
DOCTRINA

POSIBLE ARGUMENTACIÓN CONSECUCIONALISTA EN LOS JUICIOS DE HACIENDA

Guillermo Lara Fernández ¹

RESUMEN: *En el presente ensayo se analiza si es o no aceptable, jurídicamente, una argumentación consecuencialista en favor del Estado, en orden a trazar un posible límite indemnizatorio en la pretensión de la demandante, en los juicios contra el Estado, con un previo comentario sobre responsabilidad extracontractual y su vinculación con los conceptos de justicia correctiva y justicia distributiva. El citado argumento se expone unido a la posible concurrencia de alegaciones sobre análisis económico del Derecho o fundadas en principios del Derecho Privado.*

SUMMARY: *Possible consequentialist argument in cases against the State. In this essay, it is analysed whether it is legally acceptable a consequentialist argument in favour of the State, in order to draw a possible compensation limit in the lawsuits against the State, with a prior comment on non-contractual liability and its link with the concepts of corrective justice and distributive justice. The aforementioned reasoning is presented together with the possible concurrence of arguments based either on economic analysis of law or principles of private law.*

PALABRAS CLAVES: *Análisis económico del Derecho - Argumentación consecuencialista - Juicios contra el Estado - Justicia correctiva y justicia distributiva - Límite indemnizatorio - Principios de Derecho Privado.*

1 **GUILLERMO LARA FERNÁNDEZ.** Abogado litigante de la Procuraduría Fiscal de Rancagua del Consejo de Defensa del Estado.

Introducción

La presente reflexión, desde luego meramente hipotética ya que responde a un ejercicio exclusivamente académico, se sitúa en una suerte de frontera entre el derecho público y el derecho privado, ya que tiene como objetivo analizar una determinada área de los juicios de hacienda, que permita, eventualmente, argumentar más allá de las tradicionales alegaciones habitualmente esgrimidas. Lo antes expuesto, habida consideración de la rígida estructura que tienen los citados procesos judiciales.

Por juicios de hacienda se considerarán aquellos en que tiene interés el Fisco y este último, a su vez, será entendido como la faz patrimonial del Estado².

En el presente trabajo se ha considerado una potencial, interesante y, al parecer, poco explorada vertiente de argumentación en los juicios contra el Fisco, v.gr una posible argumentación consecuencialista, concordante con aspectos del análisis económico del Derecho y alegaciones en base a principios de orden jurídico.

La pregunta que motivó este ensayo transitó en cuestionarse si es o no aceptable, jurídicamente, una argumentación consecuencialista en favor del Estado, para trazar un límite indemnizatorio en la pretensión de la demandante en los juicios de hacienda. La respuesta fue afirmativa, es decir, se estimó aceptable aquello. Para desarrollar lo anterior, se discurre en una causa judicial cualquiera –o, varias de la misma especie– donde esté comprometido el interés fiscal, con el fin de preparar una alegación o defensa en favor del demandado Estado-Fisco que, idealmente, no sea la única a interponer, teniendo como escenario una petición contraria notoriamente desproporcionada, esto es, más allá de que la misma sea fundada o no. Es decir, el ejercicio tiene como fin la impugnación de una pretensión exorbitante contra el Estado-Fisco, evitando formular un

2 Artículo 748 del Código de Procedimiento Civil: “Los juicios en que tenga interés el Fisco y cuyo conocimiento corresponda a los tribunales ordinarios, se substanciarán siempre por escrito, con arreglo a los trámites establecidos para los juicios del fuero ordinario de mayor cuantía, salvo las modificaciones que en los siguientes artículos se expresan”.

mero argumento de autoridad, carente de contenido, cual sería que el Estado tiene preferencia como litigante. Premisa falsa que podría llevar a una conclusión finalmente errónea, esto es que el Estado deba ganar, o tener ventaja, solo por ser tal. En otras palabras, el planteamiento no estriba en que se acoja el argumento solo por tratarse del Estado-Fisco, o por el recurso al erario fiscal, que “*ultima ratio*” pertenece a todos los chilenos, sino lograr una fundamentación novedosa, pero con base. En ese tenor, en sede de una argumentación consecuencialista –con una faz utilitarista pragmática– indexado ello con el análisis económico del Derecho, sería dable hacer análogo el caso judicial a otros similares, que conlleve a realizar una suerte de predicción lesiva al patrimonio e interés público, en el evento de acogerse la tesis contraria, alegando que aquello pudiere perjudicar o impedir la ejecución de políticas públicas, por falta de recursos; o, en ciertos casos, aducir que podría lesionarse el principio de igualdad ante la ley. Esto último dado que el tratamiento de los tribunales para con el Estado pudiere percibirse más álgido o exigente, respecto de los casos en que el demandado sea un simple particular.

Lo antes expuesto, también se conecta con la argumentación conforme a principios del derecho privado, intentando, en la hipótesis en análisis, poner en evidencia el afán de enriquecimiento sin causa de la contraria o la lesión a la buena fe.

Conforme lo hasta ahora expresado, la redacción de un argumento o alegación pro Fisco podría ser la siguiente:

“SS, sin perjuicio de que de fondo es improcedente la pretensión de la contraria, fluye de lo exorbitante de su monto, un afán de enriquecimiento sin causa, lesionando de paso el principio general de buena fe, monto motivado solo porque su contraparte es el Estado, pretiriendo, con esto último, el principio de igualdad ante la ley. Así SS, de acogerse la demanda, y en el evento hipotético de que ello pudiere ocurrir respecto de otros casos similares, conllevaría una grave lesión al patrimonio e interés de todos, perjudicando la hacienda estatal, lo que pudiere incluso impedir o retrasar la ejecución de políticas públicas”.

