

CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES

I. Introducción

A. Objeto del estudio y problemas que enfrentamos

Ya hemos dicho que el derecho se asemeja a un idioma extranjero. Como todo idioma, tiene palabras que le son propias y también tiene una estructura (gramática) propia. Ahora nos corresponde revisar algunos de los conceptos fundamentales del derecho. Es decir, algunas de las palabras más importantes en el idioma jurídico. La estructura de este idioma la estudiaremos al tratar de los sistemas jurídicos.

¿Por qué revisar estos conceptos? Por diversas razones. En primer lugar, como en todo idioma, los conceptos jurídicos suelen ser ambiguos. Esta ambigüedad es perjudicial, especialmente cuando se trata de conceptos fundamentales. No es ajeno a la dogmática jurídica en cada área del derecho, el analizar, hacer clasificaciones y definiciones de los conceptos jurídicos. Sin embargo, hay conceptos que trascienden a una determinada área del derecho. Esto impide que el análisis parcelado de los conceptos legales que se realiza en cada rama del derecho abarque todas las funciones que el concepto cumple en el sistema. Es por ello que hay un grupo de conceptos que debe ser tratado a nivel de la teoría general del derecho.

Otra razón para emprender este estudio es que muchos de estos conceptos han evolucionado en el tiempo. El derecho es un idioma vivo; como tal, los conceptos son modificados por el uso diario que de ellos hacen legisladores, jueces, profesores y abogados. La conceptualización dominante en Chile es la propuesta por el jurista vienés Hans Kelsen. Su Teoría Pura goza de una coherencia

interna que la ha hecho muy influyente. Sin embargo, deben hacerse dos observaciones respecto a la teoría de Kelsen aceptada en Chile. La primera se refiere al hecho de que en nuestro país se estudia la versión francesa de la "Teoría Pura del Derecho" del año 1953. Esto ya constituye un atraso, pues el mismo Kelsen escribió el año 1960 una nueva versión de su teoría, prácticamente desconocida en Chile, en la cual introdujo cambios importantes. En segundo lugar, han sido muchas las críticas que la teoría de Kelsen ha recibido. Nos parece que muchas de estas críticas son certeras y que la Teoría Pura ha sido superada en muchos aspectos. Nos parece importante traer al debate nacional el desarrollo que la teoría general del derecho ha tenido en el extranjero, especialmente en la tradición positivista anglosajona.

La necesidad de hacer este estudio no está exenta de problemas y de riesgos. Estos problemas son a lo menos tres. El primero se debe a que en nuestro país no se hayan hecho estudios importantes al respecto desde hace muchos años. Ya hemos dicho que el paradigma ha sido la Teoría Pura de Kelsen. Ello produce un efecto psicológico importante: criticar a Kelsen significa quedarse sin el marco analítico que nos permitiría movernos con seguridad. El miedo a que se socaven los cimientos y que el edificio se derrumbe ha sido determinante para que los teóricos jurídicos chilenos se quedaran inactivos. ¿Para qué hacer ajustes en los cimientos si el edificio se siente tan firme? Esta actitud no es de ningún modo extraña: si el derecho se asemeja a un idioma y, por lo tanto, sirve como medio de comunicación, debe existir un cierto consenso sobre cuál es el significado de las palabras más importantes. Pero el peligro está en que el paso de los años haya actuado sobre los primeros pisos de nuestro edificio jurídico y que éste se desmorone sin que alcancemos a repararlo. Debe tenerse presente que el derecho es un fenómeno social. Como tal, está inserto en un contexto cultural global. Los cambios valóricos, económicos, tecnológicos, políticos

y estéticos, entre otros, han ocurrido de tal forma en los últimos años, que resulta imposible pensar que el derecho siga siendo el mismo.

Nuestro segundo problema es saber cuáles son los conceptos jurídicos fundamentales. No estamos seguros de haber salvado airoosamente esta dificultad. Sólo mediante la crítica y la reconstrucción lograremos acercarnos a una solución razonable. El estudio del derecho es en gran medida un estudio de conceptos. Nosotros deberíamos construir un modelo en el cual cada concepto ocupara un lugar determinado. Es importante determinar qué concepto antecede lógicamente a otro y cuáles son las relaciones que existen entre ellos.

La tercera dificultad se produce como consecuencia de la división del derecho en diferentes ramas. Cada una de éstas ha sido cultivada por especialistas que han creado una terminología propia. También sucede que las diferentes ramas del derecho regulan las instituciones en forma diferente (es diferente el régimen de la sanción penal que el de la sanción civil). Esto impide formular una teoría general de los conceptos jurídicos, sin embargo no es ésta nuestra intención. Lo que pretendemos hacer es una introducción general y una crítica a conceptos que deben ser conocidos en su globalidad antes de ser estudiados en su regulación particular en cada rama del derecho.

Junto a lo anterior, debemos recordar que existen diferentes visiones sobre el derecho. Esto dificulta aun más la cuestión. Un concepto puede estar definido en la ley, por ejemplo el concepto de persona, sin embargo esto no significa que esté salvado el problema en cuanto a la definición de persona. La definición legal es una cuestión de técnica legislativa con una finalidad bien determinada, cual es la de facilitar la interpretación de otras disposiciones. No es raro encontrar textos legales que en sus primeros artículos establezcan que "Para efectos de la presente ley se entenderá por..." a lo cual

sigue un grupo de conceptos con sus definiciones. Es evidente que a estas definiciones no se les puede atribuir un alcance más allá de la interpretación legal. Nuestra tarea excede a los textos legales, porque consiste fundamentalmente en descubrir las funciones que determinados conceptos juegan en el lenguaje jurídico, el cual se circunscribe a los textos legales. Como vimos en la primera parte, debemos considerar también el uso que los abogados, jueces y legos dan a cada concepto. El riesgo que todo ello conlleva está a la vista. Al buscar darle coherencia a un determinado concepto, es probable que algunas de sus sutilezas queden al margen de la reconstrucción, pero éste puede ser un precio razonable para la sistematicidad que se gana cuando se intenta desarrollar un nuevo enfoque.¹

B. Ubicación de los conceptos jurídicos fundamentales.

Genaro Carril propone tres niveles de conceptos. El primero es el constituido por los términos deónticos más generales (jurídicamente prohibido, obligatorio o permitido). En un segundo nivel se ubican los conceptos de derecho subjetivo y deber jurídico; en este nivel Hohfeld agrega los conceptos de privilegio, potestad e inmunidad, así como sus opuestos y correlativos.³ El tercer nivel está integrado por conceptos más específicos usados por los juristas en el análisis dogmático/ Son conceptos de este tipo; solidaridad, herencia, capacidad, dolo, fuerza, error, lesión, culpabilidad, tipicidad» etc.

1 Niño, Carlos Santiago: "Introducción al Análisis del Derecho", Ed. Ariel, Barcelona, 1984, p. 166.

2 En Hohfeld, Wesley Newcomb: "Conceptos Jurídicos Fundamentales", Centro Editor de América Latina, 1968, nota preliminar.

3 Vid. infra, pp. 73ss.

Nos parece que la enumeración de Carrió omite señalar un grupo de conceptos muy importante. Nos referimos a aquellos conceptos que aparecen en todas las ramas del derecho -de allí que sean fundamentales-, pero que no corresponden a los más generales de deber jurídico o derecho subjetivo. Tales son los conceptos de persona y cosa, responsabilidad y sanción.

En primer lugar hemos elegido tratar los conceptos de persona y cosa. La persona es el centro del derecho; el derecho sólo concede facultades a las personas, por ello es imperativo determinar quiénes son las personas y cuáles son las cosas. El límite entre persona y cosa ha variado históricamente y no parece que se haya estabilizado. Por eso hemos creído importante revisar estos dos conceptos.

Luego analizaremos el concepto de derecho subjetivo. Es indudable que este concepto es clave para la ciencia y la práctica del derecho. Cada vez que decimos 'Pedro tiene derecho a que se le pague', 'Juan tiene derecho a demandar en juicio' o 'Diego tiene derecho a votar en las elecciones', estamos razonando sobre la idea de derecho subjetivo. Parece difícil imaginar un sistema jurídico que funcione sin esta idea. Sin embargo, es paradójico comprobar que las discrepancias sobre qué es un derecho subjetivo son enormes; y más aun, que hay autores que han negado la utilidad de este concepto.

Después analizaremos el concepto de responsabilidad. El derecho como técnica de control social busca el cumplimiento de las reglas a través de la imputación de sanciones. La sanción o consecuencia jurídica se imputa a quien el derecho considera responsable por un hecho ilícito (o lícito, en el caso de la sanción premial). Los criterios para determinar la responsabilidad pueden ser diversos. ¿Cuáles son los costos y los beneficios de los diferentes criterios? Todas estas preguntas pretenderemos responderlas aunque sólo sea en forma transitoria, cuando tratemos el concepto jurídico de responsabilidad.

Muy ligado al concepto de responsabilidad encontramos el de consecuencia jurídica o sanción. Los problemas aquí también son múltiples y de mucho interés. ¿Puede existir un sistema jurídico basado solamente en sanciones premiales? ¿Cuál es la justificación que tiene la aplicación de castigos?

Finalmente, el concepto jurídico de proceso también es objeto de nuestro estudio. Este concepto es propio de una rama del derecho llamada derecho procesal. Las escuelas de derecho dedican varios años de estudio al proceso. No obstante ser un concepto particular, hemos creído importante referirnos a él. Ello por dos razones. La primera razón podríamos enunciarla así: es en el proceso donde se da eficacia a todos los otros conceptos jurídicos. Cuando las personas no cumplen las normas jurídicas en forma voluntaria se produce un conflicto; se ha sostenido que una de las funciones del derecho es la solución de conflictos.⁴ El principal mecanismo que el sistema jurídico usa en la resolución de conflictos es el proceso.

La segunda razón por la cual hemos querido estudiar el concepto de proceso, es que en los cursos de derecho procesal en nuestro país se ha adoptado una actitud irreflexiva y no se da la visión crítica de este concepto que aquí pretendemos hacer. Por eso es necesario hacer una revisión crítica del proceso. ¿Cumple su función? ¿Cuál es el costo que tiene el proceso frente a otros mecanismos de solución? ¿Cuáles sus beneficios?

En todo este trabajo hemos preferido usar una metodología

4 Cfr. Reh binder, Manfred: "Las Funciones Sociales del Derecho", materiales para el curso de introducción al derecho, prof. Enrique Barros, Central de Apuntes, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, s/F, pp. 3ss.

crítica.⁵ Eso significa que no entraremos en la exposición clásica que sobre estas materias se hace en nuestro país (características, naturaleza jurídica, clasificaciones, subclasificaciones, etc.). En consecuencia, se le recomienda al alumno principiante la consulta de los textos chilenos tradicionales (especialmente si **se** está preparando para rendir examen).

5 Ver Unger, Roberto Mangabeira: "The Critical Legal Studies Movement", Harvard University Press, Cambridge, 1983. La idea de Unger es describir los paradigmas (tesis) jurídicos y las excepciones (antítesis) que existen a éstos, haciendo un verdadero 'mapa' de la ciencia del derecho. Una vez hecho este 'mapa' por un proceso dialéctico debe elaborarse una nueva ciencia legal donde los paradigmas y sus excepciones, esto es las tesis y las antítesis, se superen mutuamente hasta alcanzar un nuevo contexto y así trascender nuestra realidad hacia formas más sintéticas de comprensión jurídica.

n. Conceptos jurídicos de persona y cosa

A. El derecho como sistema de control social.

Mucho se ha escrito y se escribe sobre lo que significa esta palabra 'derecho'. Pero sea cual sea su significado, sabemos que el derecho es un sistema de control social.

La sociedad está constituida por muchos individuos. Estos individuos se relacionan entre sí. Estas relaciones pueden ser de diversa naturaleza: familiares, políticas, laborales, de daño (delitos), etc. Especialmente interesantes en nuestros días son las relaciones económicas; éstas han tenido un desarrollo tan notable en nuestra era que suelen poner en aprietos a la ciencia del derecho. Esto por dos razones. La primera se debe a la barrera terminológica; los economistas han elaborado un lenguaje propio, frente al cual los abogados tienden a bloquearse mentalmente. La segunda es consecuencia de las complejas relaciones que existen entre el derecho y la economía; los efectos que una norma jurídica tiene en la realidad están determinados por la conducta económica de los sujetos. A su vez, las normas jurídicas constituyen un factor que influye en esa conducta.

La mayor parte de las relaciones que se dan entre los individuos de la sociedad están reguladas en mayor o menor medida por el derecho; entonces hablamos de relaciones jurídicas. Por ser relaciones intersubjetivas, el derecho debe preocuparse de los sujetos de derecho; a estos sujetos los llamamos 'personas'. Los objetos de estas relaciones los llamamos 'cosas'.

B. Significado jurídico de persona.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, perso-

na es un "(i)ndividuo de la especie humana"⁶. Esta definición es estrecha, pues no incluye a las personas jurídicas. En su 8⁹ acepción, define persona en relación al derecho como "(s)ujeto de derecho"⁷. Si fue necesario consagrar una definición jurídica es porque para el derecho 'persona' no significa lo mismo que para el lego. Sin embargo, si bien la definición que nos da el diccionario es en todo exacta, no nos dice nada que ya no supiéramos.

Si entendemos que la palabra 'derecho' está referida a facultad o derecho subjetivo⁸, podríamos decir que persona es todo titular de un derecho subjetivo. El derecho subjetivo consiste en la facultad de exigir a 'otro' que cumpla una determinada prestación. Este 'otro' también es sujeto jurídico o persona. Persona es "todo ente capaz de tener (de ser titular), facultades y deberes jurídicos."⁹

Podemos ver que existe una relación importante entre el concepto de persona y el derecho. En el derecho existen diferentes tipos de personas. La distinción más importante es entre personas naturales y personas jurídicas. De esta distinción trataremos en el siguiente apartado.

C. Personas naturales y personas jurídicas.

Ya habíamos mencionado que hay dos tipos de personas: las naturales y las jurídicas.

6 "Diccionario de la Lengua Española", Real Academia Española, 20* ed., 1984, T. II, p. 1049, voz 'persona'.

7 Ibid.

8 Vid. infra, pp. 72 ss.

9 Bascuñán Valdés, Anibal: "Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales", Ed. Jurídica de Chile, 1960, p. 247.

Persona natural es todo individuo de la especie humana al cual el derecho reconoce (o confiere) la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones.

Persona jurídica es, o una agrupación de personas o un patrimonio afectado a un fin, capaz de ser titular de derechos y obligaciones diferentes de los de sus integrantes. El artículo 545 de nuestro Código Civil dice que "Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente."

Ambos tipos de personas, naturales y jurídicas, tienen la facultad de crear normas jurídicas. A esta facultad se la conoce como autonomía privada o autonomía de la voluntad.

D. Autonomía privada.

La autonomía privada o autonomía de la voluntad es un concepto que está muy ligado al de sujeto de derecho. La autonomía privada es la potestad que tienen las personas para regular su propia esfera de intereses. La llamamos potestad (no en el sentido que le dará Hohfeld), y no simplemente poder, porque su ejercicio da lugar a una particular fuente del derecho: los actos jurídicos privados.

La autonomía privada tiene¹⁰ dos contenidos:

- a. Es un poder de constitución de relaciones jurídicas.
- b. Es un poder de regulación de estas relaciones.

Las características de los actos jurídicos privados son objeto de estudio detallado dentro de las fuentes del derecho.

10 Diez-Picazo, Luis: "Sistema de Derecho Civil". Citado por Streeter, Jorge: "La Autonomía Privada", materiales para el curso de derecho económico III, Central de Apuntes, Escuela de Derecho, Universidad de Chile.

Ahora se nos presenta el siguiente problema: ¿la autonomía privada es conferida por el derecho o éste se limita a reconocerla? Mucho se ha discutido acerca de la relación entre el derecho y la persona. Unos han sostenido que todos los seres humanos son personas por naturaleza. El derecho no hace más que reconocer esta realidad. Ésta ha sido la tesis iusnaturalista.

Una segunda corriente ha sostenido que la personalidad es una creación del derecho. Debe recordarse que estamos hablando de sujetos de derecho. Es el derecho objetivo el que crea en ciertos individuos la capacidad de ser titulares de derechos y obligaciones. La identidad hombre-persona se entiende sólo como una opción entre otras muchas.

