

DERECHO
RINCIPIOS GENERALES
DERECHO ROMANO

ESTUDIO SOBRE

Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 2

Mirta Beatriz Álvarez
Juan Carlos Ghirardi
Elvira Méndez Chang
Luis Rodríguez Ennes
Gabriela Marta Alonsoperez
Carlos María Antuña Suárez
Juan Bautista Bardi
Cecilia Benetti
Gonzalo Bernal
Rosa Luz Casen

Marilina Miceli
Leticia Núñez
Carlos Andrés Domínguez
Scheid
Susana Isabel Estrada
María Cristina Filippi
Gastón L. Medina
Germán Giarocco
Joao Alfredo Jiménez Salas
Norma Alicia Juárez

Gabriela Victoria Morel
Arturo Magno Quispe Quiroz
Emma M. Rodríguez Díaz
Julieta Salomé Rodríguez
Mariana Verónica Sconda
Luis Diego Vargas
Bibiana Llaryora
Paola Acosta
Andrea Costa
Soledad Sandra Peralta

UFLO
UNIVERSIDAD

La vigencia de la *actio popularis romana*

Por Carlos Andrés Domínguez Scheid⁴⁴¹

I. Introducción

La *actio popularis* tiene su origen en el derecho romano y es una pretensión que puede interponer cualquier persona en nombre de otra o para el bien público. Su finalidad es imponer multas en el marco del derecho penal para proteger intereses colectivos y por tanto individuales.

Como ha destacado Delgado Schneider, siguiendo a Ihering, en la Roma republicana las cosas públicas eran las que le pertenecían en común a todo el pueblo romano, a diferencia de las cosas privadas, que solo le pertenecían a cada individuo. En esa época lo público era, en primer lugar, de los ciudadanos romanos, por lo que quien ejercía una acción popular defendía tanto el interés del pueblo como el suyo propio. Luego, en la época imperial, ese criterio de dominio popular fue reemplazado por el absolutismo del emperador.⁴⁴²

⁴⁴¹ Académico del Departamento de Derecho, Universidad Autónoma de Chile.

⁴⁴² DELGADO SCHNEIDER, V. (2005). "La protección del medio ambiente a través de las acciones populares del artículo 948 del Código Civil de Andrés Bello: Un estudio histórico-comparativo." En MARTINIC GALETOVIC, D. y TAPIA RODRÍGUEZ, M. (eds.). Sesquicentenario del código civil de Andrés Bello, pasado, presente y futuro de la codificación. Tomo II. Santiago de Chile: Lexis Nexis, p. 909.

En este sentido de la *actio popularis* romana podemos apreciar que existirían bienes y derechos que superaban la dimensión individual y que el derecho romano desarrolló un mecanismo para tutelar esos intereses. Este origen romano de la acción popular y su importancia que tiene en el debate actual en torno a la implementación de las llamadas *class actions* en el derecho latinoamericano. Nuestro derecho sigue la tradición jurídica del derecho continental europeo, también llamada tradición romano-canónica o *civil law*.

En la investigación respecto al desarrollo de herramientas procesales de litigación masiva, como lo son las *class actions* del derecho estadounidense, exponente de la tradición llamada *common law* o derecho anglosajón, el análisis tradicional considera que recién aparecen en el derecho medieval inglés.

El concepto moderno de *class action* ha sido desarrollado en el derecho procesal civil de Estados Unidos, aunque sus antecedentes históricos se encuentran en el antiguo derecho medieval inglés. Yeazell explica que el primer caso del que tiene noticia fue uno ocurrido en 1199.⁴⁴³ Se trató de la demanda de un clérigo inglés en contra de cuatro miembros de su parroquia, que fueron demandados en representación de todos los otros parroquianos por el cobro de tarifas parroquiales correspondientes a derechos de entierro.