Contexto

El objetivo anunciado está, desde luego, inserto en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, lo que nos conduce a abordar, a lo menos tangencialmente, su vinculación con los conceptos de justicia correctiva y justicia distributiva. Para tal efecto, en este acápite, se ha seguido la propuesta de *Alberto Pino Emhart*, efectuada en su trabajo *“Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios”*³.

Así, por responsabilidad extracontractual entenderemos aquella *“aplicable cuando se ejecuta un hecho ilícito. Esta responsabilidad deriva, por tanto, de la comisión de un delito o cuasidelito civil. Esta clase de responsabilidad consiste en la obligación de indemnizar a la víctima del delito o cuasidelito civil y se encuentra regulada en el título XXXV del libro IV, “De los delitos o cuasidelitos”*.⁴ Lo anterior, sin perjuicio de entender que el factor más común de reproche indemnizatorio al Estado se da por la vía de la falta de servicio, que, genéricamente, se entiende concurrir cuando un servicio estatal no se presta, o se hace tardía o imperfectamente.

Respecto de la justicia correctiva y de la justicia distributiva, diremos:

“Aristóteles distingue, a su vez, dos tipos de justicia particular: La justicia distributiva (nemétikon dikaion), y aquella que desde Tomás de Aquino se denomina justicia conmutativa (diorthôtikon o, también, epanorthôtikon). La primera, como su nombre lo indica, tiene que ver con la distribución de los bienes sociales, incluidos la distribución de los cargos públicos y los honores. Dentro de la justicia conmutativa, también llamada por otros correctiva, diferencia entre aquella que implica actos voluntarios por

3 Pino Emhart, Alberto, “Fundamentos de justicia correctiva y distributiva en la responsabilidad civil extracontractual”, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2011.

4 Biblioteca del Congreso Nacional (Guido Williams Obreque y James Wilkins Binder), “Responsabilidad civil extracontractual: Doctrinas derivadas del resultado daños del tabaco”.

parte de todos los participantes y aquella que implica un acto involuntario por una de las partes, esto es, aquella que implica un daño, así como la presencia de un juez. Una manera de comprender esta última diferencia es relacionándola con la actual distinción entre derecho civil y derecho penal”⁵.

Siguiendo la anunciada línea analítica, sobre el punto Alberto Pino Emhart nos plantea dos interesantes hipótesis de trabajo. En primer lugar, nos dice, *“las inseparables exigencias de justicia correctiva y distributiva, en su concepto abren una discusión técnico-jurídica que se extiende a campos más amplios como la filosofía política, lo cual permite apreciar de manera clara los valores que el sistema jurídico adopta por medio de estas instituciones y las consecuencias políticas y sociales que implican la instauración de uno u otro régimen. En segundo lugar, el principio de justicia correctiva provee de un fundamento moral al sistema de responsabilidad extracontractual. Sin que ello implique sostener la tesis de la relación necesaria entre moral y derecho, es importante para una sociedad democrática que un sistema que distribuye los infortunios entre los miembros de la comunidad esté sustentado en argumentos de racionalidad moral práctica. Es, además, el principio que mejor explica la naturaleza de la responsabilidad extracontractual, frente a otras concepciones instrumentales como la del análisis económico del Derecho, las cuales sin perjuicio de su relevancia para la discusión acerca de los distintos estatutos de responsabilidad, no otorgan un principio explicativo tan completo como es el de la justicia correctiva”⁶.*

En el contexto precitado, el autor afirma: *“(...) la justicia correctiva es el principio que mejor explica la teoría y la práctica de la responsabilidad extracontractual”*. Prosigue: *“La primera hipótesis permite concluir que es necesario un fundamento para explicar la existencia del sistema de responsabilidad extracontractual”⁷.*

5 Serrano, Enrique, “La teoría aristotélica de la justicia”, publicado en: *Isonomía* N° 22, 2005, pp. 123-160.

6 Pino Emhart, Op. Cit.

7 Ibidem.

Una segunda hipótesis, la denomina como tesis de la inseparabilidad, la cual, según expone, *“no plantea abandonar conceptualmente la distinción entre justicia correctiva y distributiva, sino que plantear que la distinción sólo es analítica. Ello es enfatizado en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, donde se sostiene que las exigencias de ambas clases de justicia son inseparables.... Esta afirmación es, también, respaldada por los autores de la teoría aristotélica-tomista de la justicia que defienden la distinción de Aristóteles, como John Finnis y James Gordley e, incluso, el propio Tomás de Aquino. También es confirmada la hipótesis por autores modernos como George P. Fletcher, quien concibe el sistema de responsabilidad extracontractual como un mecanismo de distribución de riesgos, donde la responsabilidad se vincula a la imposición de riesgos no recíprocos”*.⁸

Así, el autor destaca una interesante teoría que amalgama las exigencias de ambas clases de justicia en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, producto del trabajo conjunto de Jules L. Coleman y Arthur Ripstein, en su combinación de la defensa del principio de justicia correctiva de Jules L. Coleman, con el trabajo en justicia distributiva bajo la influencia de John Rawls. De igual manera, menciona autores del análisis económico del Derecho, como quienes han confirmado la referida tesis de inseparabilidad, como “Guido Calabresi y su enfoque en las consecuencias que trae aparejada la aplicación de la eficiencia de Kaldor-Hicks”, sosteniendo que, *“quienes resulten “ganadores” y “perdedores” no es irrelevante para el Derecho, considerando con ello las consecuencias distributivas. Pero la tesis de la inseparabilidad, no solo se sostiene mediante lo que se podría designar como argumentos de autoridad basados en la literatura citada sino, también, en virtud de principios de justicia distributiva, donde se puede apreciar que las exigencias de ambas clases de justicia no pueden separarse en este ámbito”*.⁹

Asumiendo una posición personal al respecto, creo que nuestro sistema de responsabilidad extracontractual adopta una visión eminentemente correctiva. La disposición inicial del capítulo pertinente,

8 Ibidem.

9 Ibidem.

esto es, el artículo 2.314 del Código Civil nos adentra ya en ello, al señalar: “*El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito*”. Es decir, el daño debe ser reparado, lo que nos sitúa de plano en la justicia correctiva.

