

LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN EL DERECHO

**ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR
ENRIQUE BARROS BOURIE**

**ADRIÁN SCHOPF OLEA
JUAN CARLOS MARÍN GONZÁLEZ
EDITORES**



THOMSON REUTERS

¿FILOSOFÍA DEL DERECHO PRIVADO?

ESTEBAN PEREIRA FREDES*

El programa de investigación del derecho privado ha variado sustantivamente en años recientes. Su desplazamiento transitó desde el estudio de las reglas e instituciones centrales que conforman el sistema jurídico privado a un proceso de autocomprensión del derecho privado y sus preocupaciones más características. Naturalmente, esto exige un ejercicio conducente a una reflexión acerca de los fundamentos del derecho privado. Una cuestión, por cierto, que pudiere estimarse básica, pero que ha permanecido distante de los intereses de buena parte de la dogmática civil continental. Entre nosotros, ocuparse del derecho privado es una empresa bastante distinta de preguntarnos por su identidad, fundamentos y objetivos. Entonces, ¿cuál es el mérito epistémico de hacer filosofía del derecho privado?

En lo que sigue, se presentará el proyecto de la filosofía del derecho privado, evaluando críticamente sus pretensiones y proyecciones en el marco de los estudios sobre el mismo. En primer lugar, se mostrará el contexto en el cual es articulada la teoría del derecho privado. En segundo lugar, se reflexionará respecto de los propósitos y explicaciones que cabe exigir de la filosofía del derecho privado. En tercer lugar, se articularán ciertas notas que contribuyen a abordar la comprensión del derecho privado.

* Profesor de Derecho Civil, Universidad Adolfo Ibáñez. Magíster en Derecho con Mención en Derecho Privado, Universidad de Chile. Becario doctoral, Universidad de Girona. Agradezco los valiosos comentarios que recibí de Andrej Kristan, Diego M. Papayannis y Alberto Pino Emhart sobre un borrador de este trabajo.

I. INTERNALISMO Y EXTERNALISMO

Hablar de la tensión entre internalismo y externalismo en el derecho privado puede resultar irremediabilmente oscuro si no atendemos al sentido de esta discusión. De manera preliminar es simple asociar la idea interna de este derecho a una apelación sobre su autonomía respecto de otras disciplinas y, a su vez, conectar la pretensión externa del derecho privado a la admisión que éste debe perseguir fines que no son propiamente los suyos. Es la irrupción del mercado, junto a la transformación de los paradigmas decimonónicos de comprensión de las prácticas privadas, lo que conlleva que el derecho privado comience a pensarse a sí mismo. Por supuesto, las reflexiones sobre el derecho privado no comenzaron con este escenario contemporáneo, pero bajo este contexto cobraron las dimensiones teóricas que hoy en día lo caracterizan. La filosofía del derecho privado es, como lo veremos, un producto particularmente reciente.¹

Ernest J. Weinrib inauguró la perspectiva interna sobre el derecho privado en su influyente *The Idea of Private Law*, originalmente publicado en 1995. La provocadora tesis central del autor es que “(...) el propósito del derecho privado es ser derecho privado”.² Al esgrimir su comprensión sobre el derecho privado, a partir de una *idea* de éste, invitó a concentrar los estudios en la estructura conceptual e institucional del derecho privado, atendiendo a sus dimensiones formales y relacionales entre los participantes de sus prácticas jurídicas. Cabe preguntarnos si el derecho privado, internamente considerado, no puede ser sino lo que es, ¿qué otra cosa podría eventualmente ser? Para ello debemos apuntar la influencia del externalismo en la teoría del derecho privado.

¹ Según Martín Hevia, los diversos fenómenos ocurridos en el ámbito jurídico privado “(...) han modificado la forma del derecho privado, que se aleja cada vez más de las familiares y tradicionales categorías de origen románico a las que los abogados y juristas estábamos acostumbrados. Estos cambios y desarrollos fuerzan a la comunidad jurídica a embarcarse en una constante y necesaria reflexión acerca de los fundamentos del derecho privado”. HEVIA, Martín, “Introducción”, *Isonomía*, N° 41, 2014, p. 11.

² WEINRIB, Ernest J., *The Idea of Private Law*, Oxford, University Press, 2012, 2ª ed., p. 5.

El externalismo, también llamado funcionalismo o instrumentalismo, está genéricamente vinculado al análisis económico del derecho.³ Más allá de sus incuestionables peculiaridades y matices, el análisis económico del derecho sostuvo que el derecho privado debe aspirar a propósitos que son exógenos a sus reglas, instituciones y prácticas. El atractivo de esta propuesta es el reemplazo de las nociones y metodologías empleadas en los estudios clásicos de derecho privado, por otras con mayor valor pragmático y proveniente de la economía clásica. La introducción de un vocabulario conformado por términos como eficiencia, maximización, utilidad, incentivo o desincentivo, permitiría proporcionar una nomenclatura idónea para analizar el rendimiento económico de las reglas e instituciones a las cuales atiende este derecho privado. Una ruptura crucial entre el derecho privado y el prisma del análisis económico del derecho es la renuncia de este último a los esfuerzos justificativos y construcción de teorías con un compromiso valorativo sobre las reglas jurídicas privadas. Su simpleza permite elaborar una propuesta “(...) menos dogmática, que dé más respuestas”.⁴

Tales respuestas, por ejemplo, fueron otorgadas en áreas del derecho privado en que pareciera irrenunciable desarrollar un estudio sobre los fundamentos y justificación de instituciones sociales como el contrato y la propiedad.⁵ Mientras en la primera se problematizó la postura sobre la

³ La terminología empleada por Weinrib en sus escritos recurrió originalmente al término “funcionalismo”. La expresión “externalismo”, sin embargo, me parece más apropiada para clarificar el desacuerdo central respecto de la finalidad del derecho privado y, asimismo, permite agrupar las distintas versiones del análisis económico del derecho en torno a la pretensión común de subordinar el derecho privado para la consecución de propósitos extrínsecos a sus prácticas, manera de pensar y racionalidad que a ellas subyace. Con todo, la literatura especializada ha añadido la noción de “instrumentalismo” y, en algunos casos, “utilitarismo”. Esta última alternativa es interesante, pues apela a criterios sustantivos y sus alegaciones no pueden reducirse a una racionalidad simplemente estratégica. De ahí que dicha lectura genera distintas incomodidades a las intuiciones del internalismo. En este sentido, una defensa del valor normativo de la eficiencia está en KAPLOW, LOUIS; SHAVELL, Steven, *Fairness versus Welfare*, Cambridge, Harvard University Press, 2002, en especial, pp. 15-81, 381-402.

⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas, *Derecho y economía*, traducción de Suárez, Eduardo L., México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 237.

⁵ De acuerdo a Jody S. Kraus, la filosofía del derecho de contratos se despliega a partir de dos enfoques teóricos contrapuestos. De una parte, los esquemas del análisis económico

obligatoriedad incondicionada de los contratos, en la segunda se estimó que los derechos de propiedad pueden ser eficientemente determinados por la negociación racional de las partes, si los costos de transacción son anulados. Como se sabe, las exigencias del artículo 1545 del Código Civil sugieren que, si el contrato es legalmente celebrado, éste obliga en los términos en que la legislación gobierna el comportamiento de sus destinatarios, esto es, sin excepciones. Esta creencia fue asociada a la teoría de la negociación, que sitúa su énfasis en la promesa moral que efectúan los contratantes sobre sus prestaciones futuras, pero ella impedía observar que, además de la observancia a valores sustantivos, en la contratación se juega la oportunidad de generar nuevas riquezas, mejorando la posición original de sus participantes. La tesis del incumplimiento eficiente mostró que, en ocasiones, el quebrantamiento de una promesa contractual permite mejorar la situación económica de los involucrados. En otros términos, la introducción de un criterio económico como la eficiencia en la práctica contractual contribuye a obtener estratégicamente un rendimiento alternativo al normativo, que es anotado por los estudios sobre la fuerza obligatoria del contrato.⁶

La fractura promovida entre las cuestiones de justificación de lo jurídico y relativas a su eficiencia económica ensanchó nuestra visión sobre el contrato, admitiéndolo como un instrumento para que los contratantes alcancen situaciones mejores que aquellas en que se encuentran. El contrato sirve

del derecho basados en alguna noción de eficiencia, que constituyen el paradigma dominante en las investigaciones de los últimos treinta años. De otra, las teorías filosóficas del contrato sostenidas en la autonomía individual, situando ahí los trabajos desarrollados por Charles Fried y Peter Benson. Tras el contraste de primer orden entre eficiencia económica y autonomía, piensa Kraus, están implícitos conflictos de segundo orden relativos a la metodología que ambos prismas emplean para dar cuenta del derecho contractual. Así, la relevancia de la discusión estaría en develar las metodologías que subyacen a sus posiciones, defendiendo sus respectivos fundamentos teóricos. Al respecto, véase, KRAUS, Jody S., “Philosophy of Contract Law”, en COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, University Press, 2004, pp. 687-751.

⁶ El trabajo de mayor repercusión bajo el contexto de la teoría de la negociación, según el cual la obligatoriedad del contrato descansa en el valor moral de las promesas de comportamiento que formulan los contratantes, se encuentra en FRIED, Charles, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Oxford, University Press, 2015, 2ª ed. Una evaluación crítica de dicha aproximación en PEREIRA FREDES, Esteban, “El contrato como promesa y su discusión contemporánea”, *Artificium. Revista Iberoamericana de Estudios Culturales y Análisis Conceptual*, vol. 1, 2010, México D. F., pp. 49-72.

para intercambiar recursos escasos y satisfacer necesidades individuales.⁷ Por ende, cuando pensamos en la validez del objeto contractual es necesario desprender el examen del sustento valorativo del recurso y evaluar el aprovechamiento de este recurso material o inmaterial, que sería desperdiciado al declarar la invalidez de un contrato que verse sobre materias como la capacidad reproductiva de la mujer, transferencia de armas o intercambio de drogas. Tanto en el contrato de alquiler de vientre como en los negocios sobre armamento y drogas enfrentamos tensiones con las exigencias del orden público. Sin embargo, en todos está la posibilidad de aprovechar recursos valiosos y escasos que se extravían por la aplicación de las reglas civiles sobre la licitud del objeto del contrato.

Respecto del derecho de propiedad, éste es interpretado como “(...) el marco legal para la asignación de los recursos y la distribución de la riqueza”.⁸ Si pensamos en los derechos de propiedad, resulta estándar afirmar la intervención del derecho público en la definición de sus deslindes. El análisis económico del derecho, a la luz del teorema de Ronald Coase, centró su atención en los costos de transacción que impiden la negociación privada entre las partes, cualquiera sea la asignación legal de los derechos de propiedad.⁹ El uso eficiente de los recursos económicos únicamente depende de la manera en que se encuentren asignados los derechos de propiedad, cuando los costos de transacción son lo suficientemente elevados para obstaculizar los acuerdos privados. De ahí que la participación legislativa debía enfocarse en la reducción de los costos de transacción, ya que, cuando éstos fueren nulos, el uso eficiente de los recursos corresponderá a los resultados arrojados por la negociación privada.

Una teoría económica de la propiedad estima que a partir de la negociación privada es posible responder las preguntas tradicionales sobre la propiedad. Por ello, aun cuando parezca algo contraintuitivo, no siempre

⁷ Acerca de la teoría económica del contrato, véase, POSNER, Eric A., “Contract Theory”, en GOLDING, Martin P.; EDMUNSON, William A. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2005, pp. 138-147.

⁸ COOTER/ULEN, cit. (n. 4), p. 100.

⁹ COASE, Ronald H., “The Problem of the Social Cost”, *The Journal of Law and Economics*, Nº 3, 1960, pp. 1-44.

quien causa un daño en otro propietario debe responder íntegramente de éste. La cooperación entre los particulares constituye un excedente relativo al beneficio generalizado que a ambos brinda. Así, la víctima de los daños puede solventar económicamente su disminución, pese a no ser responsable de generarlos. Mediante la negociación alcanzarán un acuerdo y un uso eficiente de sus recursos, mejorando la situación en que preliminarmente estaban. Su utilidad aumentará, evitando la cuantía potencial del daño que sufriría si no interviene activamente. Nuevamente, las exigencias de justicia respecto del ejercicio de los derechos propietarios son neutralizadas gracias a parámetros económicos que resultan ajenos al derecho privado.

Esta clase de aproximaciones fueron rápidamente desplegadas tanto a las distintas preocupaciones del derecho privado como a las restantes ramas del sistema jurídico. Su apuesta metodológica provocó un indudable atractivo en los estudios sobre el fenómeno jurídico y, en particular, el derecho privado se alzó como el terreno más fértil para mostrar el rendimiento de sus consideraciones. Desde luego, es discutible que toda versión sobre el análisis económico del derecho admita ser agrupada bajo una categoría conceptual como el externalismo. En esa zona de reflexiones existen variedades y fisuras que exigen tomar con cautela la demarcación propuesta por Weinrib.¹⁰ No obstante, su entendimiento del externalismo, en contraposición con el enfoque interno del derecho privado, presenta como un lugar compartido la pretensión de hacer del derecho privado algo distinto de lo que es. Son objetivos externos a las prácticas jurídicas privadas, más allá de sus distintas variantes, los que conllevan el abandono de las categorías tradicionales de comprensión del derecho privado y la adopción de nuevas herramientas metodológicas para alcanzar propósitos distintos.

Al concebir el derecho como un mecanismo destinado a satisfacer necesidades humanas, aprovechar recursos tan valiosos como escasos y, finalmente, fomentar estados de cosas socialmente deseados, el análisis económico del derecho reorienta los estudios sobre el derecho privado a desafíos contemporáneos que son independientes del valor normativo de

¹⁰ Esto es parcialmente admitido por Weinrib al sostener que “[e]l argumento de la incompatibilidad estructural no está restringido al análisis económico; éste se extiende a toda propuesta instrumental del derecho privado”. WEINRIB, cit. (n. 2), p. xii.

sus propósitos.¹¹ Bajo el externalismo, el valor justificativo de los objetivos es independiente y externo al derecho que ellos justifican. Ello explica por qué, a juicio de Weinrib, el derecho privado queda relegado a un papel secundario en la explicación del fenómeno jurídico. En sus términos, “[u]na consecuencia del actual enfoque sobre los objetivos independientemente justificables es que el derecho privado sólo está implicado indirectamente en la investigación funcionalista”.¹² Una vez que son identificados los fines sociales que persigue el externalismo, el derecho privado únicamente importa en la medida en que éste permite o frustra la consecución de estos propósitos. El derecho privado sólo es insertado en el catálogo general de fines sociales que articula la propuesta externa. Después de todo, el derecho privado es meramente funcional a la obtención de estos objetivos socialmente deseados.

En el marco de estas coordenadas, es posible entender por qué la intuición de Weinrib, según la cual el derecho privado únicamente puede ser derecho privado, es indispensable para dar cuenta de la filosofía del derecho privado contemporáneo.¹³ Sus palabras buscaban llamar nuestra atención sobre la influencia del externalismo, encarnado por el análisis económico del derecho, en los estudios sobre el derecho privado, demandando que éste sea algo distinto de lo que es y cuyo significado representa para sus participantes, a costa incluso de desnaturalizarlo y volverlo ininteligible desde un prisma interno a sus prácticas. Su propuesta está situada en un segundo orden de reflexiones, pues metodológicamente ubica el derecho privado como objeto de su examen, determinando en qué consiste y cuáles

¹¹ A Weinrib le llamó tempranamente la atención la pretensión del análisis económico del derecho en la ambiciosa empresa encabezada por Richard A. Posner, de desprender su fundamentación de los principios normativos del utilitarismo, sugiriendo que la maximización de la riqueza constituye un criterio superior que las opciones utilitarias. Sobre la evaluación crítica de estos puntos, véase, WEINRIB, Ernest J., “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, *The University of Toronto Law Journal*, vol. 30, N° 3, 1980, pp. 307-332.

¹² WEINRIB, cit. (n. 2), p. 4.

¹³ En la aproximación de William Lucy, “[l]a filosofía del derecho privado, como su nombre lo indica, se inicia a partir de una apreciación sobre los contornos de, y los problemas y dificultades dentro de, la institución y las prácticas del derecho privado vigentes aquí y ahora”. LUCY, William, *Philosophy of Private Law*, Oxford, University Press, 2007, p. 10.

son los propósitos a los que debiese conducirse. Revisemos a continuación, con mayor detención, la postura defendida por Weinrib.

Si bien el rechazo a la búsqueda de fines que son extrínsecos al derecho privado se explica por el contraste que existe entre una perspectiva interna y externa sobre el fenómeno jurídico privado, el despliegue argumentativo no descansa sólo en la contraposición con el funcionalismo. De acuerdo a Weinrib, el derecho privado debe ser comprendido internamente, es decir, desde dentro de su estructura institucional y conceptual. Tal como para H. L. A. Hart el derecho constituye un cúmulo de prácticas sociales cuyo sentido es determinado por los participantes, para Weinrib el derecho privado constituye una peculiar experiencia que goza de una estructura y coherencia interna, reconocida y aceptada por sus intervinientes. Únicamente el derecho privado puede admitirse como un cuerpo autónomo de aprendizaje si develamos su aspecto distintivo; a saber, entendiendo que esto es una consecuencia de que el derecho privado es fundamentalmente un modo de interacción.¹⁴ El derecho privado se encuentra configurado mediante un diseño correlacional en que “(...) los litigantes se encuentran directamente conectados uno del otro”.¹⁵ Esto lo diferencia radicalmente del derecho público, en que las personas sólo se relacionan indirectamente a través de los objetivos colectivos que han sido determinados por la autoridad estatal. Al sostener la escisión entre el derecho privado y el derecho público, apuntamos a dos modos de interacción inevitablemente diversos. De ahí que el derecho privado consiste en un fenómeno que, como tal, sólo puede ser comprendido desde lo que es y significa para quienes participan de esta interacción inmediata.¹⁶

¹⁴ WEINRIB, cit. (n. 2), p. 8.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Steve Hedley ha observado que la postura de Weinrib sugiere, al menos de manera implícita, que el derecho privado es conceptualmente anterior al derecho público y que el rol de este último descansa en servir de un simple aparato para que la justicia privada tenga lugar. La pretensión de aislar completamente el derecho privado de las políticas públicas fallaría cuando se entiende el derecho privado como un resultado del esfuerzo conjunto de las autoridades públicas, como legisladores y jueces, por mejorar esta parcela del fenómeno jurídico. El derecho privado consistiría en una técnica o instrumento que es empleado por esas autoridades. HEDLEY, Steve, “Courts as Public Authorities, Private Law as Instrument of Government”, en

La clarificación del derecho privado adoptando una metodología interna supone responder dos clases de interrogantes. Por una parte, ¿qué es el derecho privado? y, por otra, ¿cómo éste es inteligible internamente? En relación al cuestionamiento sobre qué es el derecho privado, es necesario abandonar cualquier propuesta de conceptualización que pudiese estipularse, optando por develar aspectos que son distintivos de la experiencia del derecho privado. De manera tal que éste debe interpretarse en términos de prácticas, lenguajes y razonamientos que resultan familiares para quienes participan en el contexto privado. El esqueleto del derecho privado está caracterizado por dos dimensiones: institucional y conceptual. Desde su lado institucional, el derecho privado implica una acción judicial del demandante contra el demandado, un proceso de adjudicación que culmina en una decisión que determine retroactivamente los derechos y deberes de las partes, y un derecho a mitigar o resarcir los daños provocados por la violación de esos derechos o incumplimiento de los deberes.¹⁷ La esfera conceptual, por su parte, envuelve un elenco de derechos y deberes correlativos que transparentan la relevancia del daño.¹⁸

Acerca de cómo el derecho privado es inteligible en términos internos, la cuestión es evidenciar las características que se encuentran presupuestas en las prácticas y discursos del derecho privado. Su identificación es sólo pertinente para quienes los experimentan, desplazando así los análisis sostenidos desde el externalismo. Ello puede explicarse a partir del entendimiento que sobre las acciones y derechos judiciales ambas ópticas expresan. Mientras el funcionalismo concibe que las acciones civiles constituyen mecanismos para que un agente defienda intereses colectivos, evitando la conducta ineficiente

BARKER, Kit; JENSEN, Darryn (eds.), *Private Law. Key Encounters with Public Law*, Cambridge, University Press, 2013, pp. 89-116.

¹⁷ WEINRIB, cit. (n. 2), p. 10.

