

TEORÍA DEL CONTRATO: ENTRE LA AUTONOMÍA Y EL ALTRUISMO

Esteban Pereira Fredes

Per citar o enllaçar aquest document:
Para citar o enlazar este documento:
Use this url to cite or link to this publication:
<http://hdl.handle.net/10803/687656>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



TESIS DOCTORAL

**TEORÍA DEL CONTRATO: ENTRE LA AUTONOMÍA Y EL
ALTRUISMO**

**ESTEBAN PEREIRA FREDES
UNIVERSITAT DE GIRONA**

2021



TESIS DOCTORAL

**TEORÍA DEL CONTRATO: ENTRE LA AUTONOMÍA Y EL
ALTRUISMO**

ESTEBAN PEREIRA FREDES

2021

UNIVERSITAT DE GIRONA
PROGRAMA DE
DOCTORADO EN DERECHO, ECONOMÍA Y EMPRESA

DIRECTOR: DIEGO M. PAPAYANNIS
TUTOR: JORDI FERRER BELTRÁN

Memoria presentada para optar al título de Doctor con mención internacional por la
Universitat de Girona

A mi madre, por todo

PUBLICACIONES DERIVADAS DE LA INVESTIGACIÓN DOCTORAL

Producto de la investigación que fue realizada dieron a luz una serie de publicaciones que plasman contenidos de diversos capítulos de este trabajo, las cuales corresponden a las siguientes:

- (i) 2017: «¿Filosofía del derecho privado?», en MARÍN GONZÁLEZ, J. C. y SCHOPF OLEA, A. (eds.), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, pp. 193-261.
- (ii) 2018: «Altruismo y derecho contractual», en PAPAYANNIS, D. M. y PEREIRA FREDES, E. (eds.), *Filosofía del derecho privado*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, pp. 139-168.
- (iii) 2018: «Derecho privado y pobreza», en VV.AA., *SELA 2016: El derecho, el medio ambiente y las crisis actuales en el capitalismo mundial*. Buenos Aires: Librería, pp. 126-149.
- (iv) 2019: «Muerte del contrato», en PEREIRA FREDES, E. (ed.), *Fundamentos filosóficos del derecho civil chileno*. Santiago de Chile: Rubicón Editores, pp. 261-306.
- (v) 2020: «Algunas maneras de mostrar el altruismo en el derecho privado», en GARCÍA AMADO, J. A. y PAPAYANNIS, D. M. (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*. Lima: Palestra, pp. 217-299.
- (vi) 2020: «La buena fe y sus fundamentos normativos», *Latin American Legal Studies*, 7, pp. 111-120.
- (vii) 2021: «¿Cómo repensar la pobreza desde el derecho privado?», en FERNÁNDEZ BLANCO, C. y PEREIRA FREDES, E. (eds.), *Derecho y pobreza*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons (por aparecer).

Asimismo, tuve el honor de realizar trabajos en coautoría con el director de esta investigación, Diego M. Papayannis, que corresponden a los siguientes:

- (i) 2018: «Estudio introductorio y análisis crítico de la teoría contractual de Dori Kimel», en Dori KIMEL, *De la promesa al contrato: hacia una teoría liberal del contrato*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons: 13-50.
- (ii) 2018: «Introducción: sobre la filosofía del derecho privado», en PAPAYANNIS, D. M. y PEREIRA FREDES, E. (eds.), *Filosofía del derecho privado*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons: 15-42.

AGRADECIMIENTOS

Esta investigación doctoral es fruto de la ayuda y el apoyo de numerosas personas e instituciones. Sería una tarea en demasía exigente enumerar a todas ellas de manera exhaustiva, de modo que me limitaré a efectuar este viaje en retrospectiva y plasmar a parte de todos quienes merecen estar aquí mencionados.

Agradezco los años que disfruté de mi formación doctoral en el Grupo de Investigación de Filosofía del Derecho en la Universidad de Girona. En especial, a Jordi Ferrer Beltrán por permitirme ser parte de su grupo y recibir su confianza y apoyo en diversas oportunidades. Asimismo, a todas y todos mis compañeros, profesores, investigadores de posdoctorado, visitantes, estudiantes que desarrollaban estancias y funcionarios con quienes compartí por tanto tiempo. Conocí muchísimas personas de distintas procedencias, con quienes tuve la oportunidad de dialogar y aprender constantemente de ellas.

Una especial mención les corresponde a quienes me brindaron una amistad transparente, constante y a prueba de balas durante tantos años. Alexander Vargas Tinoco, Joulina Roperó Patarroyo, Lucila Fernández Alle, Emma Calderón Arias, Ricardo Velázquez Castellanos, Carolina Fernández Blanco, Cristina Vasilescu, Marc Vallés, Luis Alfaro Valverde, Alejandro Holguín Galvis, María Magdalena Bustos Díaz, Andrej Kristan y María Victoria Kristan se ganaron un espacio en mis recuerdos y en mi corazón.

Si bien la Universidad Adolfo Ibáñez no fue la institución en la cual me formé, me ha acogido desde hace una década atrás y permanentemente me ha hecho sentir parte de su comunidad, confiándome espacios y responsabilidades. Su apoyo fue fundamental para que mis estudios y esta investigación llegara a buen puerto. Estoy en deuda con Ramiro Mendoza Zúñiga, Isabel Aninat Sahli, Francisca Fernández Villarroel y con amigos de la vida como Alberto Pino Emhart, Antonio Morales Manzo, Carlos Correa Robles y Héctor Morales Zúñiga. Con Alberto nos iniciamos como ayudantes en la Universidad de Chile y llevamos casi dos décadas sin que hayamos tenido ni un solo desacuerdo y sí, en cambio, compartiendo intereses y miles de proyectos e ilusiones para hacer de nuestra Facultad de Derecho un mejor lugar.

Disfruté de dos estancias de investigación que fueron altamente provechosas para mí. En primer lugar, en la Universidad de Oxford bajo la supervisión de Dori Kimel. En segundo lugar, en la Universidad de Yale en que tuve el honor de ser *visiting fellow* del Center for Private Law bajo la supervisión de Daniel Markovits. Del mismo modo, tuve un recibimiento muy significativo de Ernest J. Weinrib en la Universidad de Toronto para discutir con mucho entusiasmo parte de mis ideas. Sin duda, personas que fueron importantísimas para que se materializaran estas instancias fueron Bradley Hayes y Mariana Mota. También me beneficié de semanas de trabajo en la Universidad de Génova en que pude conversar sobre aspectos sustantivos de mi investigación con Giovanni Battista Ratti y Pierluigi Chiassoni.

Diego M. Papayannis fue la razón por la cual escogí hacer mi doctorado en derecho en la Universidad de Girona, y pronto se transformó en una razón sustantiva para persistir en esta empresa y acabarla de buena forma. Conocí a un supervisor excepcional y una persona maravillosa, quien me abrió las puertas de su hermosa familia y su hogar en reiteradas

oportunidades. Reímos en un sinnúmero de ocasiones y con nuestras pláticas nos desviamos miles de veces de la tesis doctoral. Al poco tiempo, había ganado un amigo para la vida y quizá ya era tarde para reafirmar el *detachment* que normalmente media entre un supervisor y su estudiante. Nuestra despedida fue el cierre de una etapa inolvidable y el comienzo de otra que confío se extienda sin fronteras. Su infinito apoyo y comprensión fueron decisivos para finalizar este trabajo. Albergó sus conversaciones, consejos y puntos de vista con mucha admiración y un eterno agradecimiento.

Conversé algunas de mis ideas y revisaron borradores de mi investigación de manera desinteresada, brindándome valiosas sugerencias, Alejandro Chethman, Martín Hevia, María Guadalupe Martínez, Maribel Narváez Mora, Przemyslaw Palka, Matías Parmigiani, Carlos Peña González, Rafael Peteffi da Silva, Joaquín Reyes Barros, José María Sauca Cano, Horacio Spector y Frederick Wilmot-Smith.

También tuve la fortuna de presentar trabajos y discutir partes de esta investigación doctoral en diversas instituciones. Ello tuvo lugar en la Universidad Carlos III de Madrid, Universidad Santiago de Compostela, Universidad de Génova, Universidad de Maastricht, Universidad Torcuato di Tella, Universidad de Chile, Universidad Diego Portales, Universidad de Girona y Universidad Adolfo Ibáñez.

Debo un espacio importante a mi familia. En especial, a mi madre, Victoria Fredes Mañan quien forjó que todo lo bueno de mi vida sea posible. Pese a la distancia que se prolongó por tantos años, su fortaleza y amor incondicional fue vital para desarrollar este proceso. Ella ha sido una fuente de inspiración para rebelarme ante la adversidad y saber que no hay límites para alcanzar nuestros sueños. Le debo mi vida y mi porvenir. A su vez, agradezco a mis padrinos Gladys Fredes Mañan y Juan Arias Román, mis tías y tíos, mis primas y primos hermanos que siempre estuvieron pendientes de mí y cuidaron a mi madre en el período de ausencia. También a mis amigas y amigos que dejé en Chile y que en cada momento sentí su apoyo, preocupación y alegría por mi devenir.

Finalizo con Gisella Norero Reinike, con quien he vivido ya una vida. Ella ha mostrado una paciencia infinita conmigo, con mis decisiones, sueños y equivocaciones. Su amor puro e intransable fue absolutamente determinante en este proceso. He disfrutado la compañía de su familia y no he dejado de emocionarme y agradecer a la vida por ponerla en mi camino y permitirme construir una familia a su lado.

Santiago de Chile, 2021

RESUMEN

Esta investigación tiene por propósito general construir una teoría del derecho de contratos que permita repensar el derecho privado, insertándose en el actual proceso de autocomprensión desarrollado por la filosofía del derecho privado. En primer lugar, se formula una propuesta de justificación de la obligatoriedad del vínculo contractual acudiendo al respeto de la autonomía personal de los contratantes, la cual encaja con una perspectiva interna y las reglas del derecho privado y es, además, flexible frente a los desafíos del escenario contractual. En segundo lugar, se posiciona una versión del altruismo en la fundamentación normativa del derecho contractual que rescata la complejidad de este ámbito jurídico. Esto permite extender las consideraciones al derecho privado y forjar las bases de la idea de derecho privado robusto como programa de investigación filosófica.

RESUM

Aquesta recerca té com a propòsit general construir una teoria del dret de contractes que permeti repensar el dret privat, inserint-se en l'actual procés d'autocomprensíó desenvolupat per la filosofia del dret privat. En primer lloc, es formula una proposta de justificació de l'obligatorietat del vincle contractual acudint al respecte de l'autonomia personal dels contractants, que encaixa amb una perspectiva interna i les regles del dret privat i és, a més, flexible enfront dels desafiaments de l'escenari contractual. En segon lloc, es posiciona una versió de l'altruisme en la fonamentació normativa del dret contractual que rescata la complexitat d'aquest àmbit jurídic. Això permet estendre les consideracions al dret privat i forjar les bases de la idea de dret privat robust com a programa de recerca filosòfica.

ABSTRACT

The general purpose of this investigation is to construct a theory of contract law that allows a rethinking of private law, placing itself within the current process of self-understanding carried out by the philosophy of private law. Firstly, a proposal to justify the binding force of the contractual bond based on the idea of respect for the personal autonomy of the contracting parties will be articulated, one which fits in with an internal perspective and with the rules of private law and which is, moreover, flexible in the face of the challenges found in the current contractual environment. Secondly, a version of altruism which brings out the complexity of contract law will be placed within the normative foundations of this legal domain. This makes it possible to extend the argumentation over to private law and build the foundations of the idea of robust private law as a philosophical research program.

ÍNDICE

Introducción	1
Primer capítulo	8
Fundamentación de la fuerza obligatoria del contrato	8
1. Fundamento de la obligatoriedad del contrato	9
2. Esquemas de comprensión	22
2.1 Esquemas Morales.....	24
2.1.1 Utilitarismo	25
2.1.2 Neo-aristotelismo.....	28
2.1.3 Bajo el alero de la justicia correctiva	34
2.1.4 El matiz distributivo.....	37
2.2 Esquemas No-Morales.....	42
2.2.1 Teoría imperativa del derecho	42
2.2.2 Formalismo normativista	45
2.2.3 Realismo jurídico.....	50
2.2.4 <i>Law & Economics</i>	54
3. Autonomía de la voluntad como paradigma	58
4. Contrato como promesa	63
5. Excurso: Filosofía del derecho privado e internalismo	72
5.1 Internalismo y externalismo.....	75
5.2 Derecho privado y sus propósitos	94
Segundo capítulo.....	106
Irrupción del nuevo derecho de contratos como desafío.....	106
1. Desplome de los paradigmas decimonónicos de contratación.....	107
1.1. Formalidad y abstracción.....	109
1.2. Postulados de la comprensión clásica	115
1.2.1. Voluntad contractual	115
1.2.2. Simetría de los contratantes.....	116
1.2.3. Estabilidad contractual	119
1.2.4. Ausencia de intervención institucional externa	120
1.2.5. La caída	121
1.3. Muerte del contrato	125
2. Nuevas formas de contratación, derecho del consumo e intervención legislativa como fracturas	130
2.1. Nuevas formas de contratación	131
2.1.1. Contratos por adhesión	132
2.1.2. Contratos dirigidos	136
2.1.3. Contratos forzosos	138

2.2. Derecho de consumo.....	140
2.3. Intervención legislativa.....	144
3. Comprender el derecho de contratos	146
3.1. Entre forma y sustancia	147
3.2. Individualismo y altruismo	152
3.4. Función social del contrato	164
3.5. ¿Ha muerto el contrato?.....	176
3.5.1. Muerte exógena.....	177
3.5.2. Muerte endógena.....	180
<i>Tercer capítulo.....</i>	188
<i>Autonomía como justificación y derecho privado como aspiración</i>	188
1. Pertinencia de la justificación de la obligatoriedad contractual	191
2. Ruptura entre promesas, voluntad y autonomía	202
2.1. Voluntad y autonomía	203
2.2. Promesas y autonomía	211
3. ¿Cómo entender la autonomía en el derecho de contratos?	223
4. Autonomía personal como fundamento de la fuerza obligatoria	231
5. Contrato, dimensión interna y reglas secundarias	242
6. Tránsito al segundo orden: Del contrato al derecho privado	264
<i>Cuarto capítulo.....</i>	271
<i>Altruismo en el derecho de contratos.....</i>	271
1. Altruismo e interés por el otro.....	272
1.1. Lecturas del individualismo.....	275
1.2. Un poco de altruismo	293
1.2.1. Dos fundamentos.....	294
1.2.2. Versiones del altruismo	305
2. Tres estrategias para situar el altruismo en el derecho de contratos.....	319
2.1. Autonomía y altruismo	319
2.2. Reglas privadas y adjudicación: entre el interés propio y el ajeno	333
2.3. Altruismo e instituciones del derecho contractual.....	341
2.3.1. Excesiva onerosidad sobreviniente	350
2.3.2. Deberes preliminares de información	354
2.3.3. Buena fe.....	361
2.3.4. Abuso del derecho.....	378
<i>Quinto capítulo.....</i>	390
<i>Altruismo moderado y sus modelos en competencia</i>	390
1. Teoría relacional del contrato	391
2. Solidarismo contractual.....	402
2.1. Solidarismo en el derecho de contratos	403

2.2. Solidaridad	416
3. Distanciamiento de Kimel	448
4. Protección de la parte débil	458
5. Explotación	470
<i>Sexto capítulo.....</i>	488
<i>Los lineamientos de un derecho privado robusto</i>	488
1. Altruismo moderado y su repercusión teórica en el derecho privado	490
2. Posicionamiento en el derecho de propiedad.....	493
2.1. Concepto de propiedad	496
2.2. Servidumbre.....	503
3. Formalidad como límite para la autocomprensión del derecho privado.....	511
4. Internalismo sin formalismo	517
5. La idea de un derecho privado robusto	522
5.1. Pluralismo metodológico: fundamentos y propósitos.....	525
5.2. El problema del estatus	534
6. ¿Es posible repensar el derecho privado? El caso de la pobreza	537
<i>Conclusiones.....</i>	560
<i>CONCLUSIONS</i>	592
<i>Bibliografía.....</i>	622
<i>Normas citadas</i>	660
<i>Jurisprudencia citada</i>	661

INTRODUCCIÓN

La reciente filosofía del derecho privado ha arribado a un proceso de reflexiones que se ha extendido a sus diferentes preocupaciones, cuestionándose por la identidad del derecho privado, así como por los fundamentos normativos sobre la base de los cuales se asienta y los propósitos que persigue alcanzar. De este modo los estudios filosóficos acerca del derecho privado han proliferado y el grado de sofisticación en los análisis se ha agudizado profundamente. Gracias a esto, el diálogo entre personas dedicadas a la teoría del derecho y quienes se ocupan del derecho privado se ha estrechado y enriquecido recíprocamente. En este contexto, una esfera que ha florecido con especial fuerza es la filosofía del derecho de contratos. La intensidad y el número de trabajos en esta área quizá solo pueda competir con los formulados en el campo de la filosofía del derecho de daños.

Naturalmente, la reflexión filosófica sobre el derecho contractual se ve favorecida por el lugar gravitante que ocupa este ámbito en el fenómeno jurídico privado. Junto con el derecho de propiedad suelen ser considerados como las partes más relevantes y que constituyen el núcleo del derecho privado. Sin embargo, las investigaciones en derecho de contratos han sacado partido de la densidad filosófica que posee esta parcela del derecho privado y que capturó desde temprano la atención de quienes desarrollan estudios de carácter filosófico. El bagaje conceptual del derecho de contratos está particularmente comprometido con cuestiones filosóficas. Así, nociones como «autonomía», «voluntad», «libertad», «consentimiento» ocupan un lugar central en las prácticas contractuales cotidianas, sin que sean necesariamente desentrañadas las discusiones teóricas allí presentes. Del mismo modo, el término «contrato» presenta marcadas disquisiciones y su repercusión ha llegado a reflexiones de diversa índole, tales como la filosofía de la moral, de la política y de la acción, entre otras tantas. El término «promesa» también concentra la preocupación de los trabajos filosóficos puesto que con cargo a su poder normativo se funda una buena parte de nuestras obligaciones y demandas morales más básicas.

Pese al grueso espacio que ocupan las observaciones filosóficas en el derecho de contratos, la reflexión se ha articulado sin atender directamente al derecho privado. Por supuesto, el derecho contractual no puede desprenderse del todo del espacio en el cual participa. Mas el

punto en cuestión es que no sido correctamente remarcada la incidencia del derecho contractual en el derecho privado. A partir del primero puede decirse algo relevante acerca del segundo, iluminando sus aspectos distintivos, funcionamiento y demás dimensiones de análisis. Y, si este es el caso, el ejercicio de relectura del derecho privado puede desplegarse a partir del derecho de contratos. Una cuestión interesante es que un esfuerzo en tal sentido sí se ha efectuado desde el ámbito del derecho de daños. *La idea de derecho privado* de Ernest J. WEINRIB, originalmente publicada en 1995, presentó a la comunidad académica un polémico y altamente influyente ejercicio de autocomprensión del derecho privado formulado desde el derecho de daños. De la mano de este ámbito, el autor mostró una visión del derecho privado en que los rasgos determinantes que este exhibe pueden conspicuamente rastrearse en el derecho de daños. Así, la relación de derecho privado entre el agente que causa el daño y la víctima que lo sufre en un supuesto de responsabilidad civil extracontractual encarna el tipo de interacción directa que caracteriza la relación de derecho privado y, a su vez, los derechos y deberes correlativos entre las partes contribuyen a develar el lugar unitario que allí ocupan las exigencias de la justicia correctiva. Una aproximación teórica del derecho privado que preste atención a un método monista para su análisis, acentúe la relevancia de adoptar un esquema formalista centrado en la coherencia interna del sistema y únicamente reconozca la pertinencia de la justicia correctiva, encuentra en el derecho de daños un indicador de la corrección de sus consideraciones.

En estas coordenadas se instala la presente investigación, pero innova al construir la empresa de autocomprensión del derecho privado desde el derecho de contratos. El íntimo vínculo que media entre el derecho contractual y el fenómeno jurídico privado abona la pertinencia de este ejercicio, hasta el punto culmen de mostrar en qué sentido es posible releer el derecho privado gracias a la recomprensión del derecho contractual tradicional. Los estudios dogmáticos han afianzado una cierta visión del derecho de contratos que es emparentable con la fórmula esgrimida por WEINRIB sobre el derecho privado. De ahí que la posibilidad de poner a prueba este último enfoque puede comenzar en la reflexión filosófica del derecho contractual. Este recorrido brindará en distintas oportunidades diálogos con esa propuesta teórica hasta arribar a la idea de derecho privado robusto que está en oposición a la versión ofrecida por WEINRIB y que, según se sostendrá, representa la idea de un derecho privado débil. La legitimidad de la empresa de autocomprensión del derecho privado está dada por el

profundo valor epistémico de este ámbito y ello demanda beneficiarse de la complejidad de este fenómeno y no incurrir en una simplificación teórica para afianzar los postulados conforme a los cuales se le entiende.

Del cúmulo de problemas filosóficos que existen en el derecho de contratos es posible hallar dos particularmente estimulantes. De un lado, la justificación normativa de la fuerza obligatoria del contrato. De otro, la posible ubicación del altruismo en la estructura de fundamentación del derecho de contratos. Mientras el primero ha sido una preocupación tradicional de los estudios en filosofía, así como de la teoría del derecho privado y de la dogmática tradicional, el segundo parece tratarse de una cuestión que ha pasado un tanto inadvertida para la mayoría de las reflexiones. Esto puede explicarse porque en la justificación del efecto vinculante del contrato hay efectivamente modelos en disputa o respuestas que polemizan acerca de cuál es el criterio que sustenta las obligaciones contractuales. El posible asentamiento del fundamento altruista no es, en verdad, una verdadera preocupación de la agenda de investigación de la filosofía del derecho contractual, ni tampoco de los esfuerzos dogmáticos en esta área del derecho de contratos. La tesis tradicional según la cual el derecho de contratos está fundado a la luz de parámetros individualistas es claramente la posición de mayoría y constituye una de las creencias más afianzadas en la comprensión del derecho contractual. Es precisamente esta lectura la que interesa desafiarse en el despliegue argumentativo de la investigación, mostrando su impacto en la reflexión filosófica acerca del derecho privado.

Por consiguiente, los *objetivos específicos* de este trabajo son dos. En primer lugar, formular un criterio de justificación de la obligatoriedad de la relación contractual y, en segundo lugar, posicionar el altruismo como uno de los fundamentos normativos del derecho de contratos. Este segundo propósito presenta una relevancia significativa para la investigación, toda vez que si es cierto que el altruismo –en un determinado sentido que más tarde se detallará– ocupa un lugar en la composición normativa del derecho de contratos, ello tiene una incidencia teórica directa en el derecho privado. Al situar el altruismo en la fundamentación normativa del derecho de esta esfera de lo jurídico se sientan las bases para forjar la idea de derecho privado robusto. Esta comprensión del derecho privado se instala como un claro contraste a la idea de derecho privado que mostró WEINRIB a fines del siglo XX y, a su vez, pretende

reorientar la empresa de autocomprensión del derecho privado que protagoniza el escenario actual sobre estos asuntos teóricos. Puede, si se quiere, entenderse que dar con los lineamientos de la idea de derecho privado robusto constituyen un objetivo correlativo al segundo antes deslindado. Como sea que fuere, lo determinante es el sendero por el cual transitarán las consideraciones, comenzando en el contrato, moviéndose al derecho de contratos y de allí, por último, al derecho privado. A medida en que el estudio avance, las observaciones pasarán de un primer orden de cosas a un segundo orden, relativo al derecho contractual y, finalmente, al derecho privado. De manera inevitable podrá apreciarse una mayor generalidad y abstracción en el examen de las cuestiones y los argumentos que son ofrecidos. Ello es así ya que es parte del proyecto comenzar la reflexión filosófica en la institución contractual y concluirla en el derecho privado.

Sin embargo, tal recorrido ofrecerá una respuesta al interrogante si acaso es posible repensar el derecho privado desde la relectura del derecho de contratos. Este constituye el *objetivo general* de la investigación y versa sobre la posibilidad de reformular la visión del derecho privado a partir de la revisión de la comprensión tradicional del derecho contractual. Desde luego, este objetivo subyace a cada parte de la investigación, pero solo en el capítulo final cobra completamente forma en su desarrollo. De este modo, el término de la investigación coincidirá con la conclusión del ejercicio de autocomprensión sobre el derecho privado que la inspira. La articulación de las bases de la idea de derecho privado robusto es la manera en que debe abordarse la relectura del derecho privado desde el derecho contractual. Al reformular este último se perfilan las coordenadas de análisis conforme con las cuales el derecho privado puede ser pensado de manera vigorosa, alzándose como una posición rival de *La idea de derecho privado*. Mientras que esta última –en aras de preservar la rigidez de sus asunciones– simplifica teóricamente la imagen del derecho privado, la idea de derecho privado robusto saca partido de la complejidad de esta esfera de lo jurídico y hace justicia a su enorme potencial teórico. La vocación de unidad de la lectura tradicional será reemplazada por el rescate de la diversidad, multiplicidad de niveles de análisis y tensiones que yacen en la composición y funcionamiento del fenómeno jurídico privado.

La investigación se encuentra estructurada en seis capítulos y su estrategia es cubrir el primer objetivo específico en los tres primeros y, en tanto, dar cuenta del segundo objetivo específico

en los tres capítulos restantes del trabajo. Así, en los tres primeros el foco conceptual será la noción de *autonomía personal* y, por su parte, los tres últimos estarán centrados en el término *altruismo*. El primer capítulo desarrolla el problema de la justificación normativa del efecto obligatorio del contrato, organizando los distintos esquemas de análisis disponibles y, además, cuenta con un excursus final que sitúa la discusión en el reciente escenario de la filosofía del derecho privado. El segundo capítulo, en tanto, muestra en qué sentido tal problemática se enfrenta a un aparente *nuevo* derecho de contratos que representa un conjunto de fenómenos que han alterado las condiciones clásicas de la contratación. Ahí se exploran algunas dimensiones en que se expresa la complejidad del derecho contractual. El tercer capítulo, por su parte, articula una propuesta de justificación de la obligatoriedad de la relación contractual con cargo en el respeto de la autonomía personal de los contratantes, revisando la manera en que deben entenderse sus demandas e inclinando la balanza a su favor sobre la voluntad y las promesas. A este punto de la investigación podría –y así se sugerirá– dar por zanjadas las cosas para formular una teoría del derecho contractual que afirma algo sobre el derecho privado, pero la defensa de la autonomía personal solo abrirá las puertas a la reflexión sobre el derecho de contratos y, enseguida, acerca del derecho privado. El vínculo entre la autonomía personal y el fundamento individualista constituye el insumo teórico que abre las consideraciones asociadas al altruismo y su posible lugar en la composición normativa del derecho contractual.

En este sentido, el cuarto capítulo sitúa el altruismo –en su dimensión moderada– como uno de los fundamentos normativos del derecho de contratos, mostrando ciertos institutos de los cuales derivan demandas a los contratantes que no pueden fundarse ni aun en el prisma desinteresado del individualismo filosófico. Se echa luz sobre la falta de uniformidad en la composición normativa del derecho contractual lo cual es una manifestación de la complejidad que alberga este ámbito de lo jurídico. El quinto capítulo, en tanto, explora cinco modelos en competencia con el sustento altruista que ponen a prueba la pertinencia de que el altruismo funde el derecho de contratos en desmedro de otros posibles parámetros filosóficos y propuestas doctrinarias. El sexto capítulo, por último, devela la repercusión teórica del posicionamiento del altruismo en la fundamentación normativa del derecho contractual en la reflexión filosófica sobre el derecho privado. Este sustento alternativo al individualismo contribuye a forjar las bases de la idea de derecho privado robusto. Tal comprensión está en

contraposición al esquema popularizado por WEINRIB y permite engarzar la teoría del derecho contractual con la teoría del derecho privado, en procura de mostrar una imagen vigorosa de esta parcela del fenómeno jurídico que realce la complejidad y falta de unidad que le caracteriza. Se concluye tomando como ilustración de la incidencia en la recomposición del derecho privado el caso de la pobreza.

La metodología general que será empleada en la investigación será la propia de la disciplina jurídica, esto es, el análisis de la literatura disponible en diversas disciplinas como la filosofía, el derecho, la sociología, la psicología y la historia. Se echará mano al derecho positivo de sistemas jurídicos privados de países como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, España, Estados Unidos de América, Francia, Italia y Perú. Del mismo modo, se prestará atención a los textos de armonización del derecho de contratos que han proliferado de forma sustantiva en años recientes. Finalmente, se reflejarán ciertas consideraciones sobre las instituciones y prácticas contractuales analizadas en decisiones de órganos jurisdiccionales tanto del contexto chileno como comparado. Para cumplir con los dos objetivos específicos y así con el objetivo general se abordarán los temas desde una perspectiva teórica en consonancia con el carácter de la filosofía del derecho privado en la cual se inserta esta empresa. En este contexto, la estrategia consistirá en reflexionar filosóficamente sobre la autonomía personal en la justificación del efecto obligatorio del contrato y, a continuación, acerca del lugar que posiblemente ocupa el altruismo en la estructura normativa del derecho de contratos, develando la insuficiencia del tradicional canon individualista y los lineamientos de la idea de derecho privado robusto. Por último, en algunos lugares de la investigación se empleará el método funcionalista del derecho comparado en que serán analizadas ciertas reglas, instituciones y prácticas contractuales de los sistemas jurídicos privados antes mencionados. No obstante, el carácter de esta investigación es fuertemente teórica y se halla inserta en la línea de reflexiones de la filosofía del derecho privado contemporánea que ha ganado espacio en la tradición jurídica continental y que ya se encontraba plenamente consolidada en la de raigambre anglosajona desde décadas atrás.

Quisiere concluir esta introducción transparentando el porqué del título de la investigación. Como fue advertido, esta busca entrelazar la teoría del derecho contractual con la teoría del derecho privado, develando bajo qué términos es posible repensar la última a partir de la

relectura de la primera. Cuando las reflexiones están situadas bajo un título que apela a la «teoría del contrato», esto no quiere sugerir que se pretende construir una teoría general del contrato del modo en que ha sido efectuado por los estudios dogmáticos tradicionales. La cuestión apunta más bien a la manera en que debe ser repensada la teoría del contrato para que tenga impacto en la reflexión filosófica del derecho privado. Para que ello tenga lugar es indispensable detenerse en una noción central del derecho de contratos; a saber, la autonomía personal y, asimismo, en otra que tradicionalmente ha permanecido ajena a este ámbito del derecho privado, como lo es el altruismo. La posibilidad de que la teoría del derecho contractual efectivamente incida en el ejercicio de autocomprensión del derecho privado depende, entonces, de que sean repensadas tanto la autonomía personal como el altruismo. Desde ambas nociones es pertinente conectar en términos filosóficos el derecho de contratos y el derecho privado, en la medida en que «entre la autonomía y el altruismo» se juega en definitiva la posibilidad de que la teoría del contrato forje las bases necesarias para repensar el derecho privado a la luz de una lectura vigorosa de este.

PRIMER CAPÍTULO
FUNDAMENTACIÓN DE LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO

1. FUNDAMENTO DE LA OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO
2. ESQUEMAS DE COMPRESIÓN
 - 2.1. Esquemas Morales
 - 2.1.1. Utilitarismo
 - 2.1.2. Neo-aristotelismo
 - 2.1.3. Bajo el alero de la justicia correctiva
 - 2.1.3.1. Weinrib
 - 2.1.4. El matiz distributivo
 - 2.1.5. Dworkin y la práctica contractual
 - 2.2. Esquemas No-Morales
 - 2.1.1. Teoría imperativa del derecho
 - 2.1.2. Teoría pura del derecho
 - 2.1.3. Realismo jurídico
 - 2.1.4. *Law & Economics*
3. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO PARADIGMA
4. CONTRATO COMO PROMESA
5. EXCURSO: FILOSOFÍA DEL DERECHO PRIVADO E INTERNALISMO
 - 5.1. Internalismo y externalismo
 - 5.2. Derecho privado y sus propósitos

Contractus ab initio est voluntas, ex post facto necessitatis.

BROCARDO

[...] quien se limita a prometer, porque ha recibido ya el beneficio de aquel a quien promete, debe considerarse que accede a transferir el derecho si su propósito hubiera sido que sus palabras se comprendiesen de modo diverso, el otro no hubiera efectuado previamente su prestación. Por esta causa en la compra y en la venta, y en otros actos contractuales, una promesa es equivalente a un pacto, y tal razón es obligatoria.

HOBBS, 1992: 111

La obligación de mantener una promesa no se funda en argumentos de utilidad, sino en el respeto a la autonomía individual y en la confianza.

FRIED, 1996: 30

1. FUNDAMENTO DE LA OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO

El contrato, de igual manera que toda institución jurídica situada bajo el prisma de una comprensión moderna sobre el fenómeno jurídico supone una creación voluntaria de los partícipes de la práctica jurídica. Desde esta perspectiva de análisis, el derecho consiste en un conjunto de conceptos, prácticas e instituciones que responden a la observancia de ciertos objetivos que los agentes externamente le atribuyen para alcanzar. Lo jurídico, entonces, se asocia a un proceso complejo de formulación en cuya virtud la intencionalidad colectiva del grupo social establece funciones a objetos que, en principio, no tienen condiciones internas que justifiquen desempeñarlas. Como ocurre respecto de los hechos institucionales, la función no depende de la estructura interna del objeto, sino de la función que es atribuida convencionalmente por los miembros de la comunidad¹. Esto contrasta con la forma en que el derecho es visto desde el prisma premoderno². Mientras que una comprensión premoderna de lo jurídico afirma el carácter *natural* y *dado* del derecho, la visión moderna lo entiende *puesto e instrumentalmente* creado por los individuos que componen la sociedad³.

De modo que, desde el punto de vista de una perspectiva moderna de lo jurídico, una cuestión radica en justificar el derecho como una elaboración humana destinada a resolver un problema de cooperación y, a su vez, otra distinta exigiría evaluar la pertinencia del contrato, en tanto institución jurídica identificadora del sistema jurídico privado, para satisfacer tal propósito. Lo relevante, entonces, radica en disolver la aparente distinción entre dos órdenes de problemáticas; a saber, por un lado, preguntarse por la justificación de la existencia del contrato y, de otro, cuestionar la obligatoriedad del vínculo contractual. Estas constituyen dos cuestiones centrales para la reflexión filosófica del derecho de contratos. En lo que sigue, asumiré que ambas temáticas son en realidad una. Considero que es así, porque el tipo de conceptos, reglas, instituciones y prácticas que define el sistema jurídico, responde a juicios

¹ SEARLE, 1997: 49-74.

² He desarrollado este contraste entre comprensiones del derecho en PEREIRA FREDES, 2014: 109-151.

³ Una imagen paradigmáticamente premoderna sobre el fenómeno jurídico se encuentra en la teoría del derecho tomista, según la cual el derecho *deriva* de la estructura natural del mundo, revistiendo caracteres de inmutabilidad y corrección moral. Al respecto, véase TOMÁS, 2001: 469-498. A su vez, el esquema hobbesiano otorga luces sobre la perspectiva moderna del derecho, bajo la cual lo jurídico es *puesto* por los individuos para resolver instrumentalmente el problema de inseguridad que los aqueja, al situarse en un estado de cosas donde no existe derecho, justicia ni moral. De modo que lo jurídico responde a dimensiones de contingencia y neutralidad normativa. HOBBS, 1992: 100-117.

normativos y no meramente descriptivos⁴. *Prima facie*, la justificación de la existencia del contrato no es un problema independiente de legitimar la obligatoriedad de su cumplimiento, ya que la institución contractual está pensada para alcanzar objetivos o satisfacer ciertos estándares de corrección que se estiman valiosos por parte de la comunidad. Estos objetivos o estándares, que sirven de justificación para crear al contrato, son los mismos que permiten exigir su cumplimiento⁵.

Por supuesto, la existencia de un contrato –como figura jurídica– depende de que se cumplan ciertos requisitos previstos por el sistema jurídico privado. Cuando un contrato es producto de la manifestación de voluntad de los contratantes y esta se ajusta a condiciones existencia y validez del orden jurídico, puede decirse que, naturalmente, el contrato *existe* y producirá los efectos jurídicos que son deseados por quienes lo celebraron. No es esta la clase de existencia que es filosóficamente interesante respecto del contrato. La cuestión que captura la atención de los filósofos del derecho privado radica, en cambio, en determinar por qué es relevante que la institución contractual exista como parte determinante de la organización y diseño de las relaciones sociales. Su relevancia impregna los rasgos distintivos del contrato y el más importante de ellos es el carácter obligatorio de lo pactado. De modo que cuando nos preguntamos por qué existe el contrato bajo el fenómeno jurídico privado, nos cuestionamos, en última instancia, por qué esta institución obliga a los contratantes de la forma como les obliga, es decir, de manera incondicionada.

El problema de la fuerza vinculante del contrato precisamente busca dar cuenta de este dilema. Sostener que el vínculo contractual goza de fuerza vinculante no solo implica reconocer la vigencia de uno de los principios básicos de la contratación erigido así por los estudios dogmáticos, sino también que luego de ponerse a prueba la justificación normativa del efecto obligatorio, hemos determinado *una* aproximación como satisfactoria y, bajo tal consideración, la fuerza vinculante de la institución contractual se encuentra debidamente

⁴ Volveré sobre esto en el capítulo III. La investigación asume una tarea de justificación no solo por el tipo de institución social que es el derecho, sino por el carácter innegablemente normativo que corresponde al contrato en particular. La pregunta por su efecto vinculante acentúa la relevancia del enfoque normativo para dar cuenta de su fundamentación.

⁵ Este esquema es asumido por Peter BENSON en su explicación acerca de los contratos. Desde su esquema de análisis, los principales esfuerzos teóricos sobre la comprensión de la institución contractual constituyen aproximaciones conceptuales y metodológicas que polemizan sobre su legitimidad. Al respecto, véase BENSON, 2010: 29-63.

fundada. A diferencia de lo que cotidianamente puede intuirse, los contratos no *solo* obligan porque las legislaciones así lo establecen. Hay razones de otro orden que justifican que ello opere de esta manera y que revelan el sentido de su carácter institucional. Antes de este examen más profundo, el reduccionismo a la legislación solo puede brindar una razón parcial para cumplir una relación contractual, aun cuando existan razones meritorias para defraudar tal imposición. Sencillamente, porque dichas consideraciones se han desplazado en virtud de la existencia de la regla jurídica contractual. Pudiere decirse que el contrato debe cumplirse ya que la ley así lo prescribe. No obstante, tal estrategia traiciona el carácter normativo del fenómeno jurídico en general y la institución contractual en particular, cuyas regulaciones responden a propósitos, funciones convencionalmente atribuidas y expectativas sociales.

Las reglas jurídicas, al entenderseles como prácticas, y no como meros resúmenes, determinan el marco de acciones que son permitidas bajo el conjunto de reglas que a su vez definen la práctica social⁶. Las reglas se encuentran desplazadas de toda posible evaluación de su mérito o valor por los agentes, porque sus acciones cobran sentido bajo el contexto de la respectiva práctica, luego no pueden justificar la inobservancia de la regla por presentarse un caso excepcional, ya que bajo la práctica no puede existir excepción alguna. Más allá de la exigencia incondicionada que exigirían, entonces, las reglas que configuran toda práctica, conviene detenernos en la utilidad proporcionada por las reglas contractuales que definen la práctica contractual.

Richard EPSTEIN ha observado que una parte sustantiva de las contribuciones de las reglas privadas a nuestra realidad social radica en facilitar las interacciones entre los individuos y, en especial, en coordinar nuestras acciones de modo que la extensión de los cursos de acción no sea ilimitada. Si el mundo que nos rodea es complejo, deben formularse reglas simples para afrontar satisfactoriamente tal desafío, creando un orden bajo el escenario legal. A partir de reglas básicas es posible organizar las múltiples dimensiones de la realidad y el diseño del sistema jurídico privado es crucial para dicha aspiración. Como es sabido, para EPSTEIN estas reglas básicas son básicamente tres, cada una de ellas destinada a satisfacer una determinada necesidad. En primer lugar, una regla de autonomía personal cuyo objeto es permitir «[...] que los sujetos tengan control sobre sus propias vidas»⁷. En segundo lugar, una regla de

⁶ Sobre esta distinción, véase RAWLS, 1974: 229-243.

⁷ EPSTEIN, 2005: 93.

propiedad individual, gracias a la cual se «[...] asigna a cada bien un propietario»⁸. En tercer lugar, la regla sobre intercambios voluntarios, a partir de la cual se logra «[...] alterar el control de los recursos para aumentar su valor para todas las personas simultáneamente [...]»⁹.

La lógica que envuelve al contrato es simple y de ahí su atractivo en la práctica jurídica. Desde un prisma básico, el contrato supone que un agente renuncie a algo que valora a cambio de algo que dicho agente valora aún más. Por tanto, si ambos contratantes permiten que se verifique el intercambio se producirá un incremento significativo del bienestar personal, así como del general. Gracias al intercambio contractual se obtiene la simple idea de ganancias generales. La regla contractual se justifica como una regla razonable porque consagra un sistema de intercambios voluntarios, que facilita la consecución de ganancias mutuas. Su utilidad permite forjar la práctica sobre la base de una regla común, simplemente formulada y altamente beneficiosa. De ahí su atractivo, pues, como lo advierte EPSTEIN, «[u]na sola idea buena derrota a mil ideas malas»¹⁰.

La generalidad y complementariedad de las reglas que gobiernan el ámbito jurídico privado garantizan su eficacia. Se aplican las reglas sobre propiedad individual y primera ocupación del propietario; enseguida, las reglas de los intercambios contractuales para otorgar movilidad a tales bienes; y, eventualmente, las reglas de responsabilidad extracontractual para prevenir actuaciones que lesionen injustificadamente los intereses de los contratantes. La participación conjunta entre las reglas sobre propiedad e intercambio es evidente: desde la regla propietaria se protege la exclusividad que cede en beneficio del dueño del bien y, en tanto, mediante la normativa contractual se permitirá que ahí donde existan ganancias derivadas del intercambio y la cooperación, la propiedad privada inicial se convierta finalmente en propiedad común.

Ahora bien, en el marco de la teoría general del contrato, la dogmática civil ha organizado su examen de las reglas contractuales a la luz de un conjunto de principios que observarían las prácticas contractuales bajo el sistema jurídico privado. Se piensa que la contratación estaría regida por los siguientes principios: (i) autonomía de la voluntad; (ii) consensualismo; (iii)

⁸ EPSTEIN, 2005: 93.

⁹ EPSTEIN, 2005: 93.

¹⁰ EPSTEIN, 2005: 94.

libertad contractual; (iv) fuerza obligatoria del contrato; (v) efecto relativo de los contratos; y, finalmente, (vi) principio de la buena fe contractual¹¹. Desde una aproximación conceptual es posible reconducir los principios normativos (ii), (iii) y (iv) a la fuente central del derecho privado, esto es, la autonomía de la voluntad. A partir de la vigencia de la autonomía de la voluntad, entendida como piedra angular de las obligaciones jurídicas, los agentes pueden constituir voluntariamente relaciones contractuales, cuya obligatoriedad es incuestionada y jurídicamente respaldada¹². La estrecha relación que existe entre la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria de los contratos será determinante al momento de evaluar las posibles estrategias de justificación de la obligatoriedad del vínculo contractual.

En efecto, de acuerdo con la lectura tradicional esgrimida por los estudios tradicionales del derecho de contratos, el análisis del efecto obligatorio del contrato no puede desvincularse de la autonomía de la voluntad que fundamenta *la* institución contractual¹³. Bajo el sistema jurídico privado chileno, por ejemplo, el artículo 1545 del Código Civil de 1855 consagra la fuerza obligatoria de los vínculos contractuales. Dicho texto normativo dispone lo siguiente: «*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes*». Esta prescripción del codificador chileno encuentra sus orígenes en el Código Civil napoleónico de 1804, cuyo inciso 1° del artículo 1134, establece que «*los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal entre quienes los hayan efectuado*». De igual modo, se trata de una regla de genérica consagración en el contexto jurídico comparado continental¹⁴.

¹¹ LÓPEZ SANTA MARÍA, 2010: 191-360.

¹² Una lectura según la cual el efecto obligatorio del contrato constituye una consecuencia normativa del principio de autonomía de la voluntad, en VIAL DEL RÍO, 2003: 57-58. En la jurisprudencia chilena, en tanto, se ha observado que distintos principios del derecho de los contratos están contemplados en el artículo 1545 del Código Civil —el cual consagra el efecto vinculante del contrato—, ya que este «[...] *consagra varios principios que lo inspiran, a saber: la fuerza obligatoria del contrato (pacta sunt servanda), la autonomía de la voluntad y su corolario la libertad contractual, y la relatividad de los efectos de los contratos*». Corte de Apelaciones de Santiago, «Equipos y Camiones Europeos Ltda. con Transportes Pizarro S.A.», 22 de enero de 2004 (recurso de apelación), Rol 1150-2001, considerando primero.

¹³ Esto respalda lo señalado con anterioridad en orden a conjugar filosóficamente el fundamento de la existencia del contrato con el relativo a su obligatoriedad. El contrato, desde un enfoque teórico, nace a partir de la autonomía de la voluntad y en este principio también reside la justificación del porqué es vinculante para los contratantes.

¹⁴ En el escenario comparado ha resultado indispensable la consagración de la fuerza obligatoria de los contratos, aun cuando tales estrategias difieren en la articulación de la regla. Es posible destacar las normativas peruana y argentina como expresiones del reciente proceso de codificación latinoamericano. Las reglas son las siguientes: (i) Código Civil Peruano [1984] *Obligatoriedad de los contratos*. Artículo 1361.- «*Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla*». (ii) Código Civil Argentino [2014] Artículo 959. *Efecto vinculante*.- «*Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para*

Al regir la autonomía de la voluntad en nuestras relaciones jurídicas privadas, es una consecuencia necesaria afirmar categóricamente la obligatoriedad de la vinculación contractual. La intensidad de tal consideración se desprende a partir de dos grupos de consideraciones. Por una parte, el significado del aforismo *pacta sunt servanda* y, por otra, la analogía que señala nuestro legislador existe entre el contrato y la ley. En relación con el significado de la expresión *pacta sunt servanda*, esta exige que «[...] los pactos deben observarse; las palabras deben cumplirse; los contratos obligan»¹⁵. Pero la intensidad de tales términos se refleja con mayor fuerza en la comprensión que Thomas HOBBS sostuvo sobre el *pacta sunt servanda*, para quien constituye una de las leyes de la naturaleza que sirven de parámetro normativo para las acciones de los individuos.

Para el autor oxoniense la tercera ley de la naturaleza es la siguiente: «[q]ue los hombres cumplan los pactos que han celebrado»¹⁶. La relevancia de esta regla radica en que, si aquella no existiere, los pactos serían vanos y solo contendrían meras palabras vacías. De modo tal que habría derecho de todos los individuos a todo, posibilitándose el estado de guerra de todos contra todos. Desde luego, la razón que justifica la presencia de una regla jurídica que establezca el efecto vinculante en un sistema jurídico privado, no está asociado a prevenir un conflicto de la índole respecto a la cual HOBBS nos ilustra con su situación imaginaria de la condición humana natural.

Pero sí permite clarificar su valor al momento de examinar lo que dicha ley origina en el modelo hobbesiano; a saber, la justicia. De acuerdo con HOBBS, si no media pacto, no se ha transferido derecho alguno, correspondiéndole a todos los agentes derecho a todo porque ninguna acción podría evaluarse como injusta o incorrecta. No existe criterio de corrección moral. Sin embargo, al existir un pacto, su rompimiento deviene injusto. En sus términos, «[l]a definición de injusticia no es otra sino ésta: *el incumplimiento de un pacto*. En consecuencia, lo que no es injusto es *justo*»¹⁷. La justicia se asocia al cumplimiento de

las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé». En tanto, una articulación clásica europea se encuentra en la legislación civil española. Ahí se dispone lo siguiente: Código Civil Español [1889] *De la eficacia de los contratos*. Artículo 1278.- «Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez».

¹⁵ LÓPEZ SANTA MARÍA, 2010: 223.

¹⁶ HOBBS, 1992: 118. Énfasis del original.

¹⁷ HOBBS, 1992: 118. Énfasis del original.

nuestros pactos y, a su vez, la injusticia se identifica con su transgresión. Goza de corrección normativa, entonces, que el sistema jurídico privado exija la observancia de los compromisos voluntarios de quienes participan en la práctica contractual.

Como se sabe, en HOBBS no es posible hablar de justicia y propiedad sin la existencia del Estado, porque la voluntad del soberano se manifiesta en la legislación y, de ahí, cobran sentido las dicotomías lingüísticas como «correcto» e «incorrecto», «justo» e «injusto», así como «tuyo» y «mío». El sistema jurídico moderno considera deseable el cumplimiento de las estipulaciones contractuales y, bajo esta observación, los contratantes gozan de derechos subjetivos para exigir forzosa e institucionalmente el cumplimiento de aquello que han pactado. Se requiere del poder político para formular efectivamente un régimen contractual, arrojando luces sobre el sentido de la asimilación que es articulada entre la fuerza vinculante que tiene un contrato legalmente celebrado para sus contratantes y aquella que corresponde a la legislación respecto de todos los habitantes del lugar en el cual esta rige. El autor de *Leviatán* deja patente tal necesidad, pues «[...] debe existir un poder coercitivo que compela a los hombres, igualmente, al cumplimiento de sus pactos, por el temor de algún castigo más grande que el beneficio que esperan del quebrantamiento de su compromiso [...]»¹⁸.

En relación con la asimilación entre el contrato y la ley, y que es explícitamente consagrada por algunos cuerpos legales y es, además, a menudo empleada por la dogmática civil para ilustrar el efecto obligatorio, conviene detenerse a transparentar el sentido de esta estrategia¹⁹. Mientras que el *Code* prescribe que los acuerdos legalmente celebrados tendrán fuerza de ley entre los contratantes, algunas codificaciones decimonónicas del concierto latinoamericano afirman que un contrato legalmente celebrado constituye una ley para sus contratantes²⁰. La técnica del texto napoleónico es más precisa en demarcar entre dos cuestiones distintas, es decir, la identidad y los efectos de ambas instituciones, contrato y ley. Si hablamos de

¹⁸ HOBBS, 1992: 118.

¹⁹ Ello se encuentra expresamente prescrito en el artículo 1545 del Código Civil chileno. Por su parte, el Código Civil colombiano dispone en su artículo 1602, el cual se titula *Los contratos son ley para las partes*, que «Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales».

²⁰ Respecto a la estrecha relación que existe entre las definiciones del contrato consagradas en el Código Civil chileno y en el texto del codificador francés, véase CORRAL TALCIANI, 2002: 69-97. Una reconstrucción histórica sobre la errónea interpretación que habría adoptado la dogmática civil chilena sobre las fuentes intelectuales del artículo 1545 del Código Civil, a la luz del dogma de la autonomía de la voluntad, se encuentra en PIZARRO WILSON, 2004: 225-237.

identidad, es indudable que contrato y ley responden a identidades contrapuestas. Así, por ejemplo, mientras la ley vale porque la voluntad del pueblo lo ha determinado de este modo, y manda, prohíbe o permite porque así lo ha establecido la comunidad que se autogobierna, el contrato responde a un acuerdo de voluntades para generar vínculos obligacionales que responden a los intereses de las partes y el sistema jurídico los autoriza²¹. La ley tiene aplicación normativa general respecto de todos los habitantes del territorio en cual tiene vigencia y el contrato, en cambio, solo surte efectos respecto de quienes concurrieron personal o de manera representada a su formación²². Si las reglas legales no se encuentran bajo la disposición o derogación de los particulares, las reglas contractuales admiten ser creadas y suprimidas según la voluntad de los intervinientes en la relación privada. Finalmente, si bien tanto la interpretación de la ley como la contractual se encuentran regladas en los códigos civiles, la búsqueda del sentido de una ley está normalmente disciplinada de forma independiente a la interpretación de una estipulación contractual. En efecto, la primera se considera como parte de la teoría de la ley, mientras que la segunda como teoría general del contrato. Además, dichas interpretaciones son sustancialmente diferentes por cuanto una mira al interés colectivo y, en tanto, la otra atiende al interés de las partes contratantes.

De modo que la estrategia de ciertos códigos decimonónicos de conectar la ley con el contrato no radica en establecer una equivalencia conceptual entre ambas instituciones, ya que sus identidades son radicalmente diferenciadas. El propósito de estos códigos civiles es el mismo que tuvo en mente el codificador francés –y antes la jurisprudencia romana– en orden a expresar la fuerza obligatoria de la relación contractual. Esta técnica no es anómala en los textos civiles en que se suelen efectuar asimilaciones entre institutos sin sugerir que entre ellos media verdaderamente una relación de identidad. Por ejemplo, los códigos decimonónicos que se ajustan al legado del *Code*, establecen una asimilación entre la culpa grave y el dolo según la cual la actuación efectuada con culpa lata equivale al

²¹ Esta es la forma como se justifica la primacía de la ley en los sistemas legalistas codificados, por su conexión con la democracia y el ideal del autogobierno. Al respecto, véase, GARCÍA DE ENTERRÍA, 1987: 17-62.

²² Naturalmente, tal consideración responde al principio de relatividad de los contratos según el cual el vínculo contractual es *res inter alios acta* y, por ende, constituye algo efectuado entre otros, que no puede beneficiar ni perjudicar a terceros que no han sido parte de su celebración. Este principio, que no siempre se encuentra explícitamente reconocido y se considera previsto de manera implícita en la regla contractual que fija la fuerza obligatoria, reconoce distintas excepciones en el derecho de contratos e incluso la participación del efecto absoluto del contrato.

comportamiento doloso, el cual se efectúa con la intención positiva de provocar injuria o daño en la persona o propiedad de otro²³. Esta equiparación es de carácter estricto, ya que se encuentra únicamente circunscrita a los efectos de la reparación contractual, amplificando la carga reparatoria del deudor, cuando actúa con culpa lata a los perjuicios que debería responder *si es que lo hubiere efectuado* de manera dolosa. No se trata de colapsar el contraste entre culpa lata y dolo, sino que las consecuencias jurídicas de una figura son implementadas en la otra, asimilándose los efectos que siguen de la infracción contractual.

Del mismo modo, la asimilación sugerida por estos códigos decimonónicos entre la ley y el contrato no está comprometida con sugerir que se trata de *lo mismo*, sino que ella es metafórica e instrumental. Es metafórica porque no busca identificar conceptualmente el contrato con la ley y, asimismo, se ajusta a una racionalidad instrumental, porque mediante esta analogía se devela aquello que ambas instituciones comparten; a saber, que la forma como obligan a sus respectivos destinatarios las normas legales y contractuales es absoluta y, en principio, incondicionada, sin admitir excepciones²⁴. El contrato obliga a los contratantes, por tanto, del mismo modo en que lo hace la legislación para los habitantes de un determinado territorio. En este sentido, entonces, el contrato obliga *como si se tratara* de una ley.

Al respecto, Luis CLARO SOLAR suscribe esta funcionalidad de relacionar normativamente la ley con el contrato:

La comparación del contrato con la ley en cuanto al efecto que está llamado a producir entre los contratantes es tradicional. El jurisconsulto romano quiere indicar una idea exacta y completa de la fuerza obligatoria del contrato; y no encuentra una palabra más apropiada para expresarla que decir que el contrato constituye una ley, *legem contractus dedit* [...] Y el legislador moderno no podía dejar a un lado una fórmula que con tanta exactitud expresaba el efecto obligatorio del contrato²⁵.

²³ Así, por ejemplo, el artículo 44, inciso 2° del Código Civil chileno.

²⁴ Sobre este aspecto, ha sido argüido jurisdiccionalmente en el contexto chileno que la fuerza obligatoria del contrato «[...] se traduce en la metáfora empleada por Bello, en cuanto a que los pactos deben honrarse y cumplirse, puesto que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes, que se le reconoce bajo el aforismo 'pacta sunt servanda'». Corte Suprema, «Tavali López Franc y con Cornejo Alfaro», 30 de julio de 2012 (casación en el fondo), Rol 2675-2012, considerando duodécimo.

²⁵ CLARO SOLAR, 1935: 470.

Pues bien, ¿cuáles consecuencias jurídicas se siguen del *pacta sunt servanda* en los sistemas jurídicos privados? De forma estándar se sostiene que «[l]a obligatoriedad del contrato se traduce en su intangibilidad»²⁶. Un contrato celebrado con observancia de la legislación vigente deviene en cuanto a su obligatoriedad en una ley y, por consiguiente, no puede ser tocado o modificado. Este alcance de inmutabilidad es amplio y resulta operativo en tres ámbitos. En primer lugar, vincula a las partes contratantes a cumplir el contrato según los términos originalmente pactados, aun cuando les resulte perjudicial hacerlo. En segundo lugar, vincula al legislador quien se encuentra impedido de vulnerar el efecto obligatorio del vínculo contractual. Y, en tercer lugar, obliga al juez que pudiere conocer del contrato para resolver una controversia judicial suscitada, a no revisar, modificar ni dejar sin efecto las estipulaciones contractuales vigentes en el acuerdo.

Sin embargo, las pretensiones de intangibilidad pueden verse interrumpidas en la realidad contractual respecto de estas dos últimas esferas de aplicación. En sede legislativa se transgrede la fuerza vinculante del contrato cuando se dictan leyes de emergencia, leyes permanentes que alteran los alcances de las reglas contractuales y leyes modificadoras sobre materias contractuales con efecto retroactivo. En el plano judicial, por su parte, la teoría de la imprevisión ha ofrecido dificultades a la intangibilidad de un contrato legalmente celebrado. Existen hipótesis, se piensa, en que el cambio sobreviniente de las circunstancias vigentes al momento de la contratación, autorizaría al juez a revisar las estipulaciones contractuales o bien a declarar judicialmente la resolución del contrato²⁷.

Puede pensarse que estas situaciones ponen de relieve la necesidad de justificar la fuerza vinculante del contrato. ¿Por qué el sistema jurídico privado debe cautelar la intangibilidad de la relación contractual? Podemos cuestionarnos en qué sentido conviene preservar esa provincia de lo jurídico –las reglas y estipulaciones acordadas por los contratantes– de la actuación institucional tanto del legislador como del juez. Lo que está en juego en tales consideraciones debería ser continuo a la justificación del porqué los contratos obligan del modo que en lo hacen, es decir, como si se tratara de leyes para quienes los celebran. Desde

²⁶ LÓPEZ SANTA MARÍA, 2010: 235.

²⁷ Sobre la teoría de la imprevisión y la revisión judicial de los contratos, puede consultarse BARCIA LEHMANN, 2005: 685-719 y PEREIRA FREDES, 2009: 1-20. Acerca de su necesaria reglamentación bajo el sistema jurídico privado chileno, véase MOMBERG URIBE, 2010: 29-64.

mi punto de vista, podría acudirse a la misma consideración normativa para fundar el efecto vinculante del contrato y para respaldar por qué su intangibilidad alcanza el eventual ejercicio de competencias legislativas y judiciales. Hay *algo* valioso en el *pacta sunt servanda* que justifica que los contratantes deban honrar su palabra y que ni el legislador ni el juez puedan, en principio, intervenir en lo pactado.

Es posible esbozar dos maneras de problematizar teóricamente la fuerza obligatoria. La primera de ellas se conforma con la regla jurídica que establece dicho efecto del contrato en un sistema jurídico privado. El contrato es obligatorio para quienes lo celebran en virtud lo dispuesto en una regla, puesto que esta constituye un tipo de razón que es categórica para la actuación de los agentes. La segunda, en cambio, busca indagar por qué es razonable que exista una regla como aquella que fija el efecto vinculante en el derecho de contratos. Aquí la cuestión no es, en rigor, acerca de razón proporcionada por la regla jurídica que consagra la obligatoriedad, sino por la razonabilidad de que haya una regla como tal. Revisemos someramente estas dos alternativas de tematización.

La vigencia de la fuerza obligatoria del vínculo contractual deviene incontrovertible si apelamos únicamente a la existencia de la regla contractual que la sostiene. En principio, se puede argumentar que en los sistemas jurídicos privados en que es posible hallar una regla jurídica según la cual el cumplimiento de una relación contractual es incondicionado, del mismo modo en que las leyes sujetan a los agentes a su observancia. La razón de ello es simple: así lo prescribe la regla jurídica contractual contenida en la respectiva legislación o cuerpo normativo. Dicha fuerza obligatoria, entonces, sería excluyente para los contratantes ya que la regla contractual –como toda regla jurídica– puede entenderse en términos de una razón excluyente para las acciones de los individuos.

Joseph RAZ ha observado que existe una tipología de razones que pueden justificar por qué un agente realiza la acción que efectúa²⁸. Existen razones de primer orden para seguir un curso de acción, pero que admiten ser tematizadas por los agentes, dado que pueden cuestionarse a la luz de otras razones de primer orden. La solución frente a un conflicto de razones de primer orden se adjudicará según el criterio de balance, según el cual la razón de

²⁸ RAZ, 1991: 17-54.

primer orden más fuerte vencerá a la que se estime como débil²⁹. Sin embargo, también participan en el contexto institucionalizado razones de segundo orden, como las razones excluyentes, a partir de las cuales se ofrecen razones a los agentes para desplegar sus acciones, esgrimiendo una razón para abstenerse de evaluar el mérito de otras razones. El balance acá no resulta operativo, porque la razón excluyente precisamente desplaza la pertinencia de toda consideración que pudiere superar a la razón para desarrollar la acción. Un razonamiento exclusionario exige desplazar las razones contradictorias a la razón de segundo orden. De ahí que «[e]n tales conflictos prevalece siempre la razón excluyente»³⁰.

En este sentido, piensa RAZ, la identidad de las normas de mandatos debiere ajustarse a razones de segundo orden. Las reglas jurídicas constituyen razones excluyentes para la acción de sus destinatarios³¹. Por ende, la regla contractual que prescribe el efecto vinculante también responde a esta imagen, brindando una razón para cumplir lo pactado y que excluye otras posibles razones que transitan en la dirección opuesta. Si esto fuere así, es posible descartar el debate en torno a la razonabilidad normativa o la conveniencia práctica de seguir la regla contractual que establece la fuerza obligatoria, porque dicha regla jurídica nos entrega dos razones de diferente especie. De un lado, una razón de primer orden, que insta a los contratantes a cumplir sus acuerdos del mismo modo en que ocurre respecto a la legislación y, de otro, una razón de segundo orden, en virtud de la cual se ofrece una razón para abstenerse de evaluar la corrección de la razón que obliga a cumplir el contrato, impidiendo ponderar su mérito frente a razones contradictorias, tal como aquellas consideraciones relativas u orientadas al incumplimiento del vínculo contractual. De este modo operaría el razonamiento práctico de los sujetos del derecho; a saber, excluyendo la pertinencia de ciertas razones y aceptando la clausura de consideraciones válidas que supone el carácter autoritario del fenómeno jurídico.

El carácter excluyente de la regla jurídica que consagra la fuerza obligatoria del contrato se encuentra reforzada, como se verá en capítulos posteriores, por su carácter formal³². La

²⁹ RAZ, 1991: 51.

³⁰ RAZ, 1991: 52.

³¹ RAZ, 1991: 39-54.

³² La imagen de la regla que impone el *pacta sunt servanda* en el derecho contractual como razón de forma se presenta y sus repercusiones son evaluadas en el marco de los capítulos II y IV.

observación célebremente formulada por P. S. ATIYAH acerca del lugar que ocupan las razones de forma y de sustancia en el derecho de contratos, reafirma el carácter de esa regla jurídica contractual como razón de segundo orden y razón de forma³³. Cuando la regla contractual establece que todo contrato legalmente celebrado constituye una ley para los contratantes, exalta la relevancia de formalidades externas para la validez del contrato y la operatividad de su efecto vinculante. El cumplimiento de los requisitos y formalidades legales *es razón de forma* para el valor del contrato y su efecto vinculante. Sobre la base de ese carácter, esta clase de razones excluye la pertinencia o consideración de cuestiones de fondo o de sustancia. Los jueces, en particular, atienden las razones de forma sin necesariamente examinar las razones sustantivas a favor o en contra de lo formalmente establecido. Por ello, al imponer el efecto vinculante del contrato a los contratantes, el juez no hace sino observar la razón de forma que provee la regla jurídica que consagra la fuerza obligatoria y, a partir de ello, evita tener que considerar las razones de sustancia que abogan por la vigencia del *pacta sunt servanda*, o bien por su reevaluación crítica.

Sin embargo, esta primera alternativa de tematización puede considerarse como insuficiente para detener la reflexión filosófica acerca de la fundamentación del efecto vinculante de la relación contractual. Desde esta mirada, la explicación que reduce la fuerza obligatoria del contrato a la presencia de una regla jurídica en el derecho contractual, que dispone el efecto vinculante de lo estipulado por las partes, no da cuenta de un debate situado en un segundo orden de cosas. Este no versa sobre la existencia o no de la regla contractual, sino que importa una cuestión sustantiva acerca de la justificación de tal regla jurídica en los sistemas de derecho privado. La segunda alternativa de análisis, por ende, no descansa en afirmar que la regla que consagra el *pacta sunt servanda* constituye una razón excluyente para asegurar el cumplimiento del pacto de los contratantes, y que no corresponde la evaluación de su mérito o justificación normativa. Por el contrario, estima que más allá de la existencia de esa regla jurídica contractual, es indispensable reflexionar filosóficamente acerca de su fundamentación. A partir de esto, la discusión se sitúa efectivamente en el marco del problema sobre la justificación de la obligatoriedad del contrato.

³³ ATIYAH, 1986b: 93-120.

Desde este punto de vista, resulta menester presentar y evaluar de manera crítica los criterios normativos y argumentos conforme con los cuales se legitima la existencia de una regla jurídica contractual, prescrita en los términos de la regla que contempla el grueso de los sistemas jurídicos privados continentales³⁴. Como fue indicado, el primer objetivo que inspira esta investigación radica en determinar cuál es el fundamento normativo de la obligatoriedad del contrato. En ese sentido, el interrogante no busca poner a prueba la existencia de la fuerza obligatoria del contrato, o releer sus alcances y repercusiones en los deberes y obligaciones de las partes contratantes. Tales asuntos son relativos a un primer orden de consideraciones y han sido cuidadosamente revisados gracias a los estudios de dogmática civil. El desafío que conlleva el primer propósito de la investigación es más bien uno de segundo orden. El objetivo es reflexionar críticamente sobre las distintas vías en que es posible justificar la existencia de la regla contractual que consagra el efecto obligatorio del contrato y, con posterioridad, evaluar la pertinencia de tales consideraciones bajo el aparentemente *nuevo* derecho de contratos en que parecen haber perdido fuerza ciertos parámetros normativos asentados en los estudios tradicionales de derecho contractual. En la próxima sección se presentarán las estrategias de mayor influencia para dar cuenta del problema sobre la fundamentación de la obligatoriedad de la relación contractual³⁵.

2. ESQUEMAS DE COMPRESIÓN

El problema de la fuerza obligatoria del contrato no consiste, entonces, en interpretar formalmente los términos de la regla contractual vigente en nuestra legislación, concluyendo que los contratantes están obligados a observar los términos estipulados en el contrato *porque* existe una determinada regla jurídica que así lo establece en la legislación. Su aspiración es examinar las aproximaciones teóricas de acuerdo con las cuales se puede tematizar la pertinencia de la regla en un sistema jurídico privado. Esto último, como es evidente, tiene su encaje más natural en esquemas de derecho codificado forjados dentro de la tradición

³⁴ En los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, se establece en su artículo 6. *Fuerza obligatoria del contrato*, que «Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes».

³⁵ Brian BIX ha sugerido que el estudio de las prácticas del derecho contractual moderno versa sobre cuestiones de legitimación y preocupaciones sobre nuestras obligaciones morales de mantener la vigencia del contrato, así como dar cuenta de las distintas formas en que el gobierno debiere regular las prácticas contractuales. Al respecto, véase BIX, 2012: 128-146.

jurídica continental. Pero no es una cuestión circunscrita *solo* a su lógica. Prueba de ello es que la mayor parte de los recientes estudios en filosofía del derecho de contratos que han examinado la fundamentación del efecto vinculante de la relación contractual provienen del *common law*³⁶. No es necesario que exista en concreto una regla jurídica que establezca la obligatoriedad del contrato para analizar filosóficamente cuáles pudieren ser sus fundamentos. Por lo demás, esta consideración refuerza la adjudicación a favor de la segunda alternativa de tematización, que insiste reflexionar sobre el fundamento del *pacta sunt servada* más allá de que exista una regla jurídica que lo consagra.

Las aproximaciones que son parte de esta segunda alternativa, y que es la suscrita en esta empresa, pueden reconducirse a dos grupos de consideraciones:

- (i) Esquemas morales.
- (ii) Esquemas no-morales.

En el contexto contemporáneo de (i) es posible encontrar, al menos, las estrategias utilitaristas, neo-aristotélicas, las recientes reconstrucciones de la justicia correctiva, apuestas por la justicia distributiva y aquellas asociadas a la relevancia de la autonomía de la voluntad y las promesas morales efectuadas por los contratantes. Estas dos últimas alternativas, por su relevancia en la discusión contemporánea, tendrán un análisis en particular³⁷. El lugar común de estos esquemas es compartir la tesis según la cual la justificación de la fuerza obligatoria del vínculo contractual, necesariamente debe establecerse a partir de observaciones evaluativas y no meramente descriptivas. No basta con explicar que los contratos obligan a quienes los generan gracias a la potestad normativa privada con que cuentan dada la presencia de una regla jurídica contemplada en el orden jurídico. Resulta crucial, por el contrario, justificar por qué es valorativamente deseable la vigencia del efecto vinculante del contrato en las prácticas contractuales y que sus términos sean entendidos de la manera que usualmente lo son, esto es, de forma incondicionada. La justificación requiere de un lenguaje moral y razones normativas porque apela a la aceptabilidad de tales criterios. Entonces, la discrepancia de tales modelos de comprensión se expresa en el contenido e identificación de

³⁶ Véase, por ejemplo, CARTWRIGHT, 2019.

³⁷ Tal análisis cubrirá parte de este capítulo y será retomado en el capítulo III, en el cual se formulará la propuesta de fundamentación del efecto vinculante del contrato en consonancia a las aparentes modificaciones que ha sufrido la contratación.

los criterios de corrección moral que cada uno emplea en su articulación. Si bien el diagnóstico es común –el problema de la obligatoriedad del contrato constituye un problema normativo que atiende a criterios morales– la discrepancia se decanta en las conclusiones contrapuestas a las cuales arriban. No hay solo un valor moral en juego al momento de fundamentar el efecto vinculante del contrato.