Nuestro derecho positivo adopta la tesis de que la persona es anterior al derecho. Ello queda de manifiesto al leer los artículos 1-, 5-, 23- y 39^y de la Constitución Política. Especialmente relevante es el art. 5^Q, inciso 2-, pues habla de "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana"¹¹ -

E. Distinción entre persona y cosa.

La tesis que se sostenga acerca de la relación que existe entre la persona y el derecho tendrá consecuencias en el problema de distinguir entre persona y cosa. Si se adopta la tesis iusnaturalista, la distinción entre persona y cosa estará dada por la naturaleza. Si se acepta la tesis de que la personalidad es una creación del derecho, tendremos que la tal distinción estará dada por las normas del sistema jurídico.

Al lector puede parecerle ficticio el problema de la distinción

11 Esto no agota la discusión; es menester revisar hasta qué punto esta idea es reconocida por el resto del ordenamiento jurídico.

entre persona y cosa; ello se debe a dos razones:¹²

i. Sólo ios hombres son personas.

A nosotros nos parece evidente que sólo los hombres pueden ser personas. Esto no fíie siempre así. En el pasado han sido sujetos de derecho los dioses, algunos animales, algunas cosas , los muertos, etc.

Hoy en día pueden existir normas que protejan la memoria de los difuntos, las cosas, la integridad de los animales, etc. Ello no quiere decir que tengan la calidad de sujetos de derecho, sino solamente que son objetos protegidos por el derecho porque los hombres los consideran valiosos.

ii. Todos ios hombres son personas.

Los esclavos son el típico ejemplo histórico de hombres a quienes el derecho no reconocía la calidad de personas. Pero los esclavos no son el único ejemplo. Durante muchos años los extranjeros no eran considerados personas.

iii. Algunos problemas.

Partamos haciéndonos una pregunta fundamental: ¿qué distingue a una cosa de una persona? Estaríamos muy tentados a responder rápidamente que la diferencia está en la naturaleza humana. Sin

12 Para una exposición de porqué sólo ios hombres son personas y todos los hombres son personas, cfr. Hattenhauer: "Conceptos Fundamentales de Derecho Civil" (1982), Ed. Ariel, Barcelona, 1987. Hay una gran discusión contemporánea sobre las características más distintivas de las personas, entre las cuales se encuentran especialmente la capacidad mental y la inteligencia. Sobre este tema recomendamos dos textos de gran importancia; Ryle, Gilbert: "El Concepto de lo Mental", Ed. Paidos, Buenos Aires, 1967, y Pony, Richard: "Philosophy and the Mirtor of Nature", Princeton University Press, Princeton, 1980.

embargo, ya sabemos que la respuesta no es tan simple. Al hablar de las personas dijimos que éstas son o naturales o jurídicas. Resulta obvio que las personas jurídicas no tienen naturaleza humana y que, sin embargo, son sujetos de derecho. Para superar este primer escollo podemos recurrir a ingeniosos argumentos, como decir que, en realidad, el sistema jurídico no concede derechos a las personas jurídicas: sólo estárfamos en presencia de derechos concedidos a personas naturales en forma indirecta. Argumentos de este tipo podrían llevarnos a interminables discusiones bizantinas.

Sin embargo, el caso de las personas jurídicas no es el único de no coincidencia entre persona y ser humano. Recordemos el viejo caso de los esclavos. Éstos fueron considerados como cosas durante muchos siglos de la historia. ¿Por qué? ¿Qué los diferenciaba de la personas? Es difícil responder a esta pregunta, porque históricamente han existido diversas razones para aceptar la esclavitud. Veamos una dé ellas: la esclavitud en Roma como resultado de la aplicación del procedimiento de la 'manus iniectió'. En virtud de este procedimiento el acreedor podía dar muerte o vender transíber al deudor impago. Parece difícil sostener que la esclavitud del deudor se fundamenta en que al dejar de pagar ha perdido su naturaleza humana. Y si así fuera, ¿porqué hoy no existe esclavitud por deudas? La solaidea nos parece repugnante.

¿Qué explica la mutación histórica que ha tenido la línea divisoria entre persona y cosa? Alguien podría objetar nuestro argumento diciendo que todo lo expuesto es correcto, pero que de ello no se desprende que los esclavos hayan sido cosas, sino sólo personas con estatuto discriminatorio desfavorable. Esto estaría ratificado por legislaciones que han dado protección a los esclavos y porque la facultad que tenía el acreedor de matar o vender al deudor son equivalentes a la actual pena de muerte o al exilio.

Todos éstos son argumentos interesantes, pero que de ningún modo agotan el problema. La pretensión de que los esclavos eran personas con un estatuto desfavorable es tan válida como decir que, en algunos países con legislación protectora de los animales, los perros son personas con estatuto desfavorable. No estamos descartando el argumento, sólo decimos que éste es tan válido para los esclavos como para los perros. El argumento de que la facultad del acreedor romano de matar a su deudor impago pueda asimilarse a nuestra actual pena de muerte, puede llegar a la misma conclusión anterior. En efecto, tanto cuando se aplica la pena de muerte como cuando el acreedor romano mata a su deudor, el hombre está siendo tratado como cosa y no como persona. La cosa es tratada como medio y no, como es propio de las personas, como fin.

Hemos llegado a un punto tremendamente interesante a la vez que complejo. Afirmamos que un ente es cosa cuando es tratado como medio, y persona cuando es tratado como fin. Pero ¿quién decide cuándo tratamos a un ente como fin o como medio? Nuestro desarrollo anterior nos llevaría a concluir que esta decisión la hace el sistema jurídico. Si así fuera, tendríamos que admitir que la división entre persona y cosa es arbitraria.

Podría decirsenos que todo lo que hemos expuesto está superado por la historia. Que la no coincidencia entre persona y hombre es un defecto de sistemas jurídicos primitivos desaparecidos desde hace años. Ello importaría aceptar que, por naturaleza, todos los hombres son personas. Esta afirmación nos lleva a otra pregunta fundamental: ¿qué caracteriza al hombre? ¿cuál es su naturaleza? Muchas respuestas se han intentado a esta pregunta. Tomemos una de ellas: el hombre es un ser racional. ¿Y qué pasa con los computadores y los robots? Algunos dicen que estamos a las puertas de la inteligencia artificial, ¿significa esto que los computadores de

la 5ª generación serán hombres y, por lo tanto, personas? ¿Llegará el momento en que un computador tenga derechos y obligaciones? Se nos dirá que el hombre no es cualquier ser racional sino un tipo específico de ser: un animal. ¿Qué es un animal? ¿Algo que se mueve por sí mismo? ¿Un automóvil? ¿Un robot? Había una serie de televisión en la que el protagonista era un automóvil computarizado racional. ¿Podemos decir de este auto que es un animal racional? Al menos eso es lo que parecía.

La tecnología presenta nuevos y graves problemas al derecho que deben ser objeto de una reflexión seria. Piénsese por ejemplo en los avances de la ingeniería genética. ¿En qué momento las cosas, óvulo y espermio, pasan a ser persona? ¿En el momento de la concepción? ¿Y si ésta es in vitro? ¿Al nacer? ¿Qué pasa con el aborto? Actualmente casi existe la posibilidad de crear miles de hombres idénticos (clones). ¿Éstos serían personas o robots? Si se crea una clase de hombres capacitados para un tipo específico de trabajo, ¿serán esclavos -cosas- u hombres libres? ¿Qué pasaría con la definición jurídica de persona y cosa si la tecnología permitiera mezclar material genético humano con otros materiales?

í Estos son problemas que tendremos que afrontar en un futuro muy cercano y para los cuales no tenemos una respuesta definitiva. Debemos hacer un esfuerzo por aclarar cuáles son las cuestiones que aquí están involucradas. Eso es lo que hemos pretendido hacer. Es tarea de todos buscar las respuesta.

A continuación trataremos el concepto de derecho subjetivo* que tiene muchas relaciones con el concepto de persona.

Til. Concepto jurídico de derecho subjetivo

A. Presentación.

Cuando hablamos del derecho como un sistema de normas, un orden, se denomina derecho objetivo, es decir, un conjunto de normas u órdenes positivas (carácter fáctico) que constituyen el derecho de un Estado.

Pero cuando decimos que tenemos derecho a una buena educación o derecho a fumar, no estamos usando la palabra 'derecho' como sistema de normas. En este caso hablamos de derechos subjetivos. Según Kelsen "Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querrela o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito",¹³

Se ha identificado la noción de derecho subjetivo con las de libertad, permiso, licencia, atribución, privilegio, facultad, poder, posibilidad y garantía. Revisaremos dos concepciones diferentes al respecto. Una de ellas es la propuesta por Wesley Newcomb Hohfeld¹⁴ a principios de siglo. Hohfeld sostiene que los conceptos jurídicos fundamentales no pueden reducirse a la idea de derecho subjetivo. Tal reducción ha llevado a un sinnúmero de confusiones analíticas en la práctica del derecho.

Luego analizaremos la concepción de Hans Kelsen. Hans

13 Kelsen, Hans: "Teoría Pura del Derecho" (1953), Ed. Universitaria de Buenos Aires, 23ª ed., 1986, p. 122. En adelante, citado como "Teoría (1953)".

14 Hohfeld, W.N.: "Conceptos Jurídicos...", op. cit en nota 2. La terminología y el modelo de Hohfeld es adaptado y desarropado por Alf Ross en su obra "Sobre el Derecho y la Justicia", Eudeba, 1963, Cap. V y VI, pp. 152ss."

Kelsen¹⁵ ve en la dualidad derecho objetivo y derecho subjetivo (al igual que en otras dualidades como derecho público y derecho privado, Estado y derecho, etc.) una forma con la cual el positivismo jurídico del siglo XIX le fijó límites al derecho positivo entendido cómo derecho objetivo. Pero en su obra "Teoría General del Derecho y del Estado" (1949)¹⁶ admite que el lenguaje cotidiano favorece este dualismo, especialmente la lengua inglesa ('right' como derecho subjetivo y '-law' como derecho objetivo). En francés, alemán y español existe sólo una expresión que engloba a estas dos ideas.

Pero este dualismo va más allá de una mera cuestión lingüística; es también una cuestión ideológica. Para el iusnaturalismo tradicional los derechos subjetivos son independientes de lo que dispongan las normas del derecho objetivo. Los derechos subjetivos son facultades y poderes innatos del hombre por el solo hecho de ser tal, y no pueden ser desconocidos o abolidos porque han sido dados por Dios o emanan de la naturaleza racional del hombre. El derecho positivo objetivo sólo debe reconocer, proteger y reglamentar el ejercicio de estos derechos para evitar colisiones entre ellos.

B. Las diferentes clases de derechos subjetivos en la concepción de Hohfeld.

Los estudiosos engloban en el concepto de 'derecho subjetivo' situaciones que son muy diferentes entre sí. Así, las relaciones jurídicas son analizadas generalmente como un complejo de derechos subjetivos y deberes jurídicos de las partes. En el año 1913 Wesley Newcomb Hohfeld publica en el "Yale Law Journal" su

15 Kelsen, H.: "Teoría (1953)", op. cit. én nota 13, pp. 112s.

16 Kelsen, H.: "Teoría General del Derecho y del Estado", Universidad Nacional Autónoma de México, 1969.

"Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning". En esta obra, Hohfeld propone un marco de análisis diferente al usado hasta entonces. Sostiene que el análisis de las relaciones jurídicas en base a derechos y deberes solamente conduce a numerosos equívocos y confusiones.

Hohfeld propone usar cuatro conceptos con sus correspondientes correlativos: derecho subjetivo y deber, privilegio y no-derecho, potestad y sujeción, e inmunidad e incompetencia. La incorporación de nuevos conceptos nos permite ser más claros en el análisis, distinguiendo diferencias, a veces sustanciales, que quedaban ocultas con el esquema tradicional.

i. Derecho subjetivo y deber

La noción de derecho subjetivo es especialmente delicada porque a ella se han asimilado todas las demás (privilegio, potestad e inmunidad). Lo que nos permite identificar cuándo estamos frente a un derecho subjetivo, en el correcto sentido de la palabra, es la existencia de un deber correlativo. Pretensión sería la palabra que más se acerca al verdadero significado de derecho subjetivo. El siguiente ejemplo ilustra una relación en la que existe un derecho subjetivo: Andrés compra un automóvil a Juan. Andrés tiene derecho a que se le entregue el automóvil. Juan tiene el deber de entregar el automóvil a Andrés.

ii. Privilegio y no-derecho

Hay relaciones jurídicas en las que no existe un deber jurídico correlativo que los juristas explican habitualmente acudiendo a la noción de derecho subjetivo. Algunas de estas situaciones pueden explicarse más claramente acudiendo a la idea de privilegio. La noción más cercana a la de privilegio es la de libertad. Se diferencia del derecho subjetivo en que, al contrario de éste, no tiene como correlativo un deber.

Generalmente decimos que toda persona tiene derecho, cumplidos ciertos requisitos, a conducir su automóvil. Esta expresión no es del todo correcta, pues ello significaría que frente a un determinado conductor, el resto de las personas tendría el deber de que ése conductor usara su automóvil. Es evidente que esto sería un absurdo. En verdad, el resto de las personas no tiene derecho a impedir que el conductor use su automóvil. El conductor tiene el privilegio, *erga omnes*, de usar su vehículo.

El art. 19 N° 11 de la Constitución Política de la República de Chile asegura a todas las personas la libertad de enseñanza. ¿Significa esto que la Constitución otorga a las personas un derecho subjetivo? Si así fuere, el Estado tendría un deber correlativo. ¿Cuál sería este deber? ¿Tiene el Estado el deber de que una persona determinada enseñe? Parece absurdo. Tampoco parece razonable que el Estado tenga, en virtud de esta disposición, un deber de enseñar. Lo que el Estado parece tener es un no-derecho a impedir que las personas enseñen. Luego, la Constitución no concede un derecho subjetivo sino un privilegio.

iii. Potestad y sujeción

Otro tipo de relaciones en las cuales no existe un deber jurídico y que tampoco pueden ser explicadas por la noción de privilegio, deben ser analizadas a la luz del concepto de potestad. La noción de potestad debe entenderse vinculada a los cambios en las relaciones jurídicas. Las relaciones jurídicas pueden cambiar de dos formas diferentes:¹⁷

- a. Por el acaecimiento de hechos no voluntarios (ej.: la muerte).
- b. Por el acaecimiento de hechos voluntarios.

17 Cfr. Hohfeld, W.N.: "Conceptos Jurídicos ...", op. cit. en nota 2, pp. 67s.

En este segundo caso, se dice que una persona tiene la potestad de modificar la relación jurídica cuando el ejercicio de su voluntad es condición necesaria y suficiente para producir este cambio.¹⁸

La noción correlativa de potestad es la sujeción. Un buen ejemplo es el que nos da la institución de la oferta. Una persona determinada, Juan, le ofrece a otra, Diego, venderle su casa en \$10.000.000. Juan se compromete a esperar la respuesta de Diego durante una semana. En el curso de esa semana Diego tiene la potestad de transformar su relación con Juan en una relación contractual (compraventa de la casa) mediante la sola aceptación de la oferta (acto que sólo depende de la voluntad de Diego). Juan está sujeto a lo que decida Diego durante esa semana. Si Juan se arrepiente de la oferta antes de terminar la semana, deberá pagar una indemnización a Diego. Esto parece ser lo razonable, puesto que Juan elude la sujeción en que se encontraba respecto de Diego. La utilidad del nuevo marco teórico se hace evidente al constatar que los autores tradicionales dicen que este caso es uno de responsabilidad sui generis o pre contractual, lo que no es otra cosa que admitiría imposibilidad de analizar la figura.

¡v. Inmunidad e incompetencia

Hay un último grupo de relaciones jurídicas que no pueden ser explicada por nociones de derecho subjetivo, privilegio o potestad. Para su análisis debe acudir al concepto de inmunidad. "(...) una inmunidad es la libertad de una persona frente a la potestad jurídica o 'contralor' jurídico de otro, con respecto a una relación jurídica."^{1*} Su correlativo es la incompetencia.

18 "(...) una potestad es el 'contralor*' afirmativo que un individuo ejerce sobre una relación jurídica." Id.,p. 81.

19 Ibfd.

Podemos dar el siguiente ejemplo: el Servicio de Impuestos Internos tiene la potestad de cobrar el impuesto territorial o contribuciones a los propietarios de bienes raíces. La ley exime de la obligación de pagar contribuciones a la Cruz Roja. La Cruz Roja es inmune frente a la potestad del Servicio de Impuestos Internos. Este último es incompetente para cobrarle contribuciones a la Cruz Roja.

v. Conclusión

La ventaja del esquema de Hohfeld está en que otorga un instrumento analítico preciso. Nos parece prometedora la idea de usar este esquema en nuestro sistema, pero ello no está exento de dificultades. La principal se debe a que Hohfeld en ningún momento define los conceptos con que trabaja. Su método consiste en explicarlos a través de ejemplos. Estos ejemplos están basados en instituciones del Common Law que muchas veces resulta difícil trasladar a otros sistemas jurídicos.

En el apartado siguiente damos una visión muy general de algunas concepciones positivistas acerca de los derechos subjetivos que difieren sustancialmente del modelo de Hohfeld.

C. Teorías tradicionales sobre los derechos subjetivos.

Hay nociones positivistas que intentan dar una teoría uniformada de los derechos subjetivos. Una de ellas es la de Windscheid (1817-1892), que ve en la idea de voluntad un criterio unificador, por cuanto derecho subjetivo para este autor: "es un poder o señorío de voluntad conferido por el orden jurídico."²⁰

20 En Ihering, Rudolf von: "La Dogmática Jurídica" (1883), Ed. Losada, Buenos Aires, 2ª ed. 1946, p. 222. El libro trae dos apéndices sobre los derechos subjetivos, el primero es de Ihering, el segundo es un extracto de la obra de Windscheid: "Lehrbuch des Pandektenrechts", pp. 215 a 227.

Por su parte, Rudolf von Ihering (1818-1892) ve en el derecho subjetivo un interés reconocido por el orden jurídico. Von Ihering rechaza el concepto de voluntad porque dice que éste es la fuerza motriz del derecho, el objeto sobre el cual el derecho recae.

Kelsen atacó ésta idea, según la cual el derecho subjetivo se vincularía a un interés o fin reconocido jurídicamente, porque dice que puede haber derecho sin interés (ej.: cuando alguien no se interesa en su propiedad o cuando alguien ni siquiera sabe que es titular de un derecho), o interés sin derecho (cuando alguien se interesa en lo ajeno). En la concepción positivista de Kelsen el derecho subjetivo se subsume en el derecho objetivo.

Hay otras concepciones positivistas que ven en el derecho subjetivo un criterio moral para juzgar el derecho objetivo. Según estas concepciones, una persona puede creer que tiene derecho subjetivo aunque el sistema de normas (derecho objetivo) no lo reconozca.

A continuación revisaremos distintas formas de los derechos subjetivos.²¹

D. Clases de derechos subjetivos y su evolución.

Hay múltiples formas que pueden adquirir los derechos subjetivos. Es posible distinguir las siguientes como las principales:

21 Para ello nos basaremos en el esquema que usa Niño: "Introducción at...^H", op. cit. en nota 1, pp. 195 a 216. Este esquema es un desarrollo de aquel propuesto por Hohfeld, aplicado al tipo de razonamiento legal continental. Niño fundamentalmente combina las tesis de Hohfeld con otras explicaciones relativas a los derechos subjetivos como las propuestas por Ihering, Kelsen, Von Wrigh, Alchourrón y Bulygin, Alf Ross, Hågerstrón y Olivecrona. En todo caso, el esquema básico sigue siendo el propuesto por Hohfeld.

i. Libertad jurídica.

En tanto una conducta no esté prohibida y obligada por una norma, debe entenderse que ella está permitida, Fuera délas conductas prohibidas o conductas obligatorias, el sistema jurídico deja un margen variable de libertad para actuar. Esto es lo que se conoce como 'principio de prohibición', y puede enunciarse así: 'todo loque no está prohibido, está permitido'.

El principio de prohibición está muy relacionado y suele confundirse con el problema de la plenitud hermética del sistema jurídico o con el de la clausura. Los autores argentinos Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin²² hacen un muy buen análisis de este punto. Ellos sostienen que al principio de prohibición puede dársele una interpretación fuerte o una débil.

La versión fuerte sería así: "Si de un sistema no puede inferirse la prohibición de una determinada conducta bajo ciertos supuestos, entonces se infiere del mismo sistémala permisión de esa conducta bajo esos supuestos."²³ Parece ser evidente que esta versión fuerte no es necesariamente verdadera. Su verdad dependerá de que dentro del sistema jurídico en cuestión, exista una norma positiva que efectivamente disponga que lo no prohibido por el sistema, está permitido. Esta norma es lo que llamamos una norma de clausura.

La versión débil del principio de prohibición es la siguiente: "Si de un sistema no puede inferirse la prohibición de una determi-

22 Cfr. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: "Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 169 a 199.

23 La versión quedamos en el texto principal es una simplificación de taque dan Alchourrón y Bulygin cuando dicen que "Para todo sistema a, para toda conducta p y para todo caso q, vate que si de a no se infiere la prohibición de p en q, entonces de a se infiere la permisión de p en q." "Introducción ...", op. cit. en nota 22, p. 179.

nada conducta bajo ciertos supuestos, entonces del mismo sistema no se infiere la prohibición de esa conducta bajo esos supuestos."²⁴ Es evidente que esta versión resulta tautológica; es un juicio analítico que no aporta ninguna información.

Luego, la pregunta de si las conductas no prohibidas por el sistema están permitidas por éste, debe contestarse haciendo referencia a la regla de clausura del sistema.²⁵

Los derechos subjetivos se manifiestan no sólo a través de la idea de libertad. Ahora expondremos otras formas de derechos subjetivos.

ii. Poder jurídico.

Las personas pueden contraer obligaciones mediante la realización de hechos voluntarios lícitos (acto jurídico)²⁶. Este poder es diferente de la libertad. El poder o potestad (no en sentido que le ha dado Hohfeld) se diferencia de la libertad en que crea normas jurídicas. En efecto, los actos jurídicos crean normas jurídicas particulares que son parte del sistema jurídico.

Para que estas normas sean eficaces, el derecho debe otorgar al individuo alguna forma para hacerlas valer. Esto es lo que se consigue con la idea de pretensión.

iii. Pretensión.

La pretensión es el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación contraída por otra persona. La existencia de una norma

24 Alchourrón y Bulygin dicen "(...) si de a no se infiere la prohibición de p en el caso q, entonces de a no se infiere la prohibición de p en el caso q." *Id.*, p. 178.

25 *Vid. infra*, pp. 182ss.

26 *Vid. supra*, pp. 66s.

legal supone la pretensión de exigir su cumplimiento. Esta pretensión tiene como correlato necesario la facultad **concedida** al deudor para cumplir con lo debido.

iv. Facultad para cumplir con lo debido.

El derecho garantiza al deudor la facultad de cumplir con su obligación. Un deudor, Ricardo, debe a un acreedor, Matías, \$1000 pesos. Ricardo quiere pagar a Matías la suma debida, pero Matías se niega a recibirla esperando que se devenguen mayores intereses. Ricardo tiene derecho a pagar depositando la suma en la cuenta corriente del tribunal (pago por consignación).

Todas estas formas de derechos subjetivos necesitan, para ser eficaces, del concepto de derecho de acción.²⁷

v. Derecho de acción.

Es la facultad que tiene toda persona para requerir del Órgano jurisdiccional la apertura de un proceso. Kelsen dirá que el derecho subjetivo tiene un sólo sentido autónomo. Este sentido es precisamente el derecho subjetivo entendido como derecho de acción procesal.

27 Kelsen dice: "Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querrela o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor." Kelsen: "Teoría (1953)", op. cit. en nota 13, p. 122. Más adelante agrega: "Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querrela o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho." *Id.*, p.123.

£. La idea de Hans Kelsen acerca de los derechos subjetivos.

Kelsen, en su lucha por terminar con los dualismos, identifica derecho subjetivo con derecho objetivo. Kelsen dice que sólo son dos caras de una misma moneda. Un acreedor, Andrés, sólo tiene derecho (subjetivo) a exigir el pago si una norma del sistema (derecho objetivo) le confiere esta facultad. Kelsen argumentaría así: hablando en sentido estricto, este derecho subjetivo tal como lo hemos ilustrado, tiene más de ilusión que de derecho. ¿Qué pasaría si el deudor, Diego, siendo más fuerte que Andrés, se negara a pagarle? El pretendido 'derecho' de Andrés no sería más que una respetable pretensión. Sólo podemos hablar de derecho subjetivo en sentido estricto (siguiendo a Kelsen) cuando la norma jurídica (derecho objetivo) confiera al acreedor, Andrés, la facultad de exigir a la autoridad pública que obligue a Diego a pagar, mediante la creación de un mandato particular (derecho de acción). Kelsen identifica derecho subjetivo con derecho procesal de acción.

Al tratar el concepto de derecho subjetivo nos hemos preocupado de problemas fundamentalmente formales. En el capítulo siguiente trataremos el concepto de responsabilidad. Este concepto tiene mucha relación con los derechos subjetivos, pero el énfasis estará dado en el análisis de problemas sustanciales. La responsabilidad es la forma de determinar contra quien se dirige un derecho subjetivo.

IV. Concepto jurídico de responsabilidad

A. Presentación.

Si imaginamos un mundo sin sistemas jurídicos y sin gobiernos, lo lógico sería gastar muchos recursos en garantizar la seguridad.²⁸ Al no existir un sistema jurídico eficiente, lo que sucede es que los privados tienen que gastar muchísimos recursos en guardaespaldas, dispositivos de seguridad para las casas, los autos, primas de seguros, etc. Así, la seguridad privada puede resultar muy costosa, y por eso es mejor buscar alternativas más eficientes para minimizar los daños a las personas y a la propiedad.

La venganza fue la primera forma de reducir los ataques contra personas y propiedad. Generalmente se sostiene que la venganza conduce a la inestabilidad social y a un estado de guerra permanente. Lo más probable es que esto sea una exageración²⁹. El sistema de venganza es más eficiente para evitar los ataques que un sistema basado en ponerla otra mejilla. Sin embargo, en ningún caso es un sistema óptimo desde el punto de vista de la atribución de responsabilidad. En este trabajo revisaremos más a fondo la venganza al tratar el concepto de sanción.

Más eficiente que el sistema de venganza es el sistema jurídico, donde existe una importante centralización del poder. En este sistema es la autoridad pública la que aplica las sanciones que garantizan el cumplimiento del derecho. Para aplicar estas sanciones necesita determinar responsabilidades.

28 Posner, Richard A.: "Law and Literature. A Misunderstood Relation", Harvard University Press, Cambridge y Londres, 1988, p. 27.

29 Id., pp. 28s.

La determinación de la responsabilidad puede hacerse a través de diferentes sistemas. El sistema imperante casi absolutamente hasta hace muy pocos años era el de responsabilidad por culpa. Hoy, el sistema de responsabilidad por culpa es atacado por diversas razones. Nuestro interés en revisar este concepto se debe, además de su importancia intrínseca, a la necesidad de mostrar algunas herramientas imprescindibles para participar en esta relevante polémica contemporánea en torno a los sistemas de responsabilidad.

B. Significados del término 'responsabilidad*.

La palabra 'responsabilidad' se usa con diferentes sentidos, tanto en el lenguaje corriente como en el legal. H.L.A. Hart ejemplifica estos diferentes sentidos de la siguiente manera:

Como capitán del barco, X era **responsable** por la seguridad de sus pasajeros y de la tripulación. Pero en su último viaje se emborrachó todas las noches y fue **responsable** de la pérdida del barco con todo su carga. Se rumoreaba que estaba loco, pero los médicos consideraron que era **responsable** por sus acciones. Durante todo el viaje se comportó muy **irresponsablemente** y varios incidentes en su carrera demostraron que él no era una persona **responsable**. Él siempre sostuvo que las excepcionales tormentas invernales eran las **responsables** de la pérdida del barco, pero en el proceso legal que se le siguió fue encontrado criminalmente **responsable** por su negligente conducta, y en otro proceso, civil, se le consideró legalmente responsable por la pérdida del barco y los bienes. Todavía está vivo y es moralmente **responsable** de las muertes de muchas mujeres y niños.³⁰

30 Han, H.L.A.: "Punishment and Responsibility", Oxford, Clarendon Press, 1970, p. 211. La traducción y el destacado son nuestros.

Hart distingue a lo menos cuatro diversos significados de la palabra 'responsabilidad'.³¹

1. Como obligación o función derivada de un cargo, relación, papel, etc. (role-responsibility). A esta responsabilidad se refiere Hart cuando dice que "(c)omo capitán del barco, X era responsable por la seguridad de sus pasajeros y de la tripulación." La palabra responsabilidad se usa en este sentido para designar aquellas obligaciones que tiene una persona en virtud de un determinado rol y que impliquen el manejo hábil de ciertas alternativas.
2. Como factor causal (causal-responsibility). Este tipo de responsabilidad se puede predicar tanto de las personas como de las cosas: la falta de lluvia fue 'responsable' de la pérdida de la cosecha.
3. Como capacidad o estado mental (capacity-responsibility). Un individuo es capaz, imputable o 'responsable' cuando tiene la posibilidad de dirigir sus actos y comprender el sentido moral de ellos. También se les dice irresponsables a las personas negligentes o poco diligentes.
4. Como punible o moralmente reprochable (liability-responsibility). En este sentido el concepto de responsabilidad se refiere a la posición en que se encuentra una persona a la cual el derecho imputa una sanción.

Muchas veces las personas que hablan sobre derecho suelen confundir estos significados de la palabra responsabilidad.

En este texto en cambio nos referiremos a la responsabilidad

31 En este punto estamos siguiendo a Nino: "Introducción al..." ,op, **cit** en nota 1, pp. 185ss. Cfr. Hart: "Punishment and ...", op. cit. en nota 30, pp. 212 a 230.

en el sentido específico de punibilidad, que es el mismo sentido que le da Hans Kelsen.

Kelsen desarrolla el concepto de responsabilidad entendido como punibilidad. El profesor austríaco distingue los conceptos de obligación jurídica y responsabilidad jurídica. El primero se relaciona con el hecho ilícito; el segundo, con la sanción. Dicho de otra manera, la obligación jurídica es la conducta contraria al hecho ilícito. Si el hecho ilícito es 'matar a otro', entonces la obligación jurídica es 'no matar a otro'; si el hecho ilícito es no pagar el IVA, la obligación jurídica consistirá en pagar el IVA. Supongamos que Juan no cumple con la obligación de pagar contribuciones por su casa, ha incurrido en un hecho ilícito. ¿Es Juan responsable por ello? Puede que sí o puede que no. Ello depende de quién sea la persona obligada a sufrir la sanción. Supongamos que Juan muere. En tal caso los responsables serán sus herederos. Es responsable aquél a quien el derecho imputa una determinada sanción, ya sea por un hecho propio o ajeno³². Desde el punto de vista del derecho no existe ninguna razón lógica para que el infractor del derecho y el responsable de cumplir la sanción sean una misma persona.

32 "(...) Un individuo se encuentra jurídicamente obligado a determinada conducta cuando su conducta contraria es condición de un acto coactivo (como sanción). Pero ese acto coactivo, esto es, la sanción como consecuencia de lo ilícito, puede dirigirse no contra el individuo obligado -es decir, el individuo cuyo comportamiento es condición del acto coactivo, contra el delincuente-, sino que puede dirigirse también contra otro individuo que se encuentre en alguna relación con el primero, determinada por el orden jurídico." Kelsen, H.: "Teoría Pura del Derecho" (1960), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, p. 133. En adelante, citado como "Teoría (1960)". "(...) El individuo responsable por delito ajeno, no es el sujeto de determinada conducta que el orden jurídico establezca como condición de la sanción; sólo es objeto de una conducta que el orden jurídico únicamente determina como consecuencia del acto coactivo de la sanción." *Id.*, p. 134.