¹⁸ Son iluminadoras las siguientes directivas formuladas por Weinrib en uno de sus tantos trabajos recientes: “El derecho privado es un conjunto de reglas públicamente legitimadas que rigen las relaciones jurídicas entre las partes. Mi conferencia en esta ocasión se ocupa de la conexión entre dos aspectos de esta caracterización del derecho privado. El primero es la concepción de la relación entre las partes y el tipo de razones de la responsabilidad que son apropiadas para esa relación. El segundo es la noción de legitimidad pública que es evidenciada en las instituciones de derecho público de adjudicación y ejecución”. WEINRIB, Ernest J., “Private Law and Public Right”, *University of Toronto Law Journal*, N° 61, 2011, pp. 191-192.

del demandado, el internalismo afirma que esas acciones sólo tienen como propósito básico perseguir la reparación del mal causado por el demandado. De modo que, bajo el primer esquema, estos derechos son interpretados en términos de incentivos para alcanzar situaciones socialmente deseadas y disuasivas de comportamientos ineficientes. De acuerdo al segundo prisma, por su parte, las acciones buscan alcanzar fines intrínsecos a la interacción del derecho privado, sea que hablemos de propiedad, contratos, daños o enriquecimiento injustificado.¹⁹ Un individuo ejercerá un derecho para hacer frente a una actuación de su demandado, concerniente a suprimir el menoscabo que ha sufrido el derecho propietario del dueño, resarcir los daños generados por la infracción del interés contractual del acreedor o el daño injustamente ocasionado en virtud de encuentros espontáneos entre extraños o, finalmente, restituir del desplazamiento patrimonial indebido que ha empobrecido al actor.

Este modo de interacción es internamente inteligible para quienes están implicados en alguno de estos estados de cosas. Más allá del problema civil en que particularmente se encuentran, la forma de interacción correlacional es replicada en los diversos supuestos. Pese a lo que pudiere preliminarmente estimarse, la conformación interna del derecho privado no es obstáculo a su dinamismo. Este aspecto se encuentra garantizado por tres consideraciones. En primer lugar, el derecho privado implica una empresa justificativa en que se conectan los asuntos normativos tratados en las controversias y sus resoluciones. En segundo lugar, el derecho privado admite como valor su propia coherencia. Así, en ocasiones resultará necesario armonizar sus reglas, principios y prácticas, otorgando consistencia

¹⁹ En la temprana compilación realizada por Jules L. Coleman acerca de la teoría del derecho privado, su cuidada selección de ensayos contraponen ciertas posiciones del análisis económico del derecho con distintas variantes de posiciones que apelan a valores sustantivos para fundamentar el derecho privado. No obstante, dichos estudios abarcan las materias de propiedad, contratos y responsabilidad extracontractual, omitiendo el enriquecimiento injustificado. Su inclusión en la filosofía del derecho privado es efectivamente posterior y ello puede explicarse por las dificultades que se producen para su sistematización con las restantes preocupaciones en base a *un* esquema de comprensión, pretensión que continúa siendo central en esta disciplina. Según Coleman, “(...) estos ensayos están diseñados para sugerir formas en las cuales estas áreas del derecho privado están integradas una con otra”. COLEMAN, Jules L., “Introduction”, en: COLEMAN, Jules L. (ed.), *Private Law Theory*, New York & London, Garland Publishing, 1994, p. xiv.

con sus dimensiones institucionales y conceptuales. En tercer lugar, esa coherencia es una aspiración y no necesariamente un logro. El proceso de autoajuste del derecho privado dependerá de la recepción de las razones y decisiones que se esgriman, pudiendo reinterpretarse o incluso rechazarse por quienes las evalúen.

La idea de coherencia es decisiva para entender por qué el derecho privado debe ser internamente inteligible. Según Weinrib, “[c]oherencia significa un modo de inteligibilidad que es interno a la relación entre las partes que forman un todo integrado”.²⁰ La coherencia del derecho privado da cuenta del compromiso interno de su configuración. Dado que su coherencia no posee un referente externo, la autonomía del derecho privado es reafirmada en sus propios términos. De ahí que comprender el derecho privado sea, entre otros asuntos, adoptar este punto de vista interno acerca de sus conceptos e instituciones. Este rasgo se encuentra posteriormente subrayado en la defensa de la concepción de la justicia correctiva que esgrime Weinrib. Sus propósitos justificativos están focalizados en la dimensión normativa interna de las prácticas. Como es ilustrado en la responsabilidad al desprenderla de la idea según la cual sus justificaciones derivan de fines independientes del rol que coherentemente juegan en el régimen, generando un producto internamente coherente de consideraciones justificativas. Del modo en que es explicado por Weinrib, su propuesta “[t]oma los elementos doctrinales e institucionales que son característicos de un régimen de responsabilidad, y pregunta qué debe ser presupuesto sobre ellos y acerca de su interconexión si el derecho debe ser (como esto reclama) una empresa de justificación coherente”.²¹

La recepción de este contraste sobre cómo examinar el derecho privado ha tenido una fortuna dispar en las investigaciones sobre esta parcela del fenómeno jurídico. Las alegaciones del internalismo no han significado un obstáculo insalvable para la pertinencia explicativa del externalismo, encarnado por el análisis económico del derecho o *Law & Economics*. Un aspecto significativo de esta propuesta es que, en distintos sentidos, ella responde a una comprensión moderna acerca del derecho y exige una

²⁰ WEINRIB, cit. (n. 2), p. 14.

²¹ WEINRIB, Ernest J., *Corrective Justice*, Oxford, University Press, 2012, p. 13.

reformulación del derecho privado tradicional. Carlos Peña González ha calificado con razón la propuesta del análisis económico del derecho como un nuevo paradigma del Derecho Civil.²² La dogmática civil enfrenta un cúmulo de desafíos relativos a su adaptación al cambio de las circunstancias sociológicas que justificaron su conformación original. Una modificación que es crucial para explicar la rearticulación de los estudios dogmáticos sobre el derecho privado es la influencia casi hegemónica del mercado en nuestra forma de entender el mundo. El derecho privado está expuesto a sus relaciones, racionalidad y bagaje conceptual, ya que los propósitos del mercado son progresivamente traspalados al ámbito jurídico. De ahí que la eficiencia económica y la maximización de utilidades sean objetivos actuales de las reglas, instituciones y estudios de derecho privado.

Tras el análisis económico del derecho y la forma tradicional de estudiar el derecho privado, piensa Peña González, subyacen paradigmas de comprensión que se encuentran en disputa. Mientras los estudios tradicionales de derecho privado constituyen un paradigma clásico de la dogmática civil, el análisis económico del derecho muestra un paradigma contemporáneo. El paradigma clásico sitúa su atención en las reglas del sistema jurídico privado. Su compromiso con la tradición del derecho privado apela a la arquitectura conceptual y normativa de sus bases fundacionales. De modo que los estudios sobre el derecho privado están centrados en las reglas del sistema. Ellas son reconocidas como el *input* que proporciona el sistema jurídico privado para su autorreflexión. La fortaleza de esta propuesta es también su mayor debilidad. Este vínculo entre las reglas jurídicas y la dogmática conlleva entender el derecho privado en términos de una estructura conceptual rígida, ajena a la posible incidencia que las transformaciones ocurridas fuera del sistema pudieren tener en éste. La tendencia a resguardar la composición histórica del derecho privado, conservando que éste siga siendo tal y como ha sido, da cuenta de un derecho que se niega a aceptar, si se quiere, el hecho de la modernidad. Esta dogmática orientada al pasado está comprometida, bajo la nomenclatura de John Elster, con una racionalidad paramétrica. De acuerdo a esta versión, el agente considera que el medio en que se desenvuelve es una constante. Así, sólo su comportamiento puede

²² PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, "Los desafíos actuales del paradigma del Derecho Civil", *Estudios Públicos*, N° 60, 1995, pp. 327-348.

ser estimado como una variable que cabe anotar del sistema. Este modelo de racionalidad apuesta por la estabilidad y permanencia de las categorías de análisis, resultando inmune a los efectos derivados de la irrupción de nuevos estados de cosas en las conductas y preferencias de los agentes.

El paradigma contemporáneo, en cambio, sostiene una dogmática civil orientada a las decisiones que emanan del sistema jurídico privado. Su análisis está centrado en el *output* del derecho privado, es decir, en lugar de reconducirlo a los insumos internos, esta línea dogmática atiende a los efectos que desencadenan sus decisiones. Lo que arroja el derecho privado son directivas que, a su vez, producen determinadas consecuencias en la realidad. Por ello, su propuesta es innovadora, proclamando la necesidad de hacer del derecho privado algo diverso de lo que es, sensible a las distintas variantes de los procesos de modernización. Su dirección está encaminada al porvenir, ya que las decisiones que provienen del sistema producirán en el futuro consecuencias calificadas como socialmente deseadas o eficientes para el bienestar general. No resulta decisivo el antiguo esquema al cual se ajustó el derecho privado, pues lo relevante está expresado en la evaluación de las consecuencias que se siguen de adoptar ciertas decisiones. El derecho privado presenta una operatividad funcional a nuevas situaciones, oportunidades y desafíos. Ello explica por qué la racionalidad del análisis económico del derecho posee un sentido instrumental. Ésta corresponde a una racionalidad estratégica en que el agente integra un medio en que las expectativas y preferencias de los agentes son variables. De manera que el agente adopta un comportamiento estratégico respecto del sistema jurídico privado, éste “(...) no sólo toma sus decisiones sobre la base de sus expectativas acerca del futuro, sino también sobre la base de sus expectativas acerca de las expectativas de los demás”.²³

La fuerza del mercado constituye un desafío mayor para los estudios sobre el derecho privado. Su orientación a las reglas jurídicas o a las decisiones emanadas del sistema sugiere que el derecho privado es efectivamente lo que debe ser, o bien que éste debiere encaminarse a una nueva configuración, adoptando expectativas que, si bien son exógenas al sistema jurídico

²³ ELSTER, Jon, *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, traducción Utrilla, Juan José, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 39.

privado, determinan buena parte del actual potencial explicativo del derecho privado sobre condiciones sociológicas radicalmente distintas a las vigentes en su surgimiento. Desde luego, la apuesta por un derecho privado moderno o contemporáneo es un argumento persuasivo para inclinar la balanza a su favor. Sin embargo, en nuestro estudio hemos esgrimido la conexión entre el internalismo y el paradigma clásico de la dogmática civil, por una parte, y el externalismo y el paradigma contemporáneo del derecho privado, por otra. Por ende, al suscribir una visión moderna sobre el derecho privado, el planteamiento está irremediabilmente comprometido con el paradigma del análisis económico del derecho. En este escenario, la modernidad va de la mano del externalismo en filosofía del derecho privado.

El problema reside en que no es necesariamente razonable adoptar un prisma moderno de comprensión sobre el fenómeno jurídico. En otro lugar, he mostrado que el marco teórico bifronte entre una perspectiva premoderna y otra moderna sobre lo jurídico, nada dice sobre la pertinencia de un prisma frente al otro respecto al fenómeno jurídico.²⁴ Es acertado concluir que en teoría analítica del derecho, una versión moderna sobre el derecho como la ofrecida por el análisis conceptual ofrece una mejor explicación de lo que es el derecho que estrategias premodernas que pretenden dar cuenta del derecho, presuponiendo que éste no puede dejar de ser lo que es. Pero ello no se extiende a la filosofía del derecho privado. Aquí la propuesta interna de Weinrib, según la cual el derecho privado sólo puede ser derecho privado, adopta una comprensión premoderna del derecho privado. A su vez, el externalismo expresa una versión robusta de un prisma moderno acerca del derecho privado. A diferencia de lo que ocurre en filosofía del derecho, en teoría del derecho privado existen buenas razones para suscribir una versión premoderna sobre el fenómeno jurídico privado, si está en juego que, al adoptar un enfoque moderno de análisis, el derecho privado puede dejar de ser lo que es.²⁵

²⁴ Al respecto, véase, PEREIRA FREDES, Esteban, “Dos versiones sobre el fenómeno jurídico”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 21, 2014, pp. 109-151.

²⁵ De acuerdo a los términos empleados en aquella oportunidad, la perspectiva moderna en teoría analítica del derecho estaba protagonizada por la obra hartiana y, en tanto, la comprensión rival premoderna está paradójicamente cubierta por el planteamiento de Joseph Raz. Por su parte, el espacio moderno en la filosofía del derecho privado se forja a partir de la reformación sugerida por el análisis económico del derecho, mientras que la propuesta de Weinrib admitía

Pues bien, ¿qué es lo que pierde el derecho privado al entenderse externa o funcionalmente? Esta cuestión es indispensable si pretendemos delinear los deslindes del derecho privado, definiendo el objeto de estudio de la filosofía del derecho privado. Al respecto, pueden anotarse dos puntos: la normatividad del derecho privado y la relación entre el modo de interacción y los fines que persigue el derecho privado. La normatividad del derecho privado constituye una preocupación característica de las investigaciones en teoría del derecho privado, ya que busca determinar si efectivamente las reglas jurídicas que componen el ámbito jurídico privado influyen en el comportamiento de sus destinatarios. Por supuesto, la normatividad de las reglas privadas, de acuerdo a su identidad de reglas secundarias facultativas, no puede alcanzar la misma intensidad con que las reglas de otras ramas del derecho, como las del sistema penal, gobiernan la conducta de los individuos.²⁶ El desafío es determinar si el derecho privado es, en realidad, un fenómeno normativo y, si lo fuere, bajo qué términos cabe entender dicha propiedad.

El internalismo y el externalismo ofrecen respuestas antagónicas sobre la normatividad del derecho privado. El análisis paramétrico del primero centrado en las reglas afirma la vigencia de esta dimensión, mas bajo el

interpretarse como un ejercicio premoderno de reflexión sobre el derecho privado. Un análisis crítico acerca de las condiciones de posibilidad de la teoría del derecho defendidas por Raz en PEREIRA FREDES, Esteban, “La teoría del derecho como posibilidad. Reflexiones en torno a la naturaleza y el concepto de derecho”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 17, 2012, pp. 83-104.

²⁶ Bajo la óptica hartiana, las reglas secundarias cumplen una función social radicalmente distinta de aquellas que imponen deberes u obligaciones, concediendo a los particulares “(...) *facilidades* para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear (...) estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del derecho”. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, traducción de Carrió, Genaro R., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 35. Si bien la asociación de las reglas del derecho privado a las secundarias y, a su vez, las reglas penales a las de carácter primario, brinda una imagen preliminar del contraste presentado por Hart, éste deviene inevitablemente tosco. Las reglas primarias tienen una estructura normativa más bien genérica, pudiendo equipararse a ciertas reglas contempladas en responsabilidad civil extracontractual, las cuales establecen deberes de abstención sobre comportamientos indeseados y sanciones correlativas frente a su verificación. Sobre este punto, véase PEREIRA FREDES, Esteban, “Un alegato a favor de las consideraciones punitivas en el derecho privado”, *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, N° 7, 2015, pp. 61-78. Los rasgos comunes que median entre ambos regímenes están destacados en HONORÉ, Tony, *Responsibility and Fault*, Oxford & Portland, Hart Publishing, 1999, pp. 68 y ss.

modelo de racionalidad estratégica la normatividad del derecho privado desaparece. El análisis económico del derecho, según lo vimos, supone que los agentes actúan estratégicamente frente al sistema jurídico privado, modificando sus expectativas y preferencias. Y, asimismo, el derecho privado debe orientarse funcionalmente a la obtención de fines sociales considerados relevantes, aun cuando éstos sean extrínsecos al derecho privado y a su estructura institucional y conceptual. Así, las reglas jurídicas del ámbito privado no influyen en la conducta de los agentes, ya que éstos pueden estratégicamente ajustarse o no a ellas, según la obtención de los objetivos socialmente deseados. En lugar de reconocer su normatividad, el externalismo sostiene que las reglas del derecho privado sólo constituyen incentivos o desincentivos para situaciones socialmente deseadas, o bien ineficientes. Desde un punto de vista externo de comprensión, la normatividad del derecho es disuelta en términos de incentivos o desincentivos, de acuerdo a los cuales el comportamiento de los individuos está determinado por un cálculo estratégico de las consecuencias derivadas de la observancia o inobservancia de una determinada regla jurídica.

Una regla que consagra la responsabilidad extracontractual estricta, como la esgrimida por el artículo 2327 del Código Civil, establece dicho régimen de atribución de los daños al agente dañoso que tiene un animal fiero que ha causado daño. De acuerdo a esta normativa, la reparación del daño es imputada a quien tiene el animal fiero, que no reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, y si éste alegare que no pudo impedir el daño causado, no será oído. Para el análisis económico del derecho esta regla lejos de establecer una prohibición de efectuar una conducta indeseada, esto es, tener a cualquier título animales fieros que ocasionen daños en víctimas, consagra un importante desincentivo para su tenencia. Un agente racional estratégicamente desecha la alternativa de tener un animal fiero caracterizado por su peligrosidad, que no produce los beneficios ahí señalados, si frente a la posibilidad de que éste provoque daños a terceros, aquél no será oído, imputándosele irremediabilmente su responsabilidad civil.²⁷

²⁷ La relación entre la utilidad social y el riesgo de la acción es en este caso inversamente proporcional, confirmando el carácter socialmente eficiente de esta regla. Esta clase de consideraciones económicas también son relevantes para la determinación del deber de cuidado en concreto. Una modalidad subsidiaria de la determinación legislativa o mediante usos normativos es la construcción prudencial del deber de cuidado por parte del juez. Dicha labor es efectuada

Stephen A. Smith ha reivindicado las pretensiones normativas del derecho privado.²⁸ Pese a la diferencia en la forma de afectación de las reglas jurídicas privadas en sus destinatarios, respecto de otras reglas del ordenamiento jurídico, el derecho privado deviene incomprensible sino en términos de un fenómeno normativo. Este compromiso está expresado en el vocabulario que emplean transversalmente sus reglas. Ellas aluden a derechos, créditos, obligaciones, deberes, deudas, indemnizaciones o penas. Todas estas nociones dan cuenta de una dimensión normativa articulada mediante un lenguaje conformado por proposiciones en deber ser y que se ajustan a la modalidad de interacción del derecho privado en base a un esquema de derechos y deberes correlativos. Asimismo, es indispensable tener en consideración la complejidad con que se manifiesta el carácter normativo de las reglas jurídicas en el derecho privado. Cuando intentamos dar cuenta de la normatividad del derecho privado, hay que evidenciar los distintos caminos que se bifurcan.

De acuerdo a Smith, es posible argüir algunas observaciones que desafían la negativa funcionalista sobre la verdadera influencia de las reglas jurídico-privadas en el comportamiento de sus destinatarios. En primer lugar, existe un sinnúmero de ciudadanos que simplemente observan las reglas jurídicas por tratarse de reglas jurídicas, sin atender a los incentivos que aquéllas pudieren ofrecerles para ajustar su conducta a las pautas establecidas. En otras palabras, para algunos destinatarios las consecuencias materiales, tales como sanciones, recompensas o costos, que las disposiciones legales atribuyen a sus acciones, no influyen decisivamente para definir el comportamiento que desplegarán. Ellos ajustan su conducta al contenido proposicional de las reglas por la autoridad que éstas poseen y no por las consecuencias que se seguirán de su acatamiento.

mediante un conjunto de criterios, siendo uno de éstos el valor de la acción que provoca el daño. La determinación de un deber de cuidado altamente riguroso en la tenencia de los animales fieros del artículo 2327 está justificado por la realización de una actividad carente de utilidad para la comunidad. Se trata de un riesgo meramente inútil y, como tal, no tiene legitimación. Para el desarrollo de este criterio, véase BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2006, pp. 112-115.

²⁸ SMITH, Stephen A., “The Normativity of Private Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 31, N° 2, 2011, pp. 215-242.

En segundo lugar, es necesario tener presente que la relevancia práctica de la normatividad del derecho abarca a toda persona que se muestre interesada en determinar cómo las reglas jurídicas influyen en el comportamiento, porque su rango de influencia en las conductas es mayor y más variado que aquel representado por los incentivos legales para realizar determinadas acciones. No debemos olvidar el hecho de que existen ciudadanos creyentes en la legislación, respecto de los cuales es impropio explicar su conducta únicamente en base a los incentivos fijados por las reglas jurídicas. No obstante que las reglas jurídicas se encuentran a menudo respaldadas por sanciones, el comportamiento que ellas exigen en ocasiones difiere de la conducta promovida por las sanciones legales. Y, aun cuando contingentemente coincidan, las reglas influyen en el comportamiento de sus destinatarios de maneras distintas que las sanciones.²⁹

En tercer lugar, la normatividad del derecho no sólo permite entender el carácter normativo de las reglas jurídicas que componen su estructura, sino también comprender las órdenes dictadas por los órganos jurisdiccionales encargados de la adjudicación. Ciertas prácticas judiciales relativamente cotidianas, como lo son decretar la entrega de la cosa que fue objeto de una venta, pagar una cantidad de dinero a título de indemnización de perjuicios, o bien abandonar un inmueble porque el demandado carece de derechos respecto de aquél, constituyen prácticas establecidas por las reglas jurídico-privadas. Los tribunales formulan órdenes performativas que los demandados deben efectuar mediante distintas prestaciones, que si bien llevan envuelta una imagen de coerción, no es por esto que influyen en la conducta de los ciudadanos. La importancia del ámbito institucional de la adjudicación en el derecho privado es garantía de estas manifestaciones de normatividad. “Desde la perspectiva del derecho, entonces, las órdenes judiciales, al igual que las reglas jurídicas, dicen a los ciudadanos cómo deben comportarse. Las órdenes judiciales son directivas personalizadas; cuentan a un demandado en específico qué es lo que él o ella debe hacer”.³⁰

La cuestión, entonces, se presenta vinculada a la posibilidad de comprender el derecho privado si extirpamos su normatividad. Según Smith,

²⁹ SMITH, cit. (n. 28), pp. 221-229.

³⁰ *Ibidem*, p. 229.

“(…) es imposible entender la estructura y el funcionamiento del derecho privado sin entender la importancia de las reglas jurídicas en cuanto reglas, y esto es cierto para los utilitaristas tanto como para cualquier otra persona”.³¹ Desde Weinrib, en tanto, las cosas no debieren cambiar mayormente. La estructura institucional y conceptual del derecho privado, a la cual aludimos en su oportunidad, permite extraer que una perspectiva interna presupone conceptualmente la normatividad del derecho privado. Esto se desprende de ambas características, ya que el ámbito institucional del derecho privado está expresado en la presencia de tribunales de justicia que reconozcan derechos y deberes de las partes, así como la imposición de reparar el daño que la transgresión a estos derechos y deberes pudo haber ocasionado. A su vez, el aparato conceptual se desenvuelve a partir de un conjunto de derechos y deberes correlativos que definen la interacción alentada por el derecho privado. De manera tal que ambas aproximaciones están comprometidas con la genuina normatividad del fenómeno jurídico privado. No sólo la aspiración del derecho privado que, en términos de Weinrib, es ser derecho privado es normativa, sino que la estructura dual que formalmente lo representa e impide normativamente dejar de ser aquello que es.

Resta referirse a la conjugación entre el modo de interacción de los participantes de las prácticas jurídicas privadas y los fines que cabe predicar del derecho privado. El enfoque interno en filosofía del derecho privado sostiene una peculiar forma de interacción entre las partes. Según lo indicamos, el régimen correlacional de derechos y deberes reflejado en el sistema de acciones judiciales con que cuenta el demandante respecto del demandado provee de consistencia interna a una práctica privada, que, como tal, debe ser experimentada para resultar inteligible. Los objetivos del derecho privado deben ajustarse a tal modo de comprensión. Si el derecho privado constituye una modalidad de interacción correlacional, sus fines van de la mano con esta estructura. De un modo u otro, los fines del derecho privado únicamente pueden establecerse a partir de aquello que lo define, esto es, la interacción promovida internamente por quienes participan en la práctica jurídico-privada. Bajo este punto de vista, la estructura formal

³¹ *Ibidem*, p. 216.

del derecho privado implica que el derecho privado debe necesariamente perseguir propósitos consistentes con su inteligibilidad interna.³²

Como se sabe, en la propuesta de Weinrib el derecho privado únicamente reconoce como aspiración la justicia correctiva. Ella no es sino el entendimiento de la justicia que mejor se adapta a las características del sistema jurídico privado. La manera en que interactúan sus participantes está regida por estándares de justicia correctiva y, en sus términos, es posible explicar tanto el esquema correlacional de derechos y deberes como las exigencias de reparación que operan cuando su transgresión ha generado consecuencias indeseadas. Por supuesto, no existe sólo una forma de entender la justicia. Sin embargo, el programa de investigación de esta versión del internalismo está construido sobre la base de defender que la justicia correctiva *es* la justicia del derecho privado.³³

Por el momento no es relevante evaluar la afirmación de Weinrib sobre la justicia correctiva y el derecho privado. Lo interesante radica en determinar que el internalismo concibe que los objetivos del derecho privado, para que éste sea comprensible, deben ser también internos a su composición. El ejercicio de autocomprensión involucrado en el derecho privado exige preguntarnos cuáles son los criterios normativos que, bajo el mecanismo de interacción que subyace a sus reglas, instituciones y vocabulario, cabe atender y perseguir la satisfacción de sus estándares e ideales. De ahí que la tensión entre el internalismo y el externalismo parezca insalvable, ya que este último sostiene que el derecho privado se encuentra establecido en función de alcanzar fines socialmente deseados, maximizando el bienestar general de la comunidad. Es decir, expectativas que son extrínsecas al derecho privado, pero que éste, entendido instrumentalmente, podría contribuir

³² La lectura de Weinrib respecto del formalismo como una teoría de la justificación jurídica se encuentra desarrollada en WEINRIB, Ernest J., "Legal Formalism", en PATTERSON, Dennis (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2010, 2ª ed., pp. 327-338.

³³ La concepción jurídica de la justicia correctiva en Weinrib posee una formulación bastante sofisticada como centro de la teoría de la responsabilidad. Su diseño recurre a dos ideas organizadoras: correlatividad y personalidad, volviendo así comprensible la responsabilidad como una distintiva y familiar práctica normativa. WEINRIB, cit. (n. 21), pp. 9-37.

a obtener.³⁴ La crítica del externalismo al sustento valorativo del derecho privado clásico no es suscribir *una* comprensión determinada de la justicia, sino atender en la construcción y análisis de sus reglas e instituciones jurídicas a criterios de esta índole. Las dificultades que observa una visión externa del derecho privado en su rival interno no están únicamente vinculadas a la fuerza apelativa que posee la justicia correctiva en la versión de Weinrib. El problema es la búsqueda de fines que no dicen relación con la sensibilidad económica y racionalidad estratégica esgrimidas por el análisis económico del derecho.

Estas observaciones permiten develar que si el externalismo propone propósitos alternativos a los que posiblemente persigue cualquier esquema interno de comprensión del derecho privado, ello supone una reformulación en el modo de entender la relación existente entre las partes del ámbito jurídico privado. Antes indicamos que según Weinrib el externalismo conlleva asumir un rol secundario del derecho privado, ya que sus distintas dimensiones serán únicamente relevantes si resultan funcionales a la consecución de los fines sociales que hayan sido validados. En este sentido, la subordinación del derecho privado a las políticas de bienestar genera la inteligibilidad del derecho privado. Así, sus reglas jurídicas son interpretadas en términos de incentivos o desincentivos materiales para alcanzar estados de cosas deseados. Este déficit de normatividad provoca la imposibilidad de comprender los aspectos institucionales y conceptuales del derecho privado, desvirtuando la interacción directa y correlacional entre los participantes, que sólo aceptando el carácter normativo del derecho privado es pertinente explicar.

Una perspectiva externa sobre el sistema jurídico privado ofrece una explicación radicalmente distinta sobre sus fines, pero ello es consecuencia de poner a prueba el modo de interacción que está en el centro de la

³⁴ Bajo el desafío de determinar el lugar de los objetivos en el derecho privado, la incompatibilidad entre la perspectiva interna y el enfoque externo de comprensión en la filosofía contemporánea del derecho privado ha sido, sin embargo, relativizada, sugiriendo que ni internalismo ni externalismo tienen sentido el uno sin el otro. Sobre esta lectura, véase HEDLEY, Steve, "Looking Outward or Looking Inward? Obligations Scholarship in the Early 21st Century", en ROBERTSON, Andrew; TANG, Hang Wu (eds.), *The Goals of Private Law*, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2009, pp. 193-214.

intuición de Weinrib. El contraste entre derecho privado y derecho público encuentra su justificación en la modalidad de interacción diferenciada que ambos prismas sostienen. Mientras el primero descansa en una relación directa y correlacional entre los participantes, el segundo supone que éstos se relacionan mediata e indirectamente a partir de las finalidades colectivas que han sido decididas por la autoridad política. Bajo estas coordenadas, el externalismo se encuentra más familiarizado con la forma en que el derecho público comprende la interacción entre los individuos que la fórmula inmediata vigente en las prácticas del derecho privado.³⁵

Esta estrecha conexión entre el tipo de interacción directa y correlativa que existe entre los participantes y los propósitos a los cuales debe aspirar el derecho privado otorga luces sobre la desconfianza de Weinrib hacia la pertinencia de suscribir un paradigma externo de comprensión del derecho privado. Al suscribir fines que son extrínsecos al derecho privado, son desafiados los parámetros internos de su inteligibilidad. De manera inevitable es cuestionada la interacción directa y correlativa bajo la cual las partes poseen y ejercen sus derechos y deberes. Tal relación será interpretada en términos insatisfactorios, pues el derecho privado es explicado bajo lógicas funcionales a la obtención de objetivos socialmente deseados. Pero esto es únicamente posible si la modalidad de interacción distintiva del derecho privado no es efectivamente como lo sostiene la lectura del internalismo. En otros términos, el derecho privado puede perseguir fines sociales exógenos, porque el derecho privado puede ser algo distinto de lo que es.

³⁵ Acerca de las distintas variantes teóricas bajo las cuales se han desplegado las iniciativas para preservar la autonomía del derecho privado, de una parte, y aquellas destinadas a evitar la privatización del derecho público, defendiendo su autonomía, de otra, véase HAREL, Alon, "Public and Private Law", en DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, University Press, 2014, pp. 1040-1063. Ahí se arroja luz acerca de las paradojas que genera la aparente victoria de la segunda expectativa sobre la primera. Se trataría de una victoria pírrica de la izquierda el debilitamiento de la autonomía del derecho privado respecto del derecho público, ya que, si bien es reconocido que el derecho privado puede servir para conseguir fines públicos, los jueces no promueven en sus decisiones propósitos suscritos por esta sensibilidad política. Asimismo, la utilización de agentes privados en la promoción de objetivos públicos en materias como derecho de contratos y responsabilidad extracontractual ha legitimado la participación de los privados en la prestación de servicios públicos, favoreciendo su privatización.

De acuerdo al prisma del análisis económico del derecho, en la búsqueda de los objetivos de maximización de utilidades, riquezas y bienestar reside la justificación para la reformulación del equipamiento conceptual, reglas e instituciones del derecho privado, así como de la racionalidad que a ellas subyace. Ello, a juicio de Weinrib, constituye una valla que no es posible sortear si se trata de efectuar filosofía del derecho privado. Paradójicamente, el rechazo al aspecto crucial del derecho privado, relativizando su relevancia, imposibilita reconocer en el externalismo una versión robusta en filosofía del derecho privado. En lugar de perfilar una comprensión del fenómeno jurídico privado, recomienda una línea de pensamiento bajo el cual es posible alcanzar estratégicamente el catálogo de fines económicos preestablecidos. Como lo advierte el autor, “[I]o que el funcionalista propone no es tanto una teoría del derecho privado como una teoría de los objetivos sociales en las que el derecho privado puede o no puede caber”.³⁶

II. DERECHO PRIVADO Y SUS PROPÓSITOS

La revisión anteriormente articulada sirvió para dar cuenta del escenario bajo el cual es construida la reflexión contemporánea sobre el derecho privado. Sin embargo, es necesario prevenir un eventual equívoco. El desenvolvimiento de la filosofía del derecho privado no está circunscrito a la discusión entre internalismo y externalismo. Si bien pareciere inevitable tomar partido por alguna de estas posiciones en competencia, esta decisión no agota el mérito epistémico de la teoría del derecho privado. Su utilidad es develar qué está en juego cuando es suscrito el internalismo o el externalismo en los estudios dogmáticos. Esto nos introduce al problema de los objetivos en el derecho privado. Como fue indicado, las denominaciones de internalismo y externalismo se deben, en buena medida, al reconocimiento de que el derecho privado debe buscar propósitos intrínsecos o extrínsecos a sus reglas jurídicas, vocabulario e instituciones. Bajo una óptica interna, las prácticas jurídicas privadas poseen fines propios y autónomos a los que otras disciplinas o fenómenos exógenos admiten como valiosos.³⁷ Desde

³⁶ WEINRIB, cit. (n. 2), p. 4.

³⁷ Es indudable que esta aproximación del internalismo puede resultar, en el caso de Weinrib, insuficiente. En su propuesta hay numerosas dimensiones que exigen mayor detención. Un recurso que empleó para dar cuenta del carácter interno del derecho privado fue su analogía con

una aproximación externa, en cambio, las reglas, conceptos e instituciones del derecho privado están al servicio de fines ajenos a él.

De ahí que las distintas versiones que han sido recientemente esgrimidas en la filosofía del derecho privado están construidas desde el problema de los fines que cabe exigir de esta rama del sistema jurídico. Las discusiones sobre la fundamentación de sus diversas preocupaciones son concatenadas con aquellas relativas a los propósitos a los cuales cada una de ellas aspira. En este sentido, un programa preliminar de la teoría del derecho privado consistiría en explicar en qué consiste éste, la caracterización de sus dimensiones normativas, conceptuales e institucionales y, finalmente, la determinación de los objetivos indispensables del derecho privado. Enseguida, esta empresa se ocuparía de implementar sistemáticamente estas directrices en las diferentes preocupaciones del sistema jurídico privado; a saber, propiedad, contratos, daños y enriquecimiento injustificado. De acuerdo a este diseño, la teoría del derecho privado tiene una imagen bifronte. Versa sobre el derecho privado, genéricamente considerado, de una parte, y acerca de sus distintas parcelas, de otra. En consecuencia, la reflexión teórica sobre el derecho privado conviene articularla desde la construcción de su aproximación general y, a su vez, gracias a su proyección en las áreas especialmente demarcadas.

Desde luego, la excesiva juventud de este esfuerzo especulativo impide agrupar los trabajos sobre filosofía del derecho privado en tales parámetros. Existen estudios formulados de conformidad a este esquema ideal y, de igual manera, otros que se despliegan directamente a partir de su parte especial. Quizás el lugar común de las distintas formas de efectuar teoría del derecho privado es su estimación de que resulta irrenunciable un examen justificativo del derecho privado en términos valorativos. Tal creencia

el amor. Éste constituye para quienes participan de relaciones amorosas un valor no instrumental y su idea puede ser explicada en términos particularmente formales. En sus palabras, “[e]xplicar el amor en términos de fines extrínsecos es necesariamente un error, porque el amor no ilumina nuestras vidas con una luz prestada de un objetivo extrínseco. El amor es su propio fin. Mi opinión es que, en este sentido, el derecho privado es igual que el amor”. WEINRIB, cit. (n. 2), p. 6. Una acabada lectura del sentido de esta analogía y el examen crítico de la coherencia y pureza del formalismo de Weinrib se encuentra en GARDNER, John, “The Purity and Priority of Private Law”, *The University of Toronto Law Journal*, vol. 46, N° 3, 1996, pp. 459-493.

ha sido consagrada como un análisis sobre los fundamentos del derecho privado en sus distintas esferas, así como la clarificación de las finalidades del derecho privado. La posición de mayoría en este estado de cosas es que la determinación de los fundamentos y propósitos del derecho privado no constituyen sino el mismo desafío.

Las contribuciones de Ernest J. Weinrib, Benjamin C. Zipursky y James Gordley pueden considerarse como las de mayor repercusión, bajo el contexto anglosajón, en que es adoptado el diseño dual antes propuesto, acerca de cómo organizar la reflexión de la teoría del derecho privado contemporáneo.³⁸ Con relación a Weinrib, la coherencia que éste reclama para la inteligibilidad interna del derecho privado ha ganado bastante en el tránsito desde su comprensión del fenómeno jurídico privado a mostrar la operatividad de su internalismo en las diferentes esferas de reflexión. Sin embargo, las pretensiones de elaborar una teoría interna y formalmente consistente también traen aparejadas significativas dificultades para que la postura explique satisfactoriamente la complejidad del fenómeno jurídico privado. Desde la formulación de su esquema de comprensión fue evidenciada la conexión analítica existente entre el derecho privado y la justicia correctiva. Dado que el punto central de la estructura del derecho privado es la modalidad correlacional de interacción entre sus intervinientes, la totalidad de este derecho ha sido interpretada de acuerdo a los cánones normativos de la justicia correctiva. Una cuestión de derecho privado, piensa Weinrib, es un asunto de justicia correctiva.

La dificultad proviene de admitir que, si el derecho privado tiene por objetivo ser derecho privado, únicamente puede evaluarse según las exigencias de la justicia correctiva. Más allá de las peculiaridades de sus distintas preocupaciones, cabría entender que, *prima facie*, éstas tampoco pueden examinarse sino en términos de justicia correctiva. Resulta cristalino que no es análogo hablar de propiedad, contratos, daños y enriquecimiento

³⁸ Smith ha mostrado cuatro enfoques distintos bajo los cuales es posible estudiar cualquier área del derecho, con especial atención en el derecho privado: (i) histórico, (ii) prescriptivo, (iii) descriptivo e (iv) interpretativo. Así, su sugerente teoría del contrato está inserta en este último tipo de estudios en filosofía del derecho privado. Dichas teorías "(...) tienen como objetivo mejorar la comprensión del derecho, poniendo de relieve su importancia o significado". SMITH, Stephen A., *Contract Theory*, Oxford, University Press, 2004, p. 5.

injustificado. Se trata de parcelas cuyas racionalidades no tienen por qué traspalarse entre sí con facilidad.³⁹ Así, por ejemplo, hay sectores del derecho privado cuya articulación es flexible a los propósitos correctivos sostenidos por Weinrib, como lo es paradigmáticamente el derecho de restituciones y su expresión más característica, es decir, el enriquecimiento injustificado.⁴⁰ Pero estas zonas conviven con otras que muestran mayor reticencia para ser íntegramente interpretadas a la luz de algún criterio sustantivo. Bajo el derecho de la responsabilidad extracontractual no es evidente si la justicia correctiva es suficiente para justificar las reglas jurídicas que establecen razones para atribuir la reparación del daño causado a un tercero distinto de la víctima.⁴¹ Existen reglas que atienden a criterios distributivos para asignar socialmente las pérdidas ocasionadas en un accidente y, a su vez, ciertas normativas y principalmente prácticas jurisprudenciales que develan componentes punitivos en la responsabilidad extracontractual, ya sea en clave retributiva o disuasiva.⁴² De igual forma, una imagen meramente preliminar del derecho contractual reduciría las distintas cuestiones ahí presentes a postulados de justicia correctiva que rigen los intercambios entre particulares. Buena parte de la reformulación del derecho contractual desde comienzos del siglo XX está relacionada con las dimensiones distributivas

³⁹ Un examen crítico acerca del tratamiento de la justicia correctiva perfilado por Weinrib en las áreas de responsabilidad extracontractual, contratos y remedios contractuales, así como en el contexto del enriquecimiento injustificado, puede revisarse en STEEL, Sandy, "Private Law and Justice", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 33, N° 3, 2013, pp. 621-628.

⁴⁰ El esfuerzo contemporáneo más relevante en la comprensión del enriquecimiento injustificado se encuentra en BIRKS, Peter, *Unjust Enrichment*, Oxford, University Press, 2005, 2ª ed. Una evaluación crítica sobre la fundamentación del derecho de restituciones de Birks está sólidamente presentada en WEINRIB, Ernest J., "The Normative Structure of Unjust Enrichment", en RICKETT, Charles; GRANTHAM, ROSS (eds.), *Structure and Justification in Private Law. Essays for Peter Birks*, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2008, pp. 21-45.

⁴¹ En este sentido, GARDNER, John, "What is Tort Law for? Part. 1. The Place of Corrective Justice", *Law and Philosophy*, N° 30, 2011, pp. 1-50.

⁴² Su lectura en términos de una cuestión de justicia distributiva en PAPAYANNIS, Diego M., *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Madrid, Marcial Pons, 2014, en especial, pp. 271-348. Bajo el prisma del igualitarismo, véase KEREN-PAZ, Tsachi, *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*, Hampshire, Ashgate, 2007. Acerca de las dimensiones sancionatorias de la responsabilidad civil, en tanto, puede revisarse GOLDBERG, John C. P.; ZIPURSKY, Benjamin C., "Tort Law and Responsibility", en OBERDIEK, John (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford, University Press, 2014, pp. 17-37.

de los riesgos y efectos contractuales.⁴³ Finalmente, sería un intento en vano segregar al derecho de propiedad de sus consecuencias redistributivas en la sociedad. El dueño no sólo es quien controla el recurso económico, para usar, gozar y disponer de él a su arbitrio. También es quien ejerce tales facultades *con exclusión* de todos los demás miembros de la comunidad.⁴⁴

Otros modelos de comprensión han atenuado esta apelación uniforme del derecho privado a la justicia correctiva.⁴⁵ En la propuesta de Zipursky hay una serie de elementos coincidentes con el internalismo de Weinrib. Su óptica radica en desarrollar un tratamiento dual, desplazándose desde los aspectos conceptuales distintivos del derecho privado a las discusiones sobre los propósitos en cada uno de sus ámbitos específicos. Del mismo modo, construye la ubicación de la filosofía del derecho privado en la discusión entre las teorías correctivas y las investigaciones del análisis económico del derecho. Zipursky asocia el internalismo a las teorías de la justicia correctiva en el derecho privado. Así, sugiere que el externalismo se enfrenta al internalismo, identificado por una variedad de esquemas, cuyo lugar compartido es suscribir los parámetros de la justicia correctiva. Hay distintas maneras de comprender la justicia correctiva en los asuntos relativos al sistema jurídico privado. Mas sus dimensiones convergen en la

⁴³ Un seminal ensayo sobre este aspecto en KRONMAN, Anthony T., “Contract Law and Distributive Justice”, *The Yale Law Journal*, vol. 89, Nº 472, 1980, pp. 472-511.

⁴⁴ Los resultados distributivos del régimen de propiedad privada son reveladores. Como lo apunta Jeremy Waldron, se cautela a un sistema de control de los recursos “(...) que deja a unos pocos con mucho, a un gran número con muy poco y a un número considerable de participantes sin absolutamente nada”. WALDRON, Jeremy, “Property Law”, en PATTERSON, Dennis (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2010, 2ª ed., p. 14. Un acabado examen de las consideraciones de justicia distributiva y significado normativo del derecho de propiedad en la teoría del derecho privado, en BENSON, Peter, “Philosophy of Property Law”, en COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, University Press, 2004, pp. 752-814.

⁴⁵ Si bien la posición de Coleman sobre la responsabilidad extracontractual se ha mantenido comprometida con los estándares de la justicia correctiva, ella sufrió una modificación crucial. En un primer momento defendió la teoría anuladora de la responsabilidad extracontractual, pero ésta fue posteriormente reformulada por su concepción mixta. Para revisar el giro conceptual de Coleman, puede consultarse la tesis anuladora en COLEMAN, Jules L., “Tort Law and the Demands of Corrective Justice”, *Indiana Law Review*, vol. 67, 1992, pp. 349-379. A su vez, la versión mixta de la responsabilidad extracontractual se encuentra en COLEMAN, Jules L., *Riesgos y daños*, traducción de Papayannis, Diego M., Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 309-331.

oposición con la perspectiva externa sobre qué es y cuáles son los objetivos del derecho privado.

Una consideración decisiva para clarificar la visión de Zipursky sobre la filosofía del derecho privado es la relevancia que éste asigna a las acciones judiciales en el marco de las prácticas jurídicas en el contexto privado. Si bien su estudio permite a final de cuentas visitar los problemas fundamentales de la teoría del derecho privado, está particularmente focalizado en el derecho de la responsabilidad extracontractual. Mientras las teorías de la justicia correctiva ofrecen una explicación deontológica según la cual el derecho atribuye responsabilidad civil, cuando reconoce que el agente dañoso ha provocado un mal al demandante que debe ser reparado, las teorías del análisis económico del derecho entienden las reglas de daños como incentivos para que los potenciales individuos que pudieren cometer hechos ilícitos se disuadan de efectuarlos, disminuyendo las conductas socialmente perjudiciales. Ahí ambos modelos teóricos en disputa incurren en el mismo error: omitir el concepto de acción judicial privada.

Según Zipursky, existe un malentendido sobre el funcionamiento del derecho de la responsabilidad extracontractual, pues el derecho no impone la responsabilidad civil, sino que concede poderes privados para que los individuos hagan responsables a otros si así lo deciden. Esta rama del derecho privado debe centrarse en establecer por qué las personas cuentan con estas facultades y están autorizados a ejercerlas y no en determinar por qué ciertos agentes deben ser sancionados como civilmente responsables.⁴⁶ Bajo estos términos, las acciones privadas del orden judicial ayudan a explicar un rasgo definitorio del sistema jurídico privado que se manifiesta en los litigios; a saber, que los individuos que han sido perjudicados por otros cuentan con recursos civiles contra quienes han causado el mal. Así, debemos entender que una acción civil “(...) es un poder para actuar contra otros. En este sentido, esta consiste en (a) un poder para actuar de ciertas maneras; (b)

⁴⁶ Para una propuesta de fundamentación de la responsabilidad en atención a nuestra implicancia en contextos interpersonales de participación, bajo los cuales resulta apropiado reaccionar frente a las acciones de los otros con resentimiento o gratitud, véase, PEREIRA FREDES, Esteban, “Contextos de participación como fundamento de la responsabilidad”, en ORELLANA BENADO, M. E. (compilador), *Causas perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*, Santiago de Chile, Catalonia, 2010, pp. 307-331.

intrínsecamente relacional”.⁴⁷ De modo que esta lectura es llamativamente cercana al planteamiento de Weinrib, para quien la estructura institucional del derecho privado está diseñada por las acciones judiciales derivadas de la infracción de los derechos y deberes de los participantes y, asimismo, la dimensión conceptual se desenvuelve mediante un vocabulario normativo de derechos y deberes correlativos. El derecho privado otorga facultades a los individuos, pero estas prerrogativas son conceptualmente relacionales.

Es decir, si Weinrib considera que el elemento característico del derecho privado es el modo de interacción correlacional que envuelve a los participantes de sus reglas, conceptos e instituciones, Zipursky replica este diagnóstico y sitúa su énfasis en las acciones judiciales en virtud de las cuales cobran sentido tanto el rasgo institucional como el conceptual de la arquitectura del derecho privado. Las acciones privadas de las cuales dispone el demandante contra el demandado que le ha generado un daño, producto de la violación de derechos y deberes correlacionales, son la forma de materializar la modalidad de interacción del derecho privado. Tal vinculación inmediata, directa y relacional es, además, privada. No debemos perder de vista que estas acciones judiciales son privadas, pues corresponden al poder de una parte que no es el Estado. En el contexto jurídico privado, el poder de modificar el estatus jurídico de los individuos es competencia de un particular y no de los órganos jurisdiccionales.

Ello refuerza la división entre el derecho privado y el derecho público antes sostenida como dos modos de interacción contrapuestos, porque hay áreas del ordenamiento jurídico, como el derecho penal y el migratorio, en que el Estado afecta la condición jurídica de las personas, sin que esto ocurra en el ámbito jurídico privado. Como lo apunta el autor, “(...) los tribunales no son actores principales en el derecho penal ni tampoco en el derecho regulatorio, pero el Estado es un actor principal, como demandante en esas áreas, pero no en el derecho privado”.⁴⁸ En la postura de Zipursky, como es posible apreciar, están presentes explicaciones que atienden a considera-

⁴⁷ ZIPURSKY, Benjamin C., “Philosophy of Private Law”, en COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, University Press, 2004, p. 634.

⁴⁸ ZIPURSKY, cit. (n. 47), p. 634.

ciones internas sobre el derecho privado. Al hacer hincapié en las acciones judiciales que confieren poderes a un individuo contra otro, es fortalecida la interacción correlacional entre las partes que es distintiva en las prácticas jurídicas privadas, así como el carácter realmente normativo de las reglas, vocabulario e instituciones que componen su esqueleto, permitiendo que el derecho privado sea inteligible para quienes de éste participan.⁴⁹

Una aproximación diversa está desplegada por Gordley. Su proyecto consiste en la implementación del neoaristotelismo en el derecho privado. Esta tradición filosófica afirma que existe una vida genuinamente humana en que nuestras acciones son sus partes constituyentes. Toda acción que encamina a las personas a una vida así es razonable. Dado que las virtudes morales se alcanzan en las prácticas mediante su ejercicio constante, una facultad decisiva es la prudencia. Ella sirve para escoger nuestros cursos de acción entre buenas y malas opciones, forjando un camino permanentemente virtuoso. Por supuesto, esta imagen preliminar de este pensamiento fue prontamente desatendida por la filosofía moderna. Aun cuando es cotidianamente posible determinar que existen mejores maneras de vivir que otras y, además, que quienes viven de forma más robusta poseen mayores herramientas para definir qué cuenta ser un ser humano. Hay maneras de serlo que son decididamente erróneas y nuestra capacidad de diferenciarlas deviene fundamental para desplegar una vida buena. La revitalización del programa aristotélico no sólo atiende a estos juicios prudenciales en las prácticas morales. Su propósito es también recuperar la relevancia que los escritos aristotélicos brindaron a las dos clases de justicia: justicia conmutativa y justicia distributiva.⁵⁰ Una vida verdaderamente humana trasciende

⁴⁹ Según Andrew S. Gold, las aproximaciones teóricas del internalismo, asociadas tanto a la justicia correctiva como a las acciones y recursos civiles, adolecen de deficiencias significativas que hacen peligrar la coherencia del derecho privado. Su propuesta, en cambio, es entender el derecho privado en términos de un medio destinado a que las personas ejerzan sus derechos morales de ejecución. Éstos existen cuando un individuo puede legítimamente usar la coerción para obligar a otra persona a cumplir con sus deberes morales. Al respecto, véase GOLD, Andrew S., "A Moral Rights Theory of Private Law", *William & Mary Law Review*, N° 52, 2011, pp. 1873-1931.

⁵⁰ Sobre la independencia de funciones que desempeñan ambos entendimientos acerca de la idea de justicia, véase PERRY, Stephen, "On the Relationship Between Corrective and Distributive Justice", en HORDER, Jeremy (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence Jurisprudence: Fourth Series*, Oxford, University Press, 2000, pp. 237-263.

al agente que particularmente la desempeñe, adquiriendo ribetes sociales. El individuo desea alcanzar bienes mediante sus acciones y, asimismo, ayudar a los demás a conseguirlos. De ahí que es necesario clarificar la comprensión existente sobre ambas especies de justicia.

De acuerdo a Gordley, el objetivo de la justicia distributiva es garantizar que cada persona posea los recursos que necesita. La justicia conmutativa, por su parte, busca “(...) que ella pueda obtenerlos sin que injustamente disminuya la capacidad de los otros a hacerlo”.⁵¹ Lo relevante es que ambas ideas deben entrelazarse. Es bueno preservar una parte de los recursos de cada individuo porque es bueno que cada uno de ellos tenga los bienes necesarios para vivir la vida como debiera vivirla. Los efectos distributivos cobran importancia al momento de asegurar que una persona pueda vivir esta vida buena. Y ésta, a su vez, presenta una sustantiva conexión con la justicia conmutativa y la defensa de su derecho a vivir de buena manera, sin obstaculizar a los demás de disfrutar de ella. Pese al tradicional divorcio que se efectúa respecto de estas clases de justicia, afirmando que la justicia conmutativa rige las transacciones entre particulares y, en cambio, la justicia distributiva las relaciones de asignación social de premios y cargas, ello es una deficiencia explicativa que impide evaluar la participación de los criterios de justicia en el derecho privado. Ambos entendimientos sobre la justicia son relevantes en las prácticas jurídicas privadas.

En asuntos como contratos, daños y enriquecimiento injustificado es inevitable considerar aspectos distributivos, aun cuando parezca tratarse de problemas que tradicionalmente corresponden a las arenas de la justicia conmutativa. Según Gordley, un estudio de derecho privado “(...) no puede definir las reglas de contratos, responsabilidad extracontractual o el enriquecimiento injustificado sin considerar la justicia conmutativa, o en otras palabras, sin tener en cuenta el efecto de estas reglas sobre la distribución de los recursos entre las partes”.⁵² Bajo el contexto contractual, el objetivo es permitir el intercambio de recursos evitando que una de las partes se enriquezca a expensas del otro contratante. El punto del derecho

⁵¹ GORDLEY, James, *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford, University Press, 2006, p. 8.

⁵² *Ibidem*, p. 12.

de daños, en tanto, es que el agente que se ha enriquecido a costa de la víctima de su acción u omisión debe compensarlo. Finalmente, la cuestión central en el enriquecimiento injustificado es que ninguna persona puede enriquecerse a expensas de otra, sin una razón jurídica que justifique este desplazamiento patrimonial. Todos estos casos están cubiertos por la justicia conmutativa que otorga sentido a las distintas transacciones. Pero de ello no se sigue que las exigencias de corrección en las conmutaciones excluyan consideraciones distributivas. La justicia conmutativa es parte de la definición de las transacciones en derecho privado, sin marginar o servir de una barrera infranqueable a alegaciones también vigentes en los asuntos jurídicos privados.

Desde este punto de vista, la transversal atención que muestran las transacciones por los criterios de justicia, que en buena parte constituyen consideraciones de justicia conmutativa, es inseparable de su preocupación por la justicia distributiva. La comunidad es entendida como una empresa en movimiento construida sobre la creencia de que tanto a nivel social como en el ámbito particular rigen criterios sustantivos de justicia. En la esfera social se exige que, dentro de las circunstancias posibles, a cada persona le corresponda una parte de los recursos que sea justa. A su vez, en el marco de las transacciones individuales es cautelado el hecho de que una persona aumente sus recursos privando a otra de aquéllos. El derecho privado se encuentra comprometido con estándares de justicia tan básicos que atienden a consideraciones conmutativas en las transacciones y distributivas en el espectro social. A fin de cuentas, el fenómeno jurídico privado abarca una y otra dimensión, comprometiéndose con la justicia conmutativa y distributiva. Como lo observa Godley, “[s]i la justicia distributiva no importaba al derecho privado, tendríamos que preguntar por qué debe importar, en el derecho privado, si una persona se enriquece al privar a otro de sus recursos”.⁵³

Este esquema interpretativo de la teoría del derecho privado puede insertarse, con ciertos matices, en la propuesta formulada por el internalismo. Si bien presenta una contraposición menos explícita y frontal que la elaborada por Weinrib contra el externalismo del análisis económico del derecho, la

⁵³ *Ibíd.*, p. 13.

introducción de criterios de justicia en la totalidad de las dimensiones y sectores del derecho privado, develan la tensión entre ambos modelos. La empresa del neoaristotelismo de Gordley constituye un esfuerzo justificativo del derecho privado.⁵⁴ El rescate de los estándares virtuosos de la tradición aristotélica está orientado a brindar gruesas dimensiones normativas a su modelo teórico, evitando la fractura entre justicia conmutativa y distributiva para defender su pertinencia en las distintas preocupaciones del sistema jurídico privado. Aquí se observa el diseño dual de los estudios sobre teoría del derecho privado, a partir del cual es desarrollado el proyecto general del pensamiento aristotélico en los asuntos jurídicos, rearticulando la comprensión del derecho privado a la luz de sus términos y criterios valorativos y definiendo sus objetivos fundamentales. A continuación, estos lineamientos son proyectados, bajo la organización de Gordley, a los problemas de propiedad, responsabilidad extracontractual, contratos y enriquecimiento injustificado.

Su investigación, denominada como *Foundations of Private Law*, no es gratuita. Ya señalamos que los intereses de la filosofía del derecho privado contemporáneo versan, principalmente, sobre la fundamentación del derecho privado. Al identificar que los propósitos del derecho privado, de acuerdo a la lectura aristotélica, responden a la conciliación de los criterios de justicia conmutativa y distributiva, instala el problema de los fines en los asuntos jurídicos privados. Las prácticas jurídicas del ámbito privado están en permanente construcción y, por su parte, los agentes participan de ellas gracias a sus actuaciones valiosas. Así, la confluencia entre la ordenación social y las transacciones particulares en las exigencias de justicia de las cuales es deudor el derecho privado, devela que los fundamentos del derecho privado delimitan sus objetivos. El prisma del neoaristotelismo favorece explicaciones normativas acerca de lo que es el derecho privado, cuáles son sus características más significativas y, finalmente, bajo qué términos debieren comprenderse sus fines en las diversas cuestiones que dan cuenta del derecho privado como una actividad unitaria.

⁵⁴ Para la explicitación de los rasgos valorativos de su proyecto, véase GORDLEY, James, "The Moral Foundations of Private Law", *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 47, N° 1, 2002, pp. 1-23.

Esta discusión sobre la teoría del derecho privado ha tenido cierto influjo en nuestra dogmática civil. La nomenclatura empleada no alude tanto a los fundamentos del derecho privado como a sus propósitos. En efecto, entre nosotros no existe una línea de investigación que se ocupe de examinar la fundamentación de los núcleos de preocupaciones del derecho privado y, cuando esto ha tenido lugar, se ha tratado de estudios parciales sobre cuestiones de primer orden que suponen otras de segundo orden de análisis. Es decir, cuando se intenta reinterpretar una determinada regla jurídica y este ejercicio presupone un cuestionamiento a los criterios de justificación esgrimidos por la lectura que se propone abandonar.⁵⁵ Ahora bien, hay valiosos esfuerzos de sistematización de las finalidades de un área específica del derecho privado, así como la articulación de los fines del derecho privado patrimonial, en contraposición con el diagnóstico del análisis económico del derecho.⁵⁶ En este estado de cosas, el trabajo de Enrique Barros Bourie lleva la delantera.

Durante 2006, Barros presentó a la comunidad académica su *Tratado de responsabilidad extracontractual*.⁵⁷ Dicha obra constituye el trabajo más significativo de la doctrina nacional desde la segunda mitad del siglo XX. Ahí destina una sección de la parte introductoria a tematizar los fines y valores en la responsabilidad patrimonial. Como hemos revisado, una modalidad bajo la cual las variantes de la filosofía del derecho privado contemporáneo han sido recogidas es traducir los desafíos de esta gama

⁵⁵ Tal estrategia es adoptada por Cristián Banfi en su sugerente agenda de investigación acerca del dolo en responsabilidad civil. A partir de ciertas reglas jurídicas, como el artículo 1558 del Código Civil, arguye agudamente acerca de elementos punitivos vigentes en la responsabilidad extracontractual. De modo que desde ese lugar podemos preguntarnos por las funciones retributivas que son atendidas por dicho sistema de responsabilidad. Véase, BANFI DEL RÍO, Cristián, “Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes”, *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, 2012, pp. 3-32.

⁵⁶ Así, por ejemplo, el logrado trabajo de conciliación entre los criterios resarcitorios y distributivos en responsabilidad extracontractual, bajo un prisma de teoría del derecho privado, realizado en PINO EMHART, Alberto, “Entre reparación y distribución: La responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21, 2013, pp. 89-135.

⁵⁷ Una brillante presentación de este trabajo y su ubicación en el marco de los estudios sobre el derecho privado en ATRIA LEMAITRE, Fernando, “La relevancia del Derecho Civil (a propósito de Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual*)”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 8, 2006, pp. 219-226.

de reflexiones en el desarrollo y evaluación de los objetivos del derecho privado. Tal es la opción suscrita por Barros en esta parte preliminar de su trabajo. Sin embargo, sus planteamientos están circunscritos al derecho de la responsabilidad civil extracontractual. En este sentido, se promueve un entendimiento que diferencia entre el valor de la justicia y el fin de la eficiencia que conviven en esta esfera del derecho privado. De una parte, al preguntarnos por la regla justa para la atribución de responsabilidad civil contamos con exigencias de justicia correctiva, retributiva y distributiva. Ello dependerá, entre otras observaciones, del prisma bajo el cual se construya la regla razonable para adjudicar responsabilidad, sea a partir de la víctima del hecho ilícito, del agente dañoso o desde la comunidad en su conjunto, respectivamente. De otra, una perspectiva técnico-instrumental que concibe el derecho como un complejo de incentivos o desincentivos para alcanzar expectativas socialmente deseadas y, en relación con la responsabilidad extracontractual, persigue identificar la regla de atribución de los riesgos que satisfaga estándares de eficiencia, a través del nivel óptimo de prevención de los accidentes.

Esta demarcación entre las alternativas de justificación de las reglas de responsabilidad extracontractual y aquella que las concibe como mecanismos de prevención general de accidentes, observa la estrategia de situar la teoría del derecho privado en el marco de la tensión entre esquemas internos y externos de comprensión del derecho privado. Resulta pertinente asociar las aproximaciones normativas relativas a la justicia de la responsabilidad extracontractual, en sus tres manifestaciones, al internalismo. Y, a su vez, vincular la visión instrumental de la responsabilidad extracontractual como una forma de conseguir fines sociales, al externalismo. Volveremos sobre este punto más adelante. Mientras tanto me interesa detenerme en lo que autor establece como el sentido de la pregunta por los fines y valores en el ámbito de la responsabilidad patrimonial. De acuerdo a Barros, dicha interrogante tiene dos dimensiones que suelen confundirse: “Ante todo, puede referirse a un método para *comprender* la lógica interna del régimen de responsabilidad civil; pero también suele ser planteada para *proponer* los fines que el ordenamiento debiera perseguir, lo que usualmente va asociado a razones para preferir uno u otro modelo de atribución de responsabilidad civil”.⁵⁸

⁵⁸ BARROS, cit. (n. 27), p. 33, cursivas del original.

La primera cuestión es relevante por su rendimiento interpretativo sobre el derecho para efectos de su aplicación, tratándose de intereses de abogados, juristas o jueces. La segunda, en tanto, auxilia la configuración de políticas públicas en el derecho de la responsabilidad extracontractual, no obstante que su implementación sea parte de la competencia legislativa o bien judicial. De modo que en los estudios de derecho privado confluyen enfoques que buscan hacer inteligible el sistema de responsabilidad civil y otros que esgrimen razones para preferir un estatuto de responsabilidad en desmedro de otras alternativas de regulación. La confusión que anota Barros no es, en rigor, necesariamente errónea. En filosofía del derecho privado los ámbitos de comprensión y proposición de los objetivos del derecho privado están estrechamente conectados. De hecho, hemos revisado que el tránsito entre ambas consideraciones se encuentra laxamente diferenciado, tanto en propuestas internas como externas sobre el derecho privado.

Ciertamente, las distintas claves que admite el internalismo ofrecen resultados más modestos respecto al diseño institucional de la respectiva área del derecho privado de la cual se trate. Pero su dimensión interna asegura proporcionar una explicación adecuada sobre el fenómeno jurídico privado y, asimismo, determinar los propósitos que subyacen a ese entendimiento del derecho privado y sus tradicionales preocupaciones. Desde la otra vereda, el externalismo atiende al problema relativo a la determinación de los fines socialmente deseados, articulando políticas públicas que sean consistentes con tales parámetros, pero yerra en su explicación sobre lo que el derecho privado es. Por supuesto, el externalismo esgrime una comprensión sobre este derecho. Su déficit no reside en omitir una explicación sobre el derecho privado. La deficiencia es que, al definir los objetivos sociales, el derecho privado es relevante *si* es funcional a su consecución. Ello indudablemente no constituye una explicación robusta sobre la estructura, funcionamiento y lógica interna del derecho privado. Al contrario, su propuesta desencadena la imposibilidad de comprender el derecho privado.

Bajo el contexto de la responsabilidad civil, piensa Barros, las escasas reglas jurídicas que conforman el título XXXV del Código Civil generan que irremediamente “(...) la pregunta por los principios y valores que subyacen tras el sistema de responsabilidad tenga un significado práctico determinante en el desarrollo *interno* de esta área del derecho de obligacio-

nes”.⁵⁹ La evaluación de la regla que se estime justa para la atribución de los riesgos responde a este cúmulo de fines y valores. De ahí que, a partir de estos criterios sustantivos, el régimen de responsabilidad posee una estructura sensible a posibles reformulaciones. En algún sentido, los objetivos del derecho privado están en competencia y provocan el autoajuste de las prácticas jurídicas privadas en aras de su coherencia. Desde un enfoque externo de análisis, en tanto, la cuestión radica en determinar cuál es el estatuto de responsabilidad extracontractual de mayor eficiencia “(...) para lograr una adecuada ecuación entre los costos de prevención para evitar los accidentes y los daños que se evitan a consecuencia de estas precauciones”.⁶⁰ La apuesta interna por valores sustantivos es reemplazada por una racionalidad instrumental orientada a las consecuencias, que entiende el derecho en general y el derecho de la responsabilidad civil en particular como una forma idónea para alcanzar estratégicamente fines preventivos.

Frente a esta disyuntiva, una tentación es admitir que ambas líneas de argumentación son importantes para el derecho de la responsabilidad civil. Sin embargo, como correctamente lo advierte Barros, esa posición peca de ingenuidad. Al momento de inclinarse por una posición valorativa identificada con la categoría de la justicia correctiva, o bien por una perspectiva instrumental y pragmática sobre la responsabilidad extracontractual, su conclusión es la siguiente: “[e]n definitiva, todo indica que la *justicia correctiva establece una condición que debe satisfacer toda decisión en materia de responsabilidad*; sin embargo, con frecuencia decisiones alternativas son compatibles con criterios de justicia, lo que justifica un análisis pragmático, que atiende a las consecuencias”.⁶¹ Esta definición nos ayuda a develar las dificultades de reconstruir el derecho privado sobre la base de *un* criterio normativo o únicamente empleando esquemas estratégicos que pueden llevar a la incompreensión del derecho que busca explicarse.

Si bien la observación anterior es incuestionablemente un juicio perteneciente al espectro de la filosofía del derecho privado, a mi juicio, no es en dicha obra donde Barros muestra su perspectiva teórica sobre el derecho

⁵⁹ BARROS, cit. (n. 27), p. 33, cursivas del original.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 33.

⁶¹ *Ibidem*, p. 35, cursivas del original.

privado patrimonial. Ello habría sido perfilado de manera preliminar en un ensayo que precedió y sirvió de antecedente a su generoso trabajo. Bajo el título “Justicia y eficiencia como fines del derecho privado patrimonial”, Barros ofrece una versión más amplia sobre el problema de los propósitos en el derecho privado, cubriendo espacios distintos a la responsabilidad extracontractual. De modo que en el *Tratado* fue restringido el enfoque general que antes sostuvo en este artículo. Una serie de sus observaciones fueron replicadas en su posterior obra, volviendo innecesario retomar tales consideraciones apuntadas más arriba. Me gustaría detenerme en tres cuestiones: (i) organización del texto, (ii) relación con el internalismo y, finalmente, (iii) suscripción de la justicia correctiva.

Con relación a (i), la organización del artículo es reveladora, pues efectúa una escisión entre la justicia y la eficiencia como finalidades del derecho privado patrimonial. La justicia posee una forma abstracta que admite dos entendimientos: justicia correctiva y justicia distributiva. Nada se indica de una tercera versión que está asociada a la justicia retributiva o disuasiva. Por su parte, la eficiencia está desarrollada como un objetivo desde una visión instrumental y pragmática del derecho privado, que está basada en una teoría económica acerca del bienestar que, según antes hemos puntualizado, “(...) juzga todas las decisiones públicas desde el punto de vista de las consecuencias que se siguen para la maximización de la riqueza, entendida como la suma del valor de los bienes económicos y no económicos afectados por la decisión”.⁶²

Si bien sobre (ii) no se afirma explícitamente la atención de Barros en el internalismo, se trata de una noción estrechamente ligada a su postura. La conexión existente entre un enfoque interno sobre el derecho privado y la justicia correctiva está evidenciada en numerosas ocasiones por el autor, advirtiendo que el redescubrimiento de los criterios de la justicia correctiva constituye un paradigma para “(...) la comprensión ‘interna’ del derecho privado, que atiende exclusivamente a la relación entre las partes y no al

⁶² BARROS BOURIE, Enrique, “Justicia y eficiencia como fines del derecho privado patrimonial”, en VARAS BRAUN, Juan Andrés; TURNER SAELZER, Susan (coords.), *Estudios de Derecho Civil. Código y dogmática en el sesquicentenario de la promulgación del Código Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005, p. 28.

orden social en su conjunto”.⁶³ Son las razones que provee el internalismo para justificar el lugar central de la justicia correctiva en el entendimiento del derecho privado las que alientan a proponer una interpretación *desde* ese punto de vista.

En una de sus notas, Barros califica el trabajo de Weinrib como el esfuerzo más influyente en el rescate conceptual de la idea de derecho privado a la luz de la justicia correctiva.⁶⁴ De modo que la visión interna acerca del derecho privado significa, bajo estas coordenadas, acudir al internalismo de Weinrib. Ya hemos revisado que el valor explicativo del internalismo se devela mediante su contraposición con el externalismo para dar cuenta del sistema jurídico privado, sosteniendo la autonomía del derecho privado y su apelación a propósitos intrínsecos relativos a sus prácticas. No obstante, el internalismo no puede restringirse al planteamiento de Weinrib, así como tampoco a su pretensión de explicar el derecho privado únicamente en términos de justicia correctiva. Zipursky y Gordley también proponen ópticas internas sobre el derecho privado, pero sus posiciones no están comprometidas con los criterios de la justicia correctiva. El mérito de una perspectiva interna, a mi juicio, es su invitación a no perder de vista la racionalidad del derecho privado que es desplegada en sus reglas, instituciones y prácticas jurídicas. El rol crucial que específicamente desempeña la justicia correctiva en la postura de Weinrib es contingente respecto del variado espectro de posiciones internas que pueden formularse. Pese a que para el proyecto de Weinrib la adopción de la justicia correctiva es una cuestión necesaria, no lo es así, si se trata de ofrecer una postura interna en la filosofía del derecho privado contemporáneo.

De esta forma nos adentramos en (iii). La justicia correctiva es incansablemente defendida por Barros en los asuntos jurídicos privados y, en especial, como idea reguladora de la responsabilidad civil extracontractual. A partir de su inspiración aristotélica, la justicia correctiva concibe la relación entre las personas de derecho privado como una entre iguales. Dicho estándar de igualdad resultaría particularmente fructífero para explicar tanto la reparación del daño injustamente causado en un accidente como

⁶³ BARROS, cit. (n. 62), p. 16.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 16, n. 6.

asegurar la conmutatividad del vínculo contractual en que estén relacionados los contratantes. En ambas sedes, “(...) la justicia correctiva persigue reestablecer el equilibrio quebrantado”.⁶⁵

La lectura de Barros acerca de la justicia correctiva es notoriamente cercana a parte de las razones que esgrime Weinrib para alzarla como *el* fundamento y, en buenos términos, fin del derecho privado. Su idea “(...) expresa la estructura formal de la argumentación en el derecho privado”.⁶⁶ Esto es un aspecto determinante para la tensión existente entre esta versión del internalismo y el externalismo del análisis económico del derecho. Mientras este último entiende el derecho privado como un medio para obtener fines exógenos al ámbito jurídico, una visión interna guiada por la justicia correctiva brinda unidad y coherencia al derecho privado.⁶⁷ La justicia en la relación privada corresponde al fin del fenómeno jurídico privado y, a su vez, el restablecimiento de la igualdad que ha sido alterada, a través de la infracción de un deber general de cuidado o el rompimiento de una prestación contractual, es asumido como el medio para alcanzar este propósito correctivo. De manera integradora, la justicia correctiva permite entrelazar el fin y el medio y, asimismo, despeja el camino para la autonomía del derecho privado, al reconocer como válida sólo una finalidad que es interna a éste y no encontrarse subordinada a alcanzar objetivos extrínsecos.

Por otra parte, la justicia correctiva desarrolla una función constitutiva en el diseño de la estructura de la relación de derecho privado, articulándola en torno a la idea de correlatividad entre el deber y el derecho. La reparación del daño extracontractual, por ejemplo, refleja la vulneración de un deber

⁶⁵ *Ibidem*, p. 15.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 16.

⁶⁷ Es necesario tomar con cautela esta afirmación según la cual la justicia correctiva juega un papel decisivo para alcanzar el valor de la coherencia en el derecho privado. La apelación normativa de Weinrib a la justicia correctiva, que está latente en los términos de Barros, supone que el derecho privado enfrenta un problema de incoherencia si no se basa en los estándares de esta idea de justicia. Sandy Steel ha puesto en duda que esto sea así. Existen buenas razones para cuestionar por qué cualquier teoría consecuencialista del derecho privado, como algunas de las ofrecidas bajo el análisis económico del derecho, no puede formular justificaciones coherentes para las características centrales del derecho privado. Sobre estas intuiciones, véase, STEEL, cit. (n. 39), pp. 608-617.

de cuidado por parte del agente dañoso y, a su vez, el derecho a obtener un resarcimiento de los perjuicios causados a favor de la víctima del hecho ilícito. Tal como lo argüía Weinrib, el modo de interacción entre los participantes de las prácticas privadas, promovido directa e inmediatamente por la correlatividad de sus deberes y derechos, es la forma más apropiada para justificar el sistema de responsabilidad civil. En ese orden de cosas, la relación no se encuentra construida sobre la base de estrategias de distribución social de riesgos, como lo sostendría el funcionalismo, sino, como lo indica Barros, en virtud de “(...) la peculiar relación que nace entre la víctima y el responsable”.⁶⁸

Finalmente, si para Weinrib esta forma de interacción entre los agentes privados cobra sentido en las prácticas jurídicas según las cuales se desenvuelve el derecho privado, en atención a sus dimensiones conceptuales e institucionales, Barros afirma que “(...) la mejor contribución de la idea de justicia correctiva es comprender y hacer reflexiva, a la vez, la práctica del derecho privado”.⁶⁹ El ejercicio de autorreflexión que está implicado en las observaciones de Weinrib sobre el derecho privado es replicado por Barros. La justicia correctiva clausura formalmente cualquier posible inconsistencia o anomalía del sistema jurídico privado y, además, permite refinar nuestra comprensión de sus prácticas en tanto participantes, dotando de sentido y coherencia a los discursos y decisiones que tienen lugar en el ámbito de la adjudicación en derecho privado. Al menos la arquitectura del derecho privado está formalmente consolidada, garantizando su inteligibilidad interna.

Todo parece sugerir que Barros suscribe la idea de derecho privado formulada por Weinrib. Ello, sin embargo, no es así. Su cercanía con Weinrib radica en la desconfianza sobre la pertinencia de una concepción instrumental en el derecho privado. Por ende, en ambos existe una defensa de la autonomía del derecho privado y un rechazo a que éste sea instrumentalizado para conseguir fines socialmente deseados. Es la racionalidad interna del derecho privado lo que impide acceder a las pretensiones pragmáticas del externalismo. Como lo anota Barros en sus conclusiones, “[t]odo indica que el derecho privado tiene una forma de pensar articulada, que se resiste

⁶⁸ BARROS, cit. (n. 62), p. 16.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 17.

a ser radicalmente instrumentalizada”.⁷⁰ Su distancia, en tanto, se manifiesta en la observación de Barros según la cual la tesis de Weinrib está inspirada en ciertos sistemas filosóficos robustos, como los construidos por Kant y Hegel. La dificultad que ahí observa es la excesiva formalidad con la cual es entendido el derecho privado. Tal óptica obstaculiza dar cuenta de una serie de dimensiones que específicamente son parte del fenómeno jurídico privado, y respecto de las cuales el programa del internalismo de Weinrib enfrentaría problemas quizás irresolubles. Así ocurre con la reformulación del derecho privado a partir de alguna de sus zonas en que se estima necesaria la intervención legislativa para conducir las relaciones entre los particulares. Este nuevo escenario del derecho privado constituye un desafío para el internalismo, ya que “(...) las intervenciones legislativas en áreas específicas de actividad muestran que el derecho contemporáneo presenta una complejidad mayor que la deseada por los radicalismos filosóficos”.⁷¹

Cabe entonces preguntarnos, ¿desde cuál paradigma Barros desarrolla sus intuiciones sobre la teoría del derecho privado? Ciertamente no está ubicado en el funcionalismo del análisis económico del derecho, pero aún no es transparente su vinculación con un enfoque interno sobre el derecho privado. Conviene revisar una de las razones de por qué, a su juicio, deviene implausible el proyecto del externalismo para clarificar esta cuestión. De acuerdo a Barros, “(...) la pretensión de la escuela de *law and economics* de refundar radicalmente los supuestos del derecho privado, a partir de una racionalidad instrumental, que ignora conscientemente la forma histórica de *pensar* el derecho, tiene mucho de ingenuidad y de pesadilla”.⁷² Esta apelación a la manera de reflexionar acerca del derecho privado está claramente asociada a la interacción entre las partes y su comprensión sobre las prácticas del derecho privado. Weinrib, entre otras cosas, propuso tomar en consideración la *idea* del derecho privado para que éste fuese internamente inteligible a sus participantes. De modo que, sin adscribir al postulado de Weinrib, Barros obtiene partido de numerosas de sus observaciones para enfrentar la irrupción del externalismo.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 31.

⁷¹ *Ibidem*, p. 32.

⁷² *Ibidem*, p. 32, cursivas del original.

Sin embargo, la excesiva rigidez y el compromiso monista de la tesis de Weinrib por la justicia correctiva son las razones que influyen en la solución sugerida por Barros. Su recomendación es “(...) mirar el derecho privado como un orden abierto a la influencia del medio ambiente social y político y sujeto a la prueba de la razón (también instrumental). El resultado no será tan puro como quisiera el formalismo, que entiende al derecho privado como un ordenamiento autorreferente, construido sólo a partir de la idea de justicia correctiva; pero se hará cargo de que la conformación del orden más básico de la sociedad (como es el derecho privado, que cotidianamente rige las relaciones entre las personas) es una empresa en que intervienen consideraciones de diferentes naturalezas”.⁷³

Pese a la ambivalencia de sus términos, transitando velozmente desde una perspectiva interna del derecho privado a una racionalidad estratégica sensible al contexto externo, explicita que, diseñar esta perspectiva a la luz de la formalidad y orientando el sistema jurídico privado únicamente en los lineamientos de la justicia correctiva, responde a expectativas de sistemas especulativos muy bien logrados, pero inadecuados para dar cuenta de la complejidad de relaciones que tienen lugar bajo las arenas del derecho privado. Si, como lo indica Barros, el programa del derecho privado está expuesto a distintas exigencias y consideraciones, entonces la rigidez del internalismo de Weinrib se devela también en su reconocimiento de la justicia correctiva como el único propósito al cual el derecho privado debe aspirar, recordando que éste no puede ser sino lo que es.⁷⁴ Ello contribuye

⁷³ *Ibidem*, p. 32.

⁷⁴ La segunda edición de *The Idea of Private Law* publicada en 2012, ilustra la intensidad de esta rigidez del marco teórico de Weinrib. Ahí conservó canónicamente los planteamientos formulados en 1995, con una sola variante consistente en la introducción de un prefacio en que ratifica sus intuiciones originales y se hace cargo muy levemente de algunas de las críticas que éstas han enfrentado. La encrucijada es que, si Weinrib tiene razón, entonces, el derecho privado no se puede explicar ni justificar sino en tales términos. Se recordará que un valor central de su propuesta es precisamente la coherencia. En otras palabras, la propia teoría del derecho privado de Weinrib condicionó que éste sólo pueda consistentemente reafirmarla con posterioridad. Ello explica por qué Alberto Pino-Emhart invita a Weinrib a despertar de su sueño dogmático, abandonando el formalismo de su esquema, la idea de coherencia y su postura sobre el principio de la justicia correctiva. Al respecto, véase PINO EMHART, Alberto, “Taking Private Law (Too) Seriously”, *Jurisprudence: An International Journal of Legal and Political Thought*, vol. 5, Issue 2, 2014, pp. 421-429.

a introducir una variante del internalismo que es la ofrecida por Barros en sus trabajos; a saber, un esquema moderado de éste. El contraste central entre Weinrib y Barros está en sus posiciones sobre la pertinencia de pensar el derecho privado en base a *un* objetivo, o bien reconocer la coexistencia de distintos propósitos. Es correcto situar las intuiciones de Barros bajo el internalismo en la teoría del derecho privado contemporáneo. Pero su enfoque interno es en mayor medida un rechazo a la tesis externalista que una suscripción de los parámetros teóricos de Weinrib.⁷⁵

De acuerdo a lo anterior, el problema se produce por la identificación de los propósitos del derecho privado y, a su vez, sobre el estatus de la relación que existiría entre sus distintos fines, si hubiese más de uno al cual aspirar. Mientras en la aproximación de Weinrib sólo existe un objetivo en el derecho privado, es decir, la justicia correctiva, bajo la versión moderada del internalismo de Barros en el derecho privado compiten distintas finalidades, cuya presencia es simultáneamente compatible.⁷⁶ Si bien su posición intenta conciliar la justicia correctiva con la relevancia de las consecuencias de las decisiones, son los criterios normativos de la justicia los que posibilitan comprender el derecho privado y no instrumentalizarlo para cumplir expectativas provenientes de otras esferas. Por supuesto, se podría cuestionar que la lectura de la perspectiva interna del derecho privado de Barros no reconoce la tesis fuerte de Weinrib, al aceptar que el derecho privado puede ser algo diverso de lo que es, atendiendo a consideraciones de justicia distintas a las pertenecientes a la justicia correctiva. De igual manera, es necesario clarificar cómo la justificación del papel central de la justicia correctiva se explica en Barros en términos similares a la propuesta

⁷⁵ De ahí su temprana insistencia en contraponer la “privacidad” del derecho privado a las políticas públicas, asociadas a las regulaciones administrativas, afirmando que ambas develan lógicas y formas de pensar que difieren entre sí. En tales términos, véase BARROS BOURIE, Enrique, “Lo público y lo privado en el derecho”, *Estudios Públicos*, Nº 81, 2001, pp. 19-20, n. p. 33.

⁷⁶ Años más tarde, Weinrib intentó matizar la conexión analítica entre el derecho privado y la justicia correctiva, aludiendo con algo de ironía a la recepción que tuvo su tesis respecto del fin del derecho privado. En sus palabras, “[c]omo será evidente de este libro, esto no quiere decir que todas las razones que ofrecen los tribunales se ajustan en realidad a la justicia correctiva. Más bien, se indica la estructura que el razonamiento jurídico tiene que tener si ese razonamiento trabaja en las implicaciones del propio carácter institucional y aspiraciones normativas del derecho privado. Es por ello que, como lo puse hace años en palabras que escandalizaron a algunos lectores, ‘la finalidad del derecho privado es ser derecho privado’”. WEINRIB, cit. (n. 21), p. 8.

de Weinrib, sin suscribir la incompatibilidad que de ello se sigue existe entre la justicia correctiva y otras posibles finalidades normativas, como la justicia distributiva y la justicia retributiva.

Esta compatibilidad entre objetivos del derecho privado está claramente afirmada en el *Tratado*.⁷⁷ Pero ahí el examen se encuentra focalizado en responsabilidad civil extracontractual. La extensión del título XXXV del Código Civil inevitablemente limita las observaciones de Barros, ya que se trata de un apartado constituido por sólo veinte reglas jurídicas. Así, el valor teórico de afirmar la coexistencia de la justicia correctiva, distributiva y retributiva en estas disposiciones no arroja mucha luz acerca de lo que el derecho privado es. Está pendiente este tipo de juicios sustantivos en la obra de Barros respecto a preocupaciones distintas a la responsabilidad civil. Mientras tanto podemos analizar el prisma común con que es interpretado el sistema de responsabilidad extracontractual y el derecho privado. Según se estableció, la moderación del programa interno sugerida por Barros está justificada en su formalismo y consagración monista de un solo fin. El derecho privado, por su parte, “(...) es un orden de convivencia cuya estructura básica tiene más de dos mil años y (...) ha cumplido su función de ser el sustento de una sociedad de libertades”.⁷⁸ De modo que la complejidad de este esquema de organización social sensible a postulados políticos no puede entenderse exclusivamente en términos de la justicia correctiva. La reducción del fenómeno jurídico privado a los criterios de la justicia correctiva sería tan ingenua como su intento de instrumentalizarlo para conseguir efectos socialmente deseados.

No obstante lo anterior, el internalismo moderado de Barros no está libre de dificultades. Precisamente, cuando el compromiso normativo del *Tratado* fue puesto a prueba, gracias a las objeciones que Carlos F. Rosenkrantz propinó a su trabajo, la defensa de Barros apeló a cuestiones de segundo orden acerca del derecho privado.⁷⁹ De ahí que aceptar su defensa presuponga,

⁷⁷ BARROS, cit. (n. 27), pp. 36-43, 52-54.

⁷⁸ BARROS, cit. (n. 62), p. 32.

⁷⁹ ROSENKRANTZ, Carlos F., “En defensa de la responsabilidad estricta. Una revisión crítica del *Tratado de la responsabilidad extracontractual*, de Enrique Barros”, *Estudios Públicos*, N° 112, 2008, pp. 285-308.

entre otras empresas, comprender la responsabilidad civil como derecho privado. Rosenkrantz consideró que la obra de Barros estaba filosóficamente inspirada en el estatuto de la responsabilidad por culpa o negligencia, en circunstancias en que, bajo su óptica, el sistema general de atribución de riesgos debe conformarse a partir del régimen de responsabilidad estricta. En palabras de Barros, Rosenkrantz en su crítica “[p]arece asumir que el objeto central del TRE sería *justificar* un régimen de responsabilidad por negligencia y no *comprender* cómo está efectivamente estructurada la responsabilidad civil en el derecho moderno”.⁸⁰ Como se sabe, Barros fijó en el sistema de responsabilidad por culpa o negligencia el régimen general y supletorio de atribución de responsabilidad civil. A su vez, el estatuto de responsabilidad estricta únicamente tiene operatividad cuando existe una regla jurídica que lo imponga, calificando la actividad como riesgosa. La inversión entre ambos sistemas que propone Rosenkrantz para construir el derecho de la responsabilidad civil se fundamenta en una noción de la eficiencia económica y una doctrina de la acción humana que sirven de razones para decidirse por la responsabilidad estricta.

Barros ofrece un agudo elenco de argumentos para justificar que la responsabilidad por culpa es y debe ser el sistema general y supletorio de responsabilidad extracontractual. Uno de ellos, que merece especial interés, es su cuestionamiento final acerca de si es razonable formular una perspectiva sobre el derecho privado sin derecho.⁸¹ Ahí nuevamente recurre a la tensión entre el análisis económico del derecho y la justicia correctiva como ópticas de reflexión sobre el derecho privado. Desde Rosenkrantz la defensa del estatuto de responsabilidad estricta constituye una alegación a favor del externalismo en la clave que hemos revisado. De ahí que privar al derecho privado de la justicia correctiva es dejarlo sin derecho, extirpando los fundamentos que subyacen a nuestras prácticas. El análisis económico

⁸⁰ BARROS BOURIE, Enrique, “La responsabilidad civil como derecho privado”, *Estudios Públicos*, N° 112, 2008, p. 309, cursivas del original.

⁸¹ La interrogante fue perfilada en los siguientes términos: “¿[e]s razonable una doctrina del derecho privado sin derecho?”, BARROS, cit. (n. 80), p. 329. Por supuesto, Barros no pretende negar que la adopción de una postura instrumentalista amenace el estatus jurídico del derecho privado. Pese a esto, aquella sí da lugar a una teoría del derecho privado que paradójicamente renuncia al derecho privado. Al menos, pone en duda la forma de entender internamente la relación de derecho privado y ello motiva a Barros a situar la discusión en estos términos.

del derecho propone reformular la manera en que pensamos el derecho privado en términos instrumentales. En cambio, la justicia correctiva que mejor justifica el régimen de responsabilidad por culpa o negligencia permite interpretar la práctica de la responsabilidad civil “(...) en una dimensión típica de derecho privado”.⁸² El aspecto relacional entre el agente dañoso y la víctima del daño devela el carácter privado de la lógica existente entre quien infringe un deber de cuidado y daña a otro, debiendo indemnizarlo por los perjuicios ocasionados porque la víctima posee este derecho de resarcimiento.

Es interesante notar que Barros reiteradamente entienda el derecho privado a la luz de la justicia correctiva, para justificar su decisión a favor de la responsabilidad por culpa. Esta asimilación está comprometida con la comprensión de las prácticas sociales que conforman el fenómeno jurídico privado, pero enfrenta el desafío acerca de los fines que posiblemente están vigentes en éste. ¿El derecho privado admite uno o diversos objetivos? Según Barros, “[l]a ventaja de la justicia correctiva radica precisamente en que lleva a pensar la responsabilidad civil como una relación de derecho privado, sin consideración, al menos provisional, de otros fines”.⁸³ La justicia correctiva, entonces, puede fundamentar el derecho de la responsabilidad extracontractual, suspendiendo la necesidad de indagar acerca de otros propósitos. Si los hubiese, éstos también debiesen satisfacer las exigencias de la justicia correctiva, ya que, de lo contrario, se extraviaría la relación entre las partes. La provisionalidad con que satisface la justicia correctiva las prácticas de la responsabilidad civil como derecho privado sugiere que el estatus entre una pluralidad de finalidades debe estar construido a partir de sus estándares. La justicia correctiva es el punto de partida para la reflexión sobre las reglas, instituciones y prácticas de la responsabilidad civil.

Surge la pregunta acerca de cómo garantizamos que la metodología de análisis empleada centre su atención en la relación entre los participantes que es interpretada bajo los parámetros de la justicia correctiva, sin pretender conformar políticas públicas. Al respecto, Barros afirma que “(...) una doctrina jurídica de la responsabilidad civil requiere de un formalismo

⁸² *Ibidem*, p. 330.

⁸³ *Ibidem*, p. 331.

metodológico, que asegure la autonomía necesaria respecto de otros fines, para concentrarse en mirar a las partes como sujetos de una relación que es propiamente de derecho privado”.⁸⁴ Nuevamente, el formalismo aparece como un camino indicado para emprender las investigaciones en filosofía del derecho privado, permitiendo conservar el énfasis en la interacción entre los participantes de las prácticas privadas y afirmando la autonomía del derecho privado de otros objetivos. Al intentar identificar los propósitos respecto de los cuales el formalismo promueve su independencia, es cristalino que se trata de fines exógenos al derecho privado, como la eficiencia económica o maximización de utilidades. Pese a ello, no es igualmente claro cómo se relaciona la autonomía del formalismo respecto de comprensiones de la justicia distintas a la justicia correctiva, como lo son su versión distributiva y retributiva. Anteriormente vimos que el formalismo promovido por el internalismo de Weinrib fue rechazado precisamente porque sus pretensiones formalistas de uniformidad y coherencia simplificaban la complejidad del derecho privado. No obstante, el rechazo a este internalismo es visiblemente atenuado cuando se trata de combatir las aspiraciones del externalismo defendido por Rosenkrantz.

Una distinción iluminadora de Barros es aquella que diferencia entre la función comprensiva y resolutoria de la idea de justicia. Su rendimiento no se encuentra tanto en la resolución de casos particulares como en comprender la racionalidad interna operativa en el sistema jurídico privado. La noción de justicia sirve para demarcar formalmente lo justo de lo injusto, pero ello no permite agotar la noción de justicia que sea más idónea para el supuesto en concreto. Por ello, puede estimarse como justa más de una solución respecto del supuesto que específicamente se trate. Bajo estos términos se entiende el estatus de la conexión entre la justicia correctiva y las demás formas de justicia. Mientras la comprensión del derecho privado depende de adoptar la óptica de la justicia correctiva, la determinación de la regla más justa para el caso particular puede atender a finalidades diversas. Así, los criterios de la justicia correctiva constituyen una exigencia mínima que debe cumplir el derecho de la responsabilidad civil para ajustarse a la relación propiamente de derecho privado, según el internalismo insiste en entenderla. A partir de su satisfacción cobran vigencia otras expectativas

⁸⁴ *Ibidem*, p. 333.

de la responsabilidad extracontractual. En este sentido, “(...) hay espacio para que otros bienes puedan ser satisfechos mediante el ordenamiento civil; así ocurre con los efectos preventivos y distributivos, que en ciertas circunstancias pueden hacer preferible la responsabilidad estricta”.⁸⁵

Entonces, ¿qué es lo que hace a la responsabilidad civil tratarse de una cuestión de derecho privado? El modo de interacción relacional que existe entre los participantes de la relación jurídica privada, si bien da cuenta del rasgo decisivo del derecho privado, no es suficiente para concluir el problema de los objetivos a los cuales atiende la racionalidad interna del derecho privado. Ello devela la real intensidad del desafío ofrecido por el internalismo de Weinrib. Su apuesta por la autonomía del derecho privado respecto de propósitos extrínsecos a su lógica interna es indudablemente atractiva para los estudios de teoría del derecho privado. No obstante, su apelación por la coherencia lograda formalmente a partir de la justicia correctiva trae aparejada la incompatibilidad de sus criterios con otros fines. De ahí que Barros se ve inevitablemente en aprietos cuando defiende su opción por el sistema de responsabilidad por culpa o negligencia basado en la idea de justicia correctiva.

Es complejo apelar a la misma justificación que arguye Weinrib para rechazar la pertinencia del análisis económico del derecho y, a su vez, renegar las consecuencias que de ese modelo se extraen acerca de los propósitos en el derecho privado. No es tarea sencilla proponer esta fractura entre el tratamiento de la justicia correctiva como límite formal y admitir una sana competencia de las distintas alegaciones de justicia para el caso en particular. Después de todo, continuaría pendiente la pregunta fundamental: ¿cómo entender el derecho privado? La precisa forma de interacción entre los agentes reclama *una* forma de justicia, o bien autoriza la coexistencia de *distintas* versiones de aquélla.⁸⁶ Sabemos que el derecho privado no puede pensarse bajo cánones instrumentales, porque responde a una racionalidad distinta de

⁸⁵ *Ibidem*, p. 334.

⁸⁶ Con anterioridad, Barros remarcó el carácter esencialmente privado de esta parcela del derecho, adoptando las sugerencias de Weinrib, al conectar la vinculación entre las partes y la justicia correctiva. Así, la perspectiva del derecho privado “(...) corresponde a la forma más intuitiva de la justicia, que se centra exclusivamente en el tipo o naturaleza de la relación. Lo esencial desde el punto de vista de esa justicia correctiva o conmutativa es el vínculo entre las

la desplegada por el funcionalismo. Mas aún no tenemos claridad sobre qué es el derecho privado. Barros emplea el internalismo para defenderse con éxito de las objeciones de Rosenkrantz, pero las consecuencias de asumir su formalismo son renegadas al no entender la responsabilidad civil, así como toda otra preocupación, *sólo* en términos de justicia correctiva.

III. ¿CÓMO COMPRENDER EL DERECHO PRIVADO?

La tensión que apuntamos en la réplica de Barros sirve de insumo para proponer sumariamente algunas ideas acerca de cómo podría diseñarse un programa de investigación en filosofía del derecho privado. El punto de partida es necesariamente suscribir la visión del internalismo sobre la autonomía del derecho privado y su independencia de objetivos exógenos a las prácticas privadas.⁸⁷ Ya hemos brindado distintas consideraciones respecto de este punto. Sin embargo, el esquema interno de comprensión establece una valla difícil de sortear: su formalismo. Quizás una estrategia para desmarcarse del monismo del modelo de Weinrib sobre la justicia correctiva no radica en derechamente proponer una convivencia de finalidades bajo la estructura formal de la justicia correctiva, sino en mostrar en qué sentidos el derecho privado no está únicamente comprometido con criterios formales de entendimiento.

El derecho privado, como acertadamente es advertido por Weinrib, posee una estructura conceptual e institucional que otorga consistencia al derecho privado. Éste es formalmente diseñado en términos de la uniformidad de la justicia correctiva. La manera correlacional en que interactúan los participantes de sus prácticas jurídicas caracteriza el fenómeno privado, apoyándose en las exigencias de la justicia correctiva sobre el equilibrio y coordinación

partes, y no un fin social más general que resulta ajeno a esa precisa relación”. BARROS, cit. (n. 75), p. 19.

⁸⁷ Una visión escéptica sobre la autonomía del derecho privado en los términos bajo los cuales es defendida por el internalismo está patente en DAGAN, Hanoch, “The Limited Autonomy of Private Law”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 56, N° 3, 2008, pp. 809-833. Éste y otros ensayos que dan cuenta de su proyecto de reformulación de la teoría del derecho privado, bajo el prisma del realismo jurídico, están compilados en DAGAN, Hanoch, *Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory*, Oxford, University Press, 2013.

en el esquema de derechos y deberes. La formalidad del derecho privado es incuestionable. Además, ella permite asegurar la autonomía del derecho privado y una adecuada comprensión de las prácticas sociales, sin necesidad de reformular nuestra manera de pensar acerca de éste en términos meramente instrumentales. Pese a las gruesas contribuciones que otorga la metodología formal de estudio propuesta por el internalismo, el formalismo es una dificultad si se pretende tematizar cuáles son los propósitos que cabe esperar de esta línea de reflexiones. El monismo de la justicia correctiva es una consecuencia del formalismo en el derecho privado. De igual modo, la eventual coexistencia de distintas versiones de la justicia significa una renuncia a los exigentes parámetros del formalismo.

¿Hasta qué punto es formal el derecho privado? P. S. Atiyah realizó una importante clarificación sobre esta cuestión.⁸⁸ Si la estructura del derecho privado está caracterizada por su formalidad, inevitablemente cada parcela de preocupación supone una ponderación distinta entre el rol de la forma y las consideraciones sustantivas que pueden estar presentes en el ámbito jurídico privado. Una zona identificada por su formalidad es el derecho de los contratos. La lógica que subyace a las prácticas contractuales puede extrapolarse al conjunto del fenómeno jurídico privado, ya que el derecho de los contratos constituye un indicador robusto de lo que el derecho privado es.⁸⁹ De ahí que, si el derecho de los contratos admite cuestiones distintas a las formales, aquéllas también pudieren tener cabida en el derecho privado. Una crucial observación de Atiyah para dar cuenta del derecho contractual es que, si bien éste es principalmente conformado a partir de razones de forma, resultan pertinentes las razones de sustancia. Si aquello fuere correcto, en el derecho de los contratos y, a su vez, en el derecho privado existe una coexistencia de consideraciones de distinto tipo que son relevantes y atendidas en el ámbito de la adjudicación.⁹⁰

⁸⁸ ATIYAH, P. S. "Form and Substance in Contract Law", en ATIYAH, P. S., *Essays on Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 93-120.

⁸⁹ Desde este punto de vista es construida la teoría contractual en SMITH, cit. (n. 38), en particular, pp. 3-37.

⁹⁰ Una manera distinta de mostrar esto está en el planteamiento de Lucy. Bajo su visión, la filosofía del derecho privado se ocupa de la reflexión acerca de los conceptos centrales de las prácticas e instituciones del derecho privado. Esos conceptos, por su parte, pueden ser divididos en dos clases: estructurales y sustantivos. Los conceptos estructurales aluden a la relación entre

Como es sabido, la taxonomía de Atiyah demarca entre razones de forma y razones de sustancia. Las razones de forma son aquellas basadas en elementos externos de la figura contractual, es decir, sujetan la validez de la institución a la observancia de estas consideraciones, sin atender a su sustento normativo. Las razones de sustancia, en tanto, dan cuenta de dimensiones valorativas que permanecen escondidas tras la posición privilegiada de la forma en el derecho privado. Una vez que se cumplen los requisitos externos del contrato, ello es razón de forma para imputar las consecuencias jurídicas que se siguen de su verificación. Tal satisfacción desplaza de consideración los argumentos sustantivos que pueden esgrimirse en torno a la validez o ejecución de dicho negocio. Precisamente, la peculiaridad de las razones de forma es que ellas descartan la pertinencia de razones de sustancia que pudieren ser contrarias. Su característica es dejar fuera de discusión todo otro aspecto distinto a la satisfacción de la exigencia formal. Ello es lo único relevante, marginando todo lo que normativamente pudiese aún discutirse, como irrelevante.

El derecho de los contratos presenta una conformación establecida sobre la base de esta clase de razones. En numerosas ocasiones, la formulación de obligaciones contractuales es una consecuencia directa de la observancia de factores formales, que sirve de razón excluyente para efectuar dicha imputación. Entre nosotros, la redacción del artículo 1554 del Código Civil es reveladora. Según sus términos, la promesa de celebrar un contrato en el porvenir *no produce* obligación alguna, *salvo* que concurran una serie de circunstancias formales que ahí se enumeran, siendo encabezadas por su necesidad de escrituración. Si nos detenemos sólo en este requisito, el contrato de promesa es válido y genera sus prestaciones *porque* consta por escrito. Dicha constatación es suficiente para agotar, al menos en este primer elemento, la imputación de los efectos jurídicos que son propios de la promesa contractual. De igual manera, la escrituración de la promesa es

demandante y demandado que restringe las consideraciones pertinentes para las decisiones de los tribunales, llevando “(...) a algunos a describir la forma o estructura del derecho privado y sus conceptos básicos como ‘bilateral’”. LUCY, cit. (n. 13), p. 24. Ahí ubica tanto a Weinrib como a Coleman. En cambio, los conceptos centrales sustantivos son aquellos que “(...) informan las doctrinas y conceptos sustantivos de áreas particulares del derecho privado”. *Ibidem*, p. 25. Su utilidad para elaborar las nociones más relevantes en el derecho privado han conducido la filosofía contemporánea del derecho privado a su estudio, preocupándose de las bases normativas de este tipo de conceptos y doctrinas en el sistema jurídico.

una razón de forma para no indagar sobre consideraciones sustantivas que podrían esgrimirse para cuestionar la operatividad de esta figura contractual. Después de todo, si no se cumplen estas condiciones especiales, la promesa simplemente no produce obligación alguna.

Una razón de forma bastante más interesante es el artículo 1545 que consagra la fuerza obligatoria del contrato en nuestra legislación privada.⁹¹ Todo vínculo contractual que sea legalmente celebrado es una ley para las partes, obligándolas en términos categóricos. De modo tal que la verificación de los requisitos que la legislación contempla para el valor de los contratos es una razón para imponer formalmente la obligatoriedad contractual. En la medida en que el efecto vinculante del contrato es una piedra angular de la teoría de las obligaciones y los contratos, resulta interesante destacar que las alegaciones de los contratantes dejan de resultar pertinentes cuando la relación contractual se ajusta formalmente a las reglas del derecho privado. La ley del contrato es aplicada por el juez frente a cualquier supuesto contractual, aun cuando medien severas argumentaciones sustantivas que contraríen su operatividad.

Un derecho contractual altamente formal, tanto en la celebración de los contratos como en la implementación de sus obligaciones, podría mostrarse como un aliado de la tesis de Weinrib, así como de todo internalismo formalista. El modo de interacción entre los contratantes está articulado bajo el contexto de esta formalidad. Ahora bien, la eventual participación de razones sustantivas en el derecho contractual da cuenta de que el derecho privado no sólo se resiste a ser instrumentalizado a la luz de objetivos de eficiencia económica, sino también a reducirse en su dimensión formal. De ahí que Atiyah advierte con acierto que progresivamente se ha producido un desplazamiento a las razones de sustancia en el derecho de contratos. Incluso en una de sus esferas que mejor refleja su formalidad, resultan pertinentes las consideraciones sustantivas acerca de la validez y funcionamiento de

⁹¹ Una propuesta de justificación de la fuerza obligatoria del contrato consagrada en el artículo 1545 del Código Civil, en términos de la apelación al valor de la autonomía personal, que es promovida internamente tanto por los participantes de las prácticas contractuales como gracias a la estructura de reglas secundarias del derecho privado, puede consultarse en PEREIRA FREDES, Esteban, “Acerca de la fundamentación de la obligatoriedad de los contratos: Autonomía y Derecho Privado”, *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, N° 6, 2014, pp. 69-135.

los contratos. Ello ha sido en parte develado por la vigencia de la teoría de la imprevisión como una tensión con la aplicación concluyente del *pacta sunt servanda*.

La fuerza obligatoria del contrato sugiere una razón formal para asignar consecuencias jurídicas a quienes celebran un contrato, no obstante les resulte económicamente perjudicial. Si sobrevienen hechos inimputables a los contratantes que alteran las condiciones iniciales de contratación, ocasionando que una de las partes puede cumplir los términos contractuales, pero sufriendo una situación excesivamente dispendiosa, la ley del contrato exige que éste sea excluyentemente aplicado. Así, el efecto vinculante es una razón de forma para que el juez aplique el contrato según sus estipulaciones originales, sin necesidad de detenerse a examinar las razones de sustancia que él podría contraponer a su aplicación. Sin embargo, si el adjudicador toma atención a las consideraciones sustantivas que están involucradas en esta situación, relativas a la incorrección normativa de exigir el cumplimiento en los lineamientos vigentes al momento de la celebración, evita la razón de forma y echa por la borda el *pacta sunt servanda*.

No es menester referirse a la efectiva recepción de la teoría de la imprevisión en el derecho contractual nacional. El aspecto decisivo es que la revisión judicial del contrato por una excesiva onerosidad sobreviniente desafía la razón de forma asociada al artículo 1545 del Código Civil. Ella muestra la pertinencia de factores que son directamente más relevantes para la decisión y que la aplicación formal del contrato oculta razones de sustancia que no fueron consideradas por los contratantes ni posteriormente por el juez. De modo que la clase de razones que tratan como irrelevantes a un conjunto de cuestiones que subyacen a los vínculos contractuales conviven con razones sustantivas que invitan a tematizarlas. Como lo indica Atiyah, “[a]l mismo tiempo, todos debemos estar conscientes del hecho de que el poder de las razones de forma en el derecho de contratos y, en verdad, probablemente en todo el derecho, ha ido decayendo en años recientes. Cada vez más a menudo los tribunales parecen dispuestos a explorar la transacción, abrirla, e ir más allá de las razones de forma, y atender a las razones de sustancia para la creación o negación de las obligaciones”⁹².

⁹² ATIYAH, cit. (n. 88), p. 116.

¿Cómo es posible abordar la forma del derecho privado? Duncan Kennedy ofreció agudas observaciones respecto de las cuestiones presentes en el ámbito de la adjudicación en el derecho privado. Hay objetivos que pueden asociarse *a la* forma y otros que son posibles conseguir *a través* de la forma. No siempre los estudios de Derecho Civil tienen en cuenta que en la aplicación de las reglas jurídico-privadas están en tensión postulados sustantivos, que problematizan la propia razón de forma constituida por la regla. A su vez, las consideraciones de forma y sustancia reflejan sistemas de valores que son irreconciliables entre sí, y dan cuenta de la satisfacción a ciertas alegaciones normativamente antagónicas.⁹³ La inconmensurabilidad entre los valores alternativos explica la dificultad de su elección. Aquellos parámetros sustantivos pueden ser tratados mediante dos modelos retóricos opuestos: individualismo y altruismo.⁹⁴

Mientras el individualismo supone una preferencia por los intereses propios del agente y un desplazamiento de los intereses ajenos, corriendo cada cual con sus ganancias y riesgos, el altruismo rechaza la escisión entre el interés ajeno y el propio, de modo que resulta razonable para el agente compartir tanto las ganancias como las pérdidas de forma colectiva. Desde la generalidad de las reglas decanta la individualidad valorativa expresada en las razones de forma. De la especificidad de los principios se siguen las consideraciones altruistas que las razones de sustancia satisfacen. Dada la vinculación entre el individualismo y la noción de autonomía que exige un respeto a los derechos del otro, el individualismo ha ofrecido tradicionalmente justificaciones para las instituciones más relevantes del fenómeno jurídico. En tal sentido, piensa Kennedy que “[l]a función del derecho es definir y exigir el cumplimiento de los derechos, establecer aquellos límites en la búsqueda del propio interés que distinguen a un régimen individualista de un régimen puramente egoísta”.⁹⁵ Cabe entonces preguntarse ¿cómo interpretar la regla que sirve de fundamento obligatorio del vínculo contractual?

⁹³ KENNEDY, Duncan, “Form and Substance in Private Law Adjudication”. *Harvard Law Review*, vol. 89, 1976, p. 1685.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 1685. El desarrollo de estas actitudes en pp. 1713 y ss.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 1715.

La regla jurídica consagrada en el artículo 1545 puede devenir correcta o incorrecta según el prisma adoptado para su examen. De acuerdo al individualismo del *pacta sunt servanda*, su corrección deriva de la imparcialidad de su forma. Todo agente que haya legalmente celebrado un contrato debe cumplirlo como si se tratara de una ley. La ley del contrato brinda una razón de forma para garantizar el cumplimiento de las condiciones originales de contratación, adhiriendo a la fractura entre el interés personal y el colectivo. Desde una perspectiva altruista, en cambio, la mencionada regla jurídica contractual se podría entender como incorrecta, toda vez que la neutralidad del cumplimiento genérico puede mostrarse excesivamente rígida frente a consideraciones particulares, desatendiendo el legítimo interés de otros agentes contractuales. La fuerza vinculante del vínculo contractual admite ser tematizada por razones sustantivas, dando lugar a revisiones de la relación jurídica constituida.⁹⁶

Bajo el marco de la adjudicación, cuando un juez evalúa la aplicación o no de un contrato, según la incondicionalidad consagrada en los términos del artículo 1545 del Código Civil, en última instancia decide sobre valores antagónicos que no admiten ser ponderados mediante un criterio racional *ex ante*: se trata de la seguridad jurídica que exige el individualismo, bien de la justicia social apelativa del altruismo contractual. Las razones de forma y sustancia se relacionan polémicamente entre sí en el contexto de la aplicación del derecho privado. Si esto fuere así, quizás resulta necesario matizar la identidad estrictamente formal del régimen del derecho de los contratos. No sólo existe un debilitamiento de las razones de forma en esta área, sino que tras la aplicación de la fuerza obligatoria del contrato, como una razón de forma indispensable para el derecho contractual, subyacen alegaciones sustantivas que están en controversia y determinan el sentido de la decisión judicial.⁹⁷

⁹⁶ No sólo la revisión de las estipulaciones contractuales alerta sobre la presencia de dimensiones sustantivas en el derecho contractual. Asuntos como la intervención con que el legislador ha reaccionado a situaciones asimétricas de contratación y la neutralidad diferenciada que debe ejercer dicho órgano frente a quienes tienen mayores dificultades para ejercer su autonomía, han sido articulados bajo los compromisos normativos de una teoría liberal del contrato. Al respecto, véase KIMEL, Dori, *From Promise to Contract. Towards a Liberal Theory of Contract*, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2003.

⁹⁷ Sobre el desempeño de la metodología de los *estudios críticos del derecho* en problemáticas del derecho privado, véase WILHELMSSON, Thomas, *Critical Studies in Private Law*, Dordrecht, Kluwer, 2010.

Frente a la formalidad que caracteriza el derecho privado conviene evaluar el rendimiento de cuestiones sustantivas en su cúmulo de preocupaciones. Otro camino para ello puede estar, por ejemplo, en la regulación de la libertad en el sistema jurídico privado patrimonial. La libertad es un presupuesto de la codificación y alcanza un considerable rendimiento en áreas como teoría de las obligaciones, contratos y responsabilidad, tanto contractual como extracontractual. En el marco del negocio jurídico la libertad es decisiva en la formación del consentimiento, ya que la voluntad de las partes debe encontrarse exenta de violencia. La fuerza admite interpretarse como un vicio de la libertad y no de la voluntad de los contratantes. Aun cuando se pudieren formular evidentes reparos a esa diferenciación, en los artículos 1456 y 1457 del Código Civil se consagra la fuerza como vicio del consentimiento que genera un negocio jurídico. En estos términos, la libertad no está tratada explícitamente por estas reglas, sino que ellas se ocupan de determinar las condiciones para que se verifique la fuerza, impidiendo el despliegue libre de las partes en sus declaraciones.

Sabemos cuáles son los requisitos exigidos para que la fuerza invalide el acuerdo de voluntades, mas desconocemos qué es lo que está en juego en dicha privación de eficacia jurídica. En otros términos, ¿qué hay detrás de las razones formales que ofrecen estas reglas para viciar el consentimiento? Naturalmente es la libertad de las partes. El problema es que no existe *una* forma de entender la libertad, de modo que, aun cuando puede esgrimirse que si la violencia es formalmente grave, injusta y determinante y, por ende, pertinente para afectar la validez del negocio jurídico, permanece pendiente la consideración sustantiva que va imbricada en tal decisión. La apuesta por la libertad en el Derecho Civil no es un asunto meramente formal o terminológico, y de ahí que necesariamente debemos entender en qué consiste la libertad para que la eventual declaración de nulidad de un contrato tenga sentido. Precisamente, un déficit de la dogmática privatista es la ausencia de clarificación conceptual del término libertad.⁹⁸

⁹⁸ A propósito de los recientes esfuerzos de la teoría del derecho privado en esclarecer las relaciones concernientes al derecho privado y el ideal del *Rule of Law*, se han abordado las condiciones constitutivas de la libertad civil bajo dicho tópico, comprendiéndolo en términos de un conjunto de limitaciones del poder público. Véase, DYZENHAUS, David, “Liberty and Legal Form”, en AUSTIN, Lisa M.; KLIMCHUK, Dennis (eds.), *Private Law and the Rule of Law*, Oxford, University Press, 2014, pp. 92-115.

Al indagar acerca de esta desatención, la tensión que hallamos es que, de una parte, es indudable la protección y relevancia de la libertad para el sistema jurídico privado y, de otra, los estudios de derecho privado adolecen prácticamente de una inexistencia del examen sustantivo sobre dicha noción. Desde otras reflexiones la libertad ha sido analizada en torno a dos entendimientos: negativo y positivo. Mientras la primera supone la libertad que posee el agente cuando hay ausencia *de* interferencias o restricciones que la lesionen, la libertad positiva alega por un individuo libre *para* autorrealizarse y tomar efectivamente por sí mismo sus propias decisiones y cursos de acción.⁹⁹ Desde luego, la doctrina civil no se ha detenido a determinar cuál de los dos sentidos es el que debemos entender está en juego en las reglas jurídicas sobre la fuerza como vicio del consentimiento. Probablemente los supuestos de operatividad de la fuerza bajo la teoría del negocio jurídico se incrementarían significativamente, al adoptarse un entendimiento positivo de la libertad. Ello supondría que tiene lugar la fuerza cuando se cumplen sus requisitos formales de procedencia, *porque* su víctima no logró autogobernarse *para* alcanzar su plan personal de vida en la esfera contractual. No resultaría menester que exista un impedimento al contrato, sino que basta la no realización de aquello que correspondía a la planificación contractual del agente.

¿Bajo qué términos debemos entender la libertad en el derecho privado? Una reconstrucción de las raíces intelectuales del derecho privado moderno inclina la balanza a favor del sentido negativo de la libertad. Los compromisos burgueses del proceso de codificación otorgan luces en tal dirección. Si bien la libertad negativa está presupuesta en distintas materias del derecho privado, un esfuerzo teórico indispensable es transparentar este punto. Jan Schapp desarrolló una sugerente presentación sobre las dificultades de determinar la libertad en el Derecho Civil.¹⁰⁰ No es en lo absoluto claro cuál es la acepción de la libertad suscrita en preocupaciones

⁹⁹ Una interpretación acerca de los conceptos de libertad desarrollados por Isaiah Berlin y su posicionamiento en el marco general de su legado intelectual, en PEREIRA FREDES, Esteban, "Revisitando a Isaiah Berlin", en FIGUEROA MUÑOZ, Maximiliano (ed.), *Liberalismo político: problemas y desarrollos contemporáneos*, Santiago de Chile, RiL Editores, 2015, pp. 93-135.

¹⁰⁰ SCHAPP, Jan, *Derecho Civil y Filosofía del Derecho. La Libertad en el Derecho*, traducción de Villar Borda, Luis, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 55-84.

como la propiedad y el ámbito contractual.¹⁰¹ En relación con el ámbito de la propiedad, la libertad del dueño ha sido tradicionalmente pensada como una libertad negativa de exclusión respecto de todos los posibles perturbadores del ejercicio de su derecho de dominio. Sus pretensiones de exclusión tienen efectos *erga omnes*, sin que sea necesario entender que su libertad negativa está dirigida al Estado, sino a todos los demás desvinculados de su relación jurídico-real sobre la cosa. No obstante lo anterior, también existe una dimensión de libertad positiva en la posición del propietario, una vez que éste puede ejercer sus facultades de modo arbitrario. Posee una libertad positiva de propiedad representada en su potestad de disposición sobre su bien, sea que con ella se ejecuten o no actos jurídicos. Los textos jurídicos suelen reconocer ambas esferas de la libertad en los derechos del propietario respecto de la cosa.

De igual modo, bajo el contexto contractual interactúa la libertad de elección para concluir y definir el contenido normativo de un contrato, que admite ser equiparada a la autonomía privada en su sentido positivo. En efecto, la constitución de una relación jurídica que acarrea obligaciones para los contratantes no constituye un índice de una violación de su libertad, sino que expresa el reconocimiento de relaciones establecidas por quienes son sus participantes. Al formularse una relación jurídica, el derecho privado ofrece una protección a las partes para que el contrato que nace a partir de la libertad contractual posea la calidad de relación jurídica. Asimismo, frecuentemente los contratantes construyen un estatuto normativo que permanece libre de intervención, consagrándose una limitación para alterar las estipulaciones contractuales que ellos definieron. En este sentido, una vez conformado el vínculo contractual, las partes ejercen una libertad negativa de modificar o transgredir los términos de la contratación.

¹⁰¹ El examen de Schapp está conjuntamente articulado a partir del § 903 del BGB. Dicha regla manifiesta explícitamente la libertad negativa del dueño y, de igual forma, en ella está presupuesta la libertad contractual positiva. Este precepto se lee como sigue: § 903. *Facultades del propietario*. “El propietario de una cosa, en tanto que no sea contrario a la ley o a los derechos de terceros, puede proceder con la cosa según su voluntad y excluir a otros de toda intromisión en ella. El propietario de un animal debe observar, en el ejercicio de sus facultades, las disposiciones especiales sobre protección de animales”. *Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil*, traducción dirigida por Lamarca Marqués, Albert, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 253.

Como se observa, el *pacta sunt servanda* establecido en el artículo 1545 del Código Civil manifiesta ambas esferas de la libertad. La libre determinación del contrato devela el ejercicio de la libertad positiva de las partes para constituir relaciones jurídicas y, a su vez, la protección que brinda el sistema jurídico privado a la configuración contractual acordada respecto de los demás atiende a dimensiones de la libertad negativa. La libertad para celebrar contratos y dar lugar a la ley del contrato es también la libertad de que otros no interfieran en tal núcleo obligacional.

De ahí que cuando se aborda la libertad en las reglas de derecho privado, es necesario tener presente que la participación de su entendimiento negativo depende necesariamente del escenario en que nos encontremos. Pese a la presuposición de que la libertad a la cual el derecho privado otorga protección es la libertad negativa, no está nítidamente presente en el derecho de dominio ni tampoco en el derecho contractual. En ambas esferas se recogen sentidos distintos de la libertad y ello explica la complejidad de interpretar las reglas civiles de protección de la libertad en términos únicamente negativos. De acuerdo a Schapp, “(...) el Derecho Civil protege, sin duda, la libertad ética, pero en todo caso la libertad negativa en el Derecho Civil sólo es una de las dos vías utilizables para esa protección, en sentido estricto de la palabra sólo una etapa en una de las dos vías”.¹⁰² En tales coordenadas, el tratamiento del derecho privado acerca de la libertad estaría en consonancia con la visión kantiana de la doctrina del derecho como principio universal de la libertad. El derecho realizaría una función delimitadora de las zonas de libertad de las personas para que, dentro de sus orillas de protección jurídica, efectúen su libertad positiva de actuación.¹⁰³

El estudio del derecho privado a partir de su formalidad ha propiciado la segregación de ciertos problemas centrales para su comprensión, lo cual se agudiza si la pretensión teórica es determinar cuáles son los propósitos del derecho privado.¹⁰⁴ La noción de libertad es sólo una variante de las

¹⁰² SCHAPP, cit. (n. 100), p. 65.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 63.

¹⁰⁴ Este sesgo se aprecia con claridad en la propuesta ofrecida por Adolf Reinach para configurar una teoría *a priori* del derecho privado, en que sus conceptos fundamentales responden a proposiciones inmanentes, esenciales o necesarias, con independencia de sus reglas, instituciones

consideraciones sustantivas que emergen en las reglas del derecho privado al adentrarnos en sus dimensiones más fundamentales. El artículo 1545 permite al mismo tiempo reconocer la conexión que entre las dos versiones sobre la libertad promueve el derecho privado en su ámbito contractual. Un trabajo similar podría realizar el artículo 582 del Código Civil, en tanto conjuga la libertad del propietario para usar, gozar y disponer arbitrariamente de la cosa con su facultad de exclusión sobre la misma. Lo relevante es que en el caso de la fuerza obligatoria del contrato, entendida como una razón de forma para imponer la incondicionalidad de los efectos contractuales a las partes, hemos establecido genuinas dimensiones de sustancia que subyacen a ella. Junto a la tensión valorativa advertida entre el prisma individualista y la óptica altruista acerca de aplicabilidad de la regla contractual a un supuesto concreto, esta vez aparece la diversidad de sentidos en que la libertad, como otra cuestión sustantiva indispensable para el derecho privado, está reconocida en sus reglas contractuales y propietarias.¹⁰⁵

Una alternativa tan atractiva como peligrosa sería apelar a una reflexión completamente desformalizada del derecho privado. De manera tal que sólo los asuntos asociados a los fundamentos y elementos de sustancia que se presenten en aquel sean relevantes para su análisis. La filosofía del derecho privado no tiene por aspiración rechazar lo evidente, es decir, que el estudio de las reglas, instituciones y prácticas del fenómeno jurídico privado es el punto de partida de su actividad y el mayor *input* del sistema. Su visión es más bien que, dada la complejidad del derecho privado, éste es incomprensible sin dar cuenta de la justificación y dimensiones sustantivas que permanecen vigentes en sus reglas, instituciones y prácticas jurídicas. La invitación es a tomarse en serio el derecho privado en lugar de

y prácticas sociales. En relación con este punto, véase REINACH, Adolf, *Los fundamentos a priori del Derecho Civil*, traducción de Crespo, Mariano, Granada, Comares, 2010.

¹⁰⁵ Son excepcionales los estudios en teoría del derecho privado que han prestado atención a la noción de altruismo. Uno que se ocupa de evaluar su pertinencia a partir de la idea del “buen samaritano” en los deberes positivos de actuación en la responsabilidad civil por omisión culposa y, a su vez, acerca de los derechos de reclamación por los gastos, o incluso la posibilidad de una recompensa, que tendría el interviniente que actúa en ayuda de otro, puede encontrarse en KORTMANN, Jeroen, *Altruism in Private Law: Liability for Nonfeasance and Negotiorum Gestio*, Oxford, University Press, 2005. Pese a que en ambas cuestiones la respuesta tradicionalmente planteada por el derecho privado es negativa, se ofrecen acabadas justificaciones para reconsiderar estas posiciones.

simplificarlo o desnaturalizarlo.¹⁰⁶ Por supuesto, es posible plantear como vimos la conformidad entre un internalismo moderado y un formalismo que sostenga la coexistencia entre distintas finalidades compatibles entre sí. Pero ello requiere de un tratamiento diferenciado acerca del lugar y los términos en que se verificaría dicha conjugación de objetivos, que apelan a valores distintos según modelos argumentativos también diferentes. En otros términos, ello exige explicar cómo el monismo en los fines que defiende el formalismo puede abandonarse, manteniendo vigentes las distintas premisas que llevan a indicar que el derecho privado solo puede ser eso: derecho privado o justicia correctiva.

Al respecto una consideración adicional que quisiera agregar dice relación con las restricciones teóricas que fija la metodología formalista en el derecho privado. No es baladí el hecho de que los estudios de derecho privado han reaccionado tímidamente respecto a problemas sociales como aquellos relativos a la redistribución de recursos, así como la superación de la desigualdad y la pobreza. Pese a que existen trabajos acerca de los fines distributivos que poseen ciertos sectores del derecho privado, aún su rendimiento en la lucha contra la desigualdad social y la pobreza no ha sido puesto a prueba. Un derecho privado robusto debiere formularse también en atención de estas preocupaciones sociales.¹⁰⁷ En algún sentido, la drástica modificación que han experimentado las condiciones de contratación y presupuestos decimonónicos de comprensión del derecho privado, han

¹⁰⁶ Desde la perspectiva de Lucy, la filosofía contemporánea del derecho privado es predominantemente normativa, siendo este carácter detonado por tres factores: (i) el espectro de la democracia como dispositivo de legitimación, ya que muchos conceptos y doctrinas aún se sostienen en principios del *common law*, requiriendo un examen crítico bajo los procedimientos democráticos; (ii) la idea de des-tradicionalización o modernización que marca el colapso de las estructuras de autoridad pre-moderna o tradicional y, además, convoca a revisar los valores o propósitos de sus prácticas e instituciones a través de actitudes interpretativas en los estudios jurídicos; y, (iii) la reacción de los teóricos del derecho privado al análisis económico del derecho, que ha dominado las investigaciones jurídicas norteamericanas durante más o menos los últimos treinta años. LUCY, cit. (n. 13), pp. 30-33.

¹⁰⁷ Un temprano ejercicio de la sociología del derecho acerca del vínculo entre el funcionamiento de instituciones del derecho privado como propiedad, contrato, familia y sucesiones y las funciones que realizan en la comunidad, en RENNERT, Karl, *The Institutions of Private Law and their Social Functions*, traducción de Schwarzschild, Agnes, London & Boston, Routledge & Kegan Paul, 1949.

generado sus nuevos desafíos.¹⁰⁸ Curiosamente, el desplazamiento de estas exigencias contemporáneas que se articulan sobre el derecho privado ha sido facilitado por su formalidad, sobre la cual ya hemos delineado el proyecto de investigación en teoría del derecho privado.

¿Es tan ajeno hacerse cargo de la pobreza desde el derecho privado? Una regla jurídica estándar perteneciente a las legislaciones decimonónicas es la presunción de conocimiento de sus disposiciones, por los distintos integrantes de la comunidad. Entre nosotros, dicha expectativa es categóricamente desarrollada por el artículo 8º del Código Civil. Esta regla se justifica por la seguridad jurídica e imparcialidad que brinda a sus destinatarios, favoreciéndolos con la protección formal de sus intereses. Ella, sin embargo, esconde la desatención que el derecho privado tradicionalmente ha mostrado por las clases sociales más desfavorecidas. Nadie puede alegar el desconocimiento de la ley, presuponiendo que todos cuentan con condiciones materiales, sociales y culturales para efectivamente conocerla y comprenderla. Como se sabe, ello no es así, generando una aplicación indiferenciada de las reglas jurídicas, pese a las diferencias que existen entre las clases privilegiadas y las desposeídas. El problema es que tal constatación obviamente no es novedosa. Anton Menger advirtió las tensiones presentes en la dictación del Código Civil alemán durante el siglo XIX. Más allá de su celebrada técnica jurídica, el proyecto de BGB encarnaba el ideario revolucionario burgués, fundado en el egoísmo, “(...) é impuesto á las clases pobres mediante la legislación [sic]”.¹⁰⁹ Los postulados del individualismo político ahí consagrados favorecieron el carácter absolutista del derecho de propiedad, una identidad ilimitada de la autonomía contractual privada y,

¹⁰⁸ La red de alteraciones contemporáneas acaecidas en el escenario del derecho privado, y las interacciones entre derecho público y derecho privado, han elevado los cuestionamientos sobre la pertinencia de hablar de una nueva versión de este último bajo la categoría de “*the New Private Law*”. Los lineamientos centrales de tal esquema en NICE, Julie A., “The New Private Law: An Introduction”, *Denver University Law Review*, N° 73, 1996, pp. 993-999. Una visión escéptica sobre esta propuesta conceptual a la luz de un pragmatismo inclusivo en derecho privado, en GOLDBERG, John C. P., “Introduction: Pragmatism and Private Law”, *Harvard Law Review*, N° 125, 2012, pp. 1640-1663.

¹⁰⁹ MENGER, Anton, *El Derecho Civil y los pobres*, traducción de Posada, Alfonso, Granada, Comares, 1998, p. 139.

además, consagró una cobertura formal de la desigualdad jurídico-material entre los sujetos jurídicos.

Pero las creencias que justificaron esas alegaciones fueron contradichas con la evidencia de los hechos. Los individuos se encuentran sujetos a planos de desigualdad social y económica, que repercuten en una diferente capacidad para negociar y contraer obligaciones.¹¹⁰ Esta derrota en los supuestos simétricos del Iluminismo generó que la aplicación igualitaria de la legislación se transformare en un instrumento de fuertes contra débiles, cuyos intereses no fueron atendidos en el momento de la fijación del cuerpo normativo. La apuesta inicial del derecho privado por un tratamiento jurídico imparcial devino en la implementación de un sistema rígido, consolidando situaciones de injusticia social, y estéril frente a las actuales exigencias sobre desigualdad, redistribución y pobreza. Ésta es aún la situación de mayoría en los códigos civiles latinoamericanos y no ha sido corregida del todo por el proceso de codificación contemporánea.¹¹¹ Pese a ello, se trata de postulados que son susceptibles de reformulación frente a un estado de cosas sustantivamente diverso, de aquel en el cual la apuesta por la simetría entre los participantes pareció resultar suficiente para que éstos se obligaren, conduciendo libremente sus planes personales de vida.¹¹² Del mismo modo en que anteriormente revisamos las dificultades del artículo

¹¹⁰ Una respuesta negativa acerca de si el derecho privado destina un entorno normativo para la protección de la igualdad de oportunidades entre los individuos en sus transacciones privadas en BENSON, Peter, "Equality of Opportunity and Private Law", en FRIEDMANN, Daniel; BARAK-EREZ, Daphne (eds.), *Human Rights in Private Law*, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2001, pp. 201-243.

¹¹¹ No se detectan mayores innovaciones en el marco de la codificación contemporánea suscitada en algunas legislaciones de Latinoamérica, como ocurre en las legislaciones boliviana (1975), peruana (1984) y argentina (2014), pese a la participación de exigencias públicas en materia de propiedad. Un cierto matiz al respecto fue introducido por el artículo 421 del Código Civil brasileño (2002), al consagrar la función social como restricción de la libertad contractual, prescribiendo que "la libertad de contratar será ejercida en razón y en los límites de la función social del contrato".

¹¹² Por supuesto, la intervención legislativa nos instala en la discusión sobre autonomía y paternalismo en el derecho privado. Un lúcido trabajo que busca atenuar los rasgos dicotómicos según los cuales ha sido articulada esta tensión en el derecho de los contratos se encuentra en DEAKIN, Simon, "Contracts and Capabilities: An Evolutionary Perspective on the Autonomy-Paternalism Debate", en OGUS, Anthony; VAN BOOM, Willem H. (eds.), *Juxtaposing Autonomy and Paternalism in Private Law*, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2011, pp. 127-144.

1545, la formalidad del artículo 8º del Código Civil autoriza una evaluación bifronte. Desde una perspectiva individualista, su aplicación formal garantiza neutralidad y, por su parte, bajo una lectura altruista esta regla jurídica desatiende alegaciones e intereses de grupos sociales respecto de los cuales el derecho privado no fue decimonómicamente pensado.¹¹³

Nuevamente tras la razón de forma que impone la legislación civil en su presunción general de conocimiento, aparecen tanto las dimensiones normativas que instan a contrariarla como el factor que impide al derecho privado evaluar su rol en este tipo de cuestiones sociales. El formalismo adoptado por la visión interna sobre el derecho privado ha asegurado su autonomía e insubordinación respecto de expectativas extrínsecas a su racionalidad y funcionamiento, pero ha arrojado severos obstáculos para desarrollar los propósitos del fenómeno jurídico privado. Su formulación se adapta muy bien a la búsqueda de un sistema coherente en el que el modo de interacción entre los participantes se encuentra únicamente regido por los parámetros de la justicia correctiva. Distinto es el resultado si su estructura formal y uniforme se pretende conciliar con una diversidad de fines que permita al derecho privado atender a la vez a exigencias de justicia correctiva, distributiva y retributiva. Este último diagnóstico crítico es extrapolable si el formalismo es conjugado con la persecución de soluciones para las necesidades de las clases sociales más pobres. Podemos imaginar que su rechazo argüiría en el sentido de que, por legítimas que son las demandas de superación de la pobreza y las desigualdades sociales, ellas escapan a las preocupaciones del derecho privado, pues exceden la peculiar forma de relación entre los participantes que determina su lógica interna.

Ello es consecuencia no tanto del internalismo como del formalismo. En esta clase de argumentaciones, la independencia que reclama todo internalismo respecto del mercado y su racionalidad instrumental deviene en una

¹¹³ Menger constató con razón que existe una estrecha conexión entre la dimensión formal del derecho privado y su despreocupación sobre la situación de las clases más desfavorecidas. De acuerdo a Menger, “[m]as los perjuicios de la clase proletaria se derivan, la mayoría de las veces, del hecho por el que, *partiendo del punto de vista de la forma*, la legislación establece las mismas reglas de Derecho, tanto para los ricos cuanto para los pobres, siendo así que la posición social, harto diferente, de ambos, exige un tratamiento distinto”. MENERG, cit. (n. 109), p. 136, cursivas mías.

paradójica subordinación a su formalismo. Ya hemos apuntado las gruesas dificultades que su óptica genera para obtener una apropiada comprensión acerca de sus reglas jurídicas, valores y propósitos en disputa. No debemos extraviar de vista que el internalismo sitúa su énfasis en las prácticas sociales desplegadas por sus participantes. Desde tal punto de vista, preguntarse por el sentido de la práctica conlleva irremediamente identificar el significado que ésta tiene para quienes aceptan las reglas jurídicas privadas como genuinas pautas de comportamiento.¹¹⁴ Una perspectiva interna del derecho privado debe notar la relevancia de la posición del participante, pues sin ésta la explicación del fenómeno resulta ininteligible. Al abordar las consideraciones que los partícipes tienen presentes en su aceptación de las reglas, difícilmente pueden omitirse alegaciones sobre la idea de justicia en sus distintas vertientes.¹¹⁵ De igual modo, no debiere ocasionar extrañeza que les haga sentido que algunas de las reglas jurídicas que suscriben pretenden contribuir a enfrentar la pobreza y las desigualdades sociales de las cuales ellos son parte. La invitación a repensar el derecho privado en estos términos es un ejercicio hermenéutico acerca de qué somos y cuáles son nuestras aspiraciones más sustantivas. De lo contrario, si mantenemos su exclusión como preocupaciones simplemente exógenas, el formalismo del internalismo actúa como un dispositivo de limitación respecto de la autocomprensión del derecho privado.

Bajo estas directrices, el internalismo no se encuentra conceptualmente comprometido con la incompatibilidad de objetivos en el derecho privado.

¹¹⁴ HART, cit. (n. 26), pp. 102-113.

¹¹⁵ De ahí que de manera aguda Arthur Ripstein adoptó la idea de narrativas privadas para mostrar la pertinencia de su tesis sobre la justicia distributiva de los riesgos en el derecho de la responsabilidad extracontractual. Esta esfera del derecho privado configura una especial identidad pública de las personas sobre la base de una cierta comprensión de un reparto equitativo de los riesgos. Hay un seguimiento a nuestras acciones como personajes públicos y, si violamos esa división de los riesgos mediante nuestras acciones, somos responsabilizados porque es justo para nosotros, tanto para el papel de agente dañoso como de demandante. Se produce un profundo proceso de autorreflexión acerca del modo en que debemos entendernos a partir de aquello que los otros pueden exigirnos, y sobre la injusticia o arbitrariedad de sus demandas cuando divergen con nuestros entendimientos. La fractura entre ambas dimensiones se explica por la participación de criterios distintos: “[u]na requiere una coherencia narrativa dentro de una vida singular; la otra requiere un estándar particular que sea aplicado a una pluralidad de personas”. RIPSTEIN, Arthur, “Private Law and Private Narratives”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, N° 4, 2000, p. 697.

Así como tampoco lo está respecto de la renuncia a colaborar en desafíos sociales que directamente afectan a sus participantes.¹¹⁶ Tales dimensiones de análisis dependen más de dar cuenta de la perspectiva propiamente interna de comprensión del derecho privado, antes que de las delimitaciones impuestas por su formalidad. El sistema jurídico privado se desenvuelve mediante reglas, instituciones y prácticas sociales cuyo sentido es determinado desde su interior. De ahí que, para agudizar nuestro entendimiento acerca de qué es derecho privado, conviene llamar la atención sobre un puñado de problemas y disputas sustanciales que están instalados tras la aparente estructura meramente formal del derecho privado. Ello explica por qué asociar el derecho privado a una experiencia interpersonal que es inteligible para quienes son parte de sus prácticas exige compromisos de consistencia que no sólo se predicen respecto de la formalidad del derecho privado. Resultan también pertinentes los órdenes valorativos y postulados sustantivos que fundamentan la arquitectura del derecho privado.¹¹⁷ Si el internalismo es un genuino punto de vista interno acerca del derecho privado, las razones a partir de las cuales los participantes aceptan las reglas jurídicas cobran una significativa relevancia. Únicamente gracias a un examen de estas consideraciones es posible ejercer nuestra labor interpretativa, evaluando el mérito de las justificaciones esgrimidas y refinando así la comprensión del fenómeno jurídico privado.

¹¹⁶ Tal expectativa se refleja en la propuesta de redirigir la sistematización del derecho privado a la producción de los elementos necesarios para la conformación de un “derecho privado social”. Desde luego, la elección de los objetivos para desarrollar este proyecto constituye una decisión que, en última instancia, es de corte moral y política. Si bien ello se encuentra de manifiesto en las distintas reglas de protección de la parte más débil de las relaciones jurídicas contractuales, los propósitos redistributivos de bienestar no son completamente realizados por estas regulaciones. Como es sugerido por Thomas Wilhelmsson, su materialización puede ser efectuada desde el interior del derecho privado, conjugando sus fines con las aspiraciones del derecho de contratos. De modo tal que podemos preguntarnos “¿hasta dónde puede la *autonomía* del derecho contractual tradicional ser reemplazada por la *solidaridad* del derecho social al formular los principios generales del derecho de contratos?” WILHELMSSON, cit. (n. 97), p. 15, cursivas del original.

¹¹⁷ De acuerdo a Peter Cane, “[e]l derecho privado no es sólo un sistema de normas, sino también un conjunto de arreglos institucionales para la creación y mantenimiento de normas, y un conjunto de prácticas sociales en torno a esas normas e instituciones”. CANE, Peter, “The Anatomy of Private Law Theory: A 25th Anniversary Essay”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, N° 2, 2005, p. 217.

Si lo anterior fuere correcto, la filosofía del derecho privado posee un generoso espectro de observaciones que ofrecer para la reflexión acerca de esta parcela del derecho.¹¹⁸ Progresivamente, las restantes esferas del sistema jurídico han intensificado sus esfuerzos en proponer nuevas preguntas, sacando partido a sus elementos dogmáticos y, por su parte, el derecho privado ha perdido buena parte de su densidad teórica. De ahí que el programa de investigación de este último haya inevitablemente girado a cuestiones de segundo orden.¹¹⁹ Al preguntarse por los fundamentos de las preocupaciones centrales del derecho privado, se ofrecen pistas acerca de lo que es el derecho privado. De igual manera, esta propuesta de reflexión permite mejorar nuestra comprensión del fenómeno jurídico privado y, a su vez, constituir un derecho privado robusto. Es decir, un ámbito de consideraciones abierto a repensar sus reglas, instituciones y prácticas jurídicas, actualizándolas a un escenario evidentemente distinto de aquel bajo el cual se articuló el derecho privado moderno.¹²⁰ La caída de los presupuestos teóricos decimonónicos que sirvieron de pauta para el movimiento codificador del siglo XIX conlleva la necesidad de su adaptación y, en muchas ocasiones, su reformulación por otros que resulten más idóneos. El examen de pertinencia respecto de las razones y consideraciones sustantivas que representan el significado de las prácticas sociales de este ámbito corresponde al sentido que sus participantes estimen como relevante. Según una visión interna del derecho privado, sólo debiere ser decisivo el rol de éstos

¹¹⁸ Un esbozo de inventario sobre las orientaciones futuras a favor de las cuales debiese concentrarse la teorización del derecho privado se encuentra en *ibídem*, p. 217.

¹¹⁹ En los planteamientos introductorios que Hevia esgrimió para el número que *Isonomía* recientemente dedicó a la filosofía del derecho privado, las expectativas sobre el rendimiento teórico de esta zona de reflexiones se basan en las contribuciones que puede aportar la filosofía jurídica para la comprensión de los asuntos del derecho privado. Tanto en el contexto anglosajón como iberoamericano, a su juicio, el análisis filosófico sobre el derecho está conjugado con investigaciones de teoría constitucional y filosofía política, conformando cada vez más una disciplina con gruesa dignidad teórica. HEVIA, *cit.* (n. 1), p. 12.

¹²⁰ Respecto de la constitución y evolución histórica del derecho privado moderno, véanse WATSON, Alan, *The Evolution of Western Private Law*, Baltimore & London, The Johns Hopkins University Press, 2001; VAN CAENEGEM, R. C., *An Historical Introduction to Private Law*, traducción de Johnston, D. E. L., Cambridge, University Press, 1992, y WIEACKER, Franz, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, traducción de Fernández Jardón, Francisco, Granada, Comares, 2000.

en la reflexión sobre el derecho privado y no su compromiso irrestricto con criterios formales de análisis.

De modo que, desmarcando el internalismo de su dogma formalista, las consideraciones de sustancia y altruistas, así como los sistemas valorativos y propósitos que están en disputa para fundamentar las distintas esferas de su estructura formal, tratándose de propiedad, contratos, daños o enriquecimiento injustificado, refuerzan el valor epistémico del derecho privado. Su empresa permitirá develar cuáles son los objetivos de sus preocupaciones, facilitando el trabajo de autocomprensión promovido por la perspectiva interna sobre el derecho privado. No sólo resulta indispensable tomar nota de las diversas funciones que cumple el derecho privado, sino que si ellas abarcan dimensiones correctivas, distributivas y retributivas, entonces no hay por qué descartar cuestionarnos sobre en qué sentidos es posible enfrentar la pobreza y las desigualdades sociales desde el derecho privado. En otras palabras, efectuar filosofía del derecho privado bajo estas coordenadas significa tanto valerse de su real densidad teórica como tomarse en serio el desafío apuntado por Menger cerca de dos centurias atrás, forjando un derecho privado robusto y sensible al tránsito a un nuevo orden de cosas.