

En el contexto laboral, la discriminación de género se manifiesta de múltiples formas, no solo en la evidente brecha salarial,¹⁶ sino también en los obstáculos para acceder a empleos formales, en la subrepresentación en cargos de toma de decisiones, en las oportunidades y en la carga desigual de trabajo doméstico que recae principalmente en las mujeres,¹⁷ generando una división sexual del trabajo, asignando espacios y jerarquías, definiendo los quehaceres y actividades que hombres y mujeres deben desarrollar,¹⁸ lo que sin duda afecta sus posibilidades de productividad laboral.¹⁹ La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha sido enfática en señalar *“la discriminación puede ser directa o indirecta, y puede darse antes, durante y después de la relación laboral. Antes de la contratación se discrimina cuando se excluye del proceso de reclutamiento a candidatas mujeres o cuando se fijan requisitos que son irrelevantes para el trabajo en cuestión y que en general satisfacen más a los hombres (...). Durante la contratación, la discriminación se puede dar por salarios más bajos que los hombres que ocupan los mismos puestos, menores ascensos, mayores exigencias, menores oportunidades de capacitación y formación profesional, despido por embarazo e irrespeto al fuero de protección durante el embarazo y el periodo de lactancia, hostigamiento laboral, acoso sexual entre otros”*.²⁰ En lo que respecta a la discriminación durante la contratación, la manera más habitual que encontramos es en razón del salario, esta se da en toda clase de empleos.²¹

Es conocida la anécdota de la mujer rusa que trabajaba vestida de hombre durante muchos años sin que nadie notase que su labor desmereciese de la que realizaban sus compañeros. Al preguntarle por qué ocultaba su sexo, respondió: *“Porque pasando por hombre, con el mismo trabajo gano tres veces más”*.²²

¹⁴ DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS LABORALES, DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS SOCIALES, SUBDIRECCIÓN TÉCNICA (2015), p. 25.

¹⁵ En España tienen esta denominación las trabajadoras que se desempeñan en servicios de limpieza de hoteles y servicios de turismo y que se han organizado para exigir mejores condiciones de trabajo y derechos.

¹⁶ En el caso chileno, la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres por un mismo trabajo se encuentra regulada en el artículo 62 bis del Código del Trabajo, incorporado por Ley N°20.348, de 2009. No obstante, su implementación ha sido deficiente, y no ha tenido una adecuada implementación, ya que exige como requisito previo la denuncia ante el mismo empleador, lo que en la práctica desincentiva su utilización por parte de las trabajadoras. Esta barrera procedimental, sumada al temor a represalias o a la pérdida del empleo, ha contribuido a que las denuncias por este concepto no superen las cinco al año a nivel nacional.

¹⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2016), p. 3.

¹⁸ DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS LABORALES, DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS SOCIALES, SUBDIRECCIÓN TÉCNICA (2015), p. 26.

¹⁹ PINTO (2023), p. 7.

²⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (s.f).

²¹ PINTO (2023), p. 11.

²² BURGOS (2007), p. 139.

La OIT en la Conferencia Anual de 1951, aprobó el Convenio N°100,²³ el que se convierte en el primer instrumento de nivel internacional en regular la materia, y en su artículo 2 establece que “*Todo miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor*”. En Chile, históricamente se documentaron prácticas discriminatorias como la solicitud de embarazo o incluso pruebas de esterilización como requisitos de contratación.²⁴ A pesar de los avances normativos, estas prácticas siguen ocurriendo en contextos de informalidad o en empleos altamente precarizados. La Ley N°20.348, que incorpora el artículo 62 bis al Código del Trabajo,²⁵ establece expresamente el principio de igualdad de remuneraciones por trabajo de igual valor, y el artículo 154 n°13²⁶ exige su incorporación en los reglamentos internos de empresas.

Lo anterior sin duda son grandes avances, por tratarse de normativa que establece de manera expresa la obligación del empleador de cumplir con el principio de igualdad entre hombres y mujeres.²⁷ Sin embargo, la eficacia de estas disposiciones es limitada. En la práctica, es conocido que la aplicación de esta normativa depende en gran medida de la capacidad de fiscalización del Estado, de la conciencia de los empleadores, y de la posibilidad real de las trabajadoras de exigir el cumplimiento de sus derechos sin poner en riesgo su fuente laboral.

La desconexión entre norma y realidad es aún más grave en el contexto de la informalidad laboral, que afecta de manera desproporcionada a las mujeres. La falta de contrato, cotizaciones y cobertura de Seguridad Social implica que gran parte de estas trabajadoras se encuentran fuera del amparo del marco jurídico. Esta situación es particularmente preocupante en sectores como el trabajo doméstico, el comercio informal o los servicios personales, donde predomina la contratación verbal, la ausencia de licencias y la imposibilidad de hacer valer derechos básicos. En estos espacios el género no solo explica el tipo de actividad desarrollada, sino también el grado de invisibilidad, desprotección y vulnerabilidad en que se encuentran las trabajadoras.

Por lo tanto, el género no solo debe entenderse como una categoría de análisis, sino como una dimensión estructural de la desigualdad que atraviesa y condiciona el acceso de las mujeres al trabajo formal y a la seguridad social. Esta situación constituye una de las principales deudas del Estado chileno en materia de justicia social, especialmente si se considera que las brechas de género son sostenidas por una cultura organizacional, jurídica y económica que sigue validando la desigualdad como parte

²³ Convenio N°100, de 1951.

²⁴ PINTO (2023), p. 9.

²⁵ El artículo 62 bis inciso primero establece: “*El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad*”.

²⁶ El artículo 154 N°13 establece: “*El procedimiento a que se someterán los reclamos que se deduzcan por infracción al artículo 62 bis. En todo caso, el reclamo y la respuesta del empleador deberán constar por escrito y estar debidamente fundados. La respuesta del empleador deberá ser entregada dentro de un plazo no mayor a treinta días de efectuado el reclamo por parte del trabajador*”.

²⁷ PINTO (2023), p. 24.

del orden natural de las cosas. No basta con contar con leyes que consagren formalmente la igualdad si estas no se acompañan de mecanismos efectivos de fiscalización, sanciones proporcionales ante su incumplimiento, y políticas públicas que promuevan la corresponsabilidad, el empoderamiento económico femenino y la erradicación de estereotipos. En este sentido, la falta de un órgano fiscalizador autónomo con enfoque de género constituye una omisión crítica del sistema chileno. Mientras esta realidad persista, la promesa de equidad en el trabajo y acceso igualitario a la seguridad social seguirá siendo un ideal incumplido.

III. PRECARIZACIÓN LABORAL FEMENINA Y ACCESO DESIGUAL A LA SEGURIDAD SOCIAL

Podemos sostener que a pesar de significativos progresos en las últimas décadas en materia laboral y sobre todo de igualdad entre hombres y mujeres el mercado del trabajo sigue estando dividido por género, podemos observar que las mujeres continúan siendo las que se desarrollan en mayor número en el sector informal y también en labores de cuidado no remunerado, esto trae como consecuencia que las mujeres obtengan menos ingresos en relación a lo que perciben los hombres y por consiguiente sus pensiones sean mucho más bajas.

La OIT nos ha entregado un concepto de trabajo precario y que consiste en la *“relación laboral donde falta la seguridad de empleo, uno de los elementos principales del contrato de trabajo. Este término comprende el contrato temporal y el contrato a tiempo fijo, trabajo a domicilio y la subcontratación”*.²⁸ El autor Guerra ha entendido al empleo precario como *“Aquel empleo inestable e inseguro que realiza el trabajador asalariado, y que tiene en el tipo de contrato su factor más determinante”*.²⁹ En contraposición al trabajo precario encontramos lo que se denomina trabajo decente y que entendemos como *“oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana”*.³⁰

De las definiciones recientemente analizadas podemos extraer que en términos generales la precariedad laboral se encuentra relacionada con trabajos a los que les faltan algunos de los elementos que normalmente están asociados a un trabajo bajo subordinación y dependencia principalmente relacionados a derechos protectores, como situaciones laborales disminuida, trabajo inestable y temporal, malas condiciones laborales, mal remunerados, etc.³¹

En el ámbito europeo la brecha salarial de género se situó en el 12,7% en el año 2021, lo que significa que las mujeres ganan un 13,0% menos por hora que los hombres. En cuanto a la brecha de género en el empleo esta se situó en un 10,7% en el año 2022, con un 69,3% de mujeres empleadas en toda la

²⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1998).

²⁹ GUERRA (1994).

³⁰ ANKER ET AL (2003), p. 166.

³¹ RODRIGO (2024), p. 83.

Unión Europea, en comparación a un 80% de hombres empleados.³² En el año 2023 la tasa de empleo de las mujeres en edad laboral³³ de la Unión Europea fue del 70,2%, en comparación con el 80,4% de hombres empleados en edad laboral, siendo superadas en un 10,2%.³⁴

Podemos observar que esta brecha salarial en el ámbito europeo corresponde a un concepto mucho más amplio que el de discriminación de salario, entre las desigualdades a las que las mujeres se ven enfrentadas comúnmente podemos encontrar las que se refieren al acceso al empleo y la evolución profesional, con alrededor de un 24% de la brecha salarial relacionada con los sectores de cuidado, salud y educación, empleos que comúnmente se les ha catalogado de femeninos y que suelen estar infravalorados, así ha quedado demostrado que las mujeres tienden a trabajar más horas semanales que los hombres, pero también dedican más horas al trabajo no remunerado, lo que puede afectar significativamente su evolución en el trabajo.

Entre los propios países de la Unión Europea existen diferencias notables en cuanto a brecha salarial se refiere entre países como Luxemburgo, Rumanía, Eslovenia, Polonia, Bélgica e Italia varía entre menos del 5%, y en Hungría, Alemania, Austria y Estonia esta brecha varía a más del 17%.³⁵

Un ejemplo claro de precarización laboral en España son las camareras de piso de hoteles, quienes se encuentran sujetas a contratos temporales y a tiempo parcial, sin una relación estable por tiempo indefinido.³⁶ Se ha dicho que un 42,63% de las mujeres en este rubro trabaja a tiempo parcial y un 35,34% lo hace por medio de contratos temporales.³⁷

Como señala Grau y Pineda *“La ‘precarización leonina’ alcanzada por este colectivo ha agravado la situación de debilidad y vulnerabilidad, con riesgo de discriminación múltiple e interseccional, como condiciones laborales que se hacen depender del precio y de las cláusulas incorporadas al contrato mercantil que sustenta la contrata. La posición de las camareras de piso externalizadas queda, a su vez, enormemente debilitada por un sistema legal de negociación colectiva que desde la reforma laboral de 2012 y hasta el RD-L 32/2021 ha facilitado la fijación de los salarios en convenios colectivos de empresa, ampliamente utilizados por las empresas de multiservicios para huir del convenio del sector e imponer sus propias condiciones de trabajo a la baja”*.³⁸

Sin perjuicio de lo expuesto, en este último tiempo en España se ha producido un avance para alcanzar niveles razonables en materia de conciliación de la vida familiar y reducir así la brecha entre hombres y mujeres en el acceso y desarrollo de un empleo decente y protegido, ejemplo de esto son la

³² COMISIÓN EUROPEA (2022).

³³ Se considera edad laboral desde los 20 a los 64 años.

³⁴ EUROSTAT (2024), p. 4.

³⁵ Estos datos fueron obtenidos de la página web de Comisión Europea, un sitio web oficial de la Unión Europea.

³⁶ MONEREO (2016).

³⁷ GRAU y MERINO (2022), p. 144.

³⁸ GRAU y MERINO (2022), p. 145.

aprobación del RD Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral modificando el artículo 37 ET y la Ley 23/2013 consecuencia de la Ley 27/2011, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.³⁹

En América Latina, uno de los factores determinantes en la precariedad laboral es el contexto de pobreza de su población, incrementado por la informalidad y la subcontratación. Según datos de la Organización Internacional del Trabajo alrededor del 50% de los trabajadores hombres y mujeres se encuentran en el sector informal, careciendo principalmente de acceso a Seguridad Social.⁴⁰

A pesar de lo anterior, según datos de la CEPAL en los últimos 30 años la fuerza laboral aumentó de un 59,3% a un 64,4% en la mayoría de los países, este aumento se debe básicamente a la inserción de la mujer en el mercado laboral promediando un 53,3% en el año 2022, permitiendo una leve disminución de brechas, mejorando el acceso de las mujeres a las actividades laborales remuneradas teniendo un impacto positivo en los países de la región refrescando la dinámica del mercado laboral.

A pesar de este incremento de participación en el mercado laboral de las mujeres en los países de América Latina existen aún brechas persistentes dejando a mujeres jóvenes y adultas en edad de trabajar que no forman parte de la fuerza laboral y/o que realizan trabajos no remunerados, principalmente señalan estar enfocadas en sus estudios y a cuidados del hogar dedicando mayor distribución horaria a asumir estos roles, reduciendo el tiempo dedicado al trabajo remunerado.⁴¹ Persistiendo una crisis en cámara lenta, que se puede verificar en variados indicadores laborales.⁴²⁻⁴³

Lo desarrollado anteriormente se ha intentado revertir mediante políticas públicas fortaleciendo la formalización del empleo y la inspección laboral, además del incremento del salario mínimo en varias regiones de América Latina y garantizando la expansión de la Seguridad Social, sin embargo, estas medidas han sido insuficientes y desigualmente aplicadas a los países de la región.⁴⁴

En Chile, la participación de las mujeres en el mercado laboral ha crecido sostenidamente en las últimas décadas, alcanzando un 52,8% en 2025, según el Instituto Nacional de Estadísticas (INE).⁴⁵ Sin embargo, aunque ha habido avances en la incorporación de las mujeres al mercado laboral, este aumento no ha estado acompañado por una mejora en la calidad del empleo. Por el contrario, una

³⁹ Para un abordaje más detallado de la materia véase GRAU y RODRÍGUEZ (2015), pp. 148 y 149.

⁴⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2023).

⁴¹ GONTERO y VEZZA (2023), pp. 7-10.

⁴² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2023), p. 14.

⁴³ De acuerdo a cifras entregadas por la CEPAL en el informe de 2023 la tasa de crecimiento de personas ocupadas en el período 2014 a 2023 fue de solo un 1,26% siendo casi la mitad del 3,2% registrado en la década de 1980, esta tendencia se vio profundizada con la pandemia Covid-19 y desencadenó la mayor crisis de los mercados laborales de América Latina y el Caribe desde el año 1950.

⁴⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2018).

⁴⁵ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2025), p. 2.

proporción importante de mujeres se encuentra inserta en condiciones laborales precarias,⁴⁶ lo que se traduce en una serie de vulneraciones sistemáticas a sus derechos laborales y de Seguridad Social. Esta precarización laboral se manifiesta no solo por la inestabilidad contractual y bajos salarios,⁴⁷ sino también en una ausencia de protección social y limitadas posibilidades de desarrollo profesional.

La precariedad laboral femenina en Chile tiene raíces estructurales.⁴⁸ Las mujeres se concentran mayormente en sectores históricamente feminizados⁴⁹ como el comercio, la salud, el trabajo doméstico y los servicios personales– los cuales presentan, en general, menores niveles de trabajo formal y estabilidad laboral. Además, ocupan principalmente puestos de baja calificación o cargos subordinados, lo que se traduce en menores ingresos⁵⁰ y una limitada cotización. Así según datos de la Superintendencia de Pensiones (2024), las mujeres cotizaron en promedio un 45,1%,⁵¹⁻⁵² un porcentaje significativamente menor que los hombres, ello no solo por brechas salariales, sino por interrupciones en su vida laboral relacionadas con tareas relacionadas a la maternidad y de cuidado de la familia,⁵³ muchas veces impuestas por una distribución desigual del trabajo reproductivo.

Estas condiciones se vieron agravadas durante la crisis sanitaria por COVID-19.⁵⁴ Según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe Chile experimentó un retroceso de más de diez años en materia de inserción laboral femenina, siendo las mujeres las más afectadas por la destrucción de empleos y el aumento de trabajo informal o independiente precario.⁵⁵ Muchas de ellas, al retornar al mercado laboral, lo hicieron en empleos más inestables, sin contrato ni protección social, y con ingresos incluso inferiores al salario mínimo.⁵⁶ Esta regresión no fue casual: obedeció a una estructura económica y social que sigue colocando el peso de cuidado y la reproducción de la vida sobre hombros femeninos.

En este contexto, la precarización laboral no solo afecta las condiciones de trabajo, sino que tiene

⁴⁶ ROSALES (2019), p. 3.

⁴⁷ BORDERÍAS y MARTINI (2023).

⁴⁸ El modelo de familia tradicional, que asigna a la mujer el rol de cuidadoras y responsables del hogar, restringe sus oportunidades laborales, afectando tanto su inserción como su permanencia y proyección en empleos de calidad. Autoras como Silvia Federici o Nancy Fraser han argumentado que el trabajo doméstico y de cuidado son esenciales para la economía, pero históricamente ha sido invisibilizado y no remunerado. Es así, que feministas estructuralistas han sostenido que el modelo económico capitalista se sostiene en parte en el trabajo reproductivo no remunerado de las mujeres, lo que perpetúa su desigual posición en el mercado laboral.

⁴⁹ SERNAM (2014), p. 10.

⁵⁰ OCEC UDP y CHILEMUJERES (2022), p. 6.

⁵¹ SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES (2024), p. 21.

⁵² En comparación con los hombres que es de 51,0%, lo que representa una brecha de -5,9 puntos porcentuales. Además, las mujeres tienden a concentrarse en los tramos de densidad de cotización más bajos, lo que afecta directamente el monto de sus pensiones futuras.

⁵³ REDMAD (2021), p. 4.

⁵⁴ VELASCO (2022).

⁵⁵ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (2021).

⁵⁶ CASTILLO (2021).

implicancias directas y a largo plazo sobre el acceso a la Seguridad Social.⁵⁷ El sistema previsional chileno, de carácter mayoritariamente contributivo,⁵⁸ está diseñado bajo una lógica de una trayectoria laboral continua, formal y asalariada.⁵⁹ Esta lógica excluiría de facto a mujeres⁶⁰ que trabajan en condiciones precarias, intermitentes o independientes sin regularización, lo que significaría lagunas previsionales, pensiones mínimas o ausencia total de cobertura en la vejez.⁶¹ Según la Superintendencia de Pensiones en Chile existe una brecha significativa en los montos de pensiones entre hombres y mujeres, específicamente, la mediana de monto de pensión de mujeres se estimó en \$314.441, mientras que la de los hombres fue de \$393.838, lo que presenta una brecha de -20,2%,⁶² lo anterior, refleja no solo desigualdad en el mercado de trabajo, sino también en el diseño del sistema de protección social.

A pesar de la existencia de normativas que promueven la igualdad de género en el ámbito laboral,⁶³ la implementación efectiva de estas leyes ha sido limitada. La fiscalización insuficiente junto con la falta de mecanismos con enfoque de género y la ausencia de política para transformar estructuralmente el sistema laboral y previsional han contribuido a la persistencia de estas brechas preexistentes. En este contexto, se vuelve urgente avanzar hacia una protección social que no dependa exclusivamente del empleo formal y que considere las trayectorias laborales diferenciadas de las mujeres, incorporando medidas que promuevan empleos de calidad y reconocimiento del trabajo de cuidado.

Además, la “feminización de la pobreza”⁶⁴ es un fenómeno estrechamente vinculado a la precarización laboral. Como señala Julieta Kirkwood, pionera del feminismo chileno, el sistema reproduce una triple subordinación de las mujeres: en el hogar, en el mercado laboral y frente al Estado.⁶⁵⁻⁶⁶ La persistencia de un sistema económico valorado únicamente en el trabajo productivo y que relega a la invisibilidad

⁵⁷ No hay que olvidar que la Seguridad Social es una garantía básica en el entorno laboral.

⁵⁸ CIFUENTES (2018), pp. 5 y 6.

⁵⁹ Como señala CRESPO (2020), el sistema de pensiones actual reproduce inquietudes de género. En la misma línea, FUNDACIÓN SOL (2020), pp. 25 y 30, advierte que el modelo se basa en una trayectoria formal y continua que no refleja la realidad de la mayoría de los trabajadores chilenos.

⁶⁰ La lógica contributiva del sistema de Seguridad Social deja fuera a un amplio sector de mujeres que, aun trabajando, no logran cumplir con los requisitos formales para acceder a sus beneficios.

⁶¹ Factores como la alta rotación, los bajos ingresos y la discontinuidad laboral impiden que muchas mujeres puedan cotizar regularmente y, por ende, acceder a prestaciones adecuadas en caso de maternidad, enfermedad o jubilación.

⁶² SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES (2025).

⁶³ Como el Código del Trabajo, la Ley de Igualdad Salarial (Ley N°20.348) y la incorporación de estándares internacionales como el Convenio 156 de la OIT sobre la igualdad de oportunidades y trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares.

⁶⁴ El término “feminización de la pobreza” fue acuñado por la socióloga Diana Pearce en 1978 en su influyente trabajo investigativo “The Feminization of Poverty: Women, Work and Welfare”. Este concepto surgió a partir de sus investigaciones sobre la creciente proporción de mujeres -como jefas de hogar- entre la población pobre en Estados Unidos.

⁶⁵ KIRKWOOD (1987), pp. 15-40.

⁶⁶ Julieta Kirkwood profundiza en cómo las mujeres enfrentan una subordinación estructural en tres dimensiones interrelacionadas: Subordinación en el ámbito privado, reflejada en relaciones de familia y domésticas, donde mujeres asumen roles tradicionales de cuidado y reproducción sin reconocimiento; Subordinación en el ámbito público, en donde existe una evidente exclusión de las mujeres en espacios de poder, decisión política y participación ciudadana; y Subordinación simbólica y cultural, manifestada en la construcción de imaginarios sociales que naturalizan la inferioridad femenina y refuerzan estereotipos de género.

el trabajo reproductivo,⁶⁷ refuerza la precariedad y excluye a las mujeres de derechos fundamentales. Es por ello que, las políticas públicas, deben ir más allá de la promoción del empleo femenino y apuntar hacia la construcción de condiciones laborales dignas, estables y protegidas.

La precarización laboral femenina en Chile no es sólo un fenómeno económico, sino una manifestación de desigualdades estructurales de género. Esta realidad evidencia la “*deuda pendiente*” que persiste en materia de Seguridad Social para las mujeres en Chile, la cual afecta de forma directa el acceso de las mujeres a la Seguridad Social, perpetúa la desigualdad en la vejez y vulnera derechos fundamentales. Superar esta situación requiere un cambio profundo en el diseño de las políticas laborales y de protección social. Es importante avanzar hacia un sistema que reconozca diversidad de trayectorias laborales, valore el trabajo de cuidado, y asegure condiciones de trabajo decente para todas las personas, sin distinción de género ni tipo de ocupación. Esto implica, entre otras medidas, reformar el sistema previsional con enfoque de género, fortalecer la fiscalización del trabajo informal y precario, e implementar políticas activas de empleo que promuevan la formalización, la equidad salarial y la conciliación de la vida laboral y familiar.

De lo expuesto podemos extraer que la precariedad laboral genera un impacto directo y negativo sobre el sistema de Seguridad Social no tan solo a nivel nacional sino que a nivel internacional, especialmente en un régimen contributivo⁶⁸ donde el acceso a las prestaciones depende del empleo formal, provocando un aumento de la desigualdad y generando peores condiciones de vida y a largo plazo una desprotección a la vejez principalmente a la mujer la que debe soportar etapas laborales interrumpidas por los diversos factores entre los cuales principalmente se encuentran los generados por maternidad, crianza de los hijos.

IV. CONCLUSIONES

La normativa vigente en materia de Seguridad Social y derechos laborales aún refleja una perspectiva tradicional y desactualizada, que considera al hombre principalmente como trabajador y a la mujer como cuidadora. Esta visión sesgada se manifiesta en la persistente desigualdad salarial, en la disparidad de los permisos postnatales (seis meses para la mujer frente a solo cinco días para el hombre), en la exigencia de sala cuna solo para empresas con más de veinte trabajadoras y en la diferencia de edad de jubilación, que estigmatiza a la mujer como un riesgo para el sistema previsional.

Si bien la legislación incorpora disposiciones protectoras, su eficacia se ve limitada por la ausencia de un ente fiscalizador autónomo dotado de una perspectiva de género. Esta falta de supervisión especializada contribuye a la precarización del trabajo femenino y reduce el acceso de las mujeres a una protección social adecuada y a beneficios previsionales dignos. El problema no solo radica en la existencia de organismos fiscalizadores eficaces, sino también en la carencia de medidas concretas

⁶⁷ Como el cuidado de hijos, enfermos o personas mayores.

⁶⁸ El sistema contributivo es aquel en que se vinculan las contribuciones realizadas por las personas (empleadas y empleadores) a lo largo de su vida activa en el mercado laboral con el acceso a las prestaciones, tanto para el titular como para sus beneficiarios.

para la implementación y cumplimiento efectivos de la normativa vigente.

Las soluciones actuales resultan parciales y temporales, incapaces de erradicar las brechas de género persistentes. La lenta evolución cultural en Chile, junto a una baja tasa de sindicalización y la limitada capacidad de incidencia de los sindicatos, obstaculizan que estos puedan suplir las deficiencias legales mediante negociación colectiva, ya que por esa vía podría regularse algunos aspectos olvidados por la ley.

Hay una necesidad urgente de incorporar un enfoque de género en el diseño y aplicación de políticas laborales y de seguridad social. La informalidad y la precarización no son fenómenos neutrales; reproducen y profundizan dinámicas patriarcales que afectan la autonomía económica y el desarrollo profesional de las mujeres, dificultando su reinserción tras cesantías o periodos dedicados al cuidado del hogar. La ausencia de un ente fiscalizador robusto y con perspectiva de género dificulta el cumplimiento y supervisión de estas normas, perpetuando una desigualdad estructural que se refleja en brechas salariales, interrupciones en la carrera laboral y menor acumulación de cotizaciones previsionales.

Frente a este escenario, no basta con establecer normativas en el papel, es imprescindible promover la creación y fortalecimiento de programas integrales que generen alianzas multisectoriales y contribuyan a la producción de conocimiento enfocado en la equidad laboral de género. Estos esfuerzos deben incluir procesos de gestión laboral que fomenten la autonomía de las mujeres en la búsqueda de empleo y brinden acompañamiento especializado para su inserción y permanencia en sectores tradicionalmente masculinizados. El acceso a herramientas formativas y el apoyo de especialistas de equidad de género son fundamentales para reducir las desigualdades y construir un sistema de Seguridad Social y Laboral verdaderamente digno.

En definitiva, avanzar hacia la igualdad real requiere no solo reformas normativas, sino también un compromiso decidido con la fiscalización efectiva, la transformación cultural y la creación de espacios de apoyo que reconozcan y respondan a las particularidades y necesidades de las mujeres trabajadoras. Solo así se podrá avanzar hacia un Estado de bienestar que reconozca y proteja plenamente los derechos de todas las personas, independientemente de su género o condición laboral.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

ANKER, Richard; CHERNYSHEV, Igor; EGGER, Philippe; MEHRAN, Farhad; y RITTER, Joseph (2003): “La medición del trabajo decente con indicadores estadísticos”, en: *Revista Internacional del Trabajo* (vol. 122 núm. 2).

ARELLANO ORTIZ, Pablo (2015): *Lecciones de Seguridad Social* (Santiago, Librotecnia).

BÁRCENAS VIDAL, Jéssica (2023): “Discusiones respecto al derecho a la seguridad social en Chile: configuración constitucional y deberes actuales”, en: *Revista semestral de Estudios Constitucionales de*

- Chile (núm. especial).
- BORDERÍAS MONDEJAR, Cristina y MARTINI, Manuela (2023): “En las fronteras de la precariedad. Trabajo femenino y estrategias de subsistencia (XVIII-XXI)”, en: *Conversación sobre Historia*. Disponible en: <https://conversacionsobrehistoria.info/2023/10/14/en-las-fronteras-de-la-precariedad-trabajo-femenino-y-estrategias-de-subsistencia-xviii-xxi/> [fecha de visita 30 de mayo de 2025].
- BURGOS SEGUÍ, Carmen (2007): *La mujer moderna y sus derechos* (Madrid, Editorial Biblioteca Nueva).
- CASTILLO CHAUD, Isadora (2021): “Trabajadoras somos todas: situación laboral de las mujeres en Chile”, en: *Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres*. Disponible en: <http://www.nomasviolencia-contramujeres.cl/trabajadoras-somos-todas-situacion-laboral-de-las-mujeres-en-chile/> [fecha de visita 25 de mayo de 2025].
- CIFUENTES LILLO, Hugo (2018): *El Sistema de Seguridad Social Chileno. Descripción y aspectos generales* (Santiago, Ediciones UC).
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (2001): *Panorama social de América Latina* (Santiago, Naciones Unidas).
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (2021): “La pandemia del COVID-19 generó un retroceso de más de una década en los niveles de participación laboral de las mujeres en la región”. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/comunicados/la-pandemia-covid-19-genero-un-retroceso-mas-decada-niveles-participacion-laboral> [fecha de visita 30 de mayo de 2025].
- CRESPO AMIGO, Jacqueline (2020): “El actual sistema de pensiones como mecanismo reproductor de la inequidad de género en la vejez”, en: *Pensamiento y Acción Interdisciplinaria* (vol. 6 núm. 1).
- DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS LABORALES, DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS SOCIALES, SUBDIRECCIÓN TÉCNICA (2015): *Mujeres en Chile y Mercado de Trabajo. Participación laboral femenina y brechas salariales* (Santiago, Instituto Nacional de Estadísticas).
- DIVISIÓN DE DESARROLLO SOCIAL DE LA COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA Y EL CARIBE (2024): *Panorama Social de América Latina y el Caribe 2023* (Santiago, Naciones Unidas).
- ESTADÍSTICAS EUROPEAS (2025): “Gender statics”, en: *Comisión Europea*. Disponible en: <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/SEPDF/cache/22925.pdf>
- FUNDACIÓN SOL (2020): “Derribando mitos sobre los sistemas de reparto: ¿Fondos de pensiones para la seguridad social o los mercados financieros?”. Disponible en: https://fundacionsol.cl/cl_luzit_herramientas/static/adjuntos/6115/Libro%20Derribando%20Mitos%20sobre%20los%20Sistemas%20de%20Reparto.pdf [fecha de visita 5 de junio de 2025].
- GONTERA, Sonia y VEZZA, Evelyn (2023): *Participación laboral de las mujeres en América Latina. Contribución al crecimiento económico y factores determinantes* (Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe).
- GRAU PINEDA, Carmen y MERINO SEGOVIA, Amparo (2022): “Las kellys y la feminización de la precariedad”, en: *Documentación laboral* (vol. I núm. 125).
- GRAU PINEDA, Carmen y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Sarai (2015): “El impacto de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en el ordenamiento de la Seguridad Social: Análisis de las principales medidas para compensar la brecha de género en el sistema de pensiones”, en: *Documentación Laboral* (vol. I núm. 103)
- GUERRA, Pablo (1994): “La precarización del empleo: algunas conclusiones y un intento de operacionización”, en: *El empleo precario y el empleo atípico; revisión bibliográfica y propuestas para el debate* (Santiago, Programa de Economía del Trabajo).

- KIRKWOOD BAÑADOS, Julieta (1987): *Feminarios* (Santiago, Documentas).
- LANATA FUENZALIDA, Gabriela (2015): *Manual de Legislación Previsional*, 2ª edición (Santiago, Thomson Reuters).
- MONEREO PÉREZ, José (2016): “La garantía de los derechos de los trabajadores en la subcontratación empresarial”, en: *Derecho de las relaciones laborales* (núm. 2).
- NACIONES UNIDAS (2018): *La Agenda 2023 y los objetivos de desarrollo sostenible. Una oportunidad para América Latina y el Caribe* (Santiago, CEPAL).
- OCEC UDP Y CHILEMUJERES (2022): “Zoom de Género n°5 - Agosto 2022”. Disponible en: <https://ocec.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2022/08/Zoom-de-Género-No5-Agosto-2022-2.pdf> [fecha de visita 30 de mayo de 2025].
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1998): “La medición del subempleo”, en: *Informe I. Decimosexta Conferencia Internacional de estadísticos del Trabajo* (Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2009): “De Bismarck a Beveridge: seguridad social para todos (Ginebra)”. Disponible en: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40dgreports/%40dcomm/documents/publication/wcms_122242.pdf [fecha de visita 22 de mayo 2025].
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2011): “Discriminación de las mujeres en el trabajo y jurisprudencia”. Disponible en: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.ilo.org/es/media/344171/download&ved=2ahUKEwjMOJDHiPqIAxWcppUCHQxlGRcQFnoECBQQAQ&usg=AOvVaw2JTK_coInsiiX9VdKbMDNU [fecha de visita 25 de septiembre 2024].
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2016): *Las mujeres en el trabajo* (Ginebra, Organización Internacional del Trabajo).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2023): *Panorama Social de América Latina y el Caribe* (Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (s.f): “Discriminación de las mujeres en el trabajo y jurisprudencia”. Disponible en: <https://www.ilo.org/es/publications/discriminacion-laboral-de-las-mujeres-y-jurisprudencia>
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2018): “Género y salud”. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/gender> [fecha de visita 15 de septiembre 2024].
- PINTO SARMIENTO, Yenny (2023): *Mujer, seguridad social y los desafíos del derecho del trabajo* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- REDMAD (2021): “Estudio flexibilidad laboral y género: Chile – España”. Disponible en: <https://redmad.cl/wp-content/uploads/2021/06/Reporte-Flex-Laboral-Chile-Espana.pdf>.
- RODRIGO SILVA, Claudia (2024): “Precariedad laboral y derecho del trabajo: una aproximación a los elementos jurídicos de la precariedad”, en: *Revista Ius et Praxis* (año 30 núm. 2).
- ROSALES, Josefina (2019): *Desigualdad de género y precarización laboral. Una aproximación desde América Latina* (Buenos Aires, XIII Jornadas de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires). Disponible en: <https://cdsa.academica.org/000-023/137.pdf> [fecha de visita 29 de mayo de 2025].
- SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER (2014): “Serie de estudios servicio nacional de la Mujer. Estructura de Res-tricciones a la Participación Laboral y a la Autonomía Económica de las Mujeres: Estudio orientado

a Mejorar las Políticas de Equidad de Género”. Disponible en: https://minmujeryeg.gob.cl/doc/estudios/SERNAM-2014-Estructura-de-restricciones-a-la-participación-laboral-y-a-la-autonomía-económica-de-las-mujeres.pdf?utm_source [fecha de visita 30 de mayo de 2025].

VELASCO, Juan (2022): “Mujer y trabajo en Chile: El desafío de reconstruir mejor tras la crisis” en: *Organización Internacional del Trabajo (OIT)*. Disponible en: <https://www.ilo.org/es/resource/article/mujer-y-trabajo-en-chile-el-desafio-de-reconstruir-mejor-tras-la-crisis#:~:text=Junto%20con%20la%20destrucción%20del,observado%20en%20el%20año%202012> [fecha de visita 24 de mayo de 2025].