En cambio, las propuestas que conforman la serie de (ii) se distancian de las tesis morales en el punto central en discusión, esto es, aceptar la necesidad de adoptar la regla contractual bajo consideraciones morales. Su propuesta radica en desvincular la obligatoriedad del contrato de criterios evaluativos. En efecto, según este modo de ver, sería posible *explicar* por qué los contratantes están obligados a efectuar lo establecido en el vínculo contractual, sin necesidad de acudir a un parámetro moral que *justifique* tal obligación. Para ello, es posible recurrir a los planteamientos de la teoría imperativa del derecho que sitúa la regla que consagra el *pacta sunt servanda* como un deseo del soberano junto a los hábitos de obediencia de sus súbditos. También resultan pertinentes los criterios lógico-jurídicos asociados a las condiciones de imputabilidad de consecuencias jurídicas, a partir de la verificación de supuestos factuales como condición de operatividad de reglas jurídicas, entendiendo que la celebración de un contrato constituye el hecho operativo. De igual modo, reclaman nuestra atención el esquema de interpretación realista del derecho, así como las alegaciones económicas de eficiencia, que incluso pueden quebrar el cumplimiento incondicionado de la relación contractual.

Nuevamente, estas tesis coinciden en el rechazo al carácter moral que identifica el elenco de (i), pero problematizan de manera distinta sobre cómo hacer frente a la fuerza obligatoria derivada de la regla contractual. No se trata de aproximaciones que necesariamente se apartan del efecto obligatorio del contrato. Su rasgo compartido es no recurrir a consideraciones normativas para justificar la obligatoriedad del contrato, persiguiendo describir ese efecto y sus alcances en el comportamiento de los contratantes. Como se verá, solo en el caso del análisis económico del derecho se plantea, en verdad, un cuestionamiento a la fuerza obligatoria del vínculo contractual. O, al menos, a la forma incondicionada en que esta es comprendida por los estudios dogmáticos en derecho civil.

2.1 Esquemas Morales

2.1.1 Utilitarismo

El utilitarismo constituye una posición en filosofía moral asociada a los planteamientos de Jeremy BENTHAM y John Stuart MILL sostenidos entre los siglos XVIII y XIX. El utilitarismo, según lo entiende MILL, acepta como fundamento de la moralidad el criterio de la utilidad o principio de la mayor felicidad. De modo que «[...] las acciones son correctas (*right*) en la medida en que tienden a promover la felicidad, incorrectas (*wrong*) en cuanto tienden a producir lo contrario a la felicidad»³⁸. Mientras que la felicidad está asociada a la presencia de placer y ausencia de dolor, la infelicidad consiste en el dolor e inexistencia de placer.

El utilitarismo milliano formuló ciertos correctivos a algunos puntos de la propuesta benthamita, que fueron objeto de severas objeciones en el desarrollo de la historia de la filosofía moral³⁹. Por una parte, al erigir la felicidad como criterio de corrección normativa para evaluar a nuestras acciones, no se alude a la felicidad del propio agente moral cuyo comportamiento se juzga, sino que la preocupación se concentra en la felicidad general, es decir, de promover el placer y la evitación del dolor del conjunto de la comunidad. Por otra parte, a diferencia de las doctrinas epicúreas, el enfoque utilitarista de MILL esgrime un criterio cualitativo de los placeres, desplazando el mero criterio cuantitativo para adjudicar la corrección de una conducta. No solo importa la cantidad de los placeres que la acción reporte a los seres humanos. El acento de la evaluación moral se sitúa en la calidad de estos placeres. En particular, tal como lo indica el autor de *El Utilitarismo*, los utilitaristas, «[...] han basado la superioridad de los placeres mentales sobre los corporales»⁴⁰. Es decir, la disputa entre bienes o placeres contrapuestos cede a favor de la sustancia en desmedro de la mayor cuantificación que puedan llegar a disfrutar el grupo genérico de agentes.

Desde la propuesta utilitarista, la justicia se conecta con la utilidad. La conducta calificada como útil a la sociedad debe considerarse, por dicha estimación, como justa. Después de todo, el principio de utilidad es un criterio de corrección moral para esta doctrina acerca de la ética normativa. Sobre la pertinencia de evaluar normativamente la fuerza vinculante de

³⁸ MILL, 2007: 49-50. Énfasis del original.

³⁹ MACINTYRE, 1976: 227-235.

⁴⁰ MILL, 2007: 51.

los acuerdos, se afirma que «[...] resulta injusto tal como se confiesa abiertamente, *faltar a la palabra dada* a alguien: violar un compromiso ya explícito o implícito, no satisfacer las expectativas creadas por nuestra propia conducta, al menos si nosotros hemos creado esas expectativas consciente y voluntariamente»⁴¹. Lo justo se determina por su consistencia con la utilidad social. Existen conductas que contribuyen al bienestar social y comportamientos que defraudan las expectativas sociales de felicidad.

De ahí que el cumplimiento de los contratos sería correcto, porque contribuye a aumentar la felicidad general y, por su parte, el incumplimiento de la relación contractual se evalúa como incorrecto ya que no le reporta utilidad alguna a la humanidad. Pocas cosas provocan más dolor a los seres humanos que fracturar la confianza que ellos han depositado en otros agentes. Esta vulneración a las expectativas «[...] constituye la principal malicia de dos actos en gran medida inmorales como lo son el defraudar al amigo o el incumplir una promesa»⁴². Transgredir nuestros pactos solo genera desconfianza a la comunidad respecto de la práctica contractual, resultando una conducta incorrecta por carecer de utilidad social⁴³.

John RAWLS para distinguir entre la justificación de la práctica y la justificación de la acción que recae dentro de aquella, examinó la aparente incompatibilidad explicativa entre las posiciones utilitaristas y retributivas sobre la justificación moral del castigo, así como respecto de la obligación de cumplir las promesas⁴⁴. De manera preliminar, utilitarismo y retribucionismo ofrecen argumentaciones contradictorias sobre la fuerza obligatoria de las promesas. Justificar su obligatoriedad en relación con las futuras consecuencias beneficiosas que acarrea el cumplimiento, es opuesto a legitimar su vinculación mirando hacia el pasado, sugiriendo que quien promete debe cumplir lo pactado porque antes se comprometió a hacerlo. Mientras que el primer modelo mira al porvenir el segundo lo hace hacia el pasado. No podría fundarse el efecto obligatorio del contrato, entonces, por *ambas* clases de justificaciones, debiendo resolverse esta aparente incompatibilidad a favor de una de ellas.

Su distinción lógica entre ámbitos de justificación permite disolver la anterior dicotomía explicativa. Al diferenciar entre la justificación de la práctica y la justificación de la acción

⁴¹ MILL, 2007: 110. Énfasis del original.

⁴² MILL, 2007: 133.

⁴³ Desde luego, esta presentación de la doctrina utilitarista podría ponerse a prueba a la luz de la distinción entre el utilitarismo de reglas y utilitarismo de actos. Al respecto, véase SMART, 1974: 248-265.

⁴⁴ RAWLS, 1974: 210-211.

que recae dentro de la práctica, puede compatibilizarse el consecuencialismo y el retribucionismo. RAWLS sitúa la justificación utilitarista en la práctica contractual definida por el legislador al dictar la regla jurídica que consagra la fuerza vinculante del contrato y, a su vez, ubica la aproximación retributiva en la justificación de la aplicación de la regla contractual, desplegada por el juez al momento de forzar a un contratante a cumplir la promesa que antes ha formulado a favor del otro, toda vez que efectivamente se comprometió a observarla. Si los ámbitos de competencia legislativa y judicial son distintos, también responden a justificaciones diferenciadas. Dicha demarcación se proyecta tanto sobre la justificación del castigo como sobre la obligatoriedad de las promesas, en la medida en que el punto de vista consecuencialista será pertinente al momento de establecer la regla contractual y, en tanto, la sensibilidad retributiva tendrá vigencia cuando es efectuada la acción de aplicar dicha regla bajo el marco de la práctica contractual.

RAWLS nos indica que el principio utilitarista afirma que «[...] cuando alguien hace una promesa, el único fundamento por el que ha de cumplirla, si la ha de cumplir, es que ajustándose a ella cooperará al mejor bien de todos»⁴⁵. De ahí que podría objetarse que existe una tensión en la propuesta utilitarista sobre la obligatoriedad de las promesas, dado que gracias a la observancia de la promesa de *un* agente particular se obtendrían las mejores consecuencias para *todos*. Perfectamente, el promitente en cuestión podría cuestionar los postulados de esta doctrina, y considerar que incumplir su promesa no necesariamente provoca consecuencias indeseadas para la comunidad en general. No obstante, la distinción entre justificar una práctica y una acción verificada en su interior diluye la fuerza de esta eventual objeción. Es posible apelar al principio utilitarista para justificar la práctica de las promesas y los contratos, sin que por ello el contratante pueda emplear con libertad argumentaciones de corte consecuencialista para decidir si cumple o bien incumple una promesa. Estar situado bajo la práctica contractual impide que el agente pueda evaluar la corrección de la conexión entre cumplimiento, justicia y utilidad social. Más bien, «[...] *el promitente está obligado porque prometió*; no depende de él juzgar el caso según lo merezca»⁴⁶.

⁴⁵ RAWLS, 1974: 223.

⁴⁶ RAWLS, 1974: 227. Énfasis del original. Queda patente de este modo el enfoque hacia el pasado de la justificación retributiva, a diferencia de la mira hacia el porvenir de prisma utilitario.

2.1.2 Neo-aristotelismo

La generosa herencia intelectual del Estagirita se refleja con propiedad en la justificación de la fuerza obligatoria del contrato. Sabemos que observar un vínculo contractual es justo, en la medida en que aquello se entiende como un acto virtuoso. La ética aristotélica constituye una postura teleológica que asocia lo bueno con el ejercicio constante de una virtud en sus distintas prácticas. La justicia constituye la virtud de mayor relevancia en el catálogo de virtudes, en efecto, «[e]s la virtud en el más cabal sentido, porque es la práctica de la virtud perfecta, y es perfecta, porque el que la posee puede hacer uso de la virtud con los otros y no sólo consigo mismo»⁴⁷. Aquel contratante que en sus relaciones contractuales observa lo que voluntariamente ha pactado, despliega una vida buena porque ejerce una virtud que es la justicia y así encaminará su actuar hacia la felicidad, admitida como el bien más excelso al cual la vida humana puede aspirar. El problema en ARISTÓTELES no radica en determinar si un agente debe o no cumplir un contrato que celebra, pues de su carácter virtuoso se sigue su necesidad, sino que lo relevante es determinar a qué tipo de exigencias de justicia responde la fuerza obligatoria del vínculo contractual.

Al respecto, la distinción central sobre la justicia establecida por ARISTÓTELES diferencia entre justicia conmutativa y justicia distributiva. Esta última se encuentra asociada a una distribución de los bienes y las cargas desde un contexto de subordinación, entre el todo y las partes, en cuya virtud lo justo se vincula a una proporción que es geométrica. La proporción se articula en base a una igualdad de razones respecto de cuatro términos y tal proporción es justa. De forma geométrica, el todo se encuentra, respecto al todo, bajo la misma relación que cada parte respecto de cada parte. Según ARISTÓTELES, «[l]o justo, entonces, es la proporción, y lo injusto lo que va contra la proporción»⁴⁸.

En cambio, la justicia conmutativa es aquella especie de justicia que «[...] tiene lugar en los tratos mutuos, tanto voluntarios como involuntarios»⁴⁹. Bajo el gobierno de la justicia correctiva, hablamos de relaciones entre individuos que se encuentran en una posición de

⁴⁷ ARISTÓTELES, 1985: 239.

⁴⁸ ARISTÓTELES, 1985: 245.

⁴⁹ ARISTÓTELES, 1985: 245.

coordinación o mutua reciprocidad. De ahí que la justicia conmutativa no se ajusta a exigencias geométricas de proporción, sino a una igualdad entre los particulares. De manera que «[...] lo justo es, sin duda, una igualdad y lo injusto una desigualdad»⁵⁰. Pero este esquema de justicia responde a una proporción aritmética. Como es posible observar, para el contexto de la contratación, la obligatoriedad del cumplimiento de los pactos entre particulares se ajusta a los criterios de la justicia conmutativa.

En los intercambios voluntarios cobran especial relevancia las nociones de ganancia y pérdida, porque los negociantes se sitúan bajo una relación de equilibrio, propia de la aspiración germinal del derecho de los contratos, y todo posible daño provocado por un negociante a su contratante implica una ganancia ilegítima al primero y, a su vez, una pérdida injusta al segundo. Si hablamos de un incumplimiento contractual, el contratante negligente reportará una ganancia y su víctima contractual sufrirá una pérdida relativa al daño que la transgresión del pacto le haya generado. De modo que, en tal situación, el restablecimiento de la justicia le compete al juez, pudiendo únicamente lograrse devolviendo el monto que identifica la ganancia y la pérdida, a quien lo ha perdido, alterando el equilibrio original del intercambio. Su actividad aspirará a recomponer el término medio entre la ganancia y la pérdida, pues la justicia constituye un término medio entre lo más y lo menos. En el marco contractual, el comportamiento diligente del contratante que cumple es virtuoso, ya que ratifica la igualdad en el cambio voluntario y, por su parte, quien incumple un contrato defrauda la virtud más excelsa, esto es, la justicia en su esfera correctiva que rige la vida contractual. Gracias al juez se rectifica el sobrevenido desequilibrio, en la medida en que habrá justicia cuando «[...] dos partes no tienen ni más ni menos sino lo mismo que tenían [...]», su relación será nuevamente justa porque los contratantes «[...] tienen lo que pertenece a cada uno y que ni pierden ni ganan»⁵¹.

Los planteamientos aristotélicos informaron sustantivamente la filosofía del Aquinate. TOMÁS DE AQUINO recepcionó la distinción entre ambos tipos de justicia y también identificó la justicia conmutativa –ahora también entendida como correctiva– en términos de aquella que tiene lugar en los intercambios privados. La relación de igualdad se garantiza pues «[...] cuando uno tiene más de lo que le corresponde, y ese exceso pertenece al otro, tenga que

⁵⁰ ARISTÓTELES, 1985: 245.

⁵¹ ARISTÓTELES, 1985: 247.

restituirlo a su dueño»⁵². La proporción se genera respecto al objeto de que se trata, de modo que, si al principio ambos contratantes tenían diez y como resultado de la conmutación uno queda con nueve y el otro con once, las exigencias de la justicia reclaman que el segundo debe dar uno al primero para que vuelva a tener vigencia el punto medio, situación que ocurrirá una vez que ambas partes tengan diez.

A diferencia de ARISTÓTELES, TOMÁS conecta conceptualmente las buenas acciones con el origen divino de las fuentes de normatividad. Es decir, tanto las reglas morales como las jurídicas se justifican, en última instancia, por su derivación racional de leyes cuya fuente suprema radica en Dios. Las reglas jurídicas constituyen pautas de corrección moral, porque conducen a los agentes hacia el bien y, por ende, a alcanzar la contemplación de Dios. Actuar correctamente es comportarse según las normas que guían a la criatura racional hacia su Creador. Por consiguiente, una acción contraria a la razón divina es perjudicial porque distancia a la criatura del encuentro con Dios. La filosofía tomista centra la infracción a las normas de comportamiento en el castigo, procurando corregir la conducta de sus destinatarios. Esta noción genérica de castigo tiene proyección incluso en los intercambios a partir de los cuales ambos contratantes dan y reciben algo. De allí que una regla contractual que consagra el efecto obligatorio del vínculo contractual se justifica en satisfacer las aspiraciones que la justicia correctiva interpela a todo el escenario de los intercambios privados. Desde TOMÁS, la regla contractual que consagra la fuerza vinculante de la relación contractual constituye una regla moral de equidad. Luego, se exige que «[...] si a alguno se le quita algo, se le recompense dándose lo mismo»⁵³. Solo de esa forma se reconstruye la igualdad inicial y así tiene sentido hablar de justicia conmutativa en el orden contractual.

Un aspecto de significativo interés radica en analizar qué ocurriría si no existiere la regla contractual que establece la fuerza obligatoria del contrato. En el contexto de la tipología de leyes del Aquinate, conviene detenerse en las relaciones existentes entre la ley natural y la ley humana. Tales relaciones se traducen en dos: derivación y concordancia. La ley humana para tener fuerza de ley debe derivar de la ley natural, ya sea por conclusión mediante un razonamiento silogístico, o bien por determinación. Esta última modalidad supone que junto a la derivación deductiva existen zonas de arbitrariedad para el gobernante que formula la

⁵² TOMÁS III, II-II (a), 2001: 148.

⁵³ TOMÁS III, II-II (a), 2001: 152.

ley humana. Dichas zonas no son relevantes toda vez que resultan indiferentes para la recta razón divina. Asimismo, la ley humana debe concordar con la ley natural. A partir del axioma agustiniano según el cual «[...] *la ley que no es justa no parece que sea ley*», TOMÁS entiende que ley humana que transgrede la justicia, no constituye ley sino una corrupción de ley⁵⁴.

La justicia se sigue de su equivalencia con la rectitud normativa, de manera de reducir el problema de la existencia de la regla en su contenido. Una norma humana válidamente promulgada, carece de fuerza de ley si su contenido no se ajusta a los principios de la ley natural. Como es sabido, el primer principio de la ley natural exige a la criatura hacer el bien y evitar el mal. Si cumplir los contratos pactados importa una acción justa al satisfacer la igualdad, transgredir el vínculo contractual conlleva una acción injusta que rompe dicha igualdad. Desde estas consideraciones, no podría no existir una regla jurídica que consagre el efecto obligatorio del contrato, porque su existencia como regla jurídica válida se resuelve en exigencias de justicia en las conmutaciones entre las personas⁵⁵. Cuando esta existe, naturalmente, refuerza la demanda de la ley natural de hacer el bien para los contratantes, instando a cumplir las estipulaciones por ellos acordadas.

En el escenario contemporáneo de la filosofía del derecho privado, James GORDLEY ha reconstruido los fundamentos de esta esfera de lo jurídico a la luz de la tradición aristotélica que pretende implementar en las preocupaciones centrales de la filosofía del derecho privado; a saber, propiedad, daños, contratos y enriquecimiento injustificado⁵⁶. El punto central radica en sostener que existe una vida distintivamente humana que las capacidades y habilidades contribuyen a desplegar⁵⁷. De modo que todas las acciones que un agente efectúe constituyen medios para alcanzar dicha vida, siendo razonables aquellas acciones que contribuyen a alcanzar tal vida humana y, a su vez, deficientes en razón aquellas que dificultan la obtención de ese estado virtuoso de cosas. Los seres humanos, a diferencia de los animales, cuentan con la habilidad de la prudencia para lograr identificar el tipo de conductas que se encuentran conformes a este plan de vida, así como rechazar los comportamientos que la defrauden. Esta

⁵⁴ TOMÁS II, I-II, 2001: 742. Énfasis del original.

⁵⁵ La influencia del pensamiento tomista en la comprensión de los asuntos contractuales puede encontrarse explícitamente desarrollada en DE MERCADO, 1975: 109-119; 155-184.

⁵⁶ Una posición de unidad asociada a la expectativa de formular un tratamiento relativamente uniforme a las distintas reglas jurídicas contractuales, reconociéndolas a partir de sus exigencias de moralidad en una gran teoría contractual, también ha sido sugerida en BIX, 2008: 194-211.

⁵⁷ GORDLEY, 2006a: 7.

capacidad nos permite comprender lo que somos y, además, determinar con propiedad cuál decisión es razonable efectuar y cuál se presenta como no razonable de adoptar. Si bien las circunstancias particulares son relevantes, en la práctica, los seres humanos cuentan con esa facultad para discernir entre cursos de acción mejores que otros cursos de acción alternativos. No obstante lo anterior, la vida buena no se conforma con el ejercicio de virtudes personales como la prudencia, templanza y valentía, «[...] porque la vida humana es social, y una persona no solo debe querer estas cosas para sí mismo, ya que también quiere ayudar a otros a adquirirlas»⁵⁸. En este sentido, resulta necesario recuperar la distinción entre justicia distributiva y conmutativa. Mientras el propósito de la primera radica en asegurar que cada persona tenga los recursos que requiere, la finalidad de la justicia conmutativa se expresa en la medida en que el agente pueda obtener los recursos sin disminuir de forma injusta la capacidad de los demás a obtenerla. Piensa GORDLEY que el programa del neo-aristotelismo se devela en términos de entrelazar el sentido plausible en que ambos sentidos de la justicia fueron formulados por ARISTÓTELES.

De ahí que se considere «[...] bueno conservar parte de los recursos de cada persona porque es bueno que cada persona tenga lo que necesita para vivir como debe hacerlo. Uno puede hablar de cómo una persona debe vivir porque hay una vida propiamente humana de ser vivida y además una capacidad distintivamente humana de comprender y elegir lo que contribuye a una vida así»⁵⁹. A diferencia de la interpretación estándar de la taxonomía aristotélica, su comprensión contemporánea recalca la posibilidad de conciliar ambas identidades de la justicia, admitiendo que se trata de una virtud social expresada bajo dos dimensiones, de igual modo conducentes hacia la vida genuinamente humana. Evitar el divorcio de ambas exigencias de la justicia conlleva un desafío necesario de afrontar para la teoría del derecho privado, en atención a las consecuencias que se producirían en el examen de las reglas sobre contratos, responsabilidad extracontractual y enriquecimiento injustificado.

En particular, estas observaciones se ubican en dos dimensiones distintas de análisis. Por una parte, clarifican que al momento de definir las reglas jurídicas sobre aquellas tres

⁵⁸ GORDLEY, 2006a: 8.

⁵⁹ GORDLEY, 2006a: 8.

preocupaciones no se pueden soslayar las exigencias de justicia distributiva, es decir, descuidando el efecto que las normas pueden tener en la distribución de los recursos entre los agentes. Y, en el ámbito contractual, dicho parámetro normativo procura que en los intercambios voluntarios nadie se enriquezca a expensas del otro⁶⁰. Si existe un daño que reparar en materia contractual, este se manifiesta en que el contratante que ha incumplido su pacto, se enriquece a expensas del negociante diligente. Si ha mediado tal infracción, quien se ha enriquecido a partir del intercambio debe restituir aquello que refleja el daño contractual. Por otra parte, la preocupación por la justicia conmutativa, en los intercambios entre particulares no puede estimarse como dissociada de las consideraciones relativas a la justicia distributiva. Esta última clase de justicia erróneamente se ha considerado que no pertenece al derecho privado y es patrimonio exclusivo del derecho público. Mas, si aquello fuere así, piensa GORDLEY, «[...] tendríamos que preguntarnos por qué debería importar, en el derecho privado, si una persona se enriquece al privar a otro de sus recursos»⁶¹.

Los criterios de distribución de recursos no pueden asociarse a la mera arbitrariedad y, en tal sentido, un agente tiene los recursos que posee porque existe un sistema para efectuar la distribución de los recursos vigentes en la sociedad. La cuestión se resuelve no solo en términos de equidad sino también de pragmatismo, ya que cuando un contratante priva a otro de aquello que le corresponde, desestima la razón en virtud de la cual el contratante lesionado ha adquirido aquello de lo que se le priva. Proviene del sentido común conciliar la justificación de la obligatoriedad de la regla contractual con elementos de ambas especies de justicia, puesto que la generalidad de las personas admite que los recursos externos pueden ayudar a vivir una vida mejor y, a su vez, la misma generalidad considera que puede poseer una parte más o menos equitativa de los recursos⁶². Si la distribución de los recursos se aleja de un esquema ideal, la legislación es apta para proteger los derechos de las personas a sus propios recursos, alcanzando un ideal de vida aristotélico sin que la redistribución de las riquezas deba efectuarse, *ex ante*, por los particulares⁶³.

⁶⁰ GORDLEY, 2006a: 12.

⁶¹ GORDLEY, 2006a: 13.

⁶² GORDLEY, 2006a: 14.

⁶³ Para una reconstrucción intelectual sobre los fundamentos filosóficos de la doctrina moderna del contrato, véase GORDLEY, 1991. Ahí se indican con claridad las profundas fisuras existentes entre la tradición del derecho natural y las reformulaciones que sufrió la reflexión sobre el contrato durante el siglo XIX, junto a la influencia del liberalismo en el derecho de los contratos.

2.1.3 Bajo el alero de la justicia correctiva

La contemporánea filosofía del derecho privado ha presenciado un resurgimiento de los cánones de la justicia correctiva bajo la aspiración de erigirse como *el* valor al cual debe ajustarse y *el* objetivo que no puede dejar de perseguir sin dejar de ser derecho privado. Buena parte de este trabajo, como lo veremos en la última sección de este capítulo, ha sido realizada por Ernest J. WEINRIB. Pese a que los estudios de WEINRIB no buscan revitalizar la tradición aristotélica, como ocurre explícitamente en el caso de GORDLEY, estos capturan el lugar de privilegio de la justicia correctiva en las transacciones entre particulares. Influidos sustancialmente por las lecturas de KANT y algo de HEGEL, WEINRIB articula una lectura de la justicia correctiva bajo coordenadas formales que la termina equiparando al derecho privado. Una cuestión de derecho privado es, en sus términos, una cuestión de justicia correctiva.

Para WEINRIB el contraste central entre el derecho privado y el derecho público dice relación con los modos de interacción que ambos establecen entre las partes. Solo en el derecho privado los participantes están directamente relacionados, conformando un esquema de derechos y deberes correlativos, y que cuenta con un aparato conceptual e institucional de adjudicación que resguarda su vigencia. La racionalidad que subyace a la relación directa entre las partes del derecho privado se expresa adecuadamente en términos de justicia correctiva. Entonces, al centrarse en el contrato las cosas no deberían cambiar mayormente respecto de las restantes áreas del fenómeno jurídico privado. Muy por el contrario, el derecho de contratos es una de las parcelas del derecho privado donde los criterios y exigencias de la idea de justicia correctiva cobran mayor significado y pertinencia explicativa.

La estructura bipolar de la relación entre los contratantes es puesta de manifiesto en el sistema de remedios que tienen las partes para hacer valer sus intereses contractuales. La interacción entre demandante y demandado, o bien entre acreedor y deudor, es cubierta por la lógica de la justicia correctiva. De acuerdo con WEINRIB, «[...] la justicia correctiva ilumina la estructura del razonamiento jurídico para trabajar de nuevo con el contenido del derecho

privado desde la adjudicación y las funciones reparadoras de la responsabilidad»⁶⁴. La adjudicación involucra el derecho de un demandante en particular contra un demandado en concreto y, si el primero tiene éxito en su pretensión, el segundo deberá repararlo mediante el cumplimiento de la obligación contractual o a través del pago de una indemnización por daños y perjuicios. Frente al derecho de una parte existe correlativamente una obligación de la otra, promoviendo una interacción directa entre los contratantes mediante una estructura de remedios y un mecanismo de adjudicación sensible a esta clase de relación.

De acuerdo con lo anterior, el problema de la obligatoriedad del contrato debe tratarse a partir de la justicia correctiva. Sus estándares cubren satisfactoriamente la lógica de la relación que vincula a los contratantes. No obstante, ¿qué hay detrás de afirmar que el contrato es obligatorio en atención al valor de la justicia correctiva? La justicia correctiva vela por una igualdad entre los contratantes. Existe un equilibrio entre los participantes de la práctica contractual en sus posiciones correlativas. De modo tal que el cumplimiento de la prestación debida resguarda la igualdad en que se encuentran las partes y, por su parte, la infracción de lo pactado atenta contra este equilibrio, debiendo recurrir a los remedios contractuales para restaurar la situación inicial de correlatividad y simetría. En un sentido fuerte, incumplir el vínculo contractual es desafiar la relación de igualdad y estructura correlacional que caracteriza el ámbito contractual y, bajo la perspectiva de WEINRIB, es decisiva para el derecho privado.

Este compromiso conceptual entre justicia correctiva e igualdad, que ya estaba en la versión aristotélica, es reforzado en WEINRIB mediante el razonamiento jurídico que va envuelto en las controversias de derecho privado, así como por las instituciones encargadas de la adjudicación. Su forma de justificación radica en la estructura interna entre las dos partes involucradas, demandante y demandado, situadas en este plano de igualdad y correlatividad de derechos y deberes. Así, las razones para dar cuenta por qué es deseable que los contratantes observen sus estipulaciones contractuales, deben necesariamente buscarse al interior de la práctica contractual, en que la interacción directa entre los participantes se rige por la justicia correctiva, igualdad y correlatividad. La justificación de la fuerza obligatoria del contrato es, como todo asunto de derecho privado, una cuestión interna e inmanente a

⁶⁴ WEINRIB, 2012: 3.

esta estructura bipolar. Como WEINRIB explica, «[u]n enfoque de la justicia correctiva toma las ambiciones de justificación de esta práctica seriamente, centrándose en la dimensión normativa interna del derecho»⁶⁵.

Por supuesto, la igualdad que propone WEINRIB está articulada a partir del formalismo jurídico que él defiende y la extrae del modelo aristotélico de la justicia correctiva⁶⁶. La igualdad de la justicia correctiva prescinde de consideraciones subjetivas como la posición social o el carácter moral de las personas, además, trata a las partes de la transacción como iguales y, por último, únicamente se centra en la relación inmediata entre quien causa el daño y quien lo padece⁶⁷. Sin embargo, la igualdad no es agotada en ese prisma formal, puesto que también incorpora una dimensión normativa o, si se prefiere, sustantiva. Para ello, introduce aquí el planteamiento kantiano. Una cuestión que quedaba pendiente en el enfoque de esta clase de igualdad que defiende WEINRIB es determinar *respecto de qué* son iguales las partes. El autor echa mano de la formulación de derechos y deberes en KANT en que las personas tienen el derecho y, al mismo tiempo, el deber de interactuar con las demás –según su estatus igual– de modo que puedan coexistir conjuntamente de manera libre y según las leyes de la libertad. Se trata de derechos de agencia de personas que se autodeterminan y la justicia correctiva conjuga los arbitrios de cada uno bajo leyes de libertad. Cuando nos preguntamos de qué son iguales las partes, la respuesta es de derechos agenciales. De allí que, según observa WEINRIB, «[...] la igualdad de la justicia correctiva adquiere su fuerza normativa del derecho kantiano»⁶⁸.

Esto es particularmente interesante a la hora de ocuparse de los fundamentos del derecho privado. La cuestión de la libertad en la teoría jurídica kantiana, como es sabido, ocupa un lugar decisivo en su principio general de derecho. De acuerdo con este, «[u]na acción es *conforme a derecho (Recht)* cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal»⁶⁹. Trasladado el punto al problema de la fundamentación de la obligatoriedad del contrato, habría que añadir consideraciones adicionales a las expresadas anteriormente. Incumplir un contrato supone

⁶⁵ WEINRIB, 2002: 355.

⁶⁶ Para su defensa del formalismo jurídico puede consultarse WEINRIB, 1988: 949-1016.

⁶⁷ WEINRIB, 2017: 113.

⁶⁸ WEINRIB, 2017: 114.

⁶⁹ KANT, 1999: 39. Énfasis del original.

una infracción a la igualdad formal entre los contratantes, pero la justicia correctiva diseñada por WEINRIB sugiere que dicho desequilibrio conlleva vulnerar derechos agenciales del otro contratante. Esta acción no sería conforme a derecho pues no permite la coexistencia del arbitrio de cada contratante con el arbitrio de todos según una ley universal de la libertad. No solo tiene lugar una alteración de la igualdad entre las partes de un contrato –formalmente considerada– cuando una de las partes infringe lo estipulado en el contrato. La cuestión sustantiva ahí involucrada es el atentado contra la agencia libre del otro contratante, imposibilitando que el arbitrio de uno pueda conciliarse con el arbitrio del otro según la legislación universal de la libertad.

Gracias a la incorporación de la filosofía jurídica kantiana, entonces, es posible identificar que el efecto vinculante del contrato descansa en el respeto de los derechos de libertad del otro contratante, lo cual es una condición mínima del ejercicio de cada agencia, de acuerdo con el principio general de derecho. La estructura de la justicia correctiva en WEINRIB presupone la agencia de los contratantes quienes se autodeterminan en virtud de la relación contractual, estableciendo derechos y deberes correlativos sobre la base de un esquema de igualdad. Un elemento que cabe considerar es que la asociación entre el derecho y la libertad es un rasgo distintivo del pensamiento jurídico de KANT. La libertad no es, en rigor, el fundamento del derecho privado, sino del fenómeno jurídico general. Al acudir a su esquema, WEINRIB sugiere que hay una continuidad entre el fundamento del derecho y la fundamentación del derecho privado. La fuerza obligatoria del contrato está fundada en el criterio normativo sobre la base del cual se erige el derecho privado y, aún antes, el derecho general. La libertad y los derechos agenciales de quienes son parte de las relaciones de derecho privado constituyen el pilar que debe resguardar el derecho como condición de posibilidad de la convivencia entre las agencias libres. Como correctamente es advertido por WEINRIB, el argumento kantiano «[...] va desde la agencia como fundamento de derecho al derecho privado como consecuencia de ese fundamento»⁷⁰.

2.1.4 El matiz distributivo

⁷⁰ WEINRIB, 2017: 115.

La justicia distributiva ha tenido, en relación con la justicia correctiva, una fortuna más bien modesta en los estudios sobre teoría contractual. Mientras que su desempeño ha sido acabadamente explorado en preocupaciones del derecho privado como el derecho de daños, son escasas las perspectivas que analicen el rendimiento distributivo de los contratos. Una influyente excepción se encuentra en el clásico trabajo de Anthony T. KRONMAN. Su propuesta tuvo un tono radical: toda comprensión de la voluntariedad de los contratos debe tomar en consideración los criterios de la justicia distributiva. De lo contrario, la noción de voluntariedad carece de sentido, ya que su apelación a la libertad individual es insuficiente para determinar si un contratante ha celebrado voluntariamente un determinado acuerdo. Su valor justificativo depende necesariamente de atender preocupaciones distributivas. De manera tradicional, la teoría de los contratos forjó la justificación de la relación contractual en provenir del consentimiento de los contratantes, pero bajo la mirada de KRONMAN ello no resulta satisfactorio. El derecho de contratos tendría objetivos de justicia distributiva y ello alcanza a los diferentes eslabones de las prácticas jurídicas contractuales.

Por esto, junto a los intereses que tradicionalmente han llamado la atención de los teóricos del derecho contractual, tales como la determinación de qué contratos son legalmente vinculantes, la definición de derechos y deberes en relaciones contractuales formulados de manera ambigua y la definición de las consecuencias que acarrea la violación injustificada del contrato, cabe albergar los asuntos distributivos porque el contrato es un instrumento de justicia distributiva. En sus palabras,

[...] el derecho de contratos también debería ser usado como instrumento de justicia distributiva y que los responsables de la elección o el diseño de las reglas de derecho contractual –tribunales y legisladores– deberían hacerlo con la vista puesta en sus efectos distributivos en un esfuerzo autoconsciente para lograr una división justa de la riqueza entre los miembros de sociedad⁷¹.

Según KRONMAN, es necesario deslindar los actos voluntarios de los actos involuntarios mediante un determinado criterio diferenciador. Para ello, recurre a las maneras de aprovecharse que tiene una parte del contrato respecto de la otra, distinguiendo entre aquellas que son aceptables de las que se estiman como inaceptables. Su sugerencia es adoptar el

⁷¹ KRONMAN, 1980: 472.

principio de paretianismo que brinda ese insumo normativo, y que estaría pendiente en el derecho contractual. Desde estos términos, un acto en particular de aprovechamiento es aceptable, si y solo si, contribuye a mejorar la situación del explotado en el largo plazo, en relación con el estado de cosas en que no está autorizado dicho aprovechamiento. El perjuicio que eventualmente el aprovechamiento pueda ocasionar al explotado en particular, no obsta a que en el largo plazo este obtenga beneficios, legitimando así el aprovechamiento. Esta fórmula evidentemente permite que quien se aprovecha obtenga beneficios, pero también el desaventajado o explotado, en un período mayor de tiempo, se encuentra en una mejor posición de aquella en que se situaría si estos intercambios no se hubieren autorizado. Por consiguiente, el carácter distributivo del paretianismo lo convierte en un candidato idóneo para fundamentar normativamente el derecho de contratos, desplazando el lugar que le corresponde tradicionalmente al consentimiento⁷².

Aditi BAGCHI ha abogado, en este sentido, por el reconocimiento de que la estructura general del derecho de contratos debe contener consideraciones de justicia distributiva. La reticencia a su admisión es consecuencia, según la autora, de lo arraigado que se encuentra la teoría de la promesa en el contexto de la filosofía del derecho contractual. El marco promisorio ha pasado por alto la necesidad de estándares en el intercambio, descuidando irremediabilmente los principios de justicia distributiva. De acuerdo con BAGCHI,

[d]esde la moralidad de la promesa, obviamente, [el contrato] no tiene nada que ver con la justicia distributiva, los trabajos filosóficos sobre el contrato han ignorado en gran medida los asuntos de distribución a pesar de que están intuitivamente relacionados con la equidad del intercambio. El contrato como promesa nos ha distraído de la justicia distributiva o ha revelado su irrelevancia⁷³.

Esto explica por qué la justicia distributiva no es considerada como una aspiración contractual y, por el contrario, «[...] todavía se percibe no solo como equivocada sino como *ajena al contrato*»⁷⁴. Sobre la base del consentimiento de los contratantes, se estima que los tribunales y los órganos reguladores no están facultados para reasignar las pérdidas por

⁷² Sobre la teoría consensual del contrato, véase BARNETT, 2006: en especial, 151 y ss.

⁷³ BAGCHI, 2016: 193.

⁷⁴ BAGCHI, 2016: 196. Énfasis del original.

motivos de resguardar la equidad en las transacciones, ya sea que se trate de la distribución inicial o la devenida. El consentimiento que forma el vínculo contractual parece absolver a una de las partes por las pérdidas que sufre la otra. Sin embargo, esto responde a una visión exagerada del consentimiento, ya que su poder normativo no impide que uno de los contratantes se favorezca de términos que claramente lo benefician en desmedro del otro. También producto del consentimiento contractual las partes acuerdan que una de ellas corre con el riesgo del acuerdo y, por tanto, su fuerza no puede ser óbice para que los tribunales o entidades reguladoras que tengan competencia impongan las pérdidas y riesgos contractuales de manera distinta a la manera convenida por los contratantes.

Desde luego, en contratos en los cuales las estipulaciones no se encuentran definidas en forma cristalina y no se asigna claramente las pérdidas del contrato en una de las partes. Por el contrario, son empleados términos ambiguos o redactados mediante cláusulas laxas en cuanto a la distribución de los riesgos contractuales. En estos casos, los jueces deben interpretar los acuerdos y, a partir de este examen, distribuyen los riesgos y determinan qué debe cada una de las partes contratantes a la otra. Para la interpretación de los términos ambiguos resultan especialmente pertinentes las consideraciones distributivas –como se muestra en la interpretación contra el redactor de la cláusula ambigua o bien a favor del contratante débil– para efectos de articular una propuesta interpretativa razonable. En términos normativos, se persigue que el contrato sea razonable mediante una lectura equitativa de la transacción efectuada, aun cuando su origen esté asentado en el consentimiento de los contratantes.

Por lo demás, es necesario tener presente que a pesar de que el nacimiento del contrato suele asociarse al consentimiento, no todos los deberes ni todas las obligaciones de las partes son *exclusivamente* producto de su empresa voluntaria conjunta⁷⁵. Dado que los contratantes forman parte de una sociedad políticamente organizada que cuenta con una política

⁷⁵ Esta consideración ha sido puesta de relieve por PAPAYANNIS en aras de sustentar la tesis según la cual el derecho de contratos está compuesto por consideraciones de justicia tanto correctiva como distributiva. Tal observación es naturalmente inadmisibles por quienes –como WEINRIB y la escuela de Toronto en filosofía del derecho privado– afirman que el derecho privado está homogéneamente integrado por elementos de justicia correctiva. La conjugación de ambas clases de justicia constituye «[...] una tesis que la escuela de Toronto se resiste a aceptar. Sin embargo, el rechazo de esta tesis a favor de una visión del derecho contractual apoyado exclusivamente en la justicia correctiva requeriría explicar *cómo es posible que la mayoría de los derechos y deberes que surgen para las partes una vez que celebran un contrato no emanan de la autonomía de la voluntad*». PAPAYANNIS, 2016: 367. Énfasis añadido.

económica determinada y formas de gestionar los intercambios, estos se deben –tal como los demás miembros de la comunidad política– deberes mutuos que son parte de la política pública. Si los límites de los deberes fueren definidos con precisión gracias a la voluntad de las partes, sería inapropiado acudir a cuestiones distributivas en el contrato. No obstante, la relación contractual importa una combinación entre deberes voluntarios de las partes y otros respecto de los cuales no han expresamente consentido, pero que se deben de manera mutua y también frente a terceros porque emanan de las exigencias recíprocas de política pública. Allí las consideraciones distributivas alcanzan un valor gravitante. Siguiendo a BAGCHI, «[...] incluso si los principios de justicia distributiva regulan principalmente las instituciones de derecho público, también dan lugar a deberes limitados entre personas privadas y aquellos que son relevantes sobre cómo entendemos las obligaciones que las partes asumen efectivamente en el contrato»⁷⁶.

Como puede observarse, el debate filosófico sobre el matiz distributivo del derecho de contratos se encuentra aún en una fase de posicionamiento. Por ende, sería precipitado exigir respuestas respecto de cómo las consideraciones distributivas impactan en la fuerza obligatoria del contrato. Desde tal punto de vista, pudiere haber consecuencias que atentan contra la intangibilidad de lo pactado. Si la forma tradicional de reflexionar filosóficamente sobre el contrato es a partir de la voluntad y el consentimiento de quienes lo celebran, el *pacta sunt servanda* responde al programa contractual voluntariamente acordado por los contratantes. Sin embargo, la presencia de deberes y obligaciones que no tienen su origen inmediato en la voluntad de las partes ni en el concurso de ellas, activa la pertinencia de consideraciones de justicia distributiva. Frente a tales demandas, podría pensarse que el efecto vinculante del contrato no es necesariamente incondicionado cuando tienen lugar deberes entre los contratantes y respecto de terceros que –antes de visualizarse un origen voluntario– dependen de la comunidad política de la cual forman parte. La regla que consagra la obligatoriedad del contrato, como toda regulación del derecho contractual, debe ser sensible al contexto, en lugar de forjarse de manera simple, unitaria y coherente. Por ello, dicha regla no puede perder de vista las cuestiones distributivas vigentes en el derecho de

⁷⁶ BAGCHI, 2016: 209.

contratos, puesto que «[...] un enfoque regulatorio que ignora los asuntos de distribución carece de la virtud moral de la simplicidad o la coherencia»⁷⁷.

2.2 Esquemas No-Morales

2.2.1 Teoría imperativa del derecho

Suele señalarse que los inicios de la tradición analítica de la filosofía del derecho deben rastrearse en los postulados teóricos que esgrimieron Jeremy BENTHAM y John AUSTIN a mediados del siglo XIX⁷⁸. Con algunos matices, ambos ofrecieron la doctrina iusfilosófica denominada teoría imperativa o imperativista del derecho. La tesis central defendida fue afirmar que el derecho consiste en un conjunto de mandatos generales u órdenes dictados por el soberano a sus súbditos, es decir, quienes mantienen un hábito de obediencia a favor del primero. Tales órdenes no solo significan una expresión de deseo del soberano respecto del comportamiento de sus súbditos, sino que ellas se encuentran respaldadas por una amenaza de sanción o castigo en el caso de su incumplimiento. Su expresión de deseo de que sus súbditos hagan o se abstengan de efectuar algo, posee la peculiaridad de que estos últimos están en una posición de sufrir un daño si no observan el mandato soberano.

Siguiendo a AUSTIN, las nociones de orden y deber constituyen términos correlativos: cada vez que hay un deber ha sido expresada una orden y, a su vez, siempre que ha sido manifestada una orden, se impone un deber. Es una relación de suposición e implicación del uno al otro, respectivamente. El daño, por su parte, opera como una consecuencia de desobedecer la orden y el deber que impone, tomando comúnmente el nombre de sanción o castigo. De ahí que exista una estrecha conexión entre estos tres conceptos: «[...] *orden, deber y sanción* son términos inseparablemente conectados entre sí: que cada uno de ellos comprende las mismas ideas que los demás, aunque cada uno denota estas ideas en un particular orden o serie»⁷⁹. Ahora bien, para AUSTIN no toda orden corresponde a una ley o regla jurídica, propiamente dicha. Esta última obliga a una persona o grupo de personas *en*

⁷⁷ BAGCHI, 2016: 210.

⁷⁸ Una reconstrucción de la tradición analítica en filosofía del derecho está en PEREIRA FREDES, 2015: 283-322.

⁷⁹ AUSTIN, 1994: 187. Énfasis del original.

general a actos o abstenciones de una *clase*⁸⁰. Otras leyes, que no constituyen órdenes al no poseer el carácter imperativo, son las leyes interpretativas, las leyes derogatorias y aquellas que carecen de sanción. En su proyecto de delimitar el objeto de estudio de la teoría del derecho, el término derecho fue restringido a las leyes que son imperativas. Por ende, el derecho fue comprendido como un puñado de imperativos generales emanados del soberano y dirigidos a sus súbditos. Este ámbito corresponde a la *provincia* de lo jurídico desde los anteojos de la teoría austiniana.

Al momento de extraer las consecuencias que se siguen de este modelo en el problema de la fuerza obligatoria del contrato, es inevitable asumir los presupuestos de comprensión heredados por AUSTIN. La regla jurídica que establece el *pacta sunt servanda* constituye propiamente una ley en clave austiniana. Ella reflejaría el deseo del soberano de que sus súbditos observen rigurosamente los contratos que entre sí han celebrado, sin excepciones y de acuerdo con la misma incondicionalidad con que exige cumplir el resto de sus deseos. En el evento que los súbditos contratantes no cumplieren su deber, habría consecuencias indeseadas para ellos como imponer la ejecución forzada del acuerdo o la indemnización por los daños o perjuicios ocasionados al contratante diligente. Por supuesto, desde HART sabemos que estas consecuencias no pueden ser entendidas como sanciones o castigos, en los términos en que estas figuras son conocidas en el sistema jurídico penal, así como tampoco que la nulidad de un contrato pueda calificarse de una sanción⁸¹.

Adoptadas esas precauciones, el soberano ordenaría el deber de cumplir los contratos en las relaciones jurídicas, obligando en general a comportarse de este modo o clase, a un grupo de personas que son los súbditos contratantes, quienes participan en relaciones contractuales reguladas por el derecho privado. El problema, no obstante, parece residir en dos cuestiones. Por una parte, el efecto obligatorio del contrato sería simplemente un deseo del soberano, es decir, se trata de una orden *desde arriba* que no es posible tematizar por parte de sus destinatarios. Ello muestra una imagen excesivamente tosca acerca de la fuerza vinculante del contrato, ya que las relaciones contractuales también poseen componentes de cooperación, confianza y colaboración entre quienes deciden autónomamente obligarse para conformar sus planes personales de vida, que son pasadas por alto al reducir la regla

⁸⁰ AUSTIN, 1994: 192.

⁸¹ Sobre esto, véase HART, 1963: en especial, 34-63.

contractual en un deseo soberano. Es decir, en un deseo de una persona para que *otras* hagan o no hagan algo. Y, por otra, esta explicación extravía las razones que tienen los contratantes para celebrar un vínculo contractual y, especialmente, aquellas que ellos validan para dotar de legitimidad a la regla jurídica que contempla el *pacta sunt servanda* en el derecho de los contratos, más allá de su origen vertical como anhelo de quien los gobierna⁸².

Este último punto permite adelantar consideraciones relevantes a la hora de reflexionar acerca del contrato. Como ocurre con toda práctica social los participantes determinan el sentido de esta mediante la aceptación de sus reglas jurídicas. Ellos despliegan el escrutinio de las razones que estiman valederas para aceptar, en nuestro caso, que estén obligados a cumplir las estipulaciones contractuales que han suscrito, pese a que hayan cambiado de parecer desde el momento de la contratación. Precisamente, este tipo de razones son decisivas en la comprensión y justificación de las prácticas contractuales. Los contratantes no obedecen el dictamen del *pacta sunt servanda* solo motivados por el origen de la regla jurídica que lo prevé ni por el miedo a la posible sanción que les acarrearía defraudarlo. Ellos lo hacen, en rigor, puesto que les parece razonable hacerlo. Regresaré sobre este punto en el capítulo tercero de la presente investigación.

Mientras tanto conviene recordar el problema de los hábitos de obediencia en la teoría del derecho de AUSTIN. Junto a la presencia de las órdenes respaldadas por amenazas del soberano a sus súbditos, existen hábitos de obediencia de estos en favor del primero. Los súbditos habitualmente obedecen al soberano, quien, a su vez, habitualmente no obedece a nadie. Sin embargo, esta visión fue categóricamente rechazada por HART, en la medida en que las reglas jurídicas –entendidas como prácticas sociales– no se conforman a partir de hábitos de obediencia o regularidades de comportamientos. De manera que desde el prisma de comprensión austiniano se trasladarían las dificultades que enfrenta esta teoría del derecho a su parcela relativa a la filosofía del contrato. La imposibilidad de dar cuenta satisfactoriamente de la complejidad de las prácticas sociales que configuran el sistema jurídico, es replicada al encarar las prácticas contractuales que constituyen una versión

⁸² Esto se encuentra en consonancia con el aspecto interno de las reglas y la aceptación de quienes participan de ellas, admitiéndolas como genuinas pautas de comportamiento. Sobre el punto de vista interno, véase HART, 1963: 102-113. La validación de la regla que establece el efecto vinculante del contrato por parte de los contratantes supone, por cierto, una actitud crítico-reflexiva. Al respecto, puede consultarse MACCORMICK, 1986: 297-319.

paradigmática de las relaciones jurídicas que los participantes están facultados para generar a la luz de reglas que «[...] *cumplen una función social totalmente distinta*» de las órdenes coercitivas⁸³.

Con todo, para los propósitos de este apartado es suficiente con mostrar el tipo de aproximación que desarrolla un modelo no-normativo al problematizar el efecto vinculante del contrato. Si despejamos las observaciones críticas que recaen en la propuesta de AUSTIN, ella presenta la tesis según la cual el contrato es obligatorio para los contratantes porque así lo ha expresado –y deseado– el soberano y, por su parte, sus súbditos observan sus acuerdos porque tienen un deber incondicional de observar la orden soberana⁸⁴. Aun cuando ello se explique por el temor que a los súbditos le infunden las sanciones establecidas frente a la infracción contractual y simplemente el indicador de la obligatoriedad del contrato sean los hábitos de obediencia de los contratantes respecto del *pacta sunt servanda*. La formulación de este razonamiento disipa la pertinencia de criterios valorativos asociados a la razonabilidad de la regla contractual, tendientes a evaluar por qué se estima valioso el cumplimiento de los contratos. El complejo entre los imperativos respaldados por amenazas y los hábitos de obediencia logra simplificar el problema de la fuerza obligatoria del contrato, al ocuparse de hechos antes que de razones. En este sentido, entonces, cobra vigencia el tratamiento diferenciado formulado por HART entre hábitos y reglas sociales⁸⁵. Sin el aspecto interno y la presión social que media a favor del cumplimiento de lo pactado, no es posible hablar en términos de reglas ni obligaciones, a pesar de que el comportamiento externo de los contratantes converja, haciendo lo que se han comprometido a efectuar uno en beneficio del otro.

2.2.2 Formalismo normativista

⁸³ HART, 1963: 102-113. Énfasis añadido. Las reglas del derecho de contrato son eminentemente *potestativas* en la arquitectura de reglas hartiana.

⁸⁴ Es necesario tener presente que para AUSTIN el soberano es quien habitualmente es obedecido, mas quien habitualmente a nadie obedece. Estos requisitos de carácter positivo y negativo, junto a los demás atributos del soberano están críticamente analizados en RAZ, 1986: 23-41.

⁸⁵ HART, 1963: en particular, 69-74.

El programa de la *Teoría Pura del Derecho* formulada por Hans KELSEN significó un hito transcendental en la conformación de la tradición analítica de la filosofía del derecho. La jurisprudencia analítica puede caracterizarse por una ausencia de uniformidad y el déficit de una identidad compartida. En ella se alberga la diversidad y riqueza de los estudios filosóficos acerca de lo jurídico, que discrepan respecto de cuál es la manera más adecuada para analizar el derecho. Su historia intelectual muestra que han sido protagonistas momentos de autocomprensión en el modo en que se ha posicionado hasta nuestros días. Gracias a esta clase de ejercicio, la teoría jurídica analítica reflexiona sobre sí misma, situando la propia filosofía del derecho como objeto de estudio, y preguntándose cuáles serían los genuinos objetivos de la reflexión jurídica, así como cuáles serían las explicaciones que cabría esperar del despliegue de su quehacer teórico⁸⁶. En efecto, purificar el estudio del fenómeno jurídico sugiere una actividad epistémica de delimitación en el sentido de aclarar el propósito de la filosofía del derecho y precisar las aspiraciones que esta debe perseguir.

Según KELSEN, el objetivo de su investigación procura tematizar «[...] la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica»⁸⁷. Para tales efectos, es necesario articular una categórica demarcación entre el ámbito jurídico y todo aquello que no pertenece al derecho, *i.e.* moral, política y cuestiones ideológicas en general. Un estudio se podrá preocupar del mundo de los fenómenos y otro distinto se hace cargo del mundo de las normas, pero la teoría jurídica necesariamente adopta la segunda modalidad, desplazando el interés de todo elemento ajeno al fenómeno jurídico. Su foco, por tanto, se encuentra en el mundo del deber ser y no del ser.

Un acontecimiento externo producido en el mundo natural regido por las leyes de la naturaleza carece de significación jurídica por sí mismo. Todo suceso logra su significación específicamente propia en el derecho, mediante «[...] una norma que se refiere a él con su contenido, que le otorga significación en derecho, de suerte que el acto puede ser explicitado según esa norma»⁸⁸. De ahí que la norma kelseniana opera como un esquema de explicitación

⁸⁶ Una interpretación sobre la tradición analítica de la filosofía del derecho, esgrimida en torno a los momentos de autocomprensión que ella ha experimentado en años recientes en PEREIRA FREDES, 2015: 283-322.

⁸⁷ KELSEN, 1982: 15.

⁸⁸ KELSEN, 1982: 17.

conceptual. Los actos humanos adquieren su significación de derecho gracias a una norma jurídica que la hace explícita en términos normativos, presentándose como un objeto digno de estudio para la ciencia del derecho. A partir de esta perspectiva, un mero hecho factual como el intercambio de cartas entre dos individuos, adquirirá significación jurídica, en términos de constituir la celebración de un acuerdo o vínculo contractual, siempre que exista una norma jurídica cuyo contenido normativo coincida con el supuesto factual.

A diferencia del ámbito del ser, donde los estados de cosas se ajustan a un principio de causalidad, según el cual a un antecedente sigue una determinada consecuencia, el mundo del deber ser está regido por el principio de imputación. Mientras que el primero sostiene que si se produce el hecho A también se producirá el hecho B, el segundo dispone que cuando se da A, debe ser B. Es decir, la relación entre una condición y una consecuencia es factual y, en cambio, la conexión entre la verificación de un supuesto y la imputación de consecuencias jurídicas es una relación normativa. Tal identidad se refleja en el empleo de las normas del verbo deber, luego, «[...] si alguien deja de pagar sus deudas, deberá ejecutarse civilmente su patrimonio»⁸⁹.

Bajo el marco contractual se conserva el planteamiento kelseniano sobre el fenómeno jurídico general. Para KELSEN, así como para el conjunto de la dogmática civil, el contrato constituye el negocio jurídico de mayor importancia y aplicación. De modo que «[e]n un contrato acuerdan las partes contratantes deber comportarse recíprocamente de determinada manera»⁹⁰. Un negocio jurídico enfrenta tanto una faz subjetiva como otra objetiva. El sentido subjetivo se expresa en el deber de comportamiento, pero también aquel representa su sentido objetivo porque constituye un acto productor de normas jurídicas y, con base en tal calidad, la realización del negocio jurídico, junto a una conducta contraria a este, se establecen como condición de una sanción civil.

Desde luego, las partes contratantes al reglamentar sus relaciones contractuales no establecen sanciones, «[...] sino una conducta cuyo opuesto es una condición de la sanción estatuida por las normas generales»⁹¹. Dicha norma jurídica general establece una sanción asociada a la obligación principal de omitir la conducta contraria al pacto negociado, de modo de

⁸⁹ KELSEN, 1982: 104.

⁹⁰ KELSEN, 1982: 264.

⁹¹ KELSEN, 1982: 264.

provocar así un daño y, a su vez, una obligación accesoria relativa a reparar el daño provocado por la infracción de la obligación principal. Se desprende de lo anterior que el contratante podrá evitar dicha sanción sobre la base de dos modalidades: observando la obligación principal que el negocio jurídico ha establecido, o bien, en el evento de que haya incumplido lo pactado, a través del cumplimiento de la obligación accesoria consistente en reparar el daño provocado.

Cuando KELSEN abordó la doctrina del contrato –bajo la óptica de la teoría pura del derecho– agrupó su examen junto al tratado. Mientras que el término ‘contrato’ «[...] designa un estado de hecho del orden jurídico interno», bajo la denominación de ‘tratado’ este hecho existe en el ámbito jurídico internacional⁹². Los problemas que aquejan a ambos son similares. En relación con el contrato, el vienés muestra su conocida discrepancia con la ruptura entre las actividades de creación y aplicación de reglas jurídicas. Cuando se habla de una convención exclusivamente en términos de un acto jurídico, ello es consecuencia de reducir la mirada a la aplicación del derecho, sin dar cuenta de la creación del derecho y, por ende, imposibilitando esgrimir una comprensión cabal del fenómeno contractual en el contexto de su formalismo normativista. Desde el prisma de la aplicación del derecho, cuando los sujetos celebran una convención, aplican una regla de derecho; a saber, la regla del *pacta sunt servanda*, a una situación en particular y se valen de ella para reglamentar sus relaciones recíprocas. Así entendido, los contratantes generan una modificación en el espectro de los derechos subjetivos, sin alterar el derecho objetivo, es decir, el orden jurídico entendido como un conjunto de normas jurídicas.

Tal visión ofrece dificultades insalvables para KELSEN, pues pasa por alto la función restante que cumple una convención, esto es, la creación de derecho. Según la manera tradicional de ver este asunto, la creación del derecho estaría encerrada en la competencia legislativa y, por eso, la convención es únicamente definida en atención a su función de aplicación del derecho. Naturalmente, el objetivo central de una especie de convención como lo es el contrato radica en producir efectos jurídicos. Sin embargo, nos advierte KELSEN, que por su propia naturaleza la convención posee «[...] esa cualidad que denominamos su ‘fuerza obligatoria’, y los sujetos adquieren, a consecuencia de lo estipulado, obligaciones y derechos de que

⁹² KELSEN, 2007: 9.

anteriormente carecían, la función creadora de derecho debe existir en cada convención, incluso en el contrato de derecho privado»⁹³. No existe, entonces, una oposición entre la creación y aplicación de derecho, que la teoría del derecho privado parece sugerir al deslizar la tensión entre la ley y el negocio jurídico. Bajo su estructura jerárquica piramidal, todo acto es, a la vez, creación y aplicación de derecho.

De manera tal que junto a las normas generales que las legislaciones civiles prevén para la regulación de un vínculo contractual, los contratantes crean normas particulares estableciendo derechos y obligaciones que antes de la formación del contrato no existían. El análisis solo enfocado en la función de creación de la convención pierde de vista el hecho de que no puede haber un derecho subjetivo sin una obligación correlativa. Todo derecho de un titular presupone el deber de otro sujeto. Un contratante tiene el deber de pagar a otro el precio por la cosa que compra, en tanto existe una norma jurídica que reglamenta el contrato de compraventa y prescribe que esa constituye la principal obligación del comprador. Su deber de conducta no es sino una norma jurídica vigente que exige ese comportamiento. La obligatoriedad del contrato no solo se encuentra situada en el contexto de la aplicación de derecho, ya que una dimensión indispensable para su explicación es el ámbito de la creación de derecho. Como indica KELSEN, «[s]i la convención tiene ‘fuerza obligatoria’ y su efecto consiste en obligar a los contratantes a la realización de una conducta a la que anteriormente no estaban obligados, ello significa que la convención ha creado una norma que no existía antes de la conclusión del contrato, es decir, una norma que exige esa conducta bien determinada que constituye el contenido de la convención»⁹⁴.

La fuerza obligatoria del contrato, piensa KELSEN, no consiste en el acuerdo de voluntades de los contratantes que está teñido del carácter místico, al que suele asociarse su normatividad en el derecho de contratos. Aquella es, en realidad, la norma que antes no existía y obliga a las partes a actuar de una manera determinada. Su particularidad es que ella «[...] es tan ‘objetiva’ como la regla *pacta sunt servanda* que los contratantes aplican al celebrar la convención»⁹⁵. Bajo estos términos, la regla jurídica que consagra el efecto obligatorio del contrato constituye la norma general y abstracta del ordenamiento jurídico nacional, mientras

⁹³ KELSEN, 2007: 16.

⁹⁴ KELSEN, 2007: 17.

⁹⁵ KELSEN, 2007: 17.

que su individuación o concretización es efectuada mediante la convención, dando lugar a la norma individual o concreta que impone específicamente a los contratantes sus respectivas obligaciones.

Al observar la estrategia de KELSEN para evaluar la fuerza obligatoria del contrato, resulta evidente la distancia de su enfoque con los esquemas normativos de justificación del efecto vinculante. La nomenclatura que adopté para dar cuenta de este segundo grupo explícitamente escinde las nociones de justificación y explicación. Una modalidad *explicativa* –como la formulada por el vienés– no puede ser entendida, en rigor, como un intento por abordar la *legitimidad* de la fuerza obligatoria de la relación contractual. Pues le basta con comprender cómo a partir del principio de imputación, quien celebra un contrato debe cumplir las prestaciones contraídas o, en su defecto, deberá observar las obligaciones de reparación de los perjuicios que su infracción principal provoque. Como fue indicado con anterioridad, en el cumplimiento del contrato, se explicita la operatividad de la norma jurídica que otorga significación normativa a la interacción fáctica. De igual modo, el contrato permite mostrar cómo en este confluyen los procesos de creación y aplicación de derecho. La norma que consagra el *pacta sunt servanda* en el sistema contractual general es concretizada por la norma individual que crean los contratantes una vez celebrado su contrato. Allí reside la explicación de por qué los contratos obligan, desprendiéndola de observaciones valorativas. KELSEN pone a prueba la tesis central de los esquemas de justificación de la regla contractual, ya que es posible describir cómo aquella opera sin necesidad de argumentar por qué sería deseable la existencia de dicha regla. Tal respuesta, por su parte, es aducida sin acudir a criterios morales.

2.2.3 Realismo jurídico

Una constante valla difícil de sortear es la determinación de qué se entiende por la escuela realista en la filosofía jurídica. No hay solo una manera de ver el fenómeno jurídico bajo la óptica del realismo. Incluso existen distintos sentidos en que una determinada posición puede ser calificada de realista, empleándose el término para diversos propósitos. Más allá de las reservas que es necesario adoptar si atendemos al realismo jurídico, es posible develar la manera en que un esquema realista acerca del derecho encara la fuerza obligatoria del

contrato. En este sentido, rescataré los planteamientos de Alf ROSS sobre el sistema jurídico porque es tanto un autor indispensable para la historia intelectual del realismo jurídico contemporáneo, como para su vertiente escandinava de la cual fue una figura descollante.

Cuando ROSS se cuestiona acerca de la vigencia del orden jurídico, aclara que un sistema normativo es vigente en la medida en que sirve como esquema de interpretación de un complejo de acciones sociales y, de este modo, es posible comprender tal conjunto como un todo coherente de sentido, significado y motivación recíproca, logrando, dentro de ciertos límites, predecir aquellas acciones sociales⁹⁶. El presupuesto de ROSS es que «[...] las normas son efectivamente obedecidas, porque se las vive como socialmente obligatorias»⁹⁷. Su mirada realista presta atención a la figura del juez ya que es en las decisiones judiciales donde se debe buscar la efectividad del derecho. El juez vive las normas como socialmente obligatorias y por ello las obedece. Desde este punto de vista, el orden jurídico será vigente si, aceptando el sistema de normas como un modelo interpretativo, podemos comprender las acciones del juez como respuestas con sentido a determinadas condiciones constituidas por las normas jurídicas y, dentro de ciertos límites, predecir sus decisiones. De ahí que ROSS haga suyo el modelo del ajedrez para un esquema de comprensión similar, pues a partir de las normas del ajedrez podemos comprender las movidas que realizan los jugadores como respuestas dotadas de sentido, que interactúan recíprocamente y pueden predecirse.

Por ello, al enfrentar la fuerza vinculante del contrato, es menester situarse en la actuación de los tribunales de justicia. Bajo este modelo de interpretación, existe un número de condiciones determinadas por normas jurídicas; a saber, que se haya celebrado válidamente un contrato; que una de las partes no cumplió su obligación; que su contraparte efectuó un reclamo jurisdiccional, deduciendo la acción correspondiente, etcétera. Si estas condiciones tienen lugar, entonces, el juez decidirá de una determinada forma y su acción contará con significado, posibilitando su posterior predicción. En este caso, según la petición del acreedor contractual, podrá decretar la ejecución forzada de la obligación o la resolución del contrato, acompañada de una suma indemnizatoria de perjuicios. Al verificarse tal esquema, se permite

⁹⁶ ROSS, 1994: 34.

⁹⁷ ROSS, 1994: 34.

interpretar el conjunto de acciones humanas como un todo coherente de sentido. Y, además, contribuye a confirmar que estamos frente a un orden jurídico vigente.

Si pensamos en el *pacta sunt servanda* bajo el prisma del realismo rossiano, este opera determinando que los contratos legalmente celebrados deben cumplirse, obligando a los contratantes como si se tratara de una ley. Desde luego, esta norma jurídica determina las condiciones que animan y motivan la acción del juez para intervenir en la relación contractual, pero dicha actuación no es necesariamente consecuencia de un valor intrínseco o ulterior que se sigue del hecho del cumplimiento de lo pactado. Como es sabido, el realismo jurídico exhibe un diagnóstico crítico respecto de la metafísica o excesivo idealismo en que incurrieron ciertas visiones acerca del fenómeno jurídico. El efecto obligatorio del contrato no escapa de este rechazo teórico. Una decisión judicial en aras de remarcar la vigencia obligatoria del vínculo contractual no responde a honrar determinados principios, fundamentos o valores que pudieren estar comprometidos en el cumplimiento o transgresión del contrato.

Ello es develado en la forma en que deben entenderse las proposiciones jurídicas acerca de las normas de conducta. Según ROSS, «[...] no debemos interpretar las proposiciones acerca del derecho vigente como proposiciones que aluden a una validez inobservable o ‘fuerza obligatoria’ derivada de principios o postulados *a priori*, sino como proposiciones que se refieren a hechos sociales»⁹⁸. Por tanto, el contenido de las proposiciones alude a las acciones de los jueces bajo determinadas condiciones. Las normas jurídicas determinan las acciones de los tribunales en el contexto contractual. Luego, tanto el complejo de acciones de los contratantes relativas a la observancia de lo estipulado, como la decisión del tribunal en orden a establecer el cumplimiento, no deben buscarse en la satisfacción a principios normativos últimos, sino en que esa norma jurídica, que establece el *pacta sunt servanda*, es vivida como socialmente obligatoria por el juez, constituyendo derecho vigente.

La desconfianza hacia el idealismo en los asuntos jurídicos queda de manifiesto en la idea de justicia que, a juicio de ROSS, no solo sirve como un parámetro de evaluación del derecho, sino que también lo constituye. La justicia «[...] es el principio inherente en este que le otorga

⁹⁸ ROSS, 1994: 39.

su fuerza obligatoria o validez como tal»⁹⁹. De modo que irremediamente es limitado aquello que puede ser reconocido como derecho. La validez de lo jurídico no sería una cuestión observable en la experiencia, toda vez que se trata de un concepto *a priori* derivado de una intuición racional, directa e irreductible. Para la óptica de ROSS, como hemos revisado, la validez de un orden jurídico es una cuestión de hecho que es describible de manera observacional. El acuerdo contractual, por su parte, es válido pese a que por su configuración no promueva necesariamente el valor de la justicia. Algunas consideraciones de ROSS acerca de las promesas arrojan luces en esta dirección.

La promesa consiste en la disposición que normalmente obliga al promitente quien la formula¹⁰⁰. Este se encuentra obligado pues el destinatario de la promesa tiene la facultad de exigir el cumplimiento de lo prometido o a indemnizarlo por los daños que acarreen su incumplimiento. La obligatoriedad de la promesa persiste aun cuando la potestad para hacerla efectiva se encuentre sujeta a ciertas condiciones. De acuerdo con ROSS, la promesa «[...] es obligatoria, por lo tanto, cuando puede obtenerse el cumplimiento compulsivo en forma incondicional, o cuando aquel está supeditado a condiciones independientes»¹⁰¹. Por ello, únicamente una promesa no es obligatoria cuando adolece de problemas de invalidez y cuando es revocable, pudiendo el promitente evadir su cumplimiento. Una vez que la promesa deviene irrevocable, es obligatoria. Como es posible apreciar, la fuerza vinculante de la promesa en nada depende de su concordancia con principios o valores *a priori*, sirviendo de directiva para la decisión del juez si se cumplen las observaciones antes indicadas. Sencillamente, no es necesario dar cuenta de la justificación moral de la obligatoriedad de la promesa, si se busca indicar cuándo ella es una directiva eficaz para la actividad del tribunal.

Esta manera de hacerse cargo de la obligatoriedad del contrato da cuenta de una perspectiva desligada de dimensiones normativas. La expectativa de ROSS de conformar un modelo interpretativo de las acciones sociales en el marco del orden jurídico no está relacionada con la legitimidad de las prácticas sociales o decisiones judiciales que ahí se llevan a cabo. Su

⁹⁹ ROSS, 1994: 64.

¹⁰⁰ ROSS, 1994: 218.

¹⁰¹ ROSS, 1994: 218.

modelo permite conocer, reconocer e incluso predecir las acciones que se derivan de normas jurídicas, como la regla de la obligatoriedad del contrato. Su vigencia dentro de un orden jurídico podrá ser explicada o examinada mediante el modelo propuesto por ROSS, sin que dicha conclusión dependa de la correspondencia o no con algún valor moral que subyazca a la decisión judicial en particular. Para que su modelo provea de una interpretación del orden jurídico en términos de un todo coherente de significado, es irrelevante fundamentar valorativamente la regla jurídica que impone cumplir los contratos.