Marcin⁴⁴⁴ publicó en 1974 el artículo “Searching for the Origin of Class Action” en el que explica que, si bien se considera como primer antecedente histórico de las *class actions* al caso “Brown v. Vermuden” de 1676, el origen de esta institución es más antiguo. Remonta las *class actions* hasta el siglo XIV, en un litigio promovido por habitantes de las Islas del Canal de la Mancha, “The Channel Islands case”. Explica que esas islas, Jersey, Guernsey, Alderney y Sark, de antiguo dominio normando, fueron entregadas en concesión por el rey Eduardo I de

⁴⁴³ YEAZELL, S. (1997). “The Past and Future of Defendant and Settlement Classes in Collective Litigation.” En *Arizona Law Review*, Vol. 37, Nº 4, p. 688.

⁴⁴⁴ MARCIN, R. (1974). “Searching for the Origin of Class Action.” En *Catholic University Law Review*, Vol. 23, p. 516.

Inglaterra a un noble. Este señor, disponiendo de su concesión, decidió que todos sus inquilinos deberían pagar las rentas con monedas francesas en lugar de inglesas. En la práctica aquello significó que las rentas se triplicaron, debido al menor valor de la moneda inglesa. Los reclamos de los inquilinos llegaron hasta el rey, quien despachó dos jueces a las islas para que atendieran la situación y resolvieran lo que correspondía. Lo interesante fue que el reclamo de los inquilinos era en representación propia y de todos los demás enfrentados a esta alza arbitraria de las rentas de arriendo. Derivados los antecedentes al Consejo Real (*King's Council*), este tribunal determinó una fecha en la que debería comparecer uno de los inquilinos reclamantes en nombre de todos los demás. Marcin describe esta situación como la primera *class action* del derecho de los consumidores.⁴⁴⁵ Los inquilinos perdieron el caso y debieron pagar la renta en monedas francesas.

Otro autor que sostiene este origen medieval es Redish,⁴⁴⁶ quien en su postura crítica contra las *class actions*, las justifica en el contexto sociopolítico de la Inglaterra de aquella época. Explica que la organización colectiva era una consecuencia natural de la realidad en que vivían los habitantes de las villas, con deberes hacia un señor local y hacia su superior, por lo que era natural que todos los habitantes de una localidad fueran responsables por las conductas de sus vecinos. Agrega que para el siglo XVII, la litigación en grupo estaba confinada a asentamientos rurales.⁴⁴⁷

Este mecanismo del antiguo derecho inglés llegó hacia América en el territorio que actualmente son los Estados Unidos. Aparece como algo típico del derecho anglosajón, remitido al concepto de equidad (*equity*). Como sabemos, esa denominación describe el derecho creado por la Cancillería de Inglaterra (*Court of Chancery*). Ese tribunal daba soluciones a casos en que no era posible resolver de acuerdo con la ley vigente.

⁴⁴⁵ MARCIN, *op. cit.*, p. 521.

⁴⁴⁶ REDISH, M. (2009). *Wholesale Justice: Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Lawsuit*, Stanford. California: Stanford University Press, p. 6.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 7

Redish sitúa el origen estadounidense de las *class actions* en 1833, en que la Corte Suprema de ese país adoptó la Regla de Equidad 48 (*Equity Rule 48*).⁴⁴⁸ Klonoff agrega que en 1842 se produce la primera codificación de una *class action*, solamente para procedimientos de equidad (*equitable proceedings*).⁴⁴⁹ Explica que esa regla permitía un procedimiento de representación sin que cada individuo compareciera personalmente, pero establecía que para los miembros ausentes la sentencia no era vinculante, por lo que podían escoger no estar obligados por ella si no estaban conformes con el resultado.⁴⁵⁰

Según enseña Gidi, para realizar un estudio comparativo sobre la litigación masiva es fundamental tener una comprensión amplia de los litigios grupales en lugar de generar subcategorías artificiales dentro de las acciones colectivas y compararlas con las acciones individuales. Esta perspectiva general incluye todo tipo de acciones que tutelan los derechos de un grupo, independientemente del tipo de remedio buscado (como medidas cautelares, declaraciones o pago de daños), el representante del grupo (como acciones civiles públicas, acciones organizativas, acciones populares o acciones de miembros) o la naturaleza del derecho que se protege en los tribunales (ya sea una disputa privada o un asunto de interés público). Sin embargo, esto no significa necesariamente que todos deban ser regulados de manera similar, ya que los diferentes tipos de litigios grupales pueden tener otros incentivos estructurales y consideraciones políticas⁴⁵¹. Ya desde comienzos de este siglo hay autores latinoamericanos que explican que en nuestra tradición jurídica es posible encontrar antecedentes de la protección de intereses colectivos o supraindividuales en el derecho romano.

⁴⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁴⁹ KOLONOFF, R. (2017). *Class Actions and other Multy-Party Litigation. In a nutshell*. St. Paul, Minnesota: West Academic, p. 25.

⁴⁵⁰ KOLO NOFF, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁵¹ GIDI, A. (2004). *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 33.

II. La vigencia de la *actio popularis*

Actio popularis es un concepto legal que se originó en la Antigua Roma. Se refiere a una acción disponible para todos los ciudadanos de Roma, que tiene como objetivo promover el bien común de la sociedad haciendo frente a las injusticias causadas por una agresión o el desorden.

Si bien las personas tienen derecho a participar en actividades públicas que promuevan sus intereses, también pueden defender los intereses del público o de otros ciudadanos. Sin embargo, en las acciones populares, los individuos actúan en nombre del pueblo o de la comunidad y no en su nombre o sus intereses. En la *actio popularis*, los ciudadanos litigan en su nombre y para su beneficio.

Durante la era republicana en Roma, el poder del gobierno residía en el pueblo romano. El concepto de *populus* encarnaba la idea de participación activa y de mandato por el bien común, representando no solo la pluralidad de las personas sino también la integración de los ciudadanos. Como sujeto de derecho público el *populus* romano protegía los derechos individuales de particular importancia para la sociedad, como los derechos de las personas con discapacidad y las libertades civiles, y defendía el bien común. La relación entre el pueblo de Roma y los individuos estaba estrechamente entrelazada, y el daño al pueblo también afectaba a quienes iniciaban procesos judiciales. Los ciudadanos que se sintieron perjudicados tenían un interés genuino en proteger los derechos colectivos del perjudicado y el bien común, lo que les afectaba directamente. En resumen, el concepto de *populus* fue un elemento fundamental del derecho romano y del desarrollo del pueblo, y sigue influyendo en nuestro ordenamiento jurídico actual.

Sobre la existencia de estas acciones populares, Fernández de Buján explica que en un texto del comediógrafo romano Plauto (254 a. C.–184 a. C.) se menciona a aquellos que ejercen acciones populares con el único propósito de obtener ganancias económicas de la pena impuesta como castigo, también conocido como *praemium*. En casos de daños causados a bienes públicos, la pena prevista podía llegar a ser cuatro

veces el monto del daño causado, lo que llevó a la denominación de *actio quadrupli* para la acción legal y *quadruplicatores* para los acusadores. Plauto destaca que la ganancia obtenida por los *quadruplicatores* en caso de que el acusado fuera condenado era la razón de su mala reputación social, ya que se les atribuía un interés económico en la acusación.⁴⁵²

Es importante señalar que la utilidad de acudir al origen romano de esta acción popular se debe a que un principio general de derecho es precisamente el que establece la obligación de indemnizar por los daños culposa o dolosamente causados: la responsabilidad, que en la acepción que le da el *Diccionario de Español Jurídico de la Real Academia Española de la Lengua* es “Obligación de resarcir las consecuencias lesivas para los derechos o intereses de otra persona derivadas de la actuación propia o ajena, bien se deriven aquellas del incumplimiento de contratos, o bien de daños producidos por simple culpa o negligencia”. En esta materia nos referimos a la responsabilidad originada en daños. Ahora bien, si estos daños afectan a un gran número de individuos, en muchos casos cuya determinación individual es difícil, o también en el caso en que se afecten directamente bienes comunes, por ejemplo, el medio ambiente, estamos en presencia de los llamados daños masivos. Esta situación ha generado un debate interesante y un estudio muy acucioso respecto al régimen de las *class actions* de Estados Unidos.