Normas citadas

Constitución Política de la República de Chile, de 2005.

Código del Trabajo de Chile, de 2002.

Convenio N°100, sobre igualdad de remuneración Organización Internacional del Trabajo, de 29 de Junio de 1951.

Documentos citados

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2025): Boletín Estadístico: Empleo trimestral, edición n°319 (Santiago, INE). Disponible en: <https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/ocupacion-y-desocupacion/boletines/2025/nacional/ene-nacional-319.pdf> [fecha de visita 30 de mayo de 2025].

SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES (2025): Artículo 15819. Disponible en: https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/w3-article-15819.html?utm_source [fecha de visita 24 de mayo de 2025].

SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES (2024): *Informe de Género sobre el Sistema de Pensiones y Seguro de Cesantía*. Disponible en: https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/articles-16155_recurso_1.pdf [fecha de visita 23 de mayo de 2025].

COMISIÓN EUROPEA (2022): “The gender pay gap situation in the EU”. Disponible en: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/equal-pay/gender-pay-gap-situation-eu_en

La muerte de Daenerys Targaryen: ¿un caso de femicidio? reflexiones a la espera de vientos de invierno*

The death of Daenerys Targaryen: a femicide? thoughts while waiting for winter winds

Angélica Torres Figueroa

Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.

correo electrónico: angelica.torres@mail.udp.cl. <https://orcid.org/0000-0002-4492-0445>

Recibido el 31/03/2025

Aceptado el 17/06/2025

Publicado el 23/07/2025

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2025.n46.05>

RESUMEN: ¿Es la conducta de Jon Snow, consistente en dar muerte a su tía y amante, Daenerys Targaryen, un femicidio? De ser así, ¿se trataría de un femicidio íntimo restringido, femicidio íntimo ampliado o femicidio por razones de género? El artículo busca poner de manifiesto algunas complejidades interpretativas del tipo penal de femicidio, que podrían incidir en la calificación jurídica del caso ficticio que se analiza.

PALABRAS CLAVE: Femicidio íntimo, femicidio por razones de género.

ABSTRACT: Is Jon Snow's conduct of killing his aunt and lover, Daenerys Targaryen, a femicide? If so, would it be restricted intimate femicide, extended intimate femicide, or gender-based femicide? The article highlights some interpretative complexities surrounding femicide, which affect the legal classification of the fictitious case analyzed.

KEYWORDS: Intimate femicide, gender-based femicide.

* Este trabajo fue presentado en el Tercer Encuentro Internacional sobre Cine, Series y Derecho, organizado por la Universidad de Chile, desarrollado los días 02 y 03 de diciembre de 2021. El programa de dicha actividad se puede encontrar en el siguiente enlace: https://derecho.uchile.cl/dam/jcr:42a46a52-4c60-4014-9ab8-010bff7d8b0c/programa_3_encuentro_cine_series_derecho.pdf

I. INTRODUCCIÓN

En las siguientes páginas, se busca analizar la conducta desplegada por Jon Snow en el último capítulo de la serie del canal HBO “*Game of Thrones*” (GOT o Juego de Tronos), revisando dicha conducta a la luz de la legislación chilena, observando que existen algunas dificultades interpretativas para determinar si se está en presencia de un delito de femicidio, en particular, un femicidio íntimo, restringido o ampliado, o por razones de género.

- “Un momento. ¿Es acaso esto un artículo académico?”
- Sí, lo es. A esto me dedico, a escribir artículos académicos.
- Pues si es así, me largo. Adiós.
- ¡Espera! Podemos comenzar de nuevo”.

Daenerys Targaryen, “*la primera de su nombre, reina de Meeren, reina de los ándalos, los rhoynar y los primeros hombres, señora de los Siete Reinos, Protectora del Reino, khaleesi del gran mar de hierba, apodada Daenerys de la Tormenta, la que no arde, madre de dragones*”¹ vio cómo se desvanecían sus sueños de romper la rueda y gobernar los Siete Reinos, al tiempo que se esfumaba su vida a manos de Jon Snow, otrora su amado, a la vez que sobrino, “*bastardo de Invernalía, lord comandante número novecientos noventa y ocho de la Guardia de la Noche*”² Impávido, Drogon contempla la escena para luego incinerar el Trono de Hierro, en una mezcla de ira y fuego. Todo ha terminado.

II. LA CONDUCTA DE JON SNOW

En concreto, la conducta de Jon Snow consistió en “*matar a otro*”, o más bien, “*matar a otra*”. La particularidad es que esa “*otra*” era su tía,³ con quien además mantenía una relación sentimental, y quien sin lugar a duda sería la reina de los Siete Reinos, luego de haber derrotado a todos sus enemigos y enemigas en una sangrienta batalla. La conducta es ejecutada tras un breve diálogo, en el que Snow le pide explicaciones de su proceder -el que incluyó la ejecución de prisioneros y la quema de niños inocentes bajo el fuego de Drogon, su hijo dragón-, rogándole misericordia para sus enemigos. Dany se niega a ello, argumentando que ella sabe lo que es bueno para el mundo e invitándolo a gobernar junto a ella. Luego de un incómodo silencio, Jon se acerca y exclama “*eres mi reina, hoy y siempre*”, para luego crear una atmósfera de romanticismo, tomando a Daenerys en sus brazos y besándola apasionadamente. En ese contexto, la música romántica se confunde con el sonido traicionero del filo de la daga, la que otras veces fue usada para luchar contra salvajes o caminantes blancos, y que ahora yacía en el corazón de la madre de dragones. Finalmente, *khaleesi* se desvanece en los brazos de Jon, con una expresión de incredulidad en su rostro.⁴

¹ MARTIN (2013), p. 406.

² MARTIN (2013), p. 395.

³ Es necesario tener presente que en realidad Jon Snow no es hijo ilegítimo de Eddard Stark, sino hijo legítimo de Rhaegar Targaryen y Lyanna Stark, lo que lo transforma en sobrino de Daenerys.

⁴ Es posible revivir esta escena en: <https://www.youtube.com/watch?v=SulDekBBG9g&t=323s>.

- “Yo creo que Jon Snow actuó de esa forma para salvar al reino de la locura de Daenerys
- ¿Ah sí? ¿Y en qué te basas para afirmar aquello?
- Pues basta con ver la mirada de Daenerys para entender que gobernaría de la misma forma que su padre, el “Rey Loco”.⁵
- Mmm. ¿Eso quiere decir que tú te basarías en la mirada de alguien para determinar que esa persona está loca -y que esa locura, además, es hereditaria-, y proceder a matarla “en defensa del reino”?
- No me malinterpretes. Llevas el argumento al absurdo.
- Sólo intento verificar que entendí tu afirmación. Y que puedo llegar a entender las razones que llevaron a Snow a actuar de esa forma, ya que eso será clave para el análisis jurídico. Pero no nos desconcentremos del eje central de este asunto. Permíteme avanzar y revisemos si el tipo penal de femicidio es aplicable a este caso”.

III. SOBRE LA POSIBILIDAD DE CALIFICAR LOS HECHOS COMO FEMICIDIO

A. Algunas consideraciones sobre la regulación del delito de femicidio en Chile

Hasta el año 2010, el Código Penal chileno no tipificaba el delito de femicidio. Por lo tanto, si una mujer moría a manos de un hombre, la conducta podía calificarse jurídicamente como homicidio simple o calificado, dependiendo de las circunstancias del caso, o de parricidio, de acuerdo con el artículo 390, en virtud del cual, si un hombre mataba a su actual cónyuge o conviviente, podía ser sancionado como parricida. Sin embargo, se hacía notar la insuficiencia de esta regulación y la preocupación “por conductas violentas contra la mujer, especialmente cuando tienen lugar dentro de la familia. Allí, la relación de familiaridad, confianza y ‘amor’ entre víctima y victimario tiende a agravar la situación de agresión”,⁶ pero “no se prevé una mayor pena para la muerte de la mujer víctima de su pareja ni se contemplan supuestos específicos en los que la mujer es víctima”.⁷

En ese contexto, la Ley N°20.480 de 2010 introdujo una serie de modificaciones al Código Penal,⁸ siendo relevante a efectos de este análisis aquellas que recayeron en el referido artículo 390, ampliando los sujetos de este delito a los ex cónyuges y ex convivientes, toda vez que el inciso primero del artículo 390 se reemplaza la expresión “a su cónyuge o conviviente” por “a quienes o ha sido su cónyuge o su conviviente”.⁹ Por otra parte, se agrega un inciso segundo que establece: “Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o conviviente de su autor, el delito tendrá

⁵ El rey Aerys II Targaryen, apodado el Rey Loco y el Rey Costra, fue Rey de los Siete Reinos entre 262 y 283 D.C., siendo el último Targaryen en sentarse en el Trono de Hierro. Aerys se convirtió en un hombre brutal y caprichoso, con una fascinación insana por el fuego, especialmente por el fuego valyrio. Cuando se acercaba el final de su reinado, ordenó a los piromantes prender el fuego valyrio escondido bajo la ciudad y quemar Desembarco del Rey. Véase: https://hieloyfuego.fandom.com/wiki/Aerys_II_Targaryen.

⁶ SANTIBÁÑEZ y VARGAS (2011), p. 193.

⁷ SANTIBÁÑEZ y VARGAS (2011), p. 193.

⁸ Entre ellas, la incorporación de un nuevo artículo referido a estado de necesidad, modificaciones a algunos elementos del delito de violación, agravantes en materia de delitos sexuales, etc.

⁹ SANTIBÁÑEZ y VARGAS (2011), p. 204.

el nombre de femicidio”, con lo que “se reconoce la especial condición de mujer en el caso de homicidios por sus cónyuges o convivientes actuales o pasados, sin límite de tiempo”.¹⁰

Diez años después, nuevamente se realiza una modificación legal. En efecto, la Ley N°21.212 conocida como “Ley Gabriela”, es fruto de la preocupación que surge tras constatar que en la última década se registraban 440 femicidios “entre cuyas víctimas está Gabriela Alcaíno Donoso, de 17 años, que fue asesinada con arma blanca por su ex-pololo,¹¹ quien además asesinó a su madre. El asesinato de Gabriela y su madre llevó a los familiares a promover una modificación legal en la regulación del femicidio en Chile, toda vez que, conforme a la legislación vigente, el hecho típico es una hipótesis particular del crimen de parricidio. Así, penalmente, se reduce la violencia extrema contra las mujeres a la esfera íntima de las relaciones familiares o afectivas, aun cuando la evidencia muestra que estos hechos ocurren en contextos más amplios que los previstos por el tipo penal”.¹² En concreto, resultaba preocupante, por una parte, que cierto tipo de relaciones, diferentes al matrimonio o convivencia quedaran excluidas del femicidio íntimo, y que, además, no se contemplara una sanción para el femicidio por razones de género.

También se constataba que el femicidio por conexión -esto es, “aquel que tiene lugar cuando una mujer es ultimada por el agresor de otra mujer respecto de quien la occisa se interpone en su defensa”,¹³ como en el caso de la madre de Gabriela- no quedaba cubierto por la regulación legal.

Como resultado de la tramitación legislativa, nuevamente se modifica el Código Penal, y en definitiva se crea un nuevo epígrafe titulado “Del femicidio”, de manera separada al epígrafe “Del parricidio”. Bajo este epígrafe, se distinguen las hipótesis de femicidio íntimo en el artículo 390 bis, y el femicidio por razones de género en el artículo 390 ter, los que serán analizados a continuación. El femicidio por conexión, en tanto, no se tipificó.¹⁴

- “Me parece que no podremos imputar ni femicidio, ni parricidio ni nada por el estilo. Los hechos descritos ocurren mucho antes del 2021, del 2010 o de 1874, que es la fecha original del Código Penal.
- Tienes razón. Para efectos de este análisis, se asumirá que la conducta desplegada por Snow acaece en Chile en el año 2021, de manera tal que no se discutirá sobre aplicación retroactiva de la ley penal. Comencemos con el femicidio íntimo y luego revisemos el femicidio por razones de género”.

B. Femicidio íntimo

El tipo penal de femicidio íntimo se encuentra regulado actualmente en el artículo 390 bis del Código Penal Chileno.

¹⁰ SANTIBÁÑEZ y VARGAS (2011), p. 205.

¹¹ El “pololeo” es una expresión usada en Chile para referirse a relaciones sentimentales, que no constituyen matrimonio y que no necesariamente van acompañadas de convivencia. Sobre el concepto, véase SCHEECHLER (2021), pp. 120-123.

¹² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2020), p. 4.

¹³ RAMÍREZ (2021), p. 499.

¹⁴ RAMÍREZ (2021), p. 499.

El inciso primero contemplaría las hipótesis de femicidio íntimo restringido, acotado sólo a las relaciones matrimoniales, de convivencia o en que existan hijos en común, mientras que el inciso segundo contemplaría una hipótesis de femicidio íntimo ampliado, que abarca también los casos de relaciones de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia.

La doctrina ha señalado que la especificidad de esta figura frente al homicidio y el parricidio está en sus sujetos: el activo o autor de este delito es un hombre y el pasivo o víctima, una mujer, que sean o hayan sido cónyuges o convivientes, o que tengan o hayan tenido un hijo en común. Según el Diccionario las expresiones “hombre” y “mujer” se vinculan al sexo del individuo de la especie humana.¹⁵

- “No me consta que Jon Snow sea un individuo de la especie humana. Recuerda que murió y resucitó.
- Es verdad. Pero podemos prescindir de ese “pequeño detalle”, y considerar que cumple con el primer elemento, referido a la calidad del sujeto activo, es decir, que se trate de un hombre que mata a una mujer. También se cumple con la calidad del sujeto pasivo, en este caso, una mujer (madre de dragones, pero mujer, al fin y al cabo)”.

Respecto al femicidio íntimo restringido, existen tres posibilidades: ser o haber sido cónyuges; ser o haber sido convivientes; tener o haber tenido un hijo en común. En el caso analizado, Jon y Daenerys no son ni fueron cónyuges, ni tienen o han tenido hijos en común. Por lo que, de aplicar el primer inciso del artículo 390 bis, debiera acreditarse que son o fueron convivientes. Si este inciso no resulta aplicable, debe analizarse el inciso segundo y acreditar que Jon mató a Daenerys en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia.

1. Análisis de una eventual convivencia entre Jon y Daenerys, para afirmar o descartar una hipótesis de femicidio íntimo restringido

La doctrina y jurisprudencia no otorgan un concepto unívoco de lo que ha de entenderse por convivencia. Así, se ha señalado, desde una perspectiva que podría denominarse “restringida”, que la convivencia debiera homologarse al matrimonio, y por lo tanto “debe referirse a la unión de personas de distinto sexo, con cierta permanencia”.¹⁶ La convivencia sería algo así como “un ‘matrimonio sin vínculo matrimonial’”,¹⁷ por lo que no bastaría vivir bajo un mismo techo o mantener cualquier vínculo afectivo con una persona, sino que “se requiere copulativamente al menos: 1º que exista vida en común con notas de permanencia, esto es, de estabilidad y proyección en el tiempo, y notoriedad, lo que se opone a las relaciones furtivas; y 2º que esa vida en común sea asimilable a la de una familia de carácter matrimonial, lo que excluye uniones personales de carácter exclusivamente económico o patrimonial y, en general, las que carezcan de un contenido sexual”.¹⁸

¹⁵ MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 83.

¹⁶ GARRIDO (2014), p. 78.

¹⁷ HERNÁNDEZ (2011), p. 49.

¹⁸ HERNÁNDEZ (2011), p. 49.

Por otra parte, desde 2015, se ha entendido que el artículo 1º de la Ley Nº20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil, entregaría algunos elementos adicionales que permitirían comprender de mejor manera lo que es la convivencia, toda vez que la define como la “situación de hecho en que dos personas tienen una ‘vida afectiva en común, de carácter estable y permanente’ y ‘comparten un hogar’”,¹⁹ reforzando la posibilidad -discutida por la doctrina al menos hasta antes de la publicación de esta ley- “de una convivencia entre personas del mismo sexo”.²⁰ Además, la referida ley añadiría al requisito de vivir en compañía de otro, el carácter afectivo de la relación subyacente y la necesidad de su estabilidad y permanencia.²¹ Por otra parte, a partir de algún pronunciamiento jurisprudencial, la doctrina desprende que el carácter afectivo de la relación debiera expresarse en una de índole sexual, dejando fuera de este concepto a la cohabitación entre amigos. Además, la cohabitación podría no ser permanente si las condiciones de la pareja no lo permiten.²²

Ahora bien, frente al concepto restringido de convivencia, que exigía prácticamente su homologación a un matrimonio, es posible encontrar al menos un razonamiento diferente -a nivel jurisprudencial,²³ a propósito de un caso previo a la reforma del año 2020- en que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla, condenó a un acusado a presidio perpetuo calificado por el delito de femicidio, considerando que la víctima era su conviviente. Las discusiones en torno al concepto de convivencia estaban dadas en este caso -principalmente- porque la pareja había vivido en una habitación de un inmueble en que habitaban más personas, por un período de tiempo de sólo tres semanas. El Tribunal tuvo por acreditada la convivencia en atención a que imputado y víctima no sólo compartían techo, sino que mantenían una relación de pareja, y a que, “pese a lo incipiente de la relación, [la víctima] decidió mantenerse junto al hechor ‘sin permitirse siquiera llegar más tarde a la pieza que compartían para lavar ropa o bañarse o socializar con otras amistades, dado que se trataba de una relación con vocación de permanencia, lo que permite sostener la existencia en ésta de seriedad y estabilidad, todo lo que en definitiva lleva a la conclusión que el desarraigo social, la vulnerabilidad económica, emocional y sanitaria en función del consumo de drogas y alcohol, no resulta un óbice para entender que entre I. G. R. y G. F. A. C. hubo una relación de convivencia’”.²⁴

El Tribunal argumentó que la convivencia es una situación de hecho y que es necesario tener perspectiva de género para lograr conceptualizarla en estos casos, citando para este efecto el “Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la Perspectiva de Género en las sentencias” de la Secretaría de Género del Poder Judicial de la República de Chile, además de la Recomendación General 10 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belén Do Pará” y un fallo de la Audiencia Provincial de Madrid. La defensa recurrió de nulidad, y la Corte Suprema

¹⁹ MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 73.

²⁰ SCHECHLER (2021), p. 115.

²¹ MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 73.

²² MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 73.

²³ La referencia al caso se encuentra en Ministerio Público C/ Guillermo Fabian Atenas Cornejo (2018), cons. 22º.

²⁴ Ministerio Público C/ Guillermo Fabian Atenas Cornejo (2018), Considerando 22º.

revocó la resolución, recurriendo al concepto restringido de convivencia, argumentando en base a la doctrina previamente referenciada y añadiendo que “*todos los elementos precedentemente transcritos, no conducen, en modo alguno -a juicio de este tribunal- a llevar a la convicción más allá de toda duda razonable, de que la forma de vida común que compartieron durante tres semanas el imputado y la víctima, pueda equipararse a la que es propia del matrimonio*”.²⁵ De todas maneras, debe tenerse en consideración que esta resolución es previa a la modificación legal del año 2020, y que probablemente el Tribunal buscaba llenar el vacío legislativo del antiguo tipo penal de femicidio, con la argumentación descrita.

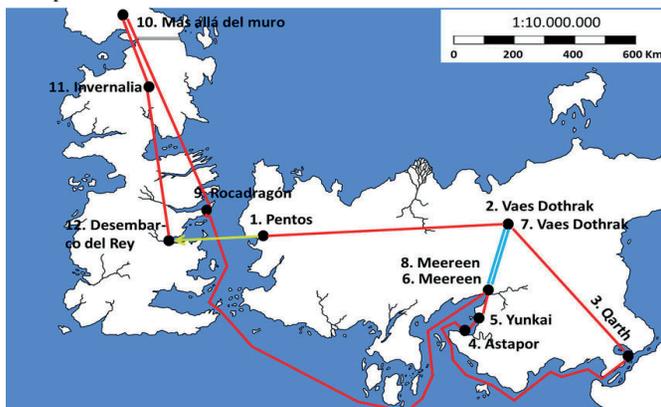
Ahora bien, en el caso concreto, en la serie puede observarse que ambos viven juntos durante algún tiempo...

- “Fueron solo unos cuantos capítulos.
- Sí, pero debes considerar que los capítulos no logran reflejar la “realidad”, ya que estuvieron juntos en Rocadragón y en Invernalía, fueron juntos más allá del Muro, además de haber pasado algún tiempo viajando en barco hacia Desembarco del Rey.²⁶
- Pues, no sé si realmente “vivieron juntos” en algo que pueda denominarse “hogar”. Un barco no es un hogar. Y su estadía en Invernalía y Rocadragón se asemeja más a pasar unas vacaciones en un hotel.
- Bueno, no es un concepto de hogar muy tradicional. Ocurre algo similar a lo que observó el Tribunal Oral en lo Penal de Melipilla, respecto a la habitación que compartía la pareja, en una vivienda en que habitaban más personas.
- De todas maneras, yo no soy quién para juzgar las costumbres de otras personas. Quizá a otros mi hogar tampoco les parezca tal. Cuéntame sobre los otros elementos de la convivencia, por favor”.

Respecto a las características de la relación entre Jon y Daenerys, si bien es cierto, pareciera que no se trató de una relación furtiva y que tenía una cierta notoriedad (varios personajes de la serie sabían de este romance), no era una relación evidente para todos. De todas maneras, podría sos-

²⁵ Ministerio Público C/ Guillermo Fabian Atenas Cornejo (2018), Considerando 23°.

²⁶ Mapa de los siete reinos:



tenerse que existía proyección en el tiempo, ya que ambos soñaban con la vida que tendrían una vez que Daenerys llegara al Trono de Hierro. Ahora bien, sí podría cuestionarse que esta vida en común y su proyección quizá era funcional a sus objetivos bélicos y estratégicos, y no a su romance, por lo que esa vida en común podría no ser asimilable a la de una familia de carácter matrimonial. No al menos una familia “tradicional”. Así como la doctrina mayoritaria excluye del concepto de convivencia las uniones personales de carácter exclusivamente económico o patrimonial, debiera analizarse si las alianzas bélicas, en las que también existe una cuota de amor y relaciones sexuales, se verían excluidas.

- “Por lo que dices, pareciera ser que, siguiendo la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de la Corte Suprema, Daenerys y Jon no tuvieron una relación de convivencia.
- Exacto. A menos que se interprete su proyecto común, de luchar contra los caminantes blancos o de gobernar los Siete Reinos, como un proyecto de vida que pueda sustentar este elemento.
- Bueno, con una mentalidad abierta, quizá se pueda. Me parece, además, que el enfoque de género tampoco tendría mucho que ver en este caso. Me cuesta ver a Daenerys en una situación de desarraigo social, vulnerabilidad económica, emocional y sanitaria. Al contrario, era una mujer muy empoderada, dispuesta a todo para llegar al Trono de Hierro.
- En principio, estoy de acuerdo. No es una mujer con desarraigo social ni vulnerabilidad económica. Quizá el enfoque de género no sea aplicable para argumentar la existencia de convivencia, pero puede que sí sea relevante al analizar otras hipótesis.
- Por lo tanto, ¿existe femicidio íntimo restringido?
- No me corresponde responder afirmativa o negativamente, sino únicamente poner de manifiesto que, en base a un concepto restringido de convivencia, los hechos no podrían ser calificados jurídicamente como femicidio. La posibilidad de considerar que sí ha existido convivencia, como señalé, supondría interpretar que el período de tiempo (al parecer breve) en el que vivieron juntos sería suficiente para configurar la convivencia, así como también lo sería el lugar (un tiempo en el castillo de Rocadragón, un tiempo en el castillo de Invernalía, un tiempo en un barco), y que la motivación (proyección en base a objetivos bélicos y estratégicos, ya sea paralelos o predominantes a los afectos) también sería pertinente”.

2. La muerte de Daenerys ¿en razón de la relación sentimental o sexual sin convivencia con Jon? Análisis de un eventual femicidio íntimo ampliado

Respecto a la aplicación del inciso segundo del artículo 390 bis, que sanciona como femicida al hombre que matare a una mujer en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia, deben efectuarse algunas precisiones.

En primer lugar, todo indica que, si se descarta que existiera convivencia entre Jon y Daenerys, el tipo de relación que tenían sí puede ser catalogada como una relación sentimental y sexual, sin que sea relevante que además tuvieran objetivos bélicos o estratégicos comunes. Sobre el punto, se ha sostenido que el tipo de relación de que se trata puede tomar como referencia el pololeo,²⁷ siendo este

²⁷ SCHECHLER (2021), p. 120.

tipo de relación una de las incluidas en el precepto, pero no la única, pudiendo incluir otro tipo de relaciones, menos formales o previas a un pololeo.²⁸ El tipo de relación entre Jon y Daenerys, podría ser una de este tipo.

En segundo lugar, pareciera que debieran tomarse en serio los móviles de Jon, toda vez que podría no bastar que entre ambos existiera o hubiere existido una relación de pareja (pololeo o relación previa al pololeo), sino que podría ser necesario que *“el delito se cometa ‘en razón’ de esa relación actual o pasada”*,²⁹ toda vez que *“el delito sería uno de tendencia, ya que la muerte debe cometerse, según el Diccionario, ‘por causa de’ esa relación”*.³⁰

En el caso concreto, pareciera que la relación sentimental entre Jon y Daenerys nada tiene que ver con los motivos que lo llevan a matarla. En efecto, pareciera que Jon actuó para defender a los Siete Reinos de la supuesta *“locura”* de Daenerys. Cabría preguntarse, entonces, si Jon podría haber matado a cualquier persona con tal de defender a los Siete Reinos, por ejemplo, a un hombre que estuviera a punto de llegar al Trono de Hierro.

- *“Ok, pero ¿cómo puedo meterme a la cabeza de Jon Snow para saber lo que estaba pensando?”*
- *No puedes. Ese es precisamente el “problema” con los elementos subjetivos. No puedes verlos, a diferencia de los dragones o caminantes blancos, que son evidentemente reales y los puedes observar. Los elementos subjetivos debes deducirlos a partir de elementos objetivos.*
- *¿Quieres decir que, aunque Jon mató a una mujer, con quien tenía una relación amorosa y con quien viajó a lomos de dragón por los Siete Reinos... podría no ser autor de femicidio, si es que no logra acreditarse ese elemento subjetivo?*
- *Sí. Es lo que digo.*
- *¡Pero eso es absurdo! ¿Podrías encontrar alguna forma racional de imputar el delito de femicidio al Sr. Snow?*
- *Existe una posibilidad. Veámosla”.*

En efecto, existe una interpretación diferente, que no considera que el tipo penal sea un delito de tendencia, y que estima que la expresión *“en razón de”*, implica únicamente conocimiento de la relación,³¹ de manera similar a lo que ocurre en materia de parricidio, respecto a la expresión *“conociendo las relaciones que los ligan”*. De esta manera, en materia de femicidio la expresión debiese interpretarse como una exigencia de dolo directo o de conocimiento cierto de la relación anterior o coetánea de pareja, no bastando que el agente se represente como altamente probable que la víctima sea su ex pareja, por lo que debería acreditarse que lo sabe con certeza.³²

²⁸ SCHECHLER (2021), p. 122.

²⁹ MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 84.

³⁰ MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 84.

³¹ SANTIBÁÑEZ y HUMUD (2021), pp. 138 y 139.

³² SANTIBÁÑEZ y HUMUD (2021), pp. 138 y 139.

- “Si eso fuera así, y se acredita que Snow sabía que Daenerys tenía una relación con él, podría imputarse esta figura.
- Por lo tanto, ¿se configura el femicidio íntimo ampliado?
- Nuevamente, lo que busco con estas reflexiones no es tomar partido, sino intentar transmitirte que las conclusiones a las que se puede llegar, tomando una interpretación u otra, son totalmente diferentes. Ahora bien, si no resultara convincente la posibilidad de imputar femicidio íntimo ampliado, por considerar que la interpretación correcta es la primera, es decir, que Jon debió matar a Daenerys por causa de esa relación, y no para salvar a los Siete Reinos, podemos revisar el femicidio por razones de género, para determinar si la conducta de Jon calza mejor con alguna de las hipótesis que allí se contemplan”.

C. Femicidio por razones de género: ¿Existe subordinación por relaciones desiguales de poder entre Jon y Daenerys, o una evidente intención de discriminación de Jon?

En el presente apartado es pertinente tener en consideración que “el género se refiere a los roles, comportamientos, actividades, y atributos que una sociedad determinada en una época determinada considera apropiados para hombres y mujeres. Además de los atributos sociales y las oportunidades asociadas con la condición de ser hombre y mujer, y las relaciones entre mujeres y hombres, y niñas y niños, el género también se refiere a las relaciones entre mujeres y las relaciones entre hombres. Estos atributos, oportunidades y relaciones son construidos socialmente y aprendidos a través del proceso de socialización. Son específicas al contexto/época y son cambiantes. El género determina qué se espera, qué se permite y qué se valora en una mujer o en un hombre en un contexto determinado. En la mayoría de las sociedades hay diferencias y desigualdades entre mujeres y hombres en cuanto a las responsabilidades asignadas, las actividades realizadas, el acceso y el control de los recursos, así como las oportunidades de adopción de decisiones. El género es parte de un contexto sociocultural más amplio, como lo son otros criterios importantes de análisis sociocultural, incluida la clase, raza, nivel de pobreza, grupo étnico, orientación sexual, edad, etc.”³³

A partir de dicho concepto, se constata la importancia, necesidad y posibilidad de tipificar los asesinatos de mujeres solamente por ser mujeres,³⁴ entendiendo, por tanto, el femicidio como una vulneración extrema de los derechos humanos de las mujeres que permitiría visibilizar una violencia de carácter social, estructural.³⁵

Como se señaló previamente, el año 2020 la legislación nacional tuvo una importante modificación en materia de femicidio, toda vez que ya no sólo se consideraría como tal aquellos casos en que existiera una relación de matrimonio o convivencia, sino que además se consideraría como femicidio aquellos casos en que la motivación para matar a una mujer fuera, precisamente, su género, en línea con lo señalado en los párrafos previos.

³³ ONU MUJERES (2017), p. 43.

³⁴ SEGATO (2012), p. 2.

³⁵ HEIM (2019), p. 54.

Teniendo en consideración lo anterior, en el caso concreto es posible descartar que concurra alguna de las primeras cuatro circunstancias del artículo 390 ter, a saber, que Jon matara a Daenerys por haberse negado a establecer con él una relación de carácter sentimental o sexual; que la muerte sea consecuencia de que Daenerys ejerciera la prostitución; que Jon matara a Daenerys tras haber ejercido contra ella alguna forma de violencia sexual; o haberla matado con motivo de su orientación sexual, identidad de género o expresión de género. Así las cosas, resulta pertinente detenerse en la circunstancia referida a la existencia de circunstancias de manifiesta subordinación por las relaciones desiguales de poder entre el agresor y la víctima, o la existencia de evidente discriminación.

Respecto a la primera parte del numeral quinto del artículo 390 ter, esto es, que la muerte se hubiese cometido en cualquier tipo de situación en la que se den circunstancias de manifiesta subordinación por las relaciones desiguales de poder entre el agresor y la víctima, se ha afirmado que esta sería una “cláusula general y de cierre al final de un listado de disposiciones más específicas contenidas en los numerales anteriores”,³⁶ una “norma que permite dar sentido a las diferentes indicaciones que se encuentran en el nuevo cabo introducido para reformar el femicidio por la Ley N° 21.212”.³⁷

Precisando algo más el contenido de la circunstancia, la doctrina entiende que serían tales las que ocurren “en los ámbitos laborales, educacionales y de las asociaciones en que tales relaciones tienen lugar. Aquí, junto a la prueba de la subordinación ‘manifiesta’, el aspecto subjetivo o motivacional de la conducta consiste en el aprovechamiento o abuso de esa situación para cometer el delito, lo que se puede expresar en su empleo para hacer que la víctima se presente al lugar de los hechos o de otro modo facilitar la comisión del delito a partir de esa posición”.³⁸

Todo parece indicar que en este caso esta circunstancia no es aplicable, ya que -como se ha señalado previamente- Daenerys tenía muchísimo poder, tenía un ejército, se convertiría en la próxima reina de los Siete Reinos, mientras que Jon Snow ni siquiera había comenzado a hacer uso de sus privilegios como Targaryen, siendo aún reconocido por los personajes como el hijo ilegítimo de Ned Stark, además de haber desertado de la Guardia de la Noche. A menos que se acoja una interpretación que, aunque pensada para ámbitos laborales y militares, estima que “de momento no hay conciencia social suficiente como para detectar y contrastar la violencia en estos ámbitos, y si un fenómeno social ni siquiera se ve, tampoco se regula y se contrasta”.³⁹ Tal vez, el ámbito en el que se relacionan Daenerys y Jon tampoco ha sido visibilizado, ni problematizado, y, por ende, no ha sido regulado.

- “¡Pero en nuestra sociedad existe una desigualdad estructural entre hombres y mujeres, originada en una “materialidad de inferioridad y subordinación, (...) manifestación de relaciones de poder

³⁶ CORN (2021), p. 225.

³⁷ CORN (2021), pp. 221 y 222.

³⁸ MATUS y RAMÍREZ (2021), pp. 86 y 87.

³⁹ CORN (2021), p. 236. El autor otorga un ejemplo, que eventualmente podría acercarse al caso en análisis, en concreto señala: “Imaginemos el caso de un abogado que compita con una compañera en el bufete para ser llamado como socio y, al no aceptar que la selección lo vea como perdedor, lamenta que la causa fue el sexo y el aspecto físico de la abogada, terminando agrediéndola y matándola por haberle privado de un lugar que correspondía a él siendo hombre. Allá entonces estará para usarse el N°5”.

entre hombres y mujeres”!⁴⁰ Es relevante observar la “discriminación sistemática que viven grupos de sujetos producto de la estructuración del orden social; (...) la discriminación de género es producto de la subordinación sistémica de las mujeres y permite diferenciar los actos de discriminación de estatus de actos discriminatorios fundados en la diferencia de trato (...) Son el orden social y las relaciones de poder establecidas los que configuran sistémicamente la discriminación, porque lo discriminatorio es el orden social en sí, que se expresa en lo jurídico. Así, se están configurando o reproduciendo sistemáticamente los actos discriminatorios, que son las normas sociales que configuran estereotipos y roles que alimentan los sistemas de opresión”⁴¹

- Estoy de acuerdo. Sin embargo, no se vislumbra abuso o aprovechamiento de dicha circunstancia por parte de Jon. De todas maneras, esa desigualdad estructural, aunque no sea aprovechada por Jon, puede estar presente en la hipótesis que se analiza a continuación, referida a que la muerte sea motivada por una evidente intención de discriminación”.

En efecto, en cuanto a la existencia de evidente discriminación, se trata, según el propósito del legislador, de “sancionar gravemente la violencia de género, matar a una mujer por su condición de tal, como forma especialmente repudiable de discriminación la muerte de una mujer por razón de género”.⁴²

Acá es posible detenerse y reflexionar un poco más. Se ha asumido hasta ahora que la intención de Jon era proteger a los Siete Reinos de la desgracia de tener a una reina despiadada. Pero ¿qué pasaría si en realidad mató a Daenerys motivado por la envidia o frustración de ver llegar a una mujer a dicho cargo, considerando que sería la primera mujer en llegar al Trono de Hierro en toda la historia de los Siete Reinos? ¿O si sentía que Daenerys no sería capaz de gobernar, por ser mujer? ¿Quizá incluso pensó que él era el indicado para ocupar ese cargo! ¿Hubiese actuado de igual forma si en vez de una mujer, hubiese sido un hombre “loco” el que estuviera a punto de asumir el reinado?

El elemento subjetivo en este caso será sumamente relevante. Y así se ha sostenido, afirmando que “para su configuración es necesaria la concurrencia de un elemento subjetivo adicional, esto es, la actuación por razón de o por una causa o motivo determinado: la ‘evidente intención de discriminación’ (...) circunstancia que, por su amplitud, opera como cláusula general para comprender el sentido y alcance de este nuevo delito”.⁴³

Respecto al concepto de discriminación, esta denota “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.⁴⁴

⁴⁰ IRIARTE (2018), p. 65.

⁴¹ IRIARTE (2018), p. 68.

⁴² MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 85.

⁴³ MATUS y RAMÍREZ (2021), p. 85 y RAMÍREZ (2021), pp. 504 y 505.

⁴⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (1979), art. 1.

En el caso concreto, podría evaluarse si existe evidente discriminación de parte de Jon hacia su amada, ya sea al considerar que la supuesta locura se fundaba en un actuar decidido no coherente con el hecho de ser mujer, o que existía una incapacidad de gobernar por ser mujer. Por eso es relevante tener en consideración el concepto de discriminación estructural al que se hizo referencia previamente. Si Jon actuó por envidia o frustración al ver llegar a una mujer al poder, podría estimarse que se sintió provocado frente al ejercicio de los derechos de una mujer,⁴⁵ en este caso, el ejercicio de su derecho a participar en la política, a ser reina. *“Los homicidios por odio son una reacción del autor ante una víctima que no vive, en su esfera de privacidad, conforme a los parámetros que aquel considera correctos”*.⁴⁶ Piénsese *“en un mundo donde la mujer hasta no hace tanto era propiedad del marido y donde hasta hace menos tiempo aún carecía de derecho al voto y su deber de fidelidad era más amplio que el del hombre”*.⁴⁷

- *“Ese mundo... te refieres a los Siete Reinos, ¿verdad?”*
- *Sí, claro. Si Jon actuó con alguna de estas motivaciones, podríamos estimar que su conducta puede calificarse jurídicamente como femicidio en razón del género, motivado por una evidente intención de discriminación hacia Daenerys.*
- *Por lo tanto, nuevamente tendremos que entrar a la mente de Jon.*
- *Tendería a afirmar que sí; pero debo hacer presente que existen opiniones que señalan que este tipo de motivaciones darían cuenta de algo más que un mero estado subjetivo.*
- *Cuéntame más, por favor”.*

Para alguna parte de la doctrina, un homicidio fundado en la condición de mujer u homosexual de la víctima es más grave que otros homicidios, que los homicidios “comunes”, incluso bajo los parámetros de un derecho penal ceñido al acto. Solo es necesario especificar exactamente por qué. Para saber esto, en lugar de focalizarnos en los motivos como un mero estado mental, hay que mirar lo que estos señalan. Estos dan cuenta de algo más que un mero estado subjetivo. Los motivos de odio, cuanto menos en muchos casos, señalan una pretensión de sometimiento de la víctima por parte del autor. Esta pretensión se materializa, además, en el hecho tornándolo más grave incluso desde un punto de vista estrictamente objetivo. La tesis central es la siguiente: la manera en que las víctimas pueden evitar la agresión en estos casos es sometándose a la voluntad de un autor que quiere imponerles un modo de vida; la contracara es que el autor las mata porque no se han sometido. Esta idea de sometimiento no se presenta en los homicidios comunes en los cuales la víctima, para no ser tal, no necesita someterse a la voluntad de ningún autor concreto. Esto es lo que marca la diferencia entre ambas clases de homicidios y justifica su trato diferenciado.⁴⁸

Desde otra perspectiva, se observa que el asunto no se vincularía al odio, o a la proporcionalidad, igualdad o a los patrones históricos que han situado al hombre en una posición dominante,⁴⁹ sino que

⁴⁵ PERALTA (2013), p. 13.

⁴⁶ PERALTA (2013), p. 19.

⁴⁷ PERALTA (2013), p. 20.

⁴⁸ PERALTA (2013), p. 4.

⁴⁹ MALDONADO (2021), p. 163.

lo relevante será que, “la razón que subyace a la decisión de privar a la mujer de vida es que se considera que no tiene derecho a tomar una decisión en forma autónoma al margen de las determinaciones que adopte el hombre a su respecto, las que por esta razón se asume que se deben acatar”.⁵⁰

- “Es decir, en este caso, Daenerys debía renunciar al Trono de Hierro para evitar su muerte, y de esa forma Jon haría valer su voluntad, imponiéndole un modo de vida diferente, quizá acorde a su calidad de mujer, o a lo que los estereotipos de género -discriminación estructural- le habían hecho creer a Jon que debiera ser adecuado para una mujer.
- Exactamente.
- Interesante.
- Ahora bien, si volvemos a mirar la serie, podríamos buscar elementos objetivos que den cuenta de la discriminación existente por parte de Jon hacia las mujeres, y de esa manera configurar esta circunstancia.
- O mejor aún, podríamos leer Vientos de Invierno, si es que algún día llega a publicarse. En definitiva, ¿ahora sí estamos en presencia de un femicidio?
- Para considerar que estamos en una hipótesis de femicidio en razón del género, del artículo 390 ter N°5 primera parte, deberíamos seguir la interpretación que estima que dicha parte de la circunstancia es una cláusula general, que permite abarcar ámbitos en que el sujeto activo no acepta haber sido privado de un lugar que a él debió corresponderle en su calidad de hombre; o bien, si se quiere argumentar que concurre la segunda parte del N°5, sostener que Jon actuó motivado por una intención de discriminación, la que podría venir dada por su idea del rol que deben -o no deben- ocupar las mujeres en la política.
- Me parece que Jon no es esa clase de persona. En efecto, luego de la última batalla “lo último que ve Jon es a los inocentes siendo asesinados. Y sus propios hombres comienzan a violar mujeres, matar civiles inocentes, saquean, roban, y no puede detenerlos. Ya no es una pelea justa. Eso no tiene honor. Es el momento en que Jon enfunda su espada”.⁵¹ De esta manera, lo que se aprecia, más bien, es el temor de Jon de que Daenerys se transforme en una tirana, por lo que pareciera que su sentido de deber de protección hacia el reino es el que lo motiva a actuar de la forma en que lo hace, poniendo por sobre sus propios sentimientos, su sentido del deber.
- Si eso es así, supongo entonces que esta circunstancia no resultaría aplicable, por lo que no estaríamos ante un delito de femicidio en razón del género”.

IV. CONCLUSIONES

El presente artículo buscaba mostrar cómo en un caso como el descrito, la calificación jurídica de los hechos dependerá de una multiplicidad de factores. A pesar de tratarse de un caso ficticio, las complejidades interpretativas ciertamente podrían darse en un caso real. Ciertamente tratar el caso como homicidio simple no presentará grandes inconvenientes. La calificación como homicidio calificado

⁵⁰ MALDONADO (2021), p. 163.

⁵¹ Véase: [HTTPS://WWW.YOUTUBE.COM/WATCH?V=CFlGIQ_MTDG](https://www.youtube.com/watch?v=CFlGIQ_MTDG).

por alevosía, tampoco debiera ser problemática, si se tiene en consideración que, antes de clavar la daga en el corazón de Daenerys, Jon la besa y abraza, aprovechando dicha circunstancia para matarla. Otro tanto podría discutirse en torno a la posibilidad de aplicar el artículo 5 a) inciso segundo de la Ley N°12.927 sobre Seguridad del Estado,⁵² o el artículo 7 N°1 de la Ley Antiterrorista, N°21.732,⁵³ tema que -por cierto- escapa de los objetivos de análisis del presente artículo.

En cambio, si se pretende calificar jurídicamente los hechos como femicidio, habrá que tener en consideración una serie de interpretaciones, en las diferentes hipótesis del tipo penal vigente desde el año 2020 que han sido objeto de este breve análisis.

En primer lugar, habrá que determinar si, con la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, la relación de Jon y Daenerys cumplía con los requisitos de cohabitación, permanencia, proyecto de vida común etc., y así aplicar el femicidio íntimo restringido del artículo 390 bis inciso primero. De acuerdo con la doctrina tradicional, pareciera que no se dan los supuestos para ello. Siguiendo, en cambio, una interpretación amplia del concepto de convivencia, sí podría estimarse que Jon y Daenerys convivieron, aunque cohabitaron por un período de tiempo breve, en distintos lugares que difícilmente podrían denominarse como un hogar común, y aunque parte de su motivación para estar juntos no era su afecto, sino sus objetivos bélicos.

Si se estima que no ha existido convivencia, y se descarta la existencia de un femicidio íntimo restringido, es posible analizar si se dan los presupuestos del femicidio íntimo ampliado, del artículo 390 bis inciso segundo. En este sentido, aunque la relación entre Jon y Daenerys puede estimarse como una relación de carácter sentimental o sexual sin convivencia, siguiendo la interpretación que estima que este es un delito de tendencia, no se configuraría el femicidio, toda vez que la muerte de Daenerys no parece haber sido motivada por la relación de pareja sentimental o sexual, sino por otras razones, como, por ejemplo, salvar a los Siete Reinos de la supuesta locura de la víctima. Si, en cambio, se estima que la expresión “en razón de” tener o haber tenido una relación de pareja de carácter sentimental o sexual, se refiere únicamente a tener certeza de la existencia de la relación, sí podría calificarse el hecho como un femicidio íntimo ampliado.

Si se descarta la existencia de femicidio íntimo (restringido o ampliado) aún es posible analizar la posibilidad de que concurra un femicidio por razones de género, contemplado en el artículo 390 ter N°5. Para estimar que los hechos se encuadran en primera parte del numeral 5, referido a situaciones

⁵² Artículo 5 a): “los que con el propósito de alterar el orden constitucional o la seguridad pública, atentaren contra la vida o integridad física de las personas sufrirán la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Si se diere muerte a la víctima del delito o se le infirieren lesiones graves, se aplicará la pena en su grado máximo.

En los casos en que el atentado se realizare en razón del cargo que una persona desempeñe, haya desempeñado o esté llamada a desempeñar, la pena será de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo. Si se diere muerte a la víctima del delito o se le infirieren lesiones graves, la pena será de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. Las mismas penas señaladas en el inciso anterior se aplicarán si la víctima fuere cónyuge, ascendiente, descendiente o colateral hasta el segundo grado de consanguinidad de la persona en él indicada.”

⁵³ Artículo 7º: “El que atente contra la vida o integridad física del Jefe de Estado o ministros de Estado; de los senadores y diputados en ejercicio; de los ministros de los tribunales superiores de justicia o jueces con competencia en lo penal; del Fiscal Nacional y de los fiscales regionales del Ministerio Público, en razón de su cargo, será sancionado:

1º Con la pena de presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado, si se causa la muerte de la víctima.”

en las que se den circunstancias de manifiesta subordinación por las relaciones desiguales de poder entre el agresor y la víctima, habrá que estimar que dicha parte de la circunstancia es una cláusula general, que permite abarcar ámbitos en que el sujeto activo no acepta haber sido privado de un lugar que a él debió corresponderle en su calidad de hombre, es decir, que Jon no acepte que Daenerys sea reina, porque dicha calidad debía corresponderle a él; o bien, si se quiere argumentar que concurre la segunda parte del N°5, es decir, que la muerte fue motivada por una evidente intención de discriminación, habrá que sostener que Jon actuó motivado por dicha intención, la que podría venir dada por considerar que la supuesta locura de Daenerys se fundaba en un actuar no coherente con su rol mujer, o que existía una incapacidad de gobernar por ser mujer, o bien, discriminación basada en tolerar que ejerciera su derecho a participar en la vida política, por ser mujer, y convertirse en la primera reina de los Siete Reinos, en base a su idea del rol que deben -o no deben- ocupar las mujeres en la política. Así las cosas, pasa a ser sumamente relevante analizar si Jon Snow no sabía nada o si sabía demasiado.⁵⁴ De todas maneras, teniendo como base la información que la serie Game of Thrones aporta al respecto, no se vislumbran elementos que den cuenta de este tipo de motivaciones, por lo que el femicidio por razones de género del numeral 5, debiese ser descartado.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2020): *Historia de la Ley N° 21.212*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/lista-de-resultado-de-busqueda/21212/> [Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2021].
- CORN, Emanuele (2021): “El N°5 del apartado II del artículo 390 ter como clave de bóveda para la interpretación del nuevo tipo penal de femicidio en Chile”, en: Scheechler, Christian (editor) y Gutiérrez, Paulina (coordinadora), *El delito de femicidio en la legislación chilena* (Santiago, DER Ediciones).
- GARRIDO MONTT, Mario (2014): *Derecho Penal Parte General*, 4ª edición (Santiago, Editorial Jurídica), t. II.
- HEIM, Daniela (2019): “La estrategia punitiva ante las violaciones de los derechos humanos de las mujeres. El caso del femicidio”, en: *Feminismos y Política Criminal. Una agenda para la justicia*, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2011): “La definición de “convivencia” en el artículo 390 del Código Penal”, en: *Informes en Derecho, Defensoría Penal Pública* (núm. 8).
- IRIARTE RIVAS, Claudia (2018): “La discriminación estructural de género y su recepción sistémica en el sistema de derechos humanos”, en: *Anuario de Derecho Humanos* (núm. 14).
- MALDONADO FUENTES, Francisco (2021): “Razón de género, femicidio, cosificación y negación de la personalidad (artículo 390 ter N°1 del Código Penal)”, en: Scheechler, Christian (editor) y Gutiérrez, Paulina (coordinadora), *El delito de femicidio en la legislación chilena* (Santiago, DER Ediciones).
- MARTIN, George (2012): *Festín de Cuervos. Canción de Hielo y Fuego IV* (Santiago, Editorial Random House Mondadori).
- MARTIN, George (2013): *Danza de dragones. Canción de Hielo y Fuego 5* (Barcelona, Ediciones Gigamesh).

⁵⁴ En memoria de Ygritte, Q.E.P.D.

- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2021): *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 2ª edición (Valencia, Tirant lo Blanch).
- ONU MUJERES (2017): *Profundicemos en términos de género. Guía de terminología y uso de lenguaje no sexista para periodistas, comunicadores y comunicadoras*. Disponible en: <https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/Library/Gender-inclusive%20language/Guidelines-on-gender-inclusive-language-es.pdf>
- PERALTA, José Milton (2013): “Homicidios por odio como delitos de sometimiento. (Sobre las razones para agravar el femicidio, el homicidio por odio a la orientación sexual y otros homicidios por odio)”, en: *InDret Penal Revista para el Análisis del Derecho* (núm. 4).
- RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia (2021): “Política criminal y dogmática penal del femicidio en Chile después de la Ley Gabriela”, en: *Revista de Ciencias Penales* (Sexta Época, vol. XLVII, 2º Semestre).
- SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián (2013): “La nueva agravante penal de discriminación. Los ‘delitos de odio’”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XLI).
- SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena y VARGAS PINTO, Tatiana (2011): “Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley Nº 20.480)”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 38, núm. 1).
- SANTIBÁÑEZ TORRES, María Elena y HUMUD RESPALDIZA, Tomás (2021): “La faz subjetiva del femicidio íntimo”, en: Scheechler, Christian (editor) y Gutiérrez, Paulina (coordinadora), *El delito de femicidio en la legislación chilena* (Santiago, DER Ediciones).
- SCHEECHLER CORONA, Christian (2021): “El ámbito de relaciones incluidas en el artículo 390 bis del Código Penal”, en: Scheechler, Christian (editor) y Gutiérrez, Paulina (coordinadora), *El delito de femicidio en la legislación chilena* (Santiago, DER Ediciones).
- SEGATO, Rita (2012): “Femigenocidio y feminicidio: una propuesta de tipificación”, en: *Revista Herramienta* (vol. 49).

Jurisprudencia Citada

Ministerio Público C/ Guillermo Fabian Atenas Cornejo (2018): Corte Suprema, de 12 de diciembre de 2018, rol 26.180-2018.

Normas citadas

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979.

Ley Nº12.927, sobre Seguridad del Estado, 02 de agosto de 1958.

Código Penal, 12 de noviembre de 1874.

Ley Nº20.480, que modifica el código penal y la ley nº 20.066 sobre violencia intrafamiliar, estableciendo el “femicidio”, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio, 18 de diciembre de 2010.

Ley Nº20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil, 21 de abril de 2015.

Ley Nº21.212, que modifica el código penal, el código procesal penal y la ley nº 18.216 en materia de tipificación del femicidio, 04 de marzo de 2020.

Dos estrategias metodológicas para justificar una decisión de evidencia en el derecho probatorio*

Two methodological strategies for justifying an evidence decision in evidence law

Johann Benfeld Escobar

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile.
Correo electrónico: johann.benfeld@pucv.cl. <https://orcid.org/0000-0001-6109-3878>

Recibido el 06/05/2025

Aceptado el 11/07/2025

Publicado el 26/07/2025

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2025.n46.06>

RESUMEN: Este artículo trata sobre la justificación de una decisión de evidencia en el contexto de un proceso judicial. Para ello compara la propuesta metodológica de la denominada teoría racionalista de la prueba judicial con lo que aquí se denomina un enfoque normativo jurídico de la prueba. Se afirma que un enfoque normativo jurídico es más adecuado para justificar una decisión de evidencia, toda vez que ésta no se halla únicamente condicionada de manera externa por reglas que señalan la forma de conformación del material probatorio, la exclusión de prueba, los plazos y los criterios de suficiencia de la prueba, sino por reglas que la condicionan internamente debido al modo en que los hechos se incorporan al derecho como supuestos normativos.

ABSTRACT: This article deals with the justification of an evidentiary decision in the context of a judicial process. It compares the methodological proposal of the so-called rationalist theory of judicial evidence with what is called here a legal normative approach to evidence. It is argued that a legal normative approach is more adequate to justify an evidentiary decision, since it is not only externally conditioned by rules that indicate the form of the evidentiary material, the exclusion of evidence, the time limits and the criteria of sufficiency of evidence, but also by rules that condition it internally due to the way in which the facts are incorporated into the law as normative assumptions.

* La presente investigación ha sido realizada dentro de la ejecución del Proyecto ANID/FONDECYT/Regular 1230049, denominado: "Hechos Institucionales y Valoración de la Prueba Judicial Conforme a la Sana Crítica". Grupo de investigación Ciencias Jurídicas y Ciencias Políticas. Algunas de las principales ideas contenidas en este trabajo fueron expuestas en el Maastricht Foundation of Law Colloquia de junio de 2025. El autor agradece las observaciones críticas realizadas por los asistentes a dicho coloquio, tanto como los comentarios, críticas y sugerencias realizado por los árbitros designados por la revista. Todos ellos han contribuido a mejorar la calidad de esta investigación.

PALABRAS CLAVE: Razonamiento probatorio, justificación de la decisión de evidencia, teoría racionalista de la prueba judicial, reglas constitutivas, justificación normativa de la decisión de evidencia.

KEYWORDS: *Evidentiary reasoning, justification of evidentiary decision, rationalist theory of judicial evidence, constitutive rules, normative justification of evidentiary decision.*

I. LA NECESIDAD DE JUSTIFICAR LA DECISIÓN DE EVIDENCIA EN EL DERECHO

Una decisión de evidencia¹ en el ámbito del derecho probatorio es un pronunciamiento autoritativo sobre la verdad material o formal de una proposición de base empírica en el contexto de un procedimiento judicial. Esta decisión debe estar justificada. Su justificación demanda formalmente la interna coherencia de sus enunciados y materialmente la existencia de normas jurídicas a partir de las cuales derivar el contenido prescriptivo de tales enunciados.² Lo que caracteriza así a la decisión de evidencia, en particular, y al razonamiento probatorio judicial, en general, es la necesidad de razonar conforme a reglas³ y extraer de ellas los criterios de validación,⁴ tanto de los enunciados como de las conclusiones.⁵

Al hilo de lo que se ha dicho, tómese como ejemplo lo dispuesto en el artículo 456 del Código del Trabajo de la República de Chile. Este artículo no solo indica el régimen de ponderación de la prueba

¹ Tomamos esta idea de Jerzi Wróblewski pues, nos parece, ella captura mejor el sentido y finalidad de la prueba judicial. De alguna manera ella, por una parte, resuelve la polisemia del término prueba (como medio, como proceso y como producto) toda vez que lo fundamental es la idea de decidir autoritativamente sobre alguna cuestión que involucra hechos y, por otra parte, también sirve para destacar la idea de que toda decisión de este tipo ha de ejecutarse conforme a una determinada teoría del proceso judicial (que puede variar de sistema a sistema) de cuya adecuación pende su validez o justificación. WRÓBLEWSKI (2008), p. 31.

² En este sentido, justificar no es equivalente a dar a conocer los motivos o razones contextuales desde las cuales surge un enunciado o razonamiento. Justificar es técnicamente hacer explícitos los criterios que sirven para validar un razonamiento conforme a reglas lógicas (justificación interna) o sistemas de conocimiento o creencias (justificación externa). La especificidad conceptual de la idea de justificar un razonamiento es lo que permite en el dominio de la investigación científica la distinción entre los ámbitos de descubrimiento y justificación (interna y externa) de los enunciados, razonamientos y teorías. REICHENBACH (1951), p. 231. Estas ideas, originalmente pensadas para comprender de manera más clara el razonamiento científico, se han mostrado adecuadas también para la comprensión del razonamiento jurídico. ATIENZA (2016), pp. 31-36. Como se intentará mostrar en el cuerpo de este trabajo, la distinción conceptual entre justificar un argumento y simplemente describir un fenómeno resulta también determinante para la comprensión de la decisión de evidencia en el derecho, toda vez que lo que se busca en esta investigación es precisar la idea de justificar una decisión de evidencia en el contexto de un proceso judicial y no explicar la mejor alternativa de aproximarse al conocimiento de los hechos en sí mismos considerados.

³ SCHAUER (2004), pp. 173-196.

⁴ Las reglas de derecho, desde nuestra perspectiva, permiten justificar una decisión de evidencia toda vez que los hechos en el derecho se hallan comprendidos en la norma bajo la forma de supuestos fácticos. Sin embargo, la manera en que se produce la decisión de evidencia dependerá también de las razones subyacentes a la regla sobre todo en lo que guarda relación con el criterio que demanda el hecho objeto de la prueba. Un juez debe siempre justificar su decisión de evidencia apelando al conjunto de normas jurídicas concernidas con la decisión del caso; pero por qué en algunos casos bastará solo el derecho para dar por acreditado un hecho mientras que en otros casos será necesario hacer explícita la inferencia inductiva de base empírica es una cuestión del tipo de fundamento de la decisión. Tomamos la distinción entre justificar y fundamentar de un modo rawlsiano y, tal como a él, nos parece a nosotros que mientras la cuestión de la fundamentación siempre puede estar sujeta a revisión y duda, la justificación ofrece una base de análisis más objetiva y clara, por lo menos cuando el análisis se realiza dentro de un sistema normativo en curso. RAWLS (2005), pp. 577-587.

⁵ Las reglas, a su vez, determinan dentro del razonamiento probatorio ciertos modelos conceptuales cuya finalidad es “facilitar la producción de conocimientos en un contexto de restricciones e indeterminaciones”. COLOMA (2017), p. 33. Estos modelos, a su vez, determinan los enlaces que justifican las inferencias probatorias, cuya naturaleza puede ser tanto dogmática, epistémica o lógica.

judicial en materia laboral, sino que señala los criterios de justificación del razonamiento probatorio mismo.

“El tribunal –se indica en el artículo– apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Al hacerlo, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

No se trata, como prescribe la norma, de un examen que el juez ha de realizar en su fuero interno, sino de un imperativo dirigido a “expresar”, esto es, hacer explícitas las razones ahí señaladas. Esta idea aparece reforzada en el artículo 459 del mismo cuerpo legal cuando prescribe en su numeral 4° que *“la sentencia definitiva deberá contener: el análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esta estimación”.*

De esta forma, para que el tribunal tenga por probado un hecho deberá hacer explícito un razonamiento que justifique la decisión de evidencia tanto desde una perspectiva interna (razones simplemente lógicas) como desde una perspectiva externa (razones jurídicas, técnicas o de experiencia).

La exigencia de justificación del razonamiento probatorio no estaría asegurada si la ley no previera mecanismos de control. Esto es precisamente lo que hace el artículo 477 del mismo código al consagrar, a propósito de la decisión sobre los hechos, dos causales para el único recurso que procede en contra de la sentencia definitiva: el recurso de nulidad. Estas dos causales⁶ de nulidad son: que la sentencia haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica o que sea necesario alterar en la sentencia la calificación jurídica de los hechos, sin modificar las conclusiones fácticas del tribunal inferior.⁷

Como se puede apreciar, por lo menos en el dominio del derecho laboral chileno, el razonamiento probatorio debe justificarse jurídicamente. Nos parece que esta es una idea, en general, compartida por los teóricos de la prueba. Sin embargo, respecto a la cuestión sobre el tipo de justificación que demanda el razonamiento probatorio existen diferentes posiciones, dependiendo del concepto de “hecho” que se estime relevante para tal razonamiento.

⁶ Las causales de nulidad por infracción de ley, a su vez, están reguladas en el artículo 478 del mismo cuerpo legal.

⁷ Adviértase la sutil distinción realizada por el legislador laboral entre “calificación jurídica” y “conclusiones fácticas”. La distinción pone en evidencia que la prueba del supuesto jurídico no depende totalmente de las conclusiones fácticas, pues puede ocurrir que unos mismos “hechos probados” se traduzcan en distintos supuestos normativos en razón de su “calificación”. De forma tal que lo relevante para el proceso es, a fin de cuentas, la cuestión de la calificación y no la de las conclusiones fácticas. En otro contexto, Byung-Chul Han capta la complejidad de la relación causal de los hechos en contextos orgánicos (nosotros podemos pensar en contextos institucionales). “Lo viviente nunca padece la causa externa de forma pasiva. Sin aportación ni decisión por parte de lo interior, la causa externa nunca llega a repercutir. No hay ninguna prolongación inmediata de lo exterior en el interior, como sucede en el caso de la transmisión de energía cinética de un cuerpo a otro. La categoría de la causalidad resulta menos apropiada para describir la vida espiritual”. HAN (2018), p. 15. En lo que nos interesa, no existe ninguna relación causal necesaria entre las conclusiones fácticas y la calificación jurídica del hecho como supuesto normativo.

La denominada teoría racionalista de la prueba judicial, cuyo ascendiente sobre la teoría del derecho probatorio es innegable,⁸ ha propuesto un modelo epistemológico de justificación cuyo paradigma es la investigación de los hechos naturales propia del mundo de la ciencia, teniendo en cuenta, obviamente, las particularidades del fenómeno jurídico. Esta estrategia se explica por el compromiso (ideológico) de la teoría con la búsqueda de la verdad (entendida como correspondencia entre una proposición y la realidad) como condición de aplicación correcta del derecho (positivo). “*El principio central de la Tradición Racionalista es que el fin directo del derecho adjetivo es lograr la rectitud de la decisión en la adjudicación. Respecto a las cuestiones de hecho, supone la búsqueda de la verdad de los eventos pasados a través de medios racionales. La rectitud de la decisión es vista como el fin más alto, pero no el único, prioritario como medio de asegurar la justicia bajo el derecho*”.⁹

Para la teoría racionalista la aplicación de los métodos y estrategias propias de las ciencias adquiere, también, una dimensión normativa que opera como ideal regulatorio de la actividad cuya intención es avanzar en la reforma racional de los sistemas probatorios.¹⁰ En la siguiente sección exploraremos, a partir de ciertas críticas que se pueden dirigir en contra del modelo de justificación de la decisión de evidencia propuesto por la teoría racionalista de la prueba, si el énfasis que pone la teoría racionalista en los hechos naturales como idea nuclear del razonamiento probatorio logra dar cuenta de la forma en que los hechos son incorporados al derecho normativamente hablando.

II. LA TEORÍA RACIONALISTA DE LA PRUEBA Y SU PROPUESTA DE JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN DE EVIDENCIA EN EL DERECHO PROBATORIO¹¹

El razonamiento probatorio tiene por objeto la prueba de los hechos en el derecho, es decir, una decisión de evidencia. Una forma de entender esta idea es afirmar que lo relevante en la decisión de evidencia es su correspondencia con los hechos objeto de la prueba. De modo tal que los esfuerzos

⁸ ACCATINO (2019), párr. 3-6. Este ascendiente ha sido particularmente intenso en los últimos años, por lo menos en Chile. No solo la Academia Judicial de Chile, institución encargada de la formación y perfeccionamiento de los jueces, ha incorporado dentro de sus planes de estudio desde el año 2021 cursos sobre prueba de los hechos, cuya orientación es la de la teoría racionalista. Ahora bien, que algunos académicos y la Academia hayan recibido con entusiasmo las aportaciones de la teoría racionalista no implica que en la práctica dichas ideas sean efectivamente aceptadas por todo el mundo académico ni que los operadores jurídicos (jueces y abogados) las estén usando en su ejercicio profesional. COLOMA (2014), pp. 477-479. Como veremos más adelante, hay buenas razones para pensar que el rendimiento práctico de algunos de los principales postulados de la teoría racionalista es más bien discreto.

⁹ TWINING (2017), p. 83.

¹⁰ Sin embargo, nos parece que esta normatividad epistémica no ha de ser confundida con la normatividad propia del derecho. Más bien, la epistemología nunca ofrece reglas que operan como verdaderas razones para la acción, sino más bien únicamente reglas que instancian generalizaciones cuya permanencia depende siempre de las razones subyacentes (reglas técnico-instrumentales).

¹¹ En este artículo presentamos algunas de las principales ideas de la que podría ser considerada la posición canónica de esta teoría. Si bien para la exposición hemos elegido a algunos de sus más conocidos representantes (Twining, el gran autor de referencia en el mundo anglosajón; Taruffo, el principal responsable de la difusión de la teoría en el mundo italo e hispano parlante; Ferrer el académico más influyente en la promoción de la teoría en España y Latinoamérica), no ignoramos que muchas de las ideas que aquí aparecen como centrales han sido revisitadas por autores más recientes. En este sentido, puede ser de utilidad consultar algunos de los trabajos de Carmen Vásquez, Diego Dei Vecchi, Mercedes Fernández, Raymundo Gama, Flavia Carbonell, Renzo Cavani, María delos Ángeles González, Carlos Correa, Marcela Araya, Vitor de Paula, Jamaira Matida, entre otros.

del razonamiento probatorio se justifican por su propósito dentro del proceso judicial: entregar una decisión autoritativa sobre la verdad de ciertas proposiciones empíricas.

La teoría racionalista afirma que el objeto de la prueba judicial, propiamente hablando, es la verificación de los hechos naturales (brutos, desnudos, reales) mediante los dispositivos propios de la epistemología contemporánea. La actividad probatoria, por tanto, debe limitarse a ellos. La forma en que luego dichos hechos son incorporados al derecho constituye un momento posterior a la prueba (calificación) cuya naturaleza bien puede ser conceptual o axiológica. Por ello, incluso los hechos cargados de derecho o valor “*primero se deben determinar como hechos ‘reales’, y su verdad empírica se debe establecer por medio de pruebas; luego pueden ser valorados y evaluados según el estándar axiológico apropiado. Un hecho definido valorativamente por el derecho puede y debe ser probado como verdadero o falso en su dimensión empírica antes de ser evaluado para poder decir que existe como un hecho cargado de valor*”.¹²

En este sentido, la denominada teoría racionalista de la prueba¹³ ha afirmado que, incluso teniendo en cuenta las particularidades de la prueba judicial, lo que caracteriza al razonamiento probatorio es la convicción de que el conocimiento de los hechos reales pasados es posible y, por ello, la prueba judicial siempre debe buscar la verdad de los mismos, pues ella es la condición necesaria para la justicia del caso particular (corrección de la decisión). De acuerdo a esta teoría existe una comunión necesaria y racional entre la verdad de los hechos¹⁴ y la decisión justa (de acuerdo al derecho positivo).¹⁵ Es cierto que, debido a las particularidades de la prueba judicial, no siempre será posible acceder directamente a la verdad, razón por la cual en algunos casos habrá de recurrirse al cálculo de probabilidades. En estos casos, el uso instrumental del cálculo debe ser realizado en términos racionales y las probabilidades habrán de ser interpretadas siempre en términos de la natural ocurrencia de los hechos (sentido común) y de acuerdo al estado actual de la ciencia.

Para la teoría racionalista de la prueba judicial la búsqueda de la verdad, en la fase probatoria, debe tener prioridad frente a otros fines del proceso (la paz social, la protección de garantías individuales, etc.) y, por lo mismo, la evaluación de las reglas probatorias y del procedimiento probatorio han de juzgarse por su eficacia en la obtención de la verdad más que por otros criterios y valores disponibles en el sistema (celeridad, economía, etc.). En este contexto tanto la psicología forense como la ciencia

¹² TARUFFO (2008), p. 19.

¹³ Dejamos de lado aquí la discusión sobre el contenido y extensión conceptual del término “teoría racionalista de la prueba”, pues aun cuando existe cierto consenso de su adscripción a una determinada tradición de pensamiento cuyo origen es posible encontrarlo en Bentham, “los contornos de la concepción racionalista de la prueba no son fáciles de trazar. No se trata solo de un problema de designación, esto es, de insuficiencia o imposibilidad de depuración de sus propiedades definitorias, sino también de denotación, esto es, de desacuerdos acerca de quiénes entran y de quienes quedan fuera de la categoría. Por supuesto, hay participantes que podríamos entender que sostenidamente se encuentran adentro y otros que pueden quedar fuera. Aquello no obsta a que la zona de penumbra sea amplia y movable”. COLOMA ET AL (2024), párt. 4.

¹⁴ Aunque se insiste por parte de los partidarios de la teoría racionalista de la prueba judicial que la verdad como correspondencia es la condición necesaria para la correcta aplicación del derecho que, a su vez, es la garantía de la justicia (¿formal?); lo cierto es que no existe ninguna base para tal relación. Bastante interés habrá tenido el régimen nacional socialista o la Italia fascista de Mussolini en la “correcta” aplicación del derecho, de lo cual no se sigue que ambos regímenes hayan sido ejemplos de virtud y justicia. MONTERO (2012), p. 57, especialmente nota 56.