No obstante, es importante señalar algo respecto del *quantum* indemnizatorio, y acá me parece que el entronque con la justicia distributiva es muy importante, quizás en un doble rol. Por una parte, con la profusión de demandas contra el Estado, y en la hipótesis de su masivo acogimiento, o a lo menos en altas cantidades, o sumas a pagar, el rol distributivo del Estado podría verse afectado. Lo recién expuesto, más allá de la óptica que se adopte sobre el rol estatal, que por regla general debería ser de protección de los derechos del ciudadano o súbdito, y tender al bien común. Nuestra Constitución Política nos adentra al respecto, en el artículo 5º, al señalar: “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”. Es decir, el Estado se autoimpone límites al ejercicio de la soberanía, que no son otros que el respeto y ejercicio de los derechos “*esenciales que emanan de la naturaleza humana*”, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile, algunos de los cuales, claramente, y coincidiendo con la segunda hipótesis planteada, pueden conectarse, tanto con la justicia distributiva, como correctiva. Por ejemplo, el derecho a un proceso racional y justo, que presume el derecho a la acción (desarrollado a nivel legal en el Código Orgánico de Tribunales y otros), podría propender a criterios distributivos (por ejemplo, los recursos de protección en temas de salud). Por otro lado, la racionalidad y justicia del procedimiento deberían tener un acto terminal (sentencia) que satisfaga tales parámetros (racionalidad y justicia), que, en el ámbito correctivo, tendría que llevar a otro importante fin estatal, cual es, coadyuvar a alcanzar la añorada paz social.

Marco conceptual

En el citado contexto, el marco conceptual que sustenta lo anterior se basa, primeramente, en autores relevantes que defienden teóricamente la validez del enfoque consecuencialista, destacando, en nuestro país, Flavia Carbonell, quien nos plantea un esquema de análisis en su trabajo “La Argumentación Consecuencialista en el Tribunal Constitucional Español”¹⁰.

Así, a modo de esquema del presente ensayo, se intentará:

I. Analizar el denominado argumento consecuencialista y, para ello, se realizará un somero desglose del significado del dicho argumento, de su historia, distinguiendo argumento consecuencialista de *argumentum ad consequentiam*. Se intentará explicar qué es el consecuencialismo, así como ubicar el argumento consecuencialista en el Derecho, y explicar qué es el consecuencialismo y su relación con el utilitarismo y el “Law and Economics” o análisis económico del Derecho.

II. Seguidamente, como segundo gran objetivo, se hará un somero comentario respecto a la argumentación en base al denominado “análisis económico del Derecho”.

III. Además, se tratará de realizar una mínima aproximación a la argumentación en base a principios inspiradores del derecho privado, potencialmente concurrentes en la especie, por ejemplo, buena fe o enriquecimiento sin causa.

IV. Para terminar, habiéndose establecido el anterior marco conceptual, como objetivo final, se comentará respecto de la concurrencia de los tres argumentos antes citados, en relación a la excepción que se ha propuesto en favor del Estado.

10 Carbonell Bellolio, Flavia, “La argumentación consecuencialista en el Tribunal Constitucional español”, trabajo presentado en el curso de especialización en Ciencia Política y Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

Desarrollo

I. Respecto al criterio consecuencialista, siguiendo a Flavia Carbonell, consistiría en “dar herramientas a un “Juez mecanicista”, o a un “*Juez arbitrario con discrecionalidad absoluta*”, de modo de proponer un rango de criterios para garantizar la racionalidad y razonabilidad de las decisiones jurídicas –especialmente de las judiciales– y para permitir el control público o intersubjetivo de la aplicación del derecho”¹¹. La autora nos indica que el argumento consecuencialista o pragmático ha recibido especial atención, siendo generalmente utilizado en casos difíciles. Es decir, cuando estamos frente a problemas de “interpretación, relevancia, calificación o prueba”, de acuerdo a la clasificación de MacCormick¹². En tales situaciones, “*el Juez requiere justificar reforzadamente su decisión, concatenando diversos argumentos. Las propuestas teóricas que estudian el argumento consecuencialista consideran distintos elementos y variables para calificar su construcción y empleo como correctos o sólidos*”¹³.

“Pese a que la argumentación consecuencialista no es una técnica nueva dentro de las teorías de la argumentación en general y de las jurídicas en particular, su uso en la justificación de las decisiones jurídicas y sentencias judiciales ha recibido varias críticas y ha tenido una recepción heterogénea, tanto en la teoría como en la práctica. Las críticas se refieren a diversos aspectos problemáticos de los argumentos consecuencialistas, tales como la falta de respaldo suficiente para las predicciones de consecuencias futuras, la determinación de cuáles (o hasta qué) consecuencias considerar en la cadena causal, la prueba de la relación de causalidad entre un acto o decisión y sus consecuencias previsibles, los parámetros para evaluar el carácter positivo o negativo de las consecuencias, el hecho de

11 Ibidem.

12 MacCormick, Neil, “Legal Reasoning and Legal Theory”, Clarendon, Oxford, 1997.

13 Carbonell, Op. Cit.

que el carácter positivo de las consecuencias que se invoquen pueda colisionar con otros valores, intereses o bienes, y la pregunta sobre para qué o para quiénes son aquellas consecuencias favorables o desfavorables, entre otros. En el campo jurídico, se pueden agregar problemas tales como la legitimidad de los jueces para incorporar consecuencias extrajurídicas como razones para decidir en uno u otro sentido, o la cuestión de la excesiva discrecionalidad judicial de la mano de débiles mecanismos de control”¹⁴.