Durante su período en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el juez Antônio Augusto Cançado Trindade observó una distinción entre *actio popularis* y acciones colectivas. Señaló que las acciones colectivas (*class actions*) surgieron de la necesidad procesal cuando un individuo, en representación de una comunidad, buscó prevenir o remediar el daño que afectó a varios miembros de la comunidad. En tales casos, se podrían emprender acciones legales para proteger a los indefensos. Si bien existe cierta superposición entre estas dos herramientas legales, la demanda colectiva requiere la existencia de víctimas reales o potenciales. Sin embargo, debido a que las acciones colectivas pueden

⁴⁵² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2018). “La acción popular romana, *actio popularis*, como instrumento de defensa de los intereses generales, y su proyección en el derecho actual”. En *Revista General de Derecho Romano*, N° 31.

presentarse en interés de otros, pueden ser consideradas como un tipo de *actio popularis*.⁴⁵³

Podemos encontrar otra manifestación de vigencia del concepto de *actio popularis* en el derecho internacional. Esta relación se observa, entre otras, en obras como el libro de 2018 *The Right of Actio Popularis before International Courts and Tribunals*,⁴⁵⁴ de Farid Ahmadov, en la que explora el concepto de *actio popularis* en el marco del derecho internacional y su relación de interdependencia con la normatividad procesal y sustantiva; el artículo de 2003, “*Actio Popularis. The Class Action in International Law*”, de William J. Aceves, en el que trata directamente de la *actio popularis* como una *class action* en materia de derechos humanos.⁴⁵⁵ Para el diccionario *US Legal*, la *actio popularis* es un término en latín que significa un juicio presentado por un tercero en interés del público en su conjunto. Deriva del derecho penal romano. Por ejemplo, a veces se utiliza en el contexto del enjuiciamiento por genocidio y terrorismo en virtud del derecho internacional. También, en el ámbito del derecho internacional, el artículo “La *actio popularis* estatal en el derecho de la organización mundial del comercio: Estudio de las sentencias DS27 CE-Banano III (1996-2012) y DS306 India medida antidumping sobre las baterías procedentes de Bangladesh (2004-2006)”, de Méryl Thiel, explica el origen romano y la aplicación contemporánea de esta institución.⁴⁵⁶

Este concepto también ha trascendido las fronteras del derecho occidental y en años recientes han sido publicados artículos académicos que

⁴⁵³ CHUBRIKI, S. y CHALOVSKA DIMOVSKA, N. (2016). *Use of actio popularis to cases of discrimination*. Helsinki Committee for Human Rights in the Republic of Macedonia, Skopje, p. 7.

⁴⁵⁴ AHMADOV, F. (2018). *The Right of Actio Popularis before International Courts and Tribunals*. Leiden: Martinus Nijhoff.

⁴⁵⁵ ACEVES, W. (2003). “Actio Popularis. The Class Action in International Law”. En *University of Chicago Legal Forum*: Vol. 2003, Iss. 1, Article 9, pp. 353 ss.

⁴⁵⁶ THIEL, M. (2013). “La *actio popularis* estatal en el derecho de la organización mundial del comercio: Estudio de las sentencias DS27 CE-Banano III (1996-2012) y DS306 India medida antidumping sobre las baterías procedentes de Bangladesh (2004-2006)”. En *Revista Internacional del Mundo Económico y del Derecho*, Volumen VI, pp. 13 ss.

lo tratan en el derecho de Indonesia “Renewal Model of *Actio Popularis* and *Class Action* Lawsuit in Indonesia Based on Prismatic Law”⁴⁵⁷ y en el de India “*Actio Popularis. A Perspective Analysis on Public Interest Litigation of India*”.⁴⁵⁸ En ambos casos explican esta institución desde su origen en el derecho romano.

En el derecho chileno, Domínguez Águila ha planteado que

Cuando se habla, por ejemplo, de la existencia de siempre mayores problemas ambientales, ¿no hay acaso en el nunca usado artículo 937, el fundamento para extender a ellos una acción posesoria especial? ¿Y por qué no pensar en el uso efectivo del artículo 948 que consagra la existencia de una acción popular en favor de caminos, plazas y otros lugares de uso público? ¿Y qué del artículo 2333 que tienen en ciernes las hoy tan comentadas “*class actions*” por daño contingente?⁴⁵⁹

De todas estas ideas sobre la *actio popularis* podemos ir extrayendo la fundamental para el desarrollo de este artículo. ¿Qué tiene en común un concepto que se puede relacionar con problemas civiles, de consumo, ambientales, penales e incluso, de terrorismo o delitos contra los derechos humanos? Este carácter multifacético de la *actio popularis* viene desde Roma, o, según Fernández de Buján, desde Atenas, hace 2500 años, respecto de permitir a cualquier ciudadano presentar una acusación penal,⁴⁶⁰ en lo que actualmente llamamos delitos de acción penal pública. En el derecho español ha pervivido la concepción de que

⁴⁵⁷ GADSIA, SPALTANI, B., SULISTYONO, A. y SENTOT SUDARWANTO, A. (2022). “Renewal Model of *Actio Popularis* and *Class Action* Lawsuit in Indonesia Based on Prismatic Law”. En *Baltic Journal of Law & Politics*, 15, 3, pp. 302-313.

⁴⁵⁸ RABBONI, A. y CHANDRASEKARAN, P. (2011). “*Actio Popularis. A Perspective Analysis on Public Interest Litigation of India*”. En *The Indian Journal of Political Science*, April - June, 2011, Vol. 72, Nº 2, pp. 463-475.

⁴⁵⁹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. (2005). “*Código Civil y Jurisprudencia: instituciones jurisprudenciales con base en la letra del Código*”. En MARTINIC GALETOVIC, D. y TAPIA RODRÍGUEZ, M. (eds.). *Sesquicentenario del código civil de Andrés Bello, pasado, presente y futuro de la codificación*. Tomo I. Santiago de Chile: Lexis Nexis, p. 334.

⁴⁶⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*

la acción popular solo tiene aplicación en sede penal, tal como lo prescribe el artículo 125 de la Constitución española. En lo sucesivo trataré el aspecto civil de las acciones populares en el derecho de Chile, ya que se trata de un área que aún está poco tratada por la doctrina y que ha tenido una incipiente jurisprudencia en años recientes.

III. Las acciones populares en el Código Civil de Chile

El artículo más completo sobre las acciones populares del Código Civil de Chile fue realizado por la profesora Verónica Delgado Schneider.⁴⁶¹ En su obra plantea que, además de las acciones populares y reglas tratadas en los artículos 948, 949, 2333 y 2334, existe la acción popular del artículo 459, inciso 3, que permite a cualquier persona del pueblo pedir se decrete la interdicción del demente “si la locura fuere furiosa, o si el loco causare notable incomodidad a los habitantes”. La del artículo 466, por su parte, establece que las personas con enfermedades mentales no pueden ser privadas de su libertad personal a menos que exista el riesgo de que puedan dañarse a sí mismas o causar molestias o peligros significativos a otros. No pueden ser trasladados a una institución psiquiátrica o inmovilizados físicamente a menos que haya una orden judicial obtenida a petición de su tutor legal o cualquier otra persona dentro de la comunidad. En tales casos, estas medidas solo pueden aplicarse temporalmente. La del artículo 513, en cuanto permite denunciar ante el juez la incapacidad del tutor o curador por cualquiera persona del pueblo. La del artículo 541, en cuanto dispone que el tutor o curador que ejerciendo varias tutelas o curadurías sea removido de una de ellas por fraude o culpa grave, será por el mismo hecho removido de las otras, a petición de cualquiera persona del pueblo. La del artículo 542, inciso 1, que permite que cualquier persona

⁴⁶¹ DELGADO SCHNEIDER, *op. cit.*, pp. 907 ss.

del pueblo provoque la remoción de un tutor o curador. Y la del artículo 75, que dispone que la ley protege la vida del que está por nacer.

El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra.⁴⁶²

Para Fueyo, en el Código Civil de Chile, obra de Andrés Bello, están reguladas cuatro acciones populares: las de los artículos 948, 949, 2333 y 2334.⁴⁶³ El artículo 948 establece que tanto la municipalidad como cualquier persona del pueblo tienen derechos sobre los caminos, plazas u otros lugares de uso público, con el propósito de asegurar la seguridad de quienes los utilizan. En caso de que una acción popular resulte en la necesidad de demoler o enmendar una construcción, o de compensar un daño sufrido, el actor será recompensado con una cantidad que será cubierta por el demandado, la cual no será inferior a una décima parte ni superior a una tercera parte de los costos de demolición, enmienda o compensación del daño. Si el delito o negligencia se castiga con una multa, el actor recibirá la mitad de ésta.

El artículo 949 establece que las acciones municipales o populares no afectarán a las acciones que puedan corresponder a las personas directamente afectadas. El artículo 2333 establece que, en general, se permite la acción popular en casos de daños contingentes que amenazan a personas no identificadas debido a la imprudencia o negligencia de alguien. Sin embargo, si el daño solo amenaza a personas específicas, solo algunas de estas podrán llevar a cabo la acción. La jurisprudencia ha entendido que “daño contingente es aquel que puede producirse o

⁴⁶² El artículo 75 del Código Civil de Chile ha sido constitucionalizado en la Constitución Política de la República actualmente en vigor, la que en su artículo 19, N 1°, asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica; y debe ser concordado con el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, que dispone que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

⁴⁶³ FUEYO, F. (1952). Repertorio del Código Civil. Tomo I, Valparaíso: Revista de Derecho Privado, p. 12.

no, pero exige como requisito que represente una amenaza cierta y probable, motivo por el cual debe tratarse de una contingencia inminente, clara y probada, es decir, una infracción al deber general de cuidado”.⁴⁶⁴ El artículo 2334 establece que si las acciones populares tienen una base sólida, el actor será indemnizado por todas las costas de la acción y se le pagará por el tiempo y esfuerzo invertidos en la misma, además de cualquier remuneración específica que la ley pueda otorgar en casos particulares.

Los dos primeros artículos están ubicados en el Libro Segundo, “De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce”, Título XIV, “De algunas acciones posesorias especiales”, mientras que los dos últimos lo están en el Libro Cuarto, “De las obligaciones en general y de los contratos”, Título XXXV, “De los delitos y cuasidelitos”. Este tratamiento ha significado que esta institución tenga un tratamiento disperso y poco dedicado en las obras de los grandes referentes del derecho civil chileno.

En la enorme obra de Luis Claro Solar *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Volumen IV, Tomo Noveno, “De los Bienes”,⁴⁶⁵ explica la que denomina acción municipal o popular, analizando lo dispuesto en los artículos 948 y 949. Sin embargo, cuando trata los actos ilícitos, en el tomo “De las Obligaciones”, no se refiere a las acciones populares de los artículos 2333 y 2334.

Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, en las obras comentadas y ampliadas por su discípulo Antonio Vodanovic Haklicka, tratan las acciones populares. En su *Tratado de los Derechos Reales* plantean como concepto de ellas que “son las acciones que se reconocen a cualquiera persona para la defensa de un interés público, y sobre todo a aquellas que, por el hecho que lo contraviene, también han sufrido o pueden sufrir un daño en su interés privado”, y, que en otra acepción, la acción popular “consiste en el derecho concedido

⁴⁶⁶ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. y VODANOVIC, A. (2001). *Tratado de los Derechos Reales*. Tomo II, Santiago de Chile: Editorial Jurídica, pp. 393 ss.

al ciudadano de hacer valer en juicio intereses en lugar de los entes públicos, que de ellos serían titulares y que también podrían proveer directamente a su tutela”. En esa obra desarrollan y explican las acciones populares contenidas en los artículos 948 y 949. En su *Tratado de Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones*, sostienen que, en materia de delitos y cuasidelitos civiles, además de las acciones populares de los artículos 2333 y 2334, existe la del inciso 2 del artículo 2328:⁴⁶⁷ “Si hubiere alguna cosa que, de la parte superior de un edificio o de otro paraje elevado, amenace caída y daño, podrá ser obligado a removerla el dueño del edificio o del sitio, o su inquilino, o la persona a quien perteneciere la cosa o que se sirviere de ella; y cualquiera del pueblo tendrá derecho para pedir la remoción”.

En este sentido es importante aclarar que cuando se habla de acción se entiende por tal la definida por Couture como “el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión”,⁴⁶⁸ o, en palabras de Bello, “la facultad de perseguir en juicio lo que se nos debe o es nuestro”.⁴⁶⁹ Por lo tanto, la mera posibilidad de presentar una denuncia ante la autoridad administrativa, como en los casos del artículo 149 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones tratada por Alessandri y otros dentro del tema de la acción popular,⁴⁷⁰ o del artículo 54 de la Ley N° 19.300 que sobre bases generales del medio ambiente, no son acciones populares toda vez que no permiten acudir directamente ante el órgano jurisdiccional.

Quien sí trata en forma sistémica las acciones populares es Peñailillo Arévalo, para quien la acción popular es aquella que “es conferida a toda persona para lograr cierto efecto jurídico, aun cuando no sea directa o exclusivamente afectada. El nombre proviene de la circuns-

⁴⁶⁷ VODANOVIC, A. (2021). *Tratado de Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones*. Tomo III, Santiago de Chile: Editorial Jurídica, p. 976.

⁴⁶⁸ COUTURE, E. (1997). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª edición. Buenos Aires: Depalma, p. 57.

⁴⁶⁹ BELLO, A. (1878). *Instituciones de Derecho Romano*. 3ª edición. Santiago de Chile: Librería Central de Servat, p. 375.

⁴⁷⁰ ALESSANDRI, SOMARRIVA, y VODANOVIC, *op. cit.*, p. 396.

tancia de ser concedida, desde los textos romanos, a cualquier persona del pueblo”⁴⁷¹ y agrega que, además de las acciones de los artículos 948, 949, 2333 y 2334, debe ser considerada la regla dispuesta por el artículo 937, el que considerada de notable preocupación ambiental:⁴⁷² “Ninguna prescripción se admitirá contra las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso”.

Para Barros Bourie,

el Código Civil chileno otorga una especie de acción popular imprescriptible en contra de obras “que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso” (artículo 937). A pesar de su actualidad, esta regla no fue objeto de gran preocupación por la doctrina y constituía una curiosidad dentro del sistema legal de la época.⁴⁷³

Aunque luego el autor matiza que las acciones populares del Código Civil deben tener una aplicación restrictiva, y que, en materia ambiental, han sido superadas por la dictación de la Ley N° 19.300, especial para esa materia, y por las normas constitucionales que establecen el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y por la que establece la acción constitucional denominada recurso de protección para velar por su respeto. También analiza las normas de los artículos 948, 949 y 2333, aunque tampoco trata sistemáticamente las acciones populares.

Para Diez Schwerter, el artículo 2334 incentiva⁴⁷⁴ el ejercicio de la acción popular preventiva del artículo 2333, a pesar de lo cual la doctrina registra solo seis procesos en los que se ha ventilado, prosperando la ac-

⁴⁷¹ PEÑAILILLO, D. (2019). *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales*. 2ª edición. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, p. 1539.

⁴⁷² *Ibidem*, op. cit., p. 1541.

⁴⁷³ BARROS, E. (2013). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica, p. 791.

⁴⁷⁴ DIEZ SCHWERTER, J. (2005). “Notas sobre la acción preventiva de daños del artículo 2333 del Código Civil: A propósito de un fallo reciente”. En *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 217-218, p. 318.

ción en dos de ellos.⁴⁷⁵ Estas acciones populares están poco estudiadas en la doctrina y la jurisprudencia sobre ellas es escasa. Diez Schwerter señala al respecto que “en lo que respecta a la jurisprudencia solo tenemos conocimiento de seis sentencias en que se ha debatido la aplicación de la norma, de las cuales dos han conducido a condenas”.⁴⁷⁶ En la edición del *Código Civil de Chile, sistematizado con jurisprudencia*,⁴⁷⁷ realizada por De la Maza Gazmuri, no se encuentra jurisprudencia alguna respecto de estos artículos. Sin embargo, su estudio es interesante pues podrían significar un elemento para favorecer la protección de los derechos de las personas.

La jurisprudencia chilena ha variado desde posiciones más conservadores hacia una visión más expansiva de los derechos, por lo que en el desarrollo de las acciones populares se puede encontrar una herramienta útil para la tutela judicial de los intereses individuales, colectivos y difusos. La doctrina chilena que ha estudiado el tema ha señalado que “el artículo 2333 enuncia una regla general que permite incluir en su regulación todos los casos en que existe una situación de peligro que pueda amenazar la producción de un daño resarcible”.⁴⁷⁸

Diez Schwerter⁴⁷⁹ comenta tres casos recientes en los que fue ejercida la acción preventiva del artículo 2333, aunque en dos de ellos no se trató de una acción popular toda vez que los demandantes actuaron frente a un daño contingente que los amenazaba única y exclusivamente a ellos. El tercer caso que comenta es el de la “Ilustre Municipalidad

⁴⁷⁵ *Ibidem* (2016). “La aplicación de la acción por daño contingente en Chile, Colombia y Ecuador: del modelo de Bello a nuestros días”. En *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 30, enero-junio de 2016, p. 264. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n30.09>.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, op. cit. p. 264.

⁴⁷⁷ DE LA MAZA GAZMURI, I. *Código Civil, Tomos I y II, sistematizado con jurisprudencia*, Santiago de Chile: Hammurabi, 2015, p. 1870.

⁴⁷⁸ RODRÍGUEZ GREZ, P. (1999). *Responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, p. 35.

⁴⁷⁹ DIEZ SCHWERTER, J. (2019). “La acción por daño contingente del artículo 2333 del Código Civil en movimiento: Tres casos de la jurisprudencia reciente”. En *Estudios de Derecho Privado en Homenaje al profesor Daniel Peñailillo Arévalo*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, p. 723 ss.

de Quintero con ENAP Refinerías S.A.”, en el que la municipalidad actuó frente a un daño ambiental que amenazaba a toda la comunidad. Sin embargo, tanto los tribunales de instancia cuanto la Corte Suprema, que conoció vía casación, rechazaron la pretensión, razonando ésta última que el daño que motivaba la acción ya no era contingente, sino que estaba efectivamente producido, por lo que su reparación debía buscarse en las normas especiales de la ley de bases de medio ambiente, siendo competentes los tribunales ambientales y no un juzgado de letras en lo civil.

IV. Conclusiones

La rica tradición romana que ha desarrollado el concepto de *actio popularis* y que, en el caso de Chile, ha llegado hasta nuestros días en el Código Civil de Andrés Bello permite sostener que, frente a conflictos de relevancia jurídica que exceden los intereses individuales, el derecho romano encontró respuestas un milenio antes que el derecho medieval inglés. Por ello, la dificultad lexicológica sobre como traducir las *class actions* al idioma español debiese empezar a tender hacia el uso del concepto de acción popular, presente en nuestra tradición jurídica desde Roma.

El tratamiento que Andrés Bello le dio a las acciones populares en el Código Civil está en sintonía con el de la época republicana de Roma, y eso es un valor que debe ser realizado toda vez que en Chile el Estado está al servicio de la persona humana y se distinguen claramente los bienes del *populus* de aquellos que son de propiedad estatal. La protección de bienes y derechos de dimensión supraindividual encuentra herramientas en el derecho civil y, debido a su carácter supletorio y general, puede tener cabida en conflictos jurídicos que estén regulados por leyes especiales.

La crítica que hace más de dos mil años describía Plauto, sobre los abogados que lucraban ejerciendo una *actio popularis*, tiene vigencia y es uno de los elementos insalvables de la litigación masiva. El Código Civil de Andrés Bello recogió los incentivos económicos para presentar este tipo de acciones, y, por lo tanto, es inevitable que quien trabaje y tenga éxito reciba una remuneración por su trabajo.

Finalmente, la disputa entre las posiciones doctrinarias que promueven o restringen la aplicación de las acciones populares tampoco tiene solución toda vez que los intereses que están presentes en una y otra son muy contrapuestos. Serán los tribunales, como siempre, los que tendrán que resolver la ley aplicable al caso concreto sometido a su conocimiento.