¹⁵ TARUFFO (2008), pp. 56-58.

del procedimiento deben esforzarse en proveer a los operadores jurídicos (sobre todo al juez) métodos fiables para la búsqueda de la verdad de los hechos.¹⁶

Dentro del registro propuesto por la teoría racionalista de la prueba judicial, una decisión de evidencia en sede jurisdiccional no es esencialmente diversa a una decisión de evidencia en otros dominios del conocimiento, pues la sustancia del razonamiento probatorio es el juicio de realidad que correlaciona una afirmación empírica con un acaecimiento en el mundo (natural), bajo el paradigma de la verdad como correspondencia.

Para validar esta idea es necesario, eso sí, aislar la actividad probatoria propiamente tal del razonamiento judicial de aplicación del cual forma parte. Ello se logra distinguiendo con claridad las fases de conformación del material probatorio, la valoración propiamente tal y la aplicación de estándares de prueba.¹⁷ No hay duda que en la fase de conformación del material probatorio las normas legales ejercen una gran influencia. Por lo pronto, regulan la admisibilidad de la información mediante las reglas de exclusión de prueba. Con los estándares acontece otro tanto. En ellos también se filtran valores en competencia a propósito de la distribución de los riesgos de error, cuestión que varía de procedimiento en procedimiento;¹⁸ pero en la fase de valoración propiamente tal debe reinar de forma absoluta la búsqueda de la verdad.¹⁹

En ello parece estar pensando Ferrer, por ejemplo, cuando propone una analogía entre el razonamiento probatorio judicial y el razonamiento probatorio clínico; después de todo “*en la prueba clínica también inciden un conjunto de reglas jurídicas, deontológicas y protocolos médicos que guían la práctica médica, tanto en la recogida de información como en la valoración de la información disponible y posterior diagnóstico*”.²⁰ En tal dirección, el diagnóstico del médico respecto de una enfermedad no difiere sustantivamente de la valoración que realiza el juez respecto de la prueba rendida en autos. La única diferencia significativa entre ambos razonamientos probatorios es la limitación que afecta a la conformación del material probatorio en sede judicial (mediante ciertas leyes regulatorias de la prueba que pueden excluir evidencia valiosa). Esta limitación no afectaría al médico que, en principio, incorpora en su razonamiento probatorio todo el material disponible.

Por cierto, lo anterior no significa afirmar que la prueba judicial sea idéntica a la prueba clínica, pues hay diferencias entre una y otra.²¹ Por lo pronto, la prueba judicial se encamina a la búsqueda insti-

¹⁶ TWINING (2017), p. 76.

¹⁷ FERRER (2017), pp. 154-158 y FERRER (2007), pp. 41-49.

¹⁸ FERRER (2021), pp. 100-107.

¹⁹ FERRER (2007), p. 47.

²⁰ FERRER (2007), p. 51.

²¹ A propósito de esto, Susan Haack ha resumido el problema señalando que existen “*profundas tensiones entre los objetivos y valores de la empresa científica y la cultura jurídica, especialmente la cultura del sistema jurídico de los Estados Unidos; o entre el carácter investigador de la ciencia y la cultura adversarial de nuestro sistema jurídico; entre el objetivo de la investigación científica de cuestiones generales y el objetivo jurídico de resolver casos particulares; entre el omnipresente falibilismo de las ciencias –su apertura a la revisión de nuevas pruebas– y la preocupación del derecho por resoluciones celeres y definitivas; entre el impulso científico por la innovación y la preocupación del sistema jurídico por el precedente; entre el pragmatismo informal, orientado a la*

tucional de la verdad mediante el establecimiento de la ocurrencia de hechos pasados, irrepetibles y singulares en el contexto de un procedimiento reglado, temporalmente limitado y en el cual los intereses de las partes contaminan el material probatorio que, a su vez, determina o limita la información sobre la cual ha de emitirse un juicio definitivo que goza de autoridad. Aun así, Ferrer piensa que la analogía con la prueba clínica se puede realizar sin mayor problema.²²

Debido a las supuestas equivalencias entre el razonamiento probatorio judicial y el razonamiento probatorio científico, algunos de los partidarios de la teoría racionalista de la prueba han clasificado las leyes reguladoras de la prueba, conforme a su aptitud para alcanzar la verdad, en reglas de contenido epistémicamente neutro, favorable o contrario a la averiguación de la verdad.²³ Respecto a estas últimas, no ha faltado quien incluso las califique, cuando ellas tienden a una excesiva formalización del proceso, como verdaderas patologías epistémicas²⁴ y, por lo mismo, se afirme, por otro, que este tipo de reglas debiese ser erradicado de la decisión de evidencia a través de un nuevo marco regulatorio que permitiera la protección de los otros fines del proceso sin sacrificar la búsqueda de la verdad de la decisión probatoria.²⁵ Solo obrando de esta manera, se piensa, se podría realizar el ideal benthamiano de una prueba judicial realmente libre y racional, pues “*la exclusión de toda prueba puede ser la negación de toda justicia*”.²⁶

Para la teoría resulta, así, relevante garantizar el mejor acceso epistémico a los hechos, pues de la correcta aprehensión intelectual de los mismos depende la aplicación conforme a derecho de las normas jurídicas. Por lo mismo, metodológicamente hablando, la teoría racionalista de la prueba judicial se construye sobre la base de la primacía de la verdad como correspondencia desatendiendo, a nuestro juicio, las particularidades del juicio de evidencia dentro de un proceso judicial.

Como se puede observar, la teoría racionalista de la prueba sostiene que una decisión judicial de evidencia está justificada si ella realmente logra establecer la verdad de ciertas proposiciones empíricas mediante la aplicación de los métodos propios de las ciencias naturales y, en menor medida y de forma auxiliar, de la psicología y de la estadística.²⁷

Con todo, esta forma de ver las cosas por parte de la teoría racionalista de la prueba, con todas las bondades teóricas que se le pueda atribuir, para algunos autores, no ha tenido una real incidencia en la práctica probatoria judicial, por lo menos dentro de la tradición del derecho continental. Ello se puede explicar por muchas razones. Desde una perspectiva externa a la teoría, la relativamente

solución de problemas, de la investigación científica y la dependencia del sistema jurídico a las reglas y procedimientos formales; entre las aspiraciones esencialmente teóricas de las ciencias y la inevitable orientación del sistema jurídico hacia las políticas públicas”. HAACK (2020), pp. 158 y 159.

²² FERRER (2007), p. 52.

²³ ANDERSON ET AL (2017), p. 303.

²⁴ GASCÓN (2010), p. 111.

²⁵ LAUDAN (2013), p. 177.

²⁶ BENTHAM (1925), p. 227.

²⁷ GONZÁLEZ (2022a), pp. 49-95 y GONZÁLEZ (2022b), pp. 11-58.

reciente incorporación del aparato conceptual probatorio propio del *evidence law* anglosajón a la discusión teórica continental; la total disociación entre los conceptos de la teoría racionalista y las prácticas tradicionales de la jurisprudencia continental,²⁸ y la falta de formación en derecho probatorio de los operadores jurídicos en los sistemas jurídicos continentales,²⁹ pueden contar como algunas de las causas del escaso impacto forense de la teoría. Desde una perspectiva interna (problemas inherentes a la teoría racionalista) dos son, nos parece, las razones a considerar a la hora de explicar el limitado rendimiento práctico de la teoría: la consideración atómica de la valoración de la prueba judicial como una actividad independiente del razonamiento judicial de aplicación y la existencia de algunas creencias referidas a la forma en que los hechos se incorporan al derecho.

La estrategia de desagregar la actividad probatoria distinguiendo y aislando la operación de valoración de la prueba, de las fases de conformación y determinación de la suficiencia del material probatorio, distorsiona la forma en que los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos son incorporados en una decisión de evidencia. Supóngase, siempre en el contexto del derecho laboral, que el hecho a probar es haber proferido injurias en contra del empleador de acuerdo al artículo 161 letra d del Código del Trabajo; o el hecho a probar es el carácter indefinido del contrato de trabajo, cuando ha operado la presunción del artículo 15 del mismo cuerpo legal (a falta de escrituración del contrato de trabajo, se entenderá que forman parte del mismo las cláusulas que declare el trabajador). En estos casos resulta bastante evidente que la valoración de la prueba es inseparable del contexto normativo.

Esta aproximación analítica propuesta por la teoría racionalista, se traduce, adicionalmente, en una limitada comprensión de los hechos en el derecho. Para la teoría racionalista de la prueba judicial parece existir una línea divisoria bastante clara entre las cuestiones de hecho y derecho³⁰ que, a su vez, hace posible una aproximación descriptiva de las primeras³¹ y normativo axiológica de las segundas.³² Sin embargo, como veremos en la siguiente sección, no siempre será posible separar a los hechos de

²⁸ COLOMA ET AL (2024), párr. 1.

²⁹ COLOMA ET AL (2019), pp. 129-152.

³⁰ Sin embargo, esto no es evidente ni siquiera para todos los partidarios de la teoría racionalista. “Contra la idea de que los hechos pueden ‘hablar por sí mismos’, White afirma que ‘el abogado sabe que para probar su caso no solo debe demostrar la verdad o probabilidad de ciertas proposiciones sobre los hechos, sino que debe presentar al juez o al jurado una forma de ver el caso como un todo que tendrá sentido; y debe ‘tener sentido’ no meramente como una cuestión de probabilidad empírica, sino como predicado de una acción... el problema de si una cuestión es de hecho o de derecho es, ella misma, una cuestión de derecho”. TWINING y MIERS (2012), pp. 130 y 131.

³¹ COLOMA ET AL (2024), párr. 7-16.

³² Mediante esta estrategia “la concepción racionalista de la prueba aspira a encontrar modos de evaluar epistémicamente las hipótesis sobre los hechos a la luz de las pruebas sin la intervención del aparato doxástico y conceptual de los individuos institucionalmente encargados de hacer esa evaluación. Al tratar de evitar la arbitrariedad en las decisiones debido a factores exógenos al proceso probatorio, la alternativa propuesta se compromete con una polémica concepción de los hechos, muy cercana al positivismo filosófico. En su afán de alcanzar un alto grado de objetividad y neutralidad en el razonamiento probatorio, la concepción racionalista de la prueba ha intentado modelar su proceder en una concepción del razonamiento científico que dista mucho de la manera en que los filósofos de la ciencia conciben la práctica científica hoy en día”. COLOMA ET AL (2024), párr. 15. Esta manera de entender el fenómeno probatorio en el campo de la ciencia, curiosamente, se halla bastante alejada de la forma como los propios científicos entienden el problema. La ciencia, como cualquier empresa cultural, está conformada por un conjunto de prácticas compartidas asentadas sobre normas y valores. Estas prácticas, a su vez, contaminan los procesos de verificación o falsación de las hipótesis fácticas e incluso la percepción de los hechos mismos. De ahí que los científicos de profesión se resistan a hablar de “hechos verdaderos” sin más, aceptando que es inevitable una cierta mediación cultural entre la realidad y el conocimiento de la misma. LENG y LENG (2020), pp. 159-172.

las normas, toda vez que en el derecho los hechos tienen una naturaleza institucional o, por lo menos, institucionalizada.

III. EL DERECHO EN LOS HECHOS

La forma en que los hechos se incorporan al derecho depende, en buena medida, del contexto normativo. De tal forma que no se debería hablar simplemente de la “prueba de los hechos” y de la “valoración de la prueba” sin antes precisar de qué tipo de hecho estamos hablando.

De forma lúcida, Damaska ha advertido esto al señalar que los hechos en el derecho “*más que una masa invariable, son un omnium gatherum de asuntos con una accesibilidad distinta al aparato cognitivo. Algunos son fenómenos empíricos autónomos, respecto de cuya existencia pueden llegar a un acuerdo tanto un miembro de una tribu de la selva amazónica como un filósofo de la persuasión posmoderna. La mayoría de los demás hechos son productos de una construcción social de complejidad variable, de modo que su accesibilidad al conocimiento depende inevitablemente del contexto cultural envolvente. Si bien algunos de ellos pueden separarse de los juicios de valor con relativa facilidad, otros requieren evaluaciones sociales complejas. La mayoría de ellos se encuentran en el pasado, aunque algunos existen al momento de la investigación o constituyen predicciones de sucesos futuros. Algunos se relacionan con la pregunta sobre si algo sucedió y otros con la pregunta de por qué sucedió algo*”³³

El *omnium gatherum* que denuncia Damaska tiene, qué duda cabe, un origen normativo. Es decir, son las normas legales las que incorporan institucionalmente, bajo la forma de supuestos normativos, tanto fenómenos empíricos autónomos como construcciones sociales complejas. Pero si esto es así, el primer paso para justificar una decisión de evidencia es precisamente identificar el tipo de norma que está en juego en la disputa judicial. En este escenario distinguir entre normas constitutivas³⁴ y

³³ DAMASKA (2023), p. 26.

³⁴ Es difícil trazar una genealogía precisa del concepto de regla constitutiva. Con todo, contemporáneamente se ha afirmado que la idea en el ámbito de la teoría del derecho tendría su origen en una conferencia pronunciada por Czeslaw Znamierowski en 1923 en Lemberg, bajo el título *Sobre la Investigación de la Norma de Conducta*. Ahí el teórico polaco distinguía entre normas imperativas y normas de construcción. Un año más tarde Znamierowski profundiza en estas ideas en su libro *Conceptos Básicos para una Teoría del Derecho*. En esta obra ya aparece claramente la idea de que las normas de construcción son aquellas que crean una nueva forma de actuación, usando como ejemplo de su propuesta las reglas del ajedrez. LORINI Y ZELANIEC (2018), p. 10. De alguna manera las ideas de Znamierowski reaparecen en otro contexto y bajo otra denominación en 1953 en un trabajo temprano de H.L.A. Hart denominado *Definition and Theory in Jurisprudence* cuando él introduce la noción de definición funcional con ocasión de los conceptos jurídicos. De acuerdo a Hart, conceptos tales como “derecho”; “obligación”; “persona jurídica” no pueden ser definidos (sin incurrir en profundos problemas lógicos y ontológicos) de acuerdo a las reglas de la definición por género próximo y diferencia específica. En su lugar, Hart propone definir estos términos de acuerdo a la función particular que desempeñan dentro de un enunciado. Para ejemplificar su punto recurre a la definición de “baza” en el contexto de un juego de bazas (cartas). “En efecto, debemos tomar la sentencia en la que la expresión ‘baza’ juega su rol característico explicando, primero, la especificación de las condiciones bajo las cuales la sentencia en su conjunto es verdadera, y, luego, mostrando cómo es usada (la expresión) en un caso particular en una conclusión construida a partir de reglas”. HART (1983), p. 33. Así las cosas, aunque no es posible definir “derecho” en abstracto sí es posible comprender la expresión “J tiene derecho a que se le pague el precio” en la medida que describimos las condiciones del contrato de compraventa y unimos la expresión a las consecuencias normativas previstas en las obligaciones del vendedor. Estas ideas serán retomadas por Hart en 1961 en su *Concepto de Derecho*, específicamente en el capítulo I. Adicionalmente, esta estrategia también le será útil para distinguir entre normas primarias (imperativas) y normas secundarias (de potestad), toda vez que estas últimas aportan las condiciones bajo las cuales una norma primaria adquiere poder normativo dentro de un sistema legal. HART (2012), pp. 13-17 y 91-99. En el dominio de la filosofía política y moral, John Rawls también había advertido las particularidades de realizar una acción dentro de una práctica normativa,

normas regulativas parece más relevante que distinguir entre normas de contenido epistemológico y normas de contenido contra epistemológico.

Una regla es constitutiva si la acción o estado de cosas prescrito (o previsto) por la misma es inseparable de la regla. En estos casos la acción o estado es dependiente ontológica o semánticamente de la regla. Ello es lo que ocurre con claridad en el caso de las reglas que gobiernan los juegos (el ajedrez, por ejemplo), pero también en el caso del derecho. Tener tal o cual nacionalidad no es una condición natural sino un estado que surge y se entiende a partir de una regla³⁵ de derecho (la Constitución de un Estado, por ejemplo), de ahí que estas reglas tengan una naturaleza constitutiva.³⁶

Las reglas constitutivas se diferencian de las reglas meramente regulativas por, a lo menos, tres notas distintivas: su relación con los hechos; su estructura lógica, y su dirección de ajuste.

Como se ha dicho, las reglas constitutivas crean (o significan) hechos. Las más de las veces se tratará de acciones comprendidas dentro de la idea más amplia de hechos sociales. A estos hechos sociales John Searle los llama “hechos institucionales”. Estos hechos no dependen (únicamente) de condiciones materiales sino de una institucionalidad supuesta tras ellos. En este sentido, los hechos institucionales son ontológicamente (o por lo menos, semánticamente)³⁷ diversos a los hechos brutos (aquellos que no dependen para su existencia y comprensión de una norma constitutiva), y lo son en varios sentidos.

Que los hechos institucionales sean dependientes ontológicamente (y/o semánticamente) de una norma quiere decir que ellos no existen (o no tienen sentido) con independencia de la regla que los establece. Realizar un “enroque”; “celebrar un contrato de trabajo”; “proferir una injuria” no son hechos independientes de una regla, sino parte de una. En tal sentido, la acción de proferir ciertas

señalando que en estos casos existe una prioridad lógica de las reglas por sobre las acciones, pues ellas especifican nuevas formas de acción que son dependientes de las reglas. Rawls ejemplifica esto con las diferentes jugadas de un juego de baseball. De hecho, en los juegos como el baseball (lo mismo aplica para otras prácticas sociales regladas) “no importa qué hizo una persona, lo que hizo no podría ser descrito como el robo de una base, un paseo, un movimiento ilegal del lanzador, etc., a menos que pudiera también ser descrito como una jugada de baseball; hacerlo presupone la existencia de una regla que constituye el juego”. RAWLS (1999), p. 37. Otro tanto había hecho Gertrud Anscombe en 1958 al introducir la idea de “la institucionalidad detrás de la acción” y su distinción entre el mero depósito de un objeto y el cumplimiento de una obligación de dar un objeto o cuerpo cierto. ANSCOMBE (1958), p. 72. Sin embargo, el papel estelar en el desarrollo histórico de la distinción entre reglas constitutivas y reglas regulativas le corresponde a John Searle, quien desde 1964 en adelante fue incorporando la distinción a la discusión en el campo de la filosofía social y jurídica. SEARLE (1964), pp. 43-58; SEARLE (1965), pp. 221-239; SEARLE (1969); SEARLE (1971); SEARLE (1976), pp. 1-23. SEARLE (1995); SEARLE (1998); SEARLE (2008), pp. 443-459; y SEARLE (2010).

³⁵ SEARLE (1964), pp. 52 y 53.

³⁶ SEARLE (1964), p. 55.

³⁷ En esta dirección avanza, por ejemplo, Alf Ross cuando realiza su teorización de las reglas de conducta tomando como paradigma las del ajedrez. Si bien es cierto, Ross reconoce que no existe un vínculo causal entre los datos empíricos sobre los cuales se construye una acción y la regla que regula aquella acción, de ello no se sigue que entre el “fenómeno” y la “acción conforme a una regla” exista una diferencia ontológica. Lo que ocurre es que la regla simplemente aporta un criterio de interpretación de la acción, acción que admite simplemente una diferente significación (problema semántico). En tal sentido, tomando como referencia las reglas del ajedrez, Ross escribe: “las normas del ajedrez son, pues, el contenido ideal abstracto (de naturaleza directiva) que posibilita, en tanto que esquema de interpretación, comprender los fenómenos del ajedrez (las acciones de las movidas y los patrones de acción experimentados) como un todo coherente de significado y de motivación, como una partida de ajedrez; y que posibilita también, junto con otros factores y dentro de ciertos límites, predecir el curso de la partida”. ROSS (2011), p. 39. Es decir, las reglas sirven para “calificar” ciertos hechos. Para un estudio más detallado sobre la posición de Ross (en comparación con la de Searle y Carcaterra) se puede consultar: GUASTINI (1984), pp. 297-315.

palabras en unas determinadas circunstancias constituye, por ejemplo, una promesa, una aceptación, un reconocimiento de deuda, etc. Esto es, un “*hecho institucional*”. Searle expresa esta idea mediante la fórmula “*X cuenta como Y en las circunstancias C*”,³⁸ en donde Y viene a ser el hecho institucional conforme a la regla C.

Los hechos institucionales, en todo caso, no solo se distinguen de los hechos brutos por su dependencia ontológica (o semántica) de una norma o por su ligamen a ciertos poderes deónticos.³⁹ Además de ello, los hechos institucionales pueden estar constituidos sobre una base meramente empírica, una jurídica o una valorativa, en tanto que los hechos brutos solo por la primera forma de constitución. Piénsese, para ejemplificar lo dicho, en la naturaleza del hecho de tener “*capacidad de contratación*” en materia laboral, en razón de la edad de una persona. Claramente estamos en presencia de un hecho institucional (X cuenta como Y en las condiciones C), pero su existencia depende de la efectiva ocurrencia en las coordenadas espaciotemporales de cierto paso del tiempo (edad), a propósito de una determinada regla. La verificación del hecho (transcurso del tiempo) será de naturaleza empírica, como empírico es el hecho mismo de transcurrir un cuerpo en el tiempo. Por el contrario, la presunción del contenido normativo de las cláusulas contractuales en favor del trabajador cuando el contrato de trabajo no ha sido escriturado dentro de los 15 primeros días, no admite la posibilidad de verificación empírica, toda vez que el hecho (las cláusulas del contrato) sólo se presume (naturaleza legal) y, por lo mismo, su existencia no es empírica, sino jurídica (artículo 9 inciso 4º, CT). Finalmente, repárese en la existencia de uno de los supuestos a que alude el artículo 160, 1º d del CT. En este último caso, la existencia del hecho “*injuria proferida por el trabajador en contra de su empleador*” es de carácter valorativo, con lo que para su ocurrencia no es suficiente la existencia de hechos materiales (fonemas o grafemas) meramente acaecidos en las coordenadas espacio-temporales. Nuevamente aquí lo relevante es la calificación de los hechos a partir de una norma.

Ahora bien, la línea divisoria que permite establecer la caracterización de los hechos brutos y los hechos institucionales, en el caso del derecho debe ser tomada con cierta reserva. Ello es así porque en el derecho difícilmente se puede hablar de “*hechos brutos*”, toda vez que el hecho (incluso de base meramente empírica) al ser incorporado en una norma de alguna forma se “*institucionaliza*”, esto es, su sentido en algún grado depende del contexto normativo. Por lo mismo, tal vez lo más adecuado sería hablar de hechos institucionalizados y hechos institucionales propiamente tales.⁴⁰

³⁸ SEARLE (1999), p. 155.

³⁹ Los hechos institucionales, a su vez, se hallan ligados a ciertos poderes deónticos. Su ocurrencia da origen a derechos, deberes, obligaciones, requerimientos, permisos, autorizaciones, etc. Estos deberes pueden ser expresados de forma positiva o negativa y en general se refieren a cualquier forma que adquiera las relaciones de poder dentro de un grupo social. Searle simboliza estos poderes con la fórmula genérica: “*reconocemos S (tiene poder [S hace A])*” o su negativa correspondiente “*reconocemos S (no tiene poder [S hace A])*”. De modo tal que los poderes deónticos son una consecuencia natural de la construcción social de la realidad, pues ella “*no trata tan solo de personas y objetos; trata de actividades de las personas y las relaciones de poder que no solamente gobiernan, sino que constituyen dichas actividades*”. Es posible, en todo caso, que a los hechos brutos se le asocien poderes deónticos, pero no es un atributo de los mismos tener tales poderes; por el contrario, la inmensa mayoría de los hechos institucionales suponen la existencia de poderes deónticos. Así las cosas, celebrar un contrato de promesa, contraer matrimonio o estar fuera de juego supone siempre la existencia de poderes deónticos. El nacimiento o la muerte de una persona natural, no necesariamente supone tales poderes [SEARLE (2014), pp. 26 y 149 y 150].

⁴⁰ BENFELD (2024), pp. 9-12.

Las reglas constitutivas son así la condición de posibilidad de un hecho institucional: celebrar un contrato de trabajo, proferir una injuria, etc. Esta relación entre la regla y los hechos se expresa, a su vez, mediante una estructura lógica que incorpora dentro de la regla un tipo específico de función. Searle la denomina función status. Imponer una función es simplemente explicitar una causa que sirve a un propósito. En algunos casos, tras la imposición de una función está operando una intencionalidad colectiva. Cuando dicha intencionalidad colectiva asigna un valor a la imposición de la función, no solo en un momento inicial sino continuo y dicha asignación de función no depende totalmente de la estructura material de la entidad o persona, entonces estamos en presencia de una función estatus. Nuevamente aquí muestra el rendimiento la fórmula propuesta para las reglas constitutivas: “X cuenta como Y en las circunstancias Z”. Estas palabras (sí, acepto) cuentan como una aceptación pronunciada en presencia de tal o cual funcionario, por ejemplo.⁴¹ En estos casos, la validación de la acción depende de su correspondencia con la regla y no de una relación de medio a fin dependiente de cuestiones materiales. Esto se traduce, por ejemplo, en que no es posible comprender los movimientos de un juego (de ajedrez, fútbol, tenis, etc.) o las acciones de un funcionario en tanto funcionario sin vincularlos a un sistema de reglas que les entrega su sentido propio.⁴²

Finalmente, la dirección de ajuste de las reglas constitutivas, esto es, la forma en que las normas (y las declaraciones) se relacionan con la realidad, es bidireccional. En general, los juicios declarativos, esto es, aquellos que realizan una afirmación sobre el mundo, tienen una dirección de ajuste *mundo a palabra* (↑): hoy está lloviendo en Concepción es verdadero si y solo si en Concepción efectivamente hoy está lloviendo; mientras que las prescripciones tienen una dirección de ajuste *palabra a mundo* (↓). El contrato de trabajo debe escriturarse dentro de los 15 días siguientes a su celebración, es obligatorio si y solo si de su falta de escrituración alguna consecuencia normativa se sigue. Curiosamente, las reglas constitutivas parecen participar simultáneamente de las dos direcciones de ajuste *mundo-palabra/palabra-mundo* (↑↓), esto es posible porque ellas al mismo describen (creando) una realidad y prescriben una conducta conforme al hecho descrito.⁴³ El ejemplo que pone Searle es el de la regla que establece la línea de sucesión al trono: por ejemplo, será coronado rey el primogénito del monarca fallecido; o el o la última de las hijas de la reina, etc. En estos casos tenemos, por una parte, la descripción de un estado de cosas (quien será rey o reina) y por otra las condiciones de satisfacción de carácter normativo (poderes deónticos los llama Searle): quién debe ser nombrado rey o reina. En general, y esto es importante, la dirección de ajuste *palabra-mundo* es propia de las descripciones, en tanto que el ajuste *mundo-palabra* es propio de las prescripciones,⁴⁴ de ahí la particularidad de las reglas constitutivas⁴⁵ en este punto.

⁴¹ SEARLE (2014), p. 91.

⁴² Una interpretación distinta sobre este punto parece tener Vilajosana en *La Construcción Social de la Realidad Jurídica*, por lo menos en lo referido a la regla constitutiva de un sistema jurídico. Para este autor, al parecer, la regla constitutiva de reconocimiento tendría una naturaleza instrumental (sería una suerte de regla técnica de identificación) respecto a lo que el mismo autor denomina una proposición anankástica social. De modo tal que las reglas constitutivas (por lo menos la de reconocimiento) podrían ser consideradas una suerte de regla instrumental (si H, entonces C), en algún sentido dependientes de sus razones subyacentes. VILAJOSANA (2010), pp. 28-30.

⁴³ SEARLE (2014), pp. 139 y 140.

⁴⁴ SEARLE (1976), pp. 10-16.

⁴⁵ Para Searle la distinción entre reglas regulativas y constitutivas es de una importancia crucial para su teoría social. Es esta

Por el contrario, las reglas meramente regulativas regulan hechos (acciones) preexistentes e independientes de la regla, es decir, hechos brutos. Poseen una estructura lógica simple que no implica ninguna función estatus (Si X entonces Z), y cuya dirección de ajuste es la propia de las reglas, esto es, sólo *mundo a palabra* (↑).

La distinción entre reglas constitutivas y regulativas no es pacífica. Dentro de la teoría se ha discutido bastante sobre su importancia para la comprensión del derecho como sistema de normas.⁴⁶ Sin embargo, a nosotros nos parece que se trata de una distinción con un alto poder de explicación a la hora de comprender la diferente naturaleza de los hechos susceptibles de prueba, toda vez que ella evita incurrir en los defectos que presenta, a nuestro juicio, la teoría racionalista de la prueba judicial: su división analítica del razonamiento probatorio judicial, la centralidad de los hechos y la verdad por sobre las notas propias de la decisión de evidencia judicial y su muy simple consideración de los hechos en el derecho como hechos brutos.

IV. UNA PROPUESTA NORMATIVA JURÍDICA DE JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN DE EVIDENCIA

Una decisión de evidencia en el contexto de la prueba judicial debe ser susceptible de justificación. Ya se trate de una justificación interna gracias a la coherencia lógica de sus enunciados ya se trate de una justificación material conforme a la existencia de normas jurídicas a partir de las cuales derivar el contenido prescriptivo de la misma.

La presencia en el derecho de normas constitutivas y regulativas; de hechos institucionales y hechos brutos, nos parece, requiere un tipo de justificación que va más allá de lo que puede ofrecer una aproximación epistemológica al problema. En este sentido, entender la decisión de evidencia en sede judicial como un fenómeno normativo presenta, a nuestro juicio, un conjunto de ventajas significativas que, sin necesidad de renunciar a la objetividad y racionalidad de la decisión, dan cuenta de las particularidades del razonamiento probatorio en el derecho.

El punto de partida de una concepción normativa de la prueba judicial es que los hechos susceptibles de prueba no son siempre y en todo caso hechos brutos; sino muchas veces hechos institucionales. Los hechos institucionales (jurídicos o axiológicos), a su vez, nunca pueden ser derivados de forma causal de los hechos brutos, con lo que la verificación empírica de estos últimos no entraña en caso alguno la prueba de aquéllos.

distinción la que le permite, siguiendo en esto a Wittgenstein y Austin, entre otras cosas, destacar el carácter institucional del lenguaje mismo. Esto es, hablar un lenguaje (con sentido) no es otra cosa que seguir un conjunto de reglas constitutivas [SEARLE (1997), pp. 75-92 y SEARLE (2014), pp. 122-125]. Sin embargo, no sólo el lenguaje (en un sentido amplio) genera reglas constitutivas sino también las hay "extralingüísticas", esto es, reglas constitutivas de segundo orden (aquellas que Anscombe identificó como la institucionalidad supuesta). Entre ellas, las que regulan el funcionamiento de la economía mediante el flujo de dinero; las que determinan el funcionamiento de la política a través de las reglas de legitimación; las que regulan las relaciones sociales mediante el derecho, etc., sólo por poner algunos ejemplos [SEARLE (2014), pp. 132-134]. Pero si esto es así, son precisamente las reglas constitutivas las que indican el camino adecuado para la comprensión de la realidad social mostrando también la complejidad de la misma y su irreductibilidad al fenómeno natural.

⁴⁶ HART (2012), p. 94; ROSS (1968), p. 55; MACCORMICK (1992), pp. 336-345; RUITER (1998), pp. 227-230; BULYGIN (1992), p. 215; y RAMÍREZ-LUDEÑA y VILAJOSANA (2022).

Por el contrario, la justificación de una decisión de evidencia, por lo menos, respecto a los hechos institucionales no se puede escindir del contexto normativo en el cual se adopta. En este sentido, nos parece, que una aproximación normativa puede dar cuenta de mejor manera de, por lo menos, tres aspectos relevantes de la prueba judicial como fenómeno institucional. Permite integrar de forma armónica el razonamiento probatorio dentro del razonamiento general de aplicación del derecho. Muestra los diferentes tipos de inferencias involucrados en la prueba judicial, sin reducirlos solo a la inferencia empírica. Ofrece un esquema de razonamiento objetivo y racional que facilita a los operadores jurídicos una clara comprensión del fenómeno y los insumos necesarios para un adecuado control del razonamiento efectuado por el órgano decisor. Revisemos, pues, estos tres aspectos más de cerca.

A. Razonamiento probatorios y razonamiento de aplicación.

La comprensión del fenómeno probatorio judicial requiere una visión de conjunto del sistema normativo dentro del cual ella opera y tiene sentido. En tal dirección, la decisión de evidencia, nos parece, no puede ser escindida del razonamiento judicial del cual forma parte. Esto quiere decir que la decisión sobre los hechos en un proceso no constituye un momento autónomo como parece sugerir la teoría racionalista de la prueba sino un momento que ha de ser concatenado y entendido dentro de una estructura de razonamiento mayor.

En los sistemas jurídicos de derecho continental, el modelo más simple de razonamiento jurídico de aplicación del derecho comprende cinco elementos: “(a) *determinación de la validez de la norma jurídica aplicada (decisión de validez)*; (b) *determinación del significado de la norma jurídica aplicada (decisión de interpretación)*; (c) *determinación de los hechos del caso (decisión de evidencia)*; (d) *subsunción de los hechos del caso bajo la norma jurídica aplicada*; (e) *determinación de las consecuencias jurídicas de los hechos del caso (decisión final)*”.⁴⁷

Dentro de este modelo general del razonamiento jurídico, la “*decisión de evidencia*” busca establecer que un hecho ha tenido lugar en las coordenadas espacio-temporales. Ello supone un proceso de valoración de las pruebas según las normas de evidencia aceptadas en un determinado sistema legal. Si bien se lo piensa, la valoración de la prueba judicial y su justificación en el proceso no son nunca libres, aunque sí racionales.⁴⁸ De ahí que impropiamente se hable de sistema de ponderación racional o libre y de regímenes de ponderación tasada de la prueba. Más bien lo que ocurre es que en algunos sistemas por razones ideológicas las reglas de evidencia son preeminentemente de base empírica, lo cual supone una mayor flexibilidad argumental para el órgano decisor, mientras que en otros son de base jurídico-normativo (asignación de valor a ciertos medios de prueba; presunciones, etc.). Y, en uno y otro caso, habrá muy probablemente algún valor comprometido (justicia, seguridad, etc.).

⁴⁷ WRÓBLEWSKI (2008), p. 28.

⁴⁸ WRÓBLEWSKI (2008), p. 31.

B. Diferentes hechos demandan diferentes inferencias probatorias.

Dejando de lado la cuestión sobre la validez de las normas en un sistema jurídico, la especificación del sentido de la regla (su interpretación) resulta esencial para la determinación del tipo de inferencia que ha de ser usado para la prueba de los hechos. De modo tal que, volviendo a nuestra sección anterior, la distinción entre reglas constitutivas y regulativas resulta ser de una especial importancia al momento de elegir una estrategia probatoria, esto es, el modo “*en que un sujeto procesal interpreta la regulación vigente y orienta sus actuaciones en el juicio para tratar de justificar que un hecho ha sido o no probado*”.⁴⁹

Si la regla es constitutiva de base empírica o meramente regulativa (sin un supuesto de base normativa social), entonces la decisión de evidencia se podrá fundar en una inferencia⁵⁰ empírica, al modo como propone la teoría racionalista de la prueba. Pero si se trata de una regla constitutiva cuyo supuesto es insoluble de la regla (base normativa jurídico-axiológica) el tipo de inferencia llamada a fundamentar la decisión a partir de la regla ha de tener una naturaleza jurídica o valorativa.

Sigamos con nuestros ejemplos del código laboral chileno. Compárese las siguientes tres disposiciones del Código del Trabajo: 1.- el contrato de trabajo termina por la “*no concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo*” (artículo 160, n° 3); 2.- “*La falta de contrato escrito hará presumir legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador*” (artículo 9 inciso 4°), y 3.- en contrato de trabajo termina por “*conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña*” (artículo 160, n° 1 letra e). Se trata de tres supuestos normativos de diversa naturaleza. La no concurrencia del trabajador a su lugar de trabajo es un hecho bruto (aunque institucionalizado), susceptible de una descripción independiente de la regla. El contenido de las estipulaciones del contrato de trabajo no escriturado es un supuesto de contenido jurídico (una presunción). Finalmente, la conducta inmoral del trabajador es un supuesto de contenido axiológico. En estos dos últimos casos no es posible realizar una descripción del supuesto sin una remisión a las reglas o principios de los cuales se deriva (hechos institucionales).

Puesto que los supuestos tienen una diversa naturaleza, la inferencia probatoria ha de tener un fundamento diferente en cada caso. Vale decir, lo que está detrás como razón subyacente a cada disposición en relación con los hechos es que, en algunos casos, dada la naturaleza del hecho a probar, las inferencias deben ser empíricas como puramente empírico es el hecho; mientras que en otros casos las inferencias habrán de fundarse en criterios legales o axiológicos, dada la naturaleza institucional de dichos hechos.

En esto parece estar pensando, por ejemplo, Gonzáles Lagier cuando introduce su triple tipología de

⁴⁹ LARROUCAU (2022), p. 199.

⁵⁰ Entendemos aquí por inferencia probatoria la operación lógica que permite dar por acreditado un hecho a partir de una regla.

“enlaces” o “garantías”⁵¹ para la validez de las inferencias probatorias. De acuerdo con este autor, en la fase de valoración de la prueba es posible distinguir diversas estrategias o insumos teóricos que los jueces usan efectivamente en contextos normativos como garantías de sus deducciones con consecuencias probatorias. Estas garantías pueden ser, por lo menos, de tres tipos diversos: inferencias inductivas propiamente tales; normas jurídicas que inciden de manera directa en la prueba, bajo la forma de presunciones, y conceptos que influyen en la calificación de los hechos.⁵² De forma tal que cuando lo que se intenta probar es un hecho bruto el fundamento de la decisión será una inferencia inductiva; cuando lo que está en juego es una presunción el fundamento será la norma jurídica misma, en tanto que cuando se trate de cuestiones valorativas la garantía será conceptual (esto es, se presupone una definición de la acción para su calificación).

Ahora bien, lo que nos interesa destacar es que la cuestión del tipo de garantía o enlace que demanda el hecho a probar depende de la norma legal misma. En consecuencia, para que la decisión de evidencia se encuentre justificada es necesario incorporarla (no desagregarla) dentro del razonamiento judicial de aplicación.

Esta forma de comprender el problema obliga a enriquecer la estructura lógica de una decisión de evidencia, cosa que se puede hacer de varias formas. Una es utilizar el esquema completo que ofrece Toulmin, enriqueciendo la garantía de la forma que propone González Lagier.

Si aplicamos el esquema de Toulmin a la presunción del artículo 9 inciso 4º del Código del Trabajo, el resultado sería el siguiente:

El contrato individual de trabajo celebrado entre el trabajador y el empleador ha de entenderse necesariamente (M) de duración indefinida (C). No existe contrato escrito y el trabajador ha señalado cuáles son las cláusulas del contrato (D). Conforme lo previene el artículo 9 inciso 4º, la falta de contrato escrito hará presumir legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador (G). Los derechos de los trabajadores son irrenunciables, de acuerdo al artículo 5 del Código del Trabajo (R).⁵³ En consecuencia, teniendo presente lo prescrito en el artículo 9º inciso 4º del Código del Trabajo, la falta de contrato escrito y las declaraciones prestadas por el trabajador, se darán por acreditadas las condiciones del contrato, entre ellas, su carácter indefinido para todos los efectos lega-

⁵¹ González toma la idea de “garantía” del esquema de razonamiento práctico ideado por Toulmin. Resulta interesante que el propio Toulmin, cuando realiza la propuesta simplificada de su modelo (de acuerdo al derecho del Reino Unido, todos los que nacen en Bermudas son (G); Harry nació en Bermudas (D); Harry es súbdito británico (C)), específicamente advierte que no siempre será posible distinguir la garantía (justificación) del dato (hecho); pues ello depende del contexto de la sentencia. Así, solo en algunas situaciones será posible distinguir claramente garantía y hecho, lo cual se expresará en dos tipos de proposiciones diversas: “siempre que A se ha hallado que B y siempre que A, puede entenderse que B”. TOULMIN (2003), pp. 132-139. El modelo completo de Toulmin comprende más elementos: Backing=respaldo del argumento (R); Warrant= garantía (s) (G); Ground= Fundamento(s) (D); Qualifiers= cualificador modal (M); Rebuttals= excepciones a la calificación modal (E); Claim= demanda. Razón de ser del razonamiento y núcleo de la pretensión. (C). En el razonamiento probatorio, la garantía no describe un hecho sino un tipo de inferencia inductiva, deductiva, abductiva siempre de carácter normativo.

⁵² GONZÁLEZ (2018), pp. 16-18.

⁵³ Obviamente esto supone que se ha probado la falta de escrituración del contrato; pero lo que aquí nos interesa es lo que de este hecho se deriva, como dice Toulmin, que puede entenderse como probadas también las estipulaciones del contrato (esta es la presunción).

les, de acuerdo a la presunción legal contenida en el referido artículo 9º.

C. La posibilidad de presentar un esquema de razonamiento objetivo y racional de una decisión de evidencia

Otra manera de justificar la decisión de evidencia en términos normativos es expresarla a través de una fórmula como la siguiente: “El hecho F (*fact*) ha ocurrido en el tiempo T (*time*) en el lugar P (*place*) de acuerdo con las evidencias E_1, E_2, E_n (*evidences*) que se basan en las reglas de evidencia empírica ERE_1, ERE_2, ERE_n (*empirical rules of evidence*) y/o en las reglas de evidencia jurídica LRE_1, LRE_2, LRE_n (*legal rules of evidence*), y/o en valoraciones V_1, \dots, V_n (*evaluations*)”⁵⁴

Esta fórmula, a su vez, ha de ser incorporada dentro de la estructura más amplia del razonamiento judicial de aplicación. Cuando se realiza esta operación, el resultado es una estructura de justificación bastante más compleja que la que propone la teoría racionalista. Siguiendo nuevamente a Wróblewski, el razonamiento judicial de aplicación tendría la siguiente estructura: “de acuerdo con la norma N con el sentido M (*determinado según las directivas de interpretativas DI_1, \dots, DI_n y las valoraciones V_1, \dots, V_n necesarias para la elección y uso de DI_1, \dots, DI_n*), el hecho del caso F que ha ocurrido en t, p (*de conformidad con la evidencia aceptada E_1, \dots, E_n que se basa en las reglas empíricas de evidencia LRE_1, \dots, LRE_n y/o reglas jurídicas LRE_1, \dots, LRE_n y/o valoraciones*) tiene como consecuencias jurídicas C_1, \dots, C_n , según las directivas de elección de consecuencias DC_1, \dots, DC_n y valoraciones V_1, \dots, V_n ”⁵⁵

Una fórmula como la anterior, nos parece, tiene, a lo menos, tres ventajas respecto a una aproximación meramente epistemológica al problema. En primer lugar, y en términos generales, ella aporta una estrategia metodológica para satisfacer el estándar de racionalidad y objetividad que demanda toda decisión de evidencia. En un estado de derecho, los órganos jurisdiccionales deben indicar los hechos que han sido demostrados, las pruebas admitidas y las razones para rechazar las demás pruebas, solo obrando de este modo ha de entenderse justificada la decisión de evidencia.⁵⁶ En segundo lugar, la justificación de la decisión de evidencia permite, a su vez, el control del razonamiento probatorio. En este sentido, las reglas de evidencia (sobre las cuales se justifica la decisión) junto con ser una valiosa ayuda para el órgano jurisdiccional aseguran a las partes la posibilidad de ejercer un cierto control sobre el modo en que el tribunal se ha formado una convicción respecto de las pruebas.⁵⁷ En tercer lugar, la fórmula que ofrece Wróblewski para la decisión de evidencia es sensible a la diferente forma en que los hechos son incorporados al derecho. En algunos casos la forma de incorporación de los hechos al derecho es proposicional (descripciones empíricas); en otros la incorporación se realiza a través de enunciados valorativos, y aún en otros a través de prescripciones (presunciones). De ahí que de manera correcta se pueda afirmar que existen diferentes

⁵⁴ WRÓBLEWSKI (2008), pp. 32, 59, 60, 71, 257 y 262.

⁵⁵ WRÓBLEWSKI (2008), pp. 61 y 62.

⁵⁶ WRÓBLEWSKI (2008), p. 254.

⁵⁷ WRÓBLEWSKI (2008), p. 239.

reglas de evidencia (empíricas, axiológicas y jurídicas).⁵⁸

Obviamente una fórmula como la propuesta por Wróblewski está muy lejos de la aproximación que nos propone la teoría racionalista. Sin embargo, si bien se lo piensa no existe una inconmensurabilidad entre ambas aproximaciones. Lo que ocurre es que, en el contexto de esta fórmula general de justificación de una decisión de evidencia, el rendimiento de la teoría racionalista se circunscribe a la mejor comprensión de las reglas empíricas de evidencia sobre hechos brutos o lo que González Lagier llama “*garantías de inferencia inductiva*”, en tanto que en los casos no comprendidos en las reglas empíricas de evidencia sobre hechos brutos la “*prueba*” del hecho es insoluble de su calificación, razón por la cual la garantía ha de ser legal o axiológica cuando la norma es constitutiva.

En resumen, el problema de la justificación de una decisión de evidencia en el derecho es siempre una cuestión normativa (jurídica), pues como hemos afirmado en este trabajo, los hechos en el derecho nunca son meros hechos.

V. CONCLUSIÓN

Una decisión de evidencia es un pronunciamiento autoritativo sobre la “*verdad*” (formal o material) de ciertas proposiciones de base empírica en el contexto de un procedimiento judicial. El propósito de una decisión de evidencia dentro de un procedimiento judicial es el de justificar la aplicación de las consecuencias normativas previstas en la norma en discusión. En este contexto, la decisión estará justificada solo en la medida en que ella pueda ser derivada de una regla de evidencia empírica, legal o axiológica conforme lo demande el propio supuesto normativo objeto de la prueba.

De acuerdo a lo que hemos expuesto, no nos parece posible comprender ni justificar una decisión de evidencia judicial si se parte de la idea de que la actividad probatoria se reduce únicamente a la prueba de los hechos brutos. Que el razonamiento probatorio puede ser realizado de forma independiente al razonamiento de aplicación del cual forma parte. Que el único tipo de inferencia válida en el dominio de la prueba de los hechos es la de carácter inductivo (enriquecido por inferencias abductivas, probabilísticas, etc.). Que la única racionalidad posible en este dominio es la racionalidad empírica y su reductiva concepción de la realidad.

Por lo anterior, nos parece que una comprensión normativa del fenómeno probatorio judicial presenta varias ventajas. En primer lugar, una justificación amplia de la decisión de evidencia, de naturaleza normativa, como la que hemos propuesto, es sensible a los hechos mismos y su relación con las reglas de valoración de la prueba. En el derecho no solo hay hechos brutos, sino institucionales. Respecto a la ocurrencia de estos últimos una inferencia empírica puede ser necesaria, pero nunca será suficiente para probar su existencia. En segundo lugar, ella aporta una estrategia metodológica para satisfacer el estándar de racionalidad y objetividad que demanda la valoración de la prueba. Este estándar no es patrimonio de la teoría racionalista, sino que se deriva simplemente del hecho de ra-

⁵⁸ WRÓBLEWSKI (2008), pp. 20 y 21.

zonar conforme a reglas dentro de un sistema probatorio dado. En tercer lugar, la justificación de la decisión de evidencia permite, a su vez, el control del razonamiento probatorio. En este sentido, las reglas de evidencia (sobre las cuales se justifica la decisión) junto con ser una valiosa ayuda para el órgano jurisdiccional aseguran a las partes la posibilidad de ejercer un cierto control sobre el modo en que el tribunal se ha formado una convicción respecto de las pruebas. Esta convicción no siempre tendrá por fuente una correcta inducción empírica, sino que, como hemos visto, en algunos casos operarán reglas de evidencia legales o axiológicas (conceptuales); comprender esto supone la posibilidad de ejercer un control y esgrimir argumentos de diversa naturaleza, sin por ello abandonar los límites del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela (2019): “Teoría de la prueba: ¿somos todos racionalistas ahora?”, en: *Revus* (núm. 39).
- ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William (2017): *Analysis of Evidence*, 2ª edición (Middletown, Cambridge University Press).
- ANSCOMBE, Gertrude (1958): “On brute facts”, en: *Analysis* (vol. 18 núm. 3).
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel (2016): *Las Razones del Derecho* (Lima, Palestra).
- SCHAUER, Frederick (2004): *Las Reglas del Juego* (Traducc. de Claudia Orunesu y Jorge Rodríguez, Madrid, Marcial Pons).
- BENFELD ESCOBAR, Johann (2021): “De la prueba de los hechos a la verificación del supuesto normativo”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 48 núm. 2).
- BENFELD ESCOBAR, Johann (2024): “La Prueba del Hecho Institucional”, en: *Ius et Praxis* (vol. 30 núm. 2).
- BENTHAM, Jeremy (1925): *Treatise of Judicial Evidence* (London, Messrs. Baldwin, Cradock & Joy).
- BULYGIN, Eugenio (1992): “On norms of competence”, en: *Law and Philosophy* (vol. 11).
- COLOMA CORREA, Rodrigo y AGÜERO SAN JUAN, Claudio (2014): “Fragmentos de un Imaginario Judicial de la Sana Crítica”, en: *Ius et Praxis* (vol. 20 núm. 2).
- COLOMA CORREA, Rodrigo (2017): “Conceptos y razonamientos probatorios”, en: *Revista de Derecho* (vol. XXX núm. 2).
- COLOMA CORREA, Rodrigo; AGÜERO SAN JUAN, Claudio; ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela; MARTÍNEZ PLACENCIA, Victoria y VARGAS SEPÚLVEDA, Valentina (2019): “Pensar la enseñanza del derecho Probatorio”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 52).
- COLOMA CORREA, Rodrigo; LARROUCAU TORRES, Jorge y PÁEZ, Andrés (2024): “Sobre el impacto Judicial de la Concepción Racionalista de la Prueba Judicial”, en: *Revus* (núm. 53).
- DAMAŠKA, Mirjan (2023): “Epistemología y regulación jurídica de la prueba”, en: *Revista de Derecho de Valdivia* (vol. 36 núm. 1).
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2017): “La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba Cuasi-Benthamiana”, en: *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo* (vol. 9 núm. 18).
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2007): *La Valoración Racional de la Prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2021): *Prueba sin convicción* (Madrid, Marcial Pons).

- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2010): *Los Hechos en el Derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- LAUDAN, Larry (2013): *Verdad, Error y Proceso Penal* (Traducc. de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Madrid, Marcial Pons).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2018): “Distinciones, Estipulaciones y Sospechas sobre los Criterios de Valoración y los Estándares de Prueba”, en: Benfeld Escobar, Johann y Larroucau Torres, Jorge (editores), *La Sana Crítica Bajo Sospecha* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2022a): *Quaestio Facti* (Lima, Palestra), vol. I.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2022b): *Quaestio Facti* (Lima, Palestra), vol. II.
- Guastini, Ricardo (1984): “Teoría de las reglas constitutivas. Searle, Ross, Carcaterra”, en: *Revista de Ciencias Sociales* (núm. 25).
- HAACK, Susan (2020): *Filosofía del Derecho y de la Prueba* (Traducc. de Carmen Vázquez, Madrid, Marcial Pons).
- HAN, Byung-Chul (2018): *Sobre el poder* (Traducc. de Alberto Ciria, Barcelona, Herder).
- HART, Herbert (1983): *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford, Oxford University Press).
- HART, Herbert (2012): *The Concept of Law*, 3th edition (Oxford, Oxford University Press).
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2022): “El complemento entre la prueba tasada y la sana crítica en la justicia de familia chilena”, en: *Ius et Praxis* (vol. 28 núm. 1).
- LENG, Gareth y LENG, Rhodri (2020): *The matter of facts. Skepticism, persuasion, and evidence in science* (Cambridge, The Mite Press).
- LORINI, Giuseppe y ZELANIEC, Wojciech (2018): “The background of constitutive rules introduction”, en: *Argumenta* (vol. 40 núm. 1).
- MACCORMICK, Neil (1988): “Norms, institutions and institutional facts”, en: *Law and Philosophy* (vol. 17 núm. 3).
- MONTERO AROCA, Juan (2012): *La Prueba en el Proceso Civil* (Madrid, Thomson Reuters).
- RAMÍREZ-LUDEÑA, Lorena; VILAJOSANA, Josep (editores) (2022): *Reglas constitutivas y Derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- RAWLS, John (1999): “Two Concepts of Rules”, en: Freeman, Samuel (editor), *John Rawls Collected Papers* (Cambridge, Harvard University Press).
- RAWLS, John (1971/2005): *A Theory of Justice* (Cambridge, Harvard University Press).
- REICHENBACH, Hans (1951): *The Rise of Scientific Philosophy* (Los Angeles, University of California Press).
- ROSS, Alf (1968): *Directive and Norms* (Bristol, Routledge & Kegan Paul).
- ROSS, Alf (2011): *Sobre el derecho y la justicia* (Traducc. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba).
- RUITER, Dick (1998): “Structuring legal institutions”, en: *Law and Philosophy* (vol. 17 núm. 3).
- SEARLE, John (1964): “How to derive ‘ought’ from ‘is’”, en: *Philosophical Review* (vol. 73 núm. 1).
- SEARLE, John (1965): “What is a Speech act?”, en: Black, M. (editor), *Philosophy in America* (Ithaca, Cornell University Press).
- SEARLE, John (1969): *Speech acts. An essay in the philosophy of language* (Cambridge, Cambridge University Press).
- SEARLE, John (1971): *The philosophy of language* (Oxford, Oxford University Press).
- SEARLE, John (1976): “A classification of illocutionary acts”, en: *Language in Society* (vol. 5 núm. 1).
- SEARLE, John (1995): *The construction of social reality* (New York, The Free Press).
- SEARLE, John (1997): *La construcción de la realidad social* (Traducc. de Antoni Domenech, Barcelona, Paidós).

- SEARLE, John (1999): *Mind, language and society* (New York, Basic Books).
- SEARLE, John (2008): “Language and social ontology”, en: *Theory and Society* (vol. 37 núm. 5).
- SEARLE, John (2010): *Making the social world* (New York, Oxford University Press).
- SEARLE, John (2014): *Creando el mundo social* (Traducc. de Juan Bostelmann, Ciudad de México, Paidós).
- TARUFFO, Michele (2008): *La Prueba* (Traducc. de Laura Manríquez y Jordi Ferrer, Madrid, Marcial Pons).
- TOULMIN, Stephan (2007): *Los Usos de la Argumentación* (Traducc. de María Morrás y Victoria Pineda, Barcelona, Península).
- TWINING, William (2006): *Rethinking Evidence* (Middletown, Cambridge University Press).
- TWINING, William y MIERS, David (2012): *How to do Things with Rules* (New York, Cambridge University Press).
- VILAJOSANA, Josep (2010): “La Construcción Social de la Realidad Jurídica”, en: *Prisma* (núm. 4).
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (2008): *Sentido y hecho en el derecho* (Traducc. de Francisco Ezquiaga y Juan Igartua, Ciudad de México, Fontamara).

Normas jurídicas citadas

Código del Trabajo de la República de Chile, DFL nº 1, 2003.

Responsabilidad por falta de servicio en el caso de Fabiola Campillai con el Fisco de Chile. Ministro de Primera Instancia y Fuero de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 04 de junio de 2023, Rol N°2-2022*

Liability for Lack of Service in the Case of Fabiola Campillai v. The Treasury of Chile. Minister of First Instance and Privilege Jurisdiction of the San Miguel Court of Appeals, June 4, 2023, Case N° 2-2022.

Allan Gallardo Gajardo

Santiago, Chile.

Correo electrónico: allan.gallargog@gmail.com. <https://orcid.org/0009-0001-5665-7015>

Recibido el 28/11/2024

Aceptado el 14/05/2025

Publicado el 29/07/2025

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2025.n46.07>

RESUMEN: Este artículo analiza críticamente la sentencia del Ministro de Fuero de la Corte de Apelaciones de San Miguel (Rol N°2-2022), que condena al Estado de Chile por falta de servicio en el caso de Fabiola Campillai, víctima de una lesión ocular provocada por un disparo de carabina lanza gases durante el estallido social de 2019. El objetivo es evaluar el fundamento jurídico

ABSTRACT: This article provides a critical analysis of the ruling issued by the Minister of Jurisdiction of the San Miguel Court of Appeals (Case No. 2-2022), which held the Chilean State liable for lack of service in the case of Fabiola Campillai, who suffered permanent eye damage after being struck by a tear gas canister fired by police during the 2019 social unrest. The objective is to assess

*Trabajo realizado dentro del proyecto FONDECYT N° 1221269 del cual su autor es personal de apoyo.

de la sentencia, los criterios utilizados para calificar la falta de servicio y los deberes incumplidos por los funcionarios policiales. El texto revisa tanto los antecedentes fácticos y procesales como el marco normativo nacional e internacional sobre el uso de la fuerza. Sostiene que la responsabilidad del Estado se configura mediante la infracción de deberes de actuación y cuidado, en particular por disparar dolosamente y omitir auxilio. La sentencia opta por evitar un conflicto normativo al aplicar una interpretación extensiva del artículo 4 de la LOCBGAE, siguiendo jurisprudencia de la Corte Suprema, lo que permite imputar responsabilidad a las Fuerzas de Orden y Seguridad bajo el título de falta de servicio. Se concluye que, aunque el fallo es insuficiente en el desarrollo de los estándares normativos, establece precedentes relevantes sobre los límites del uso de la fuerza y el deber de auxilio de la policía.

PALABRAS CLAVES: Falta de servicio, uso de la fuerza, responsabilidad del Estado, Carabineros de Chile.

the legal foundation of the ruling, the criteria used to determine the lack of service, and the duties breached by law enforcement officials. The article reviews the factual and procedural background of the case, as well as the national and international legal framework governing the use of force. It argues that state liability arises from the violation of duties of care and action, particularly due to the intentional shot and the omission of aid. The judgment resolves a normative conflict by broadly interpreting Article 4 of the LOCBGAE, in line with Supreme Court precedent, thereby allowing the application of the “lack of service” standard to police forces. Although the ruling lacks a detailed analysis of regulatory standards, it sets important precedents regarding the limits of the use of force and the police’s duty to assist injured civilians.

KEY WORDS: Lack of service, use of force, state responsibility, Chilean Carabineros.

I. INTRODUCCIÓN

Durante el denominado “estallido social” iniciado el 18 de octubre de 2019 y hasta marzo del 2020 se denunció la existencia de graves vulneraciones a los derechos humanos por el uso de la fuerza.¹ Los registros dan cuenta de múltiples víctimas de apremios ilegítimos y lesiones producidas por las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad.²

Los hechos que tuvieron mayor conmoción fueron las lesiones oculares producidas por el uso de la escopeta antidisturbios y la carabina lanza gases.³ Un estudio publicado el 24 de agosto de 2020 ti-

¹ En el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se concluye que “Carabineros y el Ejército no han adherido a las normas y estándares internacionales de Derechos Humanos relacionados con la gestión de asambleas y el uso de la fuerza”, ACNUDH p. 9. En este mismo sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó que “A partir de la gravedad de las lesiones, la CIDH advierte que tanto las municiones o balines, así como los gases lacrimógenos, habrían sido utilizados a corta distancia”, CIDH (2022), p. 77.

² En el informe de Amnistía Internacional denominado “Ojos sobre Chile: violencia policial y responsabilidad de mando durante el estallido social”, sostuvo que 12.500 personas requirieron atención de urgencia durante las manifestaciones según constató el Ministerio de Salud. La Fiscalía informó de 5.558 víctimas de violencia institucional en circunstancias de manifestaciones sociales. AMNISTÍA INTERNACIONAL (2020), p. 5.

³ Estas armas son catalogadas como “no letales” según el protocolo 2.8 y 2.7 de la Circular 2832, sobre escopeta antidisturbios y disuasivos químicos respectivamente. La denominación como no letales ha sido discutida, prefiriendo las organizaciones internacionales denominarlas como “Menos letales”, porque su uso, en determinadas circunstancias pueden ser letales. Al respecto véase las Orientaciones de las Naciones Unidas sobre el empleo de armas menos letales en el mantenimiento del orden publicado el 01 de junio de 2020.

tulado “Ocular trauma by Kinetic impact projectiles during civil unrest in Chile” evidenció que: “Entre el 18 de octubre y el 30 de noviembre, un total de 259 pacientes acudieron por traumatismo ocular a la Unidad de Traumatismos Oculares del Hospital Salvador. Los KIP fueron la causa sospechosa en 182 casos (70,5%). Otras causas sospechosas fueron gas lacrimógeno o pimienta (36 casos); traumatismo cerrado con bastón, puños u otras herramientas (18 casos); tanques de agua (10 casos); armas de fuego (4 casos); y caídas (1 caso)”.⁴ El Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante INDH) en su primer informe oficial publicó que el número de víctimas de estas lesiones ascendía a 460 personas.⁵ En octubre de 2020, la institución cambió su criterio para contabilizar las víctimas, y redujo el número a 173 personas.⁶ El criterio se guió con el conteo de las causas judicializadas, excluyendo las no judicializadas.⁷

El uso de las escopetas antidisturbios y carabinas lanza gases durante las manifestaciones provocaron graves daños a la integridad psíquica y física de las personas. Uno de los casos de mayor gravedad fue el de Fabiola Campillai, quien recibió el impacto de un proyectil lacrimógeno en su rostro que produjo daños irreparables a su integridad corporal. La sentencia que a continuación se analiza corresponde a la decisión pronunciada por el Ministro de Primera Instancia y Fuero de la Corte de Apelaciones, que resolvió el caso en virtud de la calidad de senadora de la víctima. La sentencia delimita los contornos de los deberes incumplidos por los funcionarios que originan la responsabilidad por falta de servicio. Este comentario inicia con una breve descripción de los antecedentes fácticos, probatorios y procesales del caso. Luego, se expone el conflicto normativo que envuelve a la responsabilidad de las Fuerzas de Orden y Seguridad. A continuación, se explica el concepto de falta de servicio y el marco jurídico del uso de la fuerza y carabina lanza gases. Por último se analiza el razonamiento jurídico del Tribunal de Fuero que declara la responsabilidad por falta de servicio de los funcionarios. Para finalizar se comparten algunas conclusiones.

A. Antecedentes fácticos, probatorios y procesales del caso

Con fecha 26 de noviembre de 2019, Fabiola Campillai se dirigía a tomar locomoción para su trabajo, en compañía de su hermana Ana Rojas Campillai. Al llegar a la esquina del pasaje Ángel Guido con Fermín Vivaceta, se percatan de la presencia de funcionarios de Carabineros de la 14° Comisaría de San Bernardo. Los policías observaban a los manifestantes que estaban a dos cuadras de la víctima. Fabiola y su hermana al llegar a la intersección, escucharon cuatro disparos, uno de estos, fue percutido por el capitán Patricio Maturana Ojeda, quien disparó de forma recta a no más de 51 metros de distancia su carabina lanza gases. El proyectil impactó en el tercio superior del rostro de Fabiola, quien se desplomó de inmediato. Su hermana, comenzó a pedir auxilio, pidiendo a los funcionarios que le prestaran asistencia. Sin embargo, el funcionario lanzó otra bomba lacrimógena de mano que

⁴ RODRÍGUEZ ET AL. (2021).

⁵ Reporte general sobre violaciones a los Derechos Humanos, INDH (2020), p. 24. Esta cifra fue producto de las indagaciones en terreno que los funcionarios del INDH recabaron en los centros de salud del país.

⁶ Balance INDH: A un año y 7 meses de la crisis social. INDH (2020), p. 6.

⁷ Véase nota de prensa del periódico virtual interferencia, disponible en: <https://interferencia.cl/articulos/micco-cambia-criterio-de-conteo-y-reduce-la-mitad-cifra-de-heridos-oculares-registrados>.

provocó contaminación visual y más daños a las víctimas. Al realizar esta acción, los funcionarios se retiraron del lugar sin prestar auxilio.

Estos hechos dieron lugar a varios procedimientos para determinar la responsabilidad de los funcionarios. En primer lugar, una causa penal radicada en el Juzgado de Garantía de San Bernardo Rol O-13783-2019 que ordenó la investigación de los hechos. La causa culminó en una acusación contra Patricio Javier Maturana por el delito consumado de apremios ilegítimos con lesiones graves gravísimas. El Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo con fecha 11 de octubre de 2022, en causa Rol 60-2022, decidió declarar culpable al acusado.

Con fecha 25 de febrero de 2022, Fabiola y su familia interpusieron una demanda civil por responsabilidad del Estado por falta de servicio ante el 2° Juzgado de Letras de San Bernardo, causa Rol C-447-2022. La acción deducida no prosperó por un incidente de incompetencia en razón de su calidad de senadora interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado. La incidencia fue acogida y los antecedentes remitidos para designar un Ministro de Primera Instancia y Fuero en razón de la calidad que detentaba la demandante. Con fecha 20 de julio de 2022 se abrió expediente bajo el Rol 2-2022 ante el Tribunal de Fuero designado por la Corte de Apelaciones de San Miguel.

En materia probatoria, el tribunal valoró de forma favorable la sentencia condenatoria proveniente del Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo que, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 178 y 180 del Código de Procedimiento Civil, se hizo valer como documental. A juicio del tribunal, fue suficiente para acreditar los hechos. Asimismo, el informe pericial de análisis acreditó la causalidad del daño, siendo suficiente para generar la convicción de que esta falta de servicio está conectada con los perjuicios que sufrió la víctima. En este sentido, la prueba testimonial también fue considerada relevante en el caso, toda vez que permitió acreditar el daño moral sufrido por las víctimas.

El tribunal de fuero designado para revisar esta causa acogió la demanda y condenó al Fisco de Chile a pagar a Fabiola Campillai y a sus familiares, sólo a título de indemnización por concepto de daño moral la suma de \$680.000.000. Contra esta decisión el Consejo de Defensa del Estado dedujo recurso de apelación con fecha 13 de junio de 2023 y reclamó: a) el rechazo de la excepción de improcedencia de la demanda de daño por repercusión deducida por la hermana de Fabiola Campillai; b) los montos de indemnización que considera excesivos y c) la determinación de la época desde la cual se devengan los intereses.

Con fecha 10 de abril de 2024, la Corte de Apelaciones, como tribunal superior revisó el recurso deducido por el Consejo de Defensa del Estado rechazando la excepción de improcedencia del daño respecto a la hermana de Fabiola Campillai. Sostuvo que el alcance del daño puede abarcar más allá que los familiares cercanos, más aún, si ha sido ella quien ha puesto de su tiempo para ayudar a su hermana. Con respecto al monto de indemnización, la Corte de Apelaciones decidió rebajar el monto a \$350.000.000 millones en total, quedando ejecutoriada la sentencia con fecha 25 de julio de 2024.

II. ANÁLISIS

A. Responsabilidad de las Fuerzas de Orden y Seguridad: Una antinomia en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado

La responsabilidad patrimonial es, al menos teóricamente, un mecanismo que permite exigir de la administración la indemnización por los daños y perjuicios que ocasiona la actividad de los poderes públicos en el patrimonio de los ciudadanos.⁸ La teoría de la responsabilidad del Estado ha evolucionado, según Cordero, en cuatro periodos: una primera visión guiada por la teoría subjetiva del Código Civil hasta el año 1975;⁹ una segunda etapa marcada por la dictación de la Ley de Municipalidades de 1976 que aceptó una teoría de derecho público de la responsabilidad del Estado;¹⁰ luego, un tercer periodo constituido por la interpretación del artículo 38 inciso segundo de la Constitución de 1980¹¹ y una cuarta etapa que culmina con la dictación de la LOCBGAE y las normas de responsabilidad del artículo 4 y 44 (ahora 42).¹²

Hoy, el marco jurídico de responsabilidad se construye a partir del artículo 38 de la Constitución Política. La disposición establece la competencia de los tribunales y el requisito para poder recurrir ante estos, fundándose en la concurrencia de una lesión en los derechos.¹³ Luego, es la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado N°18.575 (en adelante LOCBGAE) la que consagra el principio de responsabilidad.¹⁴ Esta norma establece que el Estado será responsable de los daños que causen los órganos de la administración en ejercicio de sus funciones (artículo 4), y estas a su vez, sólo serán imputables cuando se produzcan por falta de servicio (artículo 42).¹⁵

La LOCBGAE en el artículo 21 inciso segundo impide la aplicación de normas que integran el título II sobre Normas Especiales a ciertos órganos de la administración del Estado. Entre estos órganos públicos se encuentran las Fuerzas de Orden y Seguridad. El título contempla en su artículo 42 la falta de servicio como título de imputación de responsabilidad. Sin embargo, su ubicación sistemática impide aplicarlas a las Fuerzas de Orden y Seguridad. No obstante, tal como sostiene Bermúdez, estos órganos no dejan de responder en caso de ocasionar un daño, sino que la falta de servicio no es aplicable

⁸ CORDERO (2015), p. 638.

⁹ CORDERO (2015), p. 674.

¹⁰ CORDERO (2015), p. 674.

¹¹ CORDERO (2015), p. 674.

¹² CORDERO (2015), p. 675.

¹³ Véase PIERRY (1996), pp. 298-299. El autor señala que el artículo 38 de la Constitución Política “Establece la competencia de los tribunales para conocer de la actividad administrativa; pero no para consagrar la responsabilidad extracontractual del Estado”. La expresión “persona que sea lesionada en sus derechos (...) está referida al requisito para poder recurrir a los tribunales y no tiene el sentido de aceptar un sistema de responsabilidad extracontractual del Estado”. En este sentido, véase CORDERO (2015), p. 674.

¹⁴ BERMÚDEZ (2011), p. 502.

¹⁵ Artículo 42 de la Ley N°18.575, de 1986. Sobre este punto, es dable destacar que el artículo 42 señala que “principalmente” la falta de servicio es el título de imputación de responsabilidad, sin embargo, no es el único pudiendo concurrir la culpa civil.

para ellos, pudiendo adoptar otra forma de responsabilidad.¹⁶

Este problema es discutido en la sentencia comentada. El Ministro de fuero decide abordar el conflicto normativo a través de una cita jurisprudencial a la sentencia de la Corte Suprema dictada en causa Rol 82-2021 de fecha 05 de agosto de 2021 que asentó el siguiente criterio de solución: “*Considera la Corte, que el inciso segundo del artículo 21 no afecta lo dispuesto en el artículo 4 de la LOCBGAE, piedra angular de la responsabilidad de los órganos del Estado, por lo que a su respecto debe atenderse a la concepción de la administración que expresa el inciso segundo del artículo 1 del mencionado cuerpo de leyes, de forma tal que, sin duda alguna, este régimen se aplica a las Fuerzas Armadas, como de Orden y Seguridad*”. Como se observa, la decisión evitó el conflicto normativo al recurrir a una norma de carácter general dentro de la LOCBGAE.¹⁷

Esta posición del Tribunal de Fuero es paralela a la posición de Pierry. El autor ha sostenido que la falta de servicio es equiparable al criterio de culpa en el sistema civil de responsabilidad extracontractual, cuya noción está contenida en el artículo 2314 del Código Civil. Esta analogía fue construida en la tercera sala de la Corte Suprema, en el conocido fallo de Seguel con Fisco de Chile. En donde la corte señala: “*Ha de recurrirse al derecho común, teniendo presente que precisamente el desarrollo del derecho administrativo, allí donde ha ocurrido, ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo de esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público, como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos, de tal suerte que cabe aceptar la aplicación en nuestro país a partir del artículo 2314 del Código Civil, de la noción de falta de servicio*”.¹⁸

Desde el punto de vista normativo, ambos criterios son interesantes de comentar. Sin perjuicio de que el fallo no fije con claridad un conflicto de normas, es posible distinguir una antinomia. Estas últimas se pueden definir como un caso concreto que es susceptible de dos diversas, y opuestas, soluciones.¹⁹ Las antinomias se pueden distinguir, según Guastini, en abstracto y en concreto. Serán abstractas, “*toda vez que dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a supuestos de hecho abstracto*”.²⁰ En cambio, serán concretas “*toda vez que en sede de aplicación nos encontremos con dos normas que, aunque no chocan en abstracto, conectan consecuencias incompatibles a un mismo supuesto de hecho concreto*”.²¹ En base a estos conceptos, el problema de este caso se puede identificar como una antinomia en abstracto.

El artículo primero de la LOCBGAE (que denomino como N1) está ubicado en el título de normas

¹⁶ BERMÚDEZ (2011), p. 503.

¹⁷ Sobre este punto ver la reconstrucción de ATAOLU (2023), p. 271.

¹⁸ Seguel con Fisco de Chile (2009).

¹⁹ GUASTINI (2016), p. 253.

²⁰ GUASTINI (2016), p. 254.

²¹ GUASTINI (2016), p. 254.

generales de la ley. La disposición describe los órganos que componen la administración del Estado. Luego, el artículo cuarto (Que denomino N2) establece como principio la responsabilidad por los daños que genere la administración. Hasta este punto, la interpretación de ambas normas conduce a sostener que las Fuerzas de Orden y Seguridad tienen responsabilidad. Sin embargo, el artículo 21 inciso segundo (N3) excluye de la aplicación de las normas especiales de la LOCBGAE a ciertos órganos públicos, como las Fuerzas de Orden. Esta exclusión abarca el título de imputación establecido en el artículo 42 (N4) que reconoce la falta de servicio. La antinomia se identifica entre N2 y N3, es decir, hay responsabilidad del órgano público determinado en N1, pero no se puede aplicar el título general de imputación establecido en N4 por disposición de N3. El resultado en abstracto conduce a dos soluciones diferentes y contrapuestas. Por una parte evitar la incongruencia al aplicar N1 y permitir la falta de servicio como título de imputación. Por otra, impedir la aplicación de N4 en caso de responsabilidad de algún órgano indicado en N3.

Entonces, este servicio público tiene responsabilidad en los daños que ocasione, pero, no se podrá aplicar el título de imputación a falta de servicio. En este caso, la sentencia deja en evidencia un acto interpretativo del juez que crea y evita la antinomia.²² La antinomia se crea porque no se usa un argumento interpretativo que armonice las normas en juego y se evita argumentando que la norma del inciso segundo del artículo 21 no afecta lo dispuesto en el artículo 4 cuya conexión con el artículo 1 de la LOCBGAE se prefiere.

La importancia de superar esta antinomia en la sentencia es dilucidar el objeto de discusión del juicio, es decir, ¿A qué título de imputación responderán?, ¿Por culpa civil o por falta de servicio? Precisamente, los elementos que debe emplear el sentenciador para resolver el caso derivan del título de imputación atribuido a la acción u omisión del Estado. Esto es, si el criterio hubiese sido la culpa civil equiparable a la falta de servicio, o la falta de servicio propiamente tal. Si bien, la configuración de ambas se orienta a través de una idea de falla, omisión o entrega tardía de un servicio, las normas que las configuran provienen de dos fuentes formales diversas.

En este caso el tribunal de fuero tomó la decisión de evitar la antinomia, y prefirió dar aplicación de una norma de carácter general como N1 por sobre N3. En este sentido, también evitó solucionar el conflicto recurriendo al criterio instalado en la sentencia de Seguel con Fisco de Chile. El tribunal descarta una aplicación supletoria del Código Civil, y aplica las normas de derecho público en la materia. El desarrollo del punto en el fallo es reducido, sin embargo, merece una detención, a fin de esclarecer una discusión que no está superada.

B. La falta de servicio

La falta de servicio según Paul Duez se produce cuando un servicio público “no haya actuado debiendo hacerlo o que lo haya hecho de manera deficiente o tardía”.²³ Existirá una falta de servicio en tres hi-

²² GUASTINI (2016), p. 254.

²³ DUEZ (1938), p. 27; AGÜERO (2020), p. 307.

pótesis; servicio deficiente, tardío y no prestado. A partir de esta noción tradicional se ha elaborado un concepto moderno de falta de servicio entendida como: “*La mala organización o el funcionamiento defectuoso del servicio, apreciando esas nociones de forma objetiva, por referencia a lo que se está en derecho a exigir de un servicio público moderno, es decir, aquello que debe ser su comportamiento normal*”.²⁴ Este comentario recoge esta última noción que permite analizar de forma más dinámica el título de imputación porque el tribunal realiza un juicio de valor del servicio prestado con el que debía prestarse.

Este juicio de valor es el que distingue la responsabilidad de la Administración por culpa y la falta de servicio. Cabe hacer previamente esta distinción para ilustrar cómo funciona este criterio de imputación. La culpa civil de la Administración exige una comparación objetiva del servicio prestado y el que efectivamente debía prestarse, no derivado de una función pública, si no que del incumplimiento de deberes de cuidado en una actividad cualquiera vinculada a la administración.²⁵ Por otro lado, la falta de servicio, según Barros, exige calificar de defectuoso el funcionamiento del órgano, y esa comparación del servicio prestado con el que se debió prestar es un juicio de valor sobre el nivel y calidad del servicio que era exigible a la administración.²⁶

En esta sentencia, el tribunal realiza una operación interpretativa que no es profunda, pero delimita ciertos aspectos del funcionamiento de las Fuerzas de Orden y Seguridad. En los considerandos vigésimo segundo y tercero del fallo comentado, el tribunal identifica los actos de los funcionarios que incurren en falta de servicio. La primera, es la acción del disparo doloso del proyectil lacrimógeno al tercio superior del rostro en ángulo recto y no menos de 52 metros contra la víctima; y, la omisión de prestar auxilio luego de ocasionar un daño a un tercero, procediendo a lanzar otra bomba lacrimógena que contaminó el escenario visual.

Sin embargo, estos criterios no son desarrollados a cabalidad en el fallo a través de la normativa vigente sobre el uso de la fuerza. No se ha delimitado con más detalle los elementos que fundan el incumplimiento de deberes de conducta o actuación en consideración al uso de la carabina lanza gases. Como esta materia no es abordada en la sentencia, cabe la pregunta ¿Cuál es el marco jurídico normativo que regula el uso de la carabina lanza gases que permite al tribunal considerar que el acto de los funcionarios fue una falta de servicio? Esta pregunta será respondida a continuación. Se expondrá una breve referencia a las normas internacionales y luego se especificará el régimen normativo nacional.

1. Uso de la fuerza en el derecho internacional

El uso de la fuerza se define como, la función de la que aparecen investidos ciertos miembros de un grupo para, en nombre de la colectividad, prevenir y reprimir la violación de ciertas reglas que rigen

²⁴ Véase VALDIVIA (2018), p. 433. El autor parafraseó la fórmula de André de Laubadère.

²⁵ BARROS (2006), p. 485.

²⁶ BARROS (2006), pp. 486 y ss.

el grupo, si es necesario mediante intervenciones coercitivas que aluden al uso de la fuerza.²⁷

Este uso de la fuerza trae aparejado el permiso de lesionar el derecho humano a la integridad física, pero, con límites que el sistema internacional de los Derechos Humanos ha establecido. La fuente principal de estos límites se encuentra en orientaciones, directrices y estándares que instan a los Estados a regular esta materia para consolidar un estándar de acción que minimice el daño.²⁸

Las normas constitutivas de la materia están compuestas por el denominado *soft law*. Estas normas no están sometidas a ratificación ni aprobación por parte de los Estados, ni son vinculantes en términos de derecho internacional.²⁹ No obstante, la observancia de las resoluciones, orientaciones y estándares producidos por las organizaciones internacionales, no pueden ser desatendidas. A continuación, se revisarán de forma general y cronológica las normas más relevantes sobre el uso de la fuerza y las armas menos letales del sistema internacional.

En 1979 se aprueba por resolución de la Asamblea General de la ONU, el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley³⁰ que establece las obligaciones genéricas que atañen a estos funcionarios, los cuales son respetar la legalidad vigente y proteger la dignidad y derechos humanos.³¹ El Código de conducta señala en su artículo 3 que se podrá usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.³² Una interpretación posible de esta disposición es entender que el uso de la fuerza es legítima en determinadas circunstancias, siendo proporcional su uso al contexto que enfrentan los funcionarios.³³ En este instrumento se pueden identificar tres principios: La necesidad, gradualidad y proporcionalidad.³⁴ Estos restringen el uso de la fuerza a un estándar más estricto que legitima los medios de control del orden público en la medida que el contexto los haga necesarios.³⁵

²⁷ GONZÁLEZ (2006), p. 8.

²⁸ En este sentido, revisar la resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas N°25/38 del 11 de abril del 2014 sobre promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas. En especial los puntos: 10, 12, 13, 15, 16 y 19.

²⁹ Sobre el concepto de normas de *soft law*, Pablo Colmegna parafraseando a Bodansky caracteriza estas normas de la siguiente forma: “están formulados en términos exhortatorios; no cuentan con disposiciones finales relativas, por ejemplo, a la ratificación o a la entrada en vigor; tampoco cuentan con un cuerpo de normas que regulen su creación, aplicación, interpretación, modificación, terminación y validez. Pero quizás el punto más destacable es que no tienen una limitación vinculada a la expresión del consentimiento, lo cual implica que si bien no vincula a los Estados que la formulan tampoco permite que los Estados que no la votaron se desentienden de ella”. COLMEGNA (2012), p. 30.

³⁰ En adelante Código de Conducta, de 1979. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979. Este instrumento está compuesto por ocho artículos que prescriben reglas sobre cómo debe ser usada la fuerza, el tratamiento de sujetos bajo custodia de los funcionarios y el uso de armamentos.

³¹ GAJARDO y VARGAS (2022), p. 9.

³² Código de Conducta, de 1979, artículo. 3.

³³ GAJARDO ET AL (2022), p. 12.

³⁴ Código de Conducta, de 1979, artículo. 3, comentario: a).

³⁵ Véase Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Capítulo II sobre principio de legalidad, necesidad, proporcionalidad, precaución.

Con el objetivo de establecer una acción más definida del uso de la fuerza en el control del orden público, en 1990 se adoptan los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de hacer Cumplir la Ley³⁶ (en adelante, Principios sobre el uso de la fuerza). Este es un instrumento de *soft law* derivado de los derechos a la vida, la libertad y la seguridad personal garantizados a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sobre la materia, distingue tres situaciones; reuniones lícitas, o ilícitas, y estas a su vez con o sin violencia. La disposición número 12 indica que todas las personas están autorizadas a participar de reuniones lícitas y pacíficas siendo ilegal utilizar la fuerza para dispersar. Entonces, la fuerza podrá ser utilizada en reuniones no lícitas. Si esta última no es violenta la fuerza será aplicada al mínimo necesario.³⁷ Si es ilícita y violenta, será procedente el uso de la fuerza y de armas de fuego cuando no se puede utilizar medios menos peligrosos.³⁸ En este sentido, se identifican el principio de necesidad y gradualidad igualmente dos principios igualmente establecidos en el Código de Conducta en su artículo tercero.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos,³⁹ ha desarrollado en sus fallos un marco para el uso de la fuerza que delimita sus principios. En la sentencia del 24 de octubre del 2012 en el caso caratulado Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana,⁴⁰ señala que de ser imperioso el uso de la fuerza debe efectuarse con observancia de los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad.⁴¹ En este sentido, la resolución Montero Aranguren y otros Vs. Venezuela la Corte Interamericana sostiene que la excepcionalidad y proporcionalidad en el uso de la coerción y la fuerza dependerá “de haber agotado y fracasado todos los demás medios de control”.⁴²

Por su parte, en el caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México⁴³ sostuvo que: “Este Tribunal recuerda que el uso de la fuerza acarrea obligaciones específicas a los estados para: 1. regular adecuadamente su aplicación, mediante un marco normativo claro y efectivo; 2. capacitar y entrenar a sus cuerpos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos, los límites y las condiciones a los que debe estar sometido toda circunstancia de uso de la fuerza, y 3. establecer mecanismos adecuados de control y verificación de la legitimidad del uso de la fuerza”.⁴⁴

El 2021 la Oficina del Alto Comisionado para las Naciones Unidas publicó una guía con orientacio-

³⁶ Instrumento adoptado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente celebrado en la Habana (Cuba), de 1990.

³⁷ Principios sobre el uso de la fuerza, de 1990, disposición número 13.

³⁸ Principios sobre el uso de la fuerza, de 1990, disposición número 14.

³⁹ En adelante, Corte Interamericana.

⁴⁰ Centro Penitenciario Regional Capital Yare I y II. Medidas Provisionales (2006).

⁴¹ Véase Caso hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela (2014); Caso Zambrano Vélez Vs. Ecuador (2007).

⁴² Caso Montero Aranguren y otros Vs. Venezuela (2006). En este mismo sentido, véase el caso del Centro Penitenciario Regional Capital Yare I y II. Medidas Provisionales (2006), cons. décimo quinto.

⁴³ Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco v. México (2018).

⁴⁴ Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco v. México (2018).

nes para el empleo de armas menos letales en el mantenimiento del orden público.⁴⁵ Este instrumento se adiciona al Código de conducta y los principios sobre el uso de la fuerza, coincidiendo en que “Todo uso de la fuerza por parte del personal de las fuerzas del orden se ajustará a los principios de legalidad, precaución, necesidad, proporcionalidad, no discriminación y rendición de cuentas”.⁴⁶ Esta guía, según identifican Pedro Sferrazza et al., contiene varias recomendaciones específicas sobre armas menos letales, como los PIC.⁴⁷ Señala esta guía que “(...) deberían utilizarse únicamente en fuego directo para golpear la parte inferior del abdomen o las piernas de una persona violenta, y únicamente con el fin de hacer frente a una amenaza inminente de lesiones contra un integrante de las fuerzas del orden o un miembro del público”.⁴⁸ El disparo al tercio superior del cuerpo “puede provocar la fractura del cráneo y lesiones cerebrales, daños en los ojos, incluida la ceguera permanente, e incluso la muerte”.⁴⁹

2. El uso de la fuerza en Chile y de la carabina lanza gases

La Constitución Chilena establece en el artículo 101 inciso segundo que las Fuerzas de Orden y Seguridad están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas.

La Ley Orgánica Constitucional N°18.961 de Carabineros de Chile, establece en su artículo primero que el órgano es “una Institución policial técnica y de carácter militar, que integra la fuerza pública y existe para dar eficacia al derecho”.⁵⁰ “Su finalidad es garantizar y mantener el orden y seguridad pública interior en todo el territorio de la República y cumplir las demás funciones que le encomiendan la Constitución y la ley”.⁵¹

En Chile la potestad reglamentaria⁵² ha regulado el uso de la fuerza y, en específico, el uso de la carabina lanza gases. Dos cuerpos normativos se han dispuesto para el control del orden público; Circular N° 1832 que actualiza instrucción sobre el uso de la fuerza y la Orden General N° 2635 que establece protocolos para el mantenimiento del orden público. La circular N°1832, da origen a la Orden General N°2635 del 1 de marzo del 2019, que establece los protocolos específicos aplicados al actuar de Carabineros de acuerdo con los niveles de resistencia de los sujetos. En esta orden se establece 5

⁴⁵ En adelante, Orientaciones sobre el empleo de armas menos letales, de 2021.

⁴⁶ Orientaciones sobre el empleo de armas menos letales, de 2021, p. 4.

⁴⁷ SFERRAZZA ET AL (2021).

⁴⁸ Orientaciones sobre el empleo de armas menos letales, de 2021, p. 40.

⁴⁹ Orientaciones sobre el empleo de armas menos letales, de 2021, p. 40.

⁵⁰ Ley N°18.961, de 1990.

⁵¹ Ley N°18.961, de 1990.

⁵² Este concepto tiene dos sentidos; En sentido genérico se define como “poder de dictar normas por parte de las autoridades administrativas investidas por el ordenamiento jurídico, particularmente por la Constitución Política de la República” CORDERO (2009), p. 416. En un sentido estricto, “la potestad reglamentaria alude a la atribución especial del presidente de la República para dictar normas jurídicas generales o especiales, destinadas al gobierno y administración del estado o a la ejecución de las leyes”.

procedimientos policiales relacionados al mantenimiento del orden público, que son: 1. Resguardo del derecho a la manifestación;⁵³ 2. Restablecimiento del orden público;⁵⁴ 3. Los desalojos;⁵⁵ 4. Los procedimientos con infractores de la Ley,⁵⁶ y 5. Trabajos con el INDH.⁵⁷ Todos estos procedimientos, se materializan en 29 protocolos específicos que establecen los deberes de cuidado y acciones que tienen que observar los funcionarios policiales en el ejercicio de sus funciones.

El uso de bombas lacrimógenas de cartucho a través de la carabina lanza gases, no tiene reglas específicas como la escopeta antidisturbios. No obstante, la Orden General N°2635, establece en su protocolo 2.7 reglas sobre el uso de disuasivos químicos, en cuyo margen se encuentran las bombas lacrimógenas de granada de mano y/o cartucho, y agua con químico. Este tipo de armas menos letales, debe utilizarse en un contexto de violencia de nivel 4, esto es: agresión activa, es decir, el intento de lesionar a carabineros para resistir el control o evitarlo sin poner en riesgo a otras personas. La decisión del momento, forma y disuasivo químico a utilizar está dentro de la esfera de discrecionalidad del jefe de servicio a cargo de las operaciones.

Los funcionarios de Carabineros, a cargo del jefe de servicio, deben tener presente para su uso el espacio, es decir, si es abierto o cerrado, y este último deberá utilizarse considerando una vía de salida para manifestantes. Al momento de emplear disuasivos químicos deberán informar por alta voz al menos 3 veces, para advertir la presencia de adultos mayores, embarazadas, niños y adolescentes. Los disuasivos no podrán utilizarse por ningún motivo en consultorios, jardines infantiles y otras instituciones de similar naturaleza. Sin embargo, en establecimientos educacionales de básica o media podrán utilizarse siempre y cuando esté en peligro la integridad física de los funcionarios, y con la decisión del jefe de servicio. Por último, la normativa establece un uso restringido de los disuasivos químicos en dos hipótesis: primero, cuando esté utilizando bombas lacrimógenas de granada de mano y/o cartucho en las zonas céntricas de las ciudades previniendo los daños que puede generar a la propiedad otros o a terceros; y segundo, cuando su uso sea necesario, pero se esté en presencia de niños, niñas y adolescentes, adultos mayores y embarazadas.

Ahora bien, el protocolo 2.7 sobre disuasivos químicos no establece un deber de auxilio a las personas que hayan sufrido un daño, como sí está dispuesto en el protocolo 2.8 sobre escopeta antidisturbios. Entonces, ¿Cómo el tribunal de fuero considera la falta de auxilio como constitutiva de la falta de servicio de Carabineros? ¿Qué normativa utiliza para realizar el juicio de valor con respecto a la actividad del servicio? Lamentablemente, estas preguntas no cuentan con respuestas explícitas en la sentencia. Sin embargo, se puede inferir que dicho deber de auxilio es análogo a lo establecido en el protocolo 2.8 sobre escopeta antidisturbios. Si bien ambas armas tienen un proyectil y objetivo distinto de uso, comparten que un disparo en ángulo recto, al tercio superior del rostro puede

⁵³ Orden General N°2635, de 2019.

⁵⁴ Orden General N°2635, de 2019.

⁵⁵ Orden General N°2635, de 2019.

⁵⁶ Orden General N°2635, de 2019.

⁵⁷ Orden General N°2635, de 2019.

generar daños irreparables a la salud, como el generado a Fabiola Campillai.

C. ¿Cómo aprecia el tribunal de fuero la falta de servicio?

Ya he revisado las normas establecidas para regular el uso de la fuerza y los disuasivos químicos, la carabina lanza gases, a través de la normativa que regula las funciones, y deberes de cuidado y actuación del servicio en funciones de control de orden público. Ahora es necesario volver a la noción de falta de servicio y su aplicación judicial. Cordero ha propuesto que la falta de servicio puede ser observada de forma interna y externa. La interna, es la que tiene relación con el funcionamiento interno de la Administración y la externa, que toma la perspectiva del administrado, se expresa en el cumplimiento o no del estándar de actuación exigible.⁵⁸

Con base a esta distinción podemos observar que el tribunal analiza la falta de servicio desde una perspectiva externa. El tribunal no ahonda en el conjunto de normas que regulan el uso de disuasivos químicos, pero establece un estándar exigible de funcionamiento. ¿Cuál es el estándar construido por el tribunal para valorar la falta de servicio? El considerando Vigésimo tercero del fallo establece que el actuar del funcionario policial que disparó la carabina fue doloso al no respetar la normativa vigente. Esto se manifiesta, en haber disparado a una distancia temeraria, en un grado que aumentó la posibilidad de generar graves daños. Asimismo, una vez provocado el daño proceden a retirarse del lugar sin prestar auxilio. Interpretado dicho criterio desde la perspectiva del administrado, el estándar exigible al funcionario es el respeto a las normas del uso de la fuerza, que incluso en su discrecionalidad sea usada en grado y distancia que no genere lesiones graves, y eventualmente, si se provocan estas lesiones prestar el auxilio correspondiente.

La conclusión arribada anteriormente, respecto al estándar exigible de la conducta externa de la administración no está desarrollada en el fallo. Probablemente, la razón subyacente a esta falta de fundamento son los hechos tan públicos y notorios ya establecidos en la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo. Sin embargo, el tribunal de fuero debería haber tratado las normas del uso de disuasivos químicos, puntualizando aún más las conductas indebidas de los funcionarios, que en ejercicio de sus funciones no pueden realizar. Esta operación hubiese permitido conocer criterios judiciales más específicos del funcionamiento del servicio.

De regreso al análisis de la falta de servicio que realiza Cordero, hay una segunda distinción con respecto al parámetro de apreciación de la falta de servicio que tiene el juez. Es así, que distingue una apreciación objetiva y subjetiva. Según el autor, *“con arreglo a este parámetro, a fin de valorar la ocurrencia de la falta de servicio en un caso concreto, deben considerarse las circunstancias específicas en las que se ha encontrado la Administración al momento de incurrir en la acción u omisión lesiva”*⁵⁹ y el parámetro objetivo es la infracción de deberes de cuidado o de actuación.

⁵⁸ ROMÁN (2012), p. 38.

⁵⁹ ROMÁN (2012), p. 40.

Es del caso, que en la sentencia el tribunal asentó que los hechos estaban acreditados conforme a la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal. En esta instancia se estableció que la víctima se encontraba en el paradero con su hermana esperando una micro, cuya participación no estaba vinculada a la manifestación que unas calles más allá tenían otros sujetos no identificados. Sin embargo, el Consejo de Defensa del Estado alegó que la situación general que vivía el país con respecto al denominado estallido social sobrepasó la capacidad de los funcionarios policiales, debiendo utilizar instrumentos más peligrosos para restablecer el orden público. Los protocolos son claros en establecer, que la fuerza se debe utilizar contra las personas que están provocando actos violentos, cuestión que la víctima no estaba generando. Más aún, observado desde esta perspectiva subjetiva, de las circunstancias que rodeaban la acción del servicio, la distancia de los manifestantes y de la propia víctima no representaba un peligro o blanco que habilita el uso de los disuasivos contra estas mujeres.

Ahora bien, el último elemento que resta analizar es la perspectiva objetiva de la falla del servicio, esto es, ¿Cuáles son los deberes de cuidado o actuación que incurrieron en falta de servicio? Primero, la infracción a los deberes de cuidado “*se verifica toda vez que la administración al actuar no adopta las medidas necesarias a fin de evitar la ocurrencia del daño, mismo que impone la ley, reglamento(...)*”.⁶⁰ Este parámetro objetivo de la falta de servicio se expresa en la sentencia cuando el tribunal establece que los funcionarios infringieron la normativa nacional e internacional sobre el uso de la fuerza. Aquellas normas están destinadas a establecer un actuar proporcional, gradual, necesario y responsable de las armas menos letales y otros instrumentos. Las normas establecen deberes para minimizar los daños a la integridad física de las personas, orientando su actuar con el respeto irrestricto a los derechos humanos.

La infracción a los deberes de actuación “*se verifica toda vez que la administración no actúa, estando a ello obligada por ley, ya sea en términos expresos o bien genéricos (por ejemplo, como funciones de servicio)*”.⁶¹ Los deberes de conducta infringidos en este caso se identifican por el tribunal en dos actos: 1) disparar la carabina lanza gases sin observancia de las normas sobre el uso de la fuerza; y 2) no prestar auxilio a una víctima de lesiones producto del uso de armas. Como se explicó en el punto anterior sobre el uso de disuasivos químicos, la normativa no establece de forma expresa el deber de los funcionarios policiales a prestar auxilio ante un daño. Sin embargo, corresponde a un deber genérico de las Fuerzas de Orden y Seguridad, prestar auxilio, más aún, cuando en los hechos Fabiola Campillai se encontraba sin ser una persona que estuviera ejerciendo violencia en niveles 4 o 5 (en el caso de la escopeta antidisturbios) que habilita el uso de aquella arma.

El tribunal de fuero, da especial mención a la falta de prestar auxilio como acto que constituye una falta de servicio, toda vez que los funcionarios observan que dañaron a una persona, que estaba alejada del grupo que se estaba manifestando, y decidieron tirar otra bomba lacrimógena para contaminar visualmente la escena. Aquél hecho asentado en la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal, y dado por acreditado en esta sentencia de responsabilidad patrimonial, configuró un criterio de falta de servicio

⁶⁰ ROMÁN (2012).

⁶¹ ROMÁN (2012), p. 39.

ligado a un deber de actuación de los funcionarios. Asimismo, dicho incumplimiento del deber de actuación da indicios de una conducta dolosa de provocar el daño, aumentando el perjuicio ya causado y contraviniendo el sentido que tienen las normas que regulan el uso de la fuerza, esto es, minimizar las lesiones a la integridad física y psíquica de las personas.

Finalmente, es dable preguntarse: ¿Cuál es el sentido de las normas que regulan el uso de la fuerza? Su respuesta confronta los resultados de un servicio prestado por los funcionarios para controlar el orden público, cuando estos resultan en perjuicios de carácter graves y permanentes. La pérdida total de visión junto a otros daños acoplados al impacto de este proyectil no corresponden bajo ningún pretexto ni contexto a un funcionamiento normal del servicio, cuyo objetivo es utilizar sus instrumentos para la disuasión de sujetos violentos previamente identificados.

III. CONCLUSIONES

Este trabajo arribó a las siguientes conclusiones:

1. El Ministro de Primera Instancia y Fuero de la Corte de Apelaciones de San Miguel desarrolló de forma superficial las normas sobre el uso de la fuerza y por consecuencia, el juicio de valor realizado a la falta de servicio incurrida por los funcionarios de Carabineros fue deficiente. En este sentido, la sentencia debería haber tratado las normas del uso de la fuerza para tener una bajada concreta a los deberes y actuaciones infringidas, cuya consecuencia fue el daño sufrido por Fabiola Campillai y su familia.
2. No obstante, del punto anterior, el análisis del fallo da lugar para sostener que las Fuerzas de Orden y Seguridad podrán incurrir en falta de servicio en el uso de disuasivos químicos, específicamente en dos hipótesis: 1) a través de la carabina lanza gases cuando estos generen una lesión a personas ajenas a una movilización y no presten auxilio; y 2) Cuando se dispara la bomba lacrimógena en un ángulo recto, en dirección al tercio superior del rostro aumentando la letalidad del daño que pueda producir.
3. Del análisis del fallo se puede deducir que los daños sufridos por Fabiola Campillai son provenientes de una falla del funcionamiento, es decir, que el uso de la carabina lanza gases no tiene previsto generar un impacto en el cuerpo de las personas, y mucho menos, generar daños irreparables a la salud.
4. Sobre la concurrencia de la falta de servicio como título de imputación a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad sigue siendo una discusión derivada de un conflicto normativo, una incoherencia legal cuya solución dependerá de la interpretación de los tribunales. Como en este caso, el Ministro de primera instancia decidió evitar la antinomia, utilizando un argumento jurisprudencial de la Corte Suprema, para descartar la incoherencia legal que contiene las normas de la LOCBGAE.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- AGÜERO SAN JUAN, Claudio (2020): “Falta de servicio (en Derecho chileno)”, en: *Eunomía. Revista En Cultura De La Legalidad* (núm. 19).
- ATAOGLU COLONNELLO, Seren (2023): “La especialidad jurídica y la falta de servicio en las Fuerzas Armadas. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de fecha 25 de enero de 2022 en autos rol N°4191-2021”, en: *Revista Ius et Praxis* (vol. 29 núm. 1).
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Thomson Reuters).
- BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CORDERO VEGA, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago, Thomson Reuters).
- COLMEGNA, Pablo (2012): “Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos”, en: *Revista electrónica del instituto de investigaciones Ambrosio Gioja* (núm. 8).
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2009): “El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. 32 núm. 1).
- DUEZ, Paul (1938): *La responsabilite de la puissance publique (en dehors du contrat)* (Paris, Editorial Dalloz).
- GAJARDO ORELLANA, Tania y VARGAS PINTO, Tatiana (2022): *Uso de la fuerza por funcionarios estatales: límites y excesos* (Santiago, Academia Judicial de Chile).
- GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo (2006): “Sobre el concepto de represión”, en: *Hispania nova: Revista de historia contemporánea* (núm. 6).
- GUASTINI, Riccardo (2016): *La sintaxis del derecho* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- INTERFERENCIA (2021): “Micco cambia criterio de conteo y reduce a la mitad cifra de heridos oculares registrados por el INDH”, disponible en: <https://interferencia.cl/articulos/micco-cambia-criterio-de-conteo-y-reduce-la-mitad-cifra-de-heridos-oculares-registrados>.
- PIERRY ARRAU, Pedro (1996): “Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, en: *Revista de Derecho Público* (núm. 59).
- RODRÍGUEZ, Álvaro; PEÑA, Sebastián; CAVIERES, Isabel; VERGARA, María; PÉREZ, Marcela; CAMPOS, Miguel; PEREDO, Daniel; JORQUERA, Patricio; PALMA, Rodrigo; CORTÉS, Dennis; LÓPEZ, Mauricio y MORALES, Sergio (2021): “Trauma ocular por proyectiles de impacto cinético durante disturbios civiles en Chile”, en: *Revista eye, The Royal College of Ophthalmologists* (vol. 35 núm. 6).
- ROMÁN CORDERO, Cristian (2012): “Responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de servicio (= responsabilidad objetivada)”, en: *Derecho Público Iberoamericano* (núm. 1).
- SFERRAZZA TAIBI, Pedro; SÁNCHEZ PÉREZ, Rocío y SEVERÍN FUSTER, Isabel (2021): “Los estándares del derecho internacional de los derechos humanos sobre los proyectiles de impacto cinético aplicables al estado de Chile”, en: *Revista ius et praxis* (vol. 27 núm. 2).
- VALDIVIA OLIVARES, José (2018): *Manual de Derecho Administrativo* (Valencia, Tirant lo Blanch).

Normas citadas

- Constitución Política de la República de Chile, 22 de septiembre de 2005.
- Ley N°18.961, Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile, 07 de marzo de 1990.
- Ley N°18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 17 de noviembre de 2001.
- Ley N°20.405, sobre el Instituto Nacional de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 2009.
- Código de Conducta para Funcionarios Encargados de hacer Cumplir la Ley Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/169, 17 de diciembre de 1979.
- Principios básicos Sobre el empleo de la Fuerza y de armas de fuego por los Funcionarios Encargados de Cumplir la Ley, 07 de septiembre de 1990.
- Circular N°1832, Uso de la Fuerza: Establece instrucciones al respecto, 04 de marzo del 2019.
- Orden General N°2635, Protocolos para el Mantenimiento del Orden Público, 04 de marzo del 2019.

Jurisprudencia citada

- Seguel Cares Pablo Andrés con Fisco de Chile (2009): Corte Suprema, sentencia de 30 de julio de 2009, rol 371-2008.
- Hermanos Landaeta Mejías y otros con Venezuela (2014): Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Montero Aranguren y otros con Venezuela (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Zambrano Vélez con Ecuador (2007): Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco con México (2018): Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Centro Penitenciario Regional Capital Yare I y II (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Informes citados
- Amnistía Internacional: Ojos sobre Chile: Violencia policial y responsabilidad de mando durante el estallido social. Publicado el 14 de octubre del 2020.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): Situación de Derechos Humanos en Chile. Publicada el 25 de enero de 2022.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos: Balance INDH a un año y 7 meses de la crisis social. Publicado el 04 de mayo de 2021.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos: Reporte general de datos sobre violaciones a los derechos humanos Datos desde 17 de octubre de 2019 e ingresados hasta el 13 de octubre de 2020.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH): Informe sobre la Misión a Chile 30 de octubre-22 de noviembre del 2019. Publicado el 13 de diciembre del 2019, disponible en: Orientaciones de las Naciones Unidas en Materia de Derechos Humanos sobre el Empleo de Armas Menos Letales en el Mantenimiento del Orden Público.
- Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas N°25/38 del 11 de abril del 2014 sobre La promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas.