2.2.4 *Law & Economics*

El programa de investigación del análisis económico del derecho se construye sobre la base de efectuar una reformulación de los parámetros bajo los cuales una explicación podría calificarse como satisfactoria en la reflexión sobre el fenómeno jurídico. En lugar de problematizar la justificación normativa de las instituciones y reglas jurídicas, opta por evaluar el rendimiento de criterios económicos que aquellas tienen, a partir de nociones como eficiencia y distribución de recursos económicos. No obstante lo cual, el *law and economics* no niega que la autonomía de la voluntad constituye el fundamento del derecho de los contratos. Pero su aproximación renuncia a las pretensiones justificativas de la institución contractual, ya que su prisma de análisis es de carácter pragmático. Si las preguntas centrales de la reflexión jurídica sobre los contratos radican en determinar (i) ¿qué promesas deben cumplirse legalmente?; y (ii) ¿cuál es el remedio para enfrentar al incumplimiento de las promesas legalmente exigibles?, es necesario dar cuenta de ambas interrogantes alejándose de la tesis estándar de justificación; a saber, la teoría de la negociación de los contratos¹⁰².

Dicha propuesta normativa afirma el principio de la negociación, conforme al cual «[...] *una promesa es legalmente exigible cuando se formula como parte de una negociación; de otro modo, una promesa no es legalmente exigible*»¹⁰³. De acuerdo con estos términos, se construye el criterio de distinción entre aquellas promesas que gozan de exigibilidad y aquellas que carecen de tal necesidad. De ahí que las promesas formuladas en virtud de una consideración serán jurídicamente obligatorias y, a su vez, las promesas que carecen de una

¹⁰² COOTER y ULEN, 1998: 230.

¹⁰³ COOTER y ULEN, 1998: 230. Énfasis del original.

consideración no son jurídicamente obligatorias. Este criterio permite, al momento de responder la primera pregunta, diferenciar la razón de la exigibilidad de la justicia que en lo particular puede presentar una determinada negociación. Así, los tribunales de justicia pueden acceder a la exigibilidad del vínculo contractual, sin necesidad de supervisar la justicia de la negociación mediante la cual el acuerdo tuvo lugar. El segundo interrogante es respondido en términos correlativos al primero. Si la negociación supone un beneficio que las partes contratantes razonablemente podrían esperar alcanzar gracias al acuerdo, el remedio para enfrentar la inobservancia de la obligatoriedad de la promesa se devalúa en los daños a dicha expectativa contractual. De manera que «[e]l hecho de una negociación establece la obligación legal, y el valor esperado de una negociación mide los daños»¹⁰⁴.

Bajo este orden de observaciones, ¿podría articularse alguna alegación que justifique incumplir el acuerdo contractual? Ciertamente no. O, al menos, no podría organizarse sin desafiar consideraciones normativas acerca de la incorrección de dicha infracción. Por lo mismo, una comprensión económica de lo jurídico propone sustituir la teoría de la negociación por una teoría económica sobre el contrato, esto es, una propuesta «[...] menos dogmática, que dé más respuestas»¹⁰⁵. Al deslindar el cumplimiento de las promesas de eventuales deberes normativos, traduciendo el problema al lenguaje de la eficiencia económica, puede resultar eficiente realizar una conducta aun cuando su mérito moral sea cuestionable. Así, tiene sentido hablar de adscribir a las nociones de cumplimiento e incumplimiento el predicado 'eficiente'. Las fórmulas corresponden a las siguientes:

Cumplimiento eficiente:

Costo del cumplimiento para el promitente < beneficio del cumplimiento para el receptor de la promesa

Incumplimiento eficiente:

Costo del cumplimiento para el promitente > beneficio del cumplimiento para el receptor de la promesa

¹⁰⁴ COOTER y ULEN, 1998: 235.

¹⁰⁵ COOTER y ULEN, 1998: 237.

La cuestión valorativa sobre el cumplimiento de los acuerdos deviene en un problema relativo al cúmulo de incentivos que tendrá el promitente para cumplir su promesa. Ambas fórmulas se condensan según lo siguiente: “[...] *el promitente tiene incentivos eficientes para cumplir e incumplir cuando la responsabilidad por el incumplimiento se iguala al beneficio perdido por el receptor de la promesa*”¹⁰⁶. Luego, si nos enfrentamos, por ejemplo, a un contrato de compraventa, sabemos que el vendedor se obliga a dar la cosa y, a su vez, el comprador a pagarla en dinero, según los términos tradicionales en que se entiende este vínculo contractual. Dada la fuerza obligatoria del vínculo contractual legalmente celebrado, los contratantes no pueden sino cumplir el contrato. Sin embargo, si dos contratantes acuerdan la venta de un bien en un precio (x) y después de celebrar el negocio jurídico, el vendedor recibe la oferta de un segundo y nuevo comprador que ofrece el precio de (x)+100, las condiciones de posibilidad de cumplimiento e incumplimiento del pacto ya celebrado, se examinan según la eficiencia y los incentivos de adoptar ambas respuestas.

El ordenamiento jurídico puede considerar el incumplimiento como eficiente en la medida que se compense al acreedor en su expectativa rota. Por ejemplo, si consideramos que el contrato inicial contemplaba una cláusula penal equivalente a 10, para sancionar al contratante que incumpliera las estipulaciones contractuales convenidas, estamos ante un supuesto de incumplimiento eficiente, toda vez que aun cuando el vendedor repare el daño en las expectativas contractuales de su primer comprador, de igual modo es eficiente la inobservancia del primer contrato, ya que habrá una repartición genérica de riquezas a favor de los distintos integrantes del supuesto. A partir del incumplimiento eficiente, todos los participantes se encuentran en una mejor posición en comparación a la condición en que estaban con anterioridad a la contratación. Mientras que el vendedor queda con el precio (x+90), el comprador defraudado dispone de 10, equivalentes al pago de la multa civil; y, finalmente, el segundo comprador tiene en su poder el bien raíz objeto del contrato de compraventa¹⁰⁷.

Al igual que en la óptica perfilada por John AUSTIN, Hans KELSEN y Alf ROSS, el análisis económico del derecho interpreta la fuerza obligatoria de la relación contractual a la luz de

¹⁰⁶ COOTER y ULEN, 1998: 245.

¹⁰⁷ Para un agudo análisis sobre los distintos supuestos de incumplimiento eficiente en materia contractual, puede consultarse PAPAYANNIS, 2018: 169-195.

criterios que exceden el valor moral que reporta su vigencia. Mientras que desde el primero el efecto vinculante se reconduce a la incondicionalidad en el cumplimiento de los deseos del soberano, que constituyen mandatos de acción o abstención para sus súbditos, el segundo traducía su significación a las condiciones de imputación que las normas jurídicas atribuyen a los supuestos factuales de aplicación condicional. El jurista escandinavo, por último, inserta la obligatoriedad del contrato en el marco de los fenómenos que pueden ser interpretados como un todo coherente de sentido, despojándola de su contenido normativo o ideológico. Desde estas coordenadas, el *law and economics* propone efectuar una fractura entre la justificación valorativa de la fuerza obligatoria del contrato, de un lado, y las consideraciones de eficiencia económica, a las cuales tanto el cumplimiento como el incumplimiento contractual estratégicamente aspiran, de otro¹⁰⁸.

Durante el transcurso de los apartados anteriores se ha desarrollado la problemática asociada a la fuerza obligatoria de la relación contractual, cuyo reconocimiento se encuentra generalmente consagrado en una regla jurídica de la legislación, como ocurre en los sistemas jurídicos privados del orden continental. Se indicó que, si bien es posible descartar la necesidad de evaluar críticamente el fundamento de la regla contractual mediante un razonamiento exclusionario, existen esquemas de comprensión que están desplegados desde una perspectiva normativa. Estos persiguen justificar el efecto vinculante sobre la base de criterios de corrección moral. A su vez, es posible hallar otras teorías que polemizan con las anteriores, procurando comprender la obligatoriedad de los contratos mediante una metodología descriptiva, sin necesidad de justificar o afirmar lo deseable que puede estimarse la existencia de una regla que fije el efecto obligatorio del acuerdo.

¹⁰⁸ Por cierto, aquí conviene introducir un matiz. El problema si acaso la eficiencia económica es o no un valor está asociado a la posibilidad de que el análisis económico del derecho no sea *solo* un esquema de explicación desprendido de consideraciones morales. Desde mi modo de ver, que la eficiencia económica constituya un «valor», no alteraría gravemente el esquema entre esquemas morales y no-morales sobre el problema del efecto vinculante del contrato, mas sí muestra que en el contraste entre los esfuerzos de explicación y de justificación estos no se encuentran tan distanciados entre sí, cuando el criterio explicativo es, a su vez, un valor normativo. Para un enfoque en esta línea, véase KAPLOW y SHAVELL, 2002: 381-402. Hay que considerar que defensas de la justificación moral de la riqueza, como la que se encuentra en POSNER, han sido objeto de severas críticas. Así, se ha cuestionado el salto que existe entre la constatación de que algo es valioso y la necesidad de alentarlos por parte de los agentes. Al respecto, PAPAYANNIS ha observado que «[...] el error de Posner es creer que el valor que la riqueza pueda tener nos impone un deber moral, como sociedad, de maximizarla». PAPAYANNIS, 2009: 70. Sobre esta discusión conviene tener presente la evaluación de Ronald DWORKIN sobre el planteamiento de POSNER en DWORKIN, 1998: 259-298. Una aguda crítica a la fórmula de DWORKIN se encuentra disponible en ROSENKRANTZ, 1996: especialmente, 96-99.

En los apartados siguientes, se analizará la autonomía de la voluntad como fundamento de la obligatoriedad contractual y, además, la tesis del contrato como promesa ofrecida por Charles FRIED. Desde luego, ambas lecturas pertenecen al electo de los esquemas morales de análisis del problema del efecto vinculante. Si bien existe una discrepancia –desde una lectura preliminar– a nivel de identificación del criterio con cargo al cual se justifica la obligatoriedad de cumplimiento de las prestaciones contractuales, tales posiciones coinciden en encarar el problema a la luz de la provisión de una justificación moral, observando por qué es normativamente valioso la fuerza obligatoria del contrato. La ubicación de ambas perspectivas alejadas del sumario de los esquemas morales se debe a la decisiva influencia que estas han tenido, tanto en los estudios tradicionales de derecho civil como en las reflexiones en filosofía del derecho privado. Frente a la significativa incidencia dogmática y teórica de estas últimas, modelos como el utilitarismo, el neo-aristotelismo o la justicia correctiva en cuanto a su abordaje en el efecto vinculante de la relación contractual, no están –por decirlo de algún modo– en el mismo nivel.

3. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO PARADIGMA

De forma indubitada, al reflexionar sobre la justificación de la obligatoriedad de la relación contractual debemos ubicarnos bajo el campo de operatividad de la autonomía de la voluntad. Quizá las palabras de Immanuel KANT transparenten el rol de este principio en el surgimiento de las genuinas obligaciones morales. De acuerdo con el filósofo de Königsberg, «[l]a *autonomía* de la voluntad es el único principio de todas las leyes morales, así como de los deberes que se ajustan a ellas; en cambio toda *heteronomía* del albedrío, lejos de fundamentar obligación alguna, se opone al principio de dicha obligación y a la moralidad de la voluntad»¹⁰⁹. El privilegio que KANT predica de la autonomía de la voluntad como fundamento de las obligaciones morales y jurídicas que contraemos, descansa en el origen estrictamente racional de la ley universal cuya validez, en tanto tal, es independiente de todo aspecto material o empírico.

¹⁰⁹ KANT, 2007: §A 59, 101.

Según se verá, cumplir lo que autónomamente hemos pactado, no constituye una virtud, como lo consideraría ARISTÓTELES o una acción correcta porque tiende a la felicidad general, reafirmando los intereses generales de la práctica contractual, como se desprende de la intuición utilitarista, sino una acción *por deber*, es decir, una actuación por una máxima que es posible universalizar. Dicha obligación es decantada de la razón pura que se otorga sus propias leyes, con total independencia de algún elemento fenoménico, alguna consideración asociada a las consecuencias que se siguen, o bien actuaciones desplegadas por inclinación, tales como serían creer que se cumple el contrato porque su observancia es virtuosa o bien pues contribuye al bienestar general.

En el contexto del derecho privado patrimonial, y con cada vez mayor pertinencia en el ámbito extrapatrimonial, la autonomía de la voluntad reclama constituirse como el centro de todas las miradas. Según Manuel SOMARRIVA, este principio puede «[...] condensarse en el conocido aforismo según el cual en el Derecho Privado puede hacerse todo lo que la ley no ha, expresamente, prohibido»¹¹⁰. Quizá sea en materia contractual donde se manifiesta la mayor aplicación de la voluntad de las partes al momento de generar, modificar y extinguir sus relaciones jurídicas obligatorias. Su poder normativo se considera discrecional y absoluto, puede ser ejercido según sus estimaciones personales y no requiere de alguna intervención externa para desplegarse. En la medida en que sean observadas las condiciones, los requisitos y procedimientos previstos en el sistema jurídico privado, están plenamente facultados para constituir relaciones obligatorias. Por ello, es que, gracias a este principio, los individuos, «[...] son libres para contratar o no según su deseo y parecer. La ley ni el juez pueden obligarlos a ello y, por lo tanto, la negativa de contratar no les puede acarrear ninguna consecuencia jurídica»¹¹¹. Prácticamente, toda la construcción de la teoría de los vínculos obligacionales entre los particulares reposa sobre la base de la autonomía de la voluntad.

De manera que conviene examinar los orígenes intelectuales de la noción de autonomía de la voluntad, que fueron recogidos en el programa de la codificación decimonónica de la cual la mayor parte de los textos civiles del ámbito jurídico continental fue originalmente heredera. Es posible concebir el sistema jurídico privado como un sistema jurídico ilustrado, ya que las repercusiones del movimiento ilustrado en el ámbito privado radican, principalmente, en dos:

¹¹⁰ SOMARRIVA UNDURRAGA, 2010: 109.

¹¹¹ SOMARRIVA UNDURRAGA, 2010: 109.

la codificación como paradigma y la estructuración de un sistema jurídico legalista¹¹². Mientras que en los códigos fue cohesionada la legislación existente en un cuerpo sistemático en que las leyes fueren simples, pocas, breves y concisas, los ordenamientos jurídicos continentales fueron estructurados a partir de la ley, alzándose como la principal fuente formal de derecho.

Giovanni TARELLO, respecto del primer punto, explicó que la codificación estuvo motivada por un afán de simplificación, lo cual se tradujo en su pretensión de configurar el sistema a partir de la reducción del número de leyes y la unificación del sujeto de derecho, como destinatario único de las normas jurídicas¹¹³. Sobre el segundo punto, es necesario tener presente que el posicionamiento de la ley como la fuente de derecho por excelencia descansa en su contenido democrático, toda vez que ella se estima como el «[...] único título para poder exigir obediencia a los ciudadanos»¹¹⁴. Los lineamientos de la Revolución Francesa, el positivismo jurídico y la ambición legalista suelen ser engranados en el papel central e insustituible de la ley en el sistema democrático, permitiendo que en este orden se articulen los recíprocos derechos de los ciudadanos¹¹⁵.

Lo interesante es que en ambas dimensiones se devela lo que está en juego en el proyecto iluminista; a saber, la autonomía. KANT en su «Respuesta a la pregunta, ¿Qué es la Ilustración?», sugirió que aquella consistía en «[...] *la salida del hombre de su autoculpable minoría de edad*»¹¹⁶. Dicha culpabilidad le compete exclusivamente al sujeto. Pero no porque él estuviera desprovisto de las facultades necesarias, sino que sencillamente no tenía el valor para comenzar a emplear autónomamente las potenciales de las cuales goza. La solución perlocucionaria de KANT radica en el ¡*sapere aude!*!, es decir, en la exigencia de atreverse a pensar por sí mismo, sin la ayuda de otros. La apuesta ilustrada es una aspiración por la autonomía, y un consecuente rechazo por la heteronomía. Por supuesto, la manera en que fue entendida la demanda por la autonomía de la voluntad se explica por un determinado contexto

¹¹² Con relación a estas dimensiones sobre la incidencia del pensamiento iluminista en la conformación del sistema jurídico privado, véase, respectivamente, TARELLO, 2002: 43-64 y FIGUEROA, 1982: 77-104.

¹¹³ TARELLO, 2002: 53-59.

¹¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, 1987: 33. Al respecto, cabe subrayar que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 6 dispuso que «La ley es la expresión de la voluntad general». Es evidente el influjo del planteamiento de ROUSSEAU en tal concepción.

¹¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, 1987: 41-49.

¹¹⁶ KANT, 2009: 17. Énfasis del original.

histórico e intelectual distintivo de la época dieciochesca. Mas, es precisamente esta versión la que caló en el movimiento codificador y así fue apoyada por los estudios clásicos en materia de contratos. Según Luis DÍEZ-PICAZO, en el momento de la dictación de los códigos civiles del escenario jurídico continental se defendía encendidamente el principio de autonomía de la voluntad y evidentemente aquello permeó en la figura contractual y su fundamentación. Como observa, «[l]a idea de contrato y la obligatoriedad del contrato encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto de la dignidad que a la persona le es debida»¹¹⁷. Esto importa el reconocimiento del poder normativo de las personas para reglamentar las relaciones jurídicas a las cuales ellas dan lugar y que, de manera indistinta, son denominadas como «autonomía privada» o «autonomía de la voluntad». En tales términos se resuelve, por tanto, el problema de la fuerza vinculante de la relación contractual: «[e]l contrato tiene pues su fundamento más hondo en el principio de autonomía privada o de autonomía de la voluntad»¹¹⁸.

Federico DE CASTRO Y BRAVO también entiende por autonomía privada, «[...] el poder de autodeterminación de la persona»¹¹⁹. Como bien explica el autor, esta noción tiene una evidente carga sentimental y valorativa que promueve la libertad de los individuos y la exaltación de sus derechos. Pero su examen no debe inducir a confusión llevándonos a pensar que esta potestad de las personas opera de forma desvinculada del orden jurídico y el poder estatal. No resulta plausible «[...] que se diga sin más, que la autonomía en Derecho privado consiste una libertad de hacer o no hacer, de prometer y obligarse, en demarcar un círculo de libertad o de lucha libre para los individuos, exento de la intervención del Estado»¹²⁰. La dualidad que media entre la disposición de tomar o no la decisión de contratar y la fuerza vinculante que tiene lo pactado, una vez que se ha optado por la vía del acuerdo, devela que el poder normativo de los individuos se apoya necesariamente en el sistema jurídico, apelando a que el Estado imponga el cumplimiento de lo estipulado al deudor o bien el pago de una indemnización de perjuicios. El reclamo de la autonomía de la voluntad como fundamento de la obligatoriedad de los contratos radica en pedir «[...] que el acto o la declaración de voluntad tenga un valor jurídico específico, *que sea vinculante*, con lo que

¹¹⁷ DÍEZ-PICAZO, 2007: 143.

¹¹⁸ DÍEZ-PICAZO, 2007: 143.

¹¹⁹ DE CASTRO Y BRAVO, 1985: 11.

¹²⁰ DE CASTRO Y BRAVO, 1985: 12.

implícitamente se niega la libertad de desdecirse o retractarse. ‘Contractus ab initio est voluntas, ex post facto necessitatis’»¹²¹.

En la dogmática civil alemana, Hans HATTENHAUER ha rastreado algunas coordenadas de la fuerza con que se asentó la autonomía privada en los estudios dogmáticos a partir de las ideas de KANT acerca del contrato. En su filosofía del derecho, como es sabido, KANT trató de manera distinta la adquisición del derecho real y del derecho personal¹²². Célebramente, consideró que el derecho personal conlleva la posesión del arbitrio de otro, concediéndose la facultad para determinarle por medio del arbitrio del primero a un cierto acto, según las leyes de la libertad. Como señalaba, se trata de «[...] lo mío y lo tuyo exteriores en relación a la causalidad de otro»¹²³. Esto es crucial en su modo de entender la relación contractual pues al cuestionarse qué es lo exterior que se adquiere por el contrato, su respuesta no versa sobre una cosa exterior que inmediatamente es adquirida, sino que alude a un acto del arbitrio del otro a través del cual esa cosa pasa al poder del primer arbitrio, para que la haga suya. Desde el prisma kantiano, en lo contractual se adquiere la causalidad del arbitrio del otro en relación con la prestación que este ha prometido al primero y, por ello, en lugar de la cosa adquiere el acto del otro que permitirá adquirirla. En palabras de KANT,

[a]sí pues, mediante el contrato adquiero la promesa de otro (no lo prometido) y, sin embargo, algo añadido a mi haber exterior; he llegado a ser más rico (*locupletior*) al adquirir una obligación activa de la libertad y la facultad de otro. –Pero este derecho mío es sólo *personal*, es decir, un derecho frente a una *determinada* persona física, o sea, el de actuar sobre su causalidad (su arbitrio) para que *produzca* algo para mí, no un *derecho real* (*Saclienreclit*) frente a esta *persona moral* [...]»¹²⁴.

HATTENHAUER observa que la concepción del contrato sostenida por KANT muestra que la relación contractual no constituye un vehículo de las cosas en el tráfico comercial, sino que se trata de «[...] un instrumento mediante el que alguien *pone a disposición de otro una porción de su libertad*, un acto»¹²⁵. Al obligarse para con otra, ese arbitrio funda su prestación en la decisión libre y autónoma que ha ejercido. De modo tal que la libertad se erigió en una

¹²¹ DE CASTRO Y BRAVO, 1985: 12. Énfasis añadido.

¹²² KANT, 2005: §11, 260, 75- §21, 276, 96.

¹²³ KANT, 2005: §18, 271, 89.

¹²⁴ KANT, 2005: §20, 274, 93. Énfasis del original.

¹²⁵ HATTENHAUER, 1987: 68. Énfasis añadido.

pieza clave del organigrama del derecho civil moderno y cuya expresión más cristalina está en la esfera contractual, precisamente, de la mano de la autonomía privada. Así expone el autor la influencia de la visión kantiana sobre el contrato en el posicionamiento de las nociones de consentimiento y autonomía en los asuntos contractuales,

[s]entadas estas bases, no resultó difícil deducir de ellas otras teorías jurídicas, que culminaron en el reconocimiento de la *autonomía privada*. En cuanto el contrato era confirmación de la libertad civil, no se podía permitir que nadie dictase a una persona normas reguladoras de sus negocios jurídicos. Cada uno debía decidir solo y por sí mismo si, y en qué condiciones, quería poner a disposición de otro una porción de su libertad¹²⁶.

La influencia del esquema kantiano acerca de la autonomía de la voluntad para la legitimidad de nuestras obligaciones morales y jurídicas se transparentó gracias al trabajo intelectual de Charles FRIED, cuya posición se analizará a continuación¹²⁷.

4. CONTRATO COMO PROMESA

La publicación de *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* en 1981, constituye una articulación trascendental para la fundamentación moral de la obligatoriedad del contrato. De acuerdo con FRIED, en sus relaciones de cooperación, los individuos suponen que el resto de los partícipes no solo respetarán sus derechos, sino que además participarán activamente en la materialización de sus intereses. Si dicha suposición es acompañada de la convicción según la cual los demás actuarán conforme a un estándar de corrección moral, entonces, es posible afirmar que se confía en aquel supuesto.

El valor de la confianza se encuentra asociado a la promesa. Esta brinda fuerza a la confianza y deviene en su efectiva normatividad. En la ejecución de una empresa o una actuación determinada que procura la satisfacción de intereses propios, una vez que el agente decide no efectuarla por sí mismo sino de un modo conjunto, la promesa cobra el valor que FRIED le atribuye. Al desarrollar voluntariamente una promesa de actuación, nuestras expectativas se centran sobre la confianza en la ayuda prometida. De ahí que al prometer «[...]»

¹²⁶ HATTENHAUER, 1987: 69. Énfasis del original.

¹²⁷ Una versión anterior sobre el análisis del contrato como promesa y su discusión contemporánea que gobierna la sección siguiente, puede consultarse en PEREIRA FREDES, 2010b: 49-72 y en PEREIRA FREDES, 2016.

transformamos una elección moralmente neutra en moralmente apremiante»¹²⁸. Así, la promesa sirve de insumo moral para la confianza, proveyéndole de su fuerza normativa en la verificación de la acción o prestación prometida. Después de formulada la promesa, su transgresión se estima incorrecta, no obstante la misma actuación resultaba irrelevante para los agentes antes de su verificación.

Un aspecto significativo del entendimiento de FRIED radica en no agotar suficientemente su comprensión del término promesa. Desde su modo de ver, la promesa constituye una comunicación verbal cuya carga moral se expresa según la veracidad o no que tenga aquello que se dice. Un acto de habla tiene una pretensión de verdad respecto a la afirmación que se formula, pero la promesa implica comprometerse a actuar con posterioridad. Es una oferta potencial de actuación que se evalúa correcta o incorrectamente según se mantenga o quebrante la promesa. De lo anterior no se sigue que el promitente no pueda cambiar de propósito o evaluación respecto al mismo. En efecto, es plenamente libre para modificar sus motivaciones, mas no lo está para romper la promesa formulada¹²⁹.

No sin dificultades, FRIED asume una estrategia argumentativa según la cual, para determinar el papel moral de la promesa, es necesario descartar ciertas ideas que cotidianamente se predicarían de la formulación de una promesa. Ya mencioné que la promesa no coincide necesariamente solo con la verdad de la intención que se sostiene. Tampoco lo hace el eventual beneficio que es posible obtener o el daño que se puede causar con el incumplimiento de la promesa. De una parte, si el agente cambia de parecer con posterioridad a la formulación de la promesa, y obtiene una ganancia, esta se consideraría como injusta, exigiéndosele la restitución de lo que indebidamente ha adquirido. Pero dicha injusticia no se genera del enriquecimiento ni es fuente de la obligatoriedad de su restitución. Y, de otra, al reducir la fuerza moral de la promesa al daño que sufre el contratante, que actúa por la confianza que le inspira la promesa del promitente y los daños que sufriría si se rompe, se incurre en el mismo problema. Defraudar la confianza depositada en la promesa constituiría

¹²⁸ FRIED, 1996: 20.

¹²⁹ John L. AUSTIN afirmó que el prometer constituye un ejemplo de un verbo realizativo del cual se formulan emisiones realizativas. Dicha emisión se encuentra constituida por un solo acto y no está configurado sobre la base de dos actos, en que el acto prometido se encontraría precedido de un acto psicológico o mental del agente. FRIED, por el contrario, concibe el acto de prometer mediante una estructura compleja, conjugada a partir de dos actos correlativos; a saber, la comunicación verbal y el comportamiento futuro que se sigue de la respectiva locución. Para el entendimiento de AUSTIN, véase AUSTIN, 1999: 419-434.

la justificación para la obligación de compensar el daño causado, así como también fundamenta la obligación de restituir lo injustamente ganado, pero supone que el agente es responsable en tanto pudo haber previsto que el móvil de la acción del otro radica en la confianza y también respecto al daño que se le causaría al quebrantar la misma¹³⁰.

Siguiendo a FRIED, la actuación que nos demanda una promesa no solo hace referencia a la sinceridad actual, sino a la confianza respecto de una actuación futura. De ahí que la formulación de la promesa conlleva el valor de verdad de la afirmación y, a su vez, importa necesariamente el compromiso de realizar algo que excede la veracidad de la intención manifestada. Lo peculiar de la explicación es reconocer que la apelación del beneficio y la actuación por confianza intentan explicar la fuerza de la promesa, a partir de dos de sus efectos característicos. Sin embargo, la vigencia de ambas explicaciones depende de reconocer previamente la fuerza del compromiso¹³¹. Resulta paradójico que ello se resuelva en la medida en que aceptemos la circularidad del argumento; la promesa tiene valor en un supuesto particular si se asume previamente su fuerza general.

Solo a partir de esto es posible efectuar la atribución moral de los efectos producidos intencionalmente. Tal reconocimiento, piensa FRIED, está detrás de toda estructura convencional, sean las instituciones jurídicas, las prácticas y, en general, aquellas estructuras de índole lingüística. Después de todo, prometer es una convención que corresponde a un uso del lenguaje y reconoce una diversidad de propósitos particulares. Así, al comprometernos podemos realizar actos de generosidad, garantizando que el otro pueda verificar su proyecto, pero más allá de esta inspiración altruista del compromiso, lo central radica en la ganancia recíproca que demanda la obligatoriedad de la promesa.

Es cierto que el planteamiento de FRIED aún no clarifica por qué el agente está obligado a cumplir una promesa. Si bien el autor sugiere una noción de la promesa, según la cual esta consiste «[...] en una manera en que me puedo obligar a mí mismo en favor de otro, de modo que éste pueda esperar una prestación futura; y de este modo, el obligarme a mí mismo es algo que puedo elegir»¹³², no demuestra en qué sentido el prometer implica una obligación

¹³⁰ Un antecedente temprano sobre esta discusión, en SHARP, 1934: 27-53. Para el cuestionamiento de esta tesis, véase SHAVELL, 2005: 1-28.

¹³¹ FRIED, 1996: 24.

¹³² FRIED, 1996: 28.

moral de cumplir la promesa, aunque su observancia sea inconveniente o costosa para el agente. Dicha labor se sostiene en dos alternativas posibles: las sanciones externas y la obligación moral. Respecto de esta última, FRIED rechaza que la mantención de la promesa se justifique mediante un argumento de mera utilidad, afirmando que su obligatoriedad descansa en la autonomía individual y la confianza en su cumplimiento¹³³.

En este sentido, la obligación individual a la cual se da origen en virtud de la promesa exige a su autor mantenerla, porque este ha invocado una convención que otorga fundamentos morales para que la otra parte tenga la expectativa de que la promesa será cumplida. Incumplir la promesa conlleva abusar de la confianza que libre e intencionalmente formuló, y cuya expectativa de observancia fue generada por el propio promitente. De ahí que la transgresión de la confianza se asimile, pero no equivalga en estricto rigor a mentir; ya que el promitente se aprovecha «[...] de una institución social compartida que tiene por objeto apelar a los lazos de confianza»¹³⁴. Pero ambos, quien miente como quien rompe una promesa libremente manifestada, están usando al otro; pues generan expectativas basadas en la confianza y, mediante la incorrección respectiva, abusan de aquella. La obligatoriedad de la promesa se extiende más allá del deber de decir la verdad, ya que la pretensión de verdad se verifica en el momento en que afirma el enunciado lingüístico y, en cambio, la promesa obliga hacia futuro, extendiendo su observancia aún con posterioridad a su formulación.

A diferencia de la propuesta utilitarista, que afirma –según fue revisado– la importancia de hacer cumplir el contrato por las consecuencias beneficiosas que se producirían para los ciudadanos, la adopción del contenido moral del deber de su cumplimiento concibe la promesa como un instrumento generado por agentes morales libres, y cuya fuerza se sustenta en la confianza mutuamente depositada. En términos generales, el promitente tiene un deber de mantener su promesa y en el ámbito contractual, en tanto dimensión particular, la promesa contractual tiene la peculiaridad de que su obligatoriedad es también jurídica. FRIED es categórico respecto a la continuidad conceptual entre el contrato y la promesa: «[...] puesto que el contrato es una promesa antes que ninguna otra cosa, debe cumplirse del mismo modo»¹³⁵.

¹³³ FRIED, 1996: 30.

¹³⁴ FRIED, 1996: 30.

¹³⁵ FRIED, 1996: 31.

Al contextualizar la intuición de FRIED en el marco de la filosofía kantiana, de la cual el primero reconoce su conexión, es posible obtener resultados clarificadores para la evaluación de la concepción clásica del contrato o, en términos del autor, la idea del contrato como promesa. La tesis de KANT, de inspiración deontológica, supone que no es posible encontrar nada que sea bueno en sí mismo, salvo la buena voluntad. Dicho estándar normativo se alcanza en la medida en que las acciones sean ejecutadas por deber y no por inclinación. Una acción es correcta por el motivo de deber que exige necesariamente su cumplimiento, con prescindencia de las consecuencias beneficiosas que eventualmente se puedan seguir de aquel. Solo cuando se actúa por deber la máxima individual alberga un contenido genuinamente moral. Así, el valor moral de la acción no radica en el propósito que aquella persigue, sino en virtud del principio del querer debido al cual ha sucedido tal acción, al margen de las consecuencias que se pudieren producir.

Según el KANT, el deber «[...] *significa que una acción es necesaria por respeto hacia la ley*», y de ahí que únicamente actuar por representación de la ley en sí misma constituye un bien moral para los seres racionales¹³⁶. De acuerdo con la razón práctica, para que una acción tenga valor moral es necesario que sea derivada a partir de leyes y, de tal modo, la voluntad fuere restringida y determinada según la razón. La regla suprema de moralidad se encuentra exclusivamente asociada a mandatos, como expresiones del deber ser, que expresan una acción como objetivamente necesaria por sí misma, con indiferencia de algún fin ulterior, y que KANT identifica con el imperativo categórico¹³⁷. Como verdadero imperativo de la moralidad, este reconoce su valor en la formulación autónoma del agente moral: es la libertad fundada en el mundo nouménico la cual le permite al individuo limitar su voluntad, predicando racionalmente sus acciones de leyes objetivas. De este modo, el agente moral se configura como un legislador universal a través de sus máximas de la voluntad.

La noción de promesa en KANT constituye un ejemplo al cual recurre en numerosas ocasiones para desarrollar su argumentación. Precisamente, desde esta visión el deber de cumplir una promesa puede entenderse en términos de un imperativo categórico. Para KANT la máxima «no debes prometer con engaño» no se formula como un consejo que invita a ponderar el posible descrédito, que eventualmente le significaría al promitente ser descubierto, sino que

¹³⁶ KANT, 2005: §A 14, 74. Énfasis del original.

¹³⁷ KANT, 2005: §A 49, 94.

le implica una prohibición de forma incondicionada. Su carácter apodíctico deviene en la obligatoriedad del cumplimiento de la promesa, pues la máxima que la contiene importa la necesidad de una acción que en sí misma se estima buena. No obstante, el uso de la promesa como expresión de una máxima con mérito moral puede problematizarse a la luz de la primera formulación del imperativo categórico. Dicha regla reza en los siguientes términos: «[...] obra sólo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en una ley universal»¹³⁸. Aquella da cuenta de la necesidad de un precepto para obrar –como lo es la observancia a las promesas libremente formuladas– que pueda universalizarse y exigirse respecto de todos los seres racionales, sin excepción.

No cabe duda de que el cumplimiento de las promesas conlleva adecuarse a un criterio de corrección moralmente válido, pero en el esquema kantiano puede enfrentar dificultades respecto a la imposibilidad de desatender de manera absoluta una orientación hacia las consecuencias de nuestras acciones. Una interpretación contra-fáctica de la máxima que envuelve a las promesas exige evaluar los efectos que su quebrantamiento produciría tanto en el agente como en la sociedad. Después de todo, defraudar la confianza depositada en la promesa no solo importa vulnerar la propia voluntad expresada, cuya mantención es garantizada por la confianza que respecto de ella existe, sino también importa poner en riesgo el sistema de intercambio cooperativo basado en la confianza recíproca. Si no se observaren las promesas libremente formuladas, no sería posible articular un modelo social en el cual sea posible satisfacer nuestros intereses y alcanzar los propósitos mediante actuaciones conjuntas. La fidelidad a las promesas posee un valor intrínseco y de ahí que deban necesariamente respetarse pues, de lo contrario, se producirían efectos significativamente negativos para la humanidad.

FRIED pareciere hacerse parte de esta lectura teleológica del planteamiento ético kantiano, en tanto asimila buena parte del valor de respetar la máxima, según la cual debemos cumplir nuestras promesas en las consecuencias perniciosas que su quebrantamiento ocasionaría al ámbito contractual en particular y, a la confianza entre los miembros de la sociedad, en general. Pese a concluir estableciendo que «[...] en virtud de los principios kantianos básicos de confianza y respeto, es incorrecto invocar esta convención [la práctica de prometer] para

¹³⁸ KANT, 2005: §A 52, 104. Énfasis del original.

hacer una promesa y luego romperla», descuida en su justificación ideas centrales en el pensamiento del prusiano como lo son la autonomía individual y la dignidad¹³⁹.

Actuar por principios que poseen un valor intrínseco importa observarlos sin que su valor radique en el provecho o utilidad que ello conlleva, ya que su cumplimiento responde al respeto inmediato a máximas de la voluntad, aun cuando no sean favorecidas por el éxito. Si esto es así, el ser racional autónomamente se obliga, y solo obedece a las leyes que él mismo ha legislado y de acuerdo con las cuales sus máximas pueden formar parte de la legislación universal, a la cual asimismo se somete. La observancia a dichas normas determina el valor incondicionado e incomparable que constituye el ser racional, a quien se le reconoce su propia naturaleza como fin en sí mismo y legislador en el reino de los fines. Según KANT, «[...] la *autonomía* es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional»¹⁴⁰.

Incluso si se aceptare la dimensión normativa inmediata de la primera formulación del imperativo categórico, que afirma la máxima de no prometer falsamente, la identificación de esta como un deber moral y jurídico no es tan evidente, como podría en principio sugerirse. Sharon BYRD y Joachim HRUSCHKA han apuntado que el deber que KANT discute en la *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, es el deber de no mentir, que es un deber ético, pero no necesariamente constituye un deber jurídico¹⁴¹. Un deber jurídico se diferencia de uno de carácter ético, en tanto el primero supone la existencia de un derecho cuyo cumplimiento se debe respecto a los demás y, en cambio, el segundo expresa un derecho que se debe a uno mismo. Así, formular una promesa falsa para obtener ventajas ulteriores, indudablemente verifica la violación de un deber ético del promitente en su relación consigo mismo, pero dicha violación se extiende también a una obligación jurídica siempre que la mentira atente contra los derechos de las demás personas. De ahí que el propio KANT afirme en *La metafísica de las costumbres*, que mentir no se encuentra generalmente prohibido por la ley natural, como causa de los derechos innatos de los individuos, quienes pueden realizar las declaraciones o promesas que estimen convenientes, con independencia de su valor veritativo, honestidad o deshonestidad, mientras no perjudiquen a los demás.

¹³⁹ FRIED, 1996: 31.

¹⁴⁰ KANT, 2005: §A 79, 125.

¹⁴¹ BYRD y HRUSCHKA, 2006: 48.

Las dificultades para justificar la obligatoriedad de cumplir las promesas contractuales, como lo he indicado, se presentarían particularmente con la primera expresión del imperativo categórico, pero la segunda fórmula de la regla de la moralidad kantiana parece apoyar parcialmente dicha obligación¹⁴². De acuerdo con KANT, el imperativo práctico prescribe: «[o]bra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como un fin y nunca simplemente como medio»¹⁴³. Si el promitente ya ha obtenido un beneficio a partir de su promesa, y luego no observa su propia obligación, daría cuenta del tratamiento de la promesa como un simple medio necesario para alcanzar una determinada ganancia. Con todo, esta explicación reclama por la ventaja y el consecuente perjuicio que genera el incumplimiento de la promesa, en circunstancias que numerosas figuras contractuales exigen jurídicamente el cumplimiento de la promesa al que promete llevarla a cabo, a pesar de que el beneficiario de la promesa aún no haya sufrido –ni tampoco sufrirá– perjuicio alguno por la inejecución de lo prometido.

Cabe observar que el estudio de FRIED denota principalmente el pensamiento de KANT expresado en su *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, sin abarcar de modo exhaustivo lo señalado en *La metafísica de las costumbres*, obra en que efectivamente se analiza la promesa como una institución propiamente jurídica. Allí el autor esgrime su pensamiento acerca del derecho, mientras que en la primera obra plasma su filosofía moral. Ya hemos indicado que el cumplimiento de la promesa tiene un valor absoluto, pues ella supone una máxima autónomamente formulada por el ser racional y que es, además, susceptible de universalización. Pero el valor de la confianza posee un valor intrínseco, con anterioridad a las consecuencias contingentes que podían reportársele al agente. Sin embargo, la promesa obliga como una máxima perteneciente a la voluntad universalmente legisladora y no en virtud de su peculiar condición jurídica.

Distinto es el entendimiento que KANT tiene de la promesa en su doctrina general del derecho. En este contexto, el contrato consiste en el acto de arbitrio unificado entre dos individuos conforme al cual lo suyo de uno pasa a ser del otro. En los contratos existen dos actos jurídicos del arbitrio, por una parte, los preparatorios y, por otra, los constitutivos. Los primeros radican en la oferta y la aprobación y, en tanto, los segundos son la promesa y la

¹⁴² En este sentido, BYRD y HRUSCHKA, 2006: 52.

¹⁴³ KANT, 2005: §A 66-67, 116. Énfasis del original.

aceptación¹⁴⁴. Así, la promesa constituye un acto jurídico de conclusión, que lo diferencia del ofrecimiento preliminar que requiere la aquiescencia del receptor, y por la cual aún no se adquiere nada. A la voluntad de ambas partes individualmente expresadas se requiere su convergencia en el consentimiento, ya que para que lo suyo del promitente pase al aceptante debe configurarse una voluntad unificada de ambos, mediante actos que se suceden temporalmente. Según KANT, es posible que el agente que formula una promesa que su receptor desea aceptar, pueda arrepentirse dado que antes de la aceptación del segundo, el primero aún es libre; y por la misma razón, tampoco el aceptante seguirá ligado a su declaración que sucedió a la promesa¹⁴⁵.

De acuerdo con este punto de vista, el ser racional podría distinguir entre un deber de observancia objetivo respecto a una máxima individual que puede ser al mismo tiempo una ley universal y la promesa, como acto jurídico conclusivo de la voluntad común, que sí admite un rompimiento mientras el promitente se entienda que permanece en libertad. Ambas visiones aceptan esta facultad de cambiar de parecer del ser racional, aun cuando ello conlleve el resarcimiento de los perjuicios de la parte aceptante. Sin embargo, para KANT el fundamento de por qué debemos cumplir nuestras promesas era bastante más evidente que para FRIED. En efecto, cualquier ser racional por sí mismo comprende que debemos cumplir las promesas, pues dicho precepto constituye un imperativo categórico que prescinde de toda condición sensible o fáctica, incluso en lo que concierne al concepto jurídico del término¹⁴⁶.

En el tercer capítulo de esta investigación se retornará al planteamiento de FRIED y el contrato como promesa. La primera razón es sencilla de intuir: se trata de la fundamentación normativa de la obligatoriedad contractual de mayor impacto en la filosofía del derecho de contratos. La segunda razón, y menos evidente, radica en que la alternativa de fundamentación del efecto vinculante del contrato esbozada por la tesis del contrato como promesa será puesta a prueba, para efectos de evaluar en qué medida la fuerza obligatoria contractual no es una cuestión que concluye en la promesa moral que se efectúan mutuamente los contratantes. Una vez que sea explicitada la propuesta de fundamento normativo que aquí es defendida deberá cotejarse su rendimiento justificativo sobre la visión de FRIED. Esto nos

¹⁴⁴ KANT, 1989: §19, 90.

¹⁴⁵ KANT, 1989: §19, 91.

¹⁴⁶ En este sentido, KANT, 1989: §19, 92-93.

trasladará a la noción de autonomía y, en particular, a la forma cómo ese término debe entenderse en el aparentemente *nuevo* derecho de contratos. Mientras tanto nos detendremos en demarcar el contexto intelectual en el cual se mueven los cuestionamientos que han sido revisados desde el inicio de este capítulo.

5. EXCURSO: FILOSOFÍA DEL DERECHO PRIVADO E INTERNALISMO

Un punto que ha quedado pendiente en el despliegue de la presente investigación es explicitar las coordenadas intelectuales bajo las cuales se instaló su punto de partida. Cuando situamos nuestra reflexión en los posibles fundamentos de la obligatoriedad de la relación contractual y deslizamos distintas preocupaciones relativas a los propósitos del derecho privado, indagamos acerca de la identidad, justificación y sentido del derecho privado. Se trata de cuestiones indispensables para la filosofía del derecho privado, cuya reflexión teórica progresivamente ha protagonizado los estudios anglosajones sobre esta esfera de lo jurídico y recientemente comienza a ganar terreno en el contexto continental. Mientras que la teoría del derecho privado constituye la aproximación desde la cual se formulan estas intuiciones, el internalismo es una de las posiciones de mayor relevancia en el escenario contemporáneo. Ya hemos hablado de que WEINRIB propone una visión interna del derecho de contratos en particular, así como del derecho privado en su conjunto. Esto cobrará una importancia capital durante los capítulos tercero, cuarto, quinto y sexto de esta investigación.

La estrategia de ubicar la filosofía del derecho privado y su perspectiva interna en la clausura de este primer capítulo y no hacerlo para introducirlo, obedece a implementar una estrategia *hermenéutica* en el despliegue argumentativo de la investigación. Una vez planteado el problema y desarrolladas las alternativas disponibles para encararlo, ya nos encontramos sobre las arenas de la filosofía del derecho privado. La reconstrucción de su historia intelectual y el esclarecimiento de su bagaje conceptual y aspiraciones, en tanto, han quedado como consideraciones posteriores. Estas contribuyen a interpretar el significado de las cuestiones que están en juego, al discutir acerca de la justificación del efecto obligatorio de los contratos. Reflexionar sobre el derecho privado no exige necesariamente abordar el problema *desde* la filosofía del derecho privado, pero sí importa establecer al menos

retrospectivamente el lugar desde el cual provienen sus observaciones. El lector podrá familiarizarse directamente con el objeto de estudio de este primer capítulo y, con posterioridad, conocer el contexto teórico bajo el cual aquel se inserta.

El posicionamiento de este apartado refuerza la idea de autoreflexión que acompaña a la filosofía del derecho privado, en la medida en que el análisis filosófico acerca de esa área del derecho resulta más común de lo que pudiere en principio estimarse. Desde luego, el cuestionamiento sobre los fundamentos y propósitos del derecho privado no comenzó al acuñarse el término ‘filosofía del derecho privado’ en la comunidad académica. Por ello, he optado por abordar directamente el problema filosófico de la fundamentación de la fuerza obligatoria del contrato, implementando su marco teórico, perspectivas y herramientas conceptuales que están allí en disputa, sin explicitar *que se trata* de un ejercicio de filosofía del derecho privado ni *que se inserta* en un contexto intelectual que ha logrado afianzarse tanto en el contexto anglosajón como continental. Una forma de aprender de nuestras prácticas es examinarlas a la luz como estas cotidianamente se despliegan, sin necesidad de explicitar todos los presupuestos teóricos que traen aparejados.

En el plano cotidiano –según sospecho– reflexionamos filosóficamente acerca del derecho privado en mayor medida de lo que se cree. Por ello, preferí mostrar antes *una* expresión de la filosofía del derecho privado y, al terminar su recorrido, articular la teoría que busca disciplinar esta clase de preocupaciones. Un cierto parangón se encuentra en las investigaciones sobre análisis conceptual de P. F. STRAWSON. En ese lugar, el autor suscribió una *metafísica descriptiva* que en lugar de sustituir el equipamiento conceptual que tenemos y usamos a diario, buscaba describirlo y agudizar nuestra comprensión acerca de este. Pese a que en la práctica parece que tenemos un perfecto dominio acerca de los conceptos más fundamentales de nuestro lenguaje, empleándolos en las prácticas lingüísticas ordinarias, carecemos de una explicitación o sistematización de la teoría que regula su uso. La labor del filósofo analítico, pensaba agudamente STRAWSON, era modesta pues se contentaba con explicitar la teoría del uso de los conceptos que usamos. Como observó, «[e]n nuestras transacciones con el mundo manejamos un bagaje conceptual enormemente rico, complicado y afinado, pero ni se enseña, ni se podría enseñar, a dominar los elementos que integran este

formidable bagaje cuando se nos enseña la *teoría* de su empleo»¹⁴⁷. Sin lograr encajar todas las piezas del puzle y sin habérsenos enseñado la *teoría* del derecho privado, es posible efectuar y, en efecto, un ejercicio similar se ha deslizado con anterioridad.

Si lo anterior fuere correcto, la ocupación del filósofo no es tan distinta, entonces, de la tarea que le compete al filósofo del derecho privado. Según STRAWSON, el filósofo busca «[...] conseguir una explicación sistemática de la *estructura conceptual* general de la que nuestra práctica diaria muestra que tenemos un dominio tácito e inconsciente»¹⁴⁸. El filósofo del derecho privado, parafraseando sus palabras, puede contribuir a sistematizar y refinar el *tipo* de reflexiones que a menudo tenemos acerca de la identidad, los fundamentos y aspiraciones de las distintas preocupaciones del derecho privado. He echado mano a esta analogía del oxoniense porque puede ilustrar el sentido de la estrategia diseñada para dar cuenta de la reflexión filosófica sobre la fuerza obligatoria del contrato y, con posterioridad, las coordenadas de análisis, metodología y parámetros que provee la contemporánea filosofía del derecho privado.

¿Por qué cabe hablar de la filosofía del derecho privado? El programa de investigación del derecho privado se ha ampliado 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 de este excursus, se presentará el proyecto de la filosofía del derecho privado, evaluando críticamente sus pretensiones y proyecciones en el marco de los estudios sobre el derecho privado. En primer lugar, se mostrará el contexto en el cual es articulada la filosofía

¹⁴⁷ STRAWSON, 1997: 49. Énfasis del original.

¹⁴⁸ STRAWSON, 1997: 50. Énfasis del original.

del derecho privado. En segundo lugar, en tanto, se reflexionará respecto de los propósitos y explicaciones que cabe exigir de la filosofía del derecho privado. Estas consideraciones cobrarán especial relevancia durante el capítulo final de la investigación, cuando precisamente se indague la posible recomposición de la fundamentación tradicional del derecho de contratos y sea evaluada su repercusión en la manera en que puede repensarse el derecho privado. El notario protagonismo que alcanza la obra de WEINRIB en estos apartados está justificado porque su comprensión acerca del derecho privado será críticamente evaluada a la luz la de formulación de la idea de derecho privado robusto en las secciones finales de esta empresa.

5.1 Internalismo y externalismo

Hablar de la tensión entre internalismo y externalismo en el derecho privado puede resultar irremediadamente 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 este 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 filosóficas sobre el derecho privado no comenzaron con este escenario contemporáneo, pero en este contexto cobraron las dimensiones teóricas que hoy en día lo caracterizan¹⁴⁹.

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»¹⁵⁰. Al esgrimir su comprensión sobre el derecho privado, a partir de una *idea* de este, invitó a concentrar los

¹⁴⁹ 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, 2014: 11.

¹⁵⁰ WEINRIB, 2017: 5.

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 filosofía del derecho privado.

El externalismo, también llamado funcionalismo o instrumentalismo, está genéricamente vinculado al análisis económico del derecho¹⁵¹. 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 provenientes 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 el 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»¹⁵².

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 propiedad¹⁵³. Mientras que en la primera se problematizó la

¹⁵¹ 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 y SHAVELL, 2002: en especial, 15-81, 381-402.

¹⁵² COOTER y ULEN, 1998: 237.

¹⁵³ De acuerdo con 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 del derecho basados en alguna noción

postura sobre la 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 de la regla jurídica que consagra la fuerza vinculante del contrato –como ocurre en el sistema jurídico chileno con base en el artículo 1545 del Código Civil– sugieren que, si el contrato es legalmente celebrado, este 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. Del modo en que se adelantó, la tesis del incumplimiento eficiente muestra 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 contrato¹⁵⁴.

La fractura promovida entre las cuestiones de justificación de lo jurídico y las 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 para intercambiar recursos escasos y satisfacer necesidades individuales¹⁵⁵. 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 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, 2004, pp. 687-751.

¹⁵⁴ 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, 1996. Una evaluación crítica de dicha aproximación en PEREIRA FREDES, 2010b: 49-72.

¹⁵⁵ Acerca de la teoría económica del contrato, véase, POSNER, 2005: 138-147.

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, este es interpretado como «[...] el marco legal para la asignación de los recursos y la distribución de la riqueza»¹⁵⁶. 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 propiedad¹⁵⁷. 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 estos 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 contra-intuitivo, no siempre quien causa un daño en otro propietario debe responder íntegramente de este. 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, mejorado 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.

¹⁵⁶ COOTER y ULEN, 1998: 100.

¹⁵⁷ COASE, 1960: 1-44.

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 WEINRIB¹⁵⁸. 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 sus propósitos¹⁵⁹. Desde 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 solo está implicado indirectamente en la investigación funcionalista»¹⁶⁰. Una vez que son identificados los fines sociales que persigue el externalismo, el derecho privado únicamente importa en la medida

¹⁵⁸ Esto es parcialmente admitido por WEINRIB al sostener que «[e]l argumento de la incompatibilidad estructural no está restringido al análisis económico; este se extiende a toda propuesta instrumental del derecho privado». WEINRIB, 2012b: XII.

¹⁵⁹ A Weinrib llamó tempranamente su 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, 1980: 307-332.

¹⁶⁰ WEINRIB, 2012b: 4.

en que este permite o frustra la consecución de estos propósitos. El derecho privado solo 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 contemporánea del derecho privado¹⁶¹. 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 este 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 son los propósitos a los cuales debiere conducirse. Revisemos, a continuación, con mayor detención la posición 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 solo en la contraposición con el funcionalismo. De acuerdo con WEINRIB, el derecho privado debe ser comprendido internamente, es decir, desde dentro de su estructura institucional y conceptual. Tal como para 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 intervinientes¹⁶². 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.¹⁶³ El

¹⁶¹ 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, 2007: 10.

¹⁶² Se regresará sobre esta conexión en los capítulos III y VI.

¹⁶³ WEINRIB, 2012b: 8.

derecho privado se encuentra configurado mediante un diseño correlacional en que «[...] los litigantes se encuentran directamente conectados uno del otro»¹⁶⁴. Esto lo diferencia radicalmente del derecho público, en que las personas solo 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, solo puede ser comprendido desde lo que es y significa para quienes participan de esta interacción inmediata¹⁶⁵.

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 este es inteligiblemente interno? En relación con el cuestionamiento sobre qué es el derecho privado, es necesario abandonar cualquier propuesta de conceptualización que pudiere estipularse, optando por develar aspectos que son distintivos de la experiencia del derecho privado. De manera tal que este 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 deberes¹⁶⁶. La esfera conceptual, por su parte, envuelve un elenco de derechos y deberes correlativos que transparentan la relevancia del daño¹⁶⁷.

¹⁶⁴ WEINRIB, 2012b: 8.

¹⁶⁵ Steve HEDLEY ha observado que la posición 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, 2013: 89-116.

¹⁶⁶ WEINRIB, 2012b: 10.

¹⁶⁷ Son iluminadoras las siguientes directivas formuladas por WEINRIB en otro de sus trabajos. «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

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 solo pertinente para quienes las 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 que el funcionalismo concibe que las acciones civiles constituyen mecanismos para que un agente defienda intereses colectivos, evitando la conducta ineficiente del demandado, el internalismo afirma que esas acciones solo 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 con el 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 injustificado¹⁶⁸.

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 para su dinamismo. Este aspecto se encuentra garantizado por tres consideraciones.

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, 2011: 191-192.

¹⁶⁸ 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 con base en *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, 1994: XIV.

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 con sus dimensiones institucionales y conceptuales. En tercer lugar, por último, 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»¹⁶⁹. 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»¹⁷⁰.

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

¹⁶⁹ WEINRIB, 2012b: 14.

¹⁷⁰ WEINRIB, 2012a: 13.

aspecto significativo de esta propuesta es que, en distintos sentidos, ella responde a una comprensión moderna acerca del derecho y exige una 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’¹⁷¹. 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.

Al 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 que 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 autoreflexión. 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 este. La tendencia a resguardar la composición histórica del derecho privado, conservando que este 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 con esta versión, el agente considera que el medio en que se desenvuelve es una

¹⁷¹ PEÑA GONZÁLEZ, 1995: 327-348.

constante. Así, solo su comportamiento puede 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. Esta 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, este «[...] 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»¹⁷².

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 debiere encaminarse a una nueva configuración, adoptando expectativas que, si bien son exógenas al sistema jurídico privado, determinan buena parte del actual potencial explicativo del derecho privado sobre condiciones sociológicas radicalmente distintas a las vigentes en su surgimiento. Desde

¹⁷² ELSTER, 1989: 39.

luego, la apuesta por un derecho privado moderno o contemporáneo es un argumento persuasivo para inclinar la balanza a su favor. Sin embargo, en este estudio se ha 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 irremediablemente 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 jurídico¹⁷³. 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 este 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 solo 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 filosofía del derecho privado pueden existir 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 pueda dejar de ser lo que es¹⁷⁴.

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,

¹⁷³ Al respecto, véase, PEREIRA FREDES, 2014: 109-151.

¹⁷⁴ De acuerdo con 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 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, 2012: 83-104.

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 filosofía 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 con 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 individuos¹⁷⁵. 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 modelo de racionalidad estratégica la normatividad del derecho privado desaparece. El análisis económico del derecho, según fue visto, 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 estos 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 estos 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 solo constituyen incentivos o desincentivos para situaciones socialmente deseadas o bien ineficientes. Desde un punto de vista externo de comprensión, la

¹⁷⁵ 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, 1963: 35. Énfasis del original. 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, este 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, 2015b: 61-78. Los rasgos comunes que median entre ambos regímenes están destacados en HONORÉ, 1999: 68 y ss.

normatividad del derecho es disuelta en términos de incentivos o desincentivos, de acuerdo con 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 tradicionalmente consagra la responsabilidad extracontractual estricta es aquella que establece dicho régimen de atribución de los daños al agente dañoso que tiene un animal fiero que ha causado daño, tal como se dispone en el artículo 2327 del Código Civil chileno. De acuerdo con 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 este alegare que no pudo impedir el daño causado, no será oído¹⁷⁶. 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 que este provoque daños a terceros, aquel no será oído, imputándosele irremediamente su responsabilidad civil¹⁷⁷.

Stephen A. SMITH ha reivindicado las pretensiones normativas del derecho privado¹⁷⁸. 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

¹⁷⁶ El legislador chileno hace referencia a que quien tiene el animal fiero no será eximido de responsabilidad.

¹⁷⁷ 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 mediante un conjunto de criterios, siendo uno de estos, 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, 2006: 112-115.

¹⁷⁸ SMITH, 2011: 215-242.

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 con 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 aquellas 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 estas poseen y no así por las consecuencias que se seguirán de su acatamiento.

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 improcedente explicar su conducta únicamente en base a los incentivos fijados por las reglas jurídicas. A pesar de 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 sanciones¹⁷⁹.

En tercer lugar, la normatividad del derecho no solo permite entender el carácter normativo de las reglas jurídicas que componen su estructura, sino también para comprender las órdenes

¹⁷⁹ SMITH, 2011: 221-229.

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 aquel, constituyen prácticas establecidas por las reglas jurídico-privadas. Los tribunales formulan órdenes que los demandados deben efectuar mediante distintas prestaciones, la cuales, 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. Como observa el punto, «[d]esde 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»¹⁸⁰.

La cuestión, entonces, se presenta vinculada a la posibilidad de comprender el derecho privado si extirpamos su normatividad. Según SMITH, «[...] 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»¹⁸¹. Desde WEINRIB, en tanto, las cosas no debieron 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 solo la aspiración del derecho privado que, en términos de WEINRIB, es ser

¹⁸⁰ SMITH, 2011: 229.

¹⁸¹ SMITH, 2011: 216.

derecho privado es de carácter normativa, sino que la estructura dual que formalmente lo representa, 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 fue indicado, 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. Desde este punto de vista, la estructura formal del derecho privado implica que el derecho privado debe necesariamente perseguir propósitos consistentes con su inteligibilidad interna¹⁸².

Como es sabido, 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 solo 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 privado¹⁸³.

¹⁸² La lectura de WEINRIB respecto del formalismo como una teoría de la justificación jurídica se encuentra desarrollada en WEINRIB, 2010: 327-338.

¹⁸³ 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, 2012a: 9-37.

Por el momento no es relevante evaluar la afirmación de WEINRIB sobre la justicia correctiva y el derecho privado. Será particularmente relevante en el tramo final de esta investigación. Lo interesante por ahora radica en determinar que el internalismo concibe que los objetivos del derecho privado, para que este 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 internalismo y 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 este, entendido instrumentalmente, podría contribuir a obtener¹⁸⁴. 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 fue señalado 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 ininteligibilidad del derecho privado. Así, sus reglas jurídicas son

¹⁸⁴ 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 uno sin el otro. Sobre esta lectura, véase, HEDLEY, 2009: 193-214.

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 solo aceptando el carácter normativo del derecho privado es pertinente explicar

Una perspectiva externa sobre el sistema jurídico privado, por su parte, 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 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 que el primero descansa en una relación directa y correlacional entre los participantes, el segundo supone que estos se relacionan mediata e indirectamente a partir de las finalidades colectivas que han sido decididas por la autoridad política. Desde 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 privado¹⁸⁵.

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 de la desconfianza de WEINRIB sobre 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

¹⁸⁵ 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, 2014: 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 han legitimado la participación de los privados en la prestación de servicios públicos, favoreciendo su privatización.

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.

De acuerdo con el 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, «[l]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»¹⁸⁶.

5.2 Derecho privado y sus propósitos

La revisión esgrimida con anterioridad sirvió para dar cuenta del escenario a partir del cual es construida la reflexión contemporánea sobre el derecho privado. Sin embargo, es necesario prevenir un eventual equívoco. El desarrollo 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 filosofía 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 propósitos 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. Desde una óptica interna, las prácticas jurídicas privadas poseen

¹⁸⁶ WEINRIB, 2012b: 4.

fines propios y autónomos a los que otras disciplinas o fenómenos exógenos admiten como valiosos¹⁸⁷. Desde 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 sobre la base del 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 filosofía del derecho privado consistiría en explicar en qué consiste este, 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 con este diseño, la filosofía 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 y preocupaciones especialmente demarcadas.

Desde luego, la aparente 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. Quizá el lugar común de las distintas formas de efectuar filosofía del derecho privado es su estimación de que resulta irrenunciable un examen justificativo del derecho privado en términos valorativos. Tal creencia ha sido consagrada como un análisis sobre los fundamentos del derecho privado en sus distintas esferas, así como la clarificación

¹⁸⁷ 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 el amor. Este 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, 2012b: 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, 1996: 459-493.

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 WEINRIB, Benjamin C. ZIPURSKY y James GORDLEY pueden considerarse como las de mayor repercusión, en el contexto anglosajón, en que es adoptado el diseño dual antes propuesto, acerca de cómo organizar la reflexión de la filosofía contemporánea del derecho privado¹⁸⁸. Con relación a WEINRIB, la coherencia que este 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 esta visión 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 con 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*, estas tampoco pueden examinarse sino en términos de justicia correctiva. Resulta cristalino que no es análogo hablar de propiedad, contratos, daños y enriquecimiento injustificado. Se trata de parcelas cuyas racionalidades no tienen por qué traspalarse entre sí con facilidad¹⁸⁹. Así, por ejemplo, hay sectores del derecho privado cuya articulación es flexible a los propósitos

¹⁸⁸ 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; (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, 2004: 5.

¹⁸⁹ 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, 2013: 621-628.

correctivos sostenidos por WEINRIB, como lo es paradigmáticamente el derecho de restituciones y su expresión más característica, es decir, el enriquecimiento injustificado¹⁹⁰.

Pero estas zonas conviven con otras que muestran mayor reticencia para ser íntegramente interpretadas a la luz de algún criterio sustantivo. En el marco 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 víctima¹⁹¹. 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 disuasiva¹⁹².

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 de los riesgos y efectos contractuales¹⁹³. Finalmente, sería un intento en vano segregarse al derecho de propiedad de sus consecuencias redistributivas en la sociedad. El dueño no solo 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 comunidad¹⁹⁴.

Otros modelos de comprensión han atenuado esta apelación uniforme del derecho privado a la justicia correctiva¹⁹⁵. En la propuesta de ZIPURSKY hay una serie de elementos coincidentes

¹⁹⁰ El esfuerzo contemporáneo más relevante en la comprensión del enriquecimiento injustificado se encuentra en BIRKS, 2005. Una evaluación crítica sobre la fundamentación del derecho de restituciones de BIRKS está sólidamente presentada en WEINRIB, 2008: 21-45.

¹⁹¹ En este sentido, GARDNER, 2011: 1-50.

¹⁹² Su lectura en términos de una cuestión de justicia distributiva en PAPAYANNIS, 2014: en especial, 271-348. Bajo el prisma del igualitarismo, véase, KEREN-PAZ, 2016. Acerca de las dimensiones sancionatorias de la responsabilidad civil, en tanto, puede revisarse GOLDBERG y ZIPURSKY, 2014: 17-37.

¹⁹³ Un seminal ensayo sobre este aspecto en KRONMAN, 1980: 472-511.

¹⁹⁴ 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, 2010: 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, 2004: 752-814.

¹⁹⁵ 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 esta fue posteriormente reformulada por su

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 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 este 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 filosofía del derecho privado, está particularmente focalizado en el derecho de la responsabilidad extracontractual. Mientras que 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

concepción mixta. Para revisar el giro conceptual de COLEMAN, puede consultarse la tesis anuladora en COLEMAN, 1992: 349-379. A su vez, la versión mixta de la responsabilidad extracontractual se encuentra en COLEMAN, 2010: 309-331.

cuentan con estas facultades y están autorizados a ejercerlas y no en determinar por qué ciertos agentes deben ser sancionados como civilmente responsables¹⁹⁶. Desde 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) intrínsecamente relacional»¹⁹⁷. 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 derecho privado y derecho público antes sostenida como dos modos de interacción contrapuestos, porque hay áreas del ordenamiento jurídico, como el

¹⁹⁶ 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, 2010b: 307-331.

¹⁹⁷ ZIPURSKY, 2004: 634.

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»¹⁹⁸. En la visión de ZIPURSKY, como es posible apreciar, están presentes explicaciones que atienden a consideraciones 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 este participan¹⁹⁹.

Una aproximación diversa está desplegada por GORDLEY, a quien revisamos a propósito de la fundamentación normativa del efecto obligatorio del contrato. Su proyecto consiste, como fue apuntado, en la implementación del neo-aristotelismo 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 solo atiende a estos juicios prudenciales en las prácticas morales. Su propósito

¹⁹⁸ ZIPURSKY, 2004: 634.

¹⁹⁹ 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 para que las personas ejerzan sus derechos morales de ejecución. Estos existen cuando un individuo puede legítimamente usar la coerción para obligar a otra persona a cumplir con sus deberes morales. Al respecto, véase, GOLD, 2011: 1873-1931.

es también recuperar la relevancia que los escritos aristotélicos brindaron a las dos clases de justicia: justicia conmutativa y justicia distributiva²⁰⁰. Una vida verdaderamente humana trasciende al agente que particularmente la desempeña, 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 con 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»²⁰¹. 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 esta, 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

²⁰⁰ Sobre la independencia de funciones que desempeñan ambos entendimientos acerca de la idea de justicia, véase, PERRY, 2000: 237-263.

²⁰¹ GORDLEY, 2006a: 8.

partes»²⁰². En 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 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 aquellos. 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 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»²⁰³.

Este esquema interpretativo de la filosofía 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

²⁰² GORDLEY, 2006a: 12.

²⁰³ GORDLEY, 2006a: 13.

económico del derecho, la introducción de criterios de justicia en la totalidad de las dimensiones y sectores del derecho privado devela la tensión entre ambos modelos. La empresa del neo-aristotelismo de GORDLEY constituye un esfuerzo justificativo del derecho privado²⁰⁴. 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 filosofía 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 fue señalado que los intereses de la contemporánea filosofía del derecho privado versan, principalmente, sobre la fundamentación del derecho privado. Al identificar que los propósitos del derecho privado, de acuerdo con 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 neo-aristotelismo 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.

En el contexto de esta diversidad de alternativas en la filosofía contemporánea del derecho privado, el internalismo de WEINRIB reclama ser el centro de todas las miradas. Sin embargo,

²⁰⁴ Para la explicitación de los rasgos valorativos de su proyecto, véase, GORDLEY, 2002: 1-23.

una dificultad de asumir la posición interna perfilada por el autor radica en suscribir las consecuencias que se extraen de su formalismo sobre el monismo de las aspiraciones del derecho privado²⁰⁵. ¿Qué es lo que hace a una preocupación 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, si bien este internalismo es un fuerte aliado para combatir los postulados del externalismo, su formalismo implica exigencias difícilmente conciliables con la complejidad de las prácticas jurídicas privadas.

Es una tensión inevitable 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 una fractura, por ejemplo, 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 aquella. Sabemos que el derecho privado no puede pensarse bajo cánones instrumentales, porque responde a una racionalidad distinta de la desplegada por el funcionalismo. Mas, aún no tenemos claridad sobre qué es el derecho privado. Es posible emplear el internalismo para defenderse con éxito de las demandas de una óptica externa sobre el derecho privado, pero las consecuencias de asumir su excesivo formalismo son renegadas si no se entiende al grupo de preocupaciones que caracteriza el fenómeno jurídico privado *solo* en términos de justicia correctiva. No podemos olvidar que la coherencia interna del sistema de WEINRIB era una de sus mayores

²⁰⁵ Esta cuestión será objeto de examen crítico en el capítulo final de la investigación.

virtudes, sin ser apto para abandonar su composición formal y finalidades de corrección bilateral.

SEGUNDO CAPÍTULO

IRRUPCIÓN DEL NUEVO DERECHO DE CONTRATOS COMO DESAFÍO

1. *DESPLOME* DE LOS PARADIGMAS DECIMONÓNICOS DE CONTRATACIÓN
 - 1.1. Formalidad y abstracción
 - 1.2. Postulados de la comprensión clásica
 - 1.2.1. Voluntad contractual
 - 1.2.2. Simetría de los contratantes
 - 1.2.3. Estabilidad contractual
 - 1.2.4. Ausencia de intervención institucional externa
 - 1.2.5. La caída
 - 1.3. Muerte del contrato
2. NUEVAS FORMAS DE CONTRATACIÓN, DERECHO DEL CONSUMO E INTERVENCIÓN LEGISLATIVA COMO FRACTURAS
 - 2.1. Nuevas formas de contratación
 - 2.1.1. Contratos por adhesión
 - 2.1.2. Contratos dirigidos
 - 2.1.3. Contratos forzosos
 - 2.2. Derecho de consumo
 - 2.3. Intervención legislativa
3. COMPRENDER EL DERECHO DE CONTRATOS
 - 3.1. Entre forma y sustancia
 - 3.2. Individualismo y altruismo
 - 3.3. Solidarismo contractual
 - 3.4. Función social del contrato
 - 3.5. ¿Ha muerto el contrato?
 - 3.5.1. Muerte exógena
 - 3.5.2. Muerte endógena
 - 3.6. Uniformidad y complejidad

Quién dice contractual, dice justo.

FOUILLÉE, 1880: 410

Se nos ha dicho que el Contrato, como Dios, ha muerto. Y, de hecho, lo está.

El contrato está muerto, pero ¿quién sabe qué improbable resurrección puede traernos el tiempo de Pascua?

GILMORE, 1995: 1, 112

El deseo de uniformidad es muy fuerte en la teoría jurídica.

HART, 1963: 41

1. *DESPLOME* DE LOS PARADIGMAS DECIMONÓNICOS DE CONTRATACIÓN

Hilary PUTNAM, como se sabe, acuñó la expresión inglesa «*collapse*» para dar cuenta de un significativo yerro del positivismo lógico al interpretar el «tenedor de Hume» en que se distinguía entre los asuntos de hecho y las relaciones de ideas. La manera en que se entendió por ese modo de ver la filosofía analítica de la primera parte del siglo XX el contraste entre los hechos y los valores generó una demarcación categórica entre ambas clases de cuestiones. Su diferencia fue tajantemente trazada y los valores fueron progresivamente dejados al margen de la argumentación racional. PUTNAM se opuso a la forma dicotómica en que una distinción –ciertamente útil para algunos efectos– fue asumida por las concepciones científicas en filosofía analítica. En contra de esa lectura, indicó que una distinción no constituye una dicotomía y, a su vez, que los hechos y valores se encuentran imbricados entre sí²⁰⁶. En el capítulo tercero se regresará a esta distinción para explicitar los compromisos normativos de la investigación y la propuesta que allí se articulará acerca de la fundamentación de la obligatoriedad del contrato. Mientras tanto quisiera detenerme en la idea original de PUTNAM de «colapsar» tal distinción.

La idea de colapso alude a la destrucción o deformación radical de una determinada estructura, sistema o institución. A su juicio, el contraste entre hecho y valor –en la manera en que fue entendido por el positivismo lógico– respondía a una arquitectura teórica que se deformó hasta caer a la ruina. Si bien muchos de los fundamentos sobre los cuales fue articulada esta distinción colapsaron, el contraste entre hecho y valor no extravió su importancia y lugar en el bagaje filosófico contemporáneo. Un aspecto interesante de la traducción castellana de la obra de PUTNAM es que el colapso de la dicotomía fue traducida como «desplome». La imbricación entre hecho y valor arrojaba la caída y ruina del dualismo filosófico que es construido en forma dicotómica entre ambos términos. La expresión desplome tiene un mayor impacto que colapso y, asimismo, hace ver que la intensidad de la caída es mayor y más evidente.

En el derecho de contratos también puede hablarse de una suerte de desplome. Se trata de la caída de los postulados a partir de los cuales fue construido el derecho contractual moderno

²⁰⁶ PUTNAM, 2004: 21-41; 43-61.

en la tradición jurídica continental. La expresión desplome puede resultar provechosa porque estas ideas centrales del derecho de contratos parecen haberse desmoronado irremediablemente desde fines del siglo XIX y comienzos del XX. Algunas posiciones en los estudios dogmáticos sobre derecho privado enfatizan este fenómeno, dando cuenta de que el contexto actual en que tienen lugar las relaciones contractuales es radicalmente distinto y la ruptura es irreversible. Tal como PUTNAM busca poner a prueba la manera dicotómica en que es presentada la distinción entre lo descriptivo y lo valorativo, en que el primero alude a lo objetivo y lo segundo a lo meramente subjetivo, indicando que esta visión se ha desplomado en el suelo, conviene pensar esta observación según la cual el derecho contractual que antecede es marcadamente distinto al que experimentamos en nuestras prácticas contractuales cotidianas. PUTNAM apuesta por la afirmativa: la dicotomía hecho y valor se ha desmoronado insalvablemente en las reflexiones filosóficas. En lo que concierne al derecho de contratos, en cambio, el uso de la expresión desplome puede no ser la más afortunada, toda vez que no es del todo claro que nos enfrentemos a *dos* derechos contractuales tajantemente distintos.

La cuestión si acaso el derecho de contratos ha cambiado radicalmente al punto de que corresponda calificar de desplome lo que ha ocurrido con los postulados básicos a partir de los cuales este se constituyó modernamente, será evaluada en este capítulo. Tal asunto puede considerarse como relevante porque el problema de la fundamentación normativa de la obligatoriedad del contrato se considera como especialmente sensible al contexto en el cual se desarrollan las relaciones contractuales. De este modo, podría sugerirse que en el actual escenario no tienen vigencia los presupuestos centrales de la contratación heredados de las codificaciones decimonónicas. Esta consideración, se piensa, tiene incidencia directa en la fuerza obligatoria del contrato porque nociones como voluntad o autonomía han perdido su protagonismo. El efecto vinculante del contrato debería reformularse como problema filosófico ya que su fundamentación acude a términos que no juegan un papel relevante en la actual contratación. Para el *pacta sunt servanda*, entonces, el eventual desplome de los presupuestos sobre los cuales se forjó el derecho contractual moderno constituye un desafío. Si es cierto que hay un *nuevo* derecho de contratos ostensiblemente distinto del que lo precede, la fuerza vinculante sería una problemática propia del anterior estado de cosas y no así del actual.

En este capítulo el análisis estará focalizado en el derecho de contratos y la fuerza obligatoria del contrato será revisitada en el siguiente. Me interesa en la presente parte de la investigación echar luces acerca del derecho contractual y de la comprensión del contrato que subyace a este, comúnmente entendida como «clásica». En el capítulo final volveremos sobre el derecho de contratos para apuntar las repercusiones teóricas que sobre este y el derecho privado se producen con la relectura de su fundamentación normativa tradicional. ¿Por qué es indispensable tratar aquí el derecho contractual? Pues se mostrará en qué sentido esta esfera de lo jurídico está caracterizada por su complejidad. De manera progresiva se transitará al rasgo de la complejidad que es necesario tener en cuenta cuando se reflexiona sobre el derecho de contratos y, más aún, si es planteado su posible desplome frente a una nueva forma de composición. Desde luego, si el contrato verdaderamente *ha muerto* debe conciliarse con este carácter del derecho contractual.

1.1. Formalidad y abstracción

El derecho de contratos presenta dos elementos distintivos: su formalidad y abstracción. Tales caracteres se reflejan particularmente en la teoría general del contrato, entendiéndose esta en términos del esfuerzo de reconstrucción doctrinaria que organiza y conjuga los principios y las reglas e instituciones que son parte del derecho contractual. La teoría general del contrato ha llamado la atención de la filosofía del derecho privado en la medida en que transparenta los canones de formalidad y abstracción que permean el derecho de contratos. Por supuesto, no hay una conexión analítica entre la teoría general del contrato y el derecho contractual, mas existen allí importantes puntos de coincidencia y subyace a cada una de esas construcciones *una* determinada manera de comprender el contrato.

Un ejemplo de esta preocupación reside en Grant GILMORE. Como se verá, su tesis acerca de la muerte del contrato se encuentra estrechamente relacionada con la forma en que se constituyó la teoría general del contrato en los comienzos del siglo XIX. La manera en que fue articulada es determinante para explicar las dificultades que él aprecia y que amenazan la supervivencia del contrato hasta el punto de plantear su posible muerte. Para GILMORE esta teoría fue formulada en consonancia con el sistema económico instalado por el liberalismo de inicios del siglo XIX. Ambos modelos teóricos sostuvieron los principios de libertad e igualdad. Del mismo modo, el derecho de contratos y la economía liberal comparten su

tendencia a la excesiva formalidad y abstracción de sus nociones. El contrato es un conspicuo indicador de tales rasgos y ello motiva en parte la denuncia del autor²⁰⁷.

Pese a que su interés está situado en el *common law* la totalidad de los anteriores cargos pueden imputarse al derecho contractual del ámbito jurídico continental. Por ello, al echar mano de la crítica de GILMORE, la cuestión relevante reside en si es también posible pensar el problema que deriva en la muerte del contrato desde el contexto continental. Tradicionalmente ha sido indicado que el derecho de contratos –y el derecho privado en general– tiene como pilares fundamentales la libertad y la igualdad. De acuerdo con el ideal de la libertad, los individuos son libres para tomar sus decisiones, vincularse entre sí para alcanzar estados de cosas deseados y beneficiosos y, al mismo tiempo, responsabilizarse de cumplir aquello que han libremente estipulado efectuar. Según el parámetro de igualdad, en tanto, los agentes son considerados como igualmente capacitados y competentes para obligarse de manera autónoma mediante la celebración de contratos. Un aspecto distintivo de este entendimiento es que para el derecho de contratos basta una aproximación meramente formal de ambos estándares: los individuos son libres y están ubicados en posiciones iguales para concertar sus vínculos y observar las obligaciones jurídicas que adquieren, mas tanto su libertad como igualdad son solo formalmente consideradas. De ello no se sigue, entonces, que sustantivamente estén en libertad de contratar ni que se encuentren en igualdad material de condiciones para hacerlo.

En el derecho privado chileno, por ejemplo, se ha reconocido que las ideas de libertad e igualdad forman parte de las *ideologías* del Código Civil de Bello que recorren todo su articulado y se manifiestan de diversos modos. Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ, por ejemplo, arguye que las ideologías que inspiraron la redacción del texto civil son la libertad, la igualdad y la voluntad, tratándose estas del «[...] conjunto de ideas fundamentales que caracterizaron la regulación contenida en el *Código Civil* y que se entienden formar parte de lo que se puede denominar su *espíritu*»²⁰⁸. Dichas ideologías, por tanto, se conjugan con un

²⁰⁷ En una lectura alternativa, Daniel FARBER ha sugerido que lo que, en verdad, estaba haciendo GILMORE en su trabajo no versaba sobre historia jurídica o derecho contractual, sino que está ubicado en la psicología. Quiso mostrarnos que el formalismo es psicológicamente insalubre por su extrema rigidez y, por ello, trató de advertirnos de los defectos que acarrea su adopción. Al respecto, véase FARBER, 1995: 89-106.

²⁰⁸ TAPIA RODRÍGUEZ, 2008: 240. Énfasis del original.

espíritu que encarna el Código y que sería deudor de los planteamientos del individualismo revolucionario francés²⁰⁹. El individualismo filosófico admite una diversidad de sentidos, pero el que parece relevante para el derecho privado es aquel que sostiene la diferencia entre los intereses propios y ajenos y, a su vez, afirma el predominio de los primeros respecto de los segundos²¹⁰. Esta manera de pensar las relaciones sociales, como será analizado, funda tradicionalmente ámbitos del derecho privado como el propietario y el contractual. Estos pueden leerse en términos de un posicionamiento central de la persona en el sistema jurídico privado y la asunción de múltiples individuos desconectados entre sí, quienes son analizados de forma atomizada. Por ende, en lugar de propiciar el desarrollo de vínculos comunitarios entre los participantes estos se encuentran fragmentados, velando únicamente por sus intereses personales. Para organizar las relaciones jurídicas entre los agentes, el derecho privado adopta una visión formal y abstracta de aquellos, despojándolos tanto de sus diferencias más sustantivas como de sus particularidades.

La formalidad y abstracción de la cual GILMORE toma nota en la teoría general del contrato del *common law* son también caracteres definitorios del proceso de codificación decimonónica que constituyó una gruesa parte del derecho continental, del modo en que lo conocemos. Estas cuestiones tienen que ver con uno de los desafíos que enfrentó el proceso codificador que procuró simplificar el extenso número de reglas vigentes en unas pocas, que fueren breves, simples y concisas. Su expectativa de simplificación debió encarar la multiplicidad de destinatarios de las reglas jurídicas, que pertenecían a diversos estatus y tenían variadas posiciones. Como lo sostiene Giovanni TARELLO, la codificación estuvo inspirada en la idea según la cual debía articularse un sujeto único de derecho, de modo que las reglas jurídicas tuvieran un unitario destinatario que es formalmente considerado de tal modo. Se trata de una ideología igualitaria que gracias a la influencia de la Revolución Francesa «[...] se manifestó esencialmente en una forma particular de igualitarismo jurídico, o de ‘igualdad ante la ley’». Esta igualdad ante la ley no significó otra cosa que unicidad de

²⁰⁹ TAPIA RODRÍGUEZ, 2008: 240. En sus términos, «[...] el *Código* chileno, como el francés, exaltó el *individualismo*, mediante la consagración de normas de derecho privado de la *libertad*, la *igualdad* y la *voluntad*». TAPIA RODRÍGUEZ (2008): 240. Énfasis del original. Un prisma contrario al compromiso individualista que habrían encarnado los redactores del *Code*, está defendido en GORDLEY, 1994: 459-505.

²¹⁰ Desde este punto de vista, véase KENNEDY, 1976: 1713-1716. En el capítulo IV se indagará acerca de las distintas maneras de entender el individualismo, diferenciándose su rendimiento para fundar el derecho contractual.

sujeto jurídico, y por esto fue, más que una ideología política, un instrumento técnico de simplificación de los sistemas jurídico»²¹¹. Tal observación ha sido reafirmada por Francesco GALGANO al aducir que «[e]l proceso de abstracción, del cual nace la categoría [negocio jurídico], se encuadra en un proceso más vasto que mediante la abstracción permite la igualdad formal del derecho»²¹².

La abstracción en el contrato está puesta de manifiesto en cuestiones tan básicas como responder quiénes pueden contratar, sobre qué pueden contraer vínculos obligacionales y cómo deben hacerlo. Respecto de lo primero, en el derecho privado es frecuente considerar que todas las personas pueden celebrar contratos, salvo aquellas que expresamente han sido excluidas por las legislaciones por adolecer alguna incapacidad²¹³. Las personas son genéricamente consideradas como *partes* del contrato, sin que sea relevante su individualidad o aspectos singulares de cada una de ellas. En relación con lo segundo, los contratos pueden recaer sobre uno o más objetos que, a su vez, deben observar ciertos requisitos. Así, el artículo 1461 del Código Civil chileno prescribe que «Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer», estableciendo que un contrato puede versar sobre cosas o hechos, considerados en abstracto y sin prejuizar respecto de su identificación. El *objeto* de un contrato puede ser toda clase de cosas o hechos, que satisfagan las condiciones de validez exigidas por la legislación. De ahí que, en el marco del tercer interrogante, si se trata de una cosa, por ejemplo, la regla legal siguiente indica que para que las partes puedan obligarse basta con que esa cosa sea comerciable, real y se encuentre determinada o bien fuere determinable.

En este punto conviene traer a colación las palabras de Lawrence M. FRIEDMAN y que sirvieron de inspiración para el diagnóstico del GILMORE sobre la coincidencia entre el sistema económico liberal y el contractual. Para el primero la abstracción del derecho de

²¹¹ TARELLO, 2002: 56.

²¹² GALGANO, 1992: 39.

²¹³ De acuerdo con el artículo 1446 del Código Civil chileno, por ejemplo, «Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces». En relación con esta regla, Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ ha señalado que «[l]a capacidad es la regla, el estado normal de las personas. La incapacidad es la excepción. No puede, por lo mismo, presumirse y los textos que la establecen deben interpretarse restrictivamente». ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2009: 46.

contratos parece ser irremediable y ello queda patente en el siguiente extracto de sus consideraciones:

[I]a doctrina ‘pura’ del contrato es ciega a los detalles del objeto y de la persona. No se pregunta quién compra ni quién vende, ni qué se compra ni qué se vende [...] El derecho de contratos es abstracción: es lo que queda en el derecho relativo a los acuerdos cuando todas las particularidades de la persona y de la cosa son eliminadas [...] La abstracción del derecho clásico de contratos no es poco realista; es una renuncia deliberada a lo particular, un abandono consciente de la tentación de restringir sin trabas la autonomía individual o el mercado completamente libre en nombre de la política social. El derecho de contratos es, por lo tanto, por lo general coextensivo con la libertad de mercado. La economía liberal del siglo XIX encaja perfectamente con el derecho de contratos ahora visto. Esta también tiene tendencia a la abstracción. En ambos modelos teóricos –el derecho de contratos y el de la economía liberal– las partes podrían ser tratados como unidades económicas individuales que, en teoría, gozan de completa movilidad y de libertad de decisión [...] ²¹⁴.

Este prisma sobre el derecho de contratos promueve la construcción artificial de una teoría general que abarque la complejidad del fenómeno de la contratación. Pero tal ambición está lejos de resultar exitosa frente a las múltiples maneras en que se manifiestan –a diario– las relaciones contractuales en que parece haber innumerables cosas o hechos que pueden ser entendidos como objetos de un contrato, diversos intereses y necesidades que se buscan satisfacer con la celebración de un vínculo contractual y modalidades de contratos que responden a consideraciones simplemente pragmáticas. Lo anterior es relevante si prestamos atención en las nuevas formas de contratación generadas desde fines del siglo XIX y comienzos del XX, que desafían algunos presupuestos y postulados centrales encarnados por la teoría *general* del contrato, y respecto de los cuales el diseño original de esta no logra tener

²¹⁴ FRIEDMAN, 2011: 14-15. Una relectura de la idea de autonomía en términos de autodeterminación, que es necesaria para forjar una teoría de la elección del derecho contractual, está en DAGAN y HELLER, 2017: en particular, 41-47; 67-78.

un encaje sencillo. Como ha sido observado, «[...] hemos construido una teoría general del contrato que se niega a sí misma»²¹⁵.

El modo en que han evolucionado las formas de contratación ofrece dificultades para sostener la pertinencia de la comprensión clásica del contrato, ya que afecta precisamente a estos caracteres fundamentales del derecho contractual. Dichas modalidades cuestionan la visión formal con que están diseñadas las figuras y los elementos constitutivos del contrato, la manera abstracta en que son sistemáticamente tratadas las relaciones contractuales, así como la pretensión de generalidad que de manera tradicional presenta la teoría del derecho de contratos²¹⁶. Pero, además, esta concepción del contrato está comprometida con ciertos postulados que fueron centrales para su configuración. Tales ideas están emparentadas con presupuestos del sistema económico liberal²¹⁷. De allí que la lectura de FRIEDMAN acerca de la estrecha conexión entre los sistemas económico y contractual encuentra asidero en este punto. Si estos postulados son cuestionados o derechamente transgredidos se pone en jaque la comprensión del contrato que a ellos subyace.

Dichos postulados dan cuenta de una cierta forma de entender el contrato –visión clásica– y sobre la base de este grupo de presupuestos compartidos se formuló el derecho de contratos moderno, cuya vigencia se habría *desplomado* frente a la irrupción de un *nuevo* derecho contractual que corresponde a aquel con el cual actualmente nos relacionamos, y respecto al cual, desde luego, subyace una manera distinta de comprender el contrato. Esta alteración en el paradigma reinante genera, entre otras cosas, la necesidad de revisar críticamente la vigencia de continuar gestionando el problema de la fuerza obligatoria con cargo a nociones que son parte de ese *otro* derecho de contratos, que no es *este* que tenemos. Por ello, es que la comprensión clásica de la contratación es crucial para evaluar el auge y caída de los

²¹⁵ BLASCO GASCÓ, 2017: 16.

²¹⁶ Para una lectura contraria a la pretensión de generalidad y universalidad de las teorías sobre el derecho de contratos, véase BIX, 2017: 391-402. Acerca de los objetivos y las distintas categorías de las teorías del derecho contractual puede consultarse EISENBERG, 2018: 9-19. Para una evaluación crítica sobre el rendimiento de las teorías en el derecho de contratos, véase KATZ, 2014: 2043-2076.

²¹⁷ De acuerdo con ATIYAH, hay una correspondencia entre las teorías liberal y clásica del contrato. Al respecto, advierte que «[l]a teoría liberal del contrato es muy cercana, si no completamente idéntica a lo que he denominado la teoría clásica del contrato, pero la teoría clásica fue un hecho histórico mientras que la teoría liberal es en gran medida normativa y, por lo tanto, puede haber más de una versión de la teoría liberal». ATIYAH, 1986c: 121.

paradigmas del derecho clásico de contratos y, asimismo, examinar la fundamentación del efecto obligatorio de la relación contractual.

1.2. Postulados de la comprensión clásica

Pues bien, ¿cuáles son estos postulados? Una revisión no exhaustiva de las ideas fundamentales que conforman la comprensión clásica del contrato sugiere que estas se pueden concretar en cuatro puntos: (i) la posición privilegiada de la voluntad de las partes para fundamentar tanto el nacimiento como los efectos de la relación contractual; (ii) la simetría en el poder de negociación en que se encuentran los contratantes para definir los términos y alcances del vínculo contractual; (iii) la estabilidad que tendría la relación contractual para el cumplimiento de sus prestaciones y duración del vínculo desde que este es originado a partir de la deliberación de las partes; y, finalmente, (iv) la ausencia de intervención institucional externa en el desarrollo del contrato, de modo que lo establecido por las partes contratantes esté, en principio, libre de ser afectado por la actuación del legislador y, principalmente, por el juez²¹⁸. Como será apuntado, estos postulados están severamente desafiados por el cambio en las condiciones sociológicas de la contratación y las variaciones que ha experimentado el derecho de los contratos. A dichos fenómenos subyace, naturalmente, una visión del contrato que es alternativa a la ofrecida por los estudios tradicionales.

1.2.1. Voluntad contractual

El derecho de contratos tradicional descansa en la idea de voluntad²¹⁹. Una gruesa parte de sus explicaciones están construidas a partir de la relevancia que posee la manifestación de voluntad de los contratantes. Ello ocurre nítidamente en la teoría de las obligaciones y bajo las sistematizaciones de la teoría del negocio jurídico y de los contratos. En el campo contractual, se piensa, la voluntad es el punto de partida para generar efectos jurídicos a través

²¹⁸ Acerca del lugar de estos postulados en el paradigma de la contratación decimonónica, véase PEREIRA FREDES, 2017: 81-83.

²¹⁹ Según ALESSANDRI RODRÍGUEZ, «[e]n materia contractual, la voluntad es soberana; *es ella la que dicta el derecho*». ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2009: 10. Énfasis añadido.

de la celebración de un negocio jurídico y, si es el caso, de una relación contractual. Para el contrato es crucial la fuerza apelativa del principio de autonomía de la voluntad en la generación y cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo de las partes²²⁰. Los derechos y las obligaciones que han sido definidos en un contrato por los contratantes, les resultan imperativos durante la vigencia de la relación jurídica, precisamente, porque aquellos son fruto de su acuerdo de voluntades²²¹.

La comprensión clásica del contrato hace hincapié en la importancia de que concurra la voluntad de las partes para que un contrato nazca a la vida jurídica. Es indispensable que los contratantes manifiesten su voluntad de obligarse, aun cuando ello no sea suficiente. No puede pensarse el vínculo contractual totalmente desconectado de la voluntad de las partes. Se trata de una condición necesaria mas no suficiente para su constitución. Por supuesto, nunca ha estado en duda que el sistema jurídico privado tiene una participación determinante en la constitución del vínculo contractual, así como en la sanción de los derechos y obligaciones que este genera. La cuestión del prisma clásico es que más allá de los requisitos de existencia y validez que debe observar todo contrato para producir efectos jurídicos, el contrato *es* el acuerdo de las voluntades expresadas en la fase de negociación del contrato y traducidas a la luz de una manifestación común. Pese a que esa voluntad común no podría acarrear consecuencias jurídicas si no fuere ajustándose a las exigencias del derecho de los contratos, la cuestión de por qué los contratantes adquieren esos derechos y deberes correlativos es la celebración de la relación contractual. Esta última, por cierto, no es algo distinto de la voluntad de las partes.

1.2.2. Simetría de los contratantes

²²⁰ Sobre el significado y alcance de la autonomía de la voluntad, véase SOMARRIVA UNDURRAGA, 2010: 107-118. Su atractivo normativo está resaltado en JIMÉNEZ CASTRO, 2014: 379-391.

²²¹ «El contrato nace del acuerdo de voluntades, y es este acuerdo el que, salvas ciertas restricciones impuestas por razones de orden público o de moral o con el propósito de proteger a los incapaces, determina con entera libertad los efectos que el contrato ha de producir y la extensión y duración del mismo. En esto consiste *el principio de autonomía de la voluntad*, principio básico de nuestro derecho contractual y admitido, por lo demás, universalmente». ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2009: 10. Énfasis del original.

Un presupuesto básico de la visión clásica del contrato es la simetría entre los contratantes. Esto quiere decir que las partes que celebran, ejecutan y cumplen un vínculo contractual están formalmente situadas en un plano de igualdad. Ello no implica que las partes gocen materialmente de facultades y aptitudes equivalentes entre sí, sino que el sistema jurídico privado supone que formalmente están en una posición similar, optando por una neutralidad en sus regulaciones e imparcialidad a favor de los individuos en materia de contratos. El reflejo más inmediato de esta consideración institucional de igualdad radica en que, salvo las excepciones que establece la legislación, todas las personas son igualmente capaces para contratar. Es decir, en el clásico derecho de los contratos es presupuesto que no existen diferencias sustantivas entre los contratantes, que recomienden mejorar la posición de uno respecto de la situación que favorece al otro. De ahí que la imagen tradicional del contrato es una esgrimida en términos de una relación jurídica entre partes iguales²²².

La capacidad que comparten los individuos para obligarse mediante una relación contractual no depende del tipo de contrato del cual se trate, sino que es una competencia reconocida por el sistema jurídico privado respecto de la generalidad de las figuras previstas en la legislación y otras que las partes pudieren diseñar en ejercicio de su autonomía privada²²³. Pero en ciertas clases de contratos, como los bilaterales, en que los contratantes se obligan recíprocamente a dar una cosa o hacer o no efectuar un determinado hecho y, además, en los denominados onerosos conmutativos en que la prestación de una parte a favor de la otra se mira como equivalente respecto de aquella a la cual se obliga su contraparte, esta visión del vínculo contractual como uno de carácter igualitario se acentúa. Quienes celebran un contrato están posicionados sobre una base simétrica y, en estos supuestos, formulan relaciones sinalagmáticas, consolidando así el equilibrio inicial a partir del cual nace la relación obligatoria, en vínculos que reproducen esa armonía y reciprocidad de los contratantes.

²²² De acuerdo con René ABELIUK MANASEVICH, gracias a las ideas racionalistas del siglo XVIII la autonomía de la voluntad se constituyó como idea rectora de la contratación y la voluntad, en tanto, fue considerada como generadora de todo el derecho. En virtud de la asunción de la igualdad y libertad que comparten las personas es extraída la justicia del intercambio. Como lo indica, «[e]n apoyo de la tesis se agregaba que siendo todos los seres humanos libres e iguales por naturaleza, lo que ellos acuerden es lo más conveniente para las partes y para la sociedad, pues permite el libre despliegue de las facultades individuales, y al mismo tiempo lo más equitativo, pues será el resultado de la composición de sus propios intereses». ABELIUK MANASEVICH, 2014: 144.

²²³ La conexión entre la autonomía de la voluntad y la simetría de los contratantes es estrecha. Pues, como ha sido destacado, «[e]l presupuesto del reconocimiento de la autonomía es la simetría del poder negociador de las partes». PARRA LUCÁN, 2018: 43.

La forma de la relación bilateral entre las partes que tan bien encarna el derecho contractual, como es sostenido reiteradamente por WEINRIB, asegura que los cánones de la justicia correctiva rijan su funcionamiento, impidiendo que alguna de las partes posea una posición privilegiada o desventajada en la fijación de los términos y condiciones de su interacción. La posición normativa entre los contratantes es análoga entre sí y el razonamiento jurídico reafirma esa construcción de la justicia en las interacciones, cuando hay infracciones contractuales. En tal caso, únicamente estima lo que resulta relevante para el contratante que realiza el incumplimiento, así como lo importante para la parte que lo sufre, sin que puedan aplicarse consideraciones centradas solo en una de las partes del contrato, sea que lo beneficie o perjudique. Es una clase de justicia relacional que garantiza formalmente, por cierto, la corrección y justicia del resultado del contrato y vela por la igualdad normativa de la relación contractual entre las partes. De acuerdo con WEINRIB, «[n]inguna de ellas puede, entonces, estar sujeta a un razonamiento que convierta a la responsabilidad en un mecanismo que sacrifique a cualquiera de ellas en beneficio de los intereses de la otra. La equidad de la justicia correctiva, por consiguiente, consiste en que el derecho trate a las partes de acuerdo con un razonamiento que refleje su igualdad transaccional»²²⁴.

Esta estimación de igualdad produce innegables efectos en el poder de negociación de las partes. La ubicación simétrica de las partes sugiere que ellas cuentan con poderes para negociar los términos del contrato que resultan asimilables²²⁵. De esta manera, se asegura que el resultado del proceso de negociación da lugar a un conjunto de derechos y obligaciones que está originado en el consentimiento libre e informado de los contratantes. Se trata de un contrato evidentemente paritario en que el plano común de deliberación de las cláusulas contractuales neutraliza, en principio, las pretensiones de imposición o exclusión de ellas que pudiere sostener un contratante mejor posicionado. Las partes de un contrato, según su mirada clásica, gozan de una correspondencia en su posición, facultades y derechos. Esa disposición compartida permite que los intereses iniciales contrapuestos de quienes celebran el contrato puedan posteriormente converger en torno a una voluntad común que está

²²⁴ WEINRIB, 2017: 17.

²²⁵ De acuerdo con Francesco MESSINEO, «[c]omo institución de *carácter privado*, el contrato presupone que los sujetos que en él participan (contratantes) se encuentran sobre un pie de *paridad jurídica*, aunque a veces (o a menudo) estén en situación de *disparidad económica*, en virtud de la diferente fuerza económica de que cada uno de ellos puede hallarse dotado [...]». MESSINEO, 2007: 79. Énfasis del original.

expuesta en la relación contractual. La comprensión clásica del contrato, entonces, comparte la asunción de que cada contratante está situado bajo condiciones formalmente equivalentes para contratar y, por ende, su proceso de negociación no estará influido u obstaculizado por un poder de negociación privilegiado, que en la fijación de las condiciones del contrato favorezca desmedidamente a una parte en desmedro de la otra.

1.2.3. Estabilidad contractual

Debido a que las partes contratantes, como se ha mostrado, están en una posición equivalente que les permite negociar, tomar decisiones satisfactorias y resguardar sus intereses, el contrato es validado como un reflejo de su voluntad común. Al conciliar la diferencia de intereses preliminar en un cuerpo contractual convenido por ambas partes, el contrato asegura la justicia formal de sus términos y garantiza la estabilidad de su vigencia en el desenvolvimiento de sus progresivas fases²²⁶. Esta óptica promueve una expectativa de continuidad del vínculo contractual conforme a la cual las partes están sujetas a los términos originalmente pactados, sin que en principio estos debieran variar ni sufrir sobresaltos en el cumplimiento de sus prestaciones o satisfacción de sus intereses contractuales.

Dicha pretensión de estabilidad aboga por la mantención de las condiciones y efectos contractuales por un espacio prolongado de tiempo. Como se podrá intuir, la continuidad o permanencia del contrato es un postulado menos explícito que el rol primario de la voluntad de los individuos o la posición equivalente desde la cual ellos concurren al contrato, pero está latente tras ambos presupuestos de la visión clásica. Un conjunto de estipulaciones libremente convenidas por las partes y fundadas en una situación contractual paritaria, debiere mantenerse sin el peligro de que sus cláusulas sean alteradas ni perezca su obligatoriedad, si los contratantes así no lo han decidido. De forma indistinta, ya sea que se trate de contratos de cumplimiento instantáneo, ejecución diferida o tracto sucesivo, el vínculo contractual tiende a desplegarse sobre un terreno cuyos deslindes están bien definidos.

²²⁶ La estabilidad del vínculo contractual es en buena parte resguardada por las saludables condiciones que el contrato ofrece tanto para las partes como para la sociedad, de acuerdo con la mirada decimonónica. Como es puesto de relieve por Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, «[s]egún los juristas del siglo pasado, lo contractual es necesariamente justo. Este decir es un axioma para el pensamiento económico liberal. El contrato garantiza la justicia y la utilidad social, pues el libre juego de las iniciativas individuales asegura espontáneamente la prosperidad y el equilibrio económico». LÓPEZ SANTA MARÍA, 2010: 197.

Una sugerente forma de acoger este postulado es mediante su engarce con la fuerza obligatoria del contrato, que revisamos en el capítulo precedente. De acuerdo con este principio de la contratación, lo pactado obliga a las partes del mismo modo en que lo hace una ley, esto es, de manera incondicionada y sin excepciones adicionales a las que puedan jurídicamente preverse. El contrato proporciona a las estipulaciones de las partes un principio de seguridad²²⁷. Por consiguiente, los contratantes despliegan una legítima expectativa en que los términos y alcances que han convenido se conservarán en el porvenir. El efecto obligatorio del contrato resguarda la vinculación de los contratantes con lo acordado, extendiendo su compromiso –en la forma en que lo han sellado– durante el transcurso de la relación y, por último, librando el programa contractual de amenazas externas, como se verá a continuación.

1.2.4. Ausencia de intervención institucional externa

Un conjunto de estipulaciones libremente convenidas por las partes y fundadas en una situación contractual paritaria, debiere mantenerse al margen del peligro de que sus cláusulas sean alteradas o que su obligatoriedad desaparezca, si las partes contratantes así no lo han decidido. La actuación de factores ajenos a quienes celebran el contrato atiende, principalmente, al juez y al legislador. Tal consideración es heredera, de nuevo, de la autonomía de la voluntad y las demandas del efecto obligatorio del contrato. Estas últimas alcanzan esas competencias institucionales, cautelando los términos contractuales pactados por las partes. De allí que «[l]o convenido por las partes es intangible, y en principio no puede ser alterado por la vía legal ni judicial»²²⁸.

Prima facie, ambos estarían impedidos de revisar o invalidar el contrato una vez que este haya sido legalmente celebrado por los individuos, bajo el propósito de resguardar y ratificar la vigencia de alguno de los presupuestos tradicionales de la contratación, que parece puesto en entredicho. De ahí que, por ejemplo, pese a lo gravosa que puede resultar una estipulación contractual para una de las partes, cuestión que está directamente relacionada con la desigualdad en el poder de negociación de los contratantes, ello no sería una razón que

²²⁷ ABELIUK MANASEVICH, 2014: 150.

²²⁸ ABELIUK MANASEVICH, 2014: 146.

justifique que el juez intervenga en el contrato. Pues esto significaría una intromisión heterónoma en el acuerdo contractual que fue libremente establecido por los agentes. Desde luego, incluso en las codificaciones decimonónicas hay situaciones que autorizan al juez a invalidar un contrato, cuando este se aparta de las condiciones de validez previstas en el derecho privado, y otras en que pueden decretarse la alteración de ciertas estipulaciones cuando estas exceden los límites legales permitidos, como ocurre por ejemplo en Chile respecto del precio en la compraventa de bienes inmuebles²²⁹. Pero se trata de supuestos que tienen, por definición, una operatividad excepcional respecto del espectro general de contratación.

La suerte de estos postulados ha mostrado que la comprensión clásica del contrato con base en la cual se configuró el derecho contractual moderno durante el siglo XIX, enfrenta dificultades para amoldarse con las variadas formas de contratación que en la actualidad tienen lugar. Tales modalidades desafían los postulados centrales de esta visión de manera clara y ponen en cuestión su real vigencia. Del mismo modo, el surgimiento del derecho de consumo devela la falta de corrección de algunos de los presupuestos decimonónicos, lo cual queda en evidencia con el aliento de la intervención legislativa en la celebración y desarrollo de las relaciones contractuales. A continuación, se mostrará el debilitamiento que sufre cada uno de estos postulados y ello será relevante a la luz de la posible muerte del contrato que se introducirá con posterioridad.

1.2.5. La caída

Cabe cuestionarse, entonces, si los postulados de la comprensión clásica del contrato conservan o no su pertinencia frente al actual estado de cosas. Para ello, es posible apuntar algunas consideraciones que desafían su vigencia, aun cuando no sean estimadas como absolutamente concluyentes. En relación con el postulado (i) acerca de la voluntad contractual, si bien ella es indispensable para el nacimiento de un vínculo contractual, no siempre es el caso que todas las prestaciones y alcances del contrato sean reflejo de cuestiones que las partes hayan realmente manifestado y acordado. Bajo la contratación contemporánea destaca la presencia del legislador en la configuración interna del vínculo e incluso, en

²²⁹ La rescisión de la venta de inmuebles por lesión enorme está regulada entre los artículos 1888 a 1896 del Libro IV del Código Civil chileno.

algunas ocasiones, en la celebración del contrato. Un rasgo gravitante del actual escenario contractual es que la voluntad de las partes ha extraviado la suficiencia explicativa y justificativa con que fue ubicada en los estudios preliminares sobre el derecho de contratos y que, por su parte, el legislador ha cobrado un papel de relevancia en la conformación de ciertas manifestaciones contractuales y participado en el origen de algunas categorías contractuales. De ahí que, situados en este contexto, parezca que la ruptura entre la contratación clásica y contemporánea está fuertemente marcada, impactando directamente la pertinencia de la visión acerca del contrato en que se basa la primera. Si la comprensión clásica construyó sus explicaciones y asentó sus justificaciones en la voluntad, un escenario en que esta se encuentra debilitada y el legislador, por su parte, progresivamente gana terreno en las prácticas contractuales, insta a sostener que es necesario abandonar o replantear la incidencia de la voluntad en lo contractual²³⁰.

La magnitud del cambio en el estado de cosas es significativa porque afecta a dos órdenes de observaciones. Por una parte, el prisma clásico del contrato entendido en términos de una voluntad común de los contratantes depende de que la voluntad goce de un papel prioritario en las prácticas contractuales. Y, por otra, la justificación del efecto vinculante del contrato basado en la voluntad de las partes supone que los contratantes acceden a los términos y condiciones contractuales para obligarse por estos, como una manifestación de la intención de regularse por estipulaciones y reglas jurídicas creadas por ellos. El contrato refleja idóneamente la voluntad de las partes cuya manifestación y convergencia es la razón de que el vínculo contractual los obligue incondicionadamente. Si la voluntad ya no es suficiente para explicar el contrato y justificar su obligatoriedad, enfrentamos desafíos distintos pero que confluyen en un diagnóstico compartido: para comprender el contrato en el escenario

²³⁰ De acuerdo con Vincenzo ROPPO, el contrato ha sido analizado a partir de concepciones objetivas como ocurre con la *teoría de la declaración*. Según esta línea, no solo es relevante la voluntad individual que internamente tiene lugar en la persona, sino también su proyección social externa del modo en que es percibida por la otra persona. Eso último se encuentra determinado por la forma en que es manifestada externa y objetivamente la declaración de voluntad. Si bien la voluntad no desaparece, cobra importancia la tutela de la confianza y de ahí que la persona que efectúa la declaración se hace responsable del riesgo que genera. Como indica ROPPO, «[q]uien recibe la declaración contractual ajena la percibe en su *significado socialmente típico*, y en base a ese significado otorga su confianza: es decir, organiza sus posiciones, iniciativas, expectativas en función de un contrato estable entre él y el declarante, provisto de este significado». ROPPO, 2009: 60. Énfasis del original.

contemporáneo no es conveniente acudir a la noción de voluntad en los términos en que lo efectuó la teoría clásica, si se busca afrontar satisfactoriamente ambas empresas.

Respecto del postulado (ii), es necesario advertir que una parte considerable del espectro de la contratación contemporánea está desacoplada de esta imagen de la relación simétrica e igualitaria de las partes del contrato. Ello es evidente en las diversas modalidades en que se manifiesta la contratación en masa que caracteriza la actualidad del derecho de contratos. Ahí quien fábrica un producto o presta un servicio suele beneficiarse con el establecimiento de términos contractuales exclusivamente funcionales a sus intereses y, a su vez, delimita *ex ante* el margen de influencia de la voluntad de quien requiere el producto o el servicio, mediante cláusulas preestablecidas que no están bajo la real disposición de quien las contrae. Por otra parte, las diferencias culturales, sociales y, especialmente, económicas entre contratantes lejos de estrecharse se han acentuado. En realidad, la paridad entre las partes de un contrato solo puede acogerse como una asunción meramente teórica de la visión clásica del contrato, más cercana a una ficción que a la descripción de las prácticas contractuales. Pero existen esferas en que la relación contractual está particularmente caracterizada por la asimetría entre contratantes que poseen un poder de negociación altamente diferenciado. El derecho del consumo, en este sentido, constituye una expresión significativa de la caída del postulado igualitario de la contratación tradicional.

Acerca de (iii) que atiende a la estabilidad del contrato, difícilmente el actual escenario contractual puede caracterizarse por la continuidad de las relaciones contractuales ni por la mantención ideal de los términos y condiciones originales de contratación. No solo existen cambios de circunstancias que ocurren por eventos independientes de la voluntad de las partes, generando la extinción o reformulación de los vínculos, sino que también las partes pueden demandar la introducción, exclusión o renegociación de ciertos términos y alcances del contrato. Supuestos de esta índole son relevantes para apuntar las transformaciones en el derecho contractual, en la medida en que a menudo van de la mano con tensiones respecto de los anteriores presupuestos de la visión clásica del contrato; a saber, que este constituye

una imagen de la voluntad común de las partes y, además, el equilibrio en la posición contractual de estas²³¹.

La imposición de nuevas cláusulas o condiciones anexas al texto original de una parte del contrato, suele provenir exclusivamente de la voluntad de aquella que cuenta con mayor poder económico y de negociación y, a su vez, está dotada de destrezas y conocimientos técnicos que la otra carece o bien posee en menor grado. Este tipo de alteraciones en el rumbo contractual no provienen necesariamente de un nuevo acuerdo de voluntades que cautele los intereses de ambas partes, ni tampoco honra la posición simétrica desde la cual los contratantes debieron definir, revisar y reestablecer los términos del contrato. La estabilidad del contrato se ve frustrada, en numerosas ocasiones, porque el contrato es, en rigor, expresión de una voluntad que se impone sobre la otra, beneficiándose de la asimetría existente entre ambos contratantes y la cual posiblemente ya ha sido funcional a sus expectativas al momento de celebrar el vínculo.

Finalmente, el presupuesto (iv) que aboga por la ausencia de intervención institucional externa en el contrato es contrariado por la participación de órganos en el desarrollo de la relación contractual. Cuando alguno de los postulados precedentes es fracturado, se les insta a adoptar una posición activa en el contrato. Según María Ángeles PARRA LUCÁN, en el actual derecho de contratos es admitida «[...] la necesidad de que el legislador y los tribunales intervengan, cada uno en cumplimiento de su función, cuando la desproporción entre la fuerza contractual de las partes permita apreciar una situación de asimetría»²³². En el caso del juez, tal actuación es propiciada por reglas jurídicas incorporadas a los sistemas jurídicos privados contemporáneos y, a su vez, resulta alentada por ciertas doctrinas que han ganado progresivo espacio en el derecho comparado latinoamericano. Es posible hallar disposiciones como el artículo 960 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina en que, a continuación de establecer el *pacta sunt servanda*, es prescrito que «Los jueces no tienen

²³¹ La incongruencia que media entre las ideas fundamentales de la contratación y la realidad de las prácticas contractuales se devela, como es advertido por Daniel PEÑAILILLO ARÉVALO, en que «[I]a amplia libertad conduce a resultados frecuentemente injustos, pues se observa que los individuos no son enteramente libres, sino están muchas veces forzados por las circunstancias que los rodean; y como las presiones son distintas, tampoco son iguales, siendo frecuente la inferioridad (superioridad) de unos frente a otros, por diferencias de variado signo, generalmente económico». PEÑAILILLO ARÉVALO, 2003: 38.

²³² PARRA LUCÁN, 2018: 43.

facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público». Aun cuando tal situación no sea la regla general, la disposición concede al juez una válvula de escape frente a sus limitaciones de respetar lo pactado por las partes y, acentúa que el valor del contrato depende de su ajuste con el ‘orden público’. Este tipo de reglas ha sido añadido a muchas otras ya existentes desde la configuración moderna del derecho privado, por lo cual refuerzan la participación institucional del juez en el contrato, ampliando su espacio de actuación²³³.

Cabe añadir que este postulado ha sido puesto a prueba tanto desde el punto de vista doctrinario como legislativo. Según se revisará en los apartados respectivos, el solidarismo contractual y la función social del contrato expresamente consagrada en la actual legislación brasilera se apartan de este postulado de inmunidad de lo pactado por los contratantes. Por el contrario, el solidarismo contractual establece que a la luz de lo erróneo de ciertos presupuestos de la lectura clásica del contrato –i.e. simetría de las partes– es necesario fortalecer la posición institucional del juez y fomentar su intervención en el contrato para restablecer el equilibrio. En lugar de resistirse a la intervención externa, esta línea argumentativa alienta la actuación en el desarrollo de la figura contractual. En sintonía con ello, la función social del contrato aboga por la vigencia de otros intereses distintos a los particulares de los contratantes en la relación contractual. El contrato no es *solo* un acuerdo de voluntades de las partes, aunque nazca de este modo. De allí que haya más intereses involucrados por aquellos expresados en los términos y alcances del acuerdo. El contrato tiene una dimensión social y, por ello, el juez debe cautelar que los intereses colectivos también se encuentren bien resguardados. En el caso contrario, cuenta con la potestad para intervenir en el contrato. No se trata de algo que compete exclusivamente a las partes.

1.3. Muerte del contrato

²³³ Un ejemplo estándar de reglas jurídicas ya existentes en las codificaciones es, por ejemplo, la facultad de declarar de oficio la nulidad absoluta por parte del juez. El artículo 1683 del Código Civil chileno, en tal sentido, dispone que «La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato».

El aparente desplome de los postulados de la comprensión clásica del contrato sobre la base de la cual fue articulado el derecho de contratos moderno podría estimarse irremediable y definitivo. Desde este punto de vista, la expresión *desplome* grafica con precisión la pérdida de vigencia de la concepción clásica y ese derecho de contratos que se forjó a partir de ella. Una forma de plantear este asunto es sugerir que el contrato ha muerto. Se ha desplomado frente a las formas en que tienen lugar las relaciones contractuales y que no acomodan con los presupuestos anteriormente tratados. En este apartado echaré mano del célebre trabajo de GILMORE de 1974, *The Death of Contract* para analizar la idea de que el contrato pudo haber muerto. La incidencia de esto en el derecho de contratos es significativa ya que bien podría sugerirse que la caída de la concepción clásica del contrato acarrea la pérdida de pertinencia del derecho contractual que aquella inspiró, precipitando, por ende, su reemplazo por el *nuevo* derecho de contratos al cual subyace otra visión acerca del contrato, desprendida de los presupuestos decimonónicos.

Se revisará con detención la tesis de GILMORE y será formulada una interpretación alternativa acerca de las maneras en que el contrato pudo haber fallecido. Esta cuestión recuperará su relevancia al final de este capítulo cuando la corrección de la muerte del contrato sea evaluada de manera crítica. Como se dirá, en lecturas como la de la muerte del contrato muchas veces se pierde de vista la complejidad del derecho contractual en que la diversidad, el desacuerdo y los contrapuntos son partes fundamentales de su riqueza teórica. En búsqueda de una descripción que muestre la supuesta uniformidad del derecho de contratos se aboga por la existencia de una imagen común, que, al no presentarse inequívocamente con todos sus rasgos, se da por desaparecida y sustituida por otra alternativa.

Cuando GILMORE presentó a la comunidad académica su obra de 1974, la valoración que alcanzó en la reflexión americana sobre el derecho de contratos se grafica en las palabras de Richard A. EPSTEIN, para quien el trabajo de GILMORE «[...] es uno de esos pocos libros que merece nuestra reflexión y atención más cuidadosas»²³⁴. Su objetivo fue dar cuenta de un fenómeno que, desde su mirada, estaba generando efectos irremediabilmente nocivos en la

²³⁴ Se trata de un conjunto de conferencias que GILMORE impartió durante el mes de abril de 1970 en Ohio State University Law School –en la actualidad, Moritz College of Law– y que dieron lugar a dos ediciones de su obra, publicadas en 1974 y 1995. EPSTEIN, 1976: 68.

teoría general del contrato. De manera progresiva, la responsabilidad extracontractual presentó un fuerte proceso de expansión y el contrato, por su parte, comenzó a ser absorbido por aquel régimen de responsabilidad. Esto hacía peligrar la autonomía del derecho contractual ya que, si todo transitaba de este modo, pasaría a formar parte del sistema de responsabilidad extracontractual, perdiendo su carácter de estatuto independiente de responsabilidad. GILMORE predijo la muerte del contrato y diagnosticó como su causa la teoría clásica del contrato basada en la fuerza de las promesas y la relevancia de la negociación junto a la *consideration*. Su sugerente afirmación estuvo influenciada por las célebres palabras que HOLMES deslizó a treinta años de publicarse su *The Common Law*, cuando advirtió que «[c]ada libro original lleva en sí mismo las semillas de su propia muerte»²³⁵.

Basándose en algunos de los comentarios críticos que FRIEDMAN dedicó a la teoría del contrato que calificó como «pura» o «clásica», GILMORE sacó partido de sus ideas para sugerir por qué la teoría clásica del derecho contractual estaba pronto a desaparecer.²³⁶ Dicha construcción se elaboró, como fue adelantado, a partir de relaciones abstractas que expresan una ceguera tanto frente a los detalles relativos al contenido de los vínculos como en relación con las personas que los celebran. La ausencia de un contenido sustantivo para estas nociones nos orienta a una semejanza entre esta teoría del contrato y el libre mercado²³⁷. Ambos modelos teóricos tratan de manera abstracta a los individuos como unidades económicas que se mueven impulsados por sus elecciones libres y racionales. Tanto la teoría económica liberal como la teoría clásica del contrato ofrecen esquemas de análisis formales que «[...] poco o nada tienen que ver con el mundo real, no cambiarían –o no podrían cambiar– como el mundo real ha cambiado»²³⁸.

La arquitectura altamente abstracta y estática de la teoría clásica del derecho de contratos impediría, bajo la interpretación de GILMORE, hacer frente a la oleada de regulaciones de responsabilidad extracontractual que comenzó a subsumir los supuestos de infracciones

²³⁵ HOLMES, 1919 citado en COLLINS, 1995: VII.

²³⁶ FRIEDMAN, 2011: 14, 15, 20.

²³⁷ Acerca del vínculo entre los mercados y el derecho contractual, en que es puesta de relieve la condición moral del mercado y el rol del derecho contractual para atender las creencias morales que hacen que el buen funcionamiento de los mercados sea posible, véase OMAN, 2016: en especial, 67-85.

²³⁸ GILMORE, 1995: 8.

contractuales, incorporándolos al catálogo de ilícitos extracontractuales. Por su composición abstracta, lejana e impersonal, la teoría tradicional del contrato, del mismo modo que la teoría económica clásica, son incapaces para dar cuenta de la realidad y complejidad de las prácticas y comportamientos contractuales y económicos, respectivamente²³⁹. Su lugar natural correspondía, en verdad, a las facultades de derecho y no a los tribunales de justicia. Como arguye GILMORE, «[e]n su forma más ‘pura’, la teoría del contrato nunca pudo haber existido fuera de las aulas de la Facultad de Derecho de Harvard. Pero generaciones de abogados, jueces y profesores, se formaron creyendo que la teoría del contrato era cierta, y son nuestras creencias, aunque sean absurdas, las que condicionan nuestras acciones»²⁴⁰.

Ese estado de cosas era conflictivo para el derecho de contratos, ya que el incumplimiento contractual devino conceptualmente indistinguible del ilícito extracontractual, ilustrando el declive y caída de la teoría contractual del siglo XIX con la superposición entre ambos términos: contrato e ilícito extracontractual. Sus divergencias son menores frente a las coincidencias y de ahí que, pese a la insistencia de los teóricos clásicos del contrato en diferenciarlas, se han consolidado como solo un tipo de ilícito. Dicha imagen muestra un derecho contractual menoscabado frente a un sistema de responsabilidad extracontractual vigoroso. Como lo advierte GILMORE, «[...] la teoría de la responsabilidad extracontractual en la cual el contrato está siendo reabsorbido es en sí misma una teoría de la responsabilidad mucho más integral que la teoría de la responsabilidad extracontractual respecto de la cual el contrato fue artificialmente separado hace cien años atrás»²⁴¹. Frente a este proceso, su perspicaz sugerencia para la enseñanza del derecho fue fusionar los cursos de contratos y responsabilidad extracontractual en un único curso llamado *Contorts*²⁴².

²³⁹ Como es apuntado por Jean BRAUCHER, GILMORE creyó que «[...] la doctrina clásica del contrato había muerto con el pensamiento del *laissez-faire*». BRAUCHER, 1995: 49. Énfasis añadido.

²⁴⁰ GILMORE, 1995: 19.

²⁴¹ GILMORE, 1995: 95. En sintonía con lo anterior, P. S. ATIYAH denunció que las falencias del paradigma tradicional del derecho contractual contribuyen al posicionamiento del derecho de la responsabilidad extracontractual. En sus términos, «[p]arece haber dos razones por las cuales hoy es evidente que el contrato y el ilícito extracontractual se están fusionando. Primero, porque el uso de valores colectivos para imponer soluciones a las partes en casos contractuales se ha vuelto menos ilegítimo de lo que solía parecer bajo la influencia de la teoría clásica del contrato; y, en segundo lugar, a un nivel más técnico y doctrinal, porque los jueces modernos están más contentos con la fluidez de las técnicas del ilícito extracontractual que con las rigideces e insuficiencias percibidas del derecho contractual». ATIYAH, 1986d: 9.

²⁴² GILMORE, 1995: 98.

Como es posible advertir, GILMORE está más preocupado de la teoría general del contrato antes que del contrato²⁴³. A partir de ella apunta en la dirección del sistema de responsabilidad contractual y el derecho de contratos. Pese a que recurrentemente en su argumentación se entrelacen los términos «contrato», «teoría general del contrato», «responsabilidad contractual» y «derecho de contratos», el autor no parece ocuparse tanto del primero como de los restantes. Sin embargo, es claro que el mayor interés de la pregunta por la muerte del contrato está situado en una interpretación más bien estricta; a saber, si el contrato –de acuerdo con su comprensión tradicional y que es esgrimida a partir de los postulados que la sostienen– ha dejado o no de tener sentido. Al plantear derechamente el problema como la muerte *del* contrato, GILMORE logra captar la atención del lector. Pero este último puede sentirse un tanto insatisfecho con los resultados a los que arriba. Por ello, es necesario tener precaución respecto de esta superposición de objetos que enfrentarían su eventual muerte. Naturalmente, si desaparece el contrato esto tendrá un impacto en el esquema de responsabilidad contractual, así como en el derecho de contratos. Pero no necesariamente se trata de lo mismo. Como sea que fuere, es necesario concentrar nuestra mirada en la pregunta si acaso el contrato –con base en su concepción clásica– ha sido erradicada hasta el punto de desaparecer. Para esto se vuelve indispensable mostrar dos maneras en que la muerte del contrato pudo haber ocurrido, adelantando que cada una no presenta necesariamente la misma respuesta a la cuestión si el contrato, de verdad, murió o no. Desde esta línea interpretativa, es posible hablar de dos versiones de la eventual muerte del contrato: una externa o exógena por reemplazo y otra interna o endógena por develamiento.

De acuerdo con lo anterior, la idea de la muerte del contrato es posible entenderla según dos variantes. Mientras que la primera centra su atención en la sustitución de la noción de contrato por la de ilícito extracontractual, desatando que el sistema de responsabilidad contractual sea absorbido por el de responsabilidad extracontractual, la segunda atiende al

²⁴³ GILMORE aclara el punto más avanzado su trabajo, «[a]ún debemos encontrar, en primer lugar, una explicación de lo que *el contrato –la teoría clásica o general del contrato, como la hemos denominado–* tenía por objeto y, si ahora está muerto o agonizando, qué causó la fatal enfermedad». GILMORE, 1995: 103. Énfasis añadido. Ya fue señalado que si bien hay una estrecha relación entre la teoría general del contrato y el derecho contractual no coinciden en términos conceptuales. No obstante, es natural pensar que a partir de una determinada forma de entender el contrato se articula la teoría general que sistematiza sus dimensiones jurídicas y el derecho de contratos que la disciplina y orienta.

develamiento del hecho de que los postulados de la visión clásica del contrato no logran capturar los rasgos y dimensiones que contemporáneamente este ha alcanzado. Su fallecimiento puede provenir, por tanto, de factores externos como lo es el impacto del sistema de responsabilidad extracontractual sobre el contractual, así como por elementos internos derivados de la insuficiencia de los postulados centrales de *una* de las maneras de entender el contrato. Como podrá observarse, la muerte exógena corresponde a la estrategia suscrita por GILMORE para echar luz al problema, pero ello no significa que haya sido la mejor alternativa para hacerlo. En la sección 3.5. se volverá sobre la muerte del contrato brindando una respuesta acerca de su posible fallecimiento en ambos sentidos. La cuestión de fondo es que la idea de que el contrato puede morir devela una forma de entender el derecho de contratos que, en lugar de exaltar la complejidad que efectivamente posee, afirma rasgos como su simplicidad y uniformidad, de los cuales en realidad carece.

2. NUEVAS FORMAS DE CONTRATACIÓN, DERECHO DEL CONSUMO E INTERVENCIÓN LEGISLATIVA COMO FRACTURAS

La descripción del aparente desplome del derecho de contratos moderno por la caída de los postulados centrales de la visión clásica del contrato en la cual aquel se asentó, va acompañada de algunas modificaciones en la forma en que es conocida la contratación en la actualidad. El escenario contractual de comienzos del siglo XX posee un conjunto de rasgos y dimensiones que contrastan con el ámbito bajo el cual se instaló el derecho de contratos continental gracias al movimiento codificador. El cambio en las condiciones sociológicas de contratación es crucial para determinar cómo esto ha influido en la noción de contrato y en el cuestionamiento del fundamento de su fuerza obligatoria. Se pondrá especial atención a las variantes que ha ocasionado el surgimiento de formas de contratación que progresivamente tomaron protagonismo en las prácticas contractuales, aun cuando develan desajustes con los presupuestos de la contratación decimonónica. Del mismo modo, se analizará el derecho de consumo como una construcción jurídica y dogmática que, junto con reconocer la caída de los postulados clásicos, procura neutralizar y corregir sus efectos más perniciosos en las relaciones contractuales. Finalmente, el recorrido será cerrado con el

incremento de la participación del legislador en un espectro general del derecho de contratos, desplazando al dogma de la voluntad como origen y centro del ámbito contractual. Una lectura preliminar podría sugerir que a la luz de esta alteración en la contratación tradicional hay buenas razones para reafirmar la pertinencia de emplear la expresión *desplome* para aludir al presente de este modo de ver el ámbito contractual.

2.1. Nuevas formas de contratación

Un papel central en la contratación contemporánea está marcado por la irrupción de las categorías contractuales, que ponen a prueba la totalidad de los presupuestos de la visión clásica del contrato anteriormente anotados. Este fenómeno de ruptura está fuertemente entrelazado con la importancia que estas categorías alcanzan en la conformación de un contexto del derecho de contratos que es distinto de aquel que antecede el siglo XX. Al hablar de un escenario contractual contemporáneo del derecho de contratos, entiendo un conjunto de principios y reglas jurídicas que han releído los postulados decimonónicos del contrato y sobre los cuales fue configurado el derecho de contratos moderno, disociando la identidad entre el contrato y la voluntad, develando situaciones de efectiva asimetría contractual y problemas de inestabilidad en el desenvolvimiento del contrato y, por último, favoreciendo la intervención institucional externa en la vida del vínculo contractual.

El contraste con el contexto anterior se podría encontrar transversalmente trazado en virtud de la significativa intervención del legislador en los vínculos contractuales entre particulares, presentándose tanto en la generación de los contratos como en la determinación del contenido de las prestaciones que los gobiernan. El progresivo desplazamiento de la voluntad del ámbito contractual vigente desde comienzos del siglo XX, pudiere evidenciar dificultades al momento de evaluar la conservación del contrato en este actual estado de cosas y, asimismo, de adscribir la cuestión de la legitimación de la fuerza vinculante, sobre su imagen conceptual de constituir una declaración de la voluntad de las partes elaborada en una relación paritaria y estable en el tiempo, según la cual se articuló la contratación moderna bajo las ideas plasmadas en la codificación.

Un fiel reflejo de esta relectura se encuentra en las categorías contractuales reconocidas en los distintos ordenamientos jurídicos privados, las cuales tensionan la identidad entre contrato y voluntad, la posición contractual simétrica de los contratantes y continuidad en el desarrollo de las prestaciones del contrato, ofreciendo obstáculos para mantener la imagen clásica del contrato y la voluntad libremente expresada como bastión de la obligatoriedad contractual en los estudios de derecho de los contratos²⁴⁴. En lo que sigue, se revisarán sumariamente tres categorías contractuales que son relevantes para dar cuenta de este fenómeno. Se denominan categorías contractuales porque corresponden a figuras que participan de los elementos y caracteres de los vínculos contractuales, pero no corresponden a la imagen clásica del contrato, diseñada sobre la base de la voluntad, equilibrio en el poder negociador de quienes lo generan y estabilidad en el desarrollo contractual. En principio, se integran dogmáticamente a la sistematización de la teoría general del contrato como un conjunto adicional a las clasificaciones de los contratos regulados por la legislación y aquellas añadidas por el esfuerzo doctrinal. Por supuesto, tales categorías también fortalecen el papel del legislador en la configuración, celebración y desarrollo de las relaciones contractuales. Su espectro de influencia se encuentra mayoritariamente *al inicio* de estas figuras, mostrando la importancia de la competencia legislativa en su etapa de conformación.

2.1.1. Contratos por adhesión

Esta categoría contractual es aquella «[...] que se forma sin discusión previa, mediante la aceptación lisa y llana que una de las partes hace de las condiciones señaladas para la otra»²⁴⁵. La unilateralidad del contrato por adhesión se expresa al momento de su surgimiento, dado que sus «[...] cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes. La otra parte se limita a aceptarlas en bloque, adhiriendo a ellas»²⁴⁶. Si la visión tradicional del contrato

²⁴⁴ Las categorías contractuales admiten interpretarse como un resultado de la constatación sobre la incongruencia existente entre la libertad de los individuos para contratar y la realidad de las prácticas contractuales. Como lo indica PEÑAILILLO, «[l]a amplia libertad conduce a resultados frecuentemente injustos, pues se observa que los individuos no son enteramente libres, sino están muchas veces forzados por las circunstancias que los rodean; y como las presiones son distintas, tampoco son iguales, siendo frecuente la inferioridad (superioridad) de unos frente a otros, por diferencias de variado signo, generalmente económico». Véase, PEÑAILILLO ARÉVALO, 2003: 38.

²⁴⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2005: 40.

²⁴⁶ LÓPEZ SANTA MARÍA, 2010: 118.

supone un nacimiento consensuado de las estipulaciones que lo rigen, tales negociaciones bajo el contrato por adhesión son sustituidas por la imposición de las condiciones mediante términos redactados por una de ellas, ejerciendo su posición económicamente privilegiada²⁴⁷.

La participación del legislador en los contratos por adhesión se expresa bajo dos dimensiones. A nivel conceptual, las legislaciones sobre derechos de los consumidores suelen contemplar definiciones del contrato por adhesión. En tal sentido, se ha concebido en algunas legislaciones como «[...] aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido»²⁴⁸. Es decir, el propio legislador determina qué debe entenderse por contrato de adhesión para efectos de la operatividad de esta ley. A su vez, bajo un nivel regulatorio el legislador ha intervenido mediante la reglamentación de los principales contratos por adhesión. Su uso ha proliferado de manera sostenida, extendiéndose a diversos campos de la contratación contemporánea. Frente a la imposibilidad de suprimir la verificación de estos vínculos, y dado los efectos nocivos que el desequilibrio en el poder negociador ocasiona, el legislador ha optado por transformar contratos por adhesión en contratos dirigidos, según se indicará a continuación.

El contrato por adhesión está en tensión con los postulados que suscribió la codificación y reafirmó la comprensión clásica del contrato. Su organización descansa sobre la base de la asimetría contractual bajo la cual la parte mejor posicionada despliega su poder, estableciendo cláusulas predeterminadas que no están sujetas a la efectiva negociación de las partes. La voluntad de la parte débil de la relación contractual se limita a acceder o no a los términos y condiciones que impone el contratante, a quien favorece la desigualdad en las destrezas y capacidades contributivas. Respecto de la continuidad contractual, en tanto, esta expresión de las categorías contractuales se encuentra relacionada con la introducción unilateral de modificaciones a los términos contractuales que fueron originalmente adheridos. Tales condiciones generales o cláusulas específicas pueden resultar más gravosas

²⁴⁷ Iñigo DE LA MAZA GAZMURI ha sugerido que los contratos de adhesión son celebrados por los contratantes en base a consideraciones relativas a la reducción de sus costos contractuales. Mientras en los esquemas de regulación vertical, la disminución de los costos de negociar la distribución de los riesgos se efectúa a partir de los contratos nominados, los contratos de adhesión satisfacen la misma función bajo esquemas de regulación horizontal, dado que permiten la coordinación de intereses a un costo significativamente bajo, ya que las partes no deben negociar los términos del acuerdo que han sido determinados por una de ellas. Al respecto, véase, DE LA MAZA GAZMURI, 2003: 112-115.

²⁴⁸ Artículo 1.6, Ley No. 19.496 de 1997, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores de Chile.

para los intereses contractuales del contratante débil. Desde esta perspectiva, el contrato de adhesión supone *una* voluntad impuesta en el contrato, que está fundada en la desigualdad existente entre las partes y permanece constantemente expuesto al favorecimiento de los intereses de la parte fuerte.

En la reflexión filosófica sobre el derecho contractual, el clásico estudio de Friedrich KESSLER sobre la incidencia de esta tipología de contratos en la libertad contractual resulta iluminador²⁴⁹. Las raíces individualistas y liberales –antes apuntadas por FRIEDMAN– del derecho de contratos se refleja en el lugar privilegiado que ocupa la libertad contractual. Desde el punto de vista moral, se reconoce libertad contractual a las personas porque se debe hacer posible dentro de una comunidad de negocios efectuar transacciones de manera deliberada²⁵⁰. El derecho de contratos, por ende, delega en los particulares la posibilidad de estipular las cláusulas y estipulaciones de la relación contractual. Sin embargo, la relevancia de la libertad contractual es también práctica ya que su posicionamiento es la contrapartida del sistema de libre mercado. Por ello, como indica KESSLER, «[...] nuestra tradición jurídica en materia de contratos refleja un espíritu de orgulloso individualismo y de *laissez faire*. Esto es particularmente cierto, para los axiomas y reglas relativos a la formación y a la interpretación de los contratos, la autenticidad y realidad del consentimiento. El contrato [...] es un asunto privado y no una institución social»²⁵¹.

Gracias al marcado desarrollo de la actividad empresarial que se vio expresado en el incremento de la producción y la distribución de bienes y servicios, surgió el contrato masivo estandarizado, permitiendo a la empresa utilizarlo en cada negociación que aluda al mismo objeto o servicio. Dicha modalidad contractual se aleja de la comprensión clásica del contrato en que los contratantes y sus estipulaciones voluntarias son decisivos. En el contrato estandarizado, por el contrario, se formulan relaciones despersonalizadas. La individualidad de las partes contratantes que se encontraba exaltada en la visión clásica sencillamente desaparece y ello acrecienta su conexión con la lógica del mercado. Según el autor, «[e]l contrato estandarizado actualmente refleja la impersonalidad del contrato. Se ha llegado a su

²⁴⁹ KESSLER, 1943: 629-642.

²⁵⁰ Acerca del vínculo entre libertad contractual y las exigencias de antidiscriminación, véase SILVA, 2020.

²⁵¹ KESSLER, 1943: 184.

máximo perfeccionamiento en los diferentes tipos de contratos utilizados en los distintos intercambios»²⁵².

La contratación estandarizada desata consecuencias que podrían ser beneficiosas porque su uniformidad contribuye al cálculo de los riesgos, permitiendo seleccionar o controlar los riesgos asumidos en un vínculo contractual. Al disminuir los costos de la producción y la distribución pueden disminuir los precios a los cuales accede el público, beneficiándolos directamente. Pero, del mismo modo, los contratos estandarizados son frecuentemente utilizados por empresas favorecidas con un importante poder de negociación. La parte mejor posicionada de la relación contractual acude a esta clase de contratos. La parte débil, por su parte, no está en posición de adquirir los bienes o servicios en mejores condiciones, en tanto quien los produce tiene un monopolio a su favor o bien pues todos los competidores utilizan las mismas cláusulas estandarizadas. No solo incide, entonces, en la desigualdad del poder de negociación de quienes conforman la relación, acrecentando la brecha que media entre las partes, sino que la actuación voluntaria se ve amenazada. De acuerdo con KESSLER, la voluntad de contratar de la parte débil «[...] no es sino el sometimiento más o menos voluntario a los términos establecidos por la parte más fuerte. Términos cuyas consecuencias se entienden a menudo solo de un modo vago. Así, los contratos estandarizados son con frecuencia los contratos de adhesión, son *prendre ou ai laisser*»²⁵³.

Esta categoría contractual ofrece, por último, dificultades para la fuerza obligatoria del contrato. Ello se pone de manifiesto en la medida en que el efecto vinculante del contrato requiere de una etapa de negociaciones, a partir de la cual los contratantes discutan y acuerden los alcances del vínculo contractual. De modo que la mera adhesión del contratante económicamente más débil a los términos impuestos por su contraparte genera que, en los términos de ALESSANDRI, «[...] uno de ellos impone la ‘ley del contrato’ al otro, cuyo único papel es aceptarla o rechazarla»²⁵⁴. El déficit de la etapa de discusión socava la vigencia de la voluntad de las partes y, por ende, la legitimación de la obligatoriedad del contrato no

²⁵² KESSLER, 1943: 186.

²⁵³ KESSLER, 1943: 187. En los contratos por adhesión la parte débil tiene la *posibilidad* de acceder o no a lo prestablecido por el contratante mejor posicionado. En este sentido, la última parte le indica a la primera «tómelo o déjelo».

²⁵⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 2005: 40.

podría fundarse en la tesis según la cual aquel es obra de la voluntad libremente manifestada por los contratantes. O bien, hay que admitir que la sola voluntad del oferente no puede justificar la fuerza obligatoria del contrato si aquella ha sido impuesta al adherente²⁵⁵.

2.1.2. Contratos dirigidos

El contrato dirigido surge como una alternativa para atenuar las consecuencias perjudiciales derivadas de la imposición de los términos contractuales, que fueron unilateralmente definidos por el contratante que contaba con un mayor poder de negociación. En lugar de implementar un mecanismo de represión *a posteriori*, el legislador corrige en parte la asimetría contractual mediante el establecimiento de cláusulas y derechos irrenunciables a favor del contratante débil. Se trata de una categoría contractual bajo la cual la reglamentación proviene del legislador, en que las partes acuerdan el sometimiento a un marco regulatorio contractual predeterminado. El carácter imperativo del contrato dirigido constituye un paliativo a la adhesión, impidiendo «[...] que las partes puedan alterar, en el contrato particular que celebran, lo estatuido de manera general y anticipada por el legislador, sea en materia de contenido o efectos de la convención, sea en materia de persona con la cual se ha de celebrar el contrato»²⁵⁶.

Tal situación se presenta en contratos como el de edición que se encuentra contemplado en materia de propiedad intelectual, y cuya estructura supone una asimetría en el poder de negociación que favorece los intereses del editor, encontrándose el autor de la creación u obra en la necesidad de resguardar sus expectativas y amparar sus derechos intelectuales. Asimismo, tal situación queda de manifiesto en la regulación del contrato de trabajo previsto en las legislaciones laborales. Ciertamente, la relación contractual laboral es un indicador por excelencia de las dificultades que ofrece el desequilibrio entre las partes de un contrato, aun

²⁵⁵ Como observa Luis Díez-PICAZO, quien sigue de cerca en este punto a Raymond SALELILLES, la diferenciación que media entre el contrato tradicional y el contrato por adhesión, hace ver que el único punto en común es la denominación de contratos, toda vez que en lo demás «[...] no guardan con los arquetipos contractuales ninguna semejanza, lo cual es manifiesto si como arquetipo o tipo por excelencia se toma el que puede llamarse contrato por negociación, en que las partes se encuentran en pleno pie de igualdad, discuten, hacen y rehacen el contenido contractual hasta que finalmente expresan, sobre el resultado de la negociación, su concordia». Díez-PICAZO, 2007: 415. Énfasis añadido.

²⁵⁶ LÓPEZ SANTA MARÍA, 2010: 137.

cuando sea objeto de una discusión de largo aliento su carácter de derecho privado o público²⁵⁷. La magnitud de la protección contractual a favor del trabajador queda al descubierto en el establecimiento de derechos que no están bajo la esfera de renegociación. Así, por ejemplo, en el inciso segundo del artículo 5 del Código del Trabajo chileno se establece perentoriamente que «Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo». La obligatoriedad de este tipo de cláusulas o bien la prohibición de eliminarlas, indudablemente afecta la voluntad de las partes, pero dicha afectación no opera en el mismo sentido que el fenómeno de la adhesión, que la dirección contractual precisamente busca mitigar.

Esta figura contractual existe porque no es efectiva la igualdad de las posiciones a partir de la cual las partes negocian, determinan y ejercen sus intereses contractuales. De nuevo, se pone en evidencia que el segundo postulado de la concepción clásica del contrato no es tal. Se considera que una manera de corregir la asimetría que perjudica a la parte débil de la relación jurídica es cautelando sus intereses mediante derechos y prerrogativas indisponibles. Esos términos, por supuesto, también se encuentran desligados de una voluntad común que los convenga. Son expresión de una voluntad que es ajena a las partes del contrato y resguarda los intereses de quien está menos favorecido para negociar, y que por sí mismo no podría establecerlos como parte integrante del vínculo contractual. Ello también tiene alcances en materia del efecto obligatorio del contrato. El rompimiento de los estándares básicos de la contratación clásica dificulta aceptar sin reservas que el contrato vincula a los contratantes porque es construido según su genuino consentimiento.

Bajo el contrato dirigido también se interrumpen otras pretensiones que encarna la visión clásica del contrato a partir del cual fue construido el derecho de contratos de raíz decimonónica. Ello es puesto de manifiesto en el paradigma de la autonomía de la voluntad que se condensa en la famosa frase de Alfred FOUILLÉE, «quién dice contractual, dice justo». No todo vínculo fundado en la libertad y voluntad de las partes deviene justo y, de ahí, que el legislador decide consagrar derechos indisponibles para proteger al contratante dotado de

²⁵⁷ Respecto del carácter privado del derecho del trabajo a la luz de la relación contractual laboral constituida entre empleador y trabajador, véase PAPAYANNIS y PEREIRA FREDES, 2018b: 29. Acerca de la discusión filosófica sobre esa esfera del derecho, véase SPECTOR, 2018: 199-214.

un menor poder de negociación. Los postulados teóricos de la contratación enfrentan exigencias de justicia correctiva reclamadas desde las efectivas prácticas contractuales. De igual manera, el carácter de indisponibilidad de ciertos derechos consagrados por un contrato dirigido defrauda el posicionamiento de la voluntad de las partes como exclusiva fuente productora de normas contractuales. Mas, la intensidad bajo la cual se limita la voluntad de los contratantes es ciertamente menor. En el contexto del fenómeno de la dirección, ambas partes acuerdan libremente acceder a un estatuto legal previamente establecido, cuya justificación excede la satisfacción de los meros intereses de una de las partes. Aquí existe un acuerdo común en la reglamentación, bajo la cual se gobernará el vínculo contractual pactado por los agentes²⁵⁸.

2.1.3. Contratos forzosos

El contrato forzoso corresponde a aquella categoría contractual «[...] que el legislador obliga a celebrar o dar por celebrado»²⁵⁹. A partir de su conceptualización subyace la tensión que existe entre esta figura y el reconocimiento del consentimiento de los contratantes como fuente para el nacimiento de la relación contractual, así como para fundar su obligatoriedad, pero la forma en que la voluntad de las partes se ve afectada se ajusta al tipo de contrato forzoso del cual se trate. Resulta evidente que el primer postulado de la comprensión clásica del contrato se encuentra fuertemente resentido en esta clase de contratos en que las partes están obligadas a celebrarlos o que derechamente se dan por celebrados. En términos más generales, esta tipología afecta la autonomía de la voluntad en el derecho de contratos y su concretización en la libertad contractual. La operatividad de la autonomía privada en el marco de los contratos ha sido tematizada a la luz de la libertad contractual como uno de los principios básicos de la contratación. Esta libertad contractual puede interrumpirse parcial o completamente, según hablemos de un contrato forzoso ortodoxo o forzoso heterodoxo, en forma respectiva. La distinción es trazada en torno a los efectos que se verifican en la libertad

²⁵⁸ Federico DE CASTRO Y BRAVO advertía con razón que el dirigismo contractual tuvo lugar en virtud de los reclamos de las propias personas que eran afectadas por los excesos del ejercicio de la autonomía individual, abogando por ponerles límites. Según el autor, «[f]rente a sus abusos, ‘los particulares’ reclaman, porque lo necesitan, el apoyo del Estado, para que limite los excesos de la autonomía privada». DE CASTRO Y BRAVO, 1985: 17.

²⁵⁹ LÓPEZ SANTA MARÍA, 2010: 140.

contractual de los participantes. Cada clase afecta de manera distinta y en distintos grados la libertad de contratación de las personas.

Un contrato forzoso ortodoxo, entonces, se encuentra sujeto a dos dimensiones de análisis, con repercusiones diferenciadas sobre la pertinencia de la libertad contractual. Por una parte, una etapa de formación del contrato que se encuentra definida por un mandato legal de celebración. Dicha dimensión de la autonomía se denomina libertad contractual en su expresión de libertad de conclusión. Por otra, una etapa de articulación de los términos y prestaciones del vínculo contractual, que se mantiene gobernada por la voluntad del agente negociador. Tal manifestación de la libertad contractual se expresa en clave de libertad de configuración interna. De modo que bajo un contrato forzoso ortodoxo se escinde la vigencia de la voluntad libremente manifestada por los contratantes, afectando una expresión mas no la otra. Si bien se extravía su libertad de conclusión, es conservada la faz de configuración interna de esta categoría contractual.

Por su parte, un contrato forzoso heterodoxo es aquel en que no existe una división de estas dimensiones de la libertad contractual. De ahí que la autonomía privada resulte íntegramente suprimida bajo esta figura. El contratante es obligado a acceder a esta categoría contractual y, a su vez, está obstaculizada su facultad para configurar los términos del contrato. Está forzosamente determinado a acceder al contrato sin que pueda influir en la estipulación de sus cláusulas. No posee libertad contractual en su potestad de concluir el contrato ni de configurar voluntariamente su contenido. La autonomía privada es reemplazada por la heteronomía legislativa. Indudablemente el estándar normativo de la voluntad encuentra un límite de relevancia al momento de justificar la fuerza vinculante de un contrato forzoso heterodoxo²⁶⁰. Si el primer presupuesto clásico radica en que el contrato es, en un sentido sustantivo, manifestación de la voluntad de los contratantes y en esa voluntad reposa la obligatoriedad del contrato, la presencia de contratos forzosos heterodoxos poner en verdaderos aprietos a la permanencia de la manera tradicional de pensar lo contractual.

²⁶⁰ La vinculación entre la autonomía de la voluntad y la libertad jurídica, abarcando tanto su dimensión para contratar, es decir, para celebrar el negocio jurídico y con quién, como su faz de libertad contractual, que es la libertad para fijar los términos o contenidos del contrato, ha sido explícitamente reconocida por la jurisprudencia chilena en CORTE SUPREMA, ROL No. 2.979-2006, 10.03.2008, considerando quinto.

Otras dimensiones de análisis sobre los postulados de la concepción clásica del contrato presentan trabas porque la afirmación según la cual el contrato forzoso constituye un concurso de voluntades de quienes lo celebran, presentará dificultades en la medida en que su libertad contractual, en una o ambas dimensiones, estará lesionada. Aun cuando no se detecten especiales conflictos con la posición simétrica de los contratantes o la estabilidad de las prestaciones que se fuerzan a contraer, basta con el hecho de que los contratantes celebran un vínculo contractual que no desean formular, contrayendo obligaciones que no estuvieron en su deliberación ni escrutinio crítico conjunto. Por supuesto, siempre estará disponible la consideración de que la voluntad de las partes se presenta *inicialmente* en los términos establecidos por el Estado en el derecho contractual. El umbral de esta voluntad es ciertamente menor y constituye un punto pendiente de análisis dilucidar si el descubrimiento de esferas de la voluntad de quienes son partes de un contrato –por mínimas que estas sean– es suficiente para pervivir el paradigma tradicional de la contratación.

2.2. Derecho de consumo

El derecho de consumo admite interpretarse como una reacción manifiesta a la frustración del programa decimonónico de contratación. Si bien su ubicación estándar suele situarse en una zona foránea tanto al derecho de contratos como al derecho privado general, focalizada como una dispersión normativa de este mediante legislaciones especializadas, de manera progresiva han ingresado a las codificaciones civiles. En la actualidad, el derecho de consumo forma parte del derecho privado y, en el ámbito del derecho de contratos, los contratos de consumidores son regulados dentro de la parte especial de la teoría de los contratos. Esto podría estimarse como una coincidencia o circunstancia coyuntural, pero tiene una razón sustantiva que lo justifica: el derecho de consumo es un sistema correctivo de la severa asimetría existente entre los contratantes y, precisamente, centra sus preocupaciones en las relaciones contractuales²⁶¹. La complejidad de la interacción entre productores y

²⁶¹ En la codificación argentina, que hasta hoy en día es la más reciente en el contexto jurídico privado latinoamericano, estuvo permanente presente la preocupación acerca de la incidencia de la desigualdad de las partes y la pobreza en el marco de la contratación, en la medida que las personas desaventajadas son comúnmente la parte débil de la relación jurídica. Ello explica, en parte, el marcado acento del legislador argentino por incorporar previsiones para cautelar la posición de los desfavorecidos en contratos de consumo y bancarios. Véase, ZAYAT, 2012: 1-11.

consumidores es un indicador de la evolución que han experimentado las prácticas contractuales desde su sistematización moderna.

Un fenómeno exógeno al derecho contractual cuya incidencia es crucial para examinar sus modificaciones, junto con aquellas que ha sufrido el derecho privado en general, según fue observado al revisar el externalismo en filosofía del derecho privado durante el capítulo anterior, es ciertamente el mercado. Desde finales del siglo XIX y comienzos del XX, se produjeron sendas variaciones en la organización del mercado constituidas por el tránsito entre el comercio e intercambio interpersonal a formas de actuación impersonales de comercialización de bienes y servicios. El aumento proporcional de la producción de bienes y servicios y de los potenciales adquirentes, favoreció la comercialización en masa con condiciones generales, a distancia y en base a una contratación estandarizada. Los empresarios optan por contratar mediante contratos tipo que no ofrecen a los consumidores la posibilidad de negociar sus términos, limitándose a aceptar o no las cláusulas prefijadas por los comerciantes, sin posibilidad de efectuar modificaciones.

Con base en este contexto, resultó evidente la necesidad de reconsiderar la pertinencia de que las relaciones de consumo continuaren reguladas en los códigos civiles, dado que la forma en que se desarrolló la contratación entre empresarios y consumidores era notoriamente distinta a la acogida en los textos civiles tradicionales. De igual manera, una preocupación crucial de esta interrogante versó acerca de cómo cautelar la posición desfavorecida de los consumidores frente a las condiciones generales preestablecidas por los empresarios, toda vez que este tipo de transacciones podrían devenir en abusos contractuales, mediante cláusulas claramente perjudiciales para los consumidores. De acuerdo con Silvia DÍAZ ALABART, «[e]s muy frecuente en este tipo de contratos que el comerciante predisponente haya incluido cláusulas claramente abusivas que no respetan el equilibrio de las posiciones contractuales. El célebre aforismo que evoca la esencia de los contratos, ‘*quien dice contractual dice justo*’, pierde aquí todo su sentido si no se establecen mecanismos legales de protección frente a las cláusulas abusivas»²⁶².

²⁶² DÍAZ ALABART, 2016: 8. Énfasis del original.

El derecho del consumo está vinculado al denominado orden público de protección de los consumidores. Pese a su especialización en las nuevas prácticas de contratación en masa y su propósito fundamental de proteger los derechos de los consumidores, podría discutirse si continúa siendo parte del derecho privado o bien se ha desplazado al derecho público. La inclusión de reglas indisponibles para los particulares no importa que el área en el cual ello ocurre necesariamente sea parte del derecho público. Hay normas de orden público en el derecho privado, como sucede con las regulaciones que son parte del derecho de propiedad y del derecho de familia. El déficit de disponibilidad de las reglas jurídicas no constituye un carácter exclusivo del derecho público. Por lo demás, la sistematización del derecho de consumo ha resultado provechosa para la comprensión del derecho de contratos, develando sus deficiencias y nuevos desafíos. Una expresión de ello radica en este orden público de protección. El derecho privado contiene un conjunto de disposiciones que pese a formar parte del sistema jurídico privado, no están bajo la autonomía privada de los individuos. Es decir, se trata de reglas jurídicas que resultan indisponibles para los particulares, no obstante corresponden a reglas del ámbito jurídico privado. Ellas tienen por objetivo proteger intereses sociales, instituciones o los intereses de agentes situados en posiciones de inferioridad.

Puede hablarse, al menos, de tres clases de orden público de protección. El orden público está presente en materias como derecho de familia, derecho sucesorio y derecho de consumo. La finalidad de este último es proteger al contratante más débil frente a posibles abusos de los empresarios y para estos efectos establece regulaciones que escapan de la esfera de determinación privada de los consumidores. Su establecimiento implica la afectación de la voluntad de los contratantes porque estos ya no pueden determinar el contenido interno del contrato ni algunos efectos que este podría generar. Nuevamente, la idea clásica de contrato como manifestación de la voluntad presenta problemas en la relación entre empresarios, de una parte, y consumidores y usuarios, de otra. Los contratos de consumo suelen tratarse de contratos tipo prescritos mediante condiciones generales de contratación que responden a los intereses del empresario y, frente a los cuales, los consumidores se limitan a aceptar o no, sin estar facultados para negociarlos y reemplazarlos por otros más ventajosos.

Como es posible observar, los postulados de la simetría entre los contratantes y continuidad del contrato cursan senderos distintos en el contexto del derecho de consumo. Mientras que

la negación del primero justifica el diseño y aspiraciones de la protección institucional de los consumidores, el segundo revela una expectativa del derecho de consumo, en el sentido de otorgar estabilidad en la contratación masiva y precaver la introducción, modificación o supresión de términos y condiciones de los contratos que menoscaben los intereses de los consumidores. En este sentido, el derecho de consumo procura garantizar la conservación de las disposiciones que conforman sus estatutos, para cautelar los intereses públicos que están en juego en la relación contractual de consumo.

Autores como Erika ISLER SOTO han observado que la justificación de esta rama del derecho recae en su contraste con el derecho común a propósito del vínculo asimétrico en que se hallan las partes de la relación de consumo, impidiendo que cada una vele por sus intereses y derechos en un pie de igualdad. Desde su modo de ver, «[e]l vínculo jurídico que se presenta entre las partes, no se caracteriza por la igualdad que inspira al Derecho Común, sino que precisamente por diversas asimetrías que distancian a uno y otro, lo que justificará la contemplación de reglas particulares, y la vigencia de un principio pro consumidor [...]»²⁶³. El sistema jurídico reacciona frente a esta situación, auxiliando a quien se encuentra en la posición desmejorada que se expresa, entre otras dimensiones, en el manejo de información y el poder de negociación de cada parte. Así, el derecho de consumo tiene un fin cautelar a favor de la parte débil frente a la mejor posicionada²⁶⁴. Ello explica el lugar privilegiado que ocupa el principio pro consumidor en este contexto normativo, en el cual la desventaja es determinada de manera abstracta y concediendo la protección al consumidor como parte débil de la relación. De este modo, «[...] el legislador presume la vulnerabilidad, una vez que un individuo cumple con los presupuestos para ser considerado como consumidor»²⁶⁵.

²⁶³ ISLER SOTO, 2019: 65.

²⁶⁴ La Corte Suprema de Chile, refiriéndose al ámbito de aplicación de la legislación de protección de los derechos de los consumidores, ha afirmado que «Que el sentido y alcance de la disposición transcrita es otorgar al consumidor un estatuto de protección ante el ‘proveedor’ al ser la parte más débil de la relación contractual de consumo, de manera tal de contrarrestar la desigualdad que las relaciones del mercado suponen, en la manufactura, comercialización, distribución y adquisición de bienes y servicios al proveedor, en razón del dominio de los canales de comercialización de aquellos, sobre todo, por la indefensión a la que se ve sometido el consumidor en razón de su necesidad de obtener los bienes ofertados.

De esta manera, la normativa establecida en la Ley N° 19.496 debe interpretarse de modo que su resultado contribuya a otorgar tal amparo al consumidor». Véase, *Servicio Nacional del Consumidor con Ministros de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt*, Rol N° 25068-2019, fecha 14/05/2020.

²⁶⁵ ISLER SOTO, 2019: 112.

La aguda asimetría de las partes en el derecho del consumo justifica su construcción y fuerte presencia en la dirección de las prácticas contractuales contemporáneas. La brecha entre empresarios y consumidores explica por qué este derecho adquiere paulatinamente más relevancia y altos grados de complejidad. Aun cuando su implementación conlleve diversas limitaciones al ejercicio de la voluntad y libertad de contratación de las partes, opera como un mecanismo de corrección de esa brecha. Desde luego, el derecho de consumo no es suficiente para acabar con aquella, pero tampoco aumenta la superioridad de empresarios frente a consumidores. El diagnóstico que inspira la constitución de este ámbito es la incorrección del primer postulado de la visión clásica del contrato. No es necesariamente efectiva la asunción sobre la cual se conformó el derecho de contratos moderno asociada a la paridad de la relación contractual y en el derecho de consumo tal diferencia es mayor. Su objetivo es precisamente hacer frente a la ausencia de igualdad en la posición contractual de las partes. Por ello, en palabras de Olivier SORO RUSSELL, «[...] podría concluirse que hablar del Derecho de los Consumidores y Usuarios es lo mismo que hablar del restablecimiento del equilibrio o de la igualdad contractual a costa de la limitación de la autonomía de la voluntad de los contratantes»²⁶⁶.

2.3. Intervención legislativa

Este factor está detrás de buena parte del escenario contractual contemporáneo, que se forjó desde inicios del siglo XX y que se desentiende de la comprensión clásica del contrato, así como del derecho de contratos decimonónico articulado a partir de aquella. Por ello, en lugar de evaluar su influencia como un elemento independiente de los anteriores, conviene tematizarlo como una cuestión de trasfondo. En el derecho contemporáneo de los contratos la relación entre voluntad de los contratantes y participación del legislador es contraria a la manera en que fue pensada bajo el movimiento codificador. El órgano legislativo ha cobrado un intenso protagonismo en la configuración de los contratos y fijación de su contenido normativo, desplazando el predominio de la voluntad de quienes los contraen. El contrato no es solo una cuestión de los contratantes y, por el contrario, el legislador ha cobrado protagonismo en este tipo de relaciones.

²⁶⁶ SORO RUSSELL, 2016: 133.

Según fue mostrado, el legislador se ha posicionado en el derecho de contratos de diversas maneras. En ocasiones, actúa configurando nuevas formas de contratación que comprometen la vigencia de los presupuestos clásicos de la esfera contractual, como ocurre con las categorías contractuales ya anotadas. Otras veces, opera ratificando la desigualdad de los contratantes, al diseñar mecanismos de neutralización y corrección de los efectos perjudiciales que genera en el contratante débil su inferioridad respecto de aquella situada en una posición privilegiada. De ello se ocupa cuando establece derechos y prerrogativas que son irrenunciables para el contratante desfavorecido, o bien al construir regulaciones que están pensadas para proteger los derechos de los consumidores –quienes están situados en la posición desventajada en la relación de consumo– frente a la contratación masiva que generó el cambio en las transacciones de mercado.

Esto genera una evaluación ambivalente. Por una parte, el campo contractual no puede ser pensado, en el actual estado de cosas, como el resultado de una voluntad común de los contratantes que fue convenida bajo condiciones paritarias, extendiéndose en el tiempo hasta que consientan en alterar lo suscrito y cuyo origen y desarrollo están resguardados de expresión de intervención institucional externa. Por otra, los rasgos que caracterizan el *nuevo* escenario contractual de principios del siglo XX y que se apartan de la visión clásica del contrato, tientan a interpretarlo como una real y completa contradicción con el derecho de contratos forjado durante el siglo XIX y que es deudor del movimiento codificador en la tradición jurídica continental. La vigencia o no de los postulados de la visión clásica acerca del contrato da lugar a dos maneras de pensar el vínculo contractual y, del mismo modo, a dos formas contrapuestas de organizar el derecho de contratos. Esta interpretación suscribe la figura del *desplome* del paradigma anterior de la contratación y frente a las distintas modalidades que fueron analizadas erige la presencia de un *nuevo* derecho de contratos. Su repercusión en el problema del fundamento de la obligatoriedad del contrato, en que nociones como voluntad y autonomía parecen estar vedadas del actual escenario, sirve de aliento para acentuar el quiebre.

Dicha posición es, a mi juicio, arriesgada y resulta importante introducir ciertos matices. Ella supone que existe *un* conjunto de aspectos que puede caracterizar el derecho de los contratos,

con exclusión y en contraposición de los rasgos que pertenecen a otra manera de entender el derecho contractual. Estos dependen, en buena medida, de que los postulados de la concepción clásica del contrato sean o no replicados. De ahí que se corre el peligro de simplificar la descripción del derecho de contratos y frustrar su justificación, si adoptar *un* marco teórico exige renunciar al complejo entramado conceptual, institucional y justificativo que le corresponde *qua* derecho contractual. La adjudicación entre ambas versiones deviene trágica si para inclinar la balanza a favor de la primera es necesario desacoplarla de todo aquello por lo que aboga y captura la segunda. El contraste puede resultar innegable, pero conviene desde ya recordar lo observado por PUTNAM respecto de la dicotomía entre hecho y valor. Las distinciones no necesariamente constituyen dicotomías. Esto cobra más fuerza cuando se declara la posible muerte del contrato porque su fallecimiento puede que pierda de vista la complejidad del espectro contractual. Un punto que es necesario anotar para transparentar la complejidad y diversidad de modalidades bajo las cuales se despliegan las prácticas contractuales, radica en el hecho de que estas no son fácilmente encasillables bajo *un* paradigma común y que, para propósitos teóricos, no es aconsejable dar por muerto el vínculo contractual ni su andamiaje de comprensión. ¿Cómo podemos, entonces, comprender el derecho de contratos?

3. COMPRENDER EL DERECHO DE CONTRATOS

Las líneas precedentes echan luz sobre cómo comprender el derecho contractual. En la cuestión de la visión clásica del contrato, así como en la constitución del derecho de contratos del siglo XIX, hay envuelta un esquema sobre el cual se enfatiza el contrapunto con otra manera distinta de entender el contrato y el *nuevo* derecho contractual de inicios del siglo XX. Tal esquema de comprensión parte de la base de la uniformidad del derecho de contratos. El contrato debe homogéneamente ajustarse a los presupuestos clásicos para ser entendido como tal. El derecho contractual, por su parte, debe ser coherente con esa única manera de entender el contrato en la organización y regulación de sus reglas, instituciones y prácticas. Desde este punto de vista, todo lo contractual es analizado a partir de *un* criterio compartido que se replica en sus diferentes facetas y dimensiones. De allí que el contraste parezca tan

agudo cuando se habla de dos paradigmas de la contratación que parecen completamente extraños entre sí.

La pretensión de uniformidad ronda las reflexiones jurídicas y la filosofía del derecho privado y de contratos no son excepciones. Pues, como agudamente lo advirtió HART, «[...] el deseo de uniformidad es muy fuerte en la teoría jurídica»²⁶⁷. En los esfuerzos de teorización de lo contractual, naturalmente, también existe este afán de mostrar el derecho de contratos como un núcleo compacto, unitario y coherente. Por ende, una descripción distinta se trata, en verdad, de *otro* derecho contractual. El problema es que la observación hartiana fue formulada, como es obvio, respecto del fenómeno jurídico en general y no solo acerca de una de sus zonas. Sin embargo, a su juicio, el derecho constituye un conjunto de diversas prácticas sociales y lingüísticas con reglas que cumplen funciones sociales diametralmente distintas en la composición de un sistema jurídico propiamente tal²⁶⁸. El precio que se paga por tratar de describir uniformemente lo que es diverso es su deformación²⁶⁹. ¿Por qué desconectar el derecho contractual –o cualquiera otra parcela de lo jurídico– de esta advertencia? En otros términos, ¿el derecho contractual tiene algo especial que autoriza desvincularse de lo expuesto por HART y acomodarse a un canon compartido? Estos son interrogantes cruciales cuando se trata de entender el derecho de contratos. Desde mi modo de ver, este ámbito no solo no se escapa del diagnóstico hartiano sino que participa conspicuamente de este. El derecho contractual alberga en su estructura, funcionamiento y compromisos normativos dimensiones de innegable diversidad y, en lugar, de mostrar simplicidad manifiesta su complejidad. Veamos, enseguida, algunas imágenes no exhaustivas de esta ausencia de uniformidad.

3.1. Entre forma y sustancia

La primera expresión de la falta de un criterio unitario se encuentra en la tipología de razones que son pertinentes en el derecho contractual. Un rasgo que suele destacarse acerca del razonamiento jurídico es su formalidad²⁷⁰. Naturalmente, el derecho en su conjunto está

²⁶⁷ HART, 1963: 41.

²⁶⁸ Desde este punto de vista, HART, 1963: 33-61; 99-123.

²⁶⁹ HART, 1963: 49 y ss.

²⁷⁰ ATRIA, 2016: 101 y ss.

asociado a una imagen formal de sus conceptos, reglas jurídicas, prácticas y racionalidad en general. Pero hay parcelas de lo jurídico que son especialmente sensibles a exhibir una estructura y organización formal que es replicada en la aplicación de sus reglas jurídicas. Una de tales áreas es el derecho de contratos. Un diagnóstico preliminar sugiere que la formalidad del derecho contractual debe necesariamente reflejarse en el contexto de la adjudicación. De manera tal que la formalidad de la composición del derecho de contratos se comunica coherentemente al momento de la aplicación de las reglas que forman parte de aquel. A la luz de una visión uniforme, coherente e inevitablemente simplificada de las prácticas del derecho contractual dicha conclusión caería de cajón. En cambio, si se pretende develar la complejidad de acuerdo con la cual está constituida y se desenvuelven las relaciones contractuales, es necesario indagar si en el derecho de los contratos hay algo más allá de esa armadura formal.

En sus célebres estudios sobre los contratos, P. S. ATIYAH exploró la relación existente entre formalidad y sustancialidad del razonamiento jurídico, advirtiendo el importante lugar que cumplen las razones de substancia en ámbitos de lo jurídico, preliminarmente caracterizados como formales²⁷¹. Su foco de interés estuvo precisamente centrado en el derecho de contratos. El grueso de las reglas jurídicas contractuales puede interpretarse como razones excluyentes para la acción de los contratantes. La suscripción de un vínculo contractual es una *razón de forma* para imponer a quienes lo efectúan las prestaciones correspondientes. Esta clase de razones otorga relevancia a cuestiones externas sujetando la validez del contrato a su cumplimiento. Cerca de la totalidad de los derechos y deberes que surgen desde el nacimiento y bajo el desarrollo de una relación contractual descansan en una razón formal. El régimen contractual es, en cierta medida, un cúmulo de razones de forma para que los contratantes realicen perentoriamente determinadas obligaciones o se abstengan de efectuar actos, sin que resulten relevantes consideraciones adicionales. De esta manera se explican exigencias formales de escrituración, inscripción y otras solemnidades que se requieren para la eficacia del vínculo contractual. No solo evitan que deba examinarse acuciosamente la *verdad* de las estipulaciones, sino que además conllevan una presunción –que actúa como si fuera irrefutable– cuando traen aparejada una determinada contraprestación.

²⁷¹ ATIYAH, 1986b: 93-120.

En este escenario, la regla jurídica que establece la fuerza obligatoria del contrato que revisamos durante el capítulo anterior, es una efectiva razón de forma para que las partes que celebran legalmente el contrato cumplan lo pactado de manera incondicionada. Ella es una razón para que los contratantes cumplan sus estipulaciones aun cuando no estén convencidos de ello o posean alegaciones sustantivas en torno a la corrección de observarlas. De ahí que el problema de la justificación normativa del vínculo contractual se puede desplazar interpretando la regla jurídica que prescribe el *pacta sunt servanda* como una razón de forma para cumplir exactamente lo dispuesto en el contrato, exigiendo ser enfrentada mediante un razonamiento exclusionario, ya que la regla es una razón excluyente para la acción de los agentes²⁷². Al respecto, ATIYAH sugiere que el alcance de la formalidad en el derecho no estaría determinado por la regla jurídica, sino que aquel carácter responde a un modo particular de razonamiento. El razonamiento jurídico deviene formal por su identidad y no por el tipo de reglas que componen el fenómeno jurídico²⁷³. Por ello, es indispensable distinguir entre razones de forma respecto de razones de fondo o sustanciales.

Las *razones de sustancia*, en tanto, constituyen una clase de razones que ceden en beneficio de un elemento interno del vínculo contractual, es decir, atienden a un elemento conceptual o definitorio del contrato. Interrogantes asociados a la efectiva celebración de un acuerdo o la real libertad que tuvo un agente al suscribirlo, son razones de fondo para adjudicar la existencia o no de una relación contractual. En cambio, las razones de forma consideran la observancia de elementos externos del vínculo contractual, como una razón decisiva *para* ese vínculo contractual. Tal como ocurre en la regulación tradicional del contrato de promesa, en virtud del cual se promete celebrar un contrato en el futuro, y que se encuentra tradicionalmente caracterizado por sus rasgos formales y solemnes. De acuerdo con este tipo de contrato preparatorio, la satisfacción de ciertos requisitos es razón para que quien los cumple se obliga a celebrar otro contrato en el porvenir. Por ejemplo, dicho contrato no produce obligación alguna, salvo que, entre otras circunstancias, la promesa contractual conste por escrito. Dicha razón constituye una razón de forma para que se constituya la

²⁷² En efecto, ATIYAH reconoce la conexión conceptual mas no terminológica, que existe entre las nociones de razones de segundo orden formulada por Joseph RAZ y las razones formales por él desarrolladas en ATIYAH, 1986b: 94.

²⁷³ Sobre este punto, véase, ATRIA, 2002: 87-100.

relación contractual y opere la fuerza obligatoria del contrato de promesa. Las partes promitentes estarán obligadas a celebrar el contrato según los términos estipulados. Sin embargo, y como ocurre en el fenómeno jurídico contractual –caracterizado por su falta de uniformidad–, no es la única razón que se encuentra en juego en su operatividad.

Evidentemente, el escenario contractual constituye un terreno fértil si se trata de detectar razones de forma. Según ATIYAH, el derecho de los contratos es un ejemplo paradigmático sobre el cual el razonamiento jurídico despliega un trato privilegiado respecto de las razones de forma y en desmedro de las razones de sustancia²⁷⁴. Las figuras contractuales suelen estructurarse sobre la base del cumplimiento de formalidades y requisitos externos, que proveen de razones para la imputación de las consecuencias jurídicas previstas en la legislación. No obstante, en el seno del propio ámbito contractual se ha generado contemporáneamente un fenómeno, en virtud del cual comienzan a resultar pertinentes ciertas consideraciones de orden sustancial, desafiando la formalidad que preliminarmente identifica tanto el derecho de los contratos como el razonamiento jurídico. De manera quizá paralela al posicionamiento de las nuevas formas de contratación indicada en la sección precedente, el razonamiento jurídico relativo al derecho de contratos también cobró matices diversos y más complejos.

El *pacta sunt servanda* devela una categórica razón de forma; a saber, se adscriben obligaciones a los contratantes cuyo cumplimiento es incondicionado y sin excepciones *porque* se ha verificado tal o cual formalidad en su suscripción. Ahora bien, la evolución de las prácticas contractuales, que se han diversificado a medida que transcurre el tiempo, genera la apertura a consideraciones normativas de fondo relacionadas con la corrección de los vínculos jurídicos entre los contratantes. Ello está cristalizado, por ejemplo, en la teoría de la imprevisión o excesiva onerosidad sobreviniente. Su construcción descansa sobre el privilegio de razones de sustancia relativas a la infracción de exigencias básicas de justicia, pese a que el contrato haya sido formalmente celebrado entre las partes, gobernándose por el efecto obligatorio del contrato. La razón de forma es una razón para excluir las razones de sustancia que puedan estar en oposición a la dirección a la que tiende la primera. Pero no es adecuado tomar decisiones sin tener en consideración razones de sustancia que no han sido

²⁷⁴ ATIYAH, 1986b: 108-116.

consideradas. Las razones de forma abonan la exclusión de las razones sustantivas consideradas, pero no así de las que nunca lo han sido.

ATIYAH observa que existe una progresiva decadencia del razonamiento formal en el campo de los contratos, porque las reglas jurídicas no corresponden a razones excluyentes para nuestras acciones²⁷⁵. De ahí que, en ocasiones, razones sustantivas derroten las razones formales que reclaman el cumplimiento incondicionado de un contrato, aun cuando este acarree perjuicios excesivamente onerosos para quien observe la prestación debida. La imprevisión constituye un indicador de la prevalencia de esta clase de razones por sobre las de forma. Paulatinamente, piensa el autor, las razones de sustancia han cobrado mayor relevancia y pertinencia. A pesar de la estructura formal del derecho de contratos, allí no hay solo razones de forma, sino que también hay sustantivas y estas cada vez se posicionan con más fuerza y notoriedad. Entender el derecho contractual atendiendo únicamente a las razones de forma que yacen en su composición importa comprenderlo *parcialmente*, ya que también están presentes las razones de sustancia y, a su vez, la tendencia es acudir a estas últimas para la creación o negación de obligaciones. Las decisiones judiciales han transitado precisamente en esta dirección.

Si esto fuere así, desde ya podríamos prestar atención a este debate para trasladar sus conclusiones a nuestras observaciones anteriores. El derecho de contratos responde a una configuración básicamente formal y la aplicación de sus reglas jurídicas debiere replicar su formalidad mediante un razonamiento jurídico apropiado. Si lo que se persigue es hacer sencillo el fenómeno de la adjudicación en el derecho contractual, entonces, su formalidad es un poderoso aliado. Pese a ello, en el derecho de contratos perviven consideraciones de sustancia que cobran relevancia en el momento de la adjudicación. Los jueces, siguiendo a ATIYAH, están dispuestos a *explorar y abrir* los vínculos contractuales, evaluando los elementos sustantivos que encaminan la decisión judicial en un sentido contrario a las exigencias formales de la contratación. Al desentrañar la estructura del derecho de contratos, no solo encontramos reglas que sirven de razones de forma para adscribir derechos y deberes contractuales a los contratantes, pues también disponemos de razones de sustancia que

²⁷⁵ ATIYAH, 1986b: 116-120.

atienden a cuestiones de fondo y desafían el curso de acción que concluyentemente prescribió la razón formal observada.

La tensión entre las razones de forma y sustancia en el derecho de contratos es, al igual que la ruptura con los postulados clásicos del contrato y el surgimiento de las formas de contratación, un fenómeno contemporáneo. Ciertamente, se trata de procesos y circunstancias independientes entre sí, pero que se superponen en su despliegue y confluyen en dar cuenta de la complejidad y falta de uniformidad de las prácticas contractuales. En lugar de un posicionamiento uniforme de las razones de forma, es posible hallar razones de sustancia y estas ganan protagonismo progresivamente, reflejándose en las decisiones judiciales que optan por *abrir* los contratos más allá de su observancia formal. En este sentido se devela la insuficiencia de describir el derecho de contratos exclusivamente en términos de su formalidad con base en las razones de forma que allí abundan, sin abarcar las consideraciones de sustancia que son atendidas en la adjudicación. La lección preliminar que podemos recoger en este punto es que puede no resultar del todo apropiado interpretar el derecho contractual únicamente bajo *un* parámetro o estado de cosas, sin echar mano de los conceptos, instituciones, justificaciones y racionalidades que son encarnados en el contexto contractual.

3.2. Individualismo y altruismo

Como será examinado en el cuarto capítulo de esta investigación, es discutible que el derecho contractual esté fundado únicamente en las directrices del individualismo. Dicha afirmación es arriesgada si se toman en consideración los orígenes decimonónicos del derecho privado moderno y su apuesta por plasmar el ideario iluminista en las relaciones jurídicas privadas. Si el pensamiento ilustrado defendió un marcado individualismo en que el agente es el centro del sistema y su zona de influencias y protección de intereses está demarcado de las expectativas de los demás integrantes de la comunidad, privilegiándose sus intereses propios, hay buenas razones para buscar los compromisos sustantivos del derecho privado y, en particular, del derecho de contratos en el prisma individualista. Ello, sin embargo, pasa por alto el hecho de que en el derecho contractual –y también en otras preocupaciones del sistema jurídico privado– ciertas reglas, instituciones y prácticas jurídicas se ajustan a exigencias

altruistas, que abogan por la relevancia de los intereses ajenos, desafiando el predominio del autointerés.

Retomaremos con posterioridad estas intuiciones. Por el momento, me interesa apuntar ciertas observaciones acerca de la tensión entre individualismo y altruismo en el derecho de contratos que están conectadas con la contraposición entre forma y sustancia²⁷⁶. Al revisar el tránsito desde la comprensión clásica del contrato, a la caída de sus postulados centrales y la proliferación de nuevas formas de contratación a partir del siglo XX, un aspecto que llamó nuestra atención fue el debilitamiento de la voluntad de los contratantes frente al fortalecimiento del papel del legislador en las prácticas contractuales. ¿Esto obedece a un incremento de las cuestiones de forma en el derecho de contratos que hoy conocemos? Por supuesto, ello dependerá en gran medida de lo que se entienda por forma y sustancia en el derecho contractual. Sin embargo, es posible ensayar desde ya una respuesta más bien híbrida que confirma las dificultades de encasillar lo contractual en *un único* parámetro compartido.

Desde un punto de vista, el derecho contractual con el cual nos relacionamos a diario muestra que la voluntad y la actuación autónoma de las personas se encuentra sujetas a distintas restricciones cuya fuente es predominantemente legislativa. Una parte considerable de las actuales barreras legislativas de la voluntad de las partes, corresponden a procesos de formalización del sistema jurídico contractual. La introducción de requisitos externos a la mera voluntad como fuente normativa generadora de relaciones obligatorias, responde a la consagración de razones de forma de las cuales se siguen derechos y obligaciones correlativas. Ello ocurre con las nuevas formas de contratación que fueron presentadas. Esta línea hace pensar que la intervención legislativa incrementa la presencia de las cuestiones de forma en el derecho contractual.

Sin embargo, también puede invertirse el ángulo de análisis y sostener que en la forma en que contemporáneamente se presenta el derecho de contratos no hay, en verdad, un aumento de las consideraciones formales, sino que, por el contrario, es la sustancia la que ha fortalecido su presencia. A pesar del aliento en la participación legislativa en las relaciones contractuales es posible hallar un puñado de instituciones que resguardan cuestiones

²⁷⁶ Un análisis detenido de esta cuestión se encuentra en el capítulo IV dado que el tratamiento de KENNEDY es una de las maneras de echar luz acerca de la presencia del altruismo en el derecho contractual.

sustantivas en la celebración y desarrollo del contrato *i.e.* abuso del derecho, ventaja injusta, lesión subjetiva-objetiva, teoría de la imprevisión, abuso de la posesión contractual dominante, entre otras figuras. Esta lectura hace ver que el derecho de contratos en su formación decimonónica estaba marcado por su formalidad, mas en el actual estado de cosas esta parcela de lo jurídico se muestra especialmente sensible a los asuntos de sustancia. Su encaje es mayor con la tesis de ATIYAH ya que el desplazamiento opera a favor de las consideraciones sustantivas.

Como sea que fuere, esta segunda interpretación permite mostrar que las cuestiones de forma no describen *completamente* el derecho contractual y que la balanza se ha inclinado a favor de las razones de sustancia. Pero sería un significativo yerro desmerecer el rol que cumplen las consideraciones formales en este espacio del derecho. Según se advirtió, el razonamiento jurídico es sensible al tipo de razones que está en juego en la aplicación de reglas de un determinado ámbito. Respecto de las razones formales es pertinente un razonamiento exclusionario. Es relevante que exista esta clase de razones, dado que aquellas apelan a que el juez pueda decidir aquello que decide sin atender a controversias sustanciales, pero la razón de que eso ocurra no es que únicamente hay formalidad en el derecho, sino que es un mecanismo institucional de protección para establecer que las razones sean definidas por la autoridad legislativa competente, que se encuentra en una mejor posición para decidir cuál es el mejor interés de todos²⁷⁷. Al legislador le corresponderá decidir sobre este tipo de razones. Sin embargo, esta clase de razones que tratan como irrelevantes un conjunto de cuestiones que subyacen a los vínculos contractuales, no son las únicas de que disponen los agentes. De este modo, las razones formales conviven con razones sustantivas que invitan a tematizar las cuestiones de fondo. 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

²⁷⁷ Sobre dos formas de comprender las nociones de forma y sustancia en el razonamiento jurídico, puede consultarse NIEMI, 2010: 479-492.

forma, y atender a las razones de sustancia para la creación o negación de las obligaciones²⁷⁸.

La evolución de las prácticas contractuales no solo las ha conducido hacia la caída de los presupuestos clásicos del derecho de contratos, junto al incremento de la intervención legislativa y reducción de la autonomía privada, sino que también a su apertura a consideraciones sustanciales, reconfigurando la imagen meramente formalista del derecho contractual. Tal imagen resulta más nítida en el derecho de contratos diseñado a inicios del siglo XIX que en el que conocemos y con el cual nos relacionamos cotidianamente. Es efectivo que la intervención legislativa expresada mediante la introducción de razones de forma en el sistema contractual contemporáneo ha cuestionado, entre otros postulados de la visión clásica del contrato, el papel privilegiado de la voluntad en el nacimiento y legitimación de su efecto vinculante. Sin embargo, la autonomía de la voluntad, esto es, el elemento sustantivo y dogmáticamente considerado como decisivo respecto de ambas cuestiones, puede que siga resultando pertinente aún bajo este contexto regulatorio, aunque requiera una reformulación de su sentido y reorientación de sus alcances²⁷⁹.

La cuestión decisiva, a mi juicio, es que la evaluación no tiene por qué ser tan categórica para acentuar las discrepancias, como si el derecho contractual decimonónico fuera de un modo y el contemporáneo de otro absolutamente distinto. Quizá una mejor manera de capturar el contraste entre forma y sustancia en el derecho de contratos sea admitir que este está compuesto de ambas clases de consideraciones. Son pertinentes tanto las cuestiones de forma como las de sustancia y, en el plazo de la toma de decisiones, las segundas han cobrado un especial protagonismo en tiempos recientes. Sea cual fuere el tipo de razón de la cual se trate, el derecho de contratos no puede ser exhaustivamente descrito en términos de solo una de ellas. Las cuestiones de forma, así como las de sustancia son cruciales para dar cuenta del derecho contractual y, en especial, la participación de ambas constituye un reflejo de la falta de uniformidad de esta parcela de lo jurídico. El derecho de contratos decimonónico gestionó de una manera distinta la relación entre la forma y sustancia que la forma en que ello se efectúa en el presente del derecho contractual. Más allá de esta distinción, el derecho

²⁷⁸ ATIYAH, 1986b: 116.

²⁷⁹ Este ejercicio se encuentra desplegado en el capítulo III.

contractual presenta ambas caras que se relacionan en diferentes modalidades y tonalidades. Ni las cuestiones de forma ni las de sustancias –por sí solas– son aptas para describir el derecho de contratos.

Acerca de estos puntos, resulta interesante tematizar los valores que se encuentran en disputa entre las razones de forma y sustancia bajo la adjudicación en el derecho privado. Tales criterios normativos pudieren auxiliar la empresa destinada a transparentar la relación entre los dos contextos de la contratación –que se estiman como completamente diferenciados entre sí–, desentrañando la estructura compleja que reviste el derecho de los contratos. La participación de las razones de forma y sustancia en el derecho contractual desafía su imagen uniforme y, a su vez, da cuenta de valoraciones y compromisos contrapuestos que están en juego durante la adjudicación. Su vinculación con esa clase de razones está expresada a la luz de alegaciones que rescatan el predominio del interés personal del contratante y otras que, por el contrario, lo desafían resaltando las expectativas de la otra parte del contrato. Una versión robusta del derecho de contratos, como se argumentará en la sección final, exige anotar las fisuras generadas en su interior por los postulados sustantivos que están en tensión, al momento de la aplicación de las reglas jurídico-privadas.

Al respecto, Duncan KENNEDY afirmó que a esta discusión entre forma y sustancia subyacen modelos rivales que buscan reglamentar comportamientos, alternando entre la utilización de conceptos y reglas generales ciertas y, a su vez, el empleo de principios de equidad que proporcionan soluciones particulares *ad hoc* a las situaciones que procuran resolver. La preferencia por la aplicación de reglas jurídicas generales o sobre la base de principios particulares de adjudicación no es una elección baladí. Las consideraciones de forma y sustancia reflejan sistemas de valores que son irreconciliables entre sí, persiguiendo la satisfacción de ciertas alegaciones que son normativamente antagónicas²⁸⁰. La inconmensurabilidad entre los valores alternativos explica la dificultad de su elección. Aquellos parámetros sustantivos pueden ser tratados mediante dos modelos retóricos opuestos que el autor identifica en las nociones de individualismo y altruismo²⁸¹.

²⁸⁰ KENNEDY, 2001: 163.

²⁸¹ KENNEDY, 2001: 163. En el capítulo IV esta propuesta de concepción de las nociones de individualismo y altruismo, así como su participación en la toma de decisiones en el contexto del derecho privado es detenidamente analizada.

Mientras que el individualismo supone una preferencia por los intereses propios del agente y un desplazamiento de los intereses ajenos, corriendo cada persona con sus ganancias y riesgos, el altruismo rechaza el predominio del interés personal sobre los ajenos y, por ello, resulta razonable para el agente compartir tanto las ganancias, así como las pérdidas que acarreen sus actuaciones. Desde la generalidad de las reglas jurídicas decanta la individualidad valorativa expresada en las razones de forma. De la especificidad de los principios, en tanto, 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, como la propiedad y el contrato. 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»²⁸². La lectura tradicional del derecho de contratos, en efecto, reafirma su compromiso normativo con los cánones individualistas. Su estructura de fundamentación normativa se haría con cargo exclusivo del individualismo filosófico. Ello, como se verá, no es correcto. Sin embargo, me interesa en este momento evaluar si es posible encajar esta asunción con la presencia de dos órdenes valorativos en disputa sobre los cuales advierte KENNEDY en la adjudicación.

Si el derecho de contratos reposa, según la mirada tradicional, sobre estos dos caracteres; a saber, estructura conformada exclusivamente por cuestiones de forma y sustento normativo individualista, cabe entonces preguntarse, ¿cómo interpretar la regla jurídica que establece la fuerza obligatoria del vínculo contractual? Atendiendo a la relevancia de esa regla en el sistema contractual, según se anotó en el capítulo anterior, tal vez ella pueda ofrecer algunas pistas sobre cómo comprender el derecho de contratos en su conjunto. Dicha regla encarna una razón de forma para imponer el cumplimiento de las prestaciones y, al mismo tiempo, desplazar las razones de sustancia que encaminan la conducta de las partes en la dirección contraria. Asimismo, devela una fundamentación individualista en la medida en que el interés personal del contratante se encuentra privilegiado, sin que ello importe la autorización para

²⁸² KENNEDY, 2001: 166.

desentenderse de lo estipulado y lesionar los intereses de la otra parte del acuerdo. Bajo estas observaciones, sería pertinente esgrimir una imagen unitaria de la regla que consagra el *pacta sunt servanda* en cuanto su carácter formal y, por su puesto, las demandas individualistas que la sostienen.

La aplicación de esta regla contractual puede considerarse como correcta o incorrecta según el prisma adoptado para su examen. Aquí tienen precisamente lugar las argumentaciones normativas provistas por el individualismo y el altruismo. De acuerdo con el primero, la corrección de la regla deriva de la imparcialidad de su forma. Todo contratante que haya legalmente celebrado un contrato debe cumplirlo como si se tratara de una ley. La ley del contrato importa una razón de forma para garantizar el cumplimiento, respaldando la preferencia del interés propio sobre el ajeno. Desde un prisma altruista, en cambio, la aplicación de la mencionada regla jurídica a un determinado supuesto podría entenderse como incorrecta, toda vez que la neutralidad de la exigencia del cumplimiento genérico puede mostrarse excesivamente rígida frente a consideraciones particulares de *un* contrato o de *una* hipótesis contractual en particular. Su aplicación, respecto de ese contrato o de ese supuesto, desatiende el interés de la otra parte del contrato. Por ello, se genera un desacuerdo respecto de la corrección de aplicar el efecto vinculante. Mientras que desde una óptica formal la aplicación favorece la imparcialidad del sistema, desde una perspectiva sustantiva su aplicación a determinados en determinados contratos o supuestos contractuales debe ser revisada. La primera vía es fundada mediante los parámetros individualistas y, por su parte, la segunda alternativa se afianza en alegaciones altruistas.

Bajo el marco de la adjudicación, entonces, cuando un juez evalúa la aplicación o no de lo pactado por los contratantes, según la incondicionalidad prescrita por la regla de la fuerza obligatoria, en última instancia, decide sobre valores antagónicos que no admiten ser ponderados mediante un criterio racional *ex ante*. Bien se trate de la imparcialidad que transmite la aplicación de la regla contractual a *todos* los contratos y en *todas* las situaciones exigida por el individualismo, bien de la sensibilidad por las especificidades que se dan en *ciertos* contratos y en *algunos* supuestos contractuales, exigiendo prestar atención por el interés de la otra parte como lo reclama la filosofía altruista. Si esto es correcto, las razones de forma y sustancia se relacionan polémicamente entre sí en el contexto de la aplicación de

las reglas en el derecho de contratos. Ambas son pertinentes, aunque sea en una medida distinta, en aquella área. Cuando se prefiere aplicar la regla en términos de una razón de forma, el prisma individualista ofrece una adecuada justificación. Por el contrario, si en atención a una razón de sustancia conviene revisar su aplicación a un caso particular, las alegaciones altruistas proveen consideraciones para tal efecto. De manera tal que los valores sustantivos e ideales regulativos asociados al individualismo y el altruismo, bajo los cuales puede evaluarse aplicación de la regla que prescribe la fuerza obligatoria del contrato, no pueden ser simplemente neutralizados por la formalidad de sus términos. Se trata de dos esquemas valorativos de juzgamiento de las decisiones en las prácticas contractuales que subyacen a las razones de forma y sustancia, las cuales, como vimos, se encuentran conjuntamente vigentes en el diseño del derecho de contratos. No hay solo cuestiones de forma en el derecho de contratos ni tampoco únicamente consideraciones normativas individualistas que respaldan su aplicación. La regla jurídica comentada transparenta esta falta de unidad.

Esta revisión abona algunas observaciones anteriormente deslizadas. El derecho de contratos se desenvuelve en un cúmulo de prácticas sociales que cobran paulatinamente mayor diversidad y complejidad. Ello explica por qué probablemente caeremos en aprietos si consideramos que las explicaciones y justificaciones acerca del derecho de contractual, como también ocurre con el derecho privado, necesariamente deben adoptar *un* enfoque común de análisis. Las modificaciones, distinciones y diferentes acentos que se advirtieron en la composición, funcionamiento y compromisos normativos del derecho contractual no constituyen razones suficientes para efectuar una demarcación entre ambas maneras de desarrollar las relaciones contractuales, si dicha ruptura implica entender el derecho contractual sobre la base de *una* imagen coherente, uniforme y libre de tensiones. Enfatizar el contraste entre el derecho contractual decimonónico y el contemporáneo, hasta el punto de negar que uno tenga algo relevante en común con el otro, puede resultar, al menos, para propósitos teóricos, injusto con la complejidad de las prácticas contractuales y desalentador para los estudios de teoría del derecho privado.

3.3. Solidarismo contractual

Al hablar de tendencias contemporáneas de contratación la balanza tiende a inclinarse hacia el posicionamiento que han alcanzado las nuevas figuras contractuales desacopladas de los postulados de la contratación clásica. Estas repercuten, en especial, en la pérdida de relevancia de la voluntad de las partes. Pero esa imagen no es la única disponible ya que en el ámbito doctrinario han surgido posiciones que, de nuevo, se apartan de la visión unitaria de la relación contractual y transparentan zonas en que hay otras maneras de entenderla. Estas dimensiones dogmáticas contribuyen a develar que lo que, desde el punto de vista de la interpretación tradicional del derecho contractual, parece irreconciliable en verdad no lo es. Una inquietud de esta clase es aquella que explica la idea de solidarismo contractual²⁸³. El derecho contractual asentado sobre cimientos liberales, individualistas y, a su vez, diseñado bajo una metodología atomista muestra una inevitable hostilidad frente a nociones cuya fuerza apelativa es resaltar el lugar que ocupan la cooperación, la solidaridad y el altruismo en las prácticas contractuales, tal y como las conocemos. Por ello, es que la propuesta del solidarismo resulta tan provocadora en los estudios sobre derecho de contratos y ha logrado influenciar parte de la codificación contemporánea en el ámbito latinoamericano.

El *Code* significó la consolidación del proyecto político del liberalismo ilustrado en los asuntos jurídicos. Por supuesto, tal cuestión dista de ser pacífica. Ello acarreó que la exaltación del individuo irradiare prácticamente todo el derecho privado, expresándose con meridiana claridad en derechos reales y derecho contractual. En esta última esfera, el dogma de la autonomía de la voluntad, la posición paritaria de los contratantes junto a la estabilidad y justicia de los vínculos contractuales, encauzó la manera de comprender y justificar el derecho de contratos. Sin embargo, como hemos analizado precedentemente, la realidad de la contratación develó fisuras y tensiones sobre la efectiva correspondencia entre los postulados clásicos del contrato y el desarrollo de las prácticas contractuales. La igualdad y justicia formal del derecho contractual fue prontamente sustituida por la desigualdad e injusticia del contrato. Con la inspiración de este diagnóstico crítico surgió en Francia el solidarismo en el derecho de contratos y su aspiración radica en formular un nuevo orden contractual.

²⁸³ El solidarismo en materia contractual es examinado con detención en el capítulo V como uno de los posibles rivales de altruismo para fundar normativamente el derecho contractual y hacer frente al canon individualista.

De acuerdo con BERNAL-FANDIÑO, «[e]l solidarismo busca adaptar las relaciones contractuales que no se encuentran en un pie de igualdad»²⁸⁴. Para ello centran su foco de atención en legisladores y jueces. Dado que el desequilibrio contractual facilita la producción de condiciones desfavorables para una de las partes, así como la implementación de abusos por parte de los contratantes situados bajo una posición de privilegio, esta doctrina llama a ambos órganos a intervenir frente a este estado de cosas, exigiendo la materialidad del discurso del derecho contractual clásico. Ellos deben interceder activamente para restablecer la simetría del contrato y precaver a los contratantes de sufrir abusos. Dejando de lado las competencias que de *lege ferenda* le corresponderían al legislador y, en su lugar, prestando atención en la actividad judicial, el solidarismo incentiva a reinterpretar nociones básicas del derecho contractual y establecer nuevos deberes para las partes contratantes.

En este sentido, se ha pensado que el solidarismo contractual está reflejado en tres órdenes de deberes contractuales²⁸⁵. En primer lugar, el deber de cooperación supone que el contrato es un instrumento de confianza recíproca y, por ende, en el ejercicio de los derechos contractuales el acreedor no puede abusar en sus exigencias, debiendo deducir sus facultades con moderación y de forma razonable. El juez está autorizado para flexibilizar y atenuar el grado de compulsión en el cumplimiento y evitar los apremios del acreedor. En segundo lugar, el deber contractual de coherencia obliga a las partes a mantener una coherencia en sus comportamientos contractuales, abandonando una racionalidad meramente estratégica que les importe obtener mayores ganancias y réditos del contrato. Si bien la voluntad de las partes es cambiante y dinámica, el juez debe velar porque los contratantes no efectúen comportamientos contradictorios que, en función de la satisfacción de sus intereses particulares, lesionen las expectativas de su contraparte. En tercer lugar, el deber de lealtad contractual que está relacionado con la buena fe contractual, pero focaliza sus demandas en los deberes secundarios de conducta de las partes, como ocurre con algunos deberes de información que, pese a no estar expresamente estipulados en el contrato, rigen sus actuaciones contractuales y deben ser aplicadas por los órganos jurisdiccionales.

²⁸⁴ BERNAL-FANDIÑO, 2007: 18.

²⁸⁵ BERNAL-FANDIÑO, 2007: 19-21.

Como podrá haberse observado, estos principios que imponen el solidarismo y el abandono de la diferencia entre los intereses de los contratantes y el predominio exclusivo del autointerés procuran, en muchos sentidos, hacer efectivo los postulados clásicos del derecho contractual. Su demanda puede, paradójicamente, interpretarse como una de efectividad del programa decimonónico de la contratación que solo destacó por su formalidad y coherencia teórica. Mientras que el deber de cooperación es una expresión de exigencias de la equivalencia y posición sinalagmática de los contratantes, el deber de coherencia es una reivindicación de la expectativa de continuidad de los términos y prestaciones pactadas en el desarrollo y duración del contrato. Finalmente, el deber de lealtad puede interpretarse como un conjunto de directrices que se siguen de aceptar que el contrato transparenta la voluntad común de los contratantes y, por ende, se comprometen a realizar de acuerdo con estándares de corrección algunas prestaciones que si bien no establecieron expresamente en el contrato, este no tendría sentido si no tuvieran que efectuarlas en determinadas situaciones, traicionando la idea de que el contrato es indicador de la voluntad compartida de ambas partes y que, además, están comprometidas en realizar prestaciones adicionales para cubrir adecuadamente sus intereses contractuales.

El solidarismo contractual se distancia de una asunción importante del modo individualista de leer el contrato. Como se mostrará, este enfoque entiende que el contrato se desarrolla como una diferencia de intereses entre las partes contratantes y, aún más importante, que el interés personal tiene una preeminencia normativa sobre el interés ajeno. La apuesta solidarista, en cambio, remarca que en el contrato no hay una discrepancia de intereses, ni tampoco estos se encuentran reñidos entre sí, sino que, por el contrario, existe una comunión entre los intereses de una parte y de la otra. De esta manera, las partes pueden actuar solidariamente para con la otra evitando que esta sufra pérdidas y alentando la consecución de ganancias. El vínculo contractual encarna una continuidad de intereses comunes y esto rechaza la rivalidad que se tradicionalmente se plantea que media entre las partes de un contrato. Con posterioridad se apuntarán una serie de precisiones del solidarismo contractual y el *sentido* del individualismo al cual principalmente se opondrá. Mientras tanto puede sacarse partido de la tesis según la cual en el contrato no hay diferencias entre los intereses de los contratantes, sino que se alberga un núcleo compartido conjugado en aras de alcanzar un proyecto común.

En el espectro contractual hay, efectivamente, contratos en que el interés es común. Puede pensarse, por ejemplo, en el contrato de sociedad. El artículo 2053 del Código Civil chileno dispone que «La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan». Desde la conceptualización legal es posible advertir la comunión de intereses que media entre quienes constituyen la sociedad. A continuidad de intereses se refleja en el proyecto de poner algo en *común* para *repartir* entre sí los beneficios que ello acarree. El acuerdo comunitario reemplaza el desacuerdo y la eventual riña entre ellos para materializar el proyecto común concertado. Otra disposición que clarifica este rasgo distintivo del contrato de sociedad es el artículo 2111 del Código Civil chileno. Esta regla legal encarna una aplicación del abuso del derecho y establece que si un socio renuncia a la sociedad para apropiarse de una ganancia que le correspondía a la sociedad lo hace de mala fe y, en consecuencia, los demás socios pueden obligarle a *repartir* con los demás las utilidades del negocio o, si el negocio tuviere pérdidas, a *soportarlas* en forma exclusiva²⁸⁶. Dicha normativa no puede entenderse sin poner de manifiesto la unidad de intereses que hay en la sociedad. Con base en esta, el socio que actúa de mala fe debe repartir las ganancias con los otros socios y, si los resultados del negocio fueren negativos, le compete asumir exclusivamente las pérdidas. Su interés *es* el interés de quienes lo acompañan en el proyecto societario y, de ahí, que sea pertinente la repartición de los réditos y radicar las pérdidas, cuando se aleje de ese interés común.

Del modo en que será analizado, debemos notar que la sociedad pertenece a una categoría de vínculos contractuales que destacan, entre otras cuestiones, por la continuidad de intereses. Se trata de los *contratos relacionales*²⁸⁷. Tales vínculos se desarrollan en espacios prolongados de tiempo, forjándose entre las partes una genuina *relación* que va más allá del intercambio. Las posiciones de las partes se estrechan sobre la base de la confianza, lealtad y reciprocidad que tiene una de la otra y que el tiempo contribuye a afianzar. La presencia de los contratos relacionales revela que hay un lugar del derecho de contratos en que el fundamento individualista no es sostenible, toda vez que no hay, en rigor, demarcación entre

²⁸⁶ Artículo 2111.- «Renuncia de mala fe el socio que lo hace por apropiarse una ganancia que debía pertenecer a la sociedad; en este caso podrán los socios obligarle a partir con ellos las utilidades del negocio, o a soportar exclusivamente las pérdidas, si el negocio tuviere mal éxito».

²⁸⁷ Un análisis de estos contratos se encuentra acabadamente desarrollada en el capítulo v.

los intereses y el predominio del autointerés no es tal. En este punto no quiero discutir el *real* espacio que ocupan los contratos relacionales en el espectro contractual, pero desde ya puede apuntarse que tal lugar es efectivo, por periférico que pudiere acusarse.

El enfoque individualista no puede justificar la *relación* que se verifica entre los contratantes en un contrato de carácter relacional y ello transparenta el hecho de que el esquema que presupone el individualismo en el vínculo contractual no se da uniformemente en el derecho de contratos. Una parte de este se aleja de este formato y amalgama los intereses de las partes en un núcleo común. Por supuesto, el prisma solidarista puede dar cuenta adecuadamente de este tipo de contratos, también lo puede hacer –como se dirá– el ideal regulativo de la solidaridad, mas no así los parámetros individualistas que abogan por el privilegio del interés personal. De nuevo, con cargo a *un* criterio unitario no pueden capturarse las distintas modalidades que participan en el derecho de contratos. Es posible hallar contratos que se ajustan a la visión individualista mientras que otros encajan con las ideas del solidarismo contractual y la tipología relacional de los contratos. La posición de mayoría con que se expresa una determinada imagen contractual no importa que todas las demás imágenes repliquen su estructura, funcionamiento o composición normativa.

3.4. Función social del contrato

El déficit de uniformidad en el derecho de contratos no solo está puesto de manifiesto con el auxilio de los estudios dogmáticos. El proceso de codificación contemporánea en el derecho privado latinoamericano ha arrojado signos de las discrepancias, variedades y tensiones que están presentes en el derecho de contratos y que es fundamental anotarlas para comprender esta esfera del fenómeno jurídico. El contexto comparado ofrece otro ángulo de reflexión a la luz del Código Civil brasileiro de 2002 (en adelante, CCB₂), que está en oposición de su antecesor de 1916 (en adelante, CCB₁). Fruto de su fundamentación en los principios de ética y sociabilidad, el actual texto brasileiro consagra la función social del contrato y busca explícitamente servir de contrapunto a los compromisos individualistas que tenía la anterior legislación, articulada sobre la base de la comprensión clásica del contrato y acogiendo los presupuestos de la contratación tradicional.

Este alejamiento crítico del CCB₁ queda en evidencia al traer a colación las palabras de Miguel REALE, quien se desempeñó como supervisor de la Comisión Elaboradora y Revisora del CCB₂. Desde su punto de vista, la actual legislación civil brasilera está basada en dos grandes principios: sociabilidad y ética. El rasgo más decisivo de ambos parámetros es su férrea oposición con el individualismo que marcó el anterior cuerpo normativo en Brasil. En sus términos:

[...] doy preferencia al tiempo del cerebro y del corazón, sobre todo al tiempo de los golpes del corazón que abren a la comprensión de la ética y la sociabilidad, los dos valores básicos de la nueva codificación, nueva codificación que resumiría así: un conjunto de normas abiertas, en función de las necesidades económicas, éticas y sociales de la Patria Brasileña, sin el individualismo del siglo pasado, sino con la sociabilidad y la ética exigidas en nuestro tiempo²⁸⁸.

Esta relectura social del contrato tendrá una inevitable incidencia en los presupuestos decimonónicos de los contratos y, a su vez, en los principios básicos de la contratación. Tanto los postulados asumidos por la codificación del siglo XIX como aquellos formulados por los estudios dogmáticos de derecho privado contractual, presentan fuertes tensiones con la idea de sociabilidad y, en ciertos momentos, su concepción original parecerá profundamente resquebrajada. Pese a que un contrato haya sido legalmente celebrado por los contratantes, su intangibilidad y vigencia estarán sujetas al cumplimiento de finalidades sociales que escapen al acuerdo intersubjetivo.

Revisemos, a continuación, tres órdenes de consideraciones relativas al derecho de contratos consagrado por el CCB₂. De una parte, la continuidad entre el ámbito constitucional y la esfera privada bajo el sistema jurídico brasilero. De otra, los principios que dan cuenta de esta reinterpretación del contrato en el CCB₂. Y, finalmente, la técnica que fue empleada por el legislador brasilero para dotar de competencias al órgano jurisdiccional en su intervención en el desarrollo de la relación contractual, cuando esta lesiona los valores y principios concatenados bajo la noción de sociabilidad.

En primer lugar, el legislador brasilero traspaló a la legislación civil valores que anteriormente se encontraban plasmados en la Constitución Federal de Brasil de 1988. En

²⁸⁸ REALE, 2003.

dicha Carta Fundamental se establece el respeto irrestricto a los valores de dignidad de la persona y de solidaridad. Mientras el primero está consagrado en el artículo 1 número 3, el segundo se encuentra contemplado en el artículo 3 número 1²⁸⁹. Como se verá, los principios que insertó el CCB₂ en el derecho de contratos, son una manifestación de la vigencia y operatividad del espectro constitucional en las relaciones contractuales privadas²⁹⁰. Esta interacción entre el plano constitucional y el civil pone a prueba la tradicional división con que los estudios dogmáticos diferencian entre derecho público y derecho privado. Uno de los sentidos con que suele ser trazada esa demarcación es cautelar la autonomía del derecho privado respecto del derecho público²⁹¹. Bajo la óptica del legislador brasileiro, en cambio, tal independencia no es efectiva, ya que las regulaciones contractuales privadas deben observar los principios constitucionales de dignidad y solidaridad. Esto ofrece vallas que es necesario sortear si se pretende sostener la separación tajante entre una y otra parcela de lo jurídico, dado que en estos términos la repercusión y conexión es directa.

En segundo lugar, el CCB₂ consagra tres principios inspirados en la dignidad de la persona y la solidaridad; a saber, (i) función social del contrato; (ii) buena fe objetiva; y (iii) equilibrio contractual.²⁹² La *función social del contrato*, sobre la cual volveremos, representa la mayor novedad de la vigente regulación civil en materia de contratos en Brasil. Ella está legalmente asentada en el artículo 421, estableciendo un grueso límite para la libertad contractual de las partes. Por supuesto, esta regla no era parte del CCB₁ y remece tanto los presupuestos decimonónicos del derecho contractual como los principios básicos sostenidos tradicionalmente por la dogmática en materia de contratos. Su presencia está lejos de ser accidental pues, como señala Gerson Branco, «[e]l artículo 421 no es una cláusula general aislada sino una de las varias cláusulas insertadas en el texto legal con el objetivo de realizar

²⁸⁹ El artículo 1 número 3 de la Constitución Federal brasileira prescribe que la República Federal de Brasil, constituida bajo el Estado Democrático de Derecho tiene como fundamentos –entre otros– la dignidad de la persona humana. Por su parte, el artículo 3 número 1 establece que «Constituyen objetivos fundamentales de la República Federal de Brasil: I. construir una sociedad libre, justa y solidaria».

²⁹⁰ Según Judith MARTINS-COSTA, el entrelazamiento entre la esfera civil y constitucional está reflejado en el principio de función social, el cual «[...] constituye, en términos generales, la expresión de la sociabilidad en el Derecho Privado, proyectando en sus cuerpos normativos y en las distintas disciplinas jurídicas la directriz constitucional de la solidaridad social». MARTINS-COSTA, 2005: 41.

²⁹¹ Así, por ejemplo, WEINRIB, 2012: 204-231.

²⁹² En esto sigo a MOMBERG URIBE, 2014: 164-167.

los principios que orientaron el trabajo de codificación»²⁹³. Según fue anotado, los principios de sociabilidad y ética.

La *buena fe objetiva*, en tanto, está expresamente consagrada en dos disposiciones, en los artículos 113 y 422. La primera regla jurídica establece que «Los negocios jurídicos deben ser interpretados conforme a la buena fe y a los usos del lugar de su celebración», y la segunda, por su parte, prescribe que «Los contratantes son obligados a respetar, tanto en la celebración del contrato como en su ejecución, los principios de probidad y buena fe». La buena fe en su faz objetiva, es decir, aquella relativa al estándar objetivo del leal comportamiento de los contratantes no estaba reconocida en el CCB₁ y ahora, en cambio, goza de un amplio ámbito de operatividad que cubre tres dimensiones: cumple una labor interpretativa, sirve para la creación de deberes secundarios de comportamiento de las partes y, además, justifica y exige la sanción del abuso del derecho.

El *equilibrio contractual*, por último, cautela que la relación contractual sea desarrollada de acuerdo con condiciones equitativas para ambos contratantes. Este parámetro busca evitar que la asimetría en el poder de negociación de una de las partes signifique la estipulación de términos excesivamente favorables a una de ellas y, a su vez, notoriamente lesivos para la otra. Y, cuando dicha situación de desigualdad se materialice y perjudique al otro contratante, las exigencias del equilibrio contractual reclaman su corrección mediante un conjunto de instituciones. Pese a que este principio no está reconocido expresamente, fluye de diversas instituciones contractuales, tales como la lesión (artículo 157), la excesiva onerosidad sobreviniente (artículos 317, 478 a 480) y la cláusula penal enorme (artículo 413)²⁹⁴.

En tercer lugar, el CCB₂ echó mano de una técnica legislativa altamente pertinente para el tipo de proyecto que llevó a cabo. Dado que se trataba de un esfuerzo de reformulación del derecho contractual tradicional, el uso de nociones abiertas y abstractas como *función social* permite integrar en ella, un conjunto de hipótesis que pueden calificarse de expresiones del ejercicio de la libertad contractual que no atienden o derechamente atentan contra la función social del contrato. Esto último conlleva trasladar, en el derecho de contratos, la importancia

²⁹³ BRANCO, 2011: 355.

²⁹⁴ La construcción del principio de equilibrio contractual en el contexto contractual chileno se encuentra en LÓPEZ DÍAZ, 2015: 115-181.

institucional desde el legislador al juez. La opción de utilizar términos que no están conceptualmente demarcados autoriza una actividad interpretativa más amplia y exigente por parte del órgano judicial, para determinar sus alcances y aplicar adecuadamente la regla jurídica, en orden a honrar los principios constitucionales que, según se ha visto, conducen su actuación jurisdiccional. En este sentido, la redistribución de competencias generada por el CCB₂ inclina la balanza en favor del juez, concediéndole un papel protagónico en el derecho contractual de ese sistema jurídico.

Teniendo presente las consideraciones precedentes, en lo que sigue este trabajo estará focalizado en la función social del contrato. Quizá tal principio sea el lugar en que se conjugan más conspicuamente los tres órdenes de consideraciones antes revisados. El artículo 421 reza del siguiente modo: «La libertad de contratar será ejercida en razón de los límites de la función social del contrato». Como es posible apreciar, dicha disposición encarna en el contexto contractual los principios constitucionales de dignidad y solidaridad, y trastoca transversalmente tanto los presupuestos de la concepción clásica del contrato, como buena parte de los principios fundamentales de la contratación. El legislador no definió la expresión *función social del contrato*, dejando en manos del juez el deslinde semántico de sus orillas.

Un aspecto sobre el cual debemos prestar atención es que, aun cuando el legislador no explicita su entendimiento de la función social del contrato, reconoce que el contrato debe cumplir una función de *esa* índole. Con ello, esgrimió un tratamiento jurídico consistente entre la propiedad y el contrato, toda vez que ambas instituciones civiles están sujetas a la función social²⁹⁵. De manera tal que el vínculo contractual, bajo la legislación civil brasilera, está comprometido con intereses que exceden a los directamente expresados por los contratantes y extienden el problema de la justificación del contrato a quienes no participan

²⁹⁵ En relación con la propiedad, el artículo 1228 § 1° del CCB₂, prescribe que «El derecho de propiedad debe ser ejercido en consonancia con sus finalidades económicas y sociales». La correspondencia entre propiedad y contrato está reforzada por los términos del *parágrafo único* del CCB₂, según el cual «No prevalecerá ninguna convención que sea contraria a disposiciones de orden público, como las establecidas por este Código para asegurar la función social de la propiedad y los contratos». La función social de la propiedad, en particular, fue legalmente garantizada con anterioridad en el contexto latinoamericano por el Código Civil boliviano de 1975. Su artículo 106 dispone expresamente que «La propiedad debe cumplir una función social».

de este, sugiriendo que el contrato constituye una institución social cuyo fundamento es colectivo y no así estrictamente privado.

Si el contrato debe ajustarse a parámetros e intereses colectivos, entonces, este no puede ser interpretado únicamente en términos de un instrumento para beneficiar a las partes contratantes, maximizando sus réditos y utilidades particulares. La relación contractual también debe satisfacer exigencias sociales que los contratantes deben tener en consideración al momento de celebrar el contrato y en sus etapas de ejecución y extinción. Esta clase de observaciones se traduce, naturalmente, en la conclusión de que el CCB₂ articula una recompreñión del contrato. Su prisma abandona el individualismo bajo el cual fueron forjados el derecho privado y el derecho de contratos decimonónicos, situando el principio de sociabilidad como el pilar del derecho contractual²⁹⁶. A su vez, facilita la intervenci3n del juez en la relaci3n contractual para efectos de resguardar la observancia de los t3rminos contractuales con la finalidad social que esta convenci3n debe cumplir.

Como lo sugiere Arnoldd WALD, hay una evoluci3n en la forma en que es conceptualizado el contrato. Frente al car3cter irrevocable, est3tico y r3gido de la relaci3n contractual sostenido por la visi3n cl3sica, este nuevo prisma concibe que el contrato posee un contenido variable y dinámico, admitiendo que los contratantes efectúen sacrificios de sus intereses particulares. Siguiendo a WALD,

[e]n el pasado, el contrato permitía a las partes evitar todos los riesgos futuros, garantizándoles la inmutabilidad de las prestaciones convenidas y la supervivencia de la convenci3n ante los hechos imprevistos, aun cuando alteraban sustancialmente la ecuaci3n contractual. Actualmente, el contrato perdi3 esa perennidad, pero gan3 flexibilidad, sacrificándose algunos eventuales beneficios individuales en nombre del inter3s comúnn de las partes y del inter3s social²⁹⁷.

Veamos, a continuaci3n, la manera en que la idea de funci3n social del contrato tensiona tanto los postulados de la visi3n cl3sica del contrato sobre la base de la cual se articul3 el derecho de contratos moderno en el ámbito jur3dico continental, como los principios

²⁹⁶ La contraposici3n entre la fundamentaci3n de ambas normativas civiles est3 puesta de manifiesto en el principio de funci3n social, toda vez que este, como «[...] expresi3n de la ‘directriz de la sociabilidad’, indica un rumbo a seguir, opuesto al del individualismo predatorio [...]». MARTINS-COSTA, 2005: 41.

²⁹⁷ WALD, 2010b: 591.

fundamentales de la contratación. En relación con los primeros, de una manera, al menos, indirecta, la función social del contrato reconoce la frustración de las creencias decimonónicas en torno a la (i) voluntad contractual; (ii) simetría de los contratantes; y (iii) estabilidad contractual. La relación contractual no constituye un acuerdo de voluntades en que *solo* son relevantes los intereses de quienes celebran el contrato, sino que también este debe honrar propósitos sociales. Tampoco es efectivo que los contratos sean celebrados en virtud de un esquema de posiciones contractuales análogas entre sí, que garantice que el intercambio sea realizado en condiciones paritarias y justas. Finalmente, los términos y alcances de la contratación libremente pactadas por las partes no necesariamente se mantendrán en el tiempo una vez convenidas, pues ello ocurrirá *en la medida en* que tales estipulaciones se ajusten a la funcionalidad social de la figura contractual.

Esta última cuestión asociada a la pérdida de la estabilidad de la relación contractual libremente configurada allana el camino para mostrar una contraposición más directa de la idea de función social del contrato respecto de la visión clásica del contrato, esto es, su negación al postulado según el cual debe existir en el contrato una (iv) ausencia de intervención institucional externa. El reposicionamiento del rol del juez en el nacimiento y desarrollo de las relaciones contractuales, faculta a que este actúe cuando sus intervenciones garantizan, precisamente, que el contrato satisfaga sus propósitos sociales y no únicamente promueva el logro de las aspiraciones individuales de las partes contratantes. En efecto, la fuerza apelativa de los principios constitucionales de dignidad y solidaridad que están asentados en la función social del contrato, alientan a que el juez intervenga en los vínculos contractuales que no cumplen dicha función²⁹⁸.

Ahora bien, el artículo 421 del CCB₂ se relaciona más complejamente con los principios fundamentales del derecho de contratos. De su prosa se desprenden dos tensiones, una explícita y otra implícita. La tensión explícita está mediada por la conexión entre el principio

²⁹⁸ En la doctrina brasilera tampoco es del todo claro que el contrato constituya el mecanismo adecuado para promover el valor constitucional de la solidaridad social. En este sentido, véase, BRANCO, 2012: 113-141. De igual manera, se ha criticado que la función social del contrato esté fundada en criterios de justicia distributiva, pretendiéndose efectuar, a través del contrato, justicia social. Así, BENETTI TIMM, 2010: 5-51.

de libertad contractual y la función social del contrato²⁹⁹. Paradójicamente, la regla del 421 sirve, a la vez, de consagración y limitación de la libertad contractual en el derecho de contratos brasileiro³⁰⁰. No existe en su articulado otra disposición que la consagre de manera independiente a la función social que debe respetar. Su ejercicio, entonces, está irremediamente controlado y sujeto a la satisfacción de los intereses colectivos situados en la relación contractual³⁰¹. La tensión implícita, por su parte, está revelada en el vínculo entre la fuerza obligatoria del contrato y su función social. Pese a no aparecer expresamente señalado este principio de la contratación en el artículo 421 del CCB₂, es evidente que, si el contrato debe cumplir fines de la colectividad, la obligatoriedad de sus estipulaciones depende, en última instancia, del hecho de que estas los satisfagan y no *porque* han sido libremente pactadas por los contratantes. Este principio base de la contratación está inevitablemente debilitado, ya que su incondicionalidad no es tal: el contrato obliga a las partes, *siempre* que este, a su vez, observe su funcionalidad social.

Un diagnóstico similar puede proyectarse respecto del principio de relatividad del contrato. Si en el vínculo contractual están envueltos intereses distintos a los que directa o indirectamente han sido propugnados por las partes, el contrato ya no es, en rigor, un asunto privado cuyas fronteras están delimitadas por quienes lo celebran. Por el contrario, se trata de una relación jurídica que interesa a la sociedad en su conjunto y, con base en esta razón, es necesario velar por la satisfacción de los intereses que la colectividad deposita en la institución contractual. La demarcación tajante entre partes y terceros, bajo los términos del artículo 421, carece de la fuerza con que ha sido planteada por la dogmática civil tradicional o bien sencillamente desaparece. El efecto relativo del contrato, de igual modo que la fuerza obligatoria, no posee una consagración expresa en el CCB₂, debiendo ambos principios

²⁹⁹ Desde luego, aun cuando el artículo 421 haga expresa referencia a la libertad de contratar, esta última debemos entenderla como la libertad contractual, que posee dos dimensiones: libertad de conclusión para definir si se contrata y con quién y, a su vez, libertad de configuración interna para determinar el contenido del contrato.

³⁰⁰ Un antecedente de especial interés acerca de la restricción de la libertad contractual bajo la codificación contemporánea de la región, está en el artículo 1355 del Código Civil peruano de 1984, que establece la regla y límites de la contratación, en los siguientes términos: «La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos». Las consideraciones relativas al *interés social, público y ético*, como puede observarse, son particularmente cercanas a los principios sustentados por el CCB₂.

³⁰¹ Al respecto, Reale observó que una directriz explícita de la nueva codificación, y que debía servir «[...] como principio condicionante de todo el proceso hermenéutico, [radica en] que la libertad de contratar solo puede ser ejercida en consonancia con los fines sociales del contrato, implicando los valores primordiales de buena fe y de probidad». REALE, 1983: 123, citado en BRANCO, 2011: 352.

entenderse *desde* la función social que los atenúa y que, a diferencia de ellos, sí recibe acogida legal³⁰².

Pues bien, ¿cómo ha sido comprendida la función social del contrato bajo el sistema jurídico privado brasileiro? Una precaución que es necesario notar es que la ausencia de definición por parte del legislador de la noción de *función social del contrato*, desencadena que su operatividad sea restringida o ampliada de acuerdo con los criterios jurisprudenciales que sean establecidos por los tribunales de justicia, corriendo el riesgo, en numerosas ocasiones, de enfrentar discrepancias o detectar casos en que no existe uniformidad acerca de si hay o no cumplimiento de los objetivos sociales del contrato y, asimismo, qué consecuencia se sigue cuando ello no es así. Del mismo modo, la dogmática civil brasileira ha intentado perfilar las consideraciones centrales que subyacen a la función social del contrato y, asimismo, delinear sus relaciones con los principios fundamentales de la contratación³⁰³.

MARTINS-COSTA ha advertido que el artículo 421 engloba tres dimensiones de tematización. En primer término, dicha regla legal ubica el principio de libertad contractual inaugurando, con carácter general, el derecho de contratos. En segundo lugar, establece la función social como *límite* de la libertad de contratar. En tercer término, por último, sitúa la función social como *fundamento* de esa libertad³⁰⁴. Acerca de la primera cuestión, la conexión entre la autonomía de la voluntad y libertad contractual ocasiona dificultades para justificar lo dispuesto en esa regla jurídica del CCB², debido a que el enfoque tradicional del derecho contractual exagera el valor de la autonomía, en términos atomistas, voluntaristas y exenta de restricciones. La función social del contrato, entonces, supone una dificultad si se quiere conservar la imagen clásica de la autonomía privada, de la cual es predicada la libertad de contratar. La manera de conciliar la noción de autonomía y la función social del contrato es, bajo la óptica de MARTINS-COSTA, a partir de la noción de «*autonomía privada solidaria*»³⁰⁵. De esta manera, el cuerpo normativo brasileiro reinterpreta la autonomía privada en el derecho

³⁰² El efecto relativo del contrato, sin embargo, podría ser deducido a partir de otras disposiciones jurídicas, como lo son los artículos 247 y 290 del CCB².

³⁰³ Las repercusiones de la función social del contrato en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, la cual fue adherida por Brasil en 2012, están formuladas en ALMANZA TORRES y PEREIRA RIBEIRO, 2014: 267-293.

³⁰⁴ MARTINS-COSTA, 2005: 42.

³⁰⁵ MARTINS-COSTA, 2005: 47.

de contratos, conjugando la libertad de contratar, la función social del contrato y las responsabilidades que emergen de la sociabilidad.

La función social del contrato, en tanto, puede ser analizada como límite de la libertad de contratar, según es expresamente establecido por el artículo 421 del CCB₂. La tipología de limitación que esa cláusula legal impone es de carácter externa. Sin embargo, al concebir la función social de la relación contractual como un límite externo, esto es, como una barrera negativa que cautela la ocurrencia de un ejercicio abusivo de la libertad, esta sería estéril ya que abarcaría los supuestos que están comprendidos en el artículo 187 relativo a los actos ilícitos. Tal disposición establece que «También comete acto ilícito el titular de un derecho que, al ejercerlo, excede manifiestamente los límites impuestos por su fin económico o social, por la buena fe o por las buenas costumbres». Por ello, resulta imperioso determinar cuál es la especificidad de la función social del contrato introducida por la actual legislación brasilera, lo cual está asociado a su rol como fundamento de la libertad de contratar.

Esta última dimensión de análisis se encuentra asociada a la expresión empleada por el precepto legal que hemos revisado, según la cual la libertad de contratar debe ser ejercida *en razón* de la función social. Su significado expresa dos ideas: (i) la función social integra de manera constitutiva el ejercicio de la libertad contractual; (ii) su fundamento reconoce que toda relación contractual importa dos dimensiones diversas: una intersubjetiva vinculada a los contratantes entre sí y, asimismo, otra transubjetiva que está referida a los derechos y obligaciones de las partes con terceros, ya sean estos determinados o indeterminados. Ello desencadena la existencia de dos ámbitos de eficacia de la función social del contrato y la posibilidad de que en cada uno de ellos se desarrollen grupos de casos diferenciados de aplicación³⁰⁶. De acuerdo con lo anterior, la libertad contractual está, bajo la mirada del CCB₂, fundada en la función social que le sirve de limitación y, a su vez, de sustento para extender la eficacia del contrato a intereses ajenos a los resguardados por las partes en sus

³⁰⁶ Los grupos de casos de ambas esferas de eficacia contractual estarían deslindados entre sí. La *eficacia intersubjetiva* comprende (i) contratos que instrumentalizan la propiedad de los bienes de producción; (ii) contratos que permiten a una de las partes prestaciones esenciales; y (iii) la noción de contratos ‘comunitarios’ que constituye un nuevo elemento de la taxonomía contractual. La *eficacia transubjetiva*, por su parte, abarca los supuestos de (i) tutela externa del crédito; (ii) contratos con interdependencia personal; y, finalmente, (iii) extensión de la eficacia a terceros indeterminados y bienes fundamentales de las comunidades. Véase, MARTINS-COSTA, 2005: 50-58. Bajo este orden de cosas, entonces, difícilmente puede mantenerse la afirmación según la cual los contratos son para los terceros *res inter alios acta*.

relaciones contractuales. Así, según MARTINS-COSTA, «[...] *la función social no solo opera como un límite externo, es también un elemento integrativo del campo de función de la autonomía privada en el dominio de la libertad contractual*»³⁰⁷.

Un rasgo de particular interés que es posible constatar es que la atención de la dogmática civil en Brasil, como se ha visto, ha sido mayoritariamente capturada por la relación entre la función social del contrato y la libertad contractual. Los principios de fuerza obligatoria y relatividad del contrato no han gozado de igual fortuna. Ello puede deberse a dos tipos de razones. En primer lugar, una cuestión conceptual relativa a la asunción de que ambos principios de los contratos son considerados como consecuencias de la vigencia de la autonomía de la voluntad en el derecho privado y su despliegue a partir de la libertad contractual en el derecho de contratos. En segundo término, sobre la base de una directiva interpretativa exegética, el artículo 421 del CCB₂ únicamente hace mención del principio de libertad contractual, limitándolo en atención a la función social del contrato. Mas nada dice acerca del efecto obligatorio ni relativo del contrato. De ahí que los esfuerzos de la doctrina estén focalizados en conciliar la libertad contractual y la función social del contrato y ello no necesariamente puede extrapolarse a los principios omitidos por la disposición legal. El problema interpretativo radica en que la eventual conciliación pudiere sostenerse satisfactoriamente entre la libertad contractual y la función social del contrato, pero no así respecto de su efecto vinculante ni con la relatividad de sus derechos y obligaciones. Al parecer, la estrategia de conjugar la libertad contractual con la función social del contrato da por asumido que la consagración de esta última ineludiblemente limita la fuerza obligatoria y la relatividad del vínculo contractual³⁰⁸.

³⁰⁷ MARTINS-COSTA, 2005: 50. Énfasis del original.

³⁰⁸ Acerca de las consecuencias que desata la función social del contrato en el principio de relatividad, el Superior Tribunal de Justiça de Brasil, ha sostenido que «[e]l tradicional principio de la relatividad de los efectos del contrato (*res inter alios acta*), que figuró por siglos como uno de los primados clásicos del Derecho de las Obligaciones del siglo XX, merece hoy ser mitigado por la admisión de que los negocios entre las partes eventualmente pueden interferir en la esfera jurídica de los terceros –de modo positivo o negativo–, por ello, tienen aptitud para dilatar su eficacia y alcanzar a personas ajenas a la relación *inter partes*. Las mitigaciones ocurren por medio de figuras como la doctrina del tercero cómplice y la protección del tercero frente a contratos que les son perjudiciales, o mediante la tutela externa del crédito. En todos los casos, sobresalen la buena fe objetiva y la función social del contrato». *Caixa Econômica Federal–CEF con Antônio Osmar Teles Monteiro y otros* (2008).

Una alternativa interpretativa cuyo rendimiento es posible evaluar consiste en sostener que dado el radical cambio de fundamentación que trazó el CCB₂, moviéndose bruscamente desde el individualismo que caracterizó el CCB₁ a la sociabilidad que informa la actual normativa civil, la totalidad de los principios básicos de la contratación requieren una radical reformulación. Aquí recobra relevancia la idea de *desplome* con el cual comenzó este capítulo. La justificación que, a partir de los parámetros del individualismo, engarzó los postulados de la comprensión clásica del contrato y los principios fundamentales de la contratación, sugiere que, una vez abandonado el prisma individualista, dicho conjunto de observaciones debe profundamente revisarse³⁰⁹. La recompreñión del contrato encarnada por el CCB₂ exige poner a prueba la justificación tradicionalmente individualista, con que han sido pensados los principios fundamentales por los estudios de derecho privado y, por tanto, evaluar críticamente su pertinencia con el nuevo estado de cosas. Desde luego, estos principios no deben ser desechados del derecho de contratos, pero debieren ser conjuntamente interpretados a la luz de la «función social del contrato», ya que esta noción refleja de mejor manera el cambio de paradigma del derecho de contratos brasileiro³¹⁰.

Frente a esto conviene optar por una vía menos dramática. La lección que es posible extraer de la función social del contrato no es necesariamente que el derecho contractual forjado sobre la imagen clásica del contrato se ha desmoronado. Tampoco su vigencia significa el término irremediable de los principios centrales de la contratación. Lo que muestra la figura de la función social del contrato, desde mi modo de ver las cosas, es que no puede entenderse lo contractual desde *un* parámetro común y, a su vez, que la presencia de elementos, factores

³⁰⁹ Así es puesto de relieve respecto de la autonomía privada en las categóricas palabras del Superior Tribunal de Justiça brasileiro: «[...] la autonomía privada, como bien está delineado en el Código Civil de 2002 (arts. 421 y 422) y ya reconocido durante la vigencia del Código Civil de 1916, no constituye un principio absoluto en nuestro ordenamiento jurídico, siendo relativizada, entre otros, por los principios de función social, buena fe objetiva y prevalencia del interés público». *Crystal Administradora de Shopping Centers Ltda. con FI Comércio de Roupas e Artigos de Couro Ltda. y otros* (2016).

³¹⁰ Tal punto es deslizado cuando se atiende al cambio de fundamento del derecho de contratos en Brasil, ya que «[e]stas concepciones quedan reforzadas si tenemos presente que tales contratos están asentados en la *solidaridad social*, valor alejado por el individualismo, pero que hoy retorna al núcleo de los ordenamientos jurídicos contemporáneos por expreso reconocimiento constitucional y legal». MARTINS-COSTA, 2005: 54. Énfasis del original. Con todo, es necesario tener presente la dictación de la Ley N° 13.874 de 2019 en el sistema jurídico brasileiro, la cual es conocida como “Ley de Libertad Económica” y que transita en la dirección contraria a la función social del contrato. En efecto, esta contiene drásticamente sus efectos en los vínculos contractuales, ya que se consagra el principio según el cual en las relaciones contractuales privadas «[...] prevalecerán los principios de intervención mínima y excepcionalidad de la revisión contractual». De este modo ha sido establecido el *parágrafo único* a continuación del comentado artículo 421 del del CCB₂.

o dimensiones que se apartan de ese esquema aparentemente unitario no amenazan ni traicionan la conformación del derecho de contratos. Por el contrario, exhiben la riqueza que este posee. Su fortaleza es, precisamente, la existencia de figuras diversas, diálogos y tensiones entre sí, múltiples interacciones desde ámbitos heterogéneos. Cuando el derecho contractual es interpretado de modo uniforme, cláusulas como la función social del contrato importan componentes exógenos que *barren* con esa forma de entender lo contractual o bien forman parte de *otro* derecho de contratos. Ninguna de las dos alternativas es recomendable. Al reconocer que en el derecho de contratos nos enfrentamos frente a un fenómeno complejo, desprendido de una composición y un desenvolvimiento uniforme y constante, el impacto de la función social del contrato es menor. Una buena comprensión del derecho contractual admite que se trata de un conjunto de múltiples reglas jurídicas, instituciones y prácticas que, en este estado de cosas, difícilmente pueden pensarse a partir de un único paradigma interpretativo. Este alberga consideraciones acerca de que los contratos *solo* contienen las expectativas y los intereses de quienes los celebran y, del mismo modo, yacen allí alegaciones de que en el contrato van involucrados intereses sociales que exceden a las partes y los términos pactados deben resultar funcionales a aquellos. En otros términos, la función social del contrato no pone fin a un modo de entender el derecho de contratos, lo que hace, en verdad, es transparentar la forma compleja en que aquel está organizado y que es indispensable rescatar cuando se pretende comprenderle.

3.5. ¿Ha muerto el contrato?

Ahora que se ha llegado a este punto de diferentes órdenes de consideraciones que auxilian la comprensión del derecho de contratos, conviene retomar la cuestión de la muerte del contrato que quedó pendiente. ¿Por qué su definición fue postergada a esta altura de las reflexiones? Su ubicación es funcional para reafirmar que el derecho de contratos se resiste a encajar en un único esquema de análisis compartido. La tesis de la muerte del contrato se acomoda, precisamente, a un modelo de este tipo. El desafío que ofrece su posible fallecimiento si evaluar críticamente si tiene sentido afirmar, en verdad, la muerte del contrato en un fenómeno en que su diversidad, contrastes e interrelaciones garantizan que este perviva sobre la base de tal riqueza.

En el apartado 1.3. se presentaron dos maneras en que el contrato puede morir: una modalidad exógena y otra endógena. GILMORE llamó la atención acerca de la primera modalidad, pasando por alto la segunda forma de la posible muerte. La cuestión relevante es que ambas versiones son conceptualmente independientes entre sí y el rendimiento explicativo de cada tipo de muerte es distinto. En este sentido, la apuesta de GILMORE por la primera versión de la muerte puede que haya sido en falso, pero de ello no se extrae que la idea de muerte del contrato –*qua* muerte del contrato– sea totalmente errónea. Por lo demás, ya se ha advertido que, si bien la idea fue originalmente pensada para el contexto del derecho contractual del *common law*, no es necesario efectuar contorsiones exageradas para trasladar el problema al ámbito jurídico continental. El propósito de estas líneas radica, por ende, en pensar el problema desde el escenario contractual. Apuntemos, a continuación, algunas notas acerca de la muerte exógena y endógena del contrato. Para concluir sostendré que ni aun la versión más plausible de la muerte del contrato es del todo satisfactoria si tenemos presente las dimensiones de análisis en que se expresa la falta de uniformidad del derecho de contratos y su constitución compleja.

3.5.1. Muerte exógena

Hay ciertas consideraciones que sugieren el carácter fallido del anuncio de GILMORE sobre el fallecimiento del contrato por su reemplazo. En primer lugar, el propio autor muestra una cierta ambivalencia en la conclusión de su trabajo. En efecto, la categórica declaración con que inicia su estudio acerca de la muerte del contrato, al proclamar que «[s]e nos ha dicho que el Contrato, como Dios, ha muerto. Y, de hecho, lo está»³¹¹, es matizada ya al final, sembrando la duda si acaso esto es efectivamente definitivo. Ello resulta claro del interrogante que desliza al concluir: «[e]l contrato está muerto, pero ¿quién sabe qué improbable resurrección puede traernos el tiempo de Pascua?»³¹². Dicha resurrección tendría que ser una consecuencia de que el proceso de absorción del régimen de responsabilidad contractual por el de extracontractual no acabare completamente hasta el punto de terminar con la independencia entre ambos³¹³. En otros términos, que la noción de contrato no alcanzó a ser sustituida por la de ilícito extracontractual. Si el elemento externo que desata la

³¹¹ GILMORE, 1995: 1.

³¹² GILMORE, 1995: 112.

³¹³ Sobre la idea de resurrección del contrato, puede consultarse TESTY, 1995: 219-235.

extinción del contrato en los términos de su teoría general es el sistema extracontractual, entonces, depende del real impacto de este último para que el contrato resucite.

Algunos comentaristas de la tesis de GILMORE han ofrecido dudas sobre la efectividad del fallecimiento. EPSTEIN, por ejemplo, puso su acento en el sentido externo o exógeno de la muerte del contrato, indicando que «[...] tanto como predicción como teoría, creo que hay mucho que decir en contra de su punto de vista de que el contrato y el ilícito extracontractual se fusionarán, o deberían fusionarse en una rama unificada del derecho llamada, como sugiere ingeniosamente, ‘*Contorts*’ o cualquier otra»³¹⁴. Robert E. SCOTT, por su parte, ha diferenciado entre la dimensión empírica de las predicciones de GILMORE y la cuestión central asociada a la muerte que vaticinó. En relación con el primer asunto, piensa SCOTT, desde la segunda mitad del siglo XX ocurrió una fuerte expansión del dominio del derecho contractual gracias a la adopción del UCC³¹⁵. Los tribunales de justicia del ámbito jurídico anglosajón emplearon distintas e ingeniosas fórmulas para establecer responsabilidad promisoria en supuestos en que, atendiendo a la teoría clásica del contrato, ello no hubiese sido posible. Este acierto empírico se contrasta con lo errado de la predicción de la muerte de la teoría del contrato basada en la teoría de la negociación. Esto no pudo haber sido más inexacto³¹⁶.

Según SCOTT, es posible hallar un elenco de circunstancias que ponen directamente en entredicho la idea de GILMORE. En efecto, desde la publicación de su obra, proliferaron numerosos estudios de teóricos del derecho contractual que reafirmaron la vitalidad y coherencia del paradigma de la negociación. Mientras que distintos filósofos del derecho privado dieron cuenta de que el cumplimiento de las negociaciones está, a la vez, explicado y justificado por teorías construidas sobre la base de la autonomía, los autores del análisis económico del derecho instalaron el criterio de eficiencia como base para la teoría de la negociación. Por otra parte, la teoría de los contratos se posicionó como uno de los campos

³¹⁴ EPSTEIN, 1976: 71.

³¹⁵ Se trata –por sus siglas en inglés– del «Uniform Commercial Code», cuyo texto fue originalmente publicado en 1952, movido por el propósito de estandarizar las transacciones efectuadas en Estados Unidos, recomendando su adopción por los distintos estados.

³¹⁶ Contra la desconfianza de GILMORE por las grandes teorías que devienen en la simple abstracción, como lo hace la teoría general del contrato, Robert A. HILLMAN ha señalado que «[l]a teoría es importante. La teoría nos ayuda a entender nuestro mundo, estimulando hipótesis adicionales, y nos ofrece un marco para un pensamiento menos teórico». HILLMAN, 1988: 122.

más importantes para la economía moderna y prueba de ello es que se han otorgado premios Nobel por contribuciones focalizadas en teoría de los contratos³¹⁷.

Con ciertos vaivenes –que parecen inevitables dada la ambigüedad anotada al comienzo sobre qué es lo que ha muerto y cómo es que ello ha tenido lugar– la variante exógena de la muerte del contrato no convenció a la comunidad académica. Por el contrario, la manera en que evolucionaron las prácticas contractuales, contribuyendo a complejizar el derecho de contratos y salvaguardar la figura del contrato de la influencia del ilícito extracontractual, abonan el escepticismo sobre el vaticinio de GILMORE³¹⁸.

Cabe añadir que en el contexto continental esta cuestión, del modo en que es presentada por GILMORE para el ámbito contractual americano, tampoco es del todo clara. Ciertamente, el contrato no ha desaparecido, sino que su reflexión se ha renovado ostensiblemente en virtud del programa conocido como «nuevo derecho de contratos»³¹⁹. Ello se ha reflejado en un incipiente análisis crítico de las disposiciones contenidas en codificaciones decimonónicas que perviven en este escenario, adaptándolas a instrumentos internacionales que han modernizado el derecho de contratos. Asimismo, desde esta línea ha tenido lugar el esfuerzo de uniformar el derecho contractual de diversos sistemas jurídicos privados para formular principios comunes³²⁰. Por otra parte, la cuestión de la fusión entre el sistema de responsabilidad contractual y el extracontractual no ha logrado una recepción de mayoría. En

³¹⁷ SCOTT (2004): 369-370. En efecto, el último premio Nobel que se otorgó por investigaciones realizadas en teoría de los contratos fue el Nobel de Economía de 2016 entregado a Oliver HART y Bengt HOLMSTRÖM.

³¹⁸ Carlos GÓMEZ LIGÜERRE presenta una decisión del Tribunal Supremo español de 2014 en que, a su juicio, es respaldada la visión de GILMORE, toda vez que se trasladó a una de las partes del contrato el deber de garantizar la indemnidad del otro contratante, situando el derecho de contratos en una posición muy próxima al derecho de la responsabilidad extracontractual. Sobre este punto, véase GÓMEZ LIGÜERRE, 2015: 1-4.

³¹⁹ Con esta denominación no se busca denotar a una escuela de pensamiento compartido con postulados acabadamente deslindados, sino más bien a un puñado de criterios y directrices que está reunido en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y, a su vez, en instrumentos de *soft law* que promueven la armonización del derecho contractual, como los «Principios de Derecho Europeo de los Contratos» [PECL]. A partir del estudio de estas normativas, se ha reanimado un proceso de reflexión crítica en los estudios dogmáticos acerca de los contratos, alentando la necesidad de actualizar y uniformar las legislaciones nacionales. Respecto de los PECL, véase DÍEZ-PICAZO, ROCA I TRÍAS y MORALES MORENO, 2002.

³²⁰ En el escenario contractual Latinoamericano este espíritu se encuentra reflejado en los «Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos» [PLDC]. Su contenido puede revisarse en DE LA MAZA GAZMURI, PIZARRO WILSON y VIDAL OLIVARES, 2017.

este sentido, el derecho argentino en su reciente codificación ha procurado unificar ambos sistemas de responsabilidad³²¹.

3.5.2. Muerte endógena

Con anterioridad, vimos que SCOTT negó que la predicción acerca de la muerte del contrato haya sido certera. Sus consideraciones por la negativa sostienen la vigencia de la teoría general del contrato que se encuentra forjada a partir del paradigma de la negociación entre los contratantes. Sin embargo, sus apreciaciones buscaban reafirmar la vitalidad de la teoría de la negociación antes que argüir razones para desechar que el contrato haya sido absorbido por el ilícito extracontractual, o que se encontrare en vías de que ello acontezca. De ahí que es perfectamente posible pensar que su crítica no atacó directamente la idea de muerte externa o por reemplazo del contrato. Como sea que fuere, SCOTT señala una observación particularmente sugerente: «[s]i bien GILMORE se equivocó al predecir que la teoría de la negociación estaba muriendo, su instinto de que algo andaba mal fue bastante profético. Pero es el *derecho* contractual en lugar del *contrato en sí* lo que está en grave peligro»³²². De ahí que su proyecto es mostrar ciertas causas del declive del derecho de los contratos e indicar las que en su parecer serían posibles curas para esta enfermedad eventualmente mortal.

De acuerdo con esta perspectiva, el contrato en sí estaría lejos de fenecer, mas el derecho contractual se encuentra efectivamente al borde de su muerte. No obstante, cuando SCOTT habla de *muerte del contrato en sí* no quiere decir lo mismo que la *muerte interna o endógena del contrato*. Mientras que la primera expresión alude al posible desaparecimiento de la teoría

³²¹ El artículo 1716 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, consagra el *deber de reparar*, prescribiendo que «La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código». Sobre esto, conviene traer a colación las siguientes palabras de Sebastián PICASSO: «[s]iguiendo un anhelo largamente acariciado por la doctrina nacional, y que había sido ya consagrado por los cuatro proyectos de reforma del Código Civil elaborados desde 1987, el Código Civil y Comercial recientemente sancionado por el Congreso Nacional dispuso unificar las órbitas contractual y extracontractual de la responsabilidad civil. Aun cuando, como se verá, no se trata en realidad de una unificación total –pues subsisten ciertas particularidades propias de la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones–, lo cierto es que, con el nuevo código, la Argentina cuenta con una legislación de avanzada en esta materia, dado que son muy escasos los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la tradición romano-germánica que han alcanzado un grado tal de unificación de las dos esferas». PICASSO, 2014: 151.

³²² SCOTT, 2004: 370. Énfasis del original.

general del contrato articulada con base en el paradigma de la negociación contractual, la segunda fórmula supone el develamiento de que los postulados de la comprensión clásica del contrato no son ciertos, mostrándose insuficientes para capturar las distintas modalidades en que se manifiesta la práctica contractual contemporánea, o bien resultando derechamente contradichos por la realidad de la contratación. Es, precisamente, esta última variante la que no ha sido descartada.

Un aspecto interesante de la discusión acerca de la muerte del contrato es que la declaración de su cesación exige aclarar qué es lo que hay, entonces, en la práctica contractual de la cual a diario participamos. En la tesis externa de GILMORE la explicación sería el ilícito extracontractual, aun cuando su apuesta no haya tenido éxito. Pero si la hubiere tenido, y ocurriera la fusión entre el contrato y el ilícito extracontractual, tampoco el contrato habría desaparecido. Como forma de interacción, cooperación social e intercambio, el contrato persistiría incólume a pesar de la verificación de su muerte externa vía reemplazo.

Ahora bien, cuando el problema es situado desde el prisma de la muerte interna es posible ensayar una respuesta al interrogante anterior: la manera clásica de comprender el contrato ha perdido vigencia, en la medida en que los postulados sobre la base de los cuales esta fue construida, permeando la teoría general del contrato, se ven continuamente desafiados cuando no refutados por la realidad del fenómeno contractual. Son, entonces, sus creencias fundamentales las que «[...] se *oponen* a la realidad mercantil»³²³. De modo tal que efectivamente hay contratos, y estos son celebrados masivamente según modalidades complejas y variopintas, pero la visión clásica del contrato ha, en buenas cuentas, desaparecido. Su fallecimiento se explica por el develamiento de que tales presupuestos fueron erróneamente asumidos, puesto que no dan cuenta del escenario contractual. En lugar de que la muerte sea provocada por un factor externo a este modo de ver el contrato, son sus postulados fundamentales los que colapsan. En el apartado 1.2.5. se revisó *la caída* de los postulados de la comprensión clásica del contrato y a partir de la cual fue diseñado en el derecho de contratos en el siglo XIX.

³²³ HILLMAN, 1988: 127. Énfasis del original.

Una visión alternativa acerca del contrato rechaza uno o más de los postulados que forjan su comprensión clásica. Si la determinada visión reniega de todos los presupuestos, y sus tesis tienen efectiva correspondencia con la realidad del fenómeno contractual, entonces, hay indicios del debilitamiento de la comprensión clásica del contrato. Su pérdida de vigencia o desaparición es una consecuencia del develamiento de que sus postulados internos no echan luz sobre los modos en que tienen lugar las prácticas contractuales contemporáneas. Desde esta línea argumentativa, no es necesario que el contrato haya muerto porque ha sido absorbido por un componente externo, sino que los presupuestos a partir de los cuales fue esgrimida su visión clásica se han mostrado como insuficientes o erróneos. El contrato habría muerto en un sentido teórico, afectando *una* determinada manera de comprenderlo. Por ello, para efectuar el diagnóstico de su fallecimiento resulta necesario revisar críticamente la vigencia de los postulados asumidos por esa visión clásica.

Esta lectura de la muerte del contrato no ha sido aún puesta a prueba de manera exhaustiva. Su verificación no requiere que el contrato sea sustituido por otra figura externa a aquel y es plenamente compatible con los fenómenos que SCOTT advertía, como ocurre con el florecimiento de la filosofía de los contratos junto al mayor posicionamiento de los estudios acerca de contratos en los asuntos teóricos. La muerte del contrato en su sentido interno o endógeno va de la mano con una sofisticación en la reflexión crítica acerca del contrato. Tal cuestionamiento se focaliza en los postulados fundamentales de su comprensión clásica y, a partir de esta reflexión, es necesariamente releída la teoría general del contrato, el cual fue el punto que capturó la atención de GILMORE. La comprensión clásica del contrato está fuertemente impregnada de la formalidad y abstracción que este detectó en la teoría general del contrato. De ahí que los postulados que fueron recogidos con anterioridad tienen un buen encaje con esa forma de construir la teoría general.

Al cotejar la recepción de esta versión alternativa de la muerte del contrato en estudios dogmáticos nacionales, la distancia no parece insalvable. Hernán CORRAL TALCIANI trató la muerte y resurrección del contrato a partir del declive y la crítica emprendida contra la noción de acto jurídico y la real vigencia del principio de autonomía de la voluntad³²⁴. Para este autor, de igual modo que para FRIEDMAN y GILMORE, hay una conexión entre la

³²⁴ CORRAL TALCIANI, 1997: 59; CORRAL TALCIANI, 2010: 29.

configuración del negocio jurídico y el sistema económico liberal que estuvo vigente en la época de la pandectística³²⁵. El vínculo es especialmente estrecho y ello se refleja por la ubicación del negocio jurídico en el entramado general de la economía liberal³²⁶. En sus términos,

[e]l sistema económico liberal habría exigido la creación de un instrumento jurídico apropiado para hacer triunfar los intereses de la clase dominante, encontrándolo en la figura del negocio jurídico que, reafirmando las cadenas de los explotados, los engañaba con una apariencia de libertad. Dicha motivación sería la que explicaría la función y el significado del acto jurídico y el contrato hasta nuestros días, puesto que subsistiría, en sus líneas fundamentales, el mismo esquema liberal de relaciones económicas. El negocio jurídico, en suma, no sería más que un engaño a través del cual la prepotencia burguesa ilusiona al proletariado, haciéndole creer que puede ser ‘parte en iguales condiciones’ de una contratación ‘libre’: en verdad pura fantasía, rechazable por un jurista preocupado por la defensa de los más débiles y los marginados³²⁷.

Las palabras de CORRAL son especialmente relevantes, puesto que engarzan el sistema económico liberal con algunos de los postulados que antes fueron anotados como parte de la comprensión clásica del contrato; a saber, las creencias de que el contrato importa una actuación *libre* de la voluntad de las partes y, a su vez, que las personas pueden constituirse como *partes en iguales condiciones* en el vínculo contractual³²⁸. Se trata, entonces, de los postulados (i) sobre la voluntad contractual y (ii) acerca de la simetría de las partes. La forma

³²⁵ Acerca del empalme entre el libre mercado y el derecho de contratos articulado en torno a su abstracción, FRIEDMAN añade en otro pasaje que «[...] el libre mercado se desarrolló y creció; el derecho contractual fue el reflejo jurídico de ese mercado y naturalmente adquirió su característica. El contrato era abstracto; el libre mercado era abstracto; y las dos instituciones dirigieron su comportamiento a lo largo de canales similares». FRIEDMAN, 2011: 16.

³²⁶ De allí la sensibilidad que la teoría contractual y el sistema económico expresaron, según GILMORE, por la reordenación filosófico-política de Occidente, acaecida durante la segunda mitad de la centuria anterior. Como indica, «[l]a decadencia y caída de la teoría general del contrato y, en mayor medida, de las economías del *laissez-faire* deben ser tomadas como lejanos reflejos de la transición del individualismo del siglo XIX hacia el estado de bienestar y más allá». GILMORE, 1995: 104.

³²⁷ CORRAL TALCIANI, 1997: 59-60; CORRAL TALCIANI, 2010: 29-30.

³²⁸ La Corte Suprema de Chile recoge la conexión entre la autonomía de la voluntad y los postulados decimonónicos del marco contractual, al sostener que «[...] la autonomía de la voluntad se funda en los principios propios de la ilustración de la libertad y de la igualdad, que llevados ambos al plano jurídico, se traducen en igualdad y la libertad jurídica de las partes». *Comercializadora Trade Logic Ltda. con Empresa Kraff Foods Chile* (2011).

de abordar el problema por parte del autor devela la posibilidad de que el contrato fenezca por causa de la falta de pertinencia con la realidad que adolecen los postulados que sostienen *una* manera de entenderlo. La conjugación entre el esquema liberal desarrollado en materia económica y la organización del negocio jurídico, articulada con base en la marcada formalidad y abstracción que ambos sistemas comparten, contribuye a afirmar que el contrato no puede, de hecho, morir. Mas, es al menos plausible sostener la idea de su muerte, entendiéndola de manera interna o endógena, es decir, en virtud de que se ha transparentado el carácter inexacto, incompleto o bien erróneo de sus presupuestos. Esto, por supuesto, no conlleva a que el contrato se extinga en la realidad, pero sí que una determinada comprensión de este –que inspiró la codificación y es la de mayor arraigo en los estudios tradicionales de derecho de contratos– pierda sentido y acabe progresivamente su vigencia por el déficit de encaje que muestra con el fenómeno contractual.

La pista que ofrece CORRAL está en su abordaje acerca de la autonomía de la voluntad. El problema de la eventual muerte del contrato, desde su modo de ver, está directamente relacionado con el declive de la autonomía de la voluntad en las formas contemporáneas de contratación³²⁹. Estas modalidades prescinden –en mayor o menor medida– de la voluntad de las partes y trastocan principios fundamentales del derecho de contratos, imponiendo la celebración de tipos de contratos, así como la fijación de cláusulas esenciales que tienen sentido precisamente *porque* no son correctas algunas creencias como la libre contratación ni la igualdad de los contratantes. Si la autonomía de la voluntad y la libertad contractual encuentran una escasa cabida en estas nuevas formas de contratación, *la* imagen del contrato que fue forjada a partir de esas nociones extravía su relevancia y, con ello, se plantea la posibilidad de su desaparecimiento. Esta manera de ver el contrato está emparentada, naturalmente, con la comprensión clásica del contrato y no con el contrato como hecho institucional que tiene lugar a diario y es colectivamente reconocido como tal³³⁰. Ello explica

³²⁹ Esto está más patentemente expresado en CORRAL TALCIANI, 1997, en que el problema de la muerte del contrato parece provenir de la tensión que media entre la autonomía de la voluntad en que se basa el sistema de derecho privado y las nuevas formas de contratación. Se ha afirmado, sin embargo, que la crisis de la autonomía de la voluntad no *es* la crisis del contrato. En verdad, «[...] lo que a veces se denomina ‘crisis del contrato’ no es nada más que una crisis de la autonomía de la voluntad». ALTERINI y LÓPEZ CABANA, 1989: 14.

³³⁰ Respecto de los presupuestos teóricos del contrato entendido como hecho institucional, puede revisarse SEARLE, 1997: en especial, 49-74.

en buena parte el optimismo que expresa acerca de su devenir: «[e]staría tentado a decir que el contrato ha resucitado. Pero la verdad, dudo que alguna vez haya estado muerto»³³¹.

La posibilidad de que el contrato haya muerto depende de la mala fortuna de la autonomía de la voluntad. Por ello, es que, a pesar de su agotamiento o menor presencia en ciertas prácticas contractuales, la creciente generación de contratos atípicos, junto con el diseño de nuevas variantes de contratación y la persistencia del consentimiento de las partes muestra, desde el prisma de CORRAL, una posible resurrección del contrato. Su escepticismo frente a si en alguna oportunidad ha estado realmente muerto, es producto de su desconfianza de que la autonomía de la voluntad alguna vez haya deshabitado completamente el ámbito contractual. En otro momento reafirma su falta de convencimiento sobre la efectividad de esta muerte, advirtiendo que

[l]a idea de que la autonomía contractual está en crisis no se corresponde con el predominio de la libertad de empresa como sistema económico ampliamente predominante. *Si pudo hablarse alguna vez de la 'muerte' del contrato, hoy tenemos que constatar su resurrección (si es que alguna vez llegó a morir)*. El acuerdo de las partes sigue siendo el elemento clave en la formación de todo contrato, incluso en los de adhesión o en la contratación electrónica³³².

Desde luego, la autonomía de la voluntad juega un papel preponderante en la comprensión clásica del contrato, el cual se refleja en postulado (i) sobre la voluntad de los contratantes, sin embargo, no agota totalmente esa manera de ver la relación contractual³³³. Hay, al menos, tres postulados adicionales a los que es necesario acudir para identificarla y en los cuales también está presente la autonomía contractual. Por eso, aun cuando CORRAL TALCIANI reduce el problema de la muerte del contrato a la presencia o ausencia de la autonomía de la voluntad en el actual escenario contractual, su posición puede interpretarse como una respuesta sobre la muerte del contrato en su versión interna o endógena. El cúmulo de postulados que dan cuenta de la comprensión clásica del contrato son leídos a partir de la

³³¹ CORRAL TALCIANI, 1997: 60; CORRAL TALCIANI, 2010: 30. Con un fuerte dejo de ironía, E. Allan FARNSWORTH invita a conservar el ánimo, ya que «[...] los contratos no están muertos. Ni siquiera han sido llevados como comida para los perros, porque están vivos y bien». FARNSWORTH, 1992: 1038.

³³² CORRAL TALCIANI, 2010: 186. Énfasis añadido.

³³³ Una posición crítica respecto de la relación entre la teoría clásica del contrato y el valor de la autonomía de la voluntad, se encuentra desarrollada en ACCATINO SCAGLIOTTI, 2015: en particular, 39-46.

influencia de la autonomía de la voluntad y, de acuerdo con el testeado efectuado por el autor, se inclina por la negativa: el contrato ha resucitado si es que alguna vez efectivamente murió³³⁴.

Como es posible observar, esta visión ofrece una respuesta sobre el interrogante si acaso el contrato ha muerto o no. Pero la posición expresada está encaminada por la vertiente de la muerte del contrato entendida en términos internos y que es la que, a mi juicio, resulta teóricamente más valiosa de repensar. No estoy particularmente persuadido de que la comprensión clásica del contrato permanezca vigente en atención al lugar que sigue ocupando la autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales. La cuestión en la que parece necesario insistir es que el cuestionamiento sobre si el contrato ha muerto depende del tipo de muerte de la cual se trate. Al respecto, CORRAL brindó una respuesta y lo hizo –aun de manera inconsciente– echando mano de la modalidad endógena de la muerte del contrato. Esta constituye solo una forma de las posibles muertes y es la que, desde mi modo de ver las cosas, todavía no posee una respuesta del todo concluyente.

¿Sugiero con lo anterior que el contrato ha muerto en el sentido endógeno? Por supuesto que no. Únicamente admito que se trata de la versión más interesante de la posible muerte del contrato y en este capítulo se han mostrado claves para que sea fortalecida tal modalidad interpretativa. La dificultad que detecto en la tesis del fallecimiento del contrato, y que alcanza a su vertiente endógena, es que su eventual muerte depende de *un* modelo unitario de comprensión. Se dice que el contrato ha muerto por develamiento porque sus postulados –esto es, los de la concepción clásica– han perdido vigencia frente a la realidad de la contratación. Su fenecimiento se decreta porque la forma en que participamos de las prácticas contractuales no se ajusta a *ese* modo de pensar el contrato y, por supuesto, el derecho contractual. Si este se caracteriza por su diversidad, imagen variopinta, tensiones y complementaciones en su funcionamiento, ¿cómo podría morir el contrato al no encajar con *una* manera de comprenderlo o no compaginarse con *una* de sus esferas, por representativa que fuere? Desde mi punto de vista, el sustento de la muerte del contrato paga el costo de deformar el derecho contractual y aminorar su riqueza. Buena parte de ese valor descansa en

³³⁴ Para el tratamiento del deterioro de la autonomía de la voluntad y la libertad de contractual véase ABELIUK MANASEVICH, 2014: 146-149; LÓPEZ SANTA MARÍA, 2010: 213-221. Del mismo modo, puede tenerse a la vista ALTERINI & LÓPEZ CABANA, 1989: en especial, 7-16.

su complejidad. La muerte del contrato, por el contrario, simplifica teóricamente este ámbito porque la permanencia del vínculo contractual depende de su encaje con *una* de las *tantas* imágenes que conviven en esta área del derecho. Para que el contrato muera debe hacerlo en un derecho de contratos uniforme, homogéneo y unitario. La buena noticia es que el derecho contractual no es así y vale la pena hacer hincapié en esto cuando se persigue comprenderle.

3.6. Uniformidad y complejidad

Durante el transcurso de este capítulo fueron presentadas distintas manifestaciones en que los postulados de la visión clásica del contrato y el derecho contractual esgrimido sobre su base han enfrentado desafíos desde inicios del siglo XX. Los presupuestos del derecho contractual clásico sufrieron un aparente *desplome* en el desarrollo de las prácticas contractuales contemporáneas y, por ende, podría sugerirse que no es pertinente traspasar los principios, lógicas y racionalidades de un contexto al otro. No obstante lo anterior, recomendar el abandono de todos los postulados y entramado conceptual e institucional de cada esquema contractual en aras de hacer justicia a la ruptura tajante, es también precipitado. El riesgo es admitir una imagen simplificada y uniforme del derecho de contratos y lamentar las pérdidas que irremediablemente se producen para los estudios dogmáticos y teóricos, si necesariamente debemos situarnos bajo *una* manera de pensar la realidad contractual. La pretensión de uniformidad, como fue visto con HART, está en medio de la expectativa de entender el derecho de contratos de ese modo. Sin embargo, el tránsito que hemos realizado demuestra lo contrario: el derecho contractual está caracterizado por su complejidad. El punto de partida de este rasgo es situarlo en la vereda contraria a la uniformidad que se reclama del fenómeno jurídico. De este modo se comprenderá por qué el desplome que correctamente advirtió PUTNAM entre lo descriptivo y lo valorativo no puede predicarse de la estructura, funcionamiento ni compromisos normativos del derecho contractual. El riesgo que se corre al insistir en tal estrategia es sencillamente simplificar en términos teóricos el propio fenómeno que está en estudio. La fuerza obligatoria de la relación contractual, entonces, conserva su relevancia en un estado de cosas en que su diversidad de imágenes y parámetros es parte crucial de su riqueza.

TERCER CAPÍTULO

AUTONOMÍA COMO JUSTIFICACIÓN Y DERECHO PRIVADO COMO ASPIRACIÓN

1. PERTINENCIA DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA OBLIGATORIEDAD CONTRACTUAL
2. RUPTURA ENTRE PROMESAS, VOLUNTAD Y AUTONOMÍA
 - 2.1. Voluntad y autonomía
 - 2.2. Promesas y autonomía
3. ¿CÓMO ENTENDER LA AUTONOMÍA EN EL DERECHO DE CONTRATOS?
4. AUTONOMÍA PERSONAL COMO FUNDAMENTO DE LA FUERZA OBLIGATORIA
5. CONTRATO, DIMENSIÓN INTERNA Y REGLAS SECUNDARIAS
6. TRÁNSITO AL SEGUNDO ORDEN: DEL CONTRATO AL DERECHO PRIVADO

[Los preceptos morales de hacer promesas y mantenerlas] surgen directamente de la voluntad de vivir junto a otros la manera de actuar y de hablar, y son así como mecanismos de control contruidos en la propia facultad para comenzar nuevos e interminables procesos.

ARENDR, 2005: 265

[...] Lejos de resultar incompatible con respecto a la autonomía personal, eliminar el riesgo de que una persona sea tentada a firmar tales contratos pareciera ser algo requerido por el respeto por la autonomía personal.

KIMEL, 2018: 210

[...] algunas reglas son obligatorias en el sentido de que exigen que la gente se comporte de ciertas maneras [...]; otras reglas, tales como las que prescriben el procedimiento, las formalidades y las condiciones para la celebración de matrimonios, otorgamiento de testamentos o realización de contratos, indican lo que la gente debe hacer para llevar a la práctica sus deseos.

HART, 1963: 11

De acuerdo con las consideraciones esgrimidas en los capítulos precedentes, existen esquemas de comprensión contrapuestos para dar cuenta de la fuerza vinculante consagrada en la regla jurídica contractual. Mientras que los esquemas morales estiman que la obligatoriedad del vínculo contractual se sigue de criterios valorativos que se diferencian entre sí según el respectivo valor por el cual se aboga, las perspectivas no-morales rechazan la necesidad de ofrecer una legitimación normativa al examinar el efecto obligatorio del contrato, proponiendo la sustitución de los parámetros normativos por esquemas que enfatizan posiciones descriptivas encarnadas por las teorías imperativa, pura y realista del derecho. El análisis económico del derecho, por su parte, acude a la noción de eficiencia económica para problematizar la obligatoriedad del contrato. Ello se expresa –al menos en la versión normativa de esta corriente– cuando es sugerido que el cumplimiento contractual evaluado como correcto según alguno de los modelos morales, puede devenir ineficiente cuando el propósito es la generación e incremento de nuevas riquezas entre los agentes racionales.

Con posterioridad, revisamos el desafío teórico que importa el *nuevo* derecho de los contratos para la filosofía del derecho contractual. Pese a que es posible construir un contraste categóricamente delineado entre el derecho de contratos de comienzos del siglo XX y aquel que le antecedió, se puso acento en la complejidad del derecho contractual que cualquier prisma monista pierde de vista. En su afán de comprender el derecho de contratos de acuerdo con *un* parámetro, este tipo de tesis genera una simplificación teórica del derecho de los contratos. Antes de renunciar a todas las consideraciones que fueron valiosas para el derecho contractual anterior a la irrupción de fenómenos como las nuevas formas de contratación, el derecho de consumo y la intervención legislativa, resulta provechoso reevaluar el rendimiento explicativo y justificativo de aquellas nociones y alegaciones frente al escenario contractual que tiene lugar hoy en día. De tal modo, entonces, podrá redefinirse y modificar los contornos del vocabulario clásico del derecho de los contratos cuando sea necesario, pero sin que parezca indispensable arrasar con términos como voluntad, consentimiento o autonomía. Como fue afirmado, la diferencia entre ambos estados de cosas existe, mas no es tan profunda como suele interpretársele. El derecho de contratos, en verdad, nunca ha sido una cuestión simple ni uniforme. El puñado de fenómenos y componentes que fueron anteriormente analizados abonan la complejidad que caracteriza el ámbito contractual.

Dentro del bagaje conceptual y normativo que no debe extraviarse al pensar el derecho de contratos una noción central que es indispensable rescatar es la de autonomía. En este capítulo pretendo recuperar el potencial justificativo de la autonomía para fundar la fuerza vinculante del contrato en las actuales condiciones de contratación. Ella ha tenido un papel protagónico tanto en el derecho privado en general como en el derecho de contratos de modo característico. Como fue enunciado en el primer capítulo, la autonomía de la voluntad constituye un recurso paradigmático y ocupa un lugar decisivo en esta parcela del derecho privado. La autonomía servirá para efectuar dos tareas centrales en el presente capítulo: por una parte, articular una justificación moral de la obligatoriedad contractual y, por otra, forjar el tránsito entre el derecho de contratos en particular y el derecho privado en general. Cuando hablamos de derecho privado es irremediable tener en consideración la noción de autonomía; esta dice algo relevante acerca del fenómeno jurídico privado. De ahí que, si la autonomía puede contribuir a abordar el problema de la fundamentación de la obligatoriedad del contrato, también servirá para explicar y justificar *una* parte importante del derecho contractual y del derecho privado general.

Para ello, naturalmente, es necesario revisitar el uso de la noción de autonomía en el derecho de contratos y revisar cómo se ha releído en la reciente filosofía del derecho contractual. En especial, se prestará atención a la teoría del contrato formulada por Dori KIMEL, sugiriéndola como una buena forma de ofrecer razones para justificar la fuerza vinculante del contrato. Su tesis, como se verá, realza el valor de la autonomía en el marco de una teoría liberal del contrato y auxilia la aspiración de pasar desde el derecho contractual al derecho privado. Sin embargo, las bases intelectuales de la autonomía están estrechamente vinculadas al individualismo filosófico y, según será propuesto más adelante, dicho parámetro normativo no cuenta toda la historia en el derecho contractual ni tampoco en el derecho privado. Su conexión con el fundamento individualista dará paso a reflexionar sobre la suficiencia del individualismo en la fundamentación normativa del derecho de contratos y privado. La relevancia de la autonomía en ambas áreas pudiere hacer creer que aquellas están uniformemente sustentadas en el individualismo. Sin embargo, pese al innegable valor de la autonomía el individualismo no es el único sustento valorativo que es posible hallar en el derecho de contratos ni tampoco en el privado en general. Al menos, el prisma monista en la

fundamentación del derecho privado no resulta suficiente si este es pensado de una forma robusta.

1. PERTINENCIA DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA OBLIGATORIEDAD CONTRACTUAL

El primer estadio del sendero trazado durante este capítulo es explicitar el tipo de esquema que aquí es suscrito para hacer frente al problema de la obligatoriedad de la relación contractual. En el marco de los modelos morales y no-morales presentados en el primer capítulo, la propuesta desarrollada en este capítulo se inserta en el primer grupo. Esta busca brindar una razón sustantiva para justificar la fuerza vinculante del contrato y acude a la autonomía personal para hacerlo. Ahora bien, antes de articular la propuesta podría cuestionarse la pertinencia de recurrir a una respuesta desarrollada en términos morales para abordar la pregunta de por qué los contratos obligan. Desde mi punto de vista, la justificación de esta estrategia se encuentra relacionada con la forma de comprensión del derecho que subyace a la idea moderna de contrato y conforme con la cual se formó la filosofía del derecho contractual. Por supuesto, esto no quiere decir que una idea moderna de lo jurídico conduzca necesariamente a un esquema moral acerca de dicho problema contractual. Pero sí es cierto que una respuesta moral que atiende a las razones en virtud de las cuales son obligatorias las prestaciones contractuales es especialmente relevante por el tipo de cuestión que importa la fuerza obligatoria del contrato. Una visión moderna sobre el derecho es, en este sentido, particularmente sensible frente a las razones y criterios normativos que sustentan las instituciones jurídicas. Una de ellas es el contrato y la filosofía del derecho contractual ha resaltado la dimensión normativa de la relación contractual, intentando *fundar* su efecto vinculante en razones o alegaciones *valorativas*.

Esta precisamente constituye *una* de las preocupaciones distintivas de la filosofía del derecho de contratos. Sin ánimo de exhaustividad, su agenda de investigación puede delinearse en torno a las siguientes aspiraciones: (i) determinar la naturaleza del contrato junto con examinar sus rasgos característicos y diferenciadores, mediante la comparación con otras instituciones, principios básicos, manifestaciones y evolución; (ii) justificar la fuerza obligatoria del contrato articulando algún criterio para legitimar la vigencia del *pacta sunt*

servanda de las relaciones contractuales; y, por último, (iii) fundamentar la práctica social de contratar para lo cual el esfuerzo está centrado en afirmar qué es lo valioso de esta práctica, alentando su mantención en la sociedad³³⁵. A partir del diagnóstico que inspira esta investigación, tales interrogantes pueden ser afrontadas de una forma más satisfactoria desde una perspectiva moderna de lo jurídico que realza el compromiso institucional que exhibe el contrato. Son problemas en que, con mayor o menor nitidez, encuentran un encaje más cómodo consideraciones normativas que las meramente descriptivas. Una comprensión moderna del fenómeno jurídico hace hincapié en el carácter artificial del derecho y de ahí que indaga sobre las cuestiones valorativas que justifican los diversos institutos que lo componen. Ello se agudiza al ocuparse de los asuntos (ii) y (iii). Cuando se trata de la cuestión (ii), en particular, resulta especialmente relevante mostrar por qué es normativamente deseable la observancia de las estipulaciones contractuales a la luz del valor que allí está en juego.

Con todo, en el caso de (ii) hay que reconocer que es ciertamente posible, mas –a mi juicio– erróneo, eludir el examen normativo de la regla jurídica que establece la fuerza obligatoria del contrato en un determinado sistema jurídico privado, obviando desentrañar el criterio valorativo que sustenta su obligatoriedad. Su tematización es efectuada, en cambio, mediante el análisis de dicha regla como una razón excluyente para la acción³³⁶. Tal consideración atribuye una constitución binaria a la regla jurídica contractual, interpretando que esta otorga una razón de primer orden para que los contratantes cumplan lo pactado según los términos en que los obliga la legislación y, además, una razón de segundo orden, que les demanda abstenerse de evaluar el mérito de toda otra consideración que contradiga el cumplimiento incondicionado. De acuerdo con esta lectura, los términos de la regla contractual según la cual los contratos deben cumplirse íntegramente y sin excepciones, sirven de una razón formal para la atribución de obligaciones a las partes contratantes, marginando toda clase de consideraciones adicionales sustantivas acerca de por qué es prudente observarlas. Dicha atención formalista también se comunica a una interpretación lógica de la figura contractual, formulada sobre la base de condiciones de imputación de consecuencias jurídicas, por la verificación de los supuestos factuales consagrados por la norma jurídica. Dada la

³³⁵ En este sentido, véase PAPAYANNIS y PEREIRA FREDES, 2018a.

³³⁶ RAZ, 1991: 39-54.

celebración del vínculo contractual por las partes, entonces, se les imputa el cumplimiento de las estipulaciones que han convenido.

De manera que la pregunta central que inspira el presente capítulo –cómo se justifica el *pacta sunt servanda*– se encuentra expuesta a un desplazamiento si se empleare un razonamiento exclusionario de la regla contractual que impone la fuerza obligatoria del contrato. Del mismo modo, es posible evitar esta modalidad y sencillamente negar que el efecto obligatorio del vínculo contractual requiera una justificación en términos morales. Es decir, bastaría con asumir alguno de los modelos no formulados en términos morales que fueron apuntados en el primer capítulo. Aquí podría ensayarse la siguiente réplica: si bien corresponde analizar la regla jurídica que dispone la obligatoriedad del contrato, no hay razón para sostener que su examen exceda de una aproximación descriptiva, o bien de criterios estrictamente formales de análisis, o, por último, que se distancie de nociones como la de eficiencia económica y requiere atender exigencias adicionales de corrección.

Este capítulo inicia su recorrido, por el contrario, argumentando a favor de la mayor pertinencia de justificar valorativamente la obligatoriedad del contrato, en lugar de solo describir cómo esta ocurre y los alcances que tiene en el marco de las relaciones contractuales. Con posterioridad, se presentará la propuesta de justificación normativa que, por consiguiente, corresponde aquí ofrecer. Ella apelará al valor normativo del respeto de la autonomía personal, revisando sus distintas dimensiones, compromisos y evaluando su rendimiento en el actual contexto de contratación. Y, por último, serán analizadas las observaciones que a partir de ello es posible trasladar desde el derecho de contratos al derecho privado, a la luz del fundamento individualista con el cual la autonomía presenta su encaje más natural.

La propuesta asume un esquema moral sobre el efecto vinculante del contrato y está comprometida con una comprensión moderna del derecho, la cual según fue revisado con anterioridad pone énfasis en el carácter artificial e institucional de lo jurídico. Estas consideraciones son entrelazadas en la articulación de la fuerza obligatoria del contrato y responden al carácter institucional que este conspicuamente encarna. La noción de contrato y su fuerza obligatoria, por lo tanto, exigen un *tipo* de consideraciones que pueden abordarse de un modo satisfactorio si es asumida la comprensión de lo jurídico que se encuentra en

juego en tales nociones. Para una visión moderna del derecho no corresponde entender lo jurídico como una deducción racional derivada de la naturaleza inmutable³³⁷. El derecho y, en especial, sus instituciones constituyen hechos institucionales que valen lo que valen porque los individuos así lo han determinado. La validez del derecho descansa en constituir un acto de voluntad política³³⁸. A su vez, las instituciones jurídicas se justifican en la medida en que responden a decisiones adoptadas por los agentes, sin que aquellas dependan conceptualmente de un estado preexistente de cosas.

Desde estas coordenadas, el fenómeno jurídico es constituido por las personas para efectos de resolver un problema de cooperación. Un aspecto significativo de la funcionalidad del derecho radica en evitar la inseguridad que es razonable advertir que existiría si no hubiere reglas jurídicas que coordinen y gobiernen las acciones e interacciones espontáneas entre los sujetos. Por ello, el derecho justifica su existencia en la instrumentalidad que presta para quienes participaron en su generación. En palabras de Neil MACCORMICK, «[...] los artefactos e inventos humanos, incluyendo las reglas bajo las que las personas tratan de vivir, o conseguir que otras vivan, tienen que ser entendidas funcionalmente»³³⁹.

Para comprender internamente el ámbito jurídico es importante develar las consideraciones valorativas a las cuales responde su vigencia. Dada su correspondencia con un acto de creación de la voluntad política, el derecho debe ser *justificado* en términos normativos. El fenómeno jurídico está asociado a una gama de derechos, facultades y obligaciones, la cual descansa en un complejo de ideales de vida, proveyendo al derecho de su sustrato valorativo. ¿Podemos decir lo mismo respecto del vínculo contractual? Ciertamente sí, tanto en la existencia como obligatoriedad del contrato hay involucrada cuestiones justificativas. Pero, además, se debe tener presente el rol que cumple el contrato como expresión del ideal regulativo del autogobierno, modernamente proclamado en las relaciones interpersonales en general y jurídicas en lo particular. La institución contractual constituye un hecho

³³⁷ Con mayor detalle, puede revisarse el capítulo I.

³³⁸ DETMOLD, 1989: 440-443.

³³⁹ MACCORMICK, 2011: 376. Con dicha observación, no pretendo comprometerme con la tesis según la cual el derecho es efectivamente un artefacto o bien que tiene un carácter artefactual. Solo hago presente que el derecho y las reglas jurídicas deben, desde el punto de vista de MACCORMICK, ser entendidas según la función que persiguen o contribuyen a alcanzar en la sociedad.

institucional de nuestra configuración social y quizá sea el principal hecho institucional de todos los que disponemos³⁴⁰.

John SEARLE ha observado la relevancia de los hechos institucionales en la construcción de la realidad social, diferenciándolos de los hechos brutos³⁴¹. Mientras que estos últimos ocurren de forma física o mental con independencia de cualquier institución humana, los hechos institucionales solo existen dentro de las instituciones humanas. Los hechos institucionales son creados mediante la asignación de funciones externas a un fenómeno mediante la intencionalidad colectiva. Dicha asignación no se explica en virtud de los rasgos intrínsecos o por la composición interna del fenómeno, sino por la atribución externa de su nuevo estatus para cumplir la función ulterior que ha sido determinada por la intencionalidad colectiva. De acuerdo con SEARLE, «[e]sa asignación crea un nuevo hecho, un hecho institucional, un hecho nuevo creado por acuerdo humano»³⁴².

Si esto fuere así, el derecho consiste en un cúmulo de instituciones cuyo estatus o función ha sido asignada por la intencionalidad colectiva. Por supuesto, al derecho también se le asignan funciones en su carácter de institución y una de las más preponderantes es la de servir como mecanismo de composición de los conflictos sociales que tienen lugar en la comunidad. Ello se revela, en especial, por referencia al contrato como una figura jurídica estándar, cuya vigencia colectivamente aceptada y reconocida. Las sociedades humanas funcionan en el marco de la estructura de hechos institucionales y para la comprensión de estos es relevante prestar atención a los propósitos y alegaciones sustantivas que justificaron su constitución. El contrato no tiene por qué escapar de este diagnóstico³⁴³.

³⁴⁰ El contrato surge necesariamente de manera institucional gracias a la actuación de los individuos. De acuerdo con MACCORMICK, «[l]os contratos, los *trusts*, la propiedad, el matrimonio y la familia y otras instituciones de este tipo, no son en sí agencias sino que son figuras que resultan de los actos de personas y/o agencias institucionales». MACCORMICK, 2011: 57.

³⁴¹ SEARLE, 1997: 49-53.

³⁴² SEARLE, 1997: 63.

³⁴³ El contrato es, desde la mirada de SEARLE, un objeto social constituido por hechos sociales respecto de los cuales resulta más relevante el proceso que el producto. El objeto no es sino la posibilidad continua de la actividad que en el contrato podría identificarse en la posibilidad constante que ofrece a una persona de vincularse con otra y contraer derechos y obligaciones. Pese a su carácter social, SEARLE advierte que no es infrecuente perder de vista este rasgo institucional, puesto que «[r]esulta tentador decir que un gobierno, o un billete de dólar, o un contrato es un objeto o una entidad en el sentido en que lo son una molécula de ADN, una placa tectónica y un planeta». SEARLE, 1997: 54.

Desde luego, este esquema teórico se robustece en términos políticos al considerar que el derecho gobierna la conducta de los seres humanos de forma autónoma, porque aquellos han decidido gobernarse mediante reglas jurídicas por sí mismos dictadas. El estándar normativo del autogobierno se distancia de las consideraciones heterónomas del derecho premoderno, cuya fuente de legitimidad excedía al ser humano. Esto es consecuencia de no constituir, en rigor, una creación, ni tampoco requerir propiamente su constitución. Como es sabido, el ideal del autogobierno está expresado con claridad en los términos de Jean-Jacques ROUSSEAU, en alusión a la libertad moral que se obtiene bajo el estado civil, es decir, «[...] la única que convierte al hombre verdaderamente en amo de sí mismo, porque el impulso exclusivo del apetito es esclavitud y la obediencia a la ley que uno se ha prescrito es libertad»³⁴⁴.

El funcionamiento de la relación contractual arroja luz sobre la vigencia y las implicancias de una concepción moderna del fenómeno jurídico. Su estrecha conexión con la noción de artificialidad e implementación del gobierno autónomo de los individuos mediante reglas libremente convenidas, transparentan su carácter institucional. Los contratos constituyen mecanismos institucionalizados de coordinación de las agencias individuales y, a su vez, de su imagen institucional se predicen funciones de liberación y estabilización. En este sentido, Arnold GEHLEN ha sugerido que una antropología filosófica madura propicia una fractura entre el mundo natural y el social, en cuyo contexto al ser humano le corresponde efectuar la transformación activa del plano natural³⁴⁵. Dicha modificación humana se manifiesta según el tipo de intervención que el individuo ejecuta en el ámbito natural, porque esa intervención busca dar cuenta de lo que es su interpretación sobre el ámbito natural. La afectación ejercida por el individuo muestra el sentido de su concepción del mundo sobre cómo debiere ser el esquema natural. Su intervención busca estabilizar el mundo natural a partir de las consideraciones normativas del agente. De ahí que el instrumento idóneo para afectar el ámbito que preexiste a los individuos sean precisamente las instituciones sociales.

Desde un punto de vista social, la interrupción desplegada satisface las dos funciones antes anotadas³⁴⁶. Por una parte, una función de liberación en virtud de la cual la institución

³⁴⁴ ROUSSEAU, 2007: 22.

³⁴⁵ GEHLEN, 1993: 36-40.

³⁴⁶ GEHLEN, 1993: 88-92.

contribuye a descargar las expectativas y objetivos de los individuos. Por otra, una función de estabilización que procura normalizar y congeniar las expectativas y necesidades de los intervinientes. Como es posible imaginar, las instituciones sociales se autonomizan de quienes las configuran, adquiriendo una vida propia con posterioridad a su acto de constitución. Bajo el supuesto del vínculo contractual, tales funciones resultan ineludibles. El contrato libera las expectativas normativas de comportamiento estimadas como prudentes por los individuos y, a su vez, las estabiliza mediante pautas de cooperación recíproca desde las cuales emanan relaciones obligatorias, protegidas por el sistema jurídico privado. Su carácter moral se encuentra asociado a las directivas y puntos de estabilización definidos por los contratantes, «[...] cuyo designio consiste en garantizar la seguridad e inmutabilidad de las relaciones sobre una base de confianza mutua»³⁴⁷.

La esfera pública también sirve de indicador de la instrumentalidad de la institución contractual. Este opera, según su imagen estándar en el pensamiento contractualista, en términos de un mecanismo para salir de un determinado estado de cosas que es indeseado y alcanzar otro que, por el contrario, se anhela. Su estatus institucional reposa en la aptitud que posee para alcanzar una configuración normativamente deseada de la realidad. De modo que el vínculo contractual promueve la cooperación entre los agentes, reemplazando la lucha y el desencuentro por el acuerdo. Dicha visión del contrato da cuenta de su existencia instrumental y, de ahí, que no pueda ser adecuadamente comprendida su verificación o fuerza vinculante sin atender a aquello para lo cual sirve³⁴⁸. Ahora bien, al procurar cubrir la específica relevancia del contrato bajo el contexto de las instituciones sociales, respecto de las cuales hemos indicado que pertenece, las consideraciones anteriores persisten. El contrato, junto con otros institutos sociales, requiere de alguna justificación normativa para develar su pertinencia. Nociones como contrato, castigo y propiedad se encuentran expuestas a una inagotable tematización y buena parte de ese ejercicio es efectuado a partir de consideraciones normativas. El mérito epistémico de tales dimensiones de análisis radica en

³⁴⁷ GEHLEN, 1993: 38.

³⁴⁸ Según MACCORMICK, para la comprensión de la institución en cuestión es crucial tener alguna noción de su sentido. Así, «[l]os contratos son un modo para hacer obligatorios los acuerdos entre personas». MACCORMICK, 2011: 57-58.

el *tipo* de instituciones de las cuales se trata y la *funcionalidad* que aquellas cumplen en los asuntos humanos. ¿Cuál es la peculiaridad de estas instituciones sociales?

Para alcanzar una respuesta tentativa podemos cotejar el contrato con otra institución social ostensiblemente comprometida con una manera moderna de ver el derecho: la propiedad. En sus investigaciones sobre filosofía de la propiedad, Jeremy WALDRON estableció que el examen de la propiedad debía estar dividido en dos órdenes de problemas³⁴⁹. De un lado, problemas analíticos relativos a la clarificación conceptual de términos asociados al derecho de dominio y, en especial, la diferenciación de las distintas especies de propiedad que conviven bajo el género de propiedad, como lo son la propiedad privada, colectiva y común. De otro, problemáticas normativas asociadas a contraponer y evaluar los distintos esquemas de justificación que se encuentran en disputa para evaluar la propiedad, como ocurre con las afirmaciones favorables a su presencia sostenidas en los modelos del individualismo posesivo y la concepción revolucionaria heredada del pensamiento francés, o bien los alegatos críticos que promueven la supresión de la propiedad privada y su reemplazo por la propiedad común, tal como sucede con el pensamiento marxiano.

Ambos niveles de problemas son *prima facie* trasladables hacia otras nociones institucionales como el contrato y el castigo. Ello se explica, piensa WALDRON respecto de la propiedad, con base en tres criterios de justificación de estas construcciones convencionales³⁵⁰. En primer lugar, la propiedad constituye una institución social primordial y su consagración se encuentra constituida por una decisión política, correlativa a una organización de recursos que bien podrían ser utilizados en una cuestión distinta. Antes fue observada la dimensión social del vínculo contractual y los clásicos argumentos hobbesianos permiten extraer las razones bajo las cuales resulta prudente contratar en lugar de no hacerlo³⁵¹. El *pacta sunt servanda* constituye la ratificación institucional por parte del poder político acerca de su consideración favorable sobre la vigencia y observancia de los acuerdos entre las personas, entendidos como una institución que fomenta y resguarda la cooperación de los individuos.

³⁴⁹ WALDRON, 2010: 9 y ss.

³⁵⁰ WALDRON, 2010: 14 y ss.

³⁵¹ Este esquema interpretativo sobre la tesis contractualista ha sido desarrollado por David GAUTHIER, quien sostiene que «[...] Hobbes expresa una visión directamente maximizadora de la acción racional [...]». GAUTHIER, 2000: 215. De manera que, bajo este estado de cosas, resulta racional disponerse a cooperar, que optar por la no cooperación. Ello permite conciliar la racionalidad con la moralidad, consagrando el acatamiento como un modo racional de maximización de la utilidad.

En segundo lugar, hay costos de oportunidad y objeciones morales a las cuales se enfrenta la propiedad. Existen costos de oportunidad porque su existencia desplaza la alternativa adversarial, esto es, su supresión. Si la propiedad priva de la posibilidad de poseer algo a quienes nada tienen, en virtud del desplazamiento de la idea de propiedad, entonces, se requieren consideraciones valorativas acerca de por qué aquella es socialmente aceptable. A su vez, hay poderosas objeciones morales involucradas, dado que la propiedad conlleva exclusión, segmentación y sufrimiento a quienes carecen de ella. Solo bastaría con detenerse en los problemas de estratificación y marginación social generados a partir de la existencia de la propiedad privada bajo un sistema jurídico.

Del mismo modo, el contrato está expuesto a esta clase de dificultades. Hay costos de oportunidad porque es posible afirmar que la relación contractual no supone una coordinación simétrica entre los agentes que propicia el ordenamiento jurídico, sino una mera expresión de la imposición violenta de la voluntad del contratante que cuenta con un privilegiado poder económico y social, en desmedro de los intereses de quien está caracterizado por su vulnerabilidad jurídica. Tal como pudiere indicarlo una aproximación crítica sobre los contratos por adhesión y respecto de muchas de las nuevas formas de contratación. El escenario contractual contemporáneo, al cual nos referimos en el segundo capítulo, se encuentra al servicio de esta interpretación.

A estas consideraciones también subyacen problemas acerca de la legitimación moral del sistema contractual. El fomento y protección jurídica de los vínculos contractuales entre particulares requiere de una justificación de segundo orden, en torno a la excesiva importancia que tienen los contratos como medios de distribución de riquezas bajo el contexto de las democracias liberales contemporáneas. Ahí se ha presupuesto una estrecha relación entre las interacciones cooperativas y las exigencias del mercado. Un enfoque distante de los valores defendidos por este orden social y político esgrimirá legítimamente sus dudas acerca de la justificación general del régimen contractual.

No obstante lo anterior, incluso si nos situamos en este esquema de organización social, la obligatoriedad del vínculo contractual admite defraudar exigencias de justicia contractual, ya que la estricta observancia a los términos pactados puede ocasionar la ruina de uno de los contratantes, obligando a cumplir en condiciones excesivamente onerosas y desconocidas al

momento de manifestar su voluntad de suscribir la relación jurídica. La pertinencia de la teoría de la imprevisión, que antes asociamos a una razón sustantiva vigente pese a la progresiva intervención legislativa en el campo contractual, constituye una cuestión de legitimación normativa, según la cual la imposición irrestricta de la regla jurídica contractual puede generar profundas situaciones de incorrección moral *por* la aplicación de la fuerza obligatoria del contrato.

En tercer lugar, la propiedad privada supone agudos problemas de diferenciación. El desplazamiento de la propiedad a favor de un adquirente es socialmente complejo, porque el propietario se define en torno a su capacidad para excluir a los demás de la cosa sobre la cual recae su derecho. Sin embargo, cuando aquel propietario es perturbado en el ejercicio de su derecho de dominio, el resto de la sociedad que fue sistemáticamente excluida del disfrute y aprovechamiento de la cosa concurre en su protección jurídica. Esta inconsistencia se agudiza al observar los problemas distributivos de las transferencias de dominio, porque como lo apunta 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»³⁵².

¿Podemos decir algo muy distinto sobre la regulación jurídica del contrato? El contraste no resulta significativo y es evidente que la relación jurídica contractual formulada bajo el dogma de la voluntad, que fue proclamado por los filósofos de la burguesía revolucionaria a fines del siglo XVIII, se ajusta a una visión en filosofía de la política que promovió intercambios entre agentes racionales con un simétrico poder negociador. Sin embargo, sus presupuestos conceptuales fueron críticamente puestos a prueba y, asimismo, enfrentaron las denuncias acerca de los nocivos efectos que ocasionaron en contra de ciertos contratantes o consumidores situados en posiciones desventajadas, para diseñar nuevas regulaciones de protección y salvaguardar la relación contractual frente a la asimetría y desigualdad que, en realidad, parece caracterizarla.

De acuerdo con las observaciones antes desplegadas, el vínculo contractual constituye una de las instituciones sociales cuya trascendencia puede transparentarse al justificarla en términos morales. Ello no implica que esta sea la única vía disponible para hacerlo, de hecho,

³⁵² WALDRON, 2010: 14.

hay explicaciones económicas que también revelan la importancia del contrato. El punto es que las consideraciones normativas son especialmente pertinentes frente a la cuestión de la fuerza obligatoria de la relación contractual. Si se trata de justificar por qué es deseable y normativamente valioso que los contratos obliguen a los contratantes de forma incondicionada y sin excepciones, las razones valorativas ocupan un lugar prominente para realizar esta empresa. Más allá del valor explicativo que poseen las consideraciones descriptivas al explicar el contexto de descubrimiento de la institución contractual, o dar cuenta de qué términos se producen las obligaciones emanadas de aquella, en lo que sigue se buscará un valor moral que permita fundar la aceptabilidad de esta institución social y su obligatoriedad jurídica.

Si a la luz de su carácter institucional, el contrato está profundamente entrelazado con su legitimación moral, su fuerza obligatoria necesita de consideraciones críticas sobre la razonabilidad de su vigencia. La regla jurídica contractual que consagra el *pacta sunt servanda*, no es solo una regla que impone excluyentemente un mandato de observancia de las prestaciones, sino que también devela una sustantiva decisión política acerca de cómo debemos organizarnos en nuestras interacciones, desplazando las objeciones sobre los costos de oportunidad, problemas morales y efectos de diferenciación social, que según lo indicamos, debe enfrentar un esquema contractual.

Por supuesto, lo anterior no busca sugerir que debe establecerse un necesario símil entre el contrato y la propiedad. El objetivo es más bien modesto: cuando enfrentamos institutos sociales conforme con los cuales es construida la realidad, es necesario prestar atención a los compromisos suscritos por un enfoque moderno acerca del derecho. De acuerdo con esta óptica, la peculiaridad de estas instituciones sociales descansa en la funcionalidad que desempeñan y esto, por cierto, invita a acudir a consideraciones normativas para legitimar su vigencia. De este modo, el contrato y su fuerza obligatoria demandan razones morales, ya que no es baladí que el contrato exista como uno de los hechos institucionales de mayor relevancia ni mucho menos que una vez celebrado sea obligatorio para los contratantes. La pregunta que aquí interesa, esto es, cómo se justifica el efecto vinculante del contrato necesariamente apela a cuestiones valorativas que establecen por qué es razonable y goza de mérito moral honrar lo que se ha pactado. De ahí que articulará una respuesta en tales coordenadas.

2. RUPTURA ENTRE PROMESAS, VOLUNTAD Y AUTONOMÍA

Según fue advertido en las secciones 3 y 4 del primer capítulo, nociones como promesas, voluntad y autonomía han protagonizado los esfuerzos teóricos por encarar en términos normativos la cuestión acerca de cómo se justifica la obligatoriedad de la relación contractual. La autonomía de la voluntad está erigida como la piedra angular a partir de la cual se construye la teoría general de las obligaciones y los contratos por parte de los estudios dogmáticos. Las promesas, por su parte, constituyen la contribución más relevante efectuada por la filosofía del derecho contractual contemporánea para abordar la fundamentación del efecto vinculante del contrato sobre la base del trabajo de FRIED. De modo que la pertinencia de formular una propuesta de justificación de la obligatoriedad contractual depende de deslindar entre tres nociones en juego; a saber, promesas, voluntad y autonomía. Una vez realizado este trabajo, corresponde reforzar el valor explicativo y justificativo de una de ellas para desempeñar exitosamente el mencionado rol, adaptando sus exigencias al actual derecho de contratos cuyas variantes o peculiaridades fueron descritas en el segundo capítulo. Si bien se trata de un derecho contractual cuyo contraste no es de manera alguna radical en relación con el vigente hasta comienzos del siglo XX, su complejidad interna y la aparición de nuevas formas de contratación, junto con el derecho de consumo y la intervención del legislador en las relaciones contractuales, ponen a prueba cualquier propuesta de fundamentación del *pacta sunt servanda* o directamente su vigencia.

Una precaución que es necesario adelantar es que la complejidad del derecho de contratos impide, a mi juicio, formular *un* parámetro normativo que explique y justifique uniformemente la estructura, funcionamiento y prácticas del derecho contractual. Por ende, cualquiera sea la opción que se adopte entre las tres alternativas disponibles, ellas están comprometidas, con más o menos fuerza, con una filosofía individualista a la luz de la cual el derecho privado ha sido tradicionalmente interpretado. De manera tal que aun cuando arribemos a buen puerto con una noción que funde la fuerza vinculante del contrato, su conexión con el individualismo arroja luz sobre *solo una parte* del derecho de contratos y derecho privado general. En los capítulos siguientes, veremos en qué sentido es necesario posicionar un estándar normativo adicional al individualismo para sacar partido teórico de la

complejidad del derecho de contratos y, por qué no decirlo, del derecho privado en su conjunto.

La estrategia consistirá, en primer lugar, en diferenciar entre la voluntad y la autonomía desafiando la idea que es comúnmente conjugada en la dogmática civil bajo la etiqueta de «autonomía de la voluntad» y, en segundo lugar, en separar entre la autonomía y las promesas en el ámbito de la justificación de la fuerza obligatoria del contrato. Esta última cuestión exige mostrar cómo pese a sus evidentes similitudes, existen diferencias cruciales entre las promesas y los contratos que promueven pesquisar el fundamento del efecto vinculante en la autonomía y no así en el valor de las promesas. La apuesta de justificación normativa, como ya es del todo evidente, será por la autonomía personal.

2.1. Voluntad y autonomía

Comencemos, entonces, con la separación entre los términos voluntad y autonomía. Es un recurso habitual indicar que la autonomía de la voluntad constituye el fundamento de un sinnúmero de instituciones en el derecho privado. A pesar de que es posible hallar áreas en que no es cristalino que ocupe un lugar derechamente privilegiado *i. e.* derecho de familia o derecho de sucesiones, la autonomía de la voluntad está cómodamente asentada en el derecho de contratos. Ello es así aun cuando el contexto contractual contemporáneo parezca *prima facie* establecer más vallas para su ideal desenvolvimiento en las relaciones contractuales cotidianas. En este ámbito del derecho privado, la autonomía de la voluntad es considerada un principio de la contratación que sirve para organizar otros subprincipios como la libertad contractual y el consensualismo que son, en realidad, consecuencias o aplicaciones específicas de la autonomía de la voluntad en las dimensiones de generación y organización de los vínculos contractuales.

Debido al tratamiento dogmático desarrollado por los estudios clásicos, la voluntad pasó a tener mayor importancia que la autonomía. Esto es una consecuencia del hecho de que el primer término fue sistemáticamente considerado como uno de los elementos esenciales y de existencia de todo negocio jurídico, siendo el contrato el principal de estos. Sin que concurra la voluntad de los individuos, no puede haber vínculo contractual que les una. Como fue

indicado en el apartado 1.2.1. del segundo capítulo, uno de los postulados centrales de la comprensión tradicional del contrato reside en que este es, en algún sentido importante, el acuerdo de las voluntades de quienes contratan. El contrato refleja cuál fue su voluntad respecto de si obligarse o no, con quién pactar y bajo qué términos hacerlo durante el tiempo que hayan definido de común acuerdo. Pero, según lo que antes fue apuntado, uno de los factores que permiten poner en entredicho que se trata *del mismo* derecho contractual configurado bajo el influjo iluminista y explicitado por la codificación, es la pérdida de terreno que ha sufrido la voluntad. En particular, por la progresiva intervención del órgano legislativo en la constitución y desarrollo del contrato.

El impacto de la voluntad en el derecho de contratos está naturalmente determinado por su rendimiento explicativo de las prácticas contractuales. Tal cuestión es especialmente sensible con la evolución y las modalidades en que se desarrollan las prácticas contractuales. Por eso, al existir una mayor presencia del legislador en la contratación, esto inmediatamente afecta la tesis según la cual el contrato responde al concurso de voluntades de las partes. Evidentemente, la voluntad no es una condición suficiente para que exista la relación contractual, pero sí es un elemento necesario del cual no es posible prescindir, al menos bajo la mirada tradicional del derecho de contratos. De la misma manera, su valor justificativo para abordar el *pacta sunt servanda* irremediamente decrece si la participación de la voluntad de los contratantes no es una conclusión indubitada en las relaciones contractuales. Hay numerosos supuestos en que las partes se obligan, como se ha mostrado, a prestaciones cuyo origen no descansa en su voluntad e incluso se les impone la celebración de contratos sin que eso sea una decisión voluntaria. A pesar de la ingenuidad con que fue preliminarmente asumido el dogma de la voluntad, es relativamente sencillo cerciorarse de que hoy en día la voluntad de las partes no juega en materia contractual un papel análogo al que desarrollaba con anterioridad al siglo XX.

De ahí que resulta un camino arriesgado insistir con la voluntad para legitimar la fuerza obligatoria del contrato. Los estudios dogmáticos tradicionales sobre el derecho de contratos posicionaron la manifestación de voluntad de las partes como el nacimiento de las relaciones contractuales y, al mismo tiempo, aceptaron que tal voluntad pudiera determinar el carácter vinculante del contrato. El contrato goza de fuerza obligatoria para quienes lo celebraron porque dicho convenio es, precisamente, la expresión inequívoca de la voluntad de ambos.

Si bien esta intuición puede parecer consistente presenta una dificultad. Ella confunde dos cuestiones distintas: la formación del contrato con su obligatoriedad. El contrato –como todo acto jurídico– necesita de al menos un destello de voluntad que sea manifestada por las partes para que, junto con el cumplimiento de otros requisitos, nazca a la vida jurídica. Pero de ello no se sigue que necesariamente la voluntad sea idónea para la fundamentación del efecto vinculante del contrato. Se trata de dos preguntas distintas que conviene deslindar. Mientras que la primera indaga cómo se formula un vínculo contractual para que tenga reconocimiento jurídico, la segunda busca desentrañar cuál es la razón normativa de por qué los contratos obligan a quienes contratan de forma incondicionada. Desde luego, el carácter primordial de la voluntad en el ámbito de la formación del contrato fue extrapolado a su obligatoriedad, pese a que allí no tiene por qué poseer un protagonismo similar.

Más allá de esta observación hay una cuestión sustantiva que suele pasar desapercibida para las investigaciones tradicionales en derecho contractual. Esta se encuentra asociada con el tipo de valor que es necesario esgrimir para dar cuenta de la fuerza obligatoria de los contratos. Cuando nos preguntamos por qué estos obligan se inquiera la identificación de un ideal normativo que es considerado valioso por los individuos, justificando que quienes concurrieron a la celebración del vínculo contractual queden concluyentemente obligados por lo que han pactado. Pues bien, ¿la voluntad de los contratantes satisface estas dimensiones? Bajo mi modo de ver las cosas, ello no es así. Una de las razones de la negativa tiene que ver con el uso que se efectúa de la voluntad por parte de los estudios de derecho privado contractual.

Su utilización se encuentra restringida a la generación del vínculo contractual, exigiéndola como requisito de la existencia del negocio jurídico, así como condición de validez de este en la medida en que ella esté exenta de vicio. Dicha perspectiva está perfilada en la teoría del negocio jurídico y es replicada en la teoría general del contrato, dando cuenta de las condiciones de operatividad de las figuras contractuales previstas en el sistema jurídico privado. Esto se encuentra completamente despojado de cuestiones sustantivas acerca de *por qué* cuando la voluntad es manifestada sin adolecer de vicios –y de acuerdo con los términos formales exigidos por el derecho– da lugar a relaciones obligatorias entre quienes la expresaron. Por ello, la confusión de planos que antes anotamos, es decir, entre el momento

de constitución y el de fundamentación del efecto vinculante se transparenta y ofrece más dificultades de sistematización.

Una peculiaridad del análisis efectuado por la dogmática respecto de la voluntad tiene que ver con que, si bien ella permite la existencia del contrato, al desarrollarse el consentimiento entre las partes, al momento de fundar la fuerza obligatoria del contrato la mirada de los estudios se traslada al principio de autonomía de la voluntad. Por supuesto, existe una relación entre la voluntad y la autonomía de la voluntad, pero no es claro cuál es el tránsito teórico específico que desarrollan los estudios para identificar ambas nociones. Lo cual lleva a que en ocasiones estas sean utilizadas indistintamente. El problema que es posible apreciar en este punto es que el movimiento efectuado entre la voluntad y la autonomía de la voluntad enfatiza la relevancia de esta última noción y, a su vez, descuida el potencial justificativo de la idea de autonomía.

Tal consideración enfrenta problemas en la construcción del principio de autonomía de la voluntad que articulan los estudios en derecho privado. Normalmente estos acuden a la obra de KANT como una fuente intelectual básica de esta directriz que permea el grueso del derecho de los contratos. Mas pierden de vista que en la obra del filósofo prusiano la voluntad por sí misma no tiene mérito moral y es, en realidad, la autonomía la cuestión central que permite que una acción posea valor normativo y obligue según los términos autoimpuestos por los agentes. Si se trata de justificar el efecto obligatorio de una relación contractual es menester apelar a un valor normativo que pueda efectivamente desempeñar ese rol justificativo. A la vigencia de una regla jurídica que consagra el *pacta sunt servanda* subyace un cierto ideal regulativo que es considerado valioso en la relación contractual y este únicamente puede ser adecuadamente cubierto por la autonomía y no así por la voluntad.

¿Por qué la voluntad no parece ser una candidata idónea para fundar la obligatoriedad del contrato? Pese a su relevancia dogmáticamente exacerbada en la etapa de formación del acuerdo, su incapacidad para cumplir esta tarea justificativa se desprende del contraste que existe entre voluntad y autonomía en la filosofía kantiana. Desde KANT la voluntad no constituye por sí misma, como pudiere pensarse, un valor normativo. Solo se admite como tal en la medida en que sea autónomamente determinada por parte del agente racional. En sus términos, «[...] la voluntad libre tiene que ser determinada al margen de cualesquiera

condiciones empíricas (o sea, pertenecientes al mundo de los sentidos), entonces una voluntad ha de encontrar en la ley, pese a todo, un fundamento determinante al margen de la *materia* de la ley»³⁵³. De ahí que la distinción central para fundar válidamente o no la formulación de obligaciones no es la presencia o ausencia de la voluntad del agente, sino que descansa en la diferenciación entre autonomía y heteronomía. Ambos términos pueden actuar sobre nuestra voluntad, pero sus conclusiones son radicalmente distintas. Únicamente, cuando la voluntad es determinada de manera autónoma tiene sentido predicar obligaciones del agente y su evaluación como agente libre. Aun cuando se trate de una libertad no experimentable en el mundo de los fenómenos, sí es a lo menos teóricamente pensable.

Mientras que la voluntad está determinada por factores empíricos carece de mérito moral, por dejarse gobernar por inclinaciones y sensaciones ajenas a la razón, la voluntad determinada por la razón pura práctica goza de un genuino valor moral. De modo que la primera voluntad deviene heterónoma mas la segunda corresponde a una voluntad propiamente autónoma. Como es sabido, el principio de la moralidad en KANT es, en efecto, la autonomía de la voluntad, pero la dogmática civil clásica pudo fácilmente encandilarse con la visión decimonónica de la voluntad, desplazando la autonomía que se exigía para generar verdaderas obligaciones normativas. En forma correcta, esta visión realizó una fractura entre las nociones de autonomía y voluntad, pero erróneamente perdió de vista lo central del principio de autonomía de la voluntad, esto es, que solo la presencia de autonomía hace de la voluntad un estándar normativo válido para obligarnos.

La voluntad puede transparentar dimensiones de heteronomía bajo las cuales un contrato puede presentar dificultades, al momento de formular deberes de comportamiento a sus contratantes. Pero si tal vínculo contractual derivó de una voluntad determinada por nuestra autonomía racional, entonces, se trata de una relación contractual necesariamente obligatoria, porque precisamente responde al ideal de la autonomía personal, que será reflejado por el imperativo de tratar a todos los seres racionales en tanto fines en sí. Al desatender esta clase de consideraciones que emanan del pensamiento kantiano –el cual es reconocido como la filosofía que inspira buena parte del derecho contractual moderno– se sobreestima la relevancia de la voluntad, extendiendo su operatividad desde el nacimiento de las relaciones

³⁵³ KANT, 2007: §A 52, 94. Énfasis del original.

contractuales hasta su obligatoriedad. Así concebida la conexión entre la voluntad y la autonomía de la voluntad parece existir una continuidad entre ambas nociones y que el matiz entre ambas es que simplemente son aplicadas en niveles distintos, esto es, formación y fuerza obligatoria del contrato. El contraste entre voluntad y autonomía de la voluntad es, no obstante, sustantivo³⁵⁴.

Si la voluntad por sí misma no puede fundar obligaciones, mal podría constituir la fuente normativa a partir de la cual es posible sustentar el efecto obligatorio del vínculo contractual. La arista que es necesario notar radica en que la fuente intelectual que es continuamente autorizada como tal en las investigaciones tradicionales del derecho de contratos niega la relevancia de la voluntad y, por el contrario, pone su acento en la intervención de la autonomía en la voluntad del individuo. Solo cuando la voluntad ha sido autónomamente determinada corresponde hablar, en rigor, de relaciones obligatorias entre los agentes. Esta lectura, por lo demás, acarrea mayores obstáculos para que la voluntad sea admitida como justificación del vínculo obligatorio del contrato. Ello tiene relación con el hecho de que la voluntad, como fue afirmado, expresa mayor sensibilidad con las modificaciones generales de las relaciones contractuales y, en especial, con la pérdida de protagonismo que ha sufrido frente a la mayor presencia de intervención legislativa en la contratación contemporánea.

Difícilmente podría sostenerse que las nuevas formas de contratación no han afectado de manera alguna la participación privilegiada de la voluntad en las relaciones contractuales. Su menor presencia pone en aprietos a los esfuerzos dogmáticos para sostenerla en el ámbito de la formación del contrato y, más aún, si se trata de su fuerza vinculante. Pues si ya no posee el lugar que aparentemente tuvo hasta inicios del siglo XX, disminuye la plausibilidad de preservarla como fundamento del *pacta sunt servanda*. Este último, por el contrario, mantiene su relevancia y es uno de los principios fundamentales del derecho de contratos. No ha resultado afectado por el cambio en ciertas condiciones de contratación. Al intentar

³⁵⁴ Hay estudios dogmáticos de derecho privado que, no obstante, advierten las confusiones que existen en el tratamiento de la autonomía de la voluntad. En este sentido, se llama la atención respecto de concentrar la relevancia en la voluntad. Sobre este punto, ha sido señalado que «[l]a autonomía es un poder de la persona como realidad eminente. Conviene en este punto observar que cuando se habla, como es usual entre nosotros, de ‘autonomía de la voluntad’, no deja de incurrirse en algún equívoco. *Porque el sujeto de la autonomía no es la voluntad, sino la persona como realidad unitaria. La autonomía no se ejercita queriendo –función de la voluntad– sino estableciendo, disponiendo, gobernando. La voluntad o el querer es un requisito indudable del acto de autonomía (que ha de ser siempre libre y voluntario), pero para ejercitar la autonomía es preciso el despliegue de las demás potencias*». DÍEZ PICAZO y GULLÓN, 2012: 367. Énfasis añadido.

explicar por qué ocurre este panorama dual entre el declive de la voluntad en materia contractual y la conservación de la fuerza obligatoria del contrato, se devela que la voluntad ocasiona más dificultades que posibilidades para asentar la obligatoriedad. Tales obstáculos han sido identificados en confundir, por una parte, el rol de la voluntad en la generación del contrato con su pertinencia para servir de sustento de su fuerza obligatoria y en asumir erróneamente, por otra, que la voluntad puede constituir el fundamento de obligaciones contractuales, en circunstancias de que sin una determinación autónoma no hay obligación moral alguna.

La cuestión reside en determinar si acaso la autonomía ha sufrido, en verdad, un debilitamiento similar, pudiendo incluso sugerirse su total anulación como podría ser eventualmente el caso respecto de la voluntad. Como se verá, no necesariamente la menor influencia de la voluntad implica la disminución de la autonomía del contratante, ni mucho menos que este ha sido desprovisto de aquella. Al desacoplar el último término del primero, la autonomía personal recupera su importancia en la formulación de obligaciones que gozan de un genuino mérito moral. A diferencia de la voluntad, la autonomía constituye un valor normativo fuerte que está altamente consolidado en las reflexiones de filosofía moral y es, en realidad, el centro de la filosofía kantiana sobre la cual los estudios dogmáticos afirman instalar sus alegaciones. El principio de autonomía de la voluntad debe interpretarse de acuerdo con los términos en que fue formulado como el centro de la moralidad por KANT³⁵⁵. Allí la voluntad solo puede fundar obligaciones contractuales cuando ha sido autónoma, pese a que el sistema jurídico privado exija que observe dimensiones formales, es decir, que sea manifestada y se encuentre libre de vicios que afecten el consentimiento. Si bien esta manera de entender la voluntad se encuentra más expuesta a la intervención del legislador introduciendo esferas de heteronomía en las relaciones contractuales, el valor de la autonomía personal que es desplegado en estas relaciones puede mantenerse plenamente resguardado. La intervención en el derecho de contratos no siempre socava la autonomía, sino que es posible justificarla, por el contrario, en el respeto y fomento de esta.

Puede ensayarse, por último, otra estrategia para abonar la diferenciación entre la voluntad y la autonomía. Según fue presentado en la sección 3.1. del capítulo segundo, la tensión que

³⁵⁵ KANT, 2005: §A 97, 140.

existe en el derecho de contratos entre las consideraciones de forma y sustancia constituye una de las dimensiones que reflejan con mayor nitidez la complejidad del derecho contractual. Su presencia abona la negativa frente a una supuesta uniformidad en el tipo de razones que son relevantes en el derecho contractual. A pesar de que esta parcela del derecho es usualmente caracterizada por su constitución formal, hay un conjunto de consideraciones sustantivas que son válidas y progresivamente resultan más atendidas por los órganos jurisdiccionales para resolver los conflictos jurídicos sometidos a su decisión. Desde este punto de vista, la distinción entre la voluntad y la autonomía puede interpretarse en términos del debate entre forma y sustancia en la filosofía del derecho contractual³⁵⁶.

Como anteriormente se observó, el derecho privado realiza exigencias ostensiblemente formales de la voluntad, admitiéndolas como una razón para la atribución de consecuencias jurídicas y estados de cosas. Para que haya contrato, por ejemplo, se requiere, entre otros elementos, la manifestación de la voluntad de los contratantes y que esta se encuentre exenta de vicios que puedan invalidar el consentimiento alcanzado. Dicho examen claramente responde a consideraciones de forma exigidas para la existencia y validez de las figuras contractuales, desplazando las cuestiones sustantivas que pueden ahí abrirse. La autonomía personal, por el contrario, no importa un asunto de forma, sino que constituye una de las observaciones de sustancia de mayor transcendencia en el derecho de los contratos. En el control de los requisitos de existencia y validez relativos a la voluntad y ausencia de vicios, no es, en rigor, evaluado si el contratante efectivamente actuó de manera autónoma. Baste para que el acuerdo nazca que lo haga en virtud de una exteriorización de voluntad y que no esté afectada a los vicios que amenazan su producción regular de efectos. Es una cuestión de voluntad y no propiamente de autonomía.

El problema radica, entonces, en que la fundamentación normativa del efecto vinculante apela a cuestiones sustantivas de la relación contractual, que no se logran capturar *solo* con el examen formal esgrimido por la dogmática en torno a la manifestación de voluntad y que está se encuentre exenta de vicio. La fuerza vinculante del contrato requiere una razón de

³⁵⁶ Robert SUMMERS ha indicado que la implementación de esta distinción en la teoría jurídica no está necesariamente comprometida con la idea de razones de forma y razones de sustancia, del modo en que el contraste fue preliminarmente introducido *en* la filosofía del derecho contractual. Dicha intuición está aquí asumida al proyectar la relación entre forma y sustancia al vínculo entre voluntad y autonomía. Sobre la utilización del contraste en la teoría del derecho, véase SUMMERS, 2006: 61-63.

sustancia para darse por legitimada y, de ahí, que no es adecuado acudir a la voluntad de los individuos sino al valor sustantivo que está en juego al obligarse contractualmente, esto es, la autonomía personal que han ejercitado y que sirve de razón de sustancia para imponerles el cumplimiento de las prestaciones estipuladas. Ello explicaría, en parte, por qué la persistencia de los estudios dogmáticos en centrar su mirada en la voluntad y no así en la autonomía: como toda consideración de forma –la voluntad– desplaza del escrutinio crítico la alegación de sustancia –la autonomía– que yace ahí latente. Y no siempre es el caso de que el análisis dogmático esté dispuesto *a abrir* el contrato y desentrañar el ideal regulativo allí vigente³⁵⁷.

2.2. Promesas y autonomía

Si fuere pertinente sostener la demarcación entre voluntad y autonomía en materia contractual, e inclinar la balanza a favor de la segunda noción para justificar el efecto obligatorio del contrato corresponde, entonces, enfrentar otro rival de envergadura para cumplir dicho rol; a saber, la noción de promesa. Los diversos aspectos en los cuales los contratos y las promesas convergen alientan a reconocer en la promesa el fundamento de la obligatoriedad de la relación contractual. En el marco de la sección 4 del capítulo inicial fue presentada la influyente tesis del *contrato como promesa*. De acuerdo con el prisma de FRIED, el vínculo contractual constituye una promesa formulada entre el promitente y su destinatario. Así, el primero se compromete a realizar una acción futura a favor del segundo con cargo a la confianza que este último deposita en el otro. Por consiguiente, el cumplimiento de lo pactado significa honrar la promesa formulada por el contratante e incumplirlo, por el contrario, importa romper su promesa, defraudando la confianza en la palabra de quien se comprometió a hacer o dar algo en favor de otro. En estos términos, el valor normativo de la promesa puede establecerse como la justificación de la fuerza vinculante del contrato. Esta fue, en efecto, la visión que célebremente instaló FRIED en la filosofía del derecho contractual.

³⁵⁷ ATIYAH, 1986b: 116.

Sin embargo, hay dos órdenes de observaciones que es posible formular para poner a prueba la pertinencia teórica de las promesas en materia de contratos. En primer lugar, no resulta indubitada la conexión entre los contratos y las promesas.³⁵⁸ Y, en segundo lugar, no es del todo claro si las promesas fundamentan, en definitiva, el efecto obligatorio del contrato. Para FRIED, en cambio, existe un amalgama entre ambos asuntos: «[...] puesto que el contrato es una promesa antes que ninguna otra cosa, debe cumplirse del mismo modo»³⁵⁹. Invocar una promesa y luego romperla es incorrecto y, por ende, en palabras del estadounidense, «[s]i hago a usted una promesa, debo actuar como prometí; y si dejo de cumplirla, es justo que sea obligado a entregar el equivalente de la prestación prometida»³⁶⁰. Vamos, entonces, a la primera cuestión. A pesar del fuerte influjo de la doctrina del *contrato como promesa* en la reflexión filosófica sobre el contrato no es pacíficamente aceptada la asimilación. En este sentido, se pueden traer a colación dos enfoques críticos que acentúan la divergencia entre la promesa y el contrato. Sus posiciones develan una distinta intensidad en el contraste. Mientras que Seana SHIFFRIN niega que el contrato sea genuinamente una promesa, Dori KIMEL apunta que más allá de sus similitudes, la promesa y el contrato desempeñan funciones intrínsecas que los diferencian entre sí.

El prisma de SHIFFRIN está basado en un conjunto de discrepancias que desde el punto de vista moral son observables entre las promesas y los contratos. Antes de ello, es necesario tener presente que la gran variedad de vínculos contractuales constituye una dificultad inicial para afirmar que *el contrato es* una promesa. Una tesis exageradamente fuerte podría sostener que *todo* contrato es una promesa y que *todas* las promesas son formuladas a la luz de relaciones contractuales. Por supuesto, no hay necesidad de comprometerse con ese punto de vista. Puede señalarse que es correcta la primera y no así la segunda. En efecto, «[...] todo contrato *es*, al menos en lo fundamental, una promesa. Ciertamente, es inconcebible que alguien pueda contratar sin a la vez prometer, es decir, sin asumir voluntariamente una obligación por el mero hecho de garantizar a la otra parte un curso de acción futuro»³⁶¹. Sin

³⁵⁸ Respecto de las posibles relaciones que median entre los contratos y las promesas, puede resultar de utilidad revisar los esquemas que se encuentran disponibles en SHEINMAN, 2011: 30-35. Una posición por la afirmativa respecto de la conexión entre contrato y promesa se encuentra en Oliver Wendell HOLMES al sostener que «[e]l elemento común a *todos* los contratos podría decirse que es una promesa [...]». HOLMES, 2020: 249. Énfasis añadido.

³⁵⁹ FRIED, 1996: 31.

³⁶⁰ FRIED, 1996: 31.

³⁶¹ PAPAYANNIS y PEREIRA FREDES, 2018a: 16. Énfasis del original.

embargo, esto no tiene por qué comunicarse en el sentido inverso. Es evidente que las obligaciones promisorias no siempre están constituidas en términos de contratos.³⁶² Tal como es posible que una persona prometa a otra fidelidad absoluta durante su noviazgo, un estudiante puede prometer a sus padres obtener las calificaciones más altas del respectivo período académico. Mas en ninguno de estos supuestos de promesas corresponde hablar de contratos. Tampoco su incumplimiento despierta, por cierto, el interés del ámbito jurídico.

Sobre la primera cuestión hay un elenco de argumentos que han buscado desafiarla. Hanoch SHEINMAN, por ejemplo, los ha posicionado en tres³⁶³. En primer lugar, y como hemos adelantado, las obligaciones promisorias son voluntarias o autoimpuestas por las personas, pero las obligaciones contractuales no necesariamente lo son. Algunas de estas son impuestas por el sistema jurídico a los contratantes y, en otras ocasiones, una parte del vínculo es quien se las impone a la otra. En segundo lugar, la lectura que posiciona los contratos en términos de promesas lo hace apartándose del caso central de la promesa y constituyen supuestos de promesas *defectuosas o imperfectas*. El contexto en que se efectúan idealmente las promesas es relacional, personal y cercano pero los contratos están arraigados en contextos discretos, impersonales y lejanos. El grueso de la contratación se ajusta más bien a un carácter transaccional antes que encajar en una imagen relacional. De ahí que lo que parece ser un contrato perfecto y que genera sus obligaciones propias puede importar, a la vez, una promesa defectuosa o imperfecta. Ahora bien, esto no imposibilita categóricamente que en ese tipo de contratos haya promesas, pero sí es claro que no se está en presencia del caso central de la institución promisorias. Hay contratos que son ejecutados de forma instantánea en que la relación jurídica nace y se extingue casi de forma simultánea. De hecho, la mayor parte de nuestras experiencias contractuales se ajustan cotidianamente a este tipo de transacciones. Aquí es difícil definir con exactitud el lugar de la promesa –en relación con su caso central– y, si aun cuando esta estuviere vigente, es discutible si lo está en los términos en que se requiere para que funde la obligatoriedad de estos contratos *discretos*³⁶⁴. No resulta equivalente fundar el efecto vinculante de los contratos relacionales que de los discretos en

³⁶² Según SEARLE, el carácter de hecho institucional del contrato determina que su conexión con la promesa dependerá del cumplimiento de la regla constitutiva respectiva, la cual dispondrá que «[...] una determinada clase de promesa como X puede contar como un contrato Y, pero ser una promesa es ya tener una función de *status* Y a un nivel inferior». SEARLE, 1997: 94. Énfasis del original.

³⁶³ SHEINMAN, 2011: 29-30.

³⁶⁴ Acerca de este tipo de contratos y su relevancia en el derecho de contratos se volverá con posterioridad.

la promesa de actuación de quienes contraen el vínculo, pese a que ambos pudieren describirse a la luz de la idea de promesa en la medida en que la segunda sería defectuosa o imperfecta.

En tercer lugar, la divergencia entre el contrato y la promesa ha sido sostenida por SHIFFRIN, quien nota ciertos argumentos normativos que auxilian la división entre ambas figuras³⁶⁵. Entre otras cuestiones, se pregunta por las siguientes: ¿es el contrato como promesa muy exigente moralmente? ¿El contrato como promesa diluye la importancia moral de las promesas?³⁶⁶ En relación con el primer punto, este es correctamente despejado por la autora ya que la asimilación común entre ambas nociones no conlleva que todos los deberes contractuales se transformarían en deberes sustantivos más exigentes y característicos de las obligaciones que surgen de relaciones íntimas. Si bien es cierto que el derecho contractual podría tomar medidas que hagan más riguroso el cumplimiento de lo pactado, ello no es equivalente a establecer que los promitentes contratantes muestren necesariamente mayor preocupación y cuidado por el otro. Esto sería únicamente predicable de las relaciones promisorias, aun cuando durante el capítulo siguiente se defenderá la pertinencia de este ideal regulativo –en términos de un altruismo moderado– en el derecho de contratos.

Respecto del segundo interrogante, SHIFFRIN considera que esta preocupación es más seria, aun cuando no sea determinante y está expresada en dos vertientes. De un lado, el marco de consideraciones contractuales puede afectar las motivaciones de los promitentes de maneras no deseables. De otro, los requisitos mínimos de los contratos pueden sustituir las normas de las promesas, haciendo parecer que es moralmente suficiente cumplir los requisitos contractuales básicos, diluyendo así las demandas que son estimadas más valiosas en el contexto moral. Esta última es una objeción más interesante ya que al volver análoga la promesa con el contrato, la lógica de este último puede nublar la fidelidad promisoria. Su identificación puede generar razones para sospechar que el promitente cumple sus compromisos promisorios, en realidad, por temor a las consecuencias jurídicas previstas por el derecho de contratos y no por el valor de la promesa. La asimilación entre ambos institutos debilita la promesa puesto que afianza la posibilidad de que las partes promitentes efectúen las actuaciones prometidas *por* el contexto impositivo contractual. Sin embargo, la

³⁶⁵ SHIFFRIN, 2012: 250-256.

³⁶⁶ SHIFFRIN, 2012: 250-252.

evaluación de este efecto requiere tener en cuenta elementos empíricos relativos a las motivaciones que consideran las partes para observar sus obligaciones y que no están claramente determinados. Del mismo modo, hay que advertir que no necesariamente eso constituye una debilidad, sino que puede interpretarse como una fortaleza de la relación contractual ya que las funciones intrínsecas de cada figura únicamente pueden desempeñarse *gracias* al manto de opacidad que establece el contrato³⁶⁷.

Dichas observaciones podrían perfectamente considerarse poco concluyentes para abonar la fisura entre el contrato y la promesa. SHIFFRIN, en efecto, matiza el impacto de las repercusiones de esta clase de argumentos. Por ello, la demarcación entre ambas nociones puede abordarse desde una óptica distinta que atiende a las funciones intrínsecas que cumple el contrato y la promesa. Al respecto, KIMEL ha llamado la atención en el hecho de que, si bien existen innegables semejanzas en ambas figuras, el contraste definitorio está en la función que a cada una le corresponde desarrollar en las relaciones sociales. La promesa es intrínsecamente valiosa en términos de constituir «[...] un ejercicio en el despliegue de la confianza y el respeto en el marco de una relación entre el promitente y el destinatario de la promesa»³⁶⁸. Tal función únicamente puede ser satisfecha cuando la confianza y el respeto, de hecho, existen o, al menos, se espera que existan detrás de las actuaciones y reacciones de quienes participan en la práctica. De ahí que la función distintiva de las promesas es realzar los lazos y las relaciones personales. Los contratos, por su parte, son aptos para cumplir una función intrínseca diametralmente opuesta. A juicio de KIMEL, esta función es «[...] la de facilitar el distanciamiento personal»³⁶⁹. Así, los contratantes participan con otros en prácticas de interacción que no dependen de sus relaciones personales. A partir del vínculo contractual, los individuos se relacionan con otros manteniendo, al mismo tiempo, su distancia, si ellos así lo quieren. Gracias al contrato, los participantes interactúan entre sí, sin que ello dependa de relaciones personales preexistentes ni tampoco se comprometen a crear y mantener relaciones en el porvenir. Su valor intrínseco se expresa, entonces, en una dirección contraria al fomentado por las relaciones promisorias.

³⁶⁷ Esta es la posición que precisamente defiende KIMEL en la demarcación que arguye entre el contrato y la promesa.

³⁶⁸ KIMEL, 2018: 94.

³⁶⁹ KIMEL, 2018: 176.

Mientras que las promesas contribuyen a afianzar las relaciones personales, los contratos operan como una forma de evitar dicha vinculación. La práctica contractual permite a las personas hacer cosas con otras sin tener la necesidad de involucrarse personalmente. El distanciamiento personal que facilita el contrato es, piensa KIMEL, valioso «[...] como opción, no un predicamento, y como tal es valioso como una alternativa a la dependencia de relaciones personales (preexistentes, futuras)»³⁷⁰. Por ello, la estrategia que emparenta el contrato y la promesa ofrece una imagen excesivamente simplificada según la cual el derecho puede replicar instituciones morales y exigir las obligaciones que de estas provienen sin ocasionar modificaciones en tales institutos o en las funciones que realizan. Si bien el contrato y la promesa pueden desempeñar instrumentalmente funciones semejantes, su funcionalidad intrínseca es irremediamente distinta. El contrato opera cuando no hay promesa *porque* los contratantes han descartado su vigencia. Según KIMEL, «[p]ongámoslo así, el contrato emerge no como una *promesa*, sino como un *sustituto* de una promesa»³⁷¹.

Sea como fuere, lo anterior arroja luz acerca de las profundas dificultades para deslindar entre el contrato y la promesa. De manera tal que podemos trasladar el examen a si en las promesas radica o no la justificación de la fuerza obligatoria del contrato. Aquí, de nuevo, enfrentamos el problema de asimilar o separar el vínculo contractual y el promisorio. Pero frente a las complicaciones antes apuntadas, una alternativa posible es indagar la cuestión justificativa de la fuerza vinculante del contrato respecto de las dos visiones en competencia. Una que es la visión canónica y que sostiene la idea del contrato *como* promesa y la otra posición que aboga, por el contrario, por su diferenciación. Esta estrategia, en mi modo de ver las cosas, es la más provechosa para no hacer depender de la discusión acerca de la relación entre ambas entidades el problema de la fundamentación de su obligatoriedad. De este modo, es posible encarar la justificación normativa del *pacta sunt servanda* sin necesidad de tomar partido por la distinción entre contrato y promesa ni asumir que el contrato es una promesa.

El prisma más decisivo sobre la tesis del *contrato como promesa* se encuentra, desde luego, en FRIED. Su enfoque de las relaciones contractuales sitúa las promesas en un lugar de privilegio. Sin embargo, existen pasajes en que explicita que la justificación última de por qué los contratos obligan incondicionadamente, debe hallarse en otro sitio. Como es posible

³⁷⁰ KIMEL, 2018: 153.

³⁷¹ KIMEL, 2018: 153. Énfasis del original.

sospechar: en la autonomía de los individuos. Cuando una persona formula una promesa comprometiéndose a realizar en el futuro una determinada acción a favor de otra, y luego la rompe, naturalmente, menoscaba la confianza en que en ella depositó el destinatario de la promesa. Existen expectativas de cumplimiento y, al no hacer aquello que había prometido efectuar, el promitente abusa de la confianza que libremente invitó a depositar en él al acudir a la figura promisoria. Sin embargo, bajo la mirada del contrato como promesa, ¿cuál es la justificación de por qué el promitente debe cumplir su promesa? De acuerdo con FRIED, «[l]a obligación de mantener una promesa no se funda en argumentos de utilidad, sino *en el respeto a la autonomía individual y en la confianza*»³⁷².

Esta consideración es de especial relevancia para abordar el problema de la justificación del efecto obligatorio de los contratos. Si el contrato es antes que todo una promesa y debe cumplirse del mismo modo, pudiere pensarse que la razón que justifica ambos deberes es la misma. En tal pasaje, el autor recurre al valor de la autonomía junto con el de la confianza como fundamentos de la obligación promisoria. No resulta cristalino establecer cuál es el estatus de la autonomía y la confianza, en el sentido de determinar si una está basada en la otra o bien si acaso se trata de valores sustantivos totalmente independientes entre sí. En otros momentos, en tanto, FRIED olvida la declaración expresa de la autonomía e invoca los principios de confianza y respeto como fuentes de la obligatoriedad de las promesas y, por tanto, de los contratos³⁷³.

Pese a ello, la alusión que este realiza de la autonomía tampoco puede solo estimarse como algo que FRIED haya indicado al pasar. Puede ser que la promesa por sí misma constituya, en ciertas ocasiones, una fuente normativa suficiente para respaldar incondicionalmente el cumplimiento de lo prometido, o que, al menos, es posible rastrear en la promesa una cierta fuerza obligatoria intrínseca en virtud de la cual la *sola* formulación de la promesa genera el deber de observarla. Pero no hay que olvidar el hecho de que se trata de pesquisar el fundamento del efecto vinculante del contrato y no solo de las promesas –deslizando que tampoco puede haber una relación de absoluta identidad entre ambas entidades– y, de ahí, que dicha justificación debe abarcar las dimensiones generales del contrato. En supuestos en los cuales el contrato no parece adecuadamente describirse en términos de la figura

³⁷² FRIED, 1996: 30. Énfasis añadido.

³⁷³ FRIED, 1996: 31.

promisoria, por ejemplo, la idea de promesa puede resultar insuficiente. Por tanto, es menester identificar un fundamento general del *pacta sunt servanda* contractual que no conviene hacerlo descansar en la promesa, si es que no es del todo pacífico que el contrato sea *un* caso de promesa.

Debido a lo anterior, y con independencia de la efectiva relación conceptual existente entre el contrato y la promesa, quizá puede articularse la intuición según la cual *no toda* la fuerza vinculante de la obligación contractual puede encontrarse en la promesa que los contratantes efectúan respecto de sus actuaciones futuras. Sin embargo, sí es al menos plausible afirmar que la obligatoriedad *general* del contrato proviene del respeto de la autonomía personal. Su posición es lógicamente anterior y la aplicación de sus exigencias es, en tanto, normativamente más general que las promesas. Sería precipitado despojar de toda relevancia normativa a la promesa moral forjada al momento en que un contratante se compromete a actuar de una determinada manera a favor de otro. Mas no resulta conveniente reducir la totalidad de la obligatoriedad de la relación contractual en *esa* promesa. En el respeto de la autonomía personal desplegada por las partes para contratar, en cambio, sí puede efectivamente hallarse la fundamentación general de la fuerza vinculante de *ese* contrato. El valor de la autonomía precede al impacto de la promesa en una relación contractual y, de hecho, la fuerza normativa de la segunda es extraída del primero.

Ello explica que, en cuanto criterio de justificación de la obligatoriedad del contrato, las promesas y la autonomía se encuentran, en verdad, en niveles distintos. Mientras que las primeras *pueden* dar cuenta –aunque no de forma pacífica– de una parte importante de los contratos, parece insostenible que la segunda no se encuentra presente –al menos en un grado básico– en la generalidad de los vínculos contractuales. El posicionamiento de la autonomía personal diverge del de la promesa en la relación contractual porque el último depende –en buenas cuentas– del primero. La promesa encuentra normativamente su apoyo en la autonomía personal del contratante quien la ha formulado y no al revés. Del mismo modo, las exigencias derivadas del respeto a la autonomía personal gozan de mayor generalidad que aquellas fundadas directamente en la promesa de comportamiento que específicamente un contratante esgrime a favor del otro. Así, los deberes secundarios de conducta encuentran – con ciertas observaciones– su encaje más natural en el amparo de la autonomía de los

contratantes que en la promesa efectuada por uno de hacer algo a favor del otro, porque tales deberes pueden no coincidir con lo que explícitamente se han prometido efectuar.

Esto se encuentra afianzado tanto a nivel dogmático como filosófico. Desde el punto de vista dogmático, la autonomía juega un papel crucial en la sistematización general del derecho de las obligaciones y los contratos. Difícilmente los estudios dogmáticos podrían prescindir de esta para organizar el estudio de los vínculos obligaciones y, a su vez, el impacto que tiene el principio de autonomía de la voluntad en la justificación de la fuerza obligatoria del contrato es prácticamente irrenunciable. Cuando este principio de la contratación es bien entendido, poniendo el acento en el valor de la autonomía y no así en la noción de voluntad, no hay razones fuertes para despojar al contrato de sus alcances, sustituyéndolo por las promesas como un parámetro justificativo alternativo. Por lo demás, el rendimiento de las promesas presupone en distintos sentidos la vigencia de la autonomía de los contratantes. La sugerencia de instalar el valor normativo de las promesas como *la* fundamentación de la fuerza vinculante del contrato en lugar de la autonomía, con toda probabilidad generaría una mayor hostilidad por parte de los estudios dogmáticos acerca de derecho de los contratos.

Desde la óptica filosófica, en tanto, conviene cuestionarse si acaso un individuo puede o no formular una promesa y comprometerse a cumplirla sin hacer ejercicio de su autonomía. Ya fue advertido que FRIED explícitamente señaló que la obligación de observar la promesa se funda en el respeto a la autonomía personal y confianza depositada. Y en otras ocasiones acude directamente a la confianza para desempeñar esa tarea justificativa, omitiendo el rol de la autonomía. Dicha tensión está presente en el siguiente párrafo de su trabajo: «[...] el partidario de la moral del deber, ve en la promesa un instrumento *modelado por individuos morales libres que se apoya en la premisa de la confianza mutua*, y que obtiene su fuerza moral precisamente de esta premisa»³⁷⁴. En este lugar, el autor entrelaza la confianza recíproca que existe entre los individuos y su estatus de agentes morales libres para fundar las obligaciones promisorias. Pero lo que de allí se desprende es que la relación de confianza sobre la cual se basa la fuerza obligatoria del contrato solo puede tener lugar entre individuos libres. De esta manera, el sustento normativo último que es condición de posibilidad de la confianza mutua entre los contratantes es su calidad de agentes morales libres. Por supuesto,

³⁷⁴ FRIED, 1996: 31. Énfasis añadido.

no cabe realizar una conexión conceptual entre la libertad y la autonomía, pero se trata de términos estrechamente relacionados y ello se agudiza desde una perspectiva filosófica que atiende a los fundamentos de una determinada cuestión, como ocurre con la filosofía del contrato. Y en el marco de la reflexión en filosofía moral, en particular, la autonomía lleva la delantera para establecerla como fundamento de las obligaciones morales. Por consiguiente, si la confianza entre los contratantes supone que sus estipulaciones han sido autónomamente convenidas, este último valor sirve de justificación de su obligatoriedad.

Por lo demás, la lectura kantiana que FRIED articula adolece de sobreestimar la idea de confianza y solo deslizar tímidamente la presencia de la autonomía del individuo. Al apuntar a los principios kantianos en los cuales está basada su propuesta, esto es, la confianza y el respeto, termina desplazando el valor de la autonomía de los agentes en la relación contractual. Pero no resulta evidente si, por una parte, puede haber confianza en obligaciones contractuales contraídas de manera no autónoma. Si la hubiere, tampoco es claro que la confianza allí presente lo está en una medida suficiente para fundamentar el efecto obligatorio de la relación contractual. Y, por otra, si cuando es propuesto el respeto como un fundamento de la fuerza vinculante, no es sino el respeto a la autonomía de quienes se han obligado acudiendo a la institución promisorias, lo que determina la incorrección de romper lo pactado.

Cuando FRIED se refiere al trabajo de ATIYAH recoge una interpretación más fiel con la letra del prusiano: «[e]l principio de promesa fue acogido como expresión del principio de libertad –dicho en términos kantianos, la voluntad obligándose a sí misma más que constreñida por las normas de la colectividad– y la condena a pagar una indemnización por las expectativas siguió como la consecuencia natural del principio de promesa»³⁷⁵. Allí está expresado, precisamente, el ideal regulativo que subyace al cumplimiento de una promesa y cuya infracción desata la consecuencia indemnizatoria; a saber, que la voluntad del contratante se ha obligado a sí misma –hay, por tanto, autonomía– sin influencia de cuestiones externas a ella, que sean rastros de heteronomía, validando así su genuina obligatoriedad. Como antes fue sugerido, *solo* cuando la voluntad es autónomamente determinada tiene sentido hablar de una obligación moral. De ahí que la cuestión central en la obligatoriedad de los contratos es que, aun cuando se recurra a las promesas efectuadas por las partes para describir el contrato,

³⁷⁵ FRIED, 1996: 34. Énfasis añadido.

el fundamento último de por qué es apropiado sostener que estas son vinculantes de manera incondicionada –como lo exige el *pacta sunt servanda*– es que son desplegadas en virtud de la autonomía de los contratantes. Por el contrario, las promesas heterónomamente establecidas no generan, en estos términos, obligación con mérito moral alguno³⁷⁶.

Veamos, entonces, si el diagnóstico es divergente respecto de una posición que remarca el contraste entre las funciones distintivas de las promesas y los contratos, rechazando su posible conexión analítica. De acuerdo con KIMEL, según fue advertido, ambas instituciones cumplen funciones intrínsecas contrapuestas entre sí. Mientras que las promesas contribuyen a reforzar las relaciones personales, los contratos fomentan el distanciamiento personal por el tiempo en que las partes así lo decidan. Bajo su prisma, la confianza juega un papel crucial en la justificación de la obligatoriedad de las promesas y ello está en consonancia con el *tipo* de relación que suponen y promueven las promesas, es decir, una relación de carácter personal. Los contratos, en cambio, generalmente no dependen «[...] de la confianza personal en el mismo sentido y en la misma medida que las relaciones que surgen de una promesa, y celebrar un contrato no supone necesariamente invocar la confianza personal de la misma manera que típicamente lo hace la formulación de una promesa»³⁷⁷.

Por lo tanto, la justificación de la fuerza vinculante de ambas instituciones no puede efectuarse en términos similares. Dado que las relaciones contractuales alientan el distanciamiento personal entre los contratantes, mientras ellos así lo quieran, el fundamento de su obligatoriedad debe hallarse en esa función intrínseca. Allí aparece, de nuevo, el respeto de la autonomía personal de los contratantes como un aspecto fundamental. Este se conjuga con el distanciamiento personal cuyo valor descansa en constituir una alternativa a la dependencia de relaciones personales, sean preexistentes o futuras. Su valor es, precisamente, constituir una opción a las relaciones personales. El contrato es una alternativa a la promesa y, en este sentido, piensa KIMEL que «[...] el contrato puede servir como un sustituto genuino de una promesa [...]»³⁷⁸. El valor clave que está ostensiblemente defendido en la teoría del

³⁷⁶ Richard CRASWELL, por cierto, interpreta en estas coordenadas la teoría de FRIED al mostrar su insuficiencia para dar cuenta de las reglas supletorias contractuales. Refiriéndose a FRIED y ATIYAH denuncia que «[...] las teorías que justifican la fuerza vinculante de las promesas sobre la base de la obligación de decir la verdad, o sobre consideraciones de libertad y autonomía individual no son de ninguna ayuda en tal empresa». CRASWELL, 1989: 511.

³⁷⁷ KIMEL, 2018: 179.

³⁷⁸ KIMEL, 2018: 224.

derecho contractual de KIMEL es, como se verá a continuación, la autonomía personal. Así, el ejercicio de la *opción* a entablar relaciones personales que implica el vínculo contractual constituye un indicador de la importancia que posee la determinación autónoma de los contratantes. El distanciamiento que logran las partes gracias al instituto contractual indudablemente refuerza su autonomía.

Y, por la misma razón, el valor normativo de la autonomía personal justifica que lo pactado sea obligatorio para quienes han decidido por esta vía, manteniéndose de este modo durante el lapso de tiempo que ellos lo estimen conveniente. Lo anterior está ilustrado en la interpretación que perfila KIMEL acerca del presupuesto compartido por las tesis de FRIED y ATIYAH. En sus palabras,

[e]l presupuesto radica en que permitir que las personas voluntariamente asuman obligaciones y *reconocer la fuerza obligatoria de dichas obligaciones (y, en lo que a los contratos se refiere, exigir su cumplimiento cuando ello se torne necesario) es mostrar respeto por la autonomía de las personas*, mientras que impedir que las personas voluntariamente asuman obligaciones o no reconocer la fuerza obligatoria de dichas obligaciones es demostrar una falta de respeto por su autonomía³⁷⁹.

Si lo anterior fuere correcto, al desmarcar el valor de la autonomía de las nociones de voluntad y promesa se obtienen considerables ganancias teóricas. Respecto de la primera es posible clarificar por qué erróneamente los estudios dogmáticos en derecho privado contractual perdieron de vista el potencial justificativo de la autonomía, al centrarse en la voluntad de los contratantes tanto en el ámbito de la constitución como de la obligatoriedad del contrato. Ello permite develar el sentido de la expresión «autonomía de la voluntad» en la fundamentación de las obligaciones morales, a la luz de la fuente intelectual de la cual la dogmática civil reconoce que aquel principio proviene. Y, en relación con la segunda, más allá de la amplia discusión acerca de la conexión entre el contrato y la promesa, es posible argumentar en el sentido de que tanto desde una posición que aboga por la identidad entre el contrato y la promesa, como de otra que aboga por la demarcación entre ambas instituciones, se desprende que, en última instancia, el valor en juego es el respeto por la autonomía de los contratantes.

³⁷⁹ KIMEL, 2018: 206. Énfasis añadido.

Cuando se trata de desentrañar cómo se justifica la obligatoriedad de la relación contractual resulta indispensable prestar atención a la autonomía personal. En efecto, en sus alcances puede asentarse un eventual punto de conciliación entre las teorías que asimilan y aquellas que divorcian al contrato y la promesa. Sin embargo, parte de las lecciones aprendidas durante el capítulo segundo están asociadas a tomar nota de la complejidad del derecho de contratos y la irrupción de un conjunto de fenómenos que han agudizado este rasgo determinante. De manera que la autonomía debe adaptarse a esta composición compleja y hacer frente al desafío que representa el aparente *nuevo* derecho de los contratos, según fue críticamente evaluado con anterioridad. Su papel en la justificación de la fuerza vinculante del contrato debe necesariamente abordar las distintas formas de contratación y no perder fuerza frente a la mayor intervención del legislador en las relaciones contractuales. Para tales propósitos, entonces, es necesario determinar de acuerdo con qué términos debemos entender la autonomía en esta parcela del derecho privado.

3. ¿CÓMO ENTENDER LA AUTONOMÍA EN EL DERECHO DE CONTRATOS?

La transcendencia de la autonomía personal en áreas como la filosofía moral y política es significativa. Un gran número de doctrinas de tales escenarios han fundado sus directrices en aras de la defensa y promoción de ese valor sustantivo. Desde estas coordenadas, acudir a la autonomía para justificar, al menos, el efecto vinculante del contrato debe sortear dos vallas recíprocamente relacionadas: su generalidad y falta de especificidad. De un lado, la generalidad de la autonomía brinda la posibilidad de insertarla en discursos de diversa índole y ubicados en niveles también distintos. Es difícil rastrear problemas normativos que no presten en alguna medida atención por la autonomía. Su espectro de aplicación se agudiza en ámbitos como la filosofía del derecho privado en que una gran gama de reflexiones tematiza el rendimiento de la autonomía, influenciada por la propuesta de introducir preocupaciones y herramientas conceptuales empleadas en la filosofía moral y política para sofisticar el nivel de análisis. No obstante ello, la autonomía siempre ha estado bien posicionada por los estudios dogmáticos en derecho privado y, con especial énfasis, en el marco del derecho de contratos. De ahí que la evaluación de la autonomía debe efectuarse en torno a un entendimiento del término que muestre la especificidad de la institución contractual. Frente

a las peculiaridades del derecho de contratos, es necesario determinar cómo debemos entender ahí la autonomía, mostrando hasta qué punto su lectura puede y debe variar respecto de la que es esgrimida en otras áreas. La filosofía del contrato no debe extraviar la particularidad de su objeto de reflexión por la utilización de un parámetro normativo tan general como la autonomía. Por el contrario, su uso debe potenciar las singularidades del contrato y releer sus alcances en cuanto a su fuerza obligatoria, si ello resulta necesario.

En este sentido, será revisada la versión de la autonomía que ha defendido KIMEL en su teoría liberal del contrato. Tomo esta aproximación porque ella centra su mirada en la autonomía para diseñar la comprensión de la institución contractual y la emparenta con una perspectiva moral y política explícitamente comprometida con el liberalismo. Como con posterioridad podrá notarse, a mi juicio, la imbricación de la teoría contractual con el pensamiento liberal no solo acarrea dificultades, sino que también devela la adopción de cánones del individualismo en la explicación y justificación de las reglas, instituciones y prácticas del derecho privado de contratos. Y ello deriva en una visión parcial del derecho contractual que descuida la complejidad teórica y la presencia de profundas tensiones normativas que hay en su interior. Con todo, la lectura de la autonomía que realiza KIMEL goza, desde luego, de distintos méritos. Dos de ellos son que logra resolver el desafío que antes apuntamos en la medida en que da cuenta de las especificidades del contrato y, a su vez, concilia la vigencia de la autonomía con el derecho de contratos existente desde comienzos del siglo XX. Sin perjuicio de estas contribuciones, serán anotados ciertos puntos críticos que debe atender la noción de autonomía en el derecho contractual.

De acuerdo con su prisma, ¿cómo es definida la autonomía? En sus términos, «[l]a autonomía personal es un ideal de autocreación, de las personas ejerciendo control sobre sus destinos. Una vida autónoma consiste en la realización de actividades, objetivos y relaciones libremente elegidos»³⁸⁰. La autonomía personal constituye una aspiración central del proyecto teórico de KIMEL. Su valor debe ser respetado y promovido en el cúmulo de reglas, instituciones y prácticas contractuales. Naturalmente, al insertar su teoría en el contexto de la filosofía moral y política liberal, KIMEL replica un conjunto de postulados que son básicos para esta línea de pensamiento y sirven de insumos para perfilar su comprensión acerca de la

³⁸⁰ KIMEL, 2018: 206.

autonomía y delinear su rol en el derecho de contratos. De manera preliminar, es posible observar dos rasgos relevantes. En primer lugar, la autonomía no es el único valor que está en juego en la teoría contractual que el autor propone. Y, en segundo lugar, esta debe entenderse como una cuestión de grado. Veamos en qué consiste cada una de estas afirmaciones.

Pese a que la autonomía es un valor excesivamente importante en la teoría liberal del contrato suscrita por KIMEL –probablemente el que cuenta con mayor incidencia– *no es el único* por el cual puede legítimamente abogar el derecho contractual en particular ni el Estado en general. Existe una innegable diversidad de ideales, metas y valores sustantivos que están en juego en las relaciones contractuales y, por ello, no siempre debe ser el caso que la autonomía prevalezca frente a otros valores en disputa o que no sufra, en ocasiones, ciertas restricciones generadas como un efecto secundario de fomentar otros bienes. En el ámbito liberal hay una pluralidad de valores que están disponibles y son considerados valiosos para su amparo y promoción. Del mismo modo, los cursos alternativos de actuación que son distintos a la protección irrestricta de la autonomía son también válidos, en la medida en que sean motivados por razones que cuenten con un peso suficiente para ello. Por el hecho de que no es evidente que una medida en concreto refuerce la autonomía, no se sigue, piensa KIMEL, que dicha medida no corresponda a una política verdaderamente liberal³⁸¹.

Consideraciones de esta índole también explican por qué no necesariamente *todas* las obligaciones que sean cristalizadas en virtud de la autonomía personal de los contratantes tendrán validez. Aun cuando el valor de la autonomía ocupe un papel destacado en esta perspectiva del contrato, no corresponde respetar una obligación por el hecho de ser consecuencia del ejercicio autónomo de los individuos. Por supuesto, ello tiene repercusiones directas en la fuerza obligatoria del contrato, en el sentido de que *no toda* obligación deviene vinculante *prima facie* por provenir de la autonomía de las partes. Es un error –que el autor achaca a una mala comprensión del liberalismo individualista– creer que todo vínculo autónomamente pactado debe ser reconocido y, por ello, que es pertinente exigir que su cumplimiento sea incondicionado según los alcances del *pacta sunt servanda*. Hay ejemplos sencillos de lo anterior. Quizá el más básico son las estipulaciones contractuales cuyo objeto

³⁸¹ KIMEL, 2018: 207.

es moralmente repugnante *i. e.* la venta del corazón de una persona viva. Su decisión autónoma no es suficiente para reconocer el valor jurídico de esa obligación ni que ella sea obligatoria. Pero a KIMEL le interesa mostrar cómo desde su enfoque la asunción de la autonomía personal no conlleva aceptar toda clase de relaciones contractuales, siendo perfectamente posible aceptar decisiones que no atienden ese valor, pero que no versan sobre objetos moralmente reprobables. El modo de expresar respeto a la autonomía, bajo su posición, es bastante más complejo que una adopción irrestricta y sin condiciones.

La consideración restante, esto es, que el valor de la autonomía es una *cuestión de grado* sugiere, entre otros asuntos, el punto de que no necesariamente los distintos ejercicios de la autonomía del agente poseen el mismo valor y que son igualmente importantes y atendibles. Existen demandas más relevantes que otras a pesar de que todas ellas apelen a la autonomía personal. Por lo mismo, apartarse de los términos que establecen las partes en la relación contractual no siempre conlleva una infracción a su autonomía. Si han existido variaciones no significativas en la forma de cumplir el contrato por una de las partes, ello no significa que, si a la otra se le obligare a cumplir su prestación, se está traicionando el valor de la autonomía. Una interpretación estricta de sus exigencias alegaría que el respeto por la autonomía del contratante se satisface, si y solo si, son observados todos y cada uno de los términos y aspectos que él autónomamente determinó en el vínculo contractual. Sin embargo, esta visión es, a juicio de KIMEL, insuficiente para abordar la complejidad de la autonomía personal y reflejar adecuadamente la preocupación que ella recibe desde la óptica liberal. Esto constituye una de las dimensiones de análisis que revelan la esterilidad de interpretar en términos categóricos las exigencias relativas a la autonomía de las partes en el escenario contractual contemporáneo.

Otra de las cuestiones que sigue de su tesis según la cual el valor de la autonomía debe entenderse como una cuestión de grado, radica en su relación conflictiva con la libertad contractual. Esta última constituye, como se sabe, uno de los principios fundamentales de la contratación y se encuentra asociada a la posibilidad del individuo de contratar o no, determinar con quién hacerlo y, por último, definir libremente las cláusulas del convenio. Según fue sostenido en el marco del segundo capítulo, a partir de inicios del siglo XX proliferaron fenómenos como la conformación de nuevas formas de contratación en que la libertad contractual del agente fue, en mayor o menor medida, limitada. Asimismo, el

incremento de la intervención legislativa en la constitución y desarrollo de las relaciones contractuales pone en aprietos la pertinencia de sostener una concepción exigente de la libertad contractual, ya que esta parece verse deteriorada en los supuestos de intervención.

¿Qué ocurre con la autonomía personal? Esta no puede ser entendida en términos de *todo o nada* y, de ahí, que es posible restringir la libertad contractual de un agente sin afectar por ello su autonomía. Tal consideración constituye, en mi punto de vista, una de las mayores contribuciones de la teoría liberal del contrato de KIMEL. Ello sobre la base de dos observaciones: por una parte, explicita una comprensión densa, flexible y compleja de la noción de autonomía que es una versión atractiva y apropiada para el derecho de contratos. Y, por otra, esta interpretación de la autonomía le permite encarar exitosamente el reto del aparente *nuevo* derecho de los contratos que esbozamos con anterioridad. Su visión acerca de la autonomía es un buen punto de partida para articular una filosofía del contrato, aun cuando –como se podrá sospechar– resulte insuficiente para explicar y justificar *el* derecho contractual, honrando su complejidad y tensiones internas.

Revisemos la intuición de KIMEL. Normalmente, la relación que es trazada entre la autonomía y la libertad contractual es de una proporción directa entre ambos términos. El aliento de la primera noción, se presume, conlleva el fomento inmediato de la segunda. Sin embargo, no siempre la ampliación de la autonomía personal va de la mano con el incremento de la libertad contractual. El yerro interpretativo ocurre porque la autonomía está íntimamente ligada a la disponibilidad de opciones y alternativas. En consecuencia, la posibilidad de elegir entre un mayor número opciones disponibles sería una manifestación fuerte e inequívoca de autonomía personal. Ser autónomo, en este sentido, es poseer –entre otras cosas– un rango suficiente de alternativas para efectuar la libre elección. Así, la libertad contractual sugiere la presencia de opciones disponibles relativas a la posibilidad de contratar o no, con quién y de acuerdo con qué términos hacerlo. Mediante el ejercicio de este elenco de decisiones la autonomía del contratante es fortalecida. Y si, por el contrario, el contratante sufre intervenciones en la libertad contractual que restringen el número de opciones disponibles, su autonomía estaría siendo irremediabilmente lesionada. No obstante lo transparente que pudiere parecer este razonamiento, KIMEL afirma que el respeto de la autonomía «[...] no

siempre supone más en lugar de menos libertad, o menos en lugar de más intervención en la libertad contractual»³⁸².

Tal consideración es excesivamente fértil para mis esfuerzos interpretativos. Si KIMEL está en lo correcto, entonces, uno de los asuntos que incide en el impacto que producen fenómenos como las formas de contratación que emergieron desde inicios del siglo XX y la ampliación de la intervención del legislador en los contratos, es la comprensión que se tiene acerca de la relación entre la autonomía personal y la disponibilidad de opciones que encarna la libertad contractual. La interpretación según la cual *solo* mediante la ampliación del espectro de la segunda opera un reforzamiento de la primera, implica un malentendido de la doctrina liberal. Dicha lectura errónea es paradójicamente la más afectada con las características que presenta el derecho de contratos en el escenario contemporáneo. Por eso, tanto la libertad contractual como la autonomía de los contratantes corren, bajo esta mirada, una suerte de peligro inminente.

Sin embargo, si es revisitado tal entendimiento de la autonomía personal y esta es desmarcada del vínculo con la libertad contractual esgrimido en términos según los cuales la disminución de opciones siempre socava la autonomía de los contratantes, se morigera la repercusión en el derecho contractual y, además, es corregida la interpretación del enfoque liberal. Pues bien, ¿cuál sería la visión que de acuerdo con KIMEL cabe aquí articular? La restricción de opciones para un contratante no necesariamente afecta su autonomía y dicha intervención está legitimada cuando es efectuada, precisamente, *en razón* de la protección de la autonomía. Pese a existir un menor número de opciones disponibles, la intervención en lugar de atentar en contra de la autonomía de ese agente la refuerza. De este modo, la reducción de la libertad contractual, en ocasiones, contribuye a resguardar la autonomía personal. De hecho, es posible hallar supuestos en que la intervención es *exigida* por el respeto de la autonomía del individuo.

Las hipótesis que KIMEL tiene en mente están asociadas a la presencia de una notoria desigualdad en el poder de negociación de las partes. Cuando allí existe una fuerte asimetría entre los contratantes la intervención en la libertad contractual del contratante que está situado en la posición desaventajada inevitablemente va a restringir el rango de opciones

³⁸² KIMEL, 2018: 210.

disponibles, mas, al mismo tiempo, sirve de amparo a su autonomía personal. La particularidad en la óptica del autor es que esta intervención se realiza en aras de la autonomía, siendo una exigencia de esta implementarla. Respecto de este tipo de supuestos, «[d]esalentar o impedir que una persona elija dicha opción puede estar sencillamente justificado como un medio de proteger su autonomía»³⁸³. Al intentar dilucidar cuál es *dicha* opción, la respuesta es simple: aquella clase de alternativas que podrían socavar su autonomía, pese a que se encuentre en libertad de adoptarlas.

Lo anterior tiene lugar, por ejemplo, en los contratos de trabajo, los cuales ilustran la influencia de las figuras dirigidas en la contratación contemporánea, y que fueron revisadas en el apartado 2.1.2. del capítulo precedente. En estos contratos se establecen derechos irrevocables para el trabajador quien es el contratante débil de la relación contractual. Se limita su libertad de contratación en la medida en que no puede disponer de estas cláusulas prescritas en su interés. Con ello se evidencia el contraste que media entre la visión que, a juicio de KIMEL, es incorrecta y la relectura que él propone. Mientras que la primera interpretación afirma que, si el trabajador no puede reformular o suprimir estas disposiciones contractuales según sus propias decisiones, entonces, hay una flagrante vulneración de su autonomía, la segunda perspectiva sostiene que la restricción de la elección del trabajador constituye una exigencia de su autonomía personal. Como es advertido por KIMEL, «[I]ejos de resultar incompatible con respecto a la autonomía personal, eliminar el riesgo de que una persona sea tentada a firmar tales contratos pareciera ser algo requerido por el respeto por la autonomía personal»³⁸⁴.

La cuestión que aquí me interesa destacar es que la propuesta de comprensión de la autonomía personal perfilada por KIMEL muestra que no necesariamente el eventual *nuevo* derecho de los contratos, en el cual variaciones en las condiciones tradicionales de contratación como la asimetría y desequilibrio en el poder de negociación de las partes, el surgimiento de formas de relaciones contractuales en que existe una amplia intervención por parte del órgano legislativo y, además, la progresiva disminución de la libre elección de los contratantes, conlleva renunciar a la autonomía como un valor central para abordar el derecho de contratos y, en especial, para fundamentar la fuerza obligatoria del vínculo contractual.

³⁸³ KIMEL, 2018: 210.

³⁸⁴ KIMEL, 2018: 210.

Su prisma echa luz acerca de que la noción de autonomía requiere ser releída, despojándola de sus dimensiones rígidas, estrictas y en demasía exigentes que son propias de una versión tradicional, o bien, como es identificada por KIMEL, que es fruto de un malentendido sobre la demanda del pensamiento liberal por la autonomía. Por supuesto, la visión liberal de la autonomía, como lo veremos, no está exenta de problemas y difícilmente sea apta para explicar y justificar la totalidad del derecho contractual, pero correctamente abandona la versión simple de la autonomía y sus alcances, que dejaba entrever la pérdida de su relevancia frente a la intervención de la libertad contractual de ciertos contratantes³⁸⁵.

Esta lectura de la autonomía como un valor normativo caracterizado por su densidad, complejidad y flexibilidad es rastreada en la célebre obra que RAZ destinó para desentrañar los fundamentos y alcances de la filosofía liberal moderna; a saber *The Morality of Freedom* de 1986. Su influjo también está expresado en la gradualidad del valor de la autonomía que renuncia a sostener sus demandas en términos categóricos, como si necesariamente se tratara de un respeto de *todo o nada*. ¿Cómo entiende RAZ la autonomía? En sus palabras,

[U]na persona es autónoma solo si tiene a su disposición una variedad de opciones aceptables entre las cuales elegir, y su vida resulta tal como es a través de su elección de algunas de estas opciones. Una persona que nunca ha tenido ninguna opción significativa, o que no estuvo consciente de ella, o que nunca ha ejercido su elección en asuntos importantes, sino que simplemente se ha dejado llevar por la vida, no es una persona autónoma³⁸⁶.

La aproximación raziana acerca de la autonomía hace hincapié en la disponibilidad de opciones para que el individuo forje su plan personal de vida. Una persona requiere contar con múltiples opciones para efectuar elecciones y así desenvolverse de manera autónoma.

³⁸⁵ Al respecto, uno de los cargos que con frecuencia se ha esgrimido en contra de la concepción de autonomía de RAZ es su vocación perfeccionista. Esto no es necesariamente una falencia si se tienen en vista cuestiones que resultan valiosas para el pensamiento liberal. Frente a la asunción de RAZ según la cual el valor de la autonomía se reduce al valor de nuestras preferencias, Carlos ROSENKRANTZ ha advertido que el perfeccionismo efectivamente tiene costos y, de ahí, que una medida perfeccionista está justificada en la medida en que los costos de su imposición puedan ser compensados con los beneficios que aquella acarrea. El valor de la autonomía, piensa ROSENKRANTZ, se encuentra en relación con las preferencias y se conjuga con una lectura del perfeccionismo que puede ser defendida desde el prisma liberal. Como es indicado por el autor, «[...] el perfeccionismo nos puede ayudar a explicar prácticas sumamente difundidas en los Estados liberales incompatibles con el principio de neutralidad al que los filósofos liberales son tan afectos». ROSENKRANTZ, 1992: 29.

³⁸⁶ RAZ, 1986: 224.

Como puede apreciarse, esta posición no exige que el individuo posea, en efecto, una disponibilidad absoluta de opciones. Solo deben presentarse las alternativas y resultar significativas para que el agente lleve a cabo su vida del modo en que mejor le parezca. Por ello, la disminución del número de opciones no desestima necesariamente la idea de autonomía. Tampoco su valor es únicamente alentado en virtud de la ampliación de la gama de opciones. Por el contrario, la restricción en el número de estas puede fundarse en el resguardo de la autonomía del agente. Esta manera de pensar la autonomía permite relativizar la intensidad de distintas exigencias que pueden formularse para admitir que su valor es genuinamente amparado y fomentado en las diversas decisiones, medidas y políticas que tengan lugar.

KIMEL, entonces, encuentra las fuentes intelectuales de la noción densa de la autonomía en el marco de las coordenadas introducidas por RAZ. Esta es traspalada al derecho de contratos, sacando partido de su flexibilidad y distancia de ciertos postulados que responden a lecturas canónicas y estrictas del liberalismo moral y político, para encarar ciertos rasgos problemáticos de la contratación contemporánea. Lo anterior se refleja con especial claridad en el tratamiento que KIMEL realiza frente a la presencia de contratantes débiles, que están situados en posiciones de vulnerabilidad frente a otros cuyo poder de negociación es vigoroso. Según fue observado en la sección 1.2. del segundo capítulo, una de las particularidades del aparente *nuevo* derecho de los contratos es la aparente fractura con el presupuesto decimonónico de la simetría entre los contratantes. No solo existe una fuerte presencia de relaciones contractuales desarrolladas en un plano de desigualdad entre las partes, sino que esta clase de contratos parece ajustarse a la mayor parte de los vínculos cotidianamente celebrados. El mecanismo con el cual el derecho de contratos hace frente a la asimetría en el poder de negociación es la intervención en la relación contractual, restringiendo la libertad contractual y, por ende, la disponibilidad de opciones que tiene el contratante débil. ¿Hay allí alguna dificultad insalvable para su autonomía personal? Ya se ha advertido que ello no es así.

4. AUTONOMÍA PERSONAL COMO FUNDAMENTO DE LA FUERZA OBLIGATORIA

Al centrar nuestra mirada en la propuesta de KIMEL sobre la autonomía personal puede obtenerse una alternativa viable para abandonar el acento depositado en la voluntad y en las promesas, deteniéndose en el potencial justificativo que brinda la autonomía de los contratantes para la fundamentación de la fuerza obligatoria del contrato en el contexto actual en que tiene lugar la contratación. Esta última cuestión es, a mi juicio, decisiva para determinar cuál es el fundamento del efecto vinculante, ya que este debe ser especialmente sensible con el marco en que efectivamente se producen las relaciones contractuales. Si se trata de encajar un canon que justifique la obligatoriedad del contrato con el modo en que se desarrolla la contratación, la idea de autonomía personal –articulada según los términos de KIMEL y RAZ– lleva la delantera.

Las nociones rivales frente a las cuales la autonomía personal debe hacer frente son, como fue visto, la voluntad y las promesas. ¿Qué podemos obtener de la contraposición entre estos estándares? Naturalmente, todos constituyen alternativas situadas en los esquemas morales de aproximación del problema de la fuerza vinculante del contrato. Su contraste, en tanto, se encuentra en el *énfasis* efectuado sobre la lectura del problema, de lo cual no se sigue que exista un genuino desacuerdo sobre la pertinencia del *tipo* de lectura que es idónea para abordarlo. La voluntad, las promesas y la autonomía personal –aun si logran ser deslindadas unas de otras– constituyen nociones con un indudable carácter normativo que importan razones para la acción de las personas. El cumplimiento del contrato puede fundarse en consideraciones morales como las provistas por tales nociones. Mientras que según la primera opción la voluntad manifestada por un contratante permite fundar la obligatoriedad de las prestaciones pactadas, la segunda sostiene que, al formular una promesa moral de comportamiento, la parte genera legítimas expectativas de confianza en su contraria, volviéndose imperante hacer aquello que se ha comprometido a efectuar en el futuro. Por último, la tercera alternativa advierte que lo crucial en el *pacta sunt servanda* radica en la autonomía personal que el contratante ha desplegado al decidir hacer algo con otra persona y contraer las respectivas obligaciones contractuales.

Sin embargo, las tres nociones no operan del mismo modo frente a las consideraciones descritas en el segundo capítulo, relativas a las variaciones que ha experimentado la comprensión tradicional del contrato y las prácticas contractuales. En particular, se trata de parámetros que son especialmente sensibles con la mayor presencia de mecanismos de

intervención legislativa en el derecho de contratos. El cambio en la contratación respecto de su imagen clásica incide de distintas maneras en cada uno de ellos, impactando fuertemente en la voluntad y la promesas, pero, como se ha sugerido, resultando compatible con el ideal de la autonomía personal en el ámbito contractual. Una consecuencia de la complejidad de esta esfera de lo jurídico reside en que el fundamento normativo del efecto obligatorio de la relación contractual debe ajustarse a la falta de uniformidad, logrando engarzarse con supuestos en que el contrato parece converger con su lectura tradicional y con aquellos en que tal visión parece no tener posibilidad de encuadre. Como es sabido, esta segunda situación es la de mayor presencia en las prácticas contractuales y, de ahí, que ofrezca un reto para la fuerza vinculante del contrato.

En estos términos, la voluntad ni la promesa moral podrían fortalecerse mediante la implementación de las categorías contractuales que se entienden celebradas o exigen suscribirse bajo ciertos términos unilateralmente establecidos y en una clara posición de asimetría. La presencia de la voluntad y las promesas naturalmente se resiente en un marco de la contratación en el cual incluso puede hablarse de *desplome* de los paradigmas tradicionales de contratación, o bien de decretar la *muerte* del contrato. Pero la pérdida de protagonismo de la voluntad y las promesas no se reproduce en la autonomía personal de los agentes. De ahí que lo que parece forzado para los primeros criterios no es necesariamente así para el último. Una noción de autonomía personal como la esbozada con anterioridad conserva su solvencia frente al desafío constituido por la complejidad y déficit de unidad del derecho contractual.

Mientras que la voluntad y las promesas del contratante inevitablemente se debilitan en este contexto, el valor de la autonomía personal se robustece. Una observación que contribuye a develar tal situación radica en que las intervenciones que resienten la presencia y la fuerza con que se expresan la voluntad y las promesas de los contratantes responden a un determinado *sentido* y este involucra sustantivamente demandas de respeto por la autonomía personal de ciertos contratantes. Frente a situaciones en que son contrariados los postulados de la visión clásica del contrato y tienen lugar nuevas formas de contratación o intervenciones legislativas en la generación de los vínculos, estos dispositivos procuran hacerse cargo de quienes específicamente no cuentan con condiciones o medios suficientes para ejercer autónomamente su agencia individual. Estas dificultades provienen precisamente de

distancias con la contratación tradicional. Por eso, el sentido de muchas alteraciones en el escenario contractual revela que el derecho de contratos no estaba necesariamente comprometido con *ese* modo de ver, sino que progresivamente fueron transparentándose y acentuándose las tensiones y fisuras internas que lo identifican.

La intervención legislativa, en este sentido, hace justicia a la tesis según la cual es necesario desprender la contratación de sus paradigmas tradicionales de comprensión. Dado que hay personas situadas en contextos de desequilibrio, protagonizando situaciones particulares y que sus acuerdos pueden resultar lesivos *porque* su autonomía no se encauza en condiciones adecuadas, conviene intervenir en resguardo de ese valor. De ahí que la protección de la especificidad de la autonomía personal es la cautela del efectivo despliegue de su agencia individual. La cuestión crucial, entonces, no es la presencia de las intervenciones legislativas en el derecho de contratos, sino el sentido que las justifican y el valor normativo que persiguen amparar. Se trata de una reacción institucional frente a situaciones de desequilibrio contractual. Su compromiso descansa en el resguardo del valor de la autonomía de los *distintos* contratantes, cuestión que se ve agudizada cuando se trata de personas situadas en posiciones asimétricas y apartadas de la pretendida paridad contractual.

No solo la autonomía personal puede conciliarse con la intervención legislativa, sino que aquella también muestra mayor flexibilidad para afrontar los desafíos asociados a la complejidad del derecho contractual. El enfoque de la autonomía personal antes expuesto posee un carácter *gradual* y no se encuentra sujeto a exigencias categóricas de *todo o nada*. Por eso, las intervenciones legislativas afectan la libertad contractual pero no necesariamente la autonomía personal del contratante. Como fue visto, restricciones a la primera pueden justificarse por el aliento de la segunda. Ello ocurre porque la autonomía personal constituye un valor normativo denso que es sensible a las situaciones particulares y su vigencia es una cuestión de grado. No corresponde afirmar que solo hay autonomía cuando esta se presenta idealmente en un supuesto de contratación, ni tampoco descartarla cuando su presencia no está absolutamente libre de injerencia externas al contratante. A diferencia de la voluntad y las promesas, la autonomía personal no está comprometida con una participación de todo o nada que no admite matices ni zonas de opacidad. Esto precisamente constituye una propiedad de la autonomía personal y es especialmente pertinente para encajarla en el

derecho de contratos que no está caracterizado por su continuidad ni por la ausencia de diferentes tonalidades.

De ahí que la contratación contemporánea parece ocasionar más problemas a la voluntad y las promesas que a la autonomía personal para servir de fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Como es representativo del derecho contractual, habrá supuestos en que la presencia de la autonomía del contratante podrá expresarse con mayor nitidez y otros en que ello no será así. Pero para que una relación contractual sea vinculante debe expresarse –al menos en algún grado– la autonomía personal de quien la celebra, justificando precisamente su obligatoriedad en el carácter autónomo de la actuación. La autonomía personal satisface la generalidad necesaria para fundar *el* efecto vinculante del contrato en la medida en que no es indispensable que esté vigente en un grado ideal en todos los supuestos de contratación. Baste con que ella esté presente en la gama de figuras contractuales y a partir de eso puede justificarse la obligatoriedad de las prestaciones contraídas por el agente. Desde luego, esta lectura asume que no es posible hablar propiamente de «relación contractual» cuando la autonomía personal se encuentre absolutamente ausente del acuerdo. Si bien esta no es el único valor en juego en la contratación, tiene una posición preeminente para forjar genuinos vínculos contractuales.

Un aspecto sobre el cual conviene detenerse es que el planteamiento de KIMEL se posiciona como un esfuerzo filosóficamente más cercano a la prosa kantiana que el desarrollado por FRIED, a pesar de que su propuesta del contrato como promesa se autocomprende como deudora del pensamiento de KANT. La relevancia de la autonomía personal no solo es funcional frente al escenario contractual contemporáneo, sino que también constituye una aproximación más genuina sobre aquello que se encuentra en juego en la observancia de obligaciones libremente formuladas; a saber, el respeto a nuestra autonomía personal. Una vez que la autonomía es honrada en nuestras prácticas e intercambios intersubjetivos, tiene sentido predicar la libertad de tales relaciones privadas y, a su vez, la vigencia del ideal del autogobierno en nuestra esfera pública. Quizá los estudios tradicionales de derecho privado

se encuentran encasillados en el influjo de la libertad decimonónica y su cuestionable asimilación a la voluntad de los agentes, perdiendo de vista la autonomía personal³⁸⁷.

Este contraste entre voluntad y autonomía personal puede desentrañarse aún más a partir de las coordenadas de análisis esgrimidas por KANT y ROUSSEAU respecto del rol que cumple la autonomía como marco regulador de nuestra realidad. Ambos comparten el reconocimiento de la autonomía del agente en la generación de obligaciones, pero el primero ha sido tradicionalmente aludido para la justificación del *pacta sunt servanda*. El problema reside en que estas lecturas se han mostrado estériles frente al aumento de la intervención legislativa y el cambio en los postulados clásicos y una razón de ello es su persistencia en considerar la voluntad como la preocupación central en materia contractual, desatendiendo el rol que inequívocamente cumple la autonomía bajo el prisma kantiano. Desde KANT la voluntad no constituye por sí misma, como se pudiere pensar, un valor normativo. Solo se admite como tal, en la medida que sea autónomamente determinada por parte del agente racional.

En sus términos, «[...] la voluntad libre tiene que ser determinada al margen de cualesquiera condiciones empíricas (o sea, pertenecientes al mundo de los sentidos), entonces una voluntad ha de encontrar en la ley, pese a todo, un fundamento determinante al margen de la *materia* de la ley»³⁸⁸. El contraste definitorio radica, entonces, en diferenciar la autonomía con la heteronomía, porque ambos términos pueden actuar sobre nuestra voluntad. Sin embargo, sus conclusiones son radicalmente distintas. *Solo* cuando la voluntad es autónomamente determinada tiene sentido predicar obligaciones del agente y su tematización como agente libre. Aun cuando se trate de una libertad no experimentable en el mundo de los fenómenos, sí es a lo menos teóricamente pensable.

Mientras que la voluntad que se encuentra determinada por factores empíricos carece de mérito moral, por dejarse gobernar por inclinaciones y sensaciones ajenas a la razón, la voluntad determinada por la razón pura práctica goza de un genuino valor moral. De modo que la primera voluntad deviene heterónoma, mas la segunda corresponde a una voluntad propiamente autónoma. Como es sabido, el principio de la moralidad en KANT es la autonomía de la voluntad, pero la dogmática civil pudo fácilmente encandilarse con la visión

³⁸⁷ Un agudo balance sobre la yuxtaposición entre autonomía y paternalismo bajo el derecho privado, se encuentra en la compilación de OGUS y VAN BOOM, 2011: en especial, 1-8; 145-173.

³⁸⁸ KANT, 2007: §A 52, 94. Énfasis del original.

decimonónica de la voluntad, desplazando la autonomía que se exigía para generar verdaderas obligaciones normativas. Correctamente, esta teoría realizó una fractura entre las nociones de autonomía y voluntad, pero erróneamente perdió de vista lo central del principio de autonomía de la voluntad, esto es, que solo la presencia de autonomía hace de la voluntad un estándar normativo válido para obligarnos.

La voluntad puede transparentar dimensiones de heteronomía bajo las cuales un contrato puede presentar dificultades, al momento de formular deberes de comportamiento a sus contratantes. Pero si tal vínculo contractual derivó de una voluntad determinada por nuestra autonomía, entonces, se trata de una relación contractual necesariamente obligatoria, porque responde precisamente al ideal de la autonomía personal, que será reflejado por el imperativo de tratar a todos los seres racionales en tanto fines en sí. Tal vez las actuales formas de contratación debiliten la presencia de la voluntad en los intercambios particulares, pero difícilmente pudieren bloquear la autonomía que los agentes despliegan en sus relaciones contractuales, cuyo resguardo en ocasiones de aguda asimetría exige la participación del órgano legislativo. De lo contrario, no podría sostenerse la obligatoriedad del vínculo contractual, a no ser que aquella se justifique en la autonomía personal de los contratantes.

Del mismo modo, los planteamientos de ROUSSEAU permiten nutrir la noción de la autonomía como rectora en nuestras relaciones privadas, de insumos de corte político que evidencian el carácter institucional del contrato. Bajo la óptica de este autor, la autonomía de los individuos demuestra su potencial al momento de evitar el aniquilamiento de la especie humana, optando por agrupar colectivamente las fuerzas ya existentes³⁸⁹. Su idea del contrato social es ciertamente reveladora de nuestra esfera pública, pero también nos indica la comunicación que existe entre las obligaciones convenidas en nuestro ámbito privado y aquellas pactadas para constituir un orden político. Ambas se valen de la autonomía de los agentes y en la esfera pública cobra vigencia el ideal regulativo del autogobierno, según el cual solo podemos políticamente gobernarnos según nuestros propios dictámenes. Aquel parámetro no es sino la traducción de la autonomía como fuente de legitimidad de los vínculos obligacionales en los asuntos públicos.

³⁸⁹ ROUSSEAU, 2007: 16.

Lo relevante de este planteamiento radica en que no existen impedimentos para implementar mecanismos de cumplimiento forzoso para honrar la autonomía que los agentes desplegaron en el nacimiento de sus relaciones obligatorias. Ya hemos hablado que, de acuerdo con ROUSSEAU, la libertad que gana el agente en sus relaciones obligatorias en la esfera pública, corresponde a una libertad de índole moral. Pero este autor va un paso más allá que el diagnóstico kantiano, ya que la autonomía del agente racional no solo es fuente de la obligatoriedad, sino que también conlleva la justificación para la intervención. Situados en el ámbito público, una voluntad que intente retractarse de lo pactado puede y debe ser obligada a mantenerse en el pacto social, ya que la estructura civil depende de su estricta observancia.

Tales consideraciones válidas para la conservación de un orden político convenido no tienen por qué traspalarse hacia el ámbito de nuestras relaciones privadas contractuales. No es cierto que siempre y en todos los casos, un vínculo contractual debe ser observado y el contratante obligado a cumplir lo pactado. Las razones de sustancia, como lo vimos a propósito de la teoría de la imprevisión, dicen lo contrario. No obstante, las alegaciones de ROUSSEAU dan cuenta de que modernamente son compatibles las nociones de autonomía e intervención, porque desde la filosofía de la política es posible conciliar la libertad con la coacción³⁹⁰.

Las razones que sirven de fundamento para la legitimidad de las obligaciones que nos debemos los unos a los otros, son replicadas para sostener deberes de observancia que permiten conservar el estado de cosas generado gracias a la actuación conjunta y autónoma de los sujetos. La autonomía gobierna tanto el ámbito privado como el público. De modo que bajo este último contexto resulta pertinente la participación de modalidades de intervención destinadas a la protección y efectiva ejecución de la autonomía personal de los individuos. Una versión más vigorosa de la noción de autonomía es flexible a esta clase de observaciones, frente a las cuales la voluntad decimonónica ofrecía dificultades, que parecían insalvables.

No hay que olvidar que los distintos aspectos regulatorios que caracterizan el régimen del derecho de contratos formulado desde comienzos del siglo XX encuentran precisamente su

³⁹⁰ Esto se refleja en los clásicos términos de ROUSSEAU según el cual para que el pacto social no sea una mera fórmula, encierra un compromiso tácito bajo el cual «[...] quien se niegue a obedecer a la voluntad general será obligado por todo el cuerpo: lo que no significa sino que se le *obligará a ser libre* [...]». ROUSSEAU, 2007: 21. Énfasis añadido.

justificación en consideraciones normativas de protección de la autonomía de los agentes. El origen autónomo de una prestación contractual no solo legitima su obligatoriedad en principio incondicional, sino que además autoriza la puesta en práctica de mecanismos de intervención pensados externamente a la relación contractual, para resguardar el fundamento de la obligatoriedad del contrato que descansa en la autonomía personal. Si aquello no fuere de esta forma, la autonomía tendría que ser ejercida en términos análogos por cada uno de los contratantes, y como ello no es así, entonces, las intervenciones contractuales no hacen sino hacer justicia a la tesis según la cual la autonomía personal puede erigirse como un digno fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Situado en un escenario que está marcado por la regulación contractual, como el contemporáneo, aquel valor normativo no hace sino fortalecerse.

Bajo tales términos, es posible comprender la trascendencia de pensar el contrato como una institución que transparenta una perspectiva moderna sobre el fenómeno jurídico, según la cual el derecho es puesto autónomamente por los agentes y no heredado heterónomamente de lo natural. Según fue observado, el carácter institucional de lo jurídico comprometía la necesidad de su justificación normativa y aquello se agudizaba tratándose de instituciones como la propiedad, el castigo y el contrato. El carácter moderno del vínculo contractual auxilia el esfuerzo de brindar una legitimación valorativa de su fuerza obligatoria que acuda a razones de por qué es valioso que la relación contractual sea vinculante para quienes la contraen.

De igual modo, como la libertad no implica una supresión absoluta de reglas imperativas y prohibitivas, la autonomía no debe ser modernamente interpretada como la erradicación de todo rasgo de intervención posiblemente heterónoma. El avance de un pensamiento como el hobbesiano hacia uno sensible a los argumentos de ROUSSEAU, devela que las reglas jurídicas expresan genuinas dimensiones de libertad, autodeterminación y márgenes emancipatorios para los agentes. La forma estándar de desplegar nuestra agencia autónoma es a partir del fenómeno jurídico que hemos diseñado para la propia regulación. Después todo, el reclamo por conducir nuestros planes de vida según nuestras decisiones autónomas es razonablemente cubierto y coordinado por el derecho.

Muchas observaciones críticas hacia la vigencia de la autonomía en un ámbito contractual con fuerte reglamentación legislativa oponen incorrectamente el derecho a la autonomía de los agentes, entendiendo a la legislación en términos de una barrera que rige heterónomamente el accionar de los individuos. Si la imagen del dogma de la voluntad decimonónica informó el proceso codificador, corresponde examinarlo desde un prisma moderno de comprensión del derecho, en virtud del cual la ley puede ser expresión en algún sentido de nuestra voluntad. Ya se ha advertido que, en lugar de preocuparse por la voluntad, conviene atender a la autonomía personal, pero cuando se trata de una institución paradigmáticamente moderna como el vínculo contractual, es necesario examinarlo según las consideraciones que lo reconocen como un instituto decisivo para la cooperación y coordinación humana. En este sentido, no hay por qué pensar el derecho como una ruptura de la autonomía de los individuos, ni tampoco suponer que la regulación contractual necesariamente resiente la autonomía que justifica la fuerza vinculante del contrato moderno.

Quisiere añadir una consideración final sobre las promesas. Si bien los estudios dogmáticos han hecho hincapié en el rol de la voluntad para la fundamentación del efecto vinculante del contrato, la filosofía del derecho de contratos ha centrado su atención en las promesas, ya sea afianzado o bien cuestionando su posición. De ahí que podría haber *algo* que filosóficamente se pierde cuando la obligatoriedad del contrato no se funda en ellas sino en la autonomía personal. ¿Qué es, en definitiva, lo valioso de las promesas? Por supuesto, no hay solo una respuesta a este interrogante, pero podemos echar mano de las consideraciones de Hannah ARENDT sobre las promesas para esgrimir una aproximación y evaluar si ello irremediablemente se pierde al apostar por la autonomía personal. En *La condición humana* la autora se refirió a la moralidad como algo más que una suma de *mores*, costumbres y modelos de comportamiento que se consolidan y validan en el ámbito de los acuerdos. Los preceptos de la moralidad están basados en la buena voluntad de las personas en aras de preservarlos. Según ARENDT, los modelos cambiantes de la conducta humana no tienen «[...] al menos políticamente, más soporte que la *buena voluntad* para oponerse a los enormes riesgos de la acción mediante la aptitud de perdonar y ser perdonado, *de hacer promesas y mantenerlas*»³⁹¹. Esta clase de demandas tienen la peculiaridad, pensó ARENDT, de no

³⁹¹ ARENDT, 2005: 264-265. Énfasis añadido.

aplicarse a la acción humana desde una fuente exterior a la persona o que exceda los alcances de la acción. Se trata, por el contrario, de exigencias que provienen inmediatamente de la persona quien las observa. De manera tal que «[...] *surgen directamente de la voluntad de vivir junto a otros la manera de actuar y de hablar*, y son así como mecanismos de control contruidos en la propia facultad para comenzar nuevos e interminables procesos»³⁹².

Las promesas se insertan en el complejo de acciones y discursos gracias al cual los seres humanos pueden deshacer lo efectuado y controlar al menos parcialmente los procesos que han desencadenado. De lo contrario, las personas estarían sometidas al inexorable dominio de la causalidad y las leyes de la física. Esta aptitud es ciertamente parte de lo que ARENDT entendió como la condición de lo humano. Un aspecto de crucial importancia de las promesas radica en que su compromiso con la sociabilidad y la fuerza apelativa que actuar en conjunto a la luz de un objetivo común, manteniendo el grupo social unido. ARENDT remarcó este rasgo distintivo de los seres humanos y consideró que la capacidad de disponer para el futuro como si se tratara del presente –*i.e.* nuestra aptitud de prometer– permite deslindar la vida humana de la animal. Los seres humanos no se mantienen unidos por una cierta voluntad mágica, sino que lo hacen en virtud de «[...] un acordado propósito para el que sólo son válidas y vinculantes las promesas [...]»³⁹³. Esto brinda una soberanía superior que la libertad que importa actuar sin sujeción a ninguna promesa y careciendo de un propósito. Así, las promesas constituyen aquella clase de cosas que los seres humanos solo pueden efectuar recurriendo a los otros. Al efectuarlas las personas se reúnen y actúan de común acuerdo, asegurando tal actuación conjunta precisamente mediante el efecto obligatorio de lo acordado. Como observa ARENDT, «[l]a fuerza que las mantiene unidas [...] *es la fuerza del contrato o de la mutua promesa*»³⁹⁴.

De acuerdo con lo anterior, entonces, las promesas develan una dimensión propiamente humana de hacer cosas con los demás, efectuando compromisos recíprocos de comportamiento en el porvenir para alcanzar propósitos comunes. Al situar la fundamentación del efecto obligatorio del contrato en la autonomía personal y no en las promesas, ¿se extravía esta función de sociabilidad? Desde mi modo de ver, ello no es así.

³⁹² ARENDT, 2005: 265. Énfasis añadido.

³⁹³ ARENDT, 2005: 264.

³⁹⁴ ARENDT, 2005: 264. Énfasis añadido.

La relación contractual surge gracias a la opción autónoma de los contratantes de vincularse recíprocamente. Es cierto que no toda expresión de la autonomía personal está necesariamente dirigida a las demás personas, pero la versión que se ha articulado para fundar la obligatoriedad del contrato presenta el compromiso sustantivo de actuar de forma conjunta con otros. Al justificar el *pacta sunt servanda* contractual en la autonomía personal se reafirma esta dimensión de sociabilidad que según ARENDT las promesas capturan.

Un contratante debe observar lo pactado *porque* autónomamente se ha vinculado con otro en aras de una finalidad compartida. La fuerza obligatoria de lo acordado se sustenta en la autonomía personal de la parte, quien ha decantado su decisión atendiendo a otra persona, buscando realizar algo en conjunto con ella. La autonomía personal que funda la relación contractual devela esta soberanía humana de hacer cosas con los demás. En el ámbito contractual, en particular, se trata de un despliegue autónomo de vincularse con los demás, comprometiéndose a observar las prestaciones respectivas para alcanzar los fines compartidos. Ello únicamente puede efectuarlo el contratante con otra persona con quien se mantiene unido gracias al contrato, sin poder concebir su ejercicio de manera aislada. Por consiguiente, siguiendo a ARENDT, la soberanía en la esfera de la acción y los asuntos humanos está de manifiesto en la autonomía personal de los contratantes. El efecto obligatorio de su vinculación con otro responde a esta potestad humana y denota algo – celebrar un contrato y obligarse a cumplirlo– que «[...] sólo puede realizarse por muchos unidos [...]»³⁹⁵. El contrato revela conspicuamente la decisión autónoma de vivir junto a otros la *manera de actuar y de hablar*.

5. CONTRATO, DIMENSIÓN INTERNA Y REGLAS SECUNDARIAS

El tránsito argumentativo esgrimido durante este capítulo ha buscado encajar la institución contractual con una concepción moderna acerca del fenómeno jurídico de la cual aquella es parte representativa. Respecto de esta visión, el contrato se alza como una de las principales instituciones sociales que persigue ciertos objetivos considerados como valiosos por los

³⁹⁵ ARENDT, 2005: 264.

participantes. Desde estas coordenadas de análisis el problema de la fuerza obligatoria del contrato puede ser adecuadamente abordado a partir de una posición que formule un criterio normativo para justificar el cumplimiento incondicionado de las estipulaciones contractuales. Aquí se ha acudido a la autonomía personal para desarrollar tal labor según la comprensión en que fue antes perfilada. Una de sus ventajas es que su reconocimiento como valor normativo en que se funda la fuerza vinculante del contrato, es posible compatibilizarla con el resguardo y aseguramiento de su operatividad, desarrollado mediante la intervención legislativa en la contratación contemporánea.

Establecer la autonomía y no así la voluntad o las promesas como el elemento fundamental de la obligatoriedad contractual, permite robustecer el criterio de justificación sobre la base de las prácticas contractuales tal como se nos presentan. Al atender *solo* a la voluntad de las partes o las promesas de conducta que estas mutuamente se efectúan, su ajuste con las tensiones y diversas modalidades con que se expresan las relaciones contractuales resulta, por el contrario, problemático. Estas estrategias, en efecto, parecen engarzar de mejor modo con una visión uniforme y unitaria del derecho contractual, en los términos es que este es clásicamente comprendido. Sin embargo, gracias a su densidad y flexibilidad la autonomía personal es posible emparentarse con la complejidad del derecho de contratos, el cual en lugar de constituir una valla insorteable se muestra como una oportunidad de articular el *pacta sunt servanda* con base en un parámetro que cobije la falta de uniformidad y opere de manera flexible con las modalidades en que se manifiesta esta parcela de lo jurídico.

Del mismo modo, este esquema de justificación es sensible con las raíces intelectuales en virtud de las cuales es leído el derecho privado moderno en la tradición jurídica continental³⁹⁶. Es un asunto innegable que la reconstrucción histórica del derecho privado forjado en la modernidad debe prestar cierta atención al ideario iluminista y su repercusión en la codificación decimonónica. Desde luego, este ámbito jurídico no puede seguir siendo exclusivamente interpretado a partir de estos parámetros, pero sería arriesgado formular una propuesta de fundamentación normativa de la fuerza obligatoria del contrato que esté

³⁹⁶ Respecto de la conexión entre el ideario revolucionario y la codificación en la tradición jurídica occidental puede consultarse MERRYMAN, 1989: en especial, 38-46 y 59-71. Su influjo en el derecho privado moderno puede ilustrarse en las siguientes palabras del autor: «[L]a teoría de los derechos naturales generó un énfasis exagerado en los derechos individuales de propiedad y de contrato, así como una distinción demasiado marcada entre el derecho público y el derecho privado». MERRYMAN, 1989: 46.

totalmente apartada de esa vertiente intelectual. Si el derecho privado admite ser tematizado como un sistema jurídico ilustrado, entonces, el estándar normativo de la autonomía personal constituye un criterio que da cuenta de la incidencia iluminista en la construcción de los conceptos, instituciones y reglamentación de esta esfera del derecho³⁹⁷. Al permitir la conexión entre el modelo de justificación de la obligatoriedad contractual con las bases modernas del derecho privado, se reafirma que la autonomía personal resulta un candidato idóneo para justificar normativamente el efecto vinculante del contrato. Veamos, a continuación, si ello puede efectivamente advertirse.

Según se sugirió en el marco del capítulo primero, el parámetro normativo de la autonomía manifiesta su rendimiento explicativo en el enfoque kantiano sobre la conceptualización de la Ilustración. El abandono de criterios externos a la agencia del ser racional, lo insta a emplear su capacidad de entendimiento para conocer los distintos objetos de conocimiento, determinando las condiciones teóricas de su posibilidad. El espíritu que motiva al movimiento ilustrado, piensa KANT, responde a la autonomía del individuo expresada en atreverse a pensar por sí mismo³⁹⁸. Toda verdad impuesta de manera heterónoma debe ser rechazada por el talante crítico del sujeto ilustrado y su irrenunciable búsqueda del conocimiento a partir de su propia agencia reflexiva. Así, el agente está plenamente dotado de facultades necesarias para examinar y comprender la realidad, saliendo de su minoría de edad. De modo que, de acuerdo con la filosofía kantiana, la imagen ilustrada recepciona la fractura entre los términos de autonomía y heteronomía, adjudicando la cuestión a favor de la primera. Pero la razón que es determinante de nuestra autonomía especulativa admite diversos usos dotados de ámbitos diferenciados de discrecionalidad.

Si nos situamos en el uso privado de la razón, la capacidad de pensar sobre el mundo se encuentra limitada, porque aquel uso se sigue del cumplimiento de una función o cargo público. En cambio, el uso público de la razón carece de restricciones, siendo utilizado cuando los agentes discuten libremente en escenarios doctos sobre el devenir que les aqueja³⁹⁹. La racionalidad de un agente, que lo libera de su heterónoma inmadurez, es compatible con la existencia de ciertas limitaciones a su ejercicio. En efecto, al preguntarse

³⁹⁷ Sobre esta reconstrucción, puede consultarse el capítulo I.

³⁹⁸ KANT, 2009: 17.

³⁹⁹ KANT, 2009: 18-20.

si los tiempos de Federico II constituían un *período ilustrado*, KANT advierte que no era así, pero que efectivamente se trataba de una *época de Ilustración*, sin perjuicio de las dificultades de los agentes para desenvolver su autonomía⁴⁰⁰. Bajo su diagnóstico los ciudadanos no estaban aún capacitados para pensar por sí mismos y, de ahí, que debían valerse de las reveladoras palabras de Federico el Grande II, según el cual “¡[r]azonad todo lo que queráis y sobre lo que queráis, pero obedeced!”⁴⁰¹.

De este modo, los ciudadanos pueden emplear y ejercer libremente su uso público de la razón para discutir sobre la mejor regulación o tratamiento jurídico que sea objeto de su interés, pero deben obedecer tales normativas, porque una vez que el pueblo se acostumbre a obedecer, alcanzará el genuino ideal de la autonomía ilustrada. Como se podrá advertir, el propósito de estas líneas no es formular un alegato a favor de este planteamiento funcional al despotismo ilustrado, sino echar luz sobre la profunda vinculación existente entre el derecho privado moderno y la autonomía personal. Las reglas e instituciones jurídicas que conforman el sistema jurídico privado constituyen las condiciones de posibilidad de la autonomía personal de los individuos. Concebir el sistema jurídico privado en términos de un sistema jurídico ilustrado, da cuenta de la vigencia de esta versión no ingenua de la autonomía, sino que, por el contrario, es compatible y sensible a obligaciones, deberes y restricciones.

Esta clase de autonomía es pertinente de exigírsele a instituciones jurídicas como el contrato. Su diseño permite cristalizar la autonomía normativa de los individuos sobre la base de las relaciones contractuales, facultándolos para otorgarse sus propias reglas jurídicas y, asimismo, interviniendo en aquellas zonas en que la peculiaridad del agente involucrado ofrece dificultades para que pueda manifestar adecuadamente su autonomía personal. De ahí que ha resultado problemático dar cuenta de las nuevas formas de contratación caracterizadas por un debilitamiento de la voluntad de los contratantes –y si se quiere de sus promesas– en la medida en que efectivamente puede detectarse con menor claridad la participación de la voluntad de los agentes, pero de ello no se sigue que ocurra lo mismo respecto de su autonomía personal. Si los esfuerzos dogmáticos en derecho de contratos se concentran en la

⁴⁰⁰ KANT, 2009: 23. Énfasis añadido.

⁴⁰¹ KANT, 2009: 25. Énfasis del original.

autonomía personal de los contratantes para determinar el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato, la reglamentación contemporánea de esta zona del fenómeno jurídico no debería ofrecer obstáculos significativos para su rendimiento explicativo.

De igual modo, esto se evidencia en la insistencia de la reflexión jurídica en ubicar la libertad de las partes como el estándar ineludible para que la obligatoriedad del contrato goce de valor epistémico. La autonomía de la voluntad como principio de la moralidad se encuentra fuertemente relacionada con la libertad. En particular, gracias a esta regla suprema de la ética kantiana, resulta plausible a lo menos teóricamente presuponer un mundo de noúmenos bajo el cual el ser racional puede pensarse libremente, sin el gobierno de las leyes de la causalidad. Por ende, no es erróneo concebir la legitimidad del vínculo contractual a partir de la libertad. Indudablemente dicha noción es indispensable para articular un análisis satisfactorio de la fuerza obligatoria del contrato.

El yerro pudiere estar en la parcialidad con que es efectuado el análisis sobre la noción de libertad, al momento de establecerla como un fundamento de las relaciones jurídicas constituidas en el fenómeno jurídico. El derecho privado no ha obtenido todo el partido teórico que pudiere extraer de las contribuciones esgrimidas desde la reflexión sobre filosofía de la política, en la cual se han demarcado dos entendimientos sobre la libertad. Como es sabido, por cuestiones conceptuales, valorativas y políticas devino necesario distinguir entre la libertad negativa y la libertad positiva⁴⁰². Pese a las profundas discrepancias entre ambos sentidos, las explicaciones formuladas en la dogmática civil tradicional suelen asumir que la libertad amparada en las reglas jurídicas privadas corresponde a su sentido negativo, sin cuestionarse cuál de ambas nociones inconmensurables sobre la libertad se encuentra en juego en las distintas normas que la protegen y otras que presuponen su vigencia⁴⁰³.

⁴⁰² BERLIN, 1974: 133-182.

⁴⁰³ Un esfuerzo en tal sentido, respecto a las libertades en materias propietarias y contractuales, se encuentra en SCHAPP, 1998: 55-84. La indeterminación de la noción de libertad que está protegida en las reglas jurídicas de la legislación civil, es relevante cuando, por ejemplo, pensamos la fuerza, violencia o intimidación como vicio del consentimiento en los actos jurídicos. Es natural pensar que las hipótesis en las cuales tiene lugar la impresión fuerte que afecta al contratante que es víctima de la amenaza, varían sustancialmente si se maneja una noción de libertad como ausencia de interferencia o bien otra entendida en términos de autorrealización. Desde luego, un entendimiento positivo ampliaría el elenco de casos en que la validez del negocio resulta afectada por la fuerza moral ejercida contra quien contrata movido precisamente en virtud de esa violencia.

Veamos someramente en qué consisten ambos entendimientos sobre la libertad. La *libertad negativa* es la que obtiene un sujeto, en tanto ningún hombre ni ningún grupo interfieren en su actividad. Un agente no es libre si otros le impiden hacer lo que podría hacer si no se lo impidieran⁴⁰⁴. Si el ámbito de actividad se reduce al mínimo, la intensidad de la interferencia constituye coacción. Los impedimentos implican obstáculos para la libertad del agente, así mientras más ausencia de interposición de mayor libertad aquel dispondrá. La libertad negativa es estar libre *de* que no interfieran en la actividad del ser humano más allá de ciertos límites. Ella implica la ausencia de restricciones a lo que podemos hacer dentro de nuestras capacidades.

En cambio, la *libertad positiva* «[...] deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño»⁴⁰⁵. Se sigue del deseo de que su vida y sus decisiones únicamente dependan de sí mismo y no de fuerzas exteriores, como las fuerzas materiales productivas. El agente solo es instrumento de sí mismo, afirmando categóricamente que constituye un sujeto y no un objeto. Quiere ser consciente de sí mismo como un ser activo que piensa y que quiere, que tiene responsabilidad por sus propias decisiones y es capaz de explicarlas en función de sus propias ideas y propósitos. Es la libertad *para* seguir una determinada forma de vida, con una fuerza proactiva que no solo se conforma con la disminución de impedimentos. Es la libertad que agudamente Benjamin CONSTANT denominó *de los antiguos*.

La escisión entre ambos entendimientos se justifica no solo por sus diferencias conceptuales, sino también porque como célebremente fue enseñado por Isaiah BERLIN, a ambos conceptos subyacen sistemas valorativos irreconciliables e inconmensurables entre sí⁴⁰⁶. Podemos situar la pretensión de disminuir toda barrera de heteronomía en la libertad negativa y de realizar efectivamente la autonomía personal del agente bajo la libertad positiva. Desde luego, si los estudios dogmáticos consideran que la libertad cautelada como valor normativo en el sistema jurídico privado se ajusta *exclusivamente* a los términos delineados por la libertad negativa, esta es necesariamente transgredida cuando existen obstáculos legislativos

⁴⁰⁴ BERLIN, 1974: 137.

⁴⁰⁵ BERLIN, 1974: 145.

⁴⁰⁶ En términos del filósofo de Riga, los entendimientos sobre la libertad «[...] no constituyen dos interpretaciones divergentes de un mismo concepto, sino dos actitudes propiamente divergentes e irreconciliables respecto de la finalidad de la vida». Véase BERLIN, 1974: 177. Una reconstrucción del pensamiento y legado intelectual berliniano en PEREIRA FREDES, 2015b: 93-135.

a su ideal amplitud. Las categorías contractuales que analizamos en el segundo capítulo, por ejemplo, claramente constituyen impedimentos a la libertad negativa de los contratantes.

Ahora bien, las conclusiones anteriores pueden correctamente calificarse de apresuradas, ya que no toman en consideración el entendimiento rival de la libertad negativa, esto es, la libertad positiva. Un sistema jurídico privado que procura garantizar la libertad de cada individuo de ser su propio dueño y ceñirse a sus decisiones autónomamente adoptadas, no tiene por qué conceder el punto según el cual las regulaciones legislativas que abundan en el derecho contractual –del modo en que actualmente lo conocemos– interrumpen el despliegue de la libertad de los contratantes. En efecto, y según se ha sugerido, en ciertas hipótesis de contratación la efectividad de la autonomía de estos sujetos se encuentra posibilitada institucionalmente *porque* existen tales regulaciones.

De acuerdo con lo anterior, un derecho privado sensible a las especificidades de sus partícipes no puede resultar inmune a consideraciones positivas de la libertad. Al sustituir la noción de libertad negativa quizá vigente en el escenario decimonónico de la codificación, por una comprensión positiva de la libertad que se haga cargo activamente de las asimetrías económicas y sociales de los contratantes, el derecho de contratos abandonará su consuelo de contemplar formalmente la libertad de los sujetos, comenzando a asegurar el ejercicio material de la libertad de los participantes en el ámbito contractual⁴⁰⁷. Una interpretación de la autonomía personal como la sostenida a lo largo de este capítulo, se encuentra mucho más vinculada con un entendimiento positivo de libertad, que a uno meramente negativo sobre la libertad de los contratantes⁴⁰⁸. A mayor abundamiento, es posible encuadrar la distinción entre voluntad y autonomía personal con los dos entendimientos de la libertad. Así, la voluntad corresponde a la libertad como ausencia de interferencia y la autonomía personal, por su parte, puede conciliarse por la libertad como autodeterminación. De este modo, se

⁴⁰⁷ Sobre esta necesidad de relectura se volverá en el capítulo VI.

⁴⁰⁸ La conjugación entre los conceptos de libertad negativa y positiva bajo el escenario del derecho civil pudiere construirse recurriendo a las consideraciones kantianas sobre el derecho y la libertad de los arbitrios, establecidas en KANT, 1989: §A-E, 37-43. La libertad negativa efectuaría una tarea de delimitación, determinando negativamente esferas de libertad, cuya función radica en que los «[...] beneficiados realicen una libertad positiva en los espacios de libertad protegidos». Véase SCHAPP, 1998: 63 y ss. De ahí que la protección jurídica de la relación obligatoria fijada por las partes admite equipararse con la autonomía privada en su sentido positivo. La relectura de la autonomía como independencia a su entendimiento en términos de autodeterminación se encuentra en DAGAN y HELLER, 2017: 41-43.

sustenta el reclamo de prestar mayor atención a la acepción positiva de la libertad en las relaciones contractuales, toda vez que esta lectura logra capturar las exigencias del valor de la autonomía personal.

Como se podrá observar, la propuesta de justificación normativa de la fuerza obligatoria del contrato articulada en términos de la autonomía personal arrojó un cúmulo de consideraciones de segundo orden, es decir, relativas a la identidad del derecho privado. En el próximo apartado esta dimensión de análisis será profundizada. Mientras tanto, quisiera engarzar la noción de autonomía personal con reflexiones filosóficas acerca del derecho privado. Este criterio normativo debiere jugar un papel preponderante en la justificación tanto de las instituciones y prácticas jurídicas del derecho privado, como de las reglas jurídicas que lo conforman. Desde este punto de vista, se examinarán dos grupos de observaciones asociadas a develar cuál es la perspectiva en virtud de la cual debe comprenderse el derecho privado y, a su vez, clarificar el tipo de reglas jurídicas que componen este ámbito jurídico. La autonomía personal será encajada en ambas observaciones. Mientras que para el primer asunto recuperaremos directivas formuladas por WEINRIB, las funciones que socialmente cumplen las reglas secundarias del ámbito privado se rastrearán a partir de las investigaciones efectuadas por H.L.A. HART a la teoría del derecho contemporánea, desde mediados del siglo pasado.

Según fue observado en el primer capítulo, WEINRIB ocupa un lugar especial en la filosofía del derecho privado contemporánea y su tesis central constituye un punto de partida indispensable para indagar sobre qué cabe esperar de esta esfera de lo jurídico. Su propuesta fue, como es sabido, que «[...] el objetivo del derecho privado es ser derecho privado»⁴⁰⁹. Esta lectura buscó refutar los enfoques funcionalistas que consideraban que el derecho privado debía cumplir finalidades exógenas a su racionalidad interna. De la mano de la influencia del análisis económico del derecho ciertas metas del mercado se posicionaron en los estudios de derecho privado, interpretándolo funcionalmente para alcanzar fines como la eficiencia económica y la maximización de recursos económicos. De acuerdo con WEINRIB, esto desvirtúa la identidad y coherencia que exhibe el derecho privado la cual, por el contrario, debe capturarse desde una perspectiva interna de análisis. De este modo, «[...] *el*

⁴⁰⁹ WEINRIB, 2017: 39.

derecho privado solo puede ser captado desde dentro y no como la manifestación jurídica de un conjunto de objetivos extrínsecos»⁴¹⁰. El derecho privado como otros fenómenos sociales –la amistad y el amor– únicamente resultan inteligibles a partir de su interior, entendiendo que no puede describirse con base en objetivos extrínsecos, toda vez que constituyen fines en sí mismos. Por ello, la dimensión interna de análisis aboga por «[...] la idea de que el derecho privado debe ser comprendido desde dentro»⁴¹¹.

¿Cómo podría ayudarnos esa afirmación de WEINRIB? La cuestión en este punto radica en determinar si acaso la dimensión interna del derecho privado es decisiva para afrontar el problema de la fuerza obligatoria del contrato. Y, en el caso en que lo fuere, cabe adicionalmente preguntarse si la autonomía personal resulta pertinente con este prisma de análisis. La respuesta que en lo que sigue se esgrimirá apuesta por la afirmativa respecto de ambos asuntos. Sin embargo, la perspectiva interna del derecho privado que defiende WEINRIB no es la mejor lectura de los compromisos que importa comprender el derecho privado –y en nuestro caso el examen el derecho de contratos– desde dentro. Es efectivo que el análisis interno de la configuración y funcionamiento del derecho privado también sitúa la autonomía de los participantes en el centro de sus preocupaciones. Pero para apreciar la fuerza y la sincronía entre la dimensión interna y la autonomía es menester desprenderse de los presupuestos de WEINRIB acerca de ese modo de ver el derecho privado⁴¹².

El derecho privado debe entenderse como una experiencia peculiar formulada a partir de formas distintivas de interacción entre los particulares. De ahí que quienes determinan su sentido son quienes participan bajo su marco y prácticas institucionales. La comprensión del fenómeno jurídico se encuentra sujeta a un análisis interno desarrollado desde el reconocimiento de las prácticas lingüísticas y del razonamiento empleado bajo el contexto de las relaciones entre particulares. En este sentido, el tipo de interacción que se produce bajo el derecho privado siempre demuestra dimensiones directas de interacción entre las partes a

⁴¹⁰ WEINRIB, 2017: 39. Énfasis añadido.

⁴¹¹ WEINRIB, 2017: 42.

⁴¹² En el capítulo VI será ahondada la necesidad de repensar el internalismo en el derecho privado desacoplándolo de su formalismo.

la luz de un complejo de derechos y deberes correlativos⁴¹³. En supuestos de responsabilidad civil –sea contractual o extracontractual– la persona que ha causado daño a la víctima en virtud de la infracción de su prestación contractual o del respectivo deber de cuidado tiene el deber de repararlo y la víctima, por su parte, tiene un derecho a reclamar tal reparación afianzando la correlatividad de la relación directa que entre ellos media. En la relación de derecho privado demandante y demandado se encuentran directamente ligados.

Según el autor, la idea según la cual el derecho privado debe comprenderse desde dentro se descompone en dos cuestiones relacionadas. De un lado, determinar qué es el derecho privado y, de otro, clarificar qué importa que su inteligibilidad sea interna⁴¹⁴. La conexión, entonces, opera del siguiente modo. Hay dos rasgos que constituyen el esqueleto bajo el cual se articula el derecho privado. Uno de carácter institucional y otro de índole conceptual⁴¹⁵. Mientras que la institucionalidad del fenómeno jurídico privado se expresa mediante mecanismos de adjudicación sobre el conjunto de facultades, derechos y deberes correlativos que le corresponden a los sujetos de una relación jurídica privada, su esfera conceptual alude a la correlatividad característica de la relación privada, porque ahí donde existe una facultad o derecho subjetivo existe un deber o una carga correlativa. Esta estructura interna brinda inteligibilidad al sistema jurídico privado y permite que el sentido de las prácticas de interacción entre demandante y demandado corresponda al significado que para los participantes de las prácticas jurídico-privadas estas posean. Así, el sistema de derecho privado es formalmente coherente, dado que este solo puede ser aquello que por su estructura interna está condicionado a ser. Con esta estructura se encuentran familiarizados quienes participan del fenómeno jurídico privado, gracias a su experiencia pueden reconocer tales aspectos y ser parte del discurso y razonamiento jurídico característicos de esta área.

Esta imagen de la dimensión interna es ciertamente consistente con el proyecto encarnado por WEINRIB, pero, como después se dirá, insatisfactoria para dar cuenta de la complejidad del derecho privado. En lo que concierne a la fuerza vinculante del contrato, en tanto, es necesario distinguir entre dos órdenes de consideraciones. En primer lugar, está la pertinencia

⁴¹³ Este énfasis para comprender al derecho privado en términos de las relaciones de interacción directa que sostienen los participantes de las prácticas jurídicas privadas, sobre la base de sus acciones y recursos judiciales, también es compartido en ZIPURSKY, 2004: 632-636.

⁴¹⁴ WEINRIB, 2017: 42.

⁴¹⁵ WEINRIB, 2017: 43-45.

de revisar la autonomía personal como justificación de la obligatoriedad contractual desde *dentro* a partir de una perspectiva interna. En segundo lugar, es necesario notar que la forma en que WEINRIB entiende el esquema interno de análisis acarrea dificultades que no están en consonancia con observaciones que han sido trabajadas en este capítulo. De esto se sigue que, si bien la autonomía personal se consolida como fundamento de la fuerza vinculante del contrato al acudir a una dimensión interna de comprensión del derecho de contratos y derecho privado, el modo en que WEINRIB posicionó la dimensión interna no es la modalidad más vigorosa ni la más adecuada para hacer frente a los desafíos de la complejidad del derecho contractual y las variantes en que aquel rasgo se transparenta.

Veamos el primero de estos puntos. El rol de la autonomía personal de los contratantes en la fundamentación del efecto obligatorio del contrato es develado cuando se tienen en cuenta las prácticas contractuales. Una perspectiva que sitúe el problema desde *dentro* goza de un marcado potencial justificativo al momento de ofrecer razones de por qué los contratantes deben cumplir las estipulaciones que contraen gracias al instituto contractual. Si el esquema que aquí interesa es uno que logre brindar un criterio moral para fundamentar la fuerza vinculante del contrato, naturalmente, cobra importancia la posición interna de quienes son parte de las relaciones contractuales, situándose en el interior del derecho de contratos – y más general– en el derecho privado. En la experiencia de las partes de un contrato se halla el valor de la autonomía personal que expresan en la celebración del vínculo contractual y depositan en la observancia de sus prestaciones. Estas pueden reconocer los aspectos valorativos, conceptuales, institucionales y de razonamiento jurídico que involucran el *pacta sunt servanda* en el derecho de contratos. Por supuesto, la arquitectura de esta zona contribuye al posicionamiento de la autonomía personal, ya que tanto su componente institucional como el conceptual están al servicio del respeto y fomento de este valor normativo en el contexto contractual. El derecho de contratos y el sistema jurídico privado en general presentan un compromiso sustantivo con la autonomía personal y de ahí que resulta natural pensar que su estructura debiere atender a las distintas consideraciones asociadas a ella.

Por lo demás, si es correcto lo sostenido con anterioridad, la reconstrucción intelectual del derecho privado moderno en el escenario continental refuerza el hecho de que su orgánica se

encuentra configurada a la luz del rol central de la autonomía personal en el sistema. Esta parcela de lo jurídico surgió bajo el alero de una filosofía de la moral apelativa a la autonomía personal de los individuos, frente a los criterios de corrección heterónomamente impuestos. Una posición interna de comprensión del derecho privado captura el lugar de la autonomía personal en sus prácticas internas, así como su relevancia en las relaciones de interacción entre los participantes. Su carácter directo se expresa en la correlatividad entre derechos y deberes y tal estructura también evidencia modalidades de resguardo de la autonomía de los agentes. Su incidencia está involucrada en el fenómeno jurídico privado, tanto en la constitución de las relaciones jurídicas, como en la protección que el derecho les brinda. De ahí que este tipo de aproximación da cuenta de la autonomía personal y desde dentro de las prácticas contractuales puede develarse su papel en la justificación de la obligatoriedad contractual. Los contratantes están familiarizados con el amparo de su autonomía personal en el derecho de contratos y su experiencia con sus elementos institucionales y conceptuales ratifica que es aquel el valor normativo en juego en la fuerza vinculante del contrato.

El segundo punto, en cambio, cuestiona que la versión de WEINRIB de una perspectiva interna de análisis sea la más idónea para situar la autonomía personal como fundamento del efecto obligatorio del contrato a la luz de la complejidad del derecho contractual. En otros términos, es un acierto tomar nota de la dimensión interna de este ámbito para reforzar la actuación de la autonomía personal de las partes del contrato, mas el esquema de WEINRIB no da cuenta de las coordenadas de análisis revisadas en el capítulo segundo y respecto de las cuales la autonomía personal debe encajar. Se trata de una perspectiva interna, pero lo es en un *sentido* distinto al perfilado por el autor. Como será examinado en el capítulo final, la dimensión interna corre con ventaja para la comprensión del derecho privado, pero para aprovechar su potencial explicativo es menester desprenderla de los compromisos de la versión de WEINRIB. Estos lesionan la posibilidad de pensar el derecho de contratos y el privado de acuerdo con cánones de complejidad. Dos de ellos en que tal falencia se expresa con mayor fuerza son el formalismo y el monismo. Mientras que el prisma formal pone su acento en la estructura formal de las relaciones de derecho privado en que las partes se encuentran situadas en una posición paritaria y provistos de derechos y deberes correlativos, la metodología monista concibe que el derecho privado en general persigue solo una finalidad que es la justicia correctiva, la cual constituye un esquema justificativo unitario y coherente para su estructura.

De modo que los componentes institucionales y conceptuales del derecho contractual albergan el reconocimiento y la consolidación del respeto de la autonomía personal y esta puede ser capturada desde dentro de la arquitectura formal del derecho privado, con la cual se encuentran familiarizados los participantes. Sin embargo, la forma en que en este capítulo se ha delineado la autonomía personal en el derecho de contratos ofrece dificultades para compatibilizarla con la rigidez del esquema internalista de WEINRIB. Al respecto, podemos traer a colación dos observaciones críticas. En primer término, según fue visto en el segundo capítulo, uno de los postulados que perdió su correspondencia con la contratación contemporánea ha sido la simetría y posición paritaria de los contratantes. El grueso de las prácticas contractuales no coincide con esa descripción. La autonomía personal es sensible frente a este desajuste de la comprensión tradicional del contrato y admite que los contratos no se desarrollan en esta clave, favoreciendo la intervención legislativa para precisamente garantizar que el contratante situado en una posición desventaja pueda desplegar adecuadamente su autonomía en materia contractual. No obstante, en el esquema interno de WEINRIB los participantes de las relaciones jurídicas privadas son formalmente iguales y, por ende, su modelo de análisis se ajusta más bien a la visión tradicional de la relación contractual. Allí la intervención del legislador enfrenta problemas para sustentarse en el fundamento del efecto vinculante del contrato en esa tipología de contratos, pues no se produce el antecedente que justifica la intervención en procura del amparo de la autonomía personal de una de las partes.

En segundo término, el carácter gradual con el cual se ha articulado esta noción tampoco tiene buena cabida en la perspectiva interna de WEINRIB, porque su búsqueda de la uniformidad en el derecho privado exige que, si la autonomía personal es un valor justificativo del sistema contractual, esta opere categóricamente sin que su vigencia pueda ser de grados. La flexibilidad y densidad de la autonomía personal que fueron revisados como rasgos pertinentes para capturar ciertas dimensiones en que está puesta de manifiesto la complejidad del derecho de contratos y su ausencia de unidad, pueden estimarse como falencias que amenazan la coherencia interna del derecho contractual. Pese a que la autonomía personal, según fue señalado, no es el único valor en juego en este ámbito, desde el punto de vista de WEINRIB la estructura interna del derecho privado está comprometida con *una* forma de ver las cosas. Si el derecho privado es autonomía personal, siguiendo al

autor, no puede ser algo distinto de lo que es. Está condicionado por su propia arquitectura a ser autonomía personal y *solo ello*. Sin embargo, el derecho de contratos no solo protege tal valor normativo, aun cuando este tenga una posición dominante en sus reