

ERNEST J. WEINRIB

LA IDEA DE DERECHO PRIVADO

Traducción de
Eze Paez

Revisión de
Diego M. Papayannis

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

me he beneficiado de largas y continuas conversaciones durante muchos años con Peter BENSON y Martin STONE.

La investigación y redacción de este libro fueron en gran medida facilitadas por el disfrute de la Killian Research Fellowship, la Connaught Research Fellowship in the Humanities and Social Sciences y una beca de investigación del Social Sciences and Humanities Research Council of Canada. Agradezco al Canada Council, la Universidad de Toronto y al Social Sciences and Humanities Research Council of Canada por brindarme su ayuda. También agradezco a Rochelle VIGURS por la alegría y eficiencia con la que aguantó los sucesivos borradores sin fin del manuscrito.

Una versión de este manuscrito constituyó las Julius Rosenthal Lectures de 1993 en la Facultad de Derecho de la Northwestern University. Agradezco a la Facultad de Derecho de la Northwestern University que me invitara a participar en esta prestigiosa serie de conferencias y al claustro y estudiantes de la Northwestern que hicieran de la mía una estancia agradable, estimulante y productiva.

CAPÍTULO I

COMPRENDER EL DERECHO PRIVADO

1. INTRODUCCIÓN

En este libro abordo una sola cuestión: ¿cómo hemos de comprender el derecho privado?

El derecho privado es un fenómeno omnipresente de nuestra vida social, un participante silencioso bien que ubicuo en nuestras transacciones más comunes. Regula los bienes de que somos propietarios y que usamos, los daños que infligimos o evitamos infligir, los contratos que celebramos o incumplimos. Es el depósito público de nuestras intuiciones más profundamente arraigadas sobre la justicia y la responsabilidad personal. El derecho privado se encuentra también entre las primeras disciplinas que estudian los futuros juristas. Su lugar en los currículos de las facultades de derecho señala el consenso existente entre los profesores de derecho de que el derecho privado es la manifestación más elemental del derecho; su manera de razonar, paradigmática del pensamiento jurídico; y sus conceptos, presupuestos en formas más complejas de organización jurídica.

Consecuentemente, la pregunta acerca de cómo hemos de comprender el derecho privado se abre a los paisajes amplísimos de la teoría y práctica jurídicas. Están en cuestión la naturaleza de la justificación jurídica, los límites de la función judicial y de las competencias judiciales, la diferencia entre el derecho privado y otros tipos de estructuras jurídicas, la relación entre las consideraciones jurídicas y éticas, y la viabilidad de nuestras instituciones jurídicas más básicas. En efecto, si el derecho privado es tan fundamental como los profesores de derecho asumen, nuestros errores al respecto afectarán nuestra comprensión de todo el campo jurídico.

El rasgo más destacado del derecho privado es que conecta directamente a dos partes mediante el fenómeno de la responsabilidad. Tanto el proceso como la doctrina expresan esta conexión. Procesalmente, los litigios de derecho privado asumen la forma de una acción que un demandante particular interpone frente a un demandado particular. Doctrinalmente, requisitos como la causación de un daño muestran que la pretensión del demandante depende de que haya sufrido un injusto a manos del demandado. Al identificar a estas dos partes y reunir las de este modo, el derecho privado no se centra en los litigantes individualmente considerados, ni en los intereses de la comunidad en su conjunto, sino en una relación bilateral de responsabilidad.

Lo que me preocupa aquí es la responsabilidad como un espacio sujeto a una moral especial que posee una estructura propia y un repertorio de argumentos propio. Entre las cuestiones que consideraré se hallan las siguientes: ¿cuál es el marco para comprender esta moral?, ¿cuáles son su estructura y su fundamento normativo?, ¿y cómo cumple el funcionamiento del derecho privado con sus exigencias? Lo que me importa de estas preguntas es la responsabilidad más que la propiedad. Por supuesto que la propiedad privada es fundamental para el derecho privado, y este libro asume una concepción determinada de la propiedad. Pero mi objetivo principal no consiste en considerar la relación de derecho privado de forma estática a través de lo que las partes poseen, sino de forma dinámica a través de las normas que regulan su interacción.

Actualmente, la idea de que el derecho privado constituye una forma de interacción normativamente distinta no goza de mucho apoyo. De acuerdo con la posición estándar en la academia contemporánea, el derecho privado no se diferencia de otras ramas del derecho: como todo derecho, el derecho privado es normativo solo en la medida en que cumpla objetivos socialmente deseables; y uno comprende el derecho privado, primero, identificando estos objetivos y, luego, evaluando con cuánto éxito los cumple.

En este capítulo deseo presentar los temas de este libro mediante el contraste entre la posición estándar y el enfoque que iré desarrollando. Mi tesis es que al centrarse en los objetivos que el derecho cumpliría la posición estándar no se toma en serio los rasgos que expresan el carácter interno del derecho privado. Sugiero, en cambio, que uno debe comprender el derecho privado desde una perspectiva interna al mismo.

Nos orientaremos hacia esta perspectiva interna mediante los pasos siguientes. Primero, delinearé la función que desempeñan los objetivos en la posición estándar como fundamentos independientes de justificación. Recurrir a tales objetivos refleja un conjunto de presupuestos sobre el derecho privado ampliamente extendidos: que el derecho no es un cuerpo de estudio autónomo, que no se puede separar el derecho de la política, que los conceptos del

derecho no deben tomarse en serio por sí mismos y que el derecho privado no es distinto de otras ramas del derecho. Luego delinearé un enfoque alternativo que cuestiona esos presupuestos. El enfoque alternativo trata el derecho privado como un fenómeno internamente inteligible al basarse en lo que resulta destacable en la experiencia jurídica y al intentar dar sentido al pensamiento y discurso jurídicos en sus propios términos. El papel de la coherencia es crucial en este enfoque tanto como una característica interna del derecho privado como, más generalmente, una idea que carece de referente externo. Atender a los rasgos internos del derecho privado nos llevará a reconsiderar la posición estándar de que el derecho no puede ser una disciplina autónoma. Finalmente, esbozaré los componentes de la teoría que elucida la perspectiva interna que permite comprender el derecho privado. Esta es la teoría que será desarrollada en el resto del libro.

2. LOS OBJETIVOS DEL DERECHO PRIVADO

La posición común entre los teóricos del derecho es que el derecho se comprende a través de sus objetivos. Para comprender el derecho de daños, por ejemplo, debemos determinar el objetivo u objetivos que el derecho de daños cumple o debería cumplir. De acuerdo con esto, los teóricos de la responsabilidad extracontractual examinan el derecho de daños teniendo en mente las siguientes preguntas: ¿el objetivo del derecho de daños es compensar a las víctimas de accidentes?, ¿o su objetivo es prevenir conductas que podrían producir daños? Si la compensación es su objetivo, ¿deberían repartirse los costes de la compensación de la forma más amplia posible o deberían asignarse a las personas que sean lo suficientemente ricas como para soportarlos fácilmente? Si su objetivo es la prevención, ¿exige ello la especificación colectiva de las actividades cuya capacidad para dañar las hace socialmente indeseables o exige canalizar incentivos a través del mercado y de su estructura de precios? O, por alternativa, ¿es el derecho de daños un sistema con una mezcla de objetivos que incluye a todos estos objetivos así como a otros en una red compleja de ajustes y compromisos?

La idea de que el derecho se comprende a través de sus objetivos —idea a la que podríamos llamar funcionalismo— se halla particularmente bien arraigada en la academia jurídica estadounidense. La preocupación por los objetivos del derecho aparece en sucesión ininterrumpida desde la jurisprudencia de Oliver Wendell HOLMES pasando por la revuelta realista en contra del legado de Christopher Columbus LANGDELL hasta la actual preocupación con las políticas y la evaluación de intereses sociales. Su manifestación contemporánea más prominente es el enfoque económico, que ha generado análisis complejos y sofisticados de los efectos incentivadores de diferentes reglas de responsabilidad. El enfoque económico, sin embargo, es solo el ejemplo más

notable de cómo actualmente se comprende el derecho privado en términos de objetivos. Incluso aquellos que están en desacuerdo con la idea de que se trate de objetivos económicos raramente consideran que los objetivos sean en principio irrelevantes. En lugar de enfatizar objetivos como la maximización de la riqueza¹ o la disuasión general² defienden la libertad³ o la comunidad⁴. Su disputa con los economistas se refiere a su elección de objetivos, no a la búsqueda de objetivos.

La aproximación funcional al derecho privado posee un atractivo comprensible. Los objetivos propuestos especifican aspectos del bienestar humano —la compensación de daños, por ejemplo, o la minimización de la frecuencia y la gravedad de los accidentes— que es deseable promover. La comprensión del derecho privado orientada a objetivos se sigue de la proposición aparentemente axiomática de que «el propósito del derecho es satisfacer necesidades humanas»⁵. La tarea de los teóricos consiste entonces en especificar los objetivos que son relevantes para los incidentes regulados por una rama particular del derecho privado, en indicar cómo se deben equilibrar diferentes objetivos, en evaluar si la doctrina jurídica actual tiene éxito en alcanzar los objetivos especificados y en sugerir reformas que puedan mejorar tal éxito. Desde esta perspectiva funcionalista, el valor justificativo de los objetivos es independiente y externo al derecho que justifican. Para continuar con el ejemplo de la responsabilidad extracontractual, la prevención de accidentes y la compensación de las víctimas de accidentes son socialmente deseables con independencia del derecho de daños. En efecto, el derecho de daños debería ser modificado o incluso abolido si se demostrara un medio inadecuado para cumplir con estos objetivos. Si el derecho de daños los promueve, tanto mejor. Estos objetivos, sin embargo, son justificables independientemente y no derivan su validez del derecho de daños.

Una consecuencia del enfoque actual en objetivos independientemente justificables es que el derecho privado está involucrado en el análisis funcionalista solo de forma indirecta. El funcionalista comienza fijando su vista más allá del derecho privado, en el catálogo de objetivos sociales que apoya. El derecho privado importa solo en la medida en que promueva o frustre esos objetivos. Lo que el funcionalista propone no es tanto una teoría del derecho privado como una teoría de los objetivos sociales en la que el derecho privado puede o no encajar.

Dado que se preocupan por objetivos independientemente justificables en vez de directamente por el derecho privado, los enfoques funcionalistas al

¹ POSNER, 1986.

² CALABRESI, 1970.

³ EPSTEIN, 1973.

⁴ BUSH, 1986.

⁵ CALABRESI, 1975: 105.

derecho privado son radicalmente incompletos. Al funcionalista le preocupa si los resultados de los casos promueven los objetivos postulados. El derecho privado, sin embargo, es más que la suma de sus resultados. También incluye un conjunto de conceptos, un diseño institucional distintivo y una forma de razonar característica. Estos aspectos son componentes de la estructura interna del derecho privado y carecen de relación inmediata con los objetivos extrínsecos del funcionalista. En la medida en que el funcionalismo ignora o rechaza estos aspectos, no logra dar explicación a lo que es más característico del derecho privado como fenómeno jurídico.

Además, los objetivos apoyados por los funcionalistas son independientes no solo del derecho privado, sino entre sí. Por ejemplo, la compensación y la prevención, los dos objetivos habitualmente atribuidos al derecho de daños, carecen de una conexión intrínseca: nada acerca de la compensación en sí misma justifica que se limite a quienes son víctimas de daños prevenibles del mismo modo que nada acerca de la prevención en sí misma justifica su limitación a actos que producen un daño compensable. Comprendido desde el punto de vista de objetivos mutuamente independientes, el derecho de daños es un conglomerado de objetivos no armonizados y en competencia.

En este libro argumentaré que, a pesar de su actual popularidad, la comprensión funcionalista del derecho privado está equivocada. Sostendré que el derecho privado solo puede ser captado desde dentro y no como la manifestación jurídica de un conjunto de objetivos extrínsecos. Si hemos de expresar esta inteligibilidad en términos de objetivos, lo único que puede decirse es que el objetivo del derecho privado es ser derecho privado.

El funcionalismo de la teoría del derecho contemporánea está tan arraigado que atribuir al derecho privado el objetivo de ser él mismo es rechazado de plano como una tautología irremediabilmente no clarificadora⁶. De acuerdo con la posición dominante contemporánea, el derecho privado es —y no podría ser de otro modo— la manifestación jurídica de objetivos independientemente justificables.

A pesar de ello, este rechazo de la inteligibilidad interna del derecho privado es sorprendente. No puede tratarse (uno espera) de que la idea misma de que un fenómeno sea inteligible solo en términos de sí mismo resulte poco familiar. Algunos de los fenómenos más importantes de la vida humana —el amor o nuestras amistades más significativas, por ejemplo— son inteligibles de este modo. Reconocemos de inmediato el absurdo de sugerir que el propósito de amar es maximizar la eficiencia al permitir la experiencia de ciertas satisfacciones mientras al mismo tiempo se evitan los costes de transacción de repetidas negociaciones entre las partes de la relación⁷. Los mismos tér-

⁶ POSNER, 1990: 447; EPSTEIN, 1989; FISS, 1988.

⁷ POSNER, 1986: 238-239.

minos de análisis son contrarios a la naturaleza de lo que se está analizando. Explicar el amor en términos de objetivos extrínsecos es necesariamente un error, porque el amor no reluce en nuestras vidas con la luz prestada de un fin extrínseco. El amor es su propio fin. Sostengo que, en este respecto, el derecho privado es exactamente como el amor.

Por añadidura, es solo a oídos contemporáneos (especialmente oídos estadounidenses contemporáneos) que la idea de la inteligibilidad interna del derecho privado suena extraña. Esta idea ha sido el estándar en la teoría del derecho occidental desde que ARISTÓTELES se percató por vez primera del carácter distintivo del derecho privado. Entre sus subsiguientes partidarios se hallaron AQUINO, GROCIO, KANT y HEGEL. Tan dominante ha sido, de hecho, la idea de la inteligibilidad interna del derecho privado en la historia de la teoría del derecho que uno puede contemplarla apropiadamente como la comprensión clásica del derecho privado. Mi intención con este libro es rememorar esta comprensión y argumentar que continúa teniendo importancia.

3. LOS PRESUPUESTOS DEL FUNCIONALISMO

El enfoque funcionalista al derecho privado va acompañado de una serie de presupuestos ampliamente extendidos acerca del lugar del derecho entre las disciplinas intelectuales y su estatus como empresa justificativa. Para que mi argumento resulte persuasivo también habrá que reconsiderar estos presupuestos.

El primer presupuesto es la negación de que el derecho es un cuerpo de estudio autónomo⁸. Puesto que los objetivos funcionalistas son independientemente justificables y el propósito del derecho es reflejarlos, el estudio del derecho deviene parasitario del estudio de las disciplinas no jurídicas (la economía, la teoría política y la filosofía moral son actualmente las más populares) que podrían validar esos objetivos. De ahí la proliferación entre los juristas académicos de intereses interdisciplinarios diversos en «Derecho y...», siendo el elemento vital del dúo invariablemente el no jurídico. El derecho proporciona solo la forma oficial en que se traducen las conclusiones del pensamiento no jurídico. El presupuesto dominante es que el contenido del derecho no puede ser aprehendido por sí mismo, simplemente como derecho. Se considera que el derecho no tiene más significado que el que logra aprender de otras disciplinas y cuestiones. Efectivamente, se considera que la capacidad de suministrar conocimiento sobre el derecho mediante conceptos y terminología ajenos es el símbolo de la objetividad y sofisticación académicas.

⁸ Para una descripción de los factores que han socavado la idea de la autonomía del derecho en años recientes, véase POSNER, 1987.

El segundo presupuesto que subyace al actual funcionalismo es que el derecho y la política se hallan inextricablemente mezclados. El recurso a objetivos independientemente válidos implica la inexistencia de una forma de justificación distintivamente jurídica. Según esta posición, las consideraciones que cuentan como razones en el foro jurídico no son diferentes a las consideraciones que cuentan como razones en el terreno político. Hay discusión acerca de la deseabilidad o factibilidad de los diversos objetivos que podrían proponerse, pero ninguno de esos objetivos o de los argumentos que los apoyan puede reclamar una posición privilegiada por ser en algún sentido inherentemente jurídico. Las justificaciones que afectan a los términos de interacción social pueden ser buenas o malas, pero no pueden ser jurídicas por oposición a políticas.

Por supuesto que los funcionalistas reconocen que el derecho contiene términos y conceptos propios. Estos, sin embargo, son vistos como meros vehículos de las consecuencias que producen. Uno comprende el derecho discerniendo estas consecuencias y evaluando su deseabilidad. La invocación por parte del derecho de estos conceptos es un ritual⁹, un velo que un análisis lúcido debe rasgar¹⁰, una práctica codificada con principios funcionalistas¹¹, o incluso una ofuscación benéfica que posee en sí misma un valor funcional¹². El tercer presupuesto del funcionalismo actual, pues, es que el conceptualismo del derecho no debe tomarse en serio por sí mismo.

El cuarto presupuesto es que no hay diferencia entre el derecho privado y el público¹³. Todo el derecho es público, en el sentido de que las autoridades jurídicas del Estado escogen sus objetivos predilectos y los inscriben en un programa de fines aprobados colectivamente. Los diferentes métodos para desarrollar los objetivos de la comunidad —legislación, adjudicación, regulación administrativa, etc.— son meramente diferentes especies de una única actividad genérica de traducir objetivos a una realidad jurídica. El presupuesto niega que el derecho privado sea privado en ningún sentido importante. Como mucho, el derecho privado es derecho público disfrazado¹⁴.

Estos cuatro presupuestos están entrelazados y se sostienen mutuamente. El estudio del derecho no puede ser una disciplina autónoma si su objeto no es una empresa normativa distintiva. De forma similar, al rechazar los conceptos característicos del derecho, el derecho se disuelve tanto como empresa y como disciplina en lo que sea pertinente para la formulación y evaluación de objetivos independientemente justificables. Este allanamiento del derecho, a

⁹ FRANK, 1931.

¹⁰ COHEN, 1935.

¹¹ POSNER y LANDES, 1987.

¹² CALABRESI, 1975.

¹³ Para el análisis, véase UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA, 1982.

¹⁴ GREEN, 1959.

su vez, impide la separación del derecho privado de la persecución colectiva de objetivos públicos.

Al afirmar que el único objetivo del derecho privado es ser derecho privado pretendo socavar todos estos presupuestos. Argumentaré que el derecho privado contempla a las partes en litigio como conectadas inmediatamente la una con la otra. Una interacción así concebida es categóricamente distinta de la del derecho público, que relaciona a las personas solo de forma indirecta a través de los objetivos colectivos determinados por la autoridad jurídica. Los diferentes mecanismos de enunciación de las normas jurídicas —adjudicación y legislación— reflejan a grandes rasgos los diferentes contornos de estos dos modos de interacción. La autonomía del derecho privado como cuerpo de estudio es una consecuencia del carácter distintivo del derecho privado como modo de interacción. Para comprender el derecho privado debemos tomarnos en serio sus conceptos fundamentales que, lejos de ser intermediarios para la operación de objetivos independientemente justificables, son los señaladores jurídicos de la conexión inmediata entre las partes. Comprendido de este modo, el derecho privado es un fenómeno jurídico, no político. Al rechazar los presupuestos funcionalistas podemos regresar a la idea de que el derecho privado debe ser comprendido desde dentro.

4. COMPRENDIENDO EL DERECHO PRIVADO DESDE DENTRO

¿Cómo puede comprenderse el derecho privado desde dentro? Esta pregunta se subdivide en dos. ¿Qué es el derecho privado? Y, ¿qué significa que su inteligibilidad es interna?

4.1. ¿Qué es el derecho privado?

En un sentido, la pregunta inicial «¿qué es el derecho privado?» es prematura. Puesto que nuestro objetivo es comprender qué es el derecho privado, responder a la pregunta es el fin —el *telos*, tanto la aspiración como la conclusión— de nuestra exposición. La pregunta nos invita, así, a volver nuestra mirada hacia territorio ya transitado.

En otro sentido, sin embargo, la cuestión señala a un viaje anticipado. Va a la identidad de lo que estamos intentando comprender. A menos que tengamos alguna respuesta —bien que borrosa, tenue o tentativa— a esta pregunta, seremos incapaces de proseguir.

Al formular la pregunta «¿qué es el derecho privado?» no pretendo sugerir que el derecho privado es arcano. Por el contrario, la pregunta solo tiene sentido porque el derecho privado se halla dentro de la experiencia intelectual

de cualquier estudiante de derecho. Una investigación acerca de la naturaleza del derecho privado no es una exploración de territorio jamás cartografiado, sino una visita a los hitos paisajísticos familiares de nuestro mundo jurídico. Debido a que sabemos, aunque de forma inarticulada o provisional, lo que el derecho privado es incluso antes de que podamos enfrentarnos explícitamente a la pregunta, podemos insistir en que la respuesta se mantenga fiel a ese conocimiento.

El punto de partida para teorizar sobre el derecho privado —así como sobre cualquier otra cosa— es la experiencia¹⁵. Podemos comprender solo aquello que nos es familiar. Formulo la pregunta «¿qué es el derecho privado?» no para tomar un atajo en la investigación al estipular la definición que prefiero, sino para dirigirnos a nuestra experiencia del derecho, especialmente la experiencia de quienes son abogados. Esta experiencia nos permite reconocer las cuestiones del derecho privado y participar en su discurso y razonamiento característicos. Cualquiera que sea nuestra dificultad para definir el derecho privado o para resolver cuestiones particulares dentro del mismo, somos conscientes de la existencia de un cuerpo de derecho que posee características tales como la alegación de la comisión de un injusto, la pretensión de una persona frente a otra, un daño, una exigencia de reparación, un sistema de adjudicación, un conjunto de reglas de responsabilidad, un corpus jurisprudencial, etcétera.

En el seno de la estructura mastodóntica del derecho privado, compuesta por casos, doctrinas, principios, conceptos, procedimientos, políticas y estándares, ciertos rasgos poseen una importancia especial. Estos son los que nos parecen prominentes en nuestra concepción del derecho privado, en el sentido de que su ausencia sistemática supondría la desaparición del derecho privado como modo de ordenación reconocible. Son tan centrales que cualquier análisis plausible del derecho privado los presupone o los invoca. En el nivel de la práctica, son inescapablemente fundamentales para el desarrollo continuado de la doctrina jurídica. En el nivel de la teoría, son los rasgos cuya presencia o soslayamiento deben ser explicados, pues una explicación que los ignore o los violente corre el riesgo de ser vista como forzada o artificial o de algún modo errada. Estos rasgos caracterizan el derecho privado en el sentido literal de proporcionarnos indicios de su carácter distintivo.

Tanto los rasgos institucionales como los conceptuales poseen este estatus especial. En el aspecto institucional, el derecho privado supone una acción de un demandante contra un demandado, un proceso de enjuiciamiento, la culminación de ese proceso en un juez que afirma con carácter retrospectivo los derechos y deberes de las partes y el derecho a un remedio específico o a una indemnización por la violación de esos derechos y el incumplimiento de

¹⁵ HEGEL, 1975a: 113-116, sec. 12.

esos deberes. En el aspecto conceptual, el derecho privado encarna un régimen de derechos y deberes correlativos que destaca, entre otras cosas, la centralidad de la causación de un daño y de la distinción entre la acción incorrecta y la mera omisión. Para los juristas que trabajan dentro de este sistema, estos rasgos institucionales y conceptuales son los puntos fijos dentro de los que discurre su pensamiento cuando se embarcan en la reflexión sobre el derecho privado.

La aparente centralidad de estos rasgos no significa que estén libres de controversia. Pueden ser cuestionados en la argumentación jurídica o por los teóricos del derecho. Por ejemplo, una decisión judicial puede obviar la convención de juicio retrospectivo al restringir su decisión a los efectos futuros, o el análisis económico puede sostener que el requisito de causación carece de importancia. Pese a ello, un jurista que se enfrente a estos desarrollos bien puede sentir —aunque sea incapaz de articular las razones teóricas de ese sentir— que esos no son desarrollos normales (ni incluso errados) del derecho de daños, sino que están fundamentalmente en contra de la naturaleza de la empresa entera. Y el derecho privado puede reflejar este sentimiento al incorporarlos, si acaso, solo en ocasiones especiales y con una justificación especial.

El elenco de rasgos institucionales y conceptuales que he listado sirve para identificar, al menos de modo preliminar, el fenómeno del derecho privado. Conformen, por así decirlo, el esqueleto del derecho privado, las características mínimas sin las cuales los juristas empezarían a perder su noción de derecho privado como una rama distintiva del derecho. A diferencia del funcionalismo de objetivos independientes, la explicación que se ofrece en este libro surge de esos rasgos y hace de ellos su centro. De este modo, pretende contribuir a la comprensión del derecho privado más que a la de los objetivos independientes que el derecho privado pueda o no promover.

Además, los rasgos que he mencionado parecen ser aspectos de, y de ese modo señalar hacia, el rasgo dominante que caracteriza al derecho privado: la conexión directa entre un demandante particular y un demandado particular. Los rasgos institucionales desarrollan el proceso de litigio y enjuiciamiento mediante los que el demandante defiende una pretensión directamente frente al demandado. Los rasgos conceptuales, como la exigencia de que el demandado haya causado el daño al demandante, basan esa pretensión en lo que el demandado haya hecho al demandante. La presencia de estos rasgos sugiere que la tarea central de la teoría del derecho privado es iluminar el carácter directo de la conexión entre las partes.

Cuando unimos estos dos puntos —la atención del funcionalismo a objetivos independientes en vez de a los rasgos del derecho privado y el carácter directo de la conexión entre las partes en la relación de derecho privado— vemos por qué el funcionalismo no ilumina el derecho privado. En lugar de

relacionar a las partes directamente, el funcionalismo se pregunta por los objetivos que separadamente sirven la condena del demandado a pagar una indemnización y la concesión de esa indemnización al demandante. Habiendo bifurcado la relación entre las partes, los enfoques funcionalistas no pueden tomarse en serio los rasgos que expresan la conexión directa del demandante con el demandado.

Una consecuencia del predominio académico del funcionalismo es que la idea misma de conexión directa ha perdido toda familiaridad. Pues si uno asume que el derecho debe promover objetivos independientes, ¿qué conexiones pueden existir excepto aquellas que operan a través de estos objetivos? El aparato de la teoría del derecho niega lo que nuestra experiencia jurídica afirma. Si hemos de hallar el sentido al derecho privado, habremos de explorar —resucitar, de hecho, de la teoría del derecho no funcionalista— la noción de conexión directa. La estructura de la relación entre las partes es así un tema capital en los capítulos que siguen.

4.2. Inteligibilidad interna

La segunda pregunta que debe considerarse es «¿qué significa que la inteligibilidad del derecho privado es interna?» En cierta medida, ya abordé esta cuestión cuando identifiqué el derecho privado por referencia a sus características prominentes. Hice esta identificación determinando lo que está presupuesto en la práctica y el discurso del derecho privado. La perspectiva para identificar el derecho privado ya era interno al derecho privado.

Asimismo, una explicación interna no solo se orienta a los rasgos prominentes de la experiencia jurídica, sino que también comprende esos (y otros) rasgos tal y como son comprendidos desde dentro del derecho. Puede contrastarse esto con los análisis funcionales. Por ejemplo, un funcionalista podría interpretar el derecho del demandante a interponer una acción como un mecanismo para sobornar a alguien para que defienda el interés colectivo al disuadir la conducta ineficiente del demandado. Una explicación interna, en cambio, interpreta ese derecho a la acción simplemente como lo que pretende ser: la afirmación de un derecho por parte del demandante en respuesta a un injusto sufrido a manos del demandado. De modo similar, cuando un funcionalista podría contemplar la causación como una forma indirecta de lograr la disuasión general o algún otro objetivo extrínseco, una explicación interna trata la causación como causación, esto es, como un concepto que representa la secuencia unidireccional de acción a efecto. Mientras que el funcionalista podría contemplar el enjuiciamiento como un proceso estilizado de diseño de política legislativa, una explicación interna se adhiere a la noción del jurista —de hecho la noción ordinaria— de que el enjuiciamiento, a diferencia de la

legislación, declara los derechos de las partes, que las consideraciones relevantes para el bienestar público pueden ser inapropiadas en sede judicial, que en el enjuiciamiento la sustancia del argumento está íntimamente relacionada con el proceso de presentar el argumento, que, en fin, el enjuiciamiento no es meramente una forma más apretada de legislación.

Por añadidura, una explicación interna respeta el dinamismo del derecho privado, tal y como se entiende desde la perspectiva de quienes piensan sobre el derecho en sus propios términos. Varios aspectos de este dinamismo son especialmente relevantes. Primero, el derecho privado es una empresa justificativa que articula conexiones normativas entre controversias y sus resoluciones. El derecho privado no es meramente una compilación de las decisiones que las autoridades jurídicas imponen a los litigantes. Antes bien, para aquellos que asumen la tarea del pensamiento jurídico, el proceso de justificación es al menos tan importante como los resultados de los litigios particulares. En cualquier sistema jurídico sofisticado, el derecho privado es una sabiduría colectiva —«afinado y refinado por un número infinito de hombres graves y doctos»¹⁶— que desarrolla los fundamentos para contemplar ciertos resultados como justificados. El *common law*, donde las razones del juicio acompañan normalmente a las decisiones judiciales, proporciona un ejemplo familiar de la relevancia interna de la justificación¹⁷.

Segundo, el derecho privado valora su propia coherencia y tiende hacia ella. En sistemas jurídicos sofisticados, el derecho privado no es un agregado de emanaciones del poder oficial aisladas e inconexas. Más bien, el derecho privado se afana por evitar contradicciones, por eliminar inconsistencias y por llevar a cabo una armonía de principios, reglas y estándares que se ajuste a sí misma. El valor que el derecho privado asigna a la coherencia indica que los rasgos institucionales y conceptuales que he listado, comprendidos como los juristas los entienden, son los aspectos interconectados de una única estructura de ideas que ilumina el desarrollo continuo de la doctrina jurídica.

Tercero, la coherencia es una aspiración, no un logro permanente o inevitable. No toda decisión es una expresión acertada de la coherencia del sistema. Las decisiones particulares —incluso aquellas que han generado una jurisprudencia extensa y ramificada— pueden estar equivocadas en la medida que no reflejen de forma adecuada todo el elenco de rasgos institucionales y conceptuales que deben ser llevados a coherencia si el derecho ha de tener sentido verdaderamente. El derecho mismo anuncia la posibilidad de su propia resolución errónea de controversias particulares a través de votos particulares y

revocaciones. Además, la presencia misma en el *common law* de razones para el juicio es una invitación para tomar esas razones en serio como razones y, así pues, contemplar la posibilidad de que puedan ser acertadas o erróneas, sólidas o débiles, adecuadas o inadecuadas. Comprender así el derecho privado desde dentro no implica aceptar el corpus entero de decisiones como si fueran hechos naturales. La transformación incremental o reinterpretación o incluso el repudio de decisiones específicas para hacerlas conformar con un patrón más amplio de coherencia es interna al proceso del derecho. En la expresión clásica de los juristas del *common law*, el derecho puede purificarse a sí mismo¹⁸.

Una explicación interna se ocupa del derecho privado sobre la base de los entendimientos jurídicos que le dan forma desde dentro. Los juristas comparten, aunque sea de forma implícita, asunciones sobre los rasgos institucionales y conceptuales que su actividad presupone, sobre la función que esos rasgos desempeñan en su razonamiento y sobre la relevancia de la coherencia para el desarrollo de un orden jurídico. Las nociones compartidas en tales asuntos fundamentales son indispensables para que se pueda participar de forma efectiva en la actividad jurídica. En efecto, participar de esa actividad implica estar animado por esas nociones.

La idea de coherencia sugiere un aspecto ulterior de la inteligibilidad interna. La coherencia implica integración en una estructura unificada. En tal estructura, el todo es mayor que la suma de sus partes, y las partes son inteligibles a través de su mutua interconectividad en el todo que juntas constituyen. Si el derecho privado tiene potencial para la coherencia (tal y como se asume en su práctica), sus diversos rasgos deberían ser comprensibles a través de sus relaciones unos con otros y, así, a través de la función que cada uno desempeña en el todo mayor.

La noción de coherencia, por tanto, tiene una doble relevancia para la inteligibilidad interna del derecho privado. Primero, el afanarse por la coherencia es una característica del derecho privado y, así, interna al mismo. Consiguientemente, los que piensan sobre el derecho privado en sus propios términos deben incluir el impulso omnipresente del derecho hacia la coherencia dentro de su ámbito. Segundo, la coherencia carece de referente externo. Coherencia significa un modo de inteligibilidad que es interno a la relación entre las partes de un todo integrado. Así, un enfoque interno al derecho privado no solo refleja los rasgos del derecho privado tal y como se aprehenden desde dentro, sino que también contempla esos rasgos desde la perspectiva de su relación mutua con el todo integrado que constituyen. Esta comprensión es interna con respecto a su modo de operar, así como con respecto a los conceptos e instituciones del derecho privado.

¹⁶ HOBBS, 1971: 16.

¹⁷ Ello es igualmente cierto, si no más, en la tradición del *civil law*, donde la actividad jurídica en la forma de doctrina académica o los *responsa jurisprudentium* es vista como integral a la empresa jurídica, aunque separada del ejercicio del poder oficial y, consiguientemente, de la producción directa de resultados jurídicos. Véanse MERRYMAN, 1969: 59-64, y SCHULZ, 1946: 49-59.

¹⁸ *Omychund v. Barker*, 26 Eng. Rep. 15, 23 (1744).

5. EL DERECHO PRIVADO COMO UNA EMPRESA QUE SE AUTO-COMPRENDE

Esta concepción doble de inteligibilidad interna —de una comprensión que es interna tanto al derecho privado como a sí misma— sugiere que el derecho privado es simultáneamente *explanandum* y *explanans*, tanto un objeto como un modo de conocimiento. Como objeto de conocimiento, el derecho privado presenta un conjunto de rasgos que son el foco de esfuerzo intelectual. Como modo de conocimiento, el derecho privado es un ordenamiento interno de los rasgos que lo componen. A modo de resumen de esta integración de la actividad de conocimiento con la materia que debe ser conocida, podemos decir que el derecho privado es una empresa que se auto-comprende. Los conceptos de derecho privado son tanto los resultados como los canales de esta auto-comprensión. De modo similar, el suministro de razones para el juicio es el modo como el derecho privado anuncia los términos en que se comprende a sí mismo en el contexto de controversias particulares.

La auto-comprensión del derecho privado tiene diversos aspectos. Primero, como comprensión, el derecho privado es un discurrir de pensamiento. El derecho es en primera instancia una muestra de inteligencia más que un conjunto de regularidades observadas o una manifestación de poder monopolizado¹⁹. Captar el derecho privado es enfrentarse no meramente con una serie de resultados que ordenan y reordenan el paisaje jurídico en respuesta a presiones que operan en el organismo de la vida social, sino con el modo como una estructura conceptual halla expresión en los argumentos de aquellos que asumen la tarea de pensar jurídicamente. Contemplar el derecho bajo esta luz es tomarse en serio el viejo compromiso de las teorías del derecho natural al respecto de la posibilidad de que el derecho resida en la razón.

Segundo, como auto-comprensión, el derecho privado es una muestra de inteligencia que opera a través de la reflexión sobre su propia inteligibilidad. Al resolver controversias, el derecho privado se refiere a su propio elenco de conceptos, doctrinas e instituciones, determina el significado de ese elenco en situaciones específicas e intenta mantener la coherencia mutua de los componentes del elenco.

Tercero, como auto-comprensión, el derecho privado encarna un proceso dinámico. El agregado de determinaciones específicas del derecho no congela permanentemente la inteligibilidad del derecho a sus contornos. Al ser una muestra de inteligencia humana y no de omnisciencia divina, el derecho privado incluye una dimensión autocrítica que se manifiesta en revocaciones, votos particulares, comentarios jurídicos y otros indicios de controversia. Además, puesto que el derecho privado se desarrolla a través del tiempo y en el con-

texto de situaciones contingentes, eventos subsiguientes o el pensamiento de juristas subsiguientes puede llevar nuevos matices en la doctrina o a una revaluación de la coherencia o plausibilidad de un derecho previamente asentado.

Cuarto, como auto-comprensión del derecho, esta inteligibilidad interna es sistémica al orden jurídico más que personal a juristas individuales. La cuestión es no atribuir al derecho un superintelecto distinto del intelecto de seres humanos individuales. Más bien, la atribución de auto-comprensión al derecho llama la atención al ocultamiento personal de quienes participan de la elucidación del derecho desde dentro. Lo que importa es el derecho como algo que debe ser comprendido, no el jurista o académico o juez como un aventurero intelectual independiente. Esto explica por qué en el *common law* no se conciben las razones para el juicio como expresión de la intención subjetiva de quien enjuicia, sino que se les otorga un estatus objetivo e impersonal que no proporciona a su autor ningún privilegio con respecto a su interpretación²⁰. Por supuesto que todos los actos de comprensión son actividades de mentes individuales que comprenden. Pero al orientar sus esfuerzos al derecho, estas mentes están a su vez poseídas de la idea de aquello que están intentando comprender²¹, de forma que esta idea no es solo el objeto de sus atenciones sino el sujeto que les motiva a trabajar para su realización y para subordinar sus personalidades a sus exigencias inteligibles. La comprensión de los juristas cuenta en la medida en que no es una opinión personal sino expresión de lo que se exige del derecho para que se mantenga fiel a su propia naturaleza.

La idea de que el derecho privado es una empresa que se auto-comprende aparta nuestra atención de los supuestos objetivos externos del derecho privado y la dirige a las condiciones internas de esta auto-comprensión. De ahí surgen las cuestiones que serán analizadas en este libro: ¿mediante qué método puede uno explicar la perspectiva que anima al derecho privado desde dentro? ¿Qué estructura conceptual se presupone cuando se contempla el derecho privado como un discurrir de pensamiento auto-reflexivo y sistémico? Y habiendo abandonado la perspectiva del objetivo externo, ¿qué fundamentación normativa, si la hay, puede darse para el derecho privado?

Una respuesta satisfactoria a estas cuestiones resultaría en una explicación del derecho privado que tiene las siguientes ventajas frente a sus rivales funcionalistas. Primero, tal explicación es comprehensiva porque, a diferencia de las aproximaciones funcionalistas, incluye la auto-comprensión que regula al derecho privado desde dentro. Los enfoques funcionalistas tienen un ámbito limitado. Alinean objetivos externos meramente con los resultados de los ca-

²⁰ Para un ejemplo dramático, véase *Mutual Life v. Evans* (1971), 1 All Eng. Rep. 150 (P. C.), donde el Comité Judicial del Consejo Privado, frente a los votos particulares de lord Reid y lord Morris de Borth-y-Gest, adoptó una interpretación restrictiva de las opiniones que lord Reid y lord Morris habían dado en la causa determinante de *Hedley, Byrne v. Heller* (1963), 2 All Eng. Rep. 575 (H. L.).

²¹ COLERIDGE, 1972.

¹⁹ Sobre muestras de inteligencia, véase OAKESHOTT, 1975a: 13.

son y son indiferentes al razonamiento jurídico, estructura doctrinal y proceso institucional específicos de los que estos resultados emergieron. Un enfoque interno, al contrario, considera que este razonamiento, estructura y proceso son indicios cruciales de la auto-comprensión del derecho. La explicación es tanto una explicación de estos como de los resultados de casos particulares.

Por añadidura, una teoría que explique la auto-comprensión del derecho privado es decisivamente crítica. Por supuesto que cualquier teoría evaluativa del derecho privado, incluida una funcionalista, contiene criterios mediante los que juzga ciertas ideas como equivocadas. Sin embargo, puesto que la crítica funcionalista se basa en objetivos externos, los juristas que trabajan con el derecho privado pueden contemplar tal crítica como irrelevante para su actividad particular. Por el contrario, una teoría que fluye de, y capta, la auto-comprensión del derecho asume la perspectiva interna a la actividad jurídica. Sus críticas no pueden, pues, ser evadidas.

Finalmente, una explicación interna es no reduccionista. Dado que los conceptos e instituciones jurídicos son indicios de la auto-comprensión del derecho, una explicación interna intenta darles sentido en sus propios términos permitiéndoles que tengan el significado que tienen en el pensamiento jurídico. Al contrario que los enfoques funcionalistas, ilumina el derecho privado sin diluir su carácter jurídico o reducir el pensamiento jurídico a una disciplina o técnica ajena.

6. DERECHO Y...

Una concepción no reduccionista del derecho privado no implica que otras disciplinas no puedan proporcionar perspectivas útiles. Es verdad, por supuesto, que el trabajo en otras disciplinas podría mostrar que un desarrollo jurídico particular refleja la presencia de factores históricos específicos, o tiene ciertas consecuencias económicas, o encaja en un patrón particular de relaciones sociales. Pero estas perspectivas no jurídicas adquieren interés teórico solo siendo reduccionistas, cuando devienen más ambiciosas y más excluyentes, cuando su invocación implica la negación de que el material jurídico puede ser comprendido jurídicamente, cuando una u otra de esas perspectivas sobre la catedral reclama primacía en la interpretación de lo que es una catedral²². Entonces las asunciones de invocar la otra disciplina devienen firmes, específicas y susceptibles de análisis y crítica.

La afirmación de que el derecho debe ser comprendido en términos de alguna otra disciplina parece incorporar dos premisas: una sobre la naturaleza de la disciplina escogida y la otra sobre la naturaleza de la explicación.

La premisa sobre la naturaleza de la disciplina escogida consiste en que las cualidades de una disciplina específica justifican que se la clasifique como el vehículo principal o exclusivo para comprender el derecho. La premisa sobre la naturaleza de la explicación, al contrario, consiste en que una explicación de una cosa es y debe ser siempre en términos de otra cosa. Bajo esta premisa una cosa no puede ser captada excepto mediante la operación intelectual que la transforma en algo diferente, de manera que el comprender es concebido como una suerte de digestión intelectual en la que los jugos y ácidos de la mente convierten el objeto que les es presentado en una materia de composición y apariencia diferentes.

La dificultad estriba en que esas premisas no pueden sostenerse al mismo tiempo. Si la explicación de una cosa solo puede ser en términos de otra cosa, la explicación del derecho en términos de, digamos, la economía o la historia podría estar justificada, pero ni la economía ni la historia podrían reclamar su primacía o exclusividad porque, bajo la premisa explicativa, su contenido debería ser a su vez explicado en términos de otra cosa. Y así sucesivamente en una regresión al infinito. La premisa que versa sobre explicación no puede conceder a cualquier otra disciplina la auto-suficiencia que niega al derecho. La otra posibilidad es que la disciplina ajena, por la sola fuerza de su propio poder de clarificación y sin la ayuda de la premisa explicativa, pueda explicar lo que es relevante en el derecho privado. Existen, sin embargo, pocas razones para confiar en tal empresa. La reducción del derecho en otra cosa implica el sacrificio o transformación de algún elemento que sea prominente para la auto-comprensión del derecho. La consiguiente depreciación del derecho y de su auto-comprensión disminuye el poder explicativo de la disciplina sustituyente y levanta sospechas sobre la tesis de que la disciplina tiene derecho a tal primacía en virtud de la sola fuerza de su propio poder de clarificación.

Al rechazar la autonomía del derecho privado la metodología de la teoría del derecho contemporánea se halla, de acuerdo con ello, frente a un dilema. Uno comprende una cosa bien a través de ello mismo o a través de otra cosa. Si uno comprende una cosa a través de otra cosa, se niega la auto-comprensión del derecho privado, pero la regresión al infinito provocada por esta concepción de comprensión socava de igual manera todo modo no jurídico de comprender el derecho privado. Sin embargo, si uno comprende algo a través de ello mismo, la auto-comprensión del derecho deviene posible, y es puro dogmatismo insistir que otras disciplinas tienen, al ser aplicadas al derecho, una inteligibilidad de la que el derecho por sí mismo carece. El resultado es que uno debe, o bien aceptar la posibilidad de que el derecho pueda ser comprendido mediante él mismo, o bien negar la posibilidad de que el derecho pueda ser comprendido en modo alguno. Quizá no debería sorprender en absoluto que la insatisfacción con la teoría contemporánea haya llevado a los proponentes de la «teoría crítica del derecho» a explorar esta última alternativa escéptica.

²² Para la imagen de la catedral, véase CALABRESI y MELAMED, 1972.

7. LA TEORÍA DEL DERECHO PRIVADO

Hasta ahora he subrayado el carácter interno del derecho privado para orientarnos a una comprensión que refleje ese carácter. Antes de explicar esta comprensión con detalle me propongo presentar las tres tesis que la constituyen, y que se refuerzan mutuamente, e indicar la concepción de teoría que la misma postula.

La primera tesis versa sobre el marco teórico. Una explicación interna del derecho privado opone al funcionalismo contemporáneo la tesis de que el derecho privado es inteligible de forma inmanente. Edificando sobre la concepción que los juristas tienen del derecho privado como un ensamble distintivo y coherente de rasgos característicos, la tesis integra la peculiaridad, la coherencia y el carácter del derecho privado en un único enfoque teórico. A esta integración subyace la idea de que uno comprende una relación jurídica a través de su estructura unificadora o «forma». Aplicada al derecho privado, la tesis de la inteligibilidad inmanente es una versión del formalismo jurídico.

La segunda tesis identifica la concepción aristotélica de la justicia correctiva como la estructura unificadora que proporciona inteligibilidad inmanente a las relaciones de derecho privado. La justicia correctiva es el patrón de coherencia justificativa latente bajo la relación bilateral de derecho privado entre el demandante y el demandado. Al esquematizar este patrón de manera abstracta, ARISTÓTELES puso de manifiesto la racionalidad distintiva del derecho privado. Y al distinguir de forma decisiva la justicia correctiva de la justicia distributiva, ARISTÓTELES estableció una diferencia categórica entre el derecho privado y otras ramas del derecho.

La tercera tesis versa sobre la normatividad de la justicia correctiva. La justicia correctiva es la estructura justificativa pertinente a la interacción inmediata de un ser libre con otro. Su fuerza normativa deriva del concepto kantiano de derecho subjetivo como la idea que debe gobernar las relaciones entre seres libres. Para KANT, la libertad misma implica obligación jurídica. Según esta posición, las doctrinas, conceptos e instituciones del derecho privado son normativas en la medida en que construyen una realidad jurídica a partir de las relaciones de justicia correctiva.

La idea de derecho privado descansa en la síntesis de estas tres tesis. Cada una de ellas resalta un aspecto diferente de la coherencia posible del derecho privado. La coherencia denota una estructura unificadora. El formalismo se refiere a la importancia de comprender el derecho privado a través de su estructura; la justicia correctiva es la especificación de su estructura; y el concepto kantiano de derecho subjetivo (o, brevemente, derecho kantiano) proporciona la perspectiva moral inmanente en su estructura.

La teoría del derecho privado que se presenta en el desarrollo de estas tres tesis está íntimamente relacionada con el propio derecho privado. Una comprensión interna del derecho privado llega a la justicia correctiva y al concepto kantiano de derecho subjetivo al reflexionar sobre la experiencia jurídica del derecho privado y sobre los presupuestos de tal experiencia. Se empieza con el elenco de rasgos institucionales y conceptuales que son prominentes en la experiencia jurídica. Luego se asciende al marco justificativo presupuesto en ese elenco, preservando en todo momento la tendencia hacia la coherencia que caracteriza tanto al teorizar en general como al derecho privado en particular. Este proceso de regresión lleva a la categoría de justicia correctiva, que representa la estructura de la relación entre las partes en derecho privado. Una regresión ulterior a los presupuestos normativos de esta estructura lleva al concepto kantiano de derecho subjetivo. Así, la justicia correctiva y el derecho kantiano son los archiconceptos mediante los que se deben conceptualizar los rasgos del derecho privado para que constituyan un elenco normativo coherente.

La relación entre el derecho privado y su teoría puede ser formulada como una diferencia entre lo que es explícito y lo que es implícito. En cierto sentido, la teoría está implícita en el funcionamiento del derecho privado. Puesto que se trata de categorías de la teoría del derecho más que ingredientes del derecho positivo, la justicia correctiva y el derecho kantiano no están ellas mismas en boca de los jueces. Pero aunque estas categorías teóricas no figuren explícitamente en el discurso del derecho privado, están implícitas en él como empresa justificativa coherente. Están presentes en el derecho privado como los principios de la lógica lo están al discurso inteligible. El derecho privado explicita la justicia correctiva y el derecho kantiano al hacerlos efectivos en doctrinas, conceptos e instituciones que encajan unas con otras de forma coherente.

En otro sentido, la teoría del derecho hace explícitas las categorías filosóficas que están implícitas en el derecho privado. La teoría del derecho toma esas categorías como los materiales específicos de su investigación. Persigue elucidar su morfología, su interconexión y el grado en que representan nociones viables de racionalidad moral. Mientras que el derecho privado explicita la justicia correctiva y el derecho kantiano como determinantes para el orden jurídico, la teoría del derecho las hace explícitas como objetos de investigación filosófica.

Por supuesto que la cercanía de la conexión entre la teoría del derecho privado y el derecho privado como realidad jurídica debe ser más que un postulado teórico. Los lectores podrían preguntarse con razón cómo se manifiesta esta cercanía en la doctrina jurídica. Una cosa es sostener que la justicia correctiva y el derecho kantiano están implícitos en un sistema sofisticado de derecho privado. Otra cosa es mostrar cómo esta relación de lo implícito con lo explícito opera en controversias jurídicas específicas.

Aunque mi enfoque se aplica al ámbito entero de la responsabilidad (responsabilidad extracontractual, contratos y enriquecimiento injusto), mi análisis más extenso será del trato de los daños accidentales en los ilícitos extracontractuales del *common law*²³. Puesto que la culpa del demandado negligente parece ser moralmente separable del carácter fortuito del daño, la responsabilidad por negligencia presenta un desafío particularmente serio a la noción estricta de coherencia que iré desarrollando. Si el formalismo clarifica el derecho de la negligencia, presumiblemente ilumina también los fundamentos de la responsabilidad menos problemáticos. En cualquier caso, la asunción académica predominante de que doctrinas cruciales del derecho de la negligencia —el estándar de cuidado y la causa próxima— son explicables solo en términos funcionalistas deberían despejar las sospechas de que he escogido defender el enfoque interno en el terreno jurídico que los académicos contemporáneos considerarían inicialmente como el más favorable para ello.

Así el argumento de este libro prosigue del derecho a la teoría y de vuelta al derecho. Están en cuestión dos preguntas generales: ¿qué ideas teóricas deben estar implícitas en el material jurídico para que ese material jurídico sea coherente? Y, ¿cómo reflejan las doctrinas de derecho privado esas ideas? El movimiento es un círculo de pensamiento que se alimenta de su creciente explicitación teórica: desde los rasgos prominentes del derecho privado, pasando por la comprensión jurídica inmediata de esos rasgos, por la estructura justificativa unificadora implícita en esa comprensión, y por la elucidación explícita de esa estructura y de su perspectiva normativa, hasta la consideración de la conformidad con esa estructura de un conjunto de relaciones de derecho privado.

Mi tesis fundamental es, pues, que las relaciones de derecho privado tienen una estructura unificadora. Esta estructura es interna en los dos sentidos sugeridos arriba: que está implícita en los rasgos prominentes del derecho privado y que es inteligible sin referente externo como una armonía de partes que componen un todo coherente. Puesto que el derecho privado intenta desarrollar doctrinas que expresen su propia coherencia potencial, la estructura es también una idea regulativa. He ahí por qué el objetivo del derecho privado es simplemente ser derecho privado.

CAPÍTULO II FORMALISMO JURÍDICO

1. INTRODUCCIÓN

Hasta ahora he llamado la atención sobre la dimensión interna del derecho privado y sobre el desafío que supone para los presupuestos académicos dominantes. En este capítulo quiero elucidar la teoría apropiada para comprender esta dimensión interna. La teoría se presenta bajo el nombre actualmente desacreditado de formalismo jurídico.

El formalismo jurídico lleva a una comprensión interna del derecho privado al reunir las ideas de carácter, clase y unidad. El carácter se refiere a los rasgos del derecho privado que son prominentes en la experiencia jurídica. La clase sugiere que el derecho privado es un fenómeno distintivo, categóricamente diferente de otros modos de orden jurídico. Y la unidad es necesaria para elucidar la naturaleza de la coherencia en el orden jurídico. Mi propuesta es que la conjunción de estas ideas bajo el estandarte del formalismo jurídico constituye un único enfoque integrado a la comprensión del derecho.

En el debate académico contemporáneo, «formalismo» es un término de oprobio¹. De acuerdo con ello, su léxico, aparato conceptual y tradición filosófica son poco familiares. El formalismo es como una herejía llevada a la clandestinidad cuyos preceptos deben ser inferidos de los comentarios denigrantes de sus detractores. Todo el mundo sabe que el formalismo jurídico sostiene la distinción entre derecho y política. Lo curioso de esta distinción

²³ Véanse *infra* capítulos VI y VII.

¹ «[E]l nombre “formalismo” [...] me parece ser, al menos en cuanto a su uso general, poco más que un término insultante empleado sin demasiado rigor» (SIMPSON, 1990: 835).