C. Clasificaciones de la responsabilidad.

Kelsen clasifica la responsabilidad en directa o indirecta, según se responda por hecho propio o ajeno³³. La mayor parte de la legislación trabaja con responsabilidad directa, salvó algunas excepciones contempladas generalmente en el derecho civil o privado.³⁴

Kelsen también clasifica la responsabilidad en colectiva e individual³⁵. La primera es propia de los sistemas jurídicos primitivos, pero aún subsiste en numerosas instituciones tales como las sociedades de responsabilidad ilimitada y las sociedades de hecho.

Sin duda, la clasificación más importante que hace Kelsen es aquella que distingue entre responsabilidad intencional (subjctiva o culpable) y responsabilidad por el resultado (objetiva).³⁶

El problema de tener que determinar quién es jurídicamente responsable es consecuencia necesaria del hecho de que no exista una identidad necesaria entre el infractor de la norma y el sujeto responsable.

Supongamos que usted tiene 15 años y le saca el auto a su padre. Mientras se dirige feliz a una fiesta tiene la mala suerte de pasar un semáforo en rojo y chocarme.

En este caso no cabe duda que usted infringió la norma

33 Vid. nota 32.

34 Las personas que tienen a otras bajo su cuidado responden por los delitos de éstas. El dueño de cosas que causan daño es responsable de éste (si bien puede sostenerse que esta responsabilidad es directa, puesto que se admite la defensa de haberse hecho todo lo posible por evitar el daño). Los socios responden por los actos de la sociedad; esta responsabilidad puede ser limitada o ilimitada.

35 Kelsen, H.: "Teoría (1960)", op. cit. en nota 32, pp. 135s.

36 Id., pp. 136s.

jurídica, sin embargo, ¿es usted jurídicamente responsable por los daños que me causó? Evidente que no. Por ser Ud. menor de edad, el responsable será su padre. Es a esto a lo que nos referimos al decir que no existe identidad necesaria entre el infractor de la norma y el sujeto responsable.

Nuestro problema es cómo determinamos quién está obligado a pagarme los gastos del accidente. Dicho en otras palabras, debemos revisar cómo determinar a la persona jurídicamente responsable.

En estos temas se centra la discusión sobre los sistemas de responsabilidad que ahora trataremos.

D. Sistemas de responsabilidad.

Puede afirmarse no sólo que no existe una identidad necesaria entre infractor y responsable, sino que tampoco existe una fórmula única que nos permita afirmar siempre y para todo sistema jurídico quién es el sujeto responsable. Por el contrario existen diversos sistemas de responsabilidad que hacen recaer ésta en personas diferentes.

Lo segundo que se debe tener presente es que un mismo sistema jurídico puede contemplar diferentes sistemas de responsabilidad para distintos sectores del mismo. Por ejemplo, lo normal será que la responsabilidad penal difiera sustancialmente de la civil.

Un determinado sistema de responsabilidad surge de la combinación de elementos con diversas propiedades. Por ejemplo, el sistema de responsabilidad civil por culpa tiene, entre otras, las siguientes propiedades esenciales:

- Sólo es responsable quien causó un daño con dolo o culpa;

- Si el daño fue causado sin culpa, éste debe ser asumido por la **víctima**.³⁷

El sistema puede complementarse con seguros contra daños, seguros de responsabilidad³⁸, presunciones de culpabilidad, etc.

Este ejemplo nos sirve para ilustrar que sería imposible revisar todos los sistemas de responsabilidad imaginables; las combinaciones son múltiples. Nosotros nos ocuparemos de algunos de los más conocidos. Primero haremos un enfoque histórico de estos sistemas. Concluiremos que en la actualidad existe una tendencia a volver al sistema de responsabilidad objetiva. Después estudiaremos cuáles son las razones que explican el cuestionamiento del sistema de responsabilidad por culpa y la revalorización de la responsabilidad objetiva, para lo cual usaremos instrumentos analíticos elaborados por la escuela de análisis económico del derecho.

E. Evolución histórica de los sistemas de responsabilidad.

Roscoe Pound³⁹ reconoce cinco etapas por las cuales ha pasado la responsabilidad por daños y perjuicios.

La idea de responsabilidad, que implica reparar el daño o mal causado, hasta el siglo XVIII y el surgimiento del derecho moderno, se concebía como una responsabilidad objetiva de un grupo. Esto significa que la responsabilidad atendía a un vínculo objetivo entre

37 Supongamos que alguien choca mi automóvil. Yo voy a un tribunal y demando indemnización de daños. En el proceso no se logra acreditar culpa de quien chocó mi automóvil, por lo cual el tribunal lo absuelve. Si no tengo un seguro contra accidentes seré yo, la víctima, quien tendrá que asumir los gastos de reparación y sufrirá la desvalorización del automóvil.

38 El seguro de responsabilidad, a diferencia del seguro contra daños, no cubre a la víctima, sino que cubre a quien es condenado a indemnizar los daños.

39 Pound, Roscoe: "Justicia Conforme a Derecho", Ed. Letras S.A., México, 1965, pp. 9ss.

el daño (resultado) y su autor: el haber sido causa del daño. Lo importante era la causalidad.⁴⁰

Esto se explica primero por el sistema de la venganza. En este sistema la culpabilidad no es relevante. La venganza es una reacción emocional de quien sufre un daño (víctima). A la víctima no le interesan las razones que tuvo el ofensor para causarle un daño; sólo le importa encontrar al causante de la ofensa. Además, debido a la existencia de pequeños grupos muy cerrados, lo normal será que la venganza se dirija contra cualquier miembro del grupo al que pertenece el ofensor. Por ello esta responsabilidad era colectiva.

Hay otra razón por la cual en el derecho de la antigüedad no interesaba determinar la existencia de culpa. La razón es muy simple: no era posible determinar la existencia de culpa. La culpa es un elemento subjetivo complejo extremadamente difícil de probar. Sólo cuando se desarrolló un aparato procesal complejo fue posible probar la culpa. Parece no existir otra forma fuera del proceso jurisdiccional moderno donde sea posible establecer culpas.

Con el desarrollo de la idea de libertad y del aparato procesal moderno el fundamento de la responsabilidad cambió. Se consideró que no podía castigarse sin que hubiese intención (dolo) o culpa. Surge la idea de "causalidad culpable"⁴¹. El vínculo que debe existir entre el daño ya no es sólo objetivo, sino también subjetivo⁴². A

40 Id., p. 9.

4 1 Ibid.

42 Los penalistas han desarrollado minuciosamente la teoría de la culpabilidad como uno de los elementos del delito. No hay delito si la persona no es culpable. La culpabilidad está comprendida por tres elementos: imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta. Al Respecto ver Welzei, Hans: "Derecho Penal Alemán", Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 3* ed. española, 1987.

nadie se le puede castigar sino en cuanto sea culpable (culpa o dolo). Que una persona sea culpable significa que se le pueda reprochar por su acción. El derecho se hace la siguiente pregunta, "¿Era el acto censurable?"⁴³

En lo que respecta a la responsabilidad criminal, el derecho penal liberal se comprometió con la idea de causalidad culpable. Para que una conducta sea punible, debe ser sometida a dos juicios. El primero es el juicio de antijuridicidad. El derecho se pregunta si la conducta en cuestión atenta contra el sistema jurídico. Si la conducta resulta ser antijurídica debemos preguntarnos si se le puede reprochar a su autor el haberla cometido. Robar un pedazo de pan es antijurídico (contrario a derecho). Sin embargo, si el que roba el pan es un niño de 6 años, esta acción no le es jurídicamente reprochable.

Pero otras áreas del derecho siguen evolucionando. Surge por ejemplo la idea de seguridad social, que fundamenta una vuelta a la responsabilidad sin culpa. Esta responsabilidad se aplica a personas que tienen cosas o usan medios que pueden causar daños. La responsabilidad objetiva obliga a estas personas a ser más cuidadosas de lo que serían si sólo respondieran por su actuar culpable. Es decir, la responsabilidad sin culpa se fundamenta en la idea de que producirá prevención de daños futuros, garantizando así una mayor seguridad social. Este retorno a la responsabilidad sin culpa ha sido gradual. En un principio comprendía unas pocas excepciones a la responsabilidad por culpa. Actualmente su desarrollo es importante en varias áreas del derecho.

La siguiente idea de responsabilidad **que surge es aquella según la cual las pérdidas deben ser trasladadas al público (disper-**

43 Pound, Roscoe: "Justicia ...", op. cit. en nota 39, p. 9.

sión de las pérdidas). El fundamento que hay detrás de esta idea es que en la civilización moderna hay muchas actividades con un alto riesgo de que produzcan daños. Dado que todos gozan de la civilización, todos deben soportar las pérdidas que ésta produce. Como consecuencia de ello, la responsabilidad debe dirigirse hacia quien tenga más posibilidades de traspasarla hacia el público. Tal es el caso de las compañías de servicios públicos. El traslado también puede hacerse por vía del incremento de los precios de productos.

Para ilustrar lo anterior pensemos en el automóvil. Supongamos que usted tiene un automóvil y que va conduciendo diligentemente. Desgraciadamente, llega a una esquina con un semáforo que da verde tanto a peatones como a automovilistas. Debido a este desperfecto usted me atrepella quebrándome varios huesos. Bajo el sistema de responsabilidad por culpa los costos los tendría que asumir yo, puesto que usted manejaba diligentemente. Pero si tenemos un sistema de responsabilidad objetiva con fundamento en la seguridad social podría decirse a usted: "Nadie lo obligó a conducir un automóvil. Si usted se involucró en una actividad riesgosa debe asumir las consecuencias. Es cierto que usted no es culpable del desperfecto del semáforo, pero también es cierto que si hubiera optado por caminar el accidente no se habría producido."

¿Es eficiente esta solución? Seguramente no. Si hacemos responsables de todos los accidentes, incluso los debidos a semáforos malos, a los automovilistas involucrados en éstos, lo probable será que gran cantidad de gente opte por caminar. Sin embargo, puede que socialmente no sea adecuado que se produzca este masivo cambio de actividad puesto que los automóviles benefician a todos, incluso a los que no tienen uno. Es por eso que se prefiere trasladar las pérdidas al público. Así resulta que todos pagan por los daños que produce una actividad que beneficia a todos.

La última idea en torno a la responsabilidades la de la "mayor capacidad para soportar la pérdida"⁴⁴. Se ha llegado así a un concepto de responsabilidad ajeno a contenido moral. La responsabilidad responde a la necesidad de que alguien soporte las pérdidas que se producen. Los criterios para hacer la distribución de las pérdidas han variado históricamente y podrían seguir variando.

Para explicarla revalorización de la responsabilidad objetiva acudiremos a diversos conceptos desarrollados por la escuela de análisis económico del derecho, para lo cual presentaremos esta escuela en el apartado que sigue.

F. El análisis económico del derecho.

Para discutir sobre los diferentes sistemas de responsabilidad es muy útil usar herramientas de la ciencia económica.

En los Estados Unidos se ha venido desarrollando desde principios de la década de los '60 una importante escuela jurídica que aplica el análisis económico al derecho. Se le conoce como "Law & Economics*" o como 'Economic Analysis of Law'.

Al igual que la ciencia económica, el análisis económico del derecho propone ciertas hipótesis que le permiten estudiar su objeto. ¿Qué razón existe para que se pueda aplicar la ciencia económica al derecho? Solamente será posible hacer esta aplicación si la primera hipótesis de la economía es compartida por el derecho. Esta primera hipótesis puede formularse así: los sujetos se comportan racionalmente en su actuar económico.

44 Ibid. Cfr. también Calabresi, Guido: "El Coste de los Accidentes", Ed. Ariel, 1* ed. castellana, Barcelona, 1984, pp. 38s. Calabresi desarrolla la idea de la buena bolsa (deep pocket), que se refiere a la "imputación de las pérdidas a aquellas categorías de sujetos o de actividades que pueden pagar con mayor facilidad (...)".

No debe extrañar entonces que los juristas de la escuela de análisis económico hayan extendido esta hipótesis al comportamiento humano en general. Ellos parten de la suposición que los individuos son maximizadores racionales de su satisfacción en todos los ámbitos de su actuar. No existiría razón alguna para que esto fuera efectivo sólo en el ámbito económico⁴⁵. Esta hipótesis tiene una honda tradición en el derecho que se remonta a los escritos de los utilitaristas Jeremy Bentham y John Austin.

Un hito dentro de esta corriente de pensamiento es el artículo publicado por Guido Calabresi y A. Douglas Melamed en la "Harvard Law Review", "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral"⁴⁶. En las siguientes líneas presentamos lo esencial de este trabajo.

Calabresi y Melamed sostienen que toda sociedad enfrenta dos problemas básicos en relación a los derechos de las personas. El primero se refiere a la forma de asignar la titularidad de un determinado derecho. Es clásico el ejemplo de la contaminación⁴⁷: el Estado tiene la opción de dar la titularidad de un derecho a gozar de aire puro o de dar la titularidad de un derecho a contaminar. Lo interesante a considerar aquí es que la asignación de derecho no es indiferente desde el punto de vista de los costo y beneficios sociales.

45 Posner, Richard A.: "The Economics of Justice" (1981), 2* ed, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts y Londres, 1983, pp. 1s.

46 Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas: "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", en Harvard Law Review, Vol. 85, April 1972, pp. 1089 a 1128.

47 Propuesto por Calabresi y Melamed, "Property Rules...", op. cit en nota 46, y también por Polinsky, A. Mitchell: "Introducción al Análisis Económico del Derecho", Ed. Ariel, 1* ed. castellana, 1985. Esta obra es muy recomendable para los interesados en iniciarse en el análisis económico del derecho.

El segundo problema es cómo proteger esta titularidad. Las posibilidades que el Estado tiene son tres: reglas de propiedad (**property rules**), reglas de responsabilidad (**liability rules**) o reglas de inalienabilidad (**inalienability rules**).

Al enfrentar estos problemas el Estado debe tener en consideración dos factores. Primero, la solución adoptada debe ser la más eficiente económicamente. Segundo, entre dos soluciones igualmente eficientes se debe preferir la que es más justa en cuanto a la distribución del bienestar.⁴⁸

Volvamos al ejemplo de la contaminación. Supongamos que el Estado otorga a las industrias la titularidad de un derecho a contaminar protegido por una **regla de propiedad**. Como resultado del proceso productivo la fábrica de jabones 'Sapito' contamina el aire causando daños a sus vecinos. Como el derecho a contaminar está protegido por una regla de propiedad, los vecinos y la fábrica pueden transar y llegar a un acuerdo en el cual la industria acepta reducir su producción a cambio del pago de una suma de dinero por parte de los vecinos. En situaciones de mercado perfecto y de costos de transacción cero, el uso de una regla de propiedad, cualquiera sea la titularidad asignada (derecho a contaminar o derecho a gozar de aire puro), lleva necesariamente a la solución más eficiente.⁴⁹

Dado que lo normal es que existan costos de transacción que

48 En ciertas ocasiones las consideraciones de justicia distributiva pueden pesar más que las de eficiencia económica, pero no es lo normal.

49 Este es el famoso teorema de Coase. El supuesto para que el teorema funcione es que los costos de transacción sean cero, es decir, que las personas en conflicto de intereses (la fábrica y los vecinos) puedan reunirse, llegar a acuerdos e implementar estos acuerdos sin ningún costo. Ésta es una hipótesis simplificadora que muy pocas veces se da en la realidad, lo normal es que haya costos de transacción. Al existir costos de transacción ya no será indiferente la titularidad asignada. Para una presentación breve y clara del teorema de Coase, véase Polinsky: "Introducción ...", op. cit. en nota 47, pp. 24ss.

no permitan alcanzar la solución más eficiente, el Estado puede preferir proteger la titularidad mediante una **regla de responsabilidad**. En este caso es la autoridad pública la que fija el valor en que la titularidad se puede transar. En el ejemplo de la industria, el Estado puede darle a la industria un derecho a contaminar, pero la hace responsable por los daños causados a los vecinos (daños que son evaluados por la autoridad pública, por ej. un tribunal de justicia). Si los daños calculados corresponden a los daños reales, se alcanzará la solución más eficiente.