Buena Fe Procesal y potestades sancionatorias del juez civil. Empresa Eléctrica Cochrane Spa. Contra Sociedad GNL Gas Natural S.A.

Procedural Good Faith and sanctioning powers of the civil judge. Empresa Eléctrica Cochrane Spa. V. Sociedad GNL Gas Natural S.A.

Leonardo Llanos Lagos

Concepción, Chile.

Correo electrónico: leonardo.llanos.lagos@gmail.com. <https://orcid.org/0009-0003-5819-8718>

Recibido el 24/01/2025

Aceptado el 27/07/2025

Publicado el 31/07/2025

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2025.n46.08>

RESUMEN: En este comentario se analiza resolución que declara la nulidad de una prueba pericial usando como argumento el principio de la Buena Fe Procesal establecido en Ley N°20.886. El problema detectado es su indeterminación y el alcance de la facultad sancionadora del juez. Antes de dar una respuesta, se realiza una taxonomía a la buena fe vista como carga, deber u obligación procesal y se discute su consagración meramente legal, lo que repercute en el límite al deber de cooperación y el derecho a la defensa. También se indaga en su origen como principio positivizado en el derecho adjetivo y se establece un paralelo con la lealtad contractual. Luego se intenta una solución compatible con garantías procesales, la que implica preferir la potestad jurisdiccional de prevenir y corregir un comportamiento objetivo contrario a la mala fe por las

ABSTRACT: This comment analyzes a resolution that declares the nullity of an expert test using as an argument the principle of Procedural Good Faith established in law 20,886. The problem detected is its indeterminacy and the scope of the judge's power to sanction. Before giving an answer, a taxonomy of good faith seen as a burden, duty or procedural obligation is made and its purely legal consecration is discussed, which affects the limit of the duty of cooperation and the right to defense. Its origin as a positivized principle in adjective law is also investigated and a parallel is established with contractual loyalty. Then, a solution compatible with procedural guarantees is attempted, which implies preferring the jurisdictional power to prevent and correct objective behavior contrary to bad faith on the part of the parties, without prejudice to leaving open the possibility of

partes, sin perjuicio de dejar abierta la posibilidad de imponer sanciones si aquellas están previamente determinadas.

imposing sanctions if those are previously determined.

PALABRAS CLAVE: Buena fe procesal, carga procesal derecho a la defensa, nulidad.

KEY WORDS: *Procedural good faith, procedural duty, right to defense, procedural nullity.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente comentario versa sobre sentencia de apelación que anuló prueba pericial solicitada como medida prejudicial en un eventual litigio civil por daño extracontractual. El fallo ROL n. 527-2024 de la Corte de Antofagasta dispuso de tres medidas sancionatorias dentro del contexto de la nulidad procesal- acerca de acta de reconocimiento e informe pericial evacuado en causa ventilada ante el Juzgado de Letras y Garantía de Mejillones (rol C-6-2024).

El objeto del análisis es trazar ciertos límites a la potestad judicial establecida mediante Ley N°20.886 que obliga, de oficio o a petición de parte, a *prevenir, corregir o sancionar* toda acción u omisión contraria a la buena fe.

El problema advertido en la decisión es el uso del principio de la buena fe procesal (desde ahora, BFP) señalado en la letra d) del artículo 2° de la Ley N°20.886 como herramienta que justifica sancionar procesalmente una probanza con la nulidad. Tal decisión inhibe al juez de su valoración probatoria en la etapa pertinente y, por ende, aun no se configura el supuesto perjuicio que irroga a alguna de las partes. Es decir, no existe trascendencia. Lo complejo es que la norma no se señala cuál es la tipificación, el contenido y procedimiento para sancionar una conducta contraria a la BFP. Por tanto, no se entiende si se trata de una sanción sui generis independiente de aquellas que ya existen en las normas procesales o no. Lo mismo ocurre con relación a sus efectos.¹

No ayuda a aclarar lo anterior que los conceptos *buena fe, prevenir, corregir y sancionar* son palabras que contienen cierta vaguedad potencial debido a su imprecisión (textura abierta).² Esto implica que indefectiblemente aparecerán dificultades en la subsunción de un caso particular en una cierta categoría, como es el analizado y la necesidad y pertinencia de anular la pericia.³ Así, incluir a la BFP como sustento de una eventual sanción genera “una incertidumbre incompatible con una mínima garantía de legalidad”.⁴

¹ CARRETTA (2008), p. 121. Ejemplo de este tipo de sanciones es la del artículo 88 del Código de Procedimiento Civil sobre los incidentes o la del artículo 531 del Código Orgánico de Tribunales.

² NINO (2001), pp. 264-269.

³ ALCHOURRÓN (2021), p. 677 y GONZÁLEZ (2021), p. 89.

⁴ GORIGOTÍA (2008), p. 157 y ALSINA (1941), p. 288.

II. ALCANCE Y SENTIDO DE LA INCLUSIÓN DE LA BFP COMO PRINCIPIO EN LA LEY N°20.886.

La ley que positiviza la BFP data del año 2015 y se refiere a la tramitación electrónica. Sin embargo, la BFP no es un principio nuevo ni pacífico, aunque su tratamiento y proyección por la jurisprudencia y la doctrina es reciente y heterogéneo.⁵ Por lo anterior es que la BFP necesita ser delimitada en su sentido y alcance a efectos de no erigirse en un concepto indeterminado o demasiado ambiguo.⁶ La norma señala: “Artículo 2°. Principios. La tramitación de las causas regidas por la presente ley se sujetará a los siguientes principios generales: d) Principio de buena fe. Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso conforme al sistema informático de tramitación deberán actuar de buena fe. El juez, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe”⁷

Por su parte, el artículo 29 del Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC) modificado por el artículo 12 de la Ley N°20.886- señala que todos los procesos civiles serán digitales. Por tanto, la BFP permea a todos los pleitos ventilados ante tribunales civiles a partir de la publicación y gradual entrada en vigencia de la ley.

A. BFP ¿Carga, deber u obligación?

Una primera lectura de la norma consiste en asumir que la BFP impone, aparentemente, deberes a las partes y al juez y no meramente cargas procesales. En efecto, señala explícitamente que aquellas deberán actuar de buena fe. Lo anterior precisa hacerse cargo del distingo entre las cargas, deberes y obligaciones procesales. Sobre estos conceptos, en la doctrina se presentan distintas lecturas. Así, para Montero el proceso civil se basa en que las partes actúan movidas por su propio interés, no al servicio de intereses ajenos. Es decir, lo que mueve a las partes son cargas, no las obligaciones ni los deberes. Para él, la distinción entre carga y deber es que solo el incumplimiento de este último conlleva una sanción.⁸

Por su parte, carga y obligación tienen en común el elemento formal consistente en el vínculo de la voluntad, pero difieren en que el primero tutela un interés propio y en el segundo, uno ajeno o incluso

⁵ ROMERO (2003); GORIGOTITIA (2008); HUNTER (2008); CARRETTA (2008); CARRETTA (2018); LARROUCAU (2013); LARROUCAU (2020); RUAY (2013); y AGUIRREZÁBAL (2015). En España se destaca la obra de PICÓ (2013).

⁶ Se debe evitar el riesgo de convertirse en una muletilla de resoluciones jurisdiccionales discrecionales o inmotivadas como ocurre a veces con el interés superior del niño en sede de familia establecido en Ley N°19.968, de 2004, en donde se usa este principio sin mayor trasfondo y sin aclarar si se usa como regla de interpretación o de integración. ACUÑA (2019), p. 27; CARRETTA (2021), p. 238; y BÉCAR (2020), p. 539.

⁷ Artículo 2° Ley N°20.886, de 2015.

⁸ En el mismo sentido, CARRETTA (2008), p. 110. Couture hace un distingo entre carga y derecho procesal, la carga procesal es una institución jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él; en cambio, el derecho a realizar un acto de procedimiento es una facultad que la ley otorga al litigante en su beneficio [COUTURE (1959), p. 211]. Larroucau señala seguir a Couture en este distingo el cual se encuentra en las consecuencias procesales [LARROUCAU (2013), p. 265].

colectivo, idea que es contraria a un proceso garantista.⁹

Afirma que en el proceso no pueden existir deberes no adscritos correlativamente a un titular de un derecho subjetivo concreto, “pues el deber se impone como imperativo del interés general y por ello el incumplimiento del deber lleva a la imposición de una sanción (...)”.¹⁰ Por tal, en el proceso no existen obligaciones, ya que “suponen la existencia de un titular de un derecho subjetivo correlativo, el cual podría exigir coactivamente el cumplimiento de la obligación y, en caso de incumplimiento, la reparación o indemnización consiguiente”.¹¹ Así, concluye que en el proceso civil descansa sobre cargas procesales potestativas, en el sentido de que a su realización se vinculan consecuencias beneficiosas para la parte y su omisión acarrea consecuencias perjudiciales.¹²

Para Picó el deber procesal es similar al concepto de Montero, pero admite la existencia de cargas, deberes y obligaciones. Y, respecto de todos aquellos se puede aplicar la BFP para sancionar conductas.¹³ En forma similar opina Maite Aguirrezabal quien estima que la BFP es un deber que obliga a todos los intervinientes y busca la correcta realización del proceso. Así prima el interés común por sobre el individual del litigante y se refleja en su actuar leal.¹⁴

Por su parte, Palacio señala que la actividad de las partes en el proceso se manifiesta, primordialmente mediante el cumplimiento de cargas, pero no descarta la existencia de ciertos deberes procesales, en especial, el respeto al tribunal y el de lealtad y buena fe.¹⁵

Después de analizar y parangonar qué se entiende por carga, deber y obligación en el proceso civil se verifica un potencial problema en la norma en comento. Aquel consiste en que, si se estima que la BFP es un deber derivado de un principio procesal, éste adolece de la capacidad de exigir forzosamente una conducta acorde. No existe normativamente una sanción para corregir una conducta contraria a la BFP independiente de aquellos reproches preestablecidos de carácter pecuniario, personal o disciplinario, los que sí son deberes u obligaciones procesales.

Por ejemplo, en España el numeral 3 del artículo 247 de la LEC señala que si los tribunales estiman que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal podrán imponer multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera

⁹ MONTERO (2006a), pp. 120-122. En el mismo sentido, COUTURE (1959), pp. 212 y 213.

Para Rocco se habla de carga cuando una norma establece que determinado sujeto debe observar cierto comportamiento, si quiere obtener y conseguir un resultado favorable. Es una obligación (*obbligo*) cuando la ley impone y manda que se observe cierta conducta para satisfacer un interés ajeno con sacrificio del propio. Rocco (1976), p. 174.

¹⁰ MONTERO (2006a), pp. 120-122.

¹¹ MONTERO (2006a), pp. 120-122.

¹² MONTERO (2006a), pp. 121 y 122.

¹³ PICÓ (2013), p. 132.

¹⁴ AGUIRREZABAL (2015), p. 306.

¹⁵ PALACIO (2003), p. 230.

parte de la cuantía del litigio.¹⁶

Por su parte, en los artículos 3 y 241 de las Reglas modelo europeas de proceso civil adoptadas por ELI y UNIDROIT en 2020 sostienen que la buena fe es un deber de las partes, el que debe ser considerado al regular las costas.¹⁷

B. BFP y su (mala) fama histórica

El problema de la falta de reproche señalado en el título anterior no es el único que presenta la BFP. En efecto, una segunda dificultad estriba en su carácter abstracto y cómo reconocer cuando la conducta procesal es desleal o efectuada de mala fe.¹⁸

Esto se concatena indefectiblemente con aquella mirada que sostiene que la BFP exige al justiciable un deber de cooperación que implica preterir sus propios intereses en el litigio. Se trata de una propuesta solidaria y que constituye una reminiscencia a la concepción del proceso civil construida durante los totalitarismos del siglo XX.

Por esto que no es baladí para entender las pugnas dogmáticas acerca de la BFP su aparente origen espurio en el proceso moderno vinculado a una orientación política, mas no meramente técnica. Por ejemplo, Montero atribuye la cristalización normativa de la BFP en regímenes políticos autoritarios. Ejemplifica el rol de la BFP en la URSS, en el código de procedimiento civil italiano de 1940 (aún vigente) y en la legislación alemana de 1933.¹⁹ En términos similares se pronuncia García Amado quien critica erigir al juez como un *“ser superior revestido de todas las virtudes imaginables cuya misión es lograr una especie de “justicia” que está más allá de la ley y en la búsqueda de la cual deben colaborar activamente las partes y sus abogados”*.²⁰ Es decir, se reprende un tránsito desde el sometimiento a la ley hacia la vinculación a valores.²¹ Se trata de un autoritarismo en el que un ciudadano no tiene verdaderos derechos frente al Estado, más solo deberes, sin distinguir lo moral de lo jurídico. Así, la BFP se vincula a la *moralización* del proceso, relación conflictiva y comúnmente poco clara.²²

Otro riesgo de moralizar el proceso es que se erige a la BFP como elemento fundamental para lograr la verdad objetiva.²³ Es parte de un conjunto -de un sistema procesal- con un sentido determinado el

¹⁶ La actual redacción de la norma comenzó su vigencia el 3 de abril de 2025 según señala el artículo 22.20 de la Ley Orgánica 1/2025, de 2025.

¹⁷ ELI y UNIDROIT (2020).

¹⁸ AGUIRREZÁBAL (2015), p. 306.

¹⁹ MONTERO (2006a), pp. 100-112.

²⁰ GARCÍA (1991), pp. 349 y 350.

²¹ GARCÍA (1991), p. 366.

²² GONZÁLEZ (2021), pp. 89 y 90.

²³ AGUIRREZÁBAL y PÉREZ (2018), p. 302.

que consiste en la búsqueda de la verdad por sobre todo.²⁴

Según Montero, este tipo de regulaciones responden a la desconfianza autoritaria frente al abogado.²⁵ Así, la idea que en el proceso civil las partes y no hacen más que mentir no ha desaparecido en la actualidad.²⁶ De esta forma, la legislación citada establece que el deber principal de los abogados es la búsqueda de la justicia, aún en contra de los intereses de su cliente. Entonces, la BFP es la respuesta a tal desconfianza y deber y por ello atribuye al juez el rol de moralizar el proceso.²⁷

Por lo anterior, concuerdo con Montero y Cipriani en el sentido de que el control judicial de la moral en el proceso basado en la BFP es un exceso permitido solo en estados totalitarios.

Lo anterior no implica admitir que el derecho y la moral operen en órbitas estancas y separadas, ya que existe una dimensión de moralidad constitutivamente interna a todo derecho y que se desprende de la remisión de ciertas normas a otras de conducta ético-sociales como es el caso del artículo 1546 de Código Civil.²⁸ Sin embargo, distinto es vincular la aplicación del derecho a la moral individual que posea cada juzgador.

En síntesis, el litigio es dialéctico y el deber de cooperación exigido a las partes no puede ser a costo del interés propio y por tal, la colaboración o solidaridad como sinónimo de verdad está muy lejos de existir.²⁹ La diferencia argumentativa entre el juez y los letrados es que los primeros razonan a favor de una cierta tesis porque consideran que de acuerdo con el derecho es lo correcto.³⁰ En base a aquello, al juzgador le corresponde controlar aspectos formales esenciales derivados principalmente del debido proceso y desagregar dicho control de las cuestiones de fondo. Este último examen se configura mediante la acreditación de lo fáctico y el análisis de los argumentos jurídicos vertidos durante el pleito, pero jamás a partir de la conducta de las partes.³¹

C. BFP. Principios legales y constitucionales

Establecida la prevención anterior, es importante añadir una reflexión que surge de este (y todos aquellos principios) establecidos en la Ley N°20.886 ante un eventual conflicto con otros derechos y

²⁴ MONTERO (2006a), pp. 111 y 112.

²⁵ MONTERO (2006a), pp. 111 y 112.

²⁶ Esto no exime a los abogados de ser sinceros y leales ni tampoco es derecho de los abogados el decir falsedades. CIPRIANI (2006), pp. 283-285.

²⁷ MONTERO (2006b), pp. 161-164.

²⁸ "Aquí se comprenden, de manera general, la lógica jurídica, la naturalis ratio, la naturaleza de las cosas y la aequitas". WIEACKER (2019), p. 33.

²⁹ GONZÁLEZ (2021), pp. 331-333. Situación distinta es la colaboración en la aportación probatoria. MATORANA y PECCHI (2002), p. 39.

³⁰ ATIENZA (2006), p. 224.

³¹ "(...) sería una contradicción con el principio dispositivo imponer sanciones para todos los casos en que los litigantes no hayan relatado los hechos con absoluta fidelidad". ALSINA (1941), p. 289.

garantías procesales constitucionales.³²

Ya el año 2008 Iván Hunter sostenía que la BFP debía ser abordada de forma responsable “a riesgo de diluirlo en la nada, sin ninguna implicancia práctica real”.³³ Indicaba también que cualquier garantía procesal establecida de manera legal debe ceder ante un eventual conflicto a derechos procesales de rango constitucional como el derecho a la defensa, a la acción o el debido proceso. Para él, la BFP no es un “valor constitucionalmente protegido y ni siquiera palpita implícita dentro de la amplitud de ciertas cláusulas constitucionales como el bien común o la igualdad”.³⁴

Referente a esto, Chioventa señala que existen formulaciones genéricas legales de deberes que puedan terminar coartar la libertad del litigante. Estas las desagrega en tres grupos: 1) La obligación de no sostener tesis de tal modo desprovistas de fundamento, que no quepa admitir el convencimiento del litigante; 2) La obligación de no sostener a sabiendas cosas contrarias a la verdad; y 3) La obligación de conducirse, respecto del juez y de la parte contraria, con lealtad y corrección.³⁵ Esto deberes son manifestaciones contemporáneas del *iudicia bonae fidei* o el *ius iurandum calumniae* del derecho romano.³⁶

En consecuencia, los efectos (aún indeterminados) de la BFP estatuida en la Ley N°20.886 deben ser sopesados en relación con el derecho a la acción, a la defensa y al debido proceso. En caso alguno pueden afectar el núcleo de tales garantías dada la asimetría normativa habida entre la ley y la Constitución, en especial, aquellas garantías establecidas en su artículo 19 n°3.³⁷

D. BFP y lealtad procesal

En el derecho sustantivo alemán el deber de lealtad se vincula a la buena fe negocial y hace un distinguo entre *actuar* de buena fe (objetiva) o *estar* de buena fe (subjetiva). El primero implica un comportamiento negocial honesto, probo, leal, que se manifiesta como un criterio de conducta conscientemente asumida.³⁸ En cambio, la buena fe subjetiva se concibe como una actitud de la conciencia consistente en la ignorancia de perjudicar un interés ajeno tutelado por el derecho.³⁹ Es una noción justificativa del error, de una actitud de creencia que implica ausencia de mala fe subjetiva.⁴⁰ Es por lo

³² La ley establece los siguientes principios en su artículo 2°: Principio de equivalencia funcional del soporte electrónico; Principio de fidelidad; Principio de publicidad; Principio de buena fe; Principio de actualización de los sistemas informáticos y, Principio de cooperación.

³³ HUNTER (2008), p. 178.

³⁴ HUNTER (2008), p. 159. En el mismo sentido LARROUCAU (2013), p. 274 respecto a norma similar contenida en el proyecto de Código Procesal Civil de 2012.

³⁵ CHIOVENDA (1940), p. 82.

³⁶ BETTI (1989), pp. 308-312; CAPPELLETTI (2018), p. 65; y REZZÓNICO (1998), p. 492.

³⁷ PICÓ (2013), p. 358 y RUAY (2013), pp. 77 y 78.

³⁸ JIMÉNEZ (2001), p. 722 y GONZÁLEZ (2021), p. 113.

³⁹ BETTI (1969), p. 74 y GOZÁINI (2016), pp. 443.

⁴⁰ Este tipo de buena fe se aprecia en instituciones del derecho civil, tales como la posesión, el matrimonio putativo y en materia de testamentos.

que la buena fe subjetiva se presume, pero la mala fe objetiva, no.

Así, para Larenz la lealtad negocial significa que “cada uno debe guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que ésta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas; (...). es un módulo necesitado de concreción, mas no una regla para ser aplicada directamente, sino que en cada supuesto exige un juicio valorativo tomando en cuenta el momento y el lugar”.⁴¹ La buena fe contractual no es un producto de la inducción lógica ni objeto de conocimiento científico, sino materia de experiencia y razón práctica.⁴² Es una regla nemotécnica de la creación judicial del Derecho.⁴³

El distingo entre *actuar* y *estar* de buena fe es sumamente útil para construir un concepto de BFP ajeno a la moral subjetiva de cada juez y centrado en la lealtad procesal entendida como un constructo objetivo con alcances y fines delimitados. Esto significa que el juez controla la BFP según patrones desapasionados o viscerales, ajenos a conceptos políticos imperantes o a presiones coyunturales.⁴⁴ Por tanto, la concreción de la BFP descansa en la norma y se nutre de la prudencia, experiencia y razón práctica del juzgador.

Por el contrario, el control de la moral de las partes mediante la BFP implica confrontar la subjetividad –o creencia no justificada– de aquello que cada juez (en cada instancia) estima conforme o no a tal principio. Se le asigna la tarea de determinar si la parte es consciente o no de su deber de no perjudicar un interés ajeno aunque aquello lesione el propio.

En relación a lo anterior BFP es sinónimo de lealtad procesal. Es una precisión sutil de lo que implican algunas cargas y deberes procesales preestablecidos y el comportamiento esperable de las partes al respecto.⁴⁵ Por ende, las facultades de prevenir, corregir y sancionar se erigen como un freno a la conducta potencial contraria a la lealtad procesal de las partes, pero sin convertirlas en una facultad para torcer normas adjetivas, ni menos como un represor de la infidelidad supuesta y antojadiza de las reglas.⁴⁶

La BFP o lealtad procesal se asocia con el compromiso de colaborar activamente al correcto desarrollo proceso, pero con el límite de no lesionar el derecho constitucional a la defensa de la parte. Es una herramienta que tiene un sentido más amplio que el meramente punitivo, como lo es para Devis y Aguirrezabal, que entienden la lealtad procesal como sinónimo de *moralidad procesal*, cuyo fin es

⁴¹ LARENZ (1958), p. 143.

⁴² VON TUHR (1934), p. 40.

⁴³ WIEACKER (2019), p. 57.

⁴⁴ En contra, GONZÁLEZ (2021), pp. 117-128.

⁴⁵ A la luz de lo analizado, discrepo de lo aseverado Felipe Gorigotía en orden a que lealtad implique una carga conceptual menor que buena fe, aunque sí de mejor técnica legislativa. Esto se debe a que ambos conceptos dentro del derecho sustantivo se entienden de manera similar y consisten en una actitud (no deber) de colaboración básica y no un estado o creencia. GORIGOTÍA (2008), p. 157.

⁴⁶ GOZÁINI (2016), p. 442.

excluir las trampas judiciales, los recursos torcidos, la prueba deformada y cualquier actitud inicua según la ética particular de cada juez.⁴⁷

En definitiva, importa establecer que la BFP es un principio o directriz que implica conducirse con lealtad procesal, actuar susceptible de un análisis objetivo. Cuestión distinta a exigir una conducta procesal moral, la que se aviene con un estado de creencia no objetivable (BFP subjetiva).⁴⁸ Visto así, se evita el riesgo de que el eventual reproche penda de las nociones deontológicas de cada juez y la respectiva inseguridad jurídica que esto conlleva.⁴⁹

III. LA BFP Y LAS POTESTADES DEL JUEZ CIVIL

Jorge Larroucau efectuó el 2013 un completo estudio de la BFP basado en las disposiciones que la tratan en los proyectos de Código Procesal Civil de los años 2006 y 2012. Para el autor, ambos proyectos establecen un postulado genérico o indeterminado de lealtad procesal y no otorgan potestades precisas al juez. Es decir, la BFP se concibe como un principio abstracto y no una regla como afirma Larenz.⁵⁰ El autor sostiene que la BFP admite tres interpretaciones:⁵¹

Una lectura fuerte: impone a todos quienes intervienen en un juicio (litigantes, terceros y juez) un compromiso robusto con los intereses que atiende la administración de justicia.⁵² La parte -interesada o no- está sujeta a deberes de colaboración con respecto a los hechos y al debate.⁵³ La BFP se desagrega en tres deberes (y no cargas) procesales para las partes:⁵⁴ a) un deber de máxima colaboración en el acceso a las pruebas; b) un deber de *decir la verdad* en sus afirmaciones acerca de los hechos; y c) un deber de no alterar o contradecir ninguna posición jurídica previa en la que haya podido confiar la contraparte.⁵⁵ Bajo esta mirada, la BFP es un principio corrector de posibles excesos de las partes, especialmente en materia de nulidad de actuaciones, de impugnación de competencia y de ejercicio de acciones que contradigan una conducta anterior vinculante.⁵⁶

⁴⁷ DEVIS (1966), p. 65 y AGUIRREZÁBAL (2015), pp. 307 y 308.

⁴⁸ La exigencia de confianza no es obligación de veracidad subjetiva, sino el no separarse del valor de significación que a la propia conducta puede serle atribuido por la otra parte. WIEACKER (2019), p. 43.

⁴⁹ GOZAÍNI (2016), pp. 443-445; CORREA y PINO (2020), p. 85. Por lo demás, ya existen facultades disciplinarias preestablecidas al efecto, como es la condena en costas según se desprende del mensaje del CPC.

⁵⁰ LARENZ (1958), p. 143. En el artículo 8 del anteproyecto de Código Procesal Civil del año 2006 se señala que “Las partes, los terceros, y general, todos quienes deben acudir ante los tribunales deben ajustar su conducta a la dignidad de la justicia, al respeto de los derechos fundamentales de la persona humana y a la lealtad y buena fe procesal”. Luego, el proyecto de Código Procesal Civil del año 2012 señala: “Buena fe procesal. Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso deberán actuar de buena fe”.

⁵¹ LARROUCAU (2013), p. 265.

⁵² En ese sentido Marina del Campo con Fisco de Chile (2023), sobre el rol del receptor judicial.

⁵³ “La consagración de la buena fe como un principio rector y el deber de colaboración morigeran de cierta manera la supremacía de la disposición del proceso por las partes”. AGUIRREZÁBAL (2015), p. 305.

⁵⁴ Señala que son deberes procesales y no cargas, ya que su incumplimiento no se agota en la preclusión. LARROUCAU (2013), p. 275.

⁵⁵ LARROUCAU (2013), p. 275.

⁵⁶ ROMERO (2003), p. 170 y PICÓ (2013), pp. 51-79.

Una tesis mínima: se limita a marginar del proceso las actuaciones dolosas o abusivas, con lo cual garantiza la libre competencia entre los litigantes; y

Una lectura más que mínima: Se erige como un equilibrio entre las anteriores. Busca purgar comportamientos dolosos e impone a los intervinientes cargas y deberes delimitados por la legislación, con el fin de compatibilizar los intereses públicos y privados que convergen en el juicio.⁵⁷ Esta lectura permite una coexistencia entre el contradictorio y la lealtad procesal, ya que tiene en cuenta que “*el proceso no es un lugar donde los contendientes se encuentran para llegar juntos y cooperando a una solución del conflicto intersubjetivo de intereses*”.⁵⁸

En la doctrina nacional, Romero justifica un sentido fuerte o moralizante de la BFP, “*evitando las posibles inmoralidades de que pueden servirse las partes en el ámbito procesal, para obtener una victoria a toda costa*”.⁵⁹ Efectúa esta afirmación al analizar un fallo de la Corte Suprema del año 2001 que casó en el fondo una sentencia por no ajustarse a la BFP, entendida como una extensión de la teoría de los actos propios.⁶⁰

Al respecto, Carretta sostiene que se debe superar la teoría de los actos propios en el proceso y analizar la conducta según el *deber de coherencia* que deben mantener las partes. El autor vincula la coherencia a lo verdadero, concepto que estimo más complejo y ambiguo que la propia buena fe.⁶¹

Por su parte, Larroucau indica que la coherencia procesal implica una pugna con la posibilidad de defenderse a la parte lo mejor posible. Aquello involucra una eventual lesión de sus derechos procesales en especial, el derecho a la defensa. Es por tal que la prohibición de ir contra acto propio derivada de la BFP tiene un efecto restringido: la inadmisibilidad del acto incoherente.⁶²

Se adscribe a lo anterior. Esto se debe a que “*el principio del venire es una aplicación del principio de la confianza en el tráfico jurídico y no una específica prohibición de la mala fe y de la mentira*”.⁶³ Por tanto, en caso alguno se debe utilizar para aplicar sanciones distintas a las señaladas en la ley. Por tanto, no son parte de la BFP: La observancia de la norma, las multas coercitivas y el deber del de decir toda la verdad, esto último, además es contrario al sentido del proceso como contienda.⁶⁴

Por el contrario, Picó sostiene una serie de consecuencias a infracción a la BFP bastante gravosas y sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria, civil y penal del abogado que actúe con mala fe pro-

⁵⁷ En igual sentido, Considerando N°3 de voto en contra de la Ministra Adelita Ravanales y de la Abogada Integrante Carolina Coppo en *Ogalde con Fisco De Chile y Otros* (2023).

⁵⁸ GONZÁLEZ (2021), p. 331.

⁵⁹ ROMERO (2003), pp. 168 y 169 y AGUIRREZÁBAL (2015), p. 308.

⁶⁰ ROMERO (2003), pp. 168 y 169.

⁶¹ CARRETTA (2018), p. 342.

⁶² LARROUCAU (2020), pp. 273-296.

⁶³ WIEACKER (2019), p. 43.

⁶⁴ MONTERO (2006a), pp. 124-126.

cesal.⁶⁵ Sin embargo, este criterio no puede ser trasladado al proceso civil chileno ya que la BFP no otorga potestades similares al juez ni admite tales sanciones. Es más, no contempla sanción alguna. Es por ello que la sentencia analizada llama la atención ya que impone un reproche no contemplado en el proceso civil y que se funda en la BFP.

IV. ASPECTOS RELEVANTES DEL FALLO EN RELACIÓN A LA BFP

A. Antecedentes del caso

El 09 de enero 2024 la futura demandante -Terminal de regasificación de gas natural- presentó ante el juzgado de letras de Mejillones una solicitud de medida prejudicial probatoria consistente en un peritaje. El fundamento, simplificado, esgrime que, por emanaciones tóxicas provenientes de la planta termoeléctrica de la futura demandada, Eléctrica Cochrane SpA, se han dañado torres de alta tensión que suministran energía al terminal de gas natural, provocando daño.

El 10 de enero de 2024 se accedió a lo solicitado, en orden a recibir informe pericial sobre tales hechos según dispone el artículo 281 y siguientes del CPC. El tribunal designó al ingeniero eléctrico S.P.V.S., quien juró desempeñarlo fielmente y fijó la fecha para el reconocimiento pericial el 22 de febrero de 2024 a las 11:30 horas. El objeto del peritaje sería “*determinar el origen de la corrosión que presentan las sufridas por las torres 46 a 50 de la línea de transmisión 1x110kV Chacaya a GNLM*”. La diligencia se practicó el día señalado en presencia del experto y de apoderados de ambas partes.

Durante la tramitación de la prejudicial, la futura demandada presentó numerosos recursos e incidentes de nulidad. Cuestionó la pertinencia de la diligencia probatoria (folio 13), del objeto de la pericia (folio 21), de la idoneidad y parcialidad del perito (folio 36, 54 y 62), de la fecha fijada para la pericia (folio 32), del reconocimiento pericial (folio 36), del acta de reconocimiento pericial (folio 54) y del peritaje propiamente tal (folio 72 y 80).⁶⁶ En síntesis, reprocha la parcialidad del perito debido a que el día fijado no se efectuó el reconocimiento pericial establecido en el CPC. Alegó que el acto de reconocimiento se hizo días antes con la sola presencia de la futura demandante. En su parecer, respalda esta afirmación que en el informe se aluden al menos diez muestras tomadas en el lugar, no realizadas en la diligencia de reconocimiento, lo que implica que existió otra actividad afín. En lo que respecta a la idoneidad del perito, acusa que usó escritos proporcionados por la futura demandante para realizar presentaciones ante el tribunal, cuestión que es verificable al revisar los metadatos de tales presentaciones. Todas las alegaciones fueron rechazadas por el *aquo*.

Por su parte, la Corte de Antofagasta conoció todos los recursos en una misma audiencia y resolvió mediante una sola resolución sin que hubiese operado la acumulación procesal a solicitud de parte.

⁶⁵ “La inadmisión del acto procesal solicitado, la ineficacia del acto procesal realizado; la pérdida de las cantidades económicas depositadas judicialmente para la realización de actos procesales; la valoración intraprocesal de la conducta de las partes; las multas; las costas procesales; la nulidad de actuaciones; la pérdida del pleito o el uso de la coacción física para contrarrestar la mala fe procesal”. Picó (2013), p. 310.

⁶⁶ También recurrió acerca de la sanción pecuniaria del artículo 88 del CPC establecida en su oportunidad.

En total, fueron cinco apelaciones impetradas por la futura demandante y respecto de aquellas, se pronunció en forma favorable al recurrente. En consecuencia, la parte resolutive del fallo de la I. Corte de Antofagasta dispuso lo siguiente:

- i. Revocó la resolución en alzada de 28/05/2024, que rechazó el incidente de nulidad del informe pericial y en su lugar declaró ha lugar al incidente deducido en la presentación de folio 72 del cuaderno de medida prejudicial y 2 del cuaderno incidental de nulidad, y anuló el informe pericial emitido y que rola a folio 65 y 66 del cuaderno de medida prejudicial.
- ii. Revocó la resolución en alzada en fecha 08/07/2024 (folio 80) del cuaderno de medida prejudicial, que rechazó el incidente opuesto por la futura demandante en orden a la falsedad de la audiencia de reconocimiento, la que dejó sin efecto.

En lo que nos importa, el fallo sostiene que *“el obrar del perito da cuenta de un obrar de mala fe al actuar fuera del marco que le exigía la ley y respecto de la cual juró respetar, incluyendo en esto el actuar impropio antes referido, ajeno a la actitud de imparcialidad que le exige el procedimiento civil, desde que recurrió a una de las partes para recibir colaboración en la tramitación de sus presentaciones, lo que al menos en una apreciación externa hace dudar de su independencia, lleva a concretar una nueva razón para acceder a la incidencia en cuestión”*. Es aquel rol correccional y moralizante (sentido fuerte) que se sustenta en la BFP el que interesa analizar, en especial respecto a una diligencia probatoria que aún no ha sido valorada en el estadio procesal respectivo.

B. La BFP y el peritaje civil

Al tenor de lo expresado anteriormente, resulta polémico el uso de la BFP que hace el fallo como argumento secundario para aplicar una sanción no prevista respecto a una prueba pericial.⁶⁷ En efecto, el fallo discurre latamente acerca de los defectos procesales del acta de reconocimiento y del informe pericial. Luego, en el último considerando repugna el actuar del perito y lo tacha como contrario a la BFP. A propósito, Larroucau señala que la BFP (como deber de coherencia) es un estándar de justificación débil, ya que requiere otros criterios que complementen el principal.⁶⁸

Sin embargo, independiente del rol argumental de la BFP, importa analizar la procedencia de la nulidad respecto a la medida prejudicial. En primer término, las potestades sancionatorias del juez sobre el obrar del perito están delimitadas solo al incumplimiento del plazo judicial establecido para realizar la pericia (artículo 420 del CPC). El grueso de las normas que regula esta prueba se refiere a temas orgánicos: los casos en que es pertinente oír a peritos, quiénes pueden serlo y cómo se conforman los listados respectivos. De manera residual, se abordan las dos etapas del peritaje: la audiencia de reconocimiento y el informe pericial. Es decir, no existen potestades expresas, aparte de las mencionadas, que permitan anular una pericia, sobre todo, si no se demuestra el supuesto vicio.

⁶⁷ LARROUCAU (2020), pp. 284 y 285.

⁶⁸ LARROUCAU (2020), p. 285.

C. Sobre el acta de reconocimiento

El artículo 419 del CPC señala que se debe levantar un acta de reconocimiento en la cual se consignarán los acuerdos celebrados por los peritos. Agrega que las partes podrán hacer en el reconocimiento las observaciones que estimen oportunas y pedir que se hagan constar los hechos y circunstancias que juzguen pertinentes; pero no tomarán parte en las deliberaciones de los peritos, ni estarán en ellas presentes.

En cuanto al reconocimiento efectuado el 22 de febrero de 2024 por el perito en presencia de ambas partes, se establece en el Considerando 13 inciso 2º una conculcación entre el “*principio de contradicción en la producción de prueba*” respecto del reconocimiento pericial.⁶⁹

A partir de tal conclusión, determina en el considerando 14 que la pericia no se ajusta a tal formalidad debido a que no hubo una “*una inspección detallada a cada una de las torres de alta tensión involucradas, como asimismo la medición de diversos índices en el lugar y la toma de muestras para su posterior análisis técnico*”. Por el contrario, “*el reconocimiento (...) consistió sólo en un desplazamiento por el lugar para mirar las torres por un espacio de 35 minutos, sin que se realizara ninguna otra diligencia y sin que se tomara alguna muestra*”.

Es por tal, que deduce que el perito previamente habría inspeccionado el lugar, en donde examinó las torres y tomó las muestras, “*todo esto dentro de una propiedad de la futura demandante, lo que no fue comunicado a la contraria y por tanto, con inasistencia de aquella. Lo anterior permite concluir que se realizó con presencia la futura demandante*.” Esta afirmación se refuerza debido a la “*ausencia de comentarios en la diligencia de reconocimiento que formó parte del peritaje*”.⁷⁰

En su parecer, el reconocimiento incurrió en un vicio que irroga su nulidad ya que se trató de una diligencia ficta debido a que no se examinó la cosa objeto de la pericia y afectó “*el derecho al debido proceso, al derecho de defensa y al principio de contradicción, esencial en el procedimiento civil (...)*” (Considerando 14 inciso 2º).

Remata la idea en el Considerando 16 en donde afirma que “*no puede ser válido un informe pericial cuyo reconocimiento base no lo fue, siendo relevante además que del tenor del informe aparece que las conclusiones se basan en una serie de actuaciones realizadas por el perito fuera del acto de reconocimiento y, por lo mismo, fuera de control de las partes de la causa, no respetando las solemnidades exigidas a este tipo de diligencias de prueba, lo que de por sí es suficiente para acoger el incidente de nulidad*”.

Importa tener presente que lo concluido en cuanto a que hubo una primera (y real) diligencia de reconocimiento no se acreditó de forma alguna, sino que se limitó a reiterar uno de los argumentos de

⁶⁹ “El principio de contradicción consiste en la posibilidad real, por las partes, a la máxima refutación de la hipótesis contraria. En otras palabras, se trata del libre juego del conflicto entre las partes en el proceso, portadoras de puntos de vista contrastantes o de intereses opuestos”. HORVITZ y LÓPEZ (2004), p. 253.

⁷⁰ El artículo 417 del CPC no señala específicamente el lugar en que se deba llevar a cabo el reconocimiento. Pérez Fernández con inversiones Donoso y Velasco uno Ltda. y otros (2015).

la recurrente. De esta forma, los razonamientos reproducidos son menos que indicios, son hechos supuestos, los cuales adolecen de una garantía sólida que permita arribar a la conclusión presumida.

Por lo demás, en el caso de la pericia civil, el contradictorio –propio de un proceso oral– se verifica mediante las observaciones que las partes estimen oportunas y en la posibilidad de pedir que se hagan constar los hechos y circunstancias que juzguen pertinentes en el acto de reconocimiento (artículo 419 CPC). Además, esta posibilidad no se agota en el reconocimiento ya que el Artículo 430 del CPC faculta a las partes a hacer por escrito las observaciones que el examen de la prueba les sugiera.⁷¹

D. Sobre el informe pericial:

La resolución en el Considerando 16 señala que el informe tampoco cumplió las formalidades legales, toda vez que para su confección existió asesoría y colaboración de otros profesionales, expertos en corrosión. *“Lo anterior contraría las reglas señaladas en los artículo 414 a 417 del COT (sic), respecto a la aceptación de cargo y el juramento de fiel desempeño, garantía de la imparcialidad de tal medio de prueba”*. Es por tal que el nombramiento es nominativo y el experto nombrado *“debe ejecutar por sí el reconocimiento y evacuar el informe en base al mismo, sin que pueda recurrir al conocimiento ajeno, siendo claro que si carece tiene la carga de indicarlo así y omitir pronunciamiento, desde que los terceros, independiente de su curricular, no han recibido el encargo, el nombramiento por, sobre todo, no han prestado juramento, que es lo que permite dar fe a las conclusiones”*.

De lo anterior se infiere que si no se explicitan qué partes del informe derivan del análisis personal del perito y cuáles no, el peritaje evacuado en la causa carece de validez en su totalidad, *“lo que constituye una nueva razón para acceder a incidente de nulidad del mismo”*.⁷²

E. La BFP y los escritos presentados por el perito en el proceso

En el Considerando 19 se expone en la solicitud de nulidad de la prueba fundada en que *“en la creación de los escritos presentados por este intervinieron los abogados de su contraparte, cuestión que es verificable revisando los metadatos de esas presentaciones y alegando además que el peritaje en parte emana de personas distintas al perito designado en la causa y porque el informe no abarca todos los puntos respecto de los cuales se solicitó informar”*. Sobre esto, en el Considerando 18 indica que esta situación no fue desmentida por la futura demandante, pero que la justifica señalando que sólo proporcionaron al perito modelos de escritos, lo que a juicio del tribunal *“por sí da cuenta de una relación impropia que, si bien no alcanza a constituir por su sola causal de inhabilidad, al menos pone en jaque la legitimidad e imparcialidad del perito, lo que refuerza las conclusiones antes referidas”*.

⁷¹ AGUIRREZÁBAL (2012), p. 346.

⁷² Al respecto, en la resolución que se encuentra a folio 80 del cuaderno de medida prejudicial probatoria, en el Considerando 5 se hace un correcto uso de las facultades que tiene el juez respecto de las pericias. *“Estas alegaciones no serán consideradas, ya que el referido informe, se evalúa exclusivamente por el juez de la causa, conforme a las reglas de la sana crítica, y que en la especie podría ser en un eventual juicio a futuro, como cuestión de fondo del mismo en relación con la prueba que se pueda evaluar”*. Sin embargo, este razonamiento fue preterido por la Corte.

En el Considerando 19 establece que lo anterior se debe ligar con jurisprudencia reciente (que no explícita) que le ha otorgado a la BFP el carácter de principio general aplicable a “*todos los procedimientos, permitiendo sancionar el actuar de mala fe de los intervinientes, el fraude procesal sancionado y adoptar las medidas correctivas para dejar sin efecto sus efectos, creando una forma de impugnación de las actuaciones procesales sui géneris, que, a fin de evitar el fraude procesal, lo que permite al Tribunal, acreditado el presupuesto contemplado en la norma, la existencia de fraude o abuso procesal, disponer medidas que eviten validar sus efectos*”.

Así, el deber exigido por la BFP lo parangona con la conducta del perito y concluye “*que da cuenta de un obrar de mala fe al actuar fuera del marco que le exigía la ley y respecto de la cual juró respetar, incluyendo en esto el actuar impropio antes referido, ajeno a la actitud de imparcialidad que le exige el procedimiento civil, desde que recurrió a una de las partes para recibir colaboración en la tramitación de sus presentaciones, lo que al menos en una apreciación externa hace dudar de su independencia, lleva a concretar una nueva razón para acceder a la incidencia en cuestión*”.

Como sustento de lo afirmado, el recurrente acompañó en sus presentaciones capturas de pantalla de los metadatos del escrito (la pestaña denominada propiedades de un archivo del lector de documentos *acrobat reader*). En ella aparecen distintos datos del archivo, entre ellos, el autor del documento. Ese es el sustento que da pie a la mala fe procesal del perito ya que el autor de algunos documentos es Agustín Eguiguren Canales y no el perito. Según se relata, Eguiguren trabaja a en la oficina del abogado Ricardo Brancoli Bravo, quien solicitó la prejudicial probatoria.

Importa precisar que las propiedades del archivo no siempre se condicen con la persona que lo crea y se trata de un aspecto bastante feble y manipulable. También importa indicar que sobre un archivo que pertenece a un tercer autor, se puede elaborar otro completamente distinto -si es que no cuenta con protecciones preestablecidas en lo que respecta a su edición-. Es decir, los metadatos de un documento permanecerán -el continente- aunque el contenido de este se borre y se edite algo completamente original y disociado del anterior. Para mayor sustento de lo denunciado, la recurrente acompañó un acta suscrita por notario. Según da fe, en su presencia se ingresa a la OJV, a la causa en comento y se descargaron los archivos de extensión .pdf ingresados por el perito.

Sin embargo, en las propiedades de la presentación que adjunta el informe pericial y sus anexos acompañados a folios 65 y 66, aparece el perito como autor de tales archivos.

Imagen número 1.⁷³

Persona que Realiza Envío al Tribunal	
Rut:	6. [REDACTED]
Nombre:	[REDACTED]
Organismo :	VALENCIA6136751
Tipo Organismo :	PRIVADO
Abogado:	NO
Parte en la Causa:	NO
Tipo de Litigante:	N/A
Parte por la que se Realiza la Presentación:	N/A

⁷³ Imagen extraída de *sociedad GNL Mejillones S.A/ Empresa Eléctrica Cochrane (2024)*, Folios 45 y 46 del cuaderno de medidas prejudiciales.

De lo señalado, en mi parecer no se encuentra acreditado en el fallo que el perito recibió colaboración externa en la tramitación de sus presentaciones como lo sostuvo la Corte de Antofagasta. Hecho que tampoco se entiende de tal gravedad o trascendencia que irroque un vicio que acarree la nulidad del acta y de la pericia. En el mismo sentido lo entendió el *aquo* al rechazar el incidente respectivo. Por consiguiente, de nuevo se utiliza a la BFP como argumento moral para castigar la conducta del perito. Esto se debe a que no se constató una conducta contraria a la lealtad procesal que implique desacreditar la pericia.

V. LA BFP Y LA NULIDAD

Por lo reseñado, al anular el informe pericial se pretendió moralizar el proceso al invalidar un acto legítimo y se utilizó un principio como regla. Esto se debe a que ejecución de la pericia de manera contraria a lo establecido en las normas ya tiene una sanción y que se traduce en la pérdida de fuerza probatoria al momento de ser valorada.⁷⁴

Así lo expresa el numeral 7 del Auto Acordado de la corte suprema sobre la forma de las sentencias de 1920:

“Que las sentencias definitivas (...) comenzarán expresando el lugar en que se expidan y en letras el día, mes y año, y contendrán: 7º Si se suscribe cuestión acerca de la procedencia de la prueba producida, la exposición de los fundamentos que deben servir para aceptarla o rechazarla, sin perjuicio del establecimiento de los hechos en la forma expuesta en los párrafos precedentes para los fines consiguientes”.

Esto es así ya que al desconocer el contenido del informe pericial y tampoco el (eventual) valor probatorio que le asignará el juez, aún no se establece el elemento que distingue la nulidad procesal de la civil: el perjuicio derivado del principio de trascendencia. Es decir, una pericia que adolece de vicios formales puede no ser valorada pero jamás, ser previamente anulada.

Esto es consecuencia de que la nulidad procesal se aplica en aquellos casos en que está establecida expresamente en la ley y en todos aquellos en que exista un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con su declaración. Es la máxima *pas de nullité sans grief* regulada en el artículo 83 CPC.⁷⁵

Sin embargo, la Corte anuló una probanza antes de ser valorada, actividad procesal en donde se faculta al juez para a través de tal examen, controlar la ritualidad y fuerza epistémica. *“Conforme al principio de necesidad, se tiene que, si el ordenamiento jurídico ofrece, para la debida protección del*

⁷⁴ En el correcto sentido: Considerando 63 de *Escare con Clínica Sanatorio Alemán S.A* (2024).

⁷⁵ ALSINA (2018), pp. 39 y 40.

derecho de defensa, algún otro medio igualmente eficaz a la imposición de una limitación debe preferirse aquel medio.⁷⁶

El *iter procesal* contiene ciertos vectores ya previstos en ley y por ello el proceso no permite la posibilidad de ejercer facultades en los términos libres de la relación de fondo.⁷⁷ Para González Carvajal, se trata de una situación de superficialidad ya que la solución está en normas específicas, sin necesidad de tener que recurrir a conceptos vagos como la BFP, caracterizados por la indeterminación de los criterios utilizados para la enucleación de soluciones.⁷⁸

Por ello, al declarar la nulidad del peritaje se vulneró la formalidad establecida por las normas procesales en garantía de la mejor administración de justicia y de la seguridad acerca de los modos de conseguirla y se atentó contra el principio de la igualdad de las partes en el proceso y del contradictorio.⁷⁹ Además, se afectó indirectamente el derecho a la acción que le compete al futuro demandante, garantía constitucional del proceso civil.⁸⁰

En otro orden de ideas, además resulta difícil sostener que se puede anular un acto procesal en el que no intervino el tribunal salvo casos expresos como como son las notificaciones nulas practicadas por receptores (artículo 80 CPC). La sanción aquí se justifica ya que la conducta de aquellos está regulada en el parágrafo 5 del título XI del COT (Los Auxiliares de la Administración de Justicia). Así, por poseer tal carácter corresponde a los tribunales ejercer sus facultades disciplinarias. Sin embargo, esto no es replicable a los peritos ya que no son auxiliares ni menos, colaboradores como sostiene un sector de la doctrina.⁸¹

En efecto, los controles establecidos para las actuaciones de los peritos -distintos a la valoración de sus pericias- son difusos y están dispersos en nuestro ordenamiento jurídico, los que se pueden clasificar en endoprocesales (1 y 2), extraprocesales (3 y 4) y una última consecuencia sui generis (5).

1. Los artículos 113 y 118 del CPC señala que los peritos están sujetos al régimen de implicancias y recusaciones.
2. El Artículo 413 del CPC señala que no podrán ser peritos quienes sean inhábiles para ser testigos en juicio.⁸² Tampoco aquellos que no tengan título profesional, si la ciencia o arte cuyo conocimiento se requiera está reglamentada por la ley y existen en el territorio jurisdiccional dos o más personas tituladas que puedan desempeñar el cargo.

⁷⁶ HUNTER (2008), p. 162.

⁷⁷ CARRETTA (2018), p. 336.

⁷⁸ GONZÁLEZ (2021), pp. 89 y 90.

⁷⁹ ROCCO y UGO (2023), p. 432.

⁸⁰ CACHÓN (2005), pp. 7-44. citado por PICÓ (2013), p. 325.

⁸¹ AGUIRREZÁBAL (2011), p. 373.

⁸² Se sostiene que la jurisprudencia entiende que tal interés debe ser patrimonial. AGUIRREZÁBAL (2012), p. 346 y AGUIRREZÁBAL (2011), p. 376.

3. El perito acepta el cargo de manera expresa y jura desempeñarlo con fidelidad (artículo 419 del CPC), rito que compromete el honor del experto en desempeñar leal y correctamente el encargo.
4. En el Código Penal se establece un abanico de tipos penales relativos a la función pericial, según disponen los artículos 206, 227 y 250.
5. El Acta N°208-2013 de la Corte Suprema dispone que las Cortes de Apelaciones deben fundar someramente las decisiones por las que se excluye o no incorpora a algún postulante en la nómina de peritos del artículo 416 bis del CPC.

En cuanto a los efectos extraprocesales de la mala fe (III y IV), el Artículo 206 del Código Penal señala que tendrán responsabilidad penal el perito que ante un tribunal faltare a la verdad en su informe y, además sufrirán la pena de suspensión de profesión titular durante el tiempo de la condena. Esta es respuesta extraprocesal que establece el ordenamiento jurídico a la infracción al juramento prestado por el perito.⁸³

Sobre el juramento, señala Couture que en el proceso civil es una reminiscencia al proceso antiguo, de acentuada inspiración religiosa y moral, revelada mediante la exigencia de juramentos y sanciones al perjurio a aquel que faltaba a la verdad. Estos ritos fueron abandonados en el proceso moderno, no por considerarse innecesarios, sino debido a que se entienden implícitos. Sin perjuicio, como ya se explicó, durante el siglo XX, dada la pesada carga ideológica que imperó en Italia y Alemania, hubo un retorno a imponer una cierta moral en el debate procesal.⁸⁴

Para Picó, el juramento del perito incide en que él actuará con la mayor objetividad posible, sin perjudicar a ninguna de las partes, ya *“que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere este deber”*.⁸⁵

Debido a lo anterior se echa en falta que la Corte no haya denunciado la conducta del perito al Ministerio Público según obliga el artículo 175 letra b) del CPP, disposición que establece un deber y no una carga. Así lo señala Hunter, quien afirma que *“es indispensable que el juez cuando considere que una actuación o conducta ha sido ejecutada de mala fe imponga las sanciones que el ordenamiento establece y no deje a la noción ya mencionada en un simple recurso argumentativo. Este tipo de prácticas traen aparejado un grave problema, dado que genera un peligroso mensaje de decir que la buena o mala fe de una conducta es irrelevante. Si el juez determina que una de las partes actuó de mala fe debe imponer las sanciones”*.⁸⁶

⁸³ Para Devis, ciertos hechos básicos del litigio se deben afirmar bajo juramento y establecer penas muy severas para el perjurio, tanto de las partes como de los testigos. DEVIS (1966), p. 65.

⁸⁴ COUTURE (1958), p. 190. El juramento en el derecho germánico medieval también fue utilizado como garantía de las afirmaciones subjetivas de los hechos allegados. Existía la figura de los conjuradores o auxiliadores (Eideshelfer), quienes no deponían sobre hechos exteriores verificables, sino sobre la fe que merecía el juramento de la parte. MAIER (1999), p. 266.

⁸⁵ PICÓ (2013), p. 188.

⁸⁶ HUNTER (2008), p. 178.

VI. CONCLUSIONES

- A. El uso de la BFP como argumento para anular una diligencia probatoria no es procesalmente correcto ya que es un concepto jurídico indeterminado y carente de sanciones propias, características propias de un principio. Esto implica que no se puede utilizar de manera genérica para anular una actuación, menos basada en una consideración subjetiva de un estado o creencia y sin mayor evidencia. El juicio de valor endoprocesal del peritaje se verifica al momento en que se valora. Por otra parte, a pesar del extenso reproche reseñado no se aplicó la sanción extraprocesal a la labor del perito. Es decir, la Corte debió haber denunciado tal hecho ante el Ministerio Público según dispone el artículo 206 del Código Penal.
- B. En segundo lugar, la utilización de la BFP como sustento de una sanción procesal debe ser efectuada a través de una resolución correctamente fundada. En contraste a lo anterior, la resolución adoleció de argumentos sólidos y abundó en sofismas y paralogismos para arribar a lo concluido. Por ejemplo, utilizó un concepto bastante barroco del principio del contradictorio; se basó en jurisprudencia reciente, la cual no explicitó; citó de manera incorrecta un trabajo de una destacada procesalista nacional. Tales fundamentos procesales y sustantivos unido al uso coercitivo de la BFP torna la decisión en inmotivada (o mal argumentada) y añade incerteza jurídica a las expectativas de los justiciables.⁸⁷
- C. Lo anterior se debe a que la potestad de sancionar de la BFP se debe utilizar dentro del respectivo marco potestativo que faculta a los jueces a aplicar medidas determinadas. Es por lo que, en contraste a las propuestas de Romero, Aguirrezabal y Carretta, la tesis *más que mínima* de Larroucau sobre la BFP es la que parece más adecuada para establecer cuáles son las posibilidades del juez ya que precisan una determinación normativa previa del alcance de tal principio.
- D. Estimo que en dicho sentido se debe utilizar la BFP en donde el énfasis está dado por los conceptos de prevenir y corregir. Tales usos hermeneúticos otorgan facultades compatibles al juzgador con reglas procesales de orden constitucional. Si bien, siempre será discrecional el determinar qué es la lealtad procesal y la mala fe dentro del proceso, la decisión se aplicará en relación a una conducta, mas no una creencia (estar de buena fe). Sobre este punto, considero que el Artículo 5º del Código General del Proceso Uruguayo respeta esta propuesta: “Buena fe, lealtad y colaboración procesal. *“Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso ajustarán su conducta a la dignidad de la justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe. Los sujetos del proceso deberán actuar con veracidad y brindar la máxima colaboración para la realización de todos los actos procesales. El incumplimiento de este deber tendrá las consecuencias previstas en cada caso por la ley. El tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria”*.”
- E. Consecuencia de lo anterior es que la BFP debe ser entendida como una carga procesal y no como un deber. De tal modo, la consecuencia a una conducta de mala fe se reflejará en la preclusión o en la mayor probabilidad de pérdida del juicio, pero no podrá ser objeto de sanciones pecuniarias o de distinta índole, salvo aquellas expresamente señaladas por ley.⁸⁸

⁸⁷ RUAY (2013), p. 77.

⁸⁸ Ejemplo de esto es sentencia de la CS que relativiza las reglas del onus probandi a la luz del principio de la buena fe. FNE contra CCNI S.A. (2020).

F. En resumen, la BFP se debe utilizar mayoritariamente como un escudo y excepcionalmente como una espada,⁸⁹ es decir sirve para *prevenir* o *corregir* un comportamiento procesal contrario a ella (escudo) y excepcionalmente para *sancionar* conductas (espada).⁹⁰ Entendido de esta forma, se trata de un principio cuyo uso es eminentemente pedagógico ya que se erige como un parámetro que facilita una visión genérica de todo sistema procesal.⁹¹ La lealtad procesal se basta con prevenir y corregir las conductas de mala fe. Esto se debe a que el principio *pas de nullité sans texte* también está presente en el derecho adjetivo.

Estimo que esta propuesta se aviene mejor con todo el ordenamiento jurídico vigente, en especial con el principio dispositivo y con lo sostenido en el artículo 11 del Código Civil.

Por ejemplo, en el pleito analizado, ya ha concurrido un año y aún la futura demandante no ha podido deducir la demanda. Esto se debe a que la contraria, ha dilatado el proceso mediante una gran cantidad de recursos e incidentes. Al respecto, cabe preguntarse ¿Quién está operando de mala fe en dicho litigio? Sobre esto, el mensaje del CPC indica “*se ha creído necesario, por una parte, simplificar en lo posible la tramitación y adoptar al mismo tiempo una serie de medidas encaminadas a hacer ineficaces los expedientes dilatorios a que apela la mala fe para retardar la solución de los pleitos*”.⁹²

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ACUÑA BUSTOS, Andrés (2019): “Principio del interés superior del niño: dificultades en torno a su aplicación en la legislación chilena”, en: *Opinión Jurídica* (vol. 18 núm. 36).
- AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite (2011): “La imparcialidad del dictamen pericial como elemento del debido proceso”, en: *Revista chilena de derecho* (vol. 38 núm. 2).
- AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite (2012): “Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil”, en: *Revista de derecho Universidad Católica del Norte* (vol. 19 núm. 1).
- AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite (2015): “El deber de colaboración y la conducta procesal de las partes”, en: *Revista chilena de derecho privado* (núm. 25).
- AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite y PÉREZ RAGONE, Álvaro (2018): “Aportes para una conducción colaborativa del proceso civil chileno: pensando una nueva justicia”, en: *Revista Derecho Privado* (núm. 35).
- ALCHOURRÓN, Carlos (2021): “Conflicto de normas y revisión de sistemas normativos”, en: Bulygin, Eugenio y Alchourrón, Carlos (coautores), *Análisis lógico y derecho* (Madrid, Trotta).

⁸⁹ En el mismo sentido, Banco de Crédito e Inversiones con Gillier Philippe Gilbert Roger (2022).

⁹⁰ Por ejemplo, en el pleito analizado, ya ha concurrido un año y aún la futura demandante no ha podido deducir la demanda. Esto se debe a que la contraria, ha dilatado el proceso mediante una gran cantidad de recursos e incidentes. Al respecto, cabe preguntarse ¿Quién está operando de mala fe en dicho litigio? Sobre esto, el mensaje del CPC indica “*se ha creído necesario, por una parte, simplificar en lo posible la tramitación y adoptar al mismo tiempo una serie de medidas encaminadas a hacer ineficaces los expedientes dilatorios a que apela la mala fe para retardar la solución de los pleitos*”.

⁹¹ PICÓ (2013), p. 51.

⁹² Mensaje Código de Procedimiento Civil, de 1902.

- ALSINA, Hugo (1941): *Tratado teórico y práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial* (Buenos Aires, Compañía argentina de editores Ltda.), t. I.
- ALSINA, Hugo (2018): *Las nulidades en el proceso civil: concepto y función de las formas procesales* (Santiago, Ediciones Olejnik).
- ATIENZA RODRÍGUEZ, MANUEL (2006): *El derecho como argumentación concepciones de la argumentación* (Barcelona, Editorial Ariel).
- BÉCAR LABRAÑA, Emilio (2020): “El principio de interés superior del niño: origen, significado y principales manifestaciones en el derecho internacional y en el derecho interno”, en: *Revista Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo* (núm. 42).
- BETTI, Emilio (1947): *Istituzioni di Diritto Romano* (Padova, Cedam), t. I.
- BETTI, Emilio (1969): *Teoría general de las obligaciones* (Traducc. de José Luis de los Mozos, Madrid, Revista de Derecho Privado).
- CACHÓN CADENAS, Manuel (2005): “La buena fe en el proceso civil”, en: *Cuadernos De Derecho Judicial* (vol. XVIII).
- CARRETTA MUÑOZ, Francesco (2008): “Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia”, en: *Revista de derecho (valdivia)* (vol. 21 núm. 1).
- CARRETTA MUÑOZ, Francesco (2018): “¿Los actos propios en el proceso civil? A propósito del principio de la buena fe procesal y su incorporación en la Ley n.º 20.886 sobre Tramitación Electrónica en el procedimiento civil chileno” en: *Revista chilena de Derecho Privado* (núm. 35).
- CARRETTA MUÑOZ, Francesco (2021): “¿Es realmente el interés superior del niño una norma de procedimiento? A propósito de la observación general N° 14 del Comité de los Derechos del Niño”, en: *Ius et Praxis* (vol. 27 núm. 2).
- CHIOVENDA, Giuseppe (1940): *Instituciones de derecho procesal civil* (Madrid, Revista de Derecho Privado).
- CIPRIANI, Franco (2006): “El abogado y la verdad”, en: Montero Aroca, Juan (coordinador), *Proceso civil e ideología* (Tirant lo Blanch, Valencia).
- CORREA ROBLES, Carlos y PINO EMHART, Alberto (2020): “El costo de la justicia: Las costas en el Derecho procesal civil chileno y los modelos para su regulación”, en: *Ius et Praxis* (vol. 26, núm. 3).
- COUTURE, Eduardo (1958): *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª edición (Buenos Aires, Depalma).
- DEVIS ECHANDIA, Hernando (1966): *Nociones generales de derecho procesal civil* (Madrid, Aguilar).
- ELI y UNIDROIT (2020): Reglas modelo europeas de proceso civil. Disponible en: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Reglas-en-espan__ol-2022-28-junio.pdf.
- GARCÍA AMADO, Juan (1991): “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho” en: *Anuario de filosofía del derecho* (núm. 8).
- GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge (2021): *La conducta procesal de las partes* (Barcelona, J.M. Bosch Editor).
- GORIGOTÍA ABBOTT, Felipe (2008): “La buena fe en el proceso civil chileno”, en: *Revista de derechos fundamentales* (núm. 2).
- GOZAÍNI, Osvaldo (2016): *Garantías, principios y reglas del proceso civil* (Buenos Aires, Eudeba).
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2004): *Derecho procesal penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. II.
- HUNTER AMPUERO, Iván (2008): “No hay buena fe sin interés: la buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración”, en: *Revista de derecho (Valdivia)* (vol. 21 núm. 2).

- JIMÉNEZ, Roxana (2001): “El principio de la buena fe” en: Almeal, Oscar (director), *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Roberto M. López Cabaña* (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- LARENZ, Karl (1958): *Derecho de Obligaciones* (Madrid, Revista de Derecho Privado), vol. I.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2013): “Tres lecturas de la buena fe procesal”, en: *Revista chilena de derecho privado* (núm. 21).
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2020): “La prohibición de ir contra acto propio en la justicia civil chilena”, en: *Revista de derecho (Valdivia)* (vol. 33 núm. 1).
- MAIER, Julio (1999): *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, primera reimpresión (Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L.), t I, fundamentos.
- MONTERO AROCA, Juan (2006a): “Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal”, en: *Revista Boliviana de Derecho* (núm. 2).
- MONTERO AROCA, Juan (2006b): “El proceso Civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria”, en: Montero Aroca, Juan (coordinador), *Proceso civil e ideología* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- NINO, Carlos (2001): *Introducción al análisis lógico del derecho*, 10ª edición (Barcelona, Editorial Ariel).
- PICÓ I JUNOY, Joan (2013): *El principio de la buena fe procesal*, 2ª edición (Barcelona, J.M. Bosch Editor).
- REZZÓNICO, Juan Carlos (1998): *Principios fundamentales de los contratos* (Buenos Aires, Astrea).
- ROCCO, Ugo (1976): “*Tratado de derecho procesal civil*” (Traducc. de Santiago Santis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires. Temis- De Palma), vol. II, Parte General.
- ROCCO, Ugo (2023): *Teoría General del Proceso Civil* (Buenos Aires, Ediciones Olejnik).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2003): “El principio de buena fe procesal y su desarrollo en la jurisprudencia, a la luz de la doctrina de los actos propios”, en: *Revista Chilena De Derecho* (vol. 30 núm. 1).
- RUAY SÁEZ, Francisco (2013): “Análisis crítico sobre la inclusión del principio de buena fe procesal en el proyecto de código procesal civil chileno”, en: *Revista chilena de derecho y ciencia política* (vol. 4 núm. 3).
- VON TUHR, Andreas (1934): *Tratado de las Obligaciones* (Traducc. de Wenceslao Roces. Madrid. Reus), vol. I.
- WIEACKER, FRANZ (2019): *El principio general de la buena fe* (Santiago, Ediciones Olejnik).

Normas citadas

- Código Civil de Chile, de 1855.
- Código Penal, de 1874.
- Código de Procedimiento Civil, de 1902.
- Código Orgánico de Tribunales, de 1943.
- Ley N°19.968, que crea los Tribunales de Familia, de 30 de agosto de 2004.
- Ley N°20.886, que modifica el código de procedimiento civil, para establecer la tramitación digital de los procedimientos judiciales, de 14 de diciembre de 2015.
- Código General del Proceso N° 15982 (Uruguay), del 18 de octubre de 1988.
- Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (España), de 8 de enero del 2000.
- Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero de 2025.

Jurisprudencia citada

Pérez Fernández Oscar con Inversiones Donoso y Velasco Uno Limitada, Inversiones Donoso y Velasco Dos Limitada y Otros (2015): Corte Suprema, de 29 de diciembre de 2015, Rol 7195-2015.

Banco de Crédito e Inversiones con Gillier Gilbert Roger (2022): Corte Suprema, 23 de marzo 2022, Rol 10365-2019.

FNE con CCNI S.A. y otras (2020): Corte Suprema, de 14 de agosto de 2020, Rol 15005-2019.

Marina del Campo con Fisco de Chile (2023): Corte Suprema, de 11 de abril de 2023, Rol 67558-2022.

Ogalde con Fisco De Chile y Otros (2023): Corte Suprema, de 29 de septiembre de 2023, Rol 29-09-2023.

Empresa Eléctrica Cochrane Spa. Contra Sociedad GNL Gas Natural S.A. (2024): Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 05 de diciembre de 2024, Rol 527-2024.

Escare con Clínica Sanatorio Alemán S.A. (2024): 2º Juzgado civil de Concepción, de 12 de noviembre de 2024, Rol 2562-2020.

CONTENIDO

- 3 La búsqueda del Digesto de Bello**
The search for the Digest of Bello
Raimundo Tomás Gómez Goldenberg
- 14 Aspectos relevantes de la prueba metapericial (caligráfica)**
Relevant aspects of the (calligraphic) meta-expert evidence
Cristián Cáceres Muñoz
- 39 Sobre el pragmatismo legal: ¿Dónde nos conduce 'La senda del Derecho'?**
On legal pragmatism: Where does 'The path of law' lead us?
Susan Haack
- 76 Mujer, Informalidad y Seguridad Social ¿Una deuda pendiente?**
Woman, Informality and Social Security an outstanding debt?
Catalina Martínez Carreño, Jazmín Cifuentes Crisóstomo
- 91 La muerte de Daenerys Targaryen: ¿un caso de femicidio? reflexiones a la espera de vientos de invierno**
The death of Daenerys Targaryen: a femicide? thoughts while waiting for winter winds
Angélica Torres Figueroa
- 108 Dos estrategias metodológicas para justificar una decisión de evidencia en el derecho probatorio**
Two methodological strategies for justifying an evidence decision in evidence law
Johann Benfeld Escobar
- 129 Responsabilidad por falta de servicio en el caso de Fabiola Campillai con el Fisco de Chile. Ministro de Primera Instancia y Fuero de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 04 de junio de 2023, Rol N°2-2022**
Liability for Lack of Service in the Case of Fabiola Campillai v. The Treasury of Chile. Minister of First Instance and Privilege Jurisdiction of the San Miguel Court of Appeals, June 4, 2023, Case N° 2-2022.
Allan Gallardo Gajardo
- 146 Buena Fe Procesal y potestades sancionatorias del juez civil. Empresa Eléctrica Cochrane Spa. Contra Sociedad GNL Gas Natural S.A.**
Procedural Good Faith and sanctioning powers of the civil judge. Empresa Eléctrica Cochrane Spa. V. Sociedad GNL Gas Natural S.A.
Leonardo Llanos Lagos