En relación al origen de este argumento, el *argumentum ad consequentiam* y el consecuencialismo, podemos señalar que “el primero es un tipo particular de argumento cuyos orígenes se remontan a Aristóteles”¹⁵.

En filosofía, en particular la ética normativa, el consecuencialismo, expresión acuñada en 1958 por Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe en su ensayo “Filosofía moral moderna”, es conocido como ética teleológica, que proviene del griego *τέλος* telos, *fin*, como finalidad. Es decir, que apunta a que la bondad o maldad de un acto está determinada por las consecuencias que comporta. En resumen, para las teorías consecuencialistas, una acción se juzga buena, si genera el mayor bien posible, o al menos que supere el potencial mal.

Una de las corrientes filosóficas más difundidas del consecuencialismo, es el pragmatismo. De acuerdo con el *Diccionario Online Merriam-Webster*, el pragmatismo es “un movimiento americano de filosofía fundado por C. S. Peirce y William James y caracterizado por las doctrinas de que el significado de las concepciones se debe buscar en sus repercusiones prácticas, de que la función del pensamiento es guiar la acción y de que la verdad se debe examinar preeminentemente por medio de las consecuencias prácticas de la creencia”, lo cual lleva al término “pragmatismo”.

14 Ibidem.

15 Ibidem.

Si vamos al “Oxford English Dictionary”, para una ilustración histórica importante del uso de dicha voz, encontramos la famosa cita de 1898, tomada de la introducción pública que hizo William James: *“Lo principal del practicalismo o pragmatismo, como [C. S. Peirce] lo denominó, cuando por primera vez le oí enunciarlo en Cambridge, en los primeros años de 1870, es la pista... siguiendo la cual... podemos seguir nuestro propio sendero”*. Tal cosa muestra que desde el comienzo se entendió que el pragmatismo tenía algo que ver con el hecho de que el pragmatismo tiene el propósito o la función de guiar el pensamiento¹⁶.

Flavia Carbonell destaca la relevancia contemporánea del pragmatismo, al recordar y relevar que para Ronald Dworkin, en el campo jurídico, “el pragmatismo es sencilla y generalmente descrito como una teoría de la adjudicación”, en cuya virtud los jueces siempre deberían “tomar la decisión que sea mejor para el futuro de la comunidad sin considerar las prácticas pasadas como tales”. Una de las más relevantes versiones del pragmatismo, entre los juristas, es la sostenida por Richard Posner¹⁷.

II. En cuanto a la argumentación en base a análisis económico del Derecho, en la parte final del acápite anterior vimos el origen del “Law and Economics” o Análisis Económico del Derecho (en adelante AED), que surge como una derivación de teorías utilitaristas y de elección racional, concebido como la introducción del argumento costo beneficio en el ámbito jurídico. Existe en nuestro medio, y en el latinoamericano en general, una reticencia a acoger la influencia de la economía en el derecho, o del acápite denominado Derecho y Consecuencias, que consiste en un estudio sistemático de las consecuencias sociales derivadas de opciones normativas.

Doctrinariamente, se conocen dos dimensiones del análisis económico del Derecho. Por una parte, se le utiliza para estudiar las causas y predecir el efecto de las normas jurídicas, ejemplo, un análisis económico-positivo sobre responsabilidad extracontractual, podría

16 Ibidem.

17 Para mayores detalles: Carbonell, Op. Cit.

predecir los efectos de régimen de responsabilidad objetiva o estricta, frente a uno de responsabilidad subjetiva.

Por otro lado, existe el enfoque normativo del AED, que centra su norte en recomendaciones de carácter político, basadas en las consecuencias económicas que derivan de la aplicación de un determinado curso de acción política, procurando una eficiencia en la distribución, de corte económico¹⁸.

Los principales tópicos del AED son: 1. La eficiencia, 2. Los costos de transacción, 3. Las externalidades y 4. El diseño de mecanismos. Respecto del primero, el análisis económico del Derecho utiliza el criterio de la Eficiencia de Pareto¹⁹. Una norma jurídica es eficiente según el óptimo de Pareto si no puede ser modificada para mejorar la situación de una persona, sin perjudicar a otra. Un concepto más débil de eficiencia es el de Eficiencia de Kaldor-Hicks²⁰.

De acuerdo con este concepto, una norma jurídica es eficiente si las personas o grupos de personas que mejoran pueden compensar a aquellos que empeoran.

18 Chiassoni, Pierluigi, “El Análisis Económico del Derecho Orígenes y métodos del Law & Economics en los EE.UU.”, Palestra Editores, Lima, 2013.

19 Este criterio de eficiencia fue desarrollado por Vilfredo Pareto, ya que “una asignación de bienes es óptimo en el sentido de Pareto (o Pareto eficiente) cuando no hay posibilidad de redistribución de una manera en la que al menos una persona estaría mejor, mientras que ningún otro individuo terminase peor. Una definición también se puede hacer en dos pasos: -un cambio de la situación A a B es una mejora de Pareto si al menos un individuo mejora sin que otros individuos salgan desfavorecidos; -B es óptimo de Pareto si no existe una posible mejora de Pareto”. Pareto, Vilfredo, “Manuale di economia politica”, Società Editrice Libreria, 1906.