Finalmente, el Estado puede, basado en la eficiencia o en metas distributivas, optar por reglas de inalienabilidad. La regla de inalienabilidad representa una mayor intervención estatal que las reglas de propiedad (en las cuales no hay intervención) y las reglas de responsabilidad. La regla de inalienabilidad regula en forma estricta o prohíbe completamente la transacción sobre una titularidad. Los casos en que se recurre a la regla de propiedad por razones de eficiencia son los siguientes: grandes externalidades, paternalismo hacia uno mismo y verdadero paternalismo. Veamos el caso de las externalidades. Una externalidad es un costo que afecta a terceros ajenos a la transacción⁵⁰. En el ejemplo propuesto por Calabresi y Melamed, Taney vende su casa a un contaminador. Como resultado de esta venta se desvaloriza la propiedad de Marshall, su vecino⁵¹.

50 Los economistas hablan de externalidades positivas y de externalidades negativas. Una externalidad positiva se produce, por ejemplo, cuando una persona se vacuna contra una enfermedad contagiosa. El hecho de que esta persona se vacune beneficia a muchas personas, porque se reducen sus posibilidades de ser contagiados. Estamos en presencia de una externalidad, puesto que estos terceros beneficiados no asumen costo alguno a cambio del beneficio que reciben. Calabresi y Melamed se refieren exclusivamente a las externalidades negativas.

51 Esta situación constituye una externalidad, puesto la transacción entre Taney y el contaminador produce un costo para Marshall, un tercero a esta transacción.

Con costos de transacción cero, sucedería que Marshall le pagaría una cantidad de dinero a Taney para que no vendiera su casa al contaminador⁵². Pero el problema no es tan simple. Lo normal será que Taney tenga muchos vecinos iguales a Marshall que se verían perjudicados por la venta al contaminador. Ésto hace subir enormemente los costos de transacción⁵³. Estos costos pueden llegar a ser tan altos que no sea posible evitar la venta al contaminador, produciéndose un resultado ineficiente. Esto podría solucionarse asignando a los vecinos la titularidad, protegida por una regla de responsabilidad, de un derecho a que las propiedades no sean vendidas a contaminadores. Si se adoptase esta solución, Taney o el contaminador tendrían que pagar por los daños causados a sus vecinos. Si las externalidades son muy significativas, la indemnización a pagar será tan alta que la venta de la propiedad al contaminador dejará de ser un negocio conveniente. Taney preferirá vender su casa a alguien que no contamine y así evitar pagar las indemnizaciones. Dé este modo se alcanza la solución eficiente. Sin embargo, para implementar este sistema han debido invertirse grandes sumas de dinero en costos administrativos. Recordemos que la regla de responsabilidad necesita un mecanismo de determinación de la indemnización por parte de la autoridad. Tal mecanismo es costoso. Por eso, cuando las ex-

52 Marshall sólo estaría dispuesto a pagar una cantidad de dinero igual o menor al monto de la desvalorización de su propiedad en caso de que Taney vendiera la suya al vecino. Si esta cantidad no fuere suficiente para disuadir a Taney de esta transacción (dado que otro comprador cualquiera distinto del contaminador le pagaría un precio que, sumado a lo que Marshall daría para disuadir a Taney, sería menor que el ofrecido por el contaminador), la transacción se llevará a cabo a pesar del ofrecimiento de Marshall. Esto no es contradictorio con el teorema de Coase. En efecto, en tal situación, la solución más eficiente será la producida por la venta de la propiedad al contaminador.

53 Gran parte de estos costos consisten en identificar a todos los vecinos perjudicados, en reunirlos y en ponerlos de acuerdo.

ternalidades son tan altas que harían imposible las transacciones, resulta más económico prohibir directamente dicha transacción.

Las externalidades pueden determinar la adopción de una regla de inalienabilidad por otra razón. Muchas de estas externalidades son muy difíciles de medir en términos monetarios. El caso paradigmático es el de los moralismos. En nuestro sistema jurídico no es posible venderse como esclavo. Ello es así porque la mayoría piensa que la esclavitud es mala. Las personas que así piensan sufren cuando ven a un esclavo; Este sufrimiento no puede ser evaluado de forma que no resulte arbitraria, por lo que no cabe protegerla libertad con una regla de responsabilidad. Esto explica que en este caso se haya optado por la inalienabilidad de la libertad.

El paternalismo es aquella situación en la cual se estima que la solución más eficiente no se alcanza cuando la decisión la toma la persona interesada, sino cuando la toma un tercero considerándolos intereses de la primera. Veamos un ejemplo. Los contratos celebrados por niños de 10 años son nulos. ¿Por qué un niño no puede celebrar contratos válidos? La respuesta será del siguiente tenor: un niño de 10 años no sabe lo que le conviene. Situaciones de paternalismo como ésta justifican la elección de reglas de inalienabilidad.

Hay una segunda forma de paternalismo que en realidad no es tal. Nos referimos al paternalismo hacia uno mismo. En este caso, una persona se autoimpone una regla inalienable que le limita su libertad de elección en el futuro. Por ejemplo, un parlamento dicta una constitución que limita las propias atribuciones de este órgano. Este no es un caso de paternalismo propiamente tal, pues no se ha abandonado la idea de que cada uno sabe lo que le conviene. Lo que sucede es que reemplaza una visión de corto plazo por una de largo plazo. Una persona puede limitar su acción futura, pues sabe que, aunque en el corto plazo esto puede resultarle doloroso, a la larga le

reportará un beneficio. El paternalismo hacia uno mismo también constituye una razón para optar por las reglas de inalienabilidad.

Por último, el Estado puede optar por una regla de inalienabilidad por razones de distribución de la riqueza. Así, puede destinarse un parque a la diversión de la comunidad prohibiendo la venta de éste para fines diversos. Esto hace más ricas a las personas que gustan de los parques y que no tienen uno privado.

Calabresi y Melamed terminan su trabajo haciendo una aplicación al derecho criminal del marco teórico allí desarrollado. Nosotros hemos preferido presentar dicha aplicación al analizar el concepto jurídico de sanción.⁵⁴

Nuestro objetivo es dar una visión global de los problemas jurídicos y para eso hemos presentado esta corriente de pensamiento. Ahora intentaremos criticar algunos de sus fundamentos.

Lo primero que debemos preguntamos es para qué sirve el análisis económico del derecho. Si no encontramos razones que superen el rechazo que a los abogados produce enfrentarse con conceptos y problemas económicos, será mejor que desechemos esta forma de análisis. Si aceptamos que el hombre actúa racionalmente en todos los ámbitos de su actividad, estamos admitiendo que el derecho está subordinado a la economía. Veamos un ejemplo. Juan tiene un terreno apropiado para construir edificios de altura en un barrio residencial. Se dicta una ley que da un derecho a construir edificios de diez pisos en ese barrio. Como consecuencia de esta nueva ley el terreno de Juan aumenta de valor en \$ 3 millones de pesos. Supongamos que Juan tiene tres vecinos, cada uno de los cuales valora su derecho a la privacidad y a la luz en \$ 1,5 millones de pesos. Esto significa que los tres vecinos podrían juntarse y

54 Vid. infra, pp. 125s.

ofrecerle una suma entre \$ 3 y \$ 4,5 millones de pesos a Juan con tal de que éste no venda su edificio a ninguna empresa constructora. Si pensamos que la mayor parte de este barrio valora en la misma magnitud su privacidad y luminosidad, tendremos como muy probable que no se construya ningún edificio. Esto nos demuestra que la norma jurídica no provoca necesariamente la conducta que el legislador ha pretendido. El análisis económico del derecho nos ayuda a determinar cuáles serán los verdaderos efectos de una determinada norma jurídica. Para esto sirve el análisis económico del derecho.

Asimismo, tradicionalmente se ha estudiado el derecho desde un punto de vista dogmático, desde uno valórico y desde uno sociológico. El análisis económico del derecho nos permite relacionar al menos dos de estos enfoques, el dogmático y el sociológico, y también nos permite vincular el análisis jurídico con el análisis de los valores involucrados en las normas jurídicas.

G. Responsabilidad por culpa.

Recapitulando, podemos decir que la tendencia a revalorizar la responsabilidad objetiva es consecuencia de la complejidad de la vida moderna y de la dificultad de establecer culpas. Estamos rodeados de actividades riesgosas, potencialmente dañinas, que son beneficiosas para la sociedad. Esto hace que el sistema de responsabilidad subjetiva sea en muchos casos ineficiente.

Habíamos dicho que el sistema de responsabilidad por culpa no pudo desarrollarse sino desde que existió un complejo aparato procesal. Hoy en día es este mismo aparato el que permite determinar culpas. Sin embargo, el costo de esta determinación es muy alto. Dicho de otra forma, el costo administrativo del sistema de respon-

sabilidad por culpa es altísimo. Debemos preguntarnos si este costo se justifica.

Guido Calabresi⁵⁵ dice que un buen sistema de responsabilidad civil debe reducir al máximo tres tipos de costos: primarios, secundarios y terciarios. **Costos primarios** son aquellos costos de evitar los accidentes. Los costos en construir autos a prueba de accidentes, carreteras fantásticas, señalización adecuada, etc., son todos ejemplos de costos primarios. **Costos secundarios** son los costos que a la sociedad acarrear los accidentes una vez que éstos ya han ocurrido; el pago de una indemnización es un típico ejemplo de un mecanismo para transferir un costo secundario. **Costos terciarios** son los costos administrativos del sistema. Ya nos hemos referido a los costos terciarios del sistema de culpa. Ellos se justificarían en la medida en que el sistema reduzca los otros costos.

Centraremos nuestra discusión en el problema de los accidentes automovilísticos. Lo hacemos así porque el problema de los accidentes automovilísticos es paradigmático dentro de la sociedad contemporánea. Además, es un tema que ha sido fuertemente debatido en los Estados Unidos y existen importantes estudios al respecto. Sin embargo, no debe olvidarse que los problemas de responsabilidad civil extracontractual exceden con mucho a los accidentes automovilísticos.

Los defensores del sistema de culpa argumentan a su favor que éste es un muy buen sistema para prevenir accidentes⁵⁶. Lo normal será que las personas eviten incurrir en culpa y así librarse de una eventual condena a pagar daños. De esta forma se evitarían

55 Calabresi: "El Costo p. cit. en nota 44, pp. 44ss.

56 Vid. Posner, Richard A.: "Economic Analysis of Law" (1973), Little, Brown and Company, 3* ed., Boston y Toronto, pp. 186ss.

muchos accidentes. Dicho de otra forma: si bien los costos terciarios del sistema de culpa son muy altos, sus costos primarios son muy bajos.

Bajo esta afirmación hay varias hipótesis implícitas que conviene revisar. La primera hipótesis consiste en suponer que la mayor parte de los accidentes se produce por culpa de alguno de los sujetos de los involucrados en él. Sólo así se explicaría que una mayor diligencia disminuyera de modo importante el número de accidentes. Es cierto que muchos accidentes se podrían evitar con una mayor diligencia, pero probablemente son menos de los que los defensores del sistema de culpa suponen. La relación causal entre la posibilidad de que se produzcan accidentes y la culpa no es tan clara. El problema causal en las complejas actividades modernas es mucho más complejo que lo que sugiere esta hipótesis. Gran parte de los accidentes automovilísticos no se deben a falla humana, sino a defectos técnicos o a otras causas extrañas.

Otra hipótesis implícita es que el criterio de culpa adoptado por el derecho corresponde a la solución eficiente. Veamos un ejemplo.

Tabla N^o 2

Velocidad Kms7hrs.	Beneficio Conductor	Daños Perjudicado	Utilidad Total
40	100	80	20
70	130	100	30
100	170	120	50
130	200	170	30

Es razonable pensar que mientras más rápido se conduce un automóvil, más beneficios produce a su conductor. También parece lógico que a mayor velocidad es mayor el número de accidentes probables. Para simplificar nuestro ejemplo supongamos que en cada accidente hay sólo dos personas involucradas en la distribución de costos y beneficios. Sólo el conductor recibe beneficios del manejo y sólo el perjudicado por el accidente sufre los daños. En el siguiente cuadro⁵⁷ (ver Tabla N^o 2) presentamos una tabla que indica los beneficios que para el conductor reporta cada velocidad, el promedio de los daños por accidentes a una determinada velocidad, y la utilidad total a cada velocidad.

Tenemos que la conducción eficiente se produce a los 100 Kms/hr. En este caso la utilidad total es de 50. La elección de la velocidad depende del conductor. Es evidente que éste tenderá a manejar a 130 Kms/hr., pues su beneficio personal aumenta a esta velocidad. El sistema jurídico tiene que conseguir aumentar los costos que para el conductor significa ubicarse en este nivel, de manera que opte por mantenerse en los 100 Kms/hr. El sistema de responsabilidad lograría este resultado si imputara al conductor los costos de los accidentes producidos a más de 100 Kms/hr. Esto significa que debería presumirse de derecho que todo conductor que maneja a más de 100 Kms/hr. incurre en culpa. Es decir, la culpa debe establecerse cada vez que se sobrepasa el nivel de actividad eficiente.

Lo anterior significa que para que el sistema de culpa sea eficiente en la reducción de accidentes, debe incorporarse un elemento objetivo. Al establecer que al conducir sobre 100 Kms/hr. se incurre en culpa, estamos incorporando un criterio objetivo. No nos

57 Basado en el ejemplo propuesto por Polinsky: "Introducción...", op. cit. en nota 47, p. 54.

interesa la diligencia que un determinado conductor pone en su conducción, sólo nos interesa la velocidad que lleva.

Otro problema lo presentan los estándares jurídicos a base de los cuales se construye el sistema de responsabilidad por culpa. Por ejemplo, el modelo del buen padre de familia, típico de nuestro sistema de culpa, no contiene un criterio objetivo. A pesar de consistir en un modelo ideal -buen padre de familia- no permite que se compare una conducta concreta con dicho modelo. ¿Cómo sé cuál sería la velocidad de conducción de un buen padre de familia? Un sujeto que va a 120 Kms/hr., ¿se comporta como un buen padre de familia? Un modelo como el del buen padre de familia no es adecuado a la reducción de accidentes que en gran medida se deban a causas diferentes de la negligencia.

El problema podría solucionarse si los tribunales de justicia llenaran el modelo con un criterio objetivo. En nuestro ejemplo, la solución sería que los tribunales determinaran que conducir sobre los 100 Kms/hr. no corresponde a un buen padre de familia.

Puede verse con facilidad, sin embargo, los gigantescos costos de información que tal solución precisa. ¿Cómo logramos que el juez sepa que la solución eficiente se da en los 100 Kms/hr.? Este es un problema al que volveremos al hablar del proceso.

Entonces, aunque provisionalmente; podríamos concluir que el sistema de culpa sólo sería eficiente en la reducción de accidentes siempre que éstos fueran, fundamentalmente, efecto de la negligencia. Es probable que muchas actividades deban un alto número de accidentes a la negligencia de sus actores. Sin embargo, gran parte de las actividades modernas son altamente riesgosas y los accidentes no se deben en número relevante a la conducta negligente de quienes están involucrados en ellas.

H. Responsabilidad por culpa y seguro.

No puede hablarse de sistemas de responsabilidad sin referirse a los seguros. Éstos modifican de manera importante cualquier sistema de responsabilidad.

Los seguros buscan reducir los costos secundarios de los accidentes mediante dos mecanismos: **dispersión temporal** y **dispersión personal**. El costo de un determinado accidente lo pagan, durante un largo plazo, todas las personas aseguradas. Se evita así la concentración de costos, que puede tener un ineficiente efecto amplificador.

En lo que se refiere a los automóviles, existen fundamentalmente dos tipos de seguros: personales y de responsabilidad. Los seguros personales cubren los daños sufridos por la víctima de un accidente; los de responsabilidad cubren los pagos que debe hacer a la víctima un conductor condenado culpable.

El seguro personal tiene diversas variantes. Puede combinarse con sistemas de responsabilidad por culpa, sistemas de responsabilidad objetiva, o variantes de éstos. Nuestro interés es revisar el sistema de responsabilidad por culpa y, por lo tanto, nos imaginaremos un seguro personal combinado con dicho sistema.

Un sistema de responsabilidad por culpa impone básicamente dos costos a la persona que opta por incurrir en una conducta negligente. El primer costo consiste en la posibilidad de ser condenado culpable en caso de accidente. El segundo, es el costo de asumir los daños personales que un eventual accidente acarrearían para el conductor. El seguro personal reduce sustancialmente estos últimos costos. Ellos ya no consistirán en enormes gastos médicos y mecánicos, sino sólo en el incremento que experimente su prima. Una persona consciente que los gastos médicos y de reparación del automóvil

están cubiertos por su seguro, tenderá a ser menos cuidadoso en su conducta. De esta forma resulta que la meta de reducir los accidentes, la principal meta del sistema de culpa según sus defensores, resulta menoscabada al incorporar el seguro personal.

Además, el seguro personal presenta otros problemas⁵⁸. Las compañías de seguros cobrarán primas más altas a quienes tengan un mayor costo esperado por accidentes. Es decir, será más cara la prima para una familia grande que para un joven solitario, puesto que los costos médicos son mucho mayores cuando hay cinco heridos que cuando hay uno solo. Además, los costos médicos de la gente joven son más bajos porque éstos se recuperan rápido. Por otro lado, el conductor de un automóvil-tanque tendrá que pagar una prima más baja que el conductor de un automóvil-cáscara de huevo. Luego, tenemos que el seguro personal encarece el ingreso a la actividad a los agentes menos relevantes en la producción de accidentes: las familias grandes con automóviles frágiles. Y abarata el ingreso a los agentes más peligrosos: jóvenes con automóviles-tanque.

El seguro de responsabilidad, al igual que el seguro personal, también menoscaba la meta de reducir el costo primario. Ello porque hace desaparecer la primera componente del costo de conducir negligentemente -la posibilidad de ser condenado a pagar los daños ocasionados a un tercero. El costo del accidente también se reduce en este caso al incremento en el precio experimentado en la prima del asegurado. Sin embargo, el seguro de responsabilidad no presenta los otros problemas que sí acarrea el seguro personal.

Esta pérdida del poder preventivo del sistema por culpa cuando le incorporamos seguro tiene como contrapartida positiva una reducción en los costos secundarios de los accidentes. Sin embargo, para analizar la situación de costos primarios y secunda-

58 Seguimos a Calabresi: "El Coste ...", op. cit. en nota 44, p. 28.

nos en el sistema de culpa con seguro, deben estudiarse otras características del seguro en cuestión.

En efecto, es bueno tener presente que las compañías de seguros forman diferentes categorías de asegurados según cuál sea la probabilidad de que éstos se vean involucrados en un accidente que caiga bajo la cobertura del seguro. Si la información fuera perfecta, existiría una prima diferente para cada conductor. Supongamos que exista un computador central con toda la información relevante de cada conductor. A la compañía de seguros le bastará ponderar todos los factores para calcular la probabilidad de que una determinada persona incurra en un accidente. En base a esta probabilidad la compañía fijará la prima. En este caso en que cada conductor tiene una prima a la medida, el seguro dejará de ser un sistema de dispersión personal y sólo será un sistema de dispersión temporal; será algo así como una cuenta de ahorro para cuando ocurra el accidente que debe ocurrir. La consecuencia de ello es que mientras más peligroso sea el conductor, más cara le saldrá la prima. Así, el sistema de culpa recuperará algo de su poder preventivo. Sin embargo, esto se logra a costa de aumentar los costos secundarios (pues ya no existe dispersión personal).

Por el contrario, si la compañía de seguros no tiene información alguna sobre sus conductores, cobrará la misma prima a todos ellos. Así se logra una importante dispersión tanto personal como temporal. La contrapartida de ello es que se pierde totalmente el poder preventivo del sistema, encareciendo dramáticamente los costos primarios.

El sistema de culpa combinado con el seguro de responsabilidad no puede disminuir de forma satisfactoria los costos primarios y los costos secundarios a la vez. La reducción de unos implica el aumento de los otros.

I. Conclusión.

A modo de conclusión podemos decir lo siguiente: hemos visto que el sistema de culpa tiene altos costos terciarios. Dijimos que estos se justificarían en la medida en que redujera en forma importante los costos primarios y secundarios. Sin embargo, este sistema no logra reducir estos dos costos de modo satisfactorio.

La última defensa que podría esgrimirse en favor del sistema de culpa es que este es el sistema de responsabilidad más justo que se conoce. Es justo que pague quien causó un daño con culpa.

A esta afirmación se le pueden hacer a lo menos dos objeciones. Primero, ¿quién le paga a víctima cuando nadie tuvo la culpa del accidente? ¿Es justo que los costos tengan que ser asumidos por ella? La segunda objeción es más amplia. Ella se refiere al hecho de que en el mundo moderno, en que las actividades riesgosas son pan de todos los días, el sistema de culpa parece más un sistema que busca chivos expiatorios y no uno que solucione el problema de reducir los costos de los accidentes con justicia.

El desprestigio del sistema de culpa se relaciona fuertemente con el desprestigio del proceso judicial como mecanismo eficiente para determinar la responsabilidad. Hemos dicho que los costos administrativos del sistema de responsabilidad por culpa son muy altos. La culpa, en este caso, debe determinarse en un proceso judicial que es demasiado costoso.

Esta situación nos lleva necesariamente a la idea que debemos revisar los fundamentos en los cuales se apoyan los sistemas de responsabilidad. En todo caso, el problema no se agota aquí, porque tanto o más importante que la determinación de la responsabilidad es la fijación de la consecuencia o sanción que debe seguirse necesariamente de ésta. Por eso, en las líneas que siguen, estudiaremos

el concepto de sanción y la justificación de ésta. Ahora bien, después de analizar el concepto jurídico de sanción, al tratar el concepto de proceso judicial, volveremos a estudiar el problema de los costos del derecho.

V. Concepto jurídico de consecuencia o sanción

A. Presentación.

Tal como lo habíamos mencionado, la primera sanción conocida por el hombre fue la venganza. Corrientemente se sostiene que la venganza conduce a un aniquilamiento de la sociedad. Ello se debería a la imposibilidad de que mediante la venganza se solucionen los conflictos sociales de manera definitiva; por el contrario, la venganza tiende a multiplicar estos conflictos.

Contra esta afirmación, y aunque no compartimos sus argumentos, Richard Posner dice lo siguiente:

En un sistema sin instituciones jurídicas es, por definición, imposible hacer un compromiso jurídicamente reforzado. El compromiso tiene que venir de alguna otra parte, de reacciones reflejas culturales o instintivas hacia la agresión. Se puede ver cómo, en la larga prehistoria de la especie humana, los hombres dotados con un instinto de venganza tienden a ser más exitosos que otros en la lucha por sobrevivir, y luego, cómo el deseo de tomar venganza por perjuicios reales o imaginados, sin calcular los beneficios netos de la venganza en el momento en que ésta es tomada, podría haber venido a formar parte del programa genético humano. Y las sociedades que cultivaron un sentido del honor -añadiendo así un factor cultural al genético- pudieron, en la era anterior a aquella en que las instituciones jurídicas emergieron, tener mejor éxito en mantener la seguridad interior y exterior que las sociedades que alentaban a sus miembros a poner la otra mejilla.⁵⁹

59 Posner, R.: "Law...", op. cit en nota 28, p. 28.

Sin embargo, Posner acepta que la venganza es un método para conservar el orden de difícil mantención. Esto según Posner por las siguientes razones:⁶⁰

1. No permite especialización de la mano de obra. La persona que toma justicia por sus manos tiene que cumplir roles de investigador, juez, verdugo, etc.
2. La venganza hace que la cooperación a gran escala sea muy difícil. Esto es así porque en el sistema de venganza el honor es un valor muy importante. El sentido del honor es un factor que aumenta el costo de agresión. Una persona que tiene en alto su honor le está diciendo a los demás: 'No ofendas mi honor, porque yo lo vengaré'. Es evidente que esta forma de infundir respeto no funciona si la persona no demuestra que es capaz de valerse por sí misma. Así se explica que la cooperación a gran escala se haga difícil.
3. La venganza impide la construcción de naciones. Si bien dijimos que se dificulta la cooperación a gran escala, no sucede de igual forma a pequeña escala. Por el contrario, la venganza tiende a que se formen grupos pequeños con un alto grado de lealtad. Esto también tiene una explicación. Si no fuera así, la venganza sería ineficiente para disuadir de ataques contra la vida: ¿cómo se vengaría el asesinado sino a través de sus familiares?
4. "Los actos de venganza tienden a ser demasiado frecuentes y demasiado salvajes."⁶¹ Esto se debe a dos razones: 1, la venganza es una reacción emocional y, 2, el vengador es juez en su propia causa.

60 Id.,pp. 29ss.

61 Ibid.

5. La venganza crea contiendas entre grupos familiares que tienden a ser más destructivas que la agresión original. Esto sucede porque la persona que sufre la venganza puede estimar que no era merecedor de ésta. Además, puede que la venganza no se dirija contra el agresor original, sino contra algún miembro de su grupo. Esto tendrá como efecto el crear el deseo de vengar a este tercero.
6. También puede suceder que el castigo, en vez de ser exagerado, sea demasiado pequeño en relación a la agresión. El deseo de venganza surge del odio o rabia producidos por la agresión. Generalmente sucede que estos sentimientos son muy intensos en un primer momento y se aplacan rápidamente. El agresor que logra eludir la venganza en un primer momento tiene altas probabilidades de quedar impune.
7. La venganza puede crear contiendas intergeneracionales. Si el agresor logra escapar al castigo, es probable que los descendientes de la víctima sigan buscando vengar a su antecesor en la persona del agresor o sus descendientes. Sin embargo, hay algunos crímenes que no se pueden castigar en el sistema de venganza. Sucede así en los crímenes entre los miembros de un mismo grupo. Así, el caso en que un hijo mata a su padre. El hijo es el vengador natural del padre, pero como él mismo es el asesino, no habrá quien lo vengue.
8. "Un sistema de justicia basado en la venganza es crudo desde un punto de vista moral (...)"⁶² En la venganza no hay un sistema que permita distinguir entre ofensas culpables y justificables. La responsabilidad tiende a ser objetiva (tanto en asuntos civiles como criminales), y por último,

62 Ibid.

9. Para que la venganza funcione como mecanismo preventivo deben en cierta forma invertirse las tendencias naturales de víctimas y agresores. Las víctimas tienen que estar dispuestas a vejigarse cualquiera sea el costo de la venganza; es decir, en ciertas ocasiones deben actuar irracionalmente. Por el contrario, el agresor debe hacer un cálculo racional de los costos de su agresión.

Ilustremos esto con un ejemplo. Goliat es un hombre rico y poderoso que vive en una fortaleza muy segura. David es un hombre pobre que vive en una casa muy modesta y cuyo único tesoro es un anillo de oro que perteneció a un antecesor de Goliat. David valora este anillo en 3 millones. Llegó a conocimiento de Goliat que este anillo estaba bajo el poder de David. Goliat, que valora el anillo en 2 millones, decide robárselo a David. ¿Cómo funciona la venganza para evitar que Goliat lleve a cabo sus planes?

El razonamiento de Goliat tendría que ser más o menos el siguiente. El robo tendría para mí un beneficio de 2 millones. Veamos cuánto me cuesta. Si bien David es pobre y yo soy rico y fuerte, él haría cualquier cosa por vengar semejante robo. Buscaría darme muerte de cualquier modo. Las probabilidades de que logre darme muerte son bajas, sin embargo, mi vida es demasiado valiosa como para arriesgarme. El robo tiene para mí un costo mayor a los 2 millones de beneficio. Será mejor que desista de mi plan.' David, por su parte, pensaría de la siguiente manera. 'Goliat quiere este anillo. El es un hombre fuerte y rico. Sin embargo, si me lo roba, haré cualquier cosa por darle muerte.'

Es evidente que esto no suele ser así. Por esta razón, la venganza tiene menos poder preventivo que en nuestro mundo de David y Goliat

Dado los muchos problemas que la venganza presenta fue que las sociedades evolucionaron hacia un sistema en el cual los castigos son impuestos por una autoridad central. Esto sucede cuando surge lo que conocemos como un sistema jurídico. Para Posner⁶³, la venganza fue el primer paso que dala sociedad hacia el establecimiento de lo que hoy conocemos como un sistema jurídico.

En los sistemas jurídicos modernos el concepto de sanción tiene un significado dogmático preciso. A este significado dedicamos el siguiente apartado.

B. Definición de sanción.

Se ha definido sanción como toda consecuencia imputada por el derecho al cumplimiento o incumplimiento de un deber jurídico. Tenemos, por lo tanto, dos tipos de sanciones: las que son consecuencia de un hecho lícito (sanciones premiales) y las que lo son de uno ilícito. La mayoría de los autores estima que la sanción premial no es propiamente una sanción, sino más bien una prestación cuyo incumplimiento sí acarrearía una sanción. La sanción es la consecuencia del hecho ilícito⁶⁴. No hay ningún inconveniente para que el Estado establezca incentivos positivos para que se cumpla el derecho, pero al hacer esto, el Estado adquiere el deber de premiar cuando se dan los supuestos de la norma; ese deber tendrá carácter jurídico cuando su incumplimiento sea el supuesto de una sanción coactiva.

63 Id., pp 32s.

64 "(...) la acción u omisión determinadas por el orden jurídico, que configura la condición para un acto coactivo estatuido por el derecho, son designadas como 'acto ilícito' o 'delito', y el acto coactivo, estatuido como consecuencia, es la consecuencia de lo ilícito o sanción. (...) sólo porque un acto coactivo está estatuido por el orden jurídico como consecuencia de determinada acción u omisión, tiene ese acto coactivo el carácter de sanción ó de consecuencia de un delito." Kelsen, H.: "Teoría (1960)", op. cit. en nota 32, p. 125.

Independientemente de la discusión terminológica de si las sanciones premiales son o no son sanciones existe una cuestión subyacente mucho más interesante. En muchas ocasiones el sistema jurídico ofrece premios como incentivos para quienes cumplan con el derecho. Lo que realmente interesa determinar es si el derecho puede estar constituido solamente por este tipo de incentivos; es decir, si puede existir un sistema jurídico sin sanciones para el caso en que sus normas sean infringidas.

La primera objeción que podría hacerse a tal sistema es que no sería un sistema jurídico, pues un sistema jurídico se define justamente por la sanción coercitiva. Podríamos estar en presencia de un sistema moral, de trato social u otro cualquiera que no fuera uno jurídico. Tal respuesta sería la que probablemente nos daría Hans Kelsen y repiten en forma mimética sus seguidores.

Sin embargo, para responder a esta pregunta habría que determinar si dentro del criterio de identidad de los sistemas jurídicos se encuentra la idea de sanción coercitiva⁶⁵. Si en este criterio no aparece la sanción coercitiva, no habría inconveniente para pensar que, lógicamente, puede existir derecho sin este tipo de sanciones. El criterio de existencia lo analizaremos al tratar los sistemas jurídicos.

Existe otro problema además del de definición del sistema jurídico. Si en la sociedad sólo existieran ciudadanos ejemplares, no sería problema el que no existieran sanciones coercitivas para el incumplimiento del derecho, pues éste siempre se cumpliría. Pero los hombres no se comportan así porque en ellos parece existir una

65 Vid. infra, tercera parte. Ahí veremos que, por ejemplo, para Bentham y Austin (así como para Kelsen) la idea de sanción es parte del criterio de identidad. Por el contrario, Joseph Raz no cree que la coercibilidad sea un requisito de identidad del sistema, ni de sus disposiciones jurídicas (vid. p. 243n).

tendencia importante a no cumplir con las normas jurídicas. Edgar Allan Poe escribe a este respecto lo siguiente:

(...) brotó en mí como signo de mi caída final e irrevocable, el espíritu de la PERVERSIDAD. La filosofía apenas concede importancia alguna a este sentimiento. Sin embargo, tan seguro como que existe mi alma, creo que la perversidad es uno de los primitivos impulsos del corazón humano, una de sus facultades primeras e indivisibles, uno de aquellos sentimientos que crean el carácter de un hombre. ¿Quién no se ha sorprendido a sí mismo cien veces cometiendo una acción estúpida o vil, por no otra razón sino el saber que no debe cometerla? ¿Acaso no existe en nosotros una eterna inclinación, a despecho de la excelencia de nuestro juicio, a violar aquello que sea Ley simplemente porque reconocemos que es tal?⁶⁶

Por esta razón, el derecho debe crear incentivos para que se cumplan sus normas. Se debe lograr que para la mayoría de las personas resulte más beneficioso cumplir el derecho que violarlo. Es evidente que esto se puede lograr a través de imputar sanciones premiales al cumplimiento del derecho; sin embargo, semejante sistema haría del derecho un mecanismo de control social sumamente costoso. Veamos un ejemplo. Una norma exige a Juan que pague \$100 en impuestos. Para Juan, cumplir el derecho tiene un costo de \$100. Es evidente que no cumplirá con la norma a menos que se le ofrezca un premio mayor a \$ 100. Es evidente que el derecho no podría funcionar de esa forma por ser ineficiente y sobretodo muy costoso: la escasez de recursos no permite utilizar este sistema.

Por eso el derecho recurre a las sanciones coercitivas. La sanción coercitiva aumenta el costo de infringir el derecho. Volva-

66 Poe, Edgar Allan, "El Gato Negro".

mos a nuestro ejemplo. Supongamos que la norma establece que el no pago del impuesto será castigado con la ejecución foreada y con una multa de 10% sobre el monto adeudado. Resulta así que para Juan el costo de violar la norma sería de \$110⁶⁷ y el costo de cumplirla sería de \$100. Juan preferirá cumplir la norma.

Por eso parece que la imposición de sanciones coercitivas es una forma mucho más económica de asegurar la eficacia del derecho.

Descartado ya el problema de las sanciones premiales, nos dedicaremos al estudio del concepto jurídico de sanción coercitiva. Hans Kelsen identificó en el concepto de sanción ciertas características que permiten distinguirlo de otras instituciones similares. La sanción, según Kelsen, tiene cuatro elementos.⁶⁸

- i. **Consiste en un acto coercitivo.** Ello significa que en la sanción está involucrado el uso de la fuerza por el Estado. No es imprescindible que la sanción sea efectivamente impuesta por la fuerza, no hay inconveniente en que el sancionado cumpla voluntariamente con la sanción. Lo que sí es imprescindible es que exista la posibilidad de aplicar la fuerza en caso que la persona responsable no acepte la sanción voluntariamente.
- ii. Tiene por objeto la privación de un bien. Así la pena de muerte tiene por objeto privar de la vida, el presidio de la libertad. Esto que al principio parece tan evidente presenta a lo menos dos problemas importantes. El primero consiste en determinar qué es lo que es un bien. No cabe duda que lo que a algunas personas les produce placer a otras les puede

67 Estamos suponiendo que no existen posibilidades de que Juan evada la aplicación del castigo.

68 Seguimos de cerca a Niño: "Introducción al...", op. cit. en nota 1, pp. 168ss.

producir dolor. Es el caso de la persona hambrienta que comete un delito para ir a la cárcel y recibir comida. La verdad es que estos son casos marginales a los que Kelsen da solución diciendo que "'bienes' son aquellos estados de cosas que para la generalidad de la gente son valiosos."⁶⁹

El segundo problema es más relevante. Pareciera que no toda sanción tuviera por objeto la privación de un bien, específicamente las sanciones civiles. Pensemos en la sanción civil por excelencia frente al incumplimiento contractual, la ejecución forzada. Supongamos una orquesta sinfónica es condenada a ejecutar un concierto que había contratado. ¿Puede decirse que ello constituya la privación de un bien para la orquesta? No cabe duda que como consecuencia de la condena los músicos perderán parte de su tiempo libre, sin embargo, no parece razonable decir que ése sea el objeto de la sanción.

- iii. **Quien la declara y ejecuta debe estar autorizado a ello por una norma válida.** Esta característica de la sanción es fundamental para distinguirla de otros actos de fuerza. Permite distinguir, por ejemplo, la aplicación de la pena de muerte de un asesinato. En la aplicación de la pena de muerte hay un grupo de funcionarios autorizados por la ley para quitar la vida al condenado; en el asesinato no norma alguna que faculte al asesino a matar a la víctima.
- iv. Es la **consecuencia de un hecho conducta humana**⁷⁰. Kelsen define la sanción como la consecuencia que el derecho imputa al hecho ilícito. El hecho ilícito sólo puede consistir en conducta humana. Sin embargo, como vimos al tratar de la

69 Id., p. 170.

70 G) hecho ilícito puede ser propio o ajeno. Vid. nota 31.

responsabilidad, no es necesario que la persona sancionada coincida con la que cometió el hecho ilícito. .¹

Las sanciones pueden ser penales, civiles o administrativas. No es fácil determinar cuál es la línea divisoria entre estas sanciones. La sanción penal se caracteriza por consistir materialmente en una pena (carácter aflictivo), por su carácter retributivo y preventivo (utilitario), porque debe estar previamente establecida en la ley (principio de legalidad), porque debe ser declarada por un tribunal en un debido proceso y por ser personalísima. La sanción civil se caracteriza por su finalidad, porque trata de reestablecer un equilibrio roto, reparar el daño. La sanción administrativa es la impuesta por la administración; tiene por finalidad mantener el buen desenvolvimiento de la administración.

Ya hemos aclarado cuál es el significado del concepto de sanción. Lo que ahora nos interesa es estudiar cómo puede justificarse que el derecho limite la libertad de las personas imponiendo sanciones para quienes no cumplan sus normas.

C. El castigo y su justificación.

Supongamos que un hombre condenado a prisión nos pregunta qué derecho tenemos a encerrarlo. ¿Qué le contestaríamos? La respuesta a esta pregunta es lo que debe preocuparnos ahora.

El problema de buscar una justificación al castigo atañe más a la sanción penal que a la civil. Ello se debe al carácter aflictivo de la sanción penal. Un mal (delito) es retribuido con otro mal (sanción). ¿Por qué? Dicho de otra forma, ¿por qué no basta con sancionar al ladrón condenándolo a restituir la cosa robada o el equivalente a su valor?⁷¹

71 Calabresi y Melamed: "Properly Rules ...", op. cit. en nota 46, p. 1124.

Hay dos corrientes de pensamiento que han intentado justificar el castigo. Revisaremos primero la justificación de la escuela utilitarista y luego la de la escuela retribucionista.

D. La justificación utilitaria.

El utilitarismo define al bien o la justicia como 'la mayor felicidad para el mayor número'. El castigo sólo se justificará en cuanto sea compatible con esta definición de la justicia.

"El castigo está justificado para darle seguridad a la mayoría y así hacerla más feliz o para maximizar la protección de los derechos, o ambos."⁷² Ésta es la típica justificación utilitarista para el castigo.

Tal justificación, en la práctica, se traduce en que el fin del castigo es prevenir los delitos⁷³. Se espera que al imputar una sanción a un delito, las personas se abstendrán de cometerlo. Pero un condenado a muerte podría decirnos: 'Yo ya cometí el delito, ¿por qué me castigan? El delito que ya cometí no se puede prevenir.'

El utilitarismo contesta: 'Gertamente, usted ya cometió el delito. Sin embargo, al aplicarle a usted la pena estamos previniendo otros delitos.' El utilitarismo parte de la base que el mal ocasionado ya no se puede reparar, pero que sí pueden evitarse otros delitos en el futuro.

Según los utilitaristas, esta prevención de otros delitos funciona de cuatro formas distintas.

1. La experiencia de sufrir un castigo puede influir en nuestro

72 Mutphy, Jeffrie G. y Coleman, Jules L.: "Philosophy of Law. An Introduction to Jurisprudence", Westviex Press, & ed. rev., 1990, Boulder, San Francisco y Londres, p. 118, (la Traducción es nuestra)

73 Lo que sigue está tomado de Murphy y Coieman: "Philosophy...", op. cit. en nota 72, pp. 117 a 120.

delincuente para que éste evite cometer otros crímenes en el futuro. Esto es lo que se llama '**prevención especial**'.

2. **El castigo de nuestro delincuente puede servir de ejemplo para** que otros eventuales delincuentes se tomen en serio la amenaza que el derecho les hace. Se previene así un importante número de delitos a través de la '**prevención general**'.
3. Si nuestro delincuente tuviera una tendencia a cometer otros delitos, si fuera un tipo peligroso, el encierro evitaría muchos de estos delitos. Algunas penas restringen la libertad de las personas evitando así que cometan nuevos delitos. Es evidente que este efecto sólo se produce mientras dure la restricción de libertad.
4. La pena no tiene en sí el efecto de reformar al delincuente. Sin embargo, la aplicación de la pena puede dar al Estado la oportunidad para rehabilitar al delincuente. Si este proceso tiene éxito, nuestro delincuente dejará de ser un individuo peligroso para la sociedad. Este efecto es distinto del de la prevención especial, pues este último es un efecto intrínseco en la pena; la resocialización, en cambio, es producto de un proceso rehabilitador que se puede desarrollar con ocasión de la aplicación de la pena.

Como toda obra humana el derecho tiene fallas. Esto significa que no todos los delincuentes son castigados, que en ocasiones la pena no es la adecuada para el delito cometido, etc. La prevención no funciona a la perfección; se siguen cometiendo delitos.

Pero resulta interesante pensar que un sistema perfecto sería insoportable. Primero, porque tendría un costo altísimo. Segundo, porque semejante sistema tendría tal poder que probablemente el peligro de perder la libertad sería enorme.

El castigo, en su justificación utilitaria, reconoce importantes límites de fundamentos asimismos utilitarios. "Hacemos de la prevención tan efectiva como sea posible (incrementando su severidad, certeza, etc.) mientras no involucre tomar medidas que por sí mismas serían indeseables en términos utilitarios-e.g., creación de agencias totalitarias de reforzamiento de la ley, causar al criminal más daño del que él probablemente causaría a la sociedad, etc."⁷⁴ Así el utilitarismo intenta respetar la libertad. Incluso respeta la libertad del delincuente, pues éste tiene la libertad para decidir si cumple o no con el mandato jurídico.

Contra la justificación utilitarista se levanta la escuela retribucionista de la que nos ocuparemos a continuación.

E. La justificación retribucionista.

Uno de los más importantes pensadores retribucionistas fue Immanuel Kant. Kant sostuvo algo que será fundamental para el retribucionismo, que el hombre nunca puede ser confundido con las cosas. Dicho en otras palabras: **el hombre debe ser siempre tratado como fin, nunca como medio.**

De aquí se sigue que la pena no puede tener un fundamento utilitario. Ello significaría usar a una persona como si fuera una cosa. El caso más claro de ello es el de la prevención general. El derecho le dice al criminal: "Lo estamos castigando para usarlo a usted como un ejemplo y así prevenir el crimen."⁷⁵

74 Id., p. 119- Esta idea, junto a una interesante defensa de la justificación utilitarista de la pena (utilizando la distinción entre 'utilitarismo de regla' y 'utilitarismo de actos') se encuentra en Rawls, John: "Dos conceptos de reglas", en Foot, Philippa: "Teorías sobre la ética", F.C.E., México, 1979.

75 Id., p. 123.

En cambio, según Kant, quien ha causado un mal se ha hecho merecedor de un castigo, debe sufrir un mal semejante. Esta es la justificación retribucionista de la pena. Es un **imperativo categórico** castigar a quien ha causado un mal. Tales así, que Kant sostiene que si una sociedad se disuelve, el último delincuente encarcelado debe ser ejecutado.

Esto no significa que el retribucionismo busque la venganza. La venganza es una reacción personal extrajudicial frente a ataques hacia la persona. El retribucionismo justifica una reacción del derecho frente a ataques en contra del derecho.

"(...) el retribucionista busca prioritariamente, no el castigo socialmente útil, sino el castigo justo, el castigo que el criminal (dado su mal actuar) merece, el castigo que la sociedad tiene derecho a infligir y que el criminal tiene derecho a demandar."⁷⁶

Esta cita es correcta, sin embargo puede llevar a una confusión importante. Podría pensarse que sólo el retribucionismo busca la pena justa y no así el utilitarismo. No es así. El utilitarismo también busca la pena justa. Lo que sucede, y esto es lo que puede confundir, es que para el utilitarismo lo justo es lo útil, y lo útil es lo que produce la mayor felicidad para el mayor número. Por el contrario, el retribucionismo se identificará con otras concepciones de la justicia. Concepciones que conciben a la justicia como un valor intuitivo o como un valor revelado a los hombres, diferente de la utilidad.

Decimos que el retribucionismo busca la pena que la sociedad tiene el derecho a exigir. Esto no nos parece extraño. Sin embargo, también decimos que busca el castigo que el criminal tiene derecho a demandar. ¿Qué queremos decir con esto?

76 Id., p. 121.

Aquí llegamos a un punto fundamental del retribucionismo. La pena justa constituye un límite a la acción punitiva del Estado. El criminal tiene derecho a exigir que se le aplique esta pena y no una mayor, por mucho que esta última tenga importantes efectos preventivos. Esto no es sino un corolario de la premisa de que los hombres deben ser siempre respetados como tales.

El retribucionismo tiene un fuerte compromiso con el sistema de responsabilidad por culpa. Sólo puede hacerse merecedor de una pena quien actuó libremente. Esta libertad existe siempre que el delito se deba a culpa o dolo del criminal.

Para que el retribucionismo funcione, es necesario partir de la premisa de que el hombre es libre. Este punto fue muy atacado por los positivistas del siglo pasado. Ellos sostenían que la delincuencia era un fenómeno natural que podía ser explicado por medio de las ciencias causales. Postulaban que un delincuente no elige libremente delinquir, sino que delinque porque un sinnúmero de factores lo llevan a esto.

Por su parte la idea retribucionista de la búsqueda de la pena justa también ha sido criticada. Pareciera que no existe forma de medir cuál es la pena justa para una determinada conducta. Sin embargo, sí se puede afirmar que mientras más grave sea el delito, más grave debe ser la pena. El utilitarismo, por el contrario, tiene problemas para hacer esta afirmación; pareciera que la pena más grave debe ser imputada a los delitos que, en conjunto, causan más daño a la sociedad (los delitos más frecuentes y no necesariamente los más graves).

F. Una explicación del derecho criminal. Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y reglas de inalienabilidad.

Estas mismas preguntas han sido formuladas por la escuela del análisis económico del derecho. Calabresi y Melamed discuten el problema centrándolo en las sanciones criminales por delitos contra la propiedad y delitos contra la integridad física de las personas⁷⁷. La primera hipótesis que ellos consideran es que la razón de que la pena tenga un valor negativo mucho más alto que el costo del delito, es que en la realidad muchos delincuentes no son efectivamente condenados.

El delincuente al cometer el delito, considera como costo de su actuar el valor de la pena multiplicado por la probabilidad de que sea pesquisado⁷⁸. Veamos un ejemplo. Jack tiene la posibilidad de robar \$ 100 mil pesos. El riesgo de que lo descubran es de un 30%. La sanción, en caso de ser descubierto, consiste en la obligación de devolver la suma robada. Si Jack multiplica el valor de la pena por la probabilidad de ser condenado, tiene como resultado un costo de \$30 mil pesos. El beneficio para Jack es de \$70 mil pesos. Para Jack será eficiente robar el dinero. Si la condena para el mismo delito fuera de \$1 millón de pesos, el beneficio neto para Jack sería de

77 Vid. Calabresi y Melamed: "Property Rules ...", op. cit. en nota 46, pp. 1124 a 1127.

78 Suponiendo que las personas son neutrales al riesgo. "Una persona neutral al riesgo es definida como indiferente entre un grupo de apuestas del siguiente tipo: una certeza de recibir \$10; un 50% de posibilidades de ganar \$20; un 25% de posibilidades de ganar \$40; un 1% de posibilidades de ganar \$1.000. Otra forma de presentar esto es diciendo que una persona neutral al riesgo se interesa sólo por las ganancias esperadas. La ganancia esperada está dada por el valor de la ganancia descontado (multiplicado) por la probabilidad de que ocurra. En el grupos de apuestas descrito arriba, la ganancia esperada es la misma caí todos los casos \$10,00." Murphy y Coleman: "Philosophy ...", op. cit. en nota 72, p. 231, nota 20, (la traducción es nuestra).

menos \$ 200mil pesos (\$ 100 mil del robo menos \$ 300 mil de costo). Jack no estará dispuesto a correr este riesgo. Calabresi y Melamed descartan esta explicación, porque dicen que si todos los ladrones fueran siempre condenados, seguiríamos imponiendo penas altas.

La siguiente explicación está basada en la diferencia que existe entre las reglas de propiedad y las reglas de responsabilidad⁷⁹. Si el delito de robo fuera penado con el pago de una suma equivalente al valor de la propiedad objetivamente determinado, estaríamos convirtiendo todas las reglas de propiedad en reglas de responsabilidad. Calabresi y Melamed se preguntan qué hay de malo en que las reglas de propiedad pasen a ser reglas de responsabilidad. La respuesta, dicen, es obvia; el valor asignado a la propiedad rara vez corresponde al valor que tiene para su dueño, por lo tanto la transacción podría no ser eficiente. Supongamos que Jack roba un reloj a Diego. La corte condena a pagar a Diego el valor de mercado del reloj: \$ 10 mil pesos. Sin embargo, el reloj era un regalo de su madre que Diego valoraba en \$20 mil pesos. Jack, en cambio sólo lo valoraba en \$10 mil. El resultado será que la transferencia del reloj no será eficiente; Jack estará igual que antes del robo, pero Diego estará peor en \$10 mil pesos. La sanción criminal tiene por objetivo que las reglas de propiedad no sean convertidas en reglas de responsabilidad, y así otorgar una protección adicional a los derechos que son propiedad de una persona.

Ahora nos corresponde estudiar el concepto de proceso. Lo hemos dejado para el final porque en el proceso se hacen realidad todos los conceptos que antes hemos revisado.

79 Vid. supra, pp. 95ss.

VI. Concepto jurídico de proceso

A. Visiones del proceso.

Como ya lo señalamos, la visión que tiene el ciudadano corriente del derecho es diferente que la de un abogado o un profesor de derecho. Esto es evidente respecto del concepto jurídico de proceso; basta tomar la célebre obra de Franz Kafka, "El Proceso", y un libro cualquiera escrito por un procesalista; pareciera que hablan de cosas distintas.

La visión que los procesalistas tienen del proceso la expondremos en el apartado siguiente. Sólo aclararemos aquí un punto sobre el concepto jurídico de proceso. Los procesalistas han distinguido dos conceptos de proceso: proceso como un mecanismo de solución de conflictos consistente en un conjunto de actos jurídicos procesales del tribunal, las partes y eventualmente terceros, regulados por la ley de procedimiento, con el objeto de solucionar un conflicto de intereses de relevancia jurídica; y proceso como el conjunto de documentos que forman el expediente. En este trabajo nos interesa el primer concepto de proceso.

El escritor y abogado Franz Kafka nos muestra con gran perspicacia en su obra "El Proceso" la perspectiva del hombre común frente al derecho⁸⁰. Kafka concibe el proceso como formado por cuatro elementos: ley, autoridad administrativa, abogados y procesado. Para Kafka, las principales características del proceso son la oscuridad y la lentitud. La ley es algo desconocido y que no tiene gran importancia en el proceso. La autoridad administrativa es la

80 Ver el interesante trabajo de Gandolfo, Pedro: "Sobre el Derecho en Kafka", en "Anuario de Filosofía Jurídica y Social", N°3, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Valparaíso, 1985, pp. 271 a 277.

cabeza visible del proceso; el procesado se relaciona con un sinnúmero de funcionarios públicos que llevan el proceso. Cada funcionario tiene una labor muy determinada y no tienen una visión global del proceso. El procesado no tiene información de su proceso; no sabe de qué se lo acusa ni cuál es el estado de su proceso. Los funcionarios no dan esta información porque tampoco la manejan. El juez es un personaje misterioso que tiene en sus manos el futuro del procesado; es un personaje lejano que nunca puede ser visto por el procesado⁸¹.

Los abogados constituyen el vínculo necesario entre el procesado, el juez y el proceso. Se supone que el abogado es el profesional capaz de acceder a la información a través de sus conocimientos técnicos. Pero muy temprano se comprende que lo único importante son las influencias personales del abogado (0° dice el propio abogado). El procesado termina convenciéndose de que el abogado no hace nada por su proceso y que debe despedirlo.

En el proceso de Kafka no aparece el conflicto. Esto resulta paradójico puesto que los procesalistas conciben al proceso precisamente como un mecanismo de solución de conflictos. De esto nos ocupamos en el siguiente apartado.

B. El proceso como mecanismo de solución de conflictos.

Es una realidad que en la vida en sociedad surgen conflictos entre las personas (ej.: dos personas pretenden que una misma cosa les pertenece). Estos son conflictos de intereses. Algunos de estos conflictos no interesan al derecho (ej.: los conflictos espirituales). Todos los conflictos que se producen por una violación del derecho o que ponen en peligro la eficacia de éste son conflictos de intereses

81 El juez nunca aparece en la obra sino a través de los diálogos entre los personajes.

de relevancia jurídica. Los conflictos, por su naturaleza, tienden a resolverse. Esto ha determinado el surgimiento de tres mecanismos de solución de los conflictos: autotutela, autocomposición y proceso.⁸²

La autotutela se materializa en la venganza. Ya hemos visto porqué éste no es un mecanismo eficaz de solución de los conflictos.⁸³

La autocomposición es aquel mecanismo de solución de conflictos en el cual las mismas partes del conflicto llegan a un arreglo definitivo. La autocomposición tiene una aplicación muy limitada en el derecho moderno por dos razones. La primera es una razón técnica. Generalmente ocurre que las partes en conflicto se radicalizan en sus posiciones, haciendo muy difícil llegar a un acuerdo.⁸⁴

La segunda razón es política. Un Estado intervencionista⁸⁵

82 Una explicación sucinta y esquemática de los tres medios de solución de conflictos se encuentra en Hoyos, Francisco: "Temas Fundamentales de Derecho Procesal", Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1987, pp. 141 ss.

83 Vid. supra, pp. MOss.

84 Hoyos: "Temas...", op. cit. en nota 82, p. 144: "la autocomposición no siempre es posible, porque presupone el consenso de las partes y éste no siempre suele producirse (sic)".

85 Usamos la idea de Estado intervencionista como la concibe Bruce A. Ackerman. Ackerman propone tres características indicativas de que un Estado es intervencionista:

1. "(...) una conciencia de que la estructura misma de nuestra sociedad depende de un continuo flujo de decisiones voluntarias realizadas por funcionarios políticamente responsables."
 2. La creencia de que el bienestar económico de la nación depende de decisiones tomadas por el gobierno central.
 3. "(...) amplio reconocimiento de que la cuestión de la distribución de la riqueza y la posición social constituyen un tema *central* de debate y de decisión políticos."
- Ackerman, Bruce A.: "Del Realismo al Constructivismo Jurídico", Ed. Ariel, 1ª ed. castellana, Barcelona, 1988, p. 13.

tiene interés en que los conflictos sean regulados por la autoridad estatal y no por la mano invisible.

Los inconvenientes de la autotutela y la estrechez de la autocomposición han hecho surgir un nuevo mecanismo de solución de conflictos: el proceso.

En el proceso, el conflicto se somete al conocimiento y decisión de un tercero imparcial, un órgano del Estado que llamamos tribunal. El conocimiento y resolución del conflicto se hace a través de un procedimiento previamente establecido en la ley. La decisión del tribunal es obligatoria para las partes y está amparada por el monopolio estatal del uso de la fuerza.

Según el jurista italiano Francesco Carnelutti, el proceso consiste en dos juicios, uno de existencia y uno de valor, y en una declaración de voluntad.

El juicio de existencia⁸⁶ es aquél en que el juez hace una reconstrucción de los hechos que dieron origen al conflicto. Esta labor es de por sí compleja si tomamos en cuenta que el juez sólo tiene conocimiento de estos hechos con posterioridad a su acaecimiento. Los hechos deben ser probados al juez mediante los medios probatorios (testigos, confesión, informes de peritos, inspección personal del tribunal, presunciones, documentos). Las pruebas

86 "Se ha dicho que el juez hace historia; no es todo lo que hay que decir de él, pero lo cierto es que el primero de sus cometidos es precisamente el de la historia, o mejor el de la historiografía, concebida en sus términos más estrictos y acaso no suficientes. El historiador escruta en el pasado para saber cómo ocurrieron las cosas. Los juicios que él pronuncia, son por tanto juicios de realidad, o más exactamente juicios de existencia; en otras palabras^ juicios históricos: un hecho ha ocurrido o no, Ticio ha robado o no, Cayo ha engendrado o no a Sempronio. Cayo ha librado ó no una letra a Mevio (...)" Carnelutti, Francesco: "Como se hace un Proceso", Ed. Jurídica de Valparaíso, 1979, p. 67. El subrayado es del autor.

sirven al juez de razones para el juicio de existencia; esto significa que el juez debe valorar las diferentes pruebas para emitir su juicio.

Sobre el juicio de existencia el juez emite un juicio de valor, es decir, determina si las conductas fueron o no contrarias a derecho (Carnelutti dice que el juez establece si la conducta fue buena o mala; a nosotros nos parece que no es esto lo que hace el juez. Bueno y malo no son sinónimos de jurídico y antijurídico. Para dictar el juicio de valor⁸⁷, el juez se vale de las normas. Éstas cumplen la misma función que las pruebas respecto del juicio de existencia: son razones del juicio de valor*⁸⁸.

Finalmente el juez emite una declaración de voluntad⁸⁹ que resuelve el conflicto. Esta declaración tiene un peculiar efecto llamado 'cosa juzgada'. Esto significa que el conflicto no puede volver a juzgarse y que puede exigirse su cumplimiento forzado por órganos del Estado.

87 "Cuando se dice que e) juez es un historiador, se da de él una definición exacta, pero incompleta; es ciertamente un historiador, pero no sólo un historiador; después del juicio histórico; tiene que pronunciar el juicio crítico; después de haber verificado la existencia de un hecho, tiene que ponderar su valor: ahora bien, la diferencia fundamental entre el juicio de existencia y el juicio de valores precisamente que el primero concierne al pasado y el segundo atañe al futuro; cuando se dice que Ticio, al hacer algo, ha hecho bien o mal, se hace referencia a las que serán las consecuencias, ventajosas o nocivas de su acción." Id., p. 79. El subrayado es del autor.

88 "[...] El juez de derecho, a diferencia del juez de equidad, no busca ya en su conciencia las razones del juicio crítico, porque ellas están formuladas por la ley. [...] Transferidas al plano del proceso, las normas jurídicas (los artículos del código para darne a entender) se convierten en las razones del juicio crítico." Id., p. 82. El paréntesis redondo es del autor.

89 "Ayudado, como hemos visto, por la discusión entre las partes, el juez debe resolver las dudas, y decidir (...)" Más adelante: "La decisión es una declaración de voluntad del juez, no solamente un juicio (...)" Id., p. 129.

C. El proceso en un Estado reactivo.

Un Estado reactivo es aquel fundado sobre el principio de la mano invisible. En dicho Estado se considera que las situaciones creadas por el juego de la mano invisible son justas, y por lo tanto, incuestionables.

Esto imprime ciertas características al discurso jurídico. A nosotros nos interesa saber cuáles son estas características, porque el discurso jurídico en el Estado reactivo se da fundamentalmente en el proceso. El proceso es una instancia de discusión jurídica.

El imperativo reactivo postula que "ningún debate legal es aceptable si exige que el jurista cuestione la legitimidad de los acuerdos sociales, económicos y militares generados por la mano invisible."⁹⁰

Luego, la primera característica del discurso reactivo será que "una práctica global nunca llega a convertirse en una cuestión jurídica."⁹¹ Las cuestiones jurídicas se dan sobre el trasfondo de prácticas sociales que son el resultado de la mano invisible. Con respecto a estas prácticas es que se evalúa la conducta de las partes en el proceso. No es admisible el cuestionamiento de ellas.

La segunda característica, según Ackerman es que "la única pregunta decisiva es si la acción recusada se aleja de las normas institucionalizadas."⁹² En el proceso, los abogados buscarán demostrar que la conducta de sus clientes está conforme con las normas institucionalizadas, y no así la de su contraparte. El proceso busca determinar cual de los litigantes violó la norma. Para ello sólo le

90 Ackerman: "Del Realismo" op. cit. en nota 85, p. 44.

91 Id., p. 45.

92 Id., p. 46.

interesa examinar los comportamientos particulares de éstos.

Lo anterior nos lleva a la tercera característica del modelo reactivo: "los litigantes originales están de modo característico en la mejor posición para desarrollar los hechos y valores importantes para una decisión justa."⁹³ Esta característica está consagrada institucionalmente en nuestro sistema jurídico. Son las partes las que le fijan al juez el ámbito de su decisión (competencia específica del tribunal). Son también las partes las que proporcionan las pruebas para los hechos que alegan. Existe un recurso para anularla sentencia en caso de que ésta se aparte de la competencia específica.

Otra característica del modelo reactivo es el "predominio de la sentenciade arbitrio sobre la legislación popular."⁹⁴ Se supone que el juez está en mejor posición para establecer las infracciones a la práctica institucionalizada de lo que lo está una legislatura. Sólo en un proceso individual puede manejarse toda la información relevante para el caso determinado. Existe aquí una importante diferencia entre el sistema de jurados y nuestro sistema procesal. Aquél es paradigmáticamente democrático, de modo que no es difícil sostener su primacía por sobre la legislación popular. Esto no es tan claro en un sistema como el nuestro en que la decisión recae en un funcionario con escasa representatividad política.

La última característica que Ackerman destaca en el modelo reactivo es que, en éste, el proceso tiene un final natural⁹⁵. Una vez que se han hecho valer los argumentos de las partes involucradas no queda más que decidir el caso. El caso ya juzgado no vuelve a convertirse en una cuestión jurídica.

93 Ibid.

94 **Id.**, p. 47.

95 Id .pp. 47s.

Todas estas características, que nos parecen de sentido común, son propias del Estado reactivo, y no se dan en el Estado intervencionista.

D. El proceso en un Estado intervencionista.

Todo lo que hemos dicho en el apartado anterior será diferente si pensamos que las situaciones creadas por la mano invisible son cuestionables. Si una sociedad piensa que los juristas tienen mucho que decir sobre las decisiones sociales, económicas y militares, el proceso deberá sufrir alteraciones importantes.

Mirado desde este punto de vista, el proceso ya no tendrá como objetivo primordial la solución de conflictos. El nuevo objetivo será otro diferente: implementar políticas. No es que el proceso deje de solucionar conflictos, sino que se solucionará mirando fundamentalmente a la implementación de una determinada política social, económica o militar.

i Esto significa que las prácticas institucionalizadas podrán ser discutidas (ya que son producto de las fuerzas del mercado, al que ya no se asigna un rol infalible). Y el cuestionamiento de las prácticas vigentes será una cuestión jurídica. El problema reside en encontrar un lenguaje jurídico que nos permita discutir sobre estas prácticas y sobre las políticas que se han de implementar.

Toda esta transformación afecta a instituciones fundamentales del proceso. Ya no serán las partes las que estén en la mejor posición para presentar las pruebas⁹⁶. Tampoco es clara la necesidad

96 Puesto que ya no se discute si su conducta se ha alejado de (a práctica institucionalizada, sino si esta práctica es o no justa o eficiente. Esto implica manejar información que no manejan las partes y que tampoco tendrían ellas interés en presentar.

de que un caso no pueda volver a revisarse si cambia una determinada política relacionada con el caso en cuestión.

E. Conclusión.

Si la humanidad ha vivido siglos sin este mecanismo llamado proceso, no existe razón para que no se transforme de forma radical en el futuro. El Estado moderno tiene características que hacen vislumbrar un cambio importante en el mecanismo procesal.

Semejante cambio no puede ser pacífico. Existirá una tensión entre los individuos que quieren que sus conflictos sean resueltos con algún grado de certeza (anterior y posterior al proceso) y el Estado que buscará implementar sus políticas mediante el proceso. Esto que Ackerman llama el problema de la coordinación⁹⁷ debe ocupar nuestros esfuerzos.

97 Ackerman: "Del Realismo...", op. cit. en nota 85, p. 57. Ver también Ruiz-Tagle, Pablo: "Análisis Comparado de la Función Judicial Chilena", "Estudios Públicos", revista del Centro de Estudios Públicos, N°39, Invierno de 1990.