20 Hicks, J. R., “The Rehabilitation of Consumers’ surplus”, publicado en: Review of Economic Studies, Oxford University Press, vol. 8(2), pp. 108-116. El criterio de Kaldor-Hicks para un aumento de la renta social (“bienestar económico”, “bienestar social” o “bienestar” son términos que se han utilizado como sinónimos por los distintos autores) considera que la renta social social «se ha elevado, incluso aun cuando algunos miembros estén peor de lo que estaban antes, si aquellos miembros que están mejor pueden compensar a los que han perdido y permanecer todavía en mejor situación».

Respecto del segundo ítem, relativo al costo de transacción, un concepto de especial importancia es el “Teorema de Coase”, que postula que si no existen los llamados “costos de transacción” son irrelevantes las reglas de responsabilidad civil para una óptima asignación de los recursos, en el sentido de la eficiencia social representada por el llamado “óptimo de Pareto”²¹.

En cuanto a las externalidades, básicamente consiste en que el bienestar de un agente está afectado por las acciones de otro agente en la economía, de modo que estarían las externalidades positivas y negativas, objeto de una necesaria regulación económica, como mecanismo de corrección. Finalmente está la introducción de la “Teoría de Juegos”, en el denominado “Diseño de mecanismos” (Robert Cooter y Thomas Ulen)²².

Algunos postulan que el derecho civil no requiere del AED para sobrevivir, siendo innecesario para el análisis jurídico. Sin embargo, Bullard (2006)²³ estima que el AED sí es un complemento del análisis jurídico. En este mismo sentido, Del Granado (2009)²⁴ ha impulsado el análisis económico del Derecho Romano y redactado un proyecto de Código Civil desde esta corriente de pensamiento. Otros –Castillo Freyre y Vásquez Kunze (2004)²⁵ –han postulado que existe una oposición entre el Derecho Civil y el análisis económico del Derecho.

21 Coase, R.H., “The Problem of Social Cost”, publicado en: *The Journal of Law and Economics*, Volumen III, 1960, pp. 1-44.

22 Cooter, Robert y Thomas Ulen, “Derecho y economía”, Fondo de Cultura Económica, México, 2016.

23 Bullard, James, “Worldwide Macroeconomic Stability and Monetary Policy Rules”, FRB of St. Louis Working Paper No. 2006-040A54.

24 Juan Javier del Granado, “La genialidad del Derecho romano, una perspectiva desde el análisis económico del Derecho”, publicado en: *Revista do Ministerio Público do Rio do Sul* 63 (2009), pp. 167-195.

25 Ricardo Vásquez Kunze, “Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil”, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

En nuestro país no existe un movimiento doctrinario fuerte en esta área. De hecho, casi no existe literatura nacional sobre el tema; la disponible, en su mayoría, es extranjera. Empero, aterrizando el AED en nuestra realidad jurídica, cabe decir que, doctrinariamente, se ha señalado que la posibilidad del juez de tomar una decisión que signifique otorgar incentivos e información a los individuos –para que en casos futuros puedan ajustar su conducta a reglas claras y definidas en precedentes asentados en razón de criterios que incluyan razonamientos económicos– más que centrar su atención a las repercusiones, que puede tener la sentencia, en el bienestar de las partes resulta completamente alejada de la manera en como Andrés Bello entendió la labor del juez, en cuanto a la extensión de sus resoluciones. Ello, por cuanto el artículo tercero inciso segundo de dicho cuerpo de leyes, establece que “las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”²⁶.

No obstante lo expuesto sobre la dogmática nacional, cabe señalar que sí se ha analizado en nuestro país el acceso a la justicia y sus costos. En efecto, una parte, respetable de la moderna doctrina nacional –por ejemplo, Juan Enrique Vargas Viancos, Carlos Peña González y Jorge Correa Sutil– señala: “*Solo poniendo un precio a la justicia se evitará la litigación ineficiente y se salvará al sistema de su colapso. Ello, por supuesto, en nada se opone al establecimiento de subsidios directos en favor de las personas que carezcan de los recursos necesarios para proporcionarse este bien. De esta forma, se podrá poner fin al carácter regresivo de la inversión en justicia. Tales autores explicaron que el carácter regresivo de los gastos de justicia se debía a que la inversión en justicia no iba aparejada de un efecto disuasivo asociado a las externalidades que se producían por el sistema de administración de justicia. La regresividad del gasto, es, por lo tanto, un problema desde la perspectiva de la oferta. Sin embargo, el establecimiento de desincentivos para demandar –por medio del establecimiento de tasas–, tiende a solucionar el problema desde la perspectiva de la demanda.*”

26 Nicolás Carrasco Delgado, “Análisis económico del Derecho de la tutela cautelar en la legislación civil en Chile”, publicado en: Revista de Derecho, Escuela de Postgrado, Universidad de Chile, N° 2, 2012, pp. 93-120.

Con ello se demuestra que los autores tratan metodológicamente ambas dificultades como un solo problema, sin las necesarias prevenciones de que se trata de asuntos diferentes”²⁷.

En resumen, respecto de este argumento, y su conexión con determinadas áreas el derecho civil, en particular la responsabilidad extracontractual, actualmente es muy aceptado doctrinariamente, v.gr. Viviana Kluger²⁸, María Josefina Tabano²⁹ y Eduardo A. Zannoni³⁰. En dicho escenario, lo creemos plenamente aplicable a este trabajo, y a la excepción propuesta con antelación, para una hipotética defensa fiscal en los juicios de hacienda.

III. Corresponde adentrarse a la ya enunciada argumentación en base a principios inspiradores del derecho privado, por ejemplo, la buena fe, el enriquecimiento sin justa causa u otros. Para tal efecto, y como antes se refirió, debería estarse ante una hipótesis de litigio judicial, no poco probable, de notable desproporción en las prestaciones solicitadas, es decir de una petición exorbitante, unido a que, idealmente, el argumento que se propone no sea sino uno más de varios que sustenten la posición fiscal. Sobre el punto, esto es, el adoptar un adecuado concepto sobre lo que son y qué significan los referidos principios es muy interesante la denominada “teoría estructurante del derecho”, postulada por Friedrich Müller³¹, seguida por el profesor de la Pontificia Universidad Católica

27 Correa Sutil, Jorge, Peña González, Carlos y Vargas Viancos, Juan Enrique, “¿Es la justicia un bien público?”, publicado en: Revista Perspectivas, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, vol. 3, N° 2, 2000, pp. 389-409.

28 Kluger, Viviana (Compiladora) “Análisis Económico Del Derecho”, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2006.

29 Tabano, María Josefina, “Coase: Un teorema para el derecho. Su aplicación a la Responsabilidad Civil, los Derechos Patrimoniales, al Derecho de los Contratos y al Derecho de Familia”, publicado en: Kluger, Viviana (Compiladora) “Análisis Económico Del Derecho”, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2006.

30 Zannoni, Eduardo A., “El análisis económico del Derecho y los límites cuantitativos de la reparación de daños”, publicado en: Kluger, Viviana (Compiladora) “Análisis Económico Del Derecho”, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2006.

31 Müller, Friedrich, “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas”, publica-

de Valparaíso Eduardo Aldunate Lizana³², citado por Sebastián Chandía Olivares, conceptualizando como fuentes del derecho a “(...) *todas aquellas instancias a partir de las cuales [se puede] afirmar la existencia de ciertas normas como normas vigentes en el ordenamiento jurídico y aquí la expresión instancia, quiere ser lo suficientemente amplia como para recoger la pluralidad de fenómenos sociales a los cuales, en distintos tiempos y lugares, se les otorga o reconoce la cualidad de servir de base a una afirmación sobre una o más normas vigentes*”³³. Lo conceptualizado anteriormente queda aún más claro si se tienen presentes algunas de las ideas centrales de la teoría del método jurídico estructurante (o teoría estructurante del derecho) postulada, como se dijo, por Friedrich Müller³⁴.

La posición de Eduardo Aldunate Lizana, en definitiva, considera a los principios jurídicos como fuente del derecho, y en la medida que se permita su uso disciplinado en la construcción normativa, aquí, y de ese modo, tendrían un lugar en la argumentación jurídica³⁵.

Respecto de los efectos de los principios jurídicos en relación al derecho positivo, cabría preguntarse cuál sería la específica relación existente entre los principios jurídicos y los ordenamientos jurídicos o, en términos más generales, el derecho positivo. Para la gran mayoría de los autores, existiría una estrecha relación entre los principios jurídicos y el derecho positivo: los principios jurídicos en cuanto realidades metafísicas existirían en algún lugar del derecho, ocupando un lugar en él; serían, según las poéticas palabras del Tribunal Supremo español,

do en: Revista Española de Derecho Constitucional, año 9, N° 27, septiembre-diciembre, 1989, pp. 111-126.

32 Aldunate Lizana, Eduardo, “Consideraciones preliminares para una teoría de la interpretación jurídica”, publicado en: Revista Chilena de Derecho, número especial, 1998.

33 Chandía Olivares, Sebastián, “Principios jurídicos y ordenamiento jurídico. Bases para una teoría general de los principios jurídicos en el sistema constitucional chileno”, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 2012.

34 Müller, Friedrich, Op. Cit.

35 Aldunate Lizana, Eduardo, “Consideraciones preliminares para una teoría de la interpretación jurídica” en: Revista Chilena de Derecho, número especial, 1998.

“la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica” y “el oxígeno que respiran las normas”³⁶. Con todo, las relaciones entre los principios jurídicos y el derecho positivo no es algo pacífico en la doctrina. Algunos autores entienden que los principios del derecho constituirían derecho vigente sin que sea necesario que medie instrumento jurídico alguno que los positivice. En efecto, se ha reconocido que los principios jurídicos tendrían una especial naturaleza de principios ético-jurídicos y que, en cuanto tales, constituirían derecho vigente. Se habla incluso de una “justiciabilidad directa de los principios”³⁷ y se dice que ellos estarían generalmente formulados en forma expresa en los diversos textos normativos vigentes; pero otras veces, ellos no estarían expresamente formulados y formarían parte de un llamado “derecho supra legal” o “derecho natural”³⁸, constituyendo los llamados “principios extrajurídicos”³⁹ o “no positivados”; otros autores, en cambio, entienden que los principios jurídicos requieren ser incorporados al derecho positivo, esto es, deben ser “positivados”. Para Esser, “no se restringiría ni a ‘la’ ley ni a un sistema interpretativo de ésta, sino que comprende[ría] un acervo siempre maleable de principios, máximas y reglas susceptibles de convertirse en positivos y que constituyen partes de la convicción viviente de los jueces y con respecto a los cuales, debe, pues, plantearse de una vez el problema de su localización y procedencia”⁴⁰. En consecuencia, los “principios jurídicos –aparte de las funciones esbozadas supra-cumplirían también una función normativa, en cuanto colaboran en la “aplicación y producción de normas por parte

36 Chandía Olivares, Op. Cit.

37 Aldunate Lizana, Eduardo, “Curso de Introducción al estudio del Derecho”, material inédito, 2010, p. 8.

38 *Ibidem*.

39 Aldunate Lizana, Eduardo, “Principios jurídicos y neoconstitucionalismo”, publicado en: Carbonell, Flavia; Letelier, Raúl y Coloma, Rodrigo (coordinadores), Principios jurídicos. Análisis y crítica, Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing-Abeledo Perrot, 2011, p. 153.

40 Esser, Josef, “Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado”, Bosch casa editorial, Barcelona, España, 1961, p. 30.

de los órganos jurídicos correspondientes”⁴¹⁴². Por su parte, en nuestra doctrina nacional, Alejandro Guzmán Brito reconoce “*que los principios del derecho inspiran instituciones, figuras y normas, pero cumplido ello, el principio no se agota, pues conserva su capacidad de inspirar otra vez el sentido de nuevas instituciones, figuras, soluciones, técnicas o normas (...). Esta es la razón por la cual los principios del derecho no puedan ser positivados, lo que supone incluso que no puedan ni ser formulados. Al serlo, se transformarían en normas*”⁴³.

En el anterior escenario, llegamos a lo que se denomina el “efecto declarativo de los principios”, que consiste, básicamente, en que un principio jurídico ya existente “es recogido y declarado en un texto normativo, con el efecto general de precisarlo y sistematizarlo por escrito”⁴⁴. De esta forma, “el precepto de derecho positivo no es más que la exposición escrita y formal de un principio jurídico previamente existente”⁴⁵. Para algunos, los principios nunca pueden transformarse en derecho positivo⁴⁶.

“Quizá el caso más paradigmático de interacción declarativa entre principios jurídicos y derecho positivo es el del principio de buena fe. El principio de buena fe es un principio que viene desarrollándose desde el derecho romano y fue incorporándose poco a poco en las modernas

41 Chandía Olivares, Op. Cit., p. 196 (cita a: Nieto, Alejandro, “Derecho Administrativo Sancionador”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2011, pp. 42- 43).

42 Ibídem.

43 Guzmán Brito, Alejandro, El derecho privado constitucional, Valparaíso, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001, p. 66.

44 Díez de Velasco, Manuel, Instituciones de Derecho Internacional Público, Editorial Tecnos. Madrid, España, 2007, p. 143.

45 Rodríguez Carrión, Alejandro, “Lecciones de Derecho Internacional Público”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2002, pp. 232- 234.

46 Kelsen, Hans, Teoría general de las normas, Ciudad de México, México: Editorial Trillas, 1994, p.124. Para Kelsen ni aún estas circunstancias harían posible la “positivación” de los principios: “(...) sólo ciertas normas, esto es, las que ordenan actos coercitivos específicos, se ‘positivan’, ya que fueron generadas de una manera específica por el propio derecho”.

codificaciones. Así, “el principio de buena fe no sólo se alza como un principio rector en el ámbito del derecho privado, sino que se alzaría como un principio general del derecho”⁴⁷ y, como tal, se manifestaría en diversos ámbitos del mismo, ya en el derecho procesal (artículos 84, 85 y 88 del Código de Procedimiento Civil), en el derecho del trabajo (artículos 425 y 430 del Código del Trabajo), en el derecho tributario (artículo 26 del Código Tributario); además fundamentaría determinadas instituciones, como el matrimonio putativo (artículo 51, Ley N° 19.947), “la doctrina de los actos propios”⁴⁸, el fraude a la ley (artículo 183, Ley N° 20.123) y “el levantamiento del velo corporativo”⁴⁹ y sería el sustento de otros principios jurídicos (como el principio de la primacía de la realidad en sede laboral). En fin, en todos estos casos, se ha estimado que los preceptos de derecho legislado no han sido declarados o recogidos en un principio jurídico ya existente.

IV. Finalmente, en cuanto a la concurrencia de los tres argumentos antes citados, en relación a la excepción que se ha propuesto, o en favor del Estado, las creo totalmente procedentes y concurrentes. En efecto, en todo juicio indemnizatorio, en especial los de hacienda, en que se ventilan pretensiones por altas sumas de dinero, existe la posibilidad de condena, que se perfila como una consecuencia evidentemente de orden patrimonial, lo que no solo subsume la cuestión en análisis en el ámbito consecuencialista utilitarista, sino que, también, de lleno, en el área del análisis económico del Derecho.

Respecto del uso del referido argumento en materia de defensas fiscales, nos parece que derechamente no se utiliza, no obstante que aquello pudiere tener una plausibilidad ante una posible condena a sumas exorbitantes, como, por ejemplo, evidenciar una potencial complicación en el manejo de las finanzas públicas o afectación presupuestaria. Desde luego que se está ante un supuesto de condenas

47 Chandía Olivares, Op. Cit., p. 186 (cita a: López Santa María, Jorge, “Los contratos. Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2005, p. 397).

48 Chandía Olivares, *Ibidem*.

49 Chandía Olivares, *Ibidem*.

masivas por altas sumas de dinero, habida consideración de que, además, determinadas materias de hacienda pública, por regla general, son reservadas. En efecto, todo parece indicar que las defensas opuestas, respecto de demandas cuantiosas, transitan por aludir, por ejemplo, a “lo infundado de la pretensión”, “lo exorbitante de la misma”, que la demanda “tiene por objeto un enriquecimiento sin causa” o “que se rebaje el monto demandado, conforme a la prudencia y equidad del tribunal” (por ejemplo, en la ponderación del daño moral). Sobre este punto, vemos como, para tal efecto, se recurre por los litigantes también a los principios formativos del derecho privado, como lo es el de la “equidad”, cuya fuente positiva se observa en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, puntualmente en su número 4, que dispone: “las sentencias judiciales deben contener la enunciación de las leyes, o en su defecto, de los principios de equidad con arreglo a los cuales se dicta el fallo”⁵⁰.

No obstante, estimo que lo recién expuesto no mella la procedencia de este ensayo argumentativo. Así, la apuntada no utilización de argumentos o defensas como las analizadas en esta reflexión produce una correlativa y hasta entendible falencia de los tribunales en no argumentar o discurrir en materias de suyo interesantes, dado que, desde luego, no pueden pronunciarse sobre cuestiones que no se someten a su conocimiento. En resumen, debiendo perfeccionarse la estructura de la alegación propuesta, y la oportunidad de su efectiva interposición en sede litigiosa, se estima que la misma es perfectamente oponible.

50 Nota del Departamento de Estudios: En Chile existen normas que sancionan a los litigantes temerarios. Es el caso del artículo 50 E de la Ley N° 19.946, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, que, en su inciso primero, afirma: «En aquellos casos en los que, en virtud de esta ley, se interponga ante tribunales una denuncia o demanda que carezca de fundamento plausible, el juez, en la sentencia y a petición de parte, podrá declararla como temeraria. Realizada tal declaración, los responsables serán sancionados en la forma que señala el artículo 24 de esta ley, salvo que se trate de acciones iniciadas de conformidad a lo señalado en el N° 1 del artículo 51. En este último caso, la multa podrá ascender hasta 200 unidades tributarias mensuales, pudiendo el juez, además, sancionar al abogado, conforme a las facultades disciplinarias contenidas en los artículos 530 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales».

Bibliografía

- Alcalde Rodríguez, Enrique, “Los principios generales del derecho: su función de garantía en el derecho público y privado chileno”, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003.
- Aldunate Lizana, Eduardo, “Consideraciones preliminares para una teoría de la interpretación jurídica”, publicado en: Revista Chilena de Derecho, número especial, 1998, pp. 27-31.
- Aldunate Lizana, Eduardo, “Curso de Introducción al Estudio del Derecho”, material inédito, 2010.
- Aldunate Lizana, Eduardo, “Principios jurídicos y neoconstitucionalismo”, publicado en: Carbonell, Flavia; Letelier, Raúl y Coloma, Rodrigo (coordinadores), “Principios jurídicos. Análisis y crítica”, Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing- Abeledo Perrot, 2011.
- Biblioteca del Congreso Nacional (Guido Williams Obreque y James Wilkins Binder), “Responsabilidad civil extracontractual: Doctrinas derivadas del resultado daños del tabaco”.
- Carbonell Bellolio, Flavia, “La argumentación consecuencialista en el Tribunal Constitucional Español”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- Carrasco Delgado, Nicolás, “Análisis económico del Derecho de la tutela cautelar en la legislación civil en Chile”, publicado en: Revista de Derecho, Escuela de Postgrado, Universidad de Chile, N° 2, 2012, pp. 93-120.
- Coase, R.H., “The Problem of Social Cost”, publicado en: The Journal of Law and Economics, Volumen III, 1960, pp. 1-44.
- Cooter, Robert y Ulen, Thomas, “Derecho y economía”, Fondo de Cultura Económica, México, 2016.

- Córdoba, Rafael Cejudo, “Deontología y consecuencialismo: un enfoque informacional”, publicado en: *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía* 42 (126), 2010, pp. 3-24.
- Correa Sutil, Jorge; Peña González, Carlos y Vargas Viancos, Juan Enrique, “¿Es la justicia un bien público?”, publicado en: *Revista Perspectivas*, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, volumen 3, N° 2, 2000, pp. 389-409.
- Chandía Olivares, Sebastián, “Principios jurídicos y ordenamiento jurídico. Bases para una teoría general de los principios jurídicos en el sistema constitucional chileno”, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 2012.
- Chiassoni Pierluigi, “El Análisis Económico del Derecho Orígenes y métodos del Law & Economics en los EE.UU.”, Palestra Editores, Lima, 2013.
- Del Granado, Juan Javier, “La genialidad del Derecho romano, una perspectiva desde el análisis económico del Derecho”, publicado en: *Revista do Ministerio Público do Rio do Sul* 63, 2009, pp. 167-195.
- Dworkin, Ronald, “Law’s” Empire”, Harvard University Press, Cambridge, 1986.
- Guastini, Riccardo, “Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho”, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999.
- Guzmán Brito, Alejandro, “El derecho privado constitucional”, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2001.
- Kelsen, Hans, “Teoría general de las normas”, Editorial Trillas, México, 1994.
- Kluger, Viviana (Compiladora) “Análisis Económico Del Derecho”, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2006.
- López Santa María, Jorge, “Los contratos. Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.
- MacCormick, Neil, “Legal Reasoning and Legal Theory”, Clarendon, Oxford, 1997.

Müller, Friedrich, “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas”, publicado en: Revista Española de Derecho Constitucional, año 9, N° 27, septiembre-diciembre, 1989, pp. 111-126.

Pareto, Vilfredo, “Manuale di economia politica”, Società Editrice Libreria, 1906.

Pino Emhart, Alberto, “Fundamentos de justicia correctiva y distributiva en la responsabilidad civil extracontractual”, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2011.

Sen, Amartya, “Poverty and Famines: An Essay on Entitlements and Deprivation”, Clarendon Press, Oxford, 1981.

Serrano, Enrique, “La teoría aristotélica de la justicia”, publicado en: Isonomía N° 22, 2005, pp. 123-160.

Vásquez Kunze, Ricardo, “Autopsia del análisis económico del Derecho por el Derecho Civil”, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

Von Pottstock Padilla, Edmundo, “Apuntes de clases de Procedimiento Civil - Definición de Juicio de hacienda”, 1981.

Wróblewski, Jerzy, “Sentido y hecho en el derecho”, Servicio Editorial Universidad del país vasco, San Sebastián, España, 1988.

Zannoni, Eduardo A., “El análisis económico del Derecho y los límites cuantitativos de la reparación de daños”, publicado en: Kluger, Viviana (Compiladora) “Análisis Económico Del Derecho”, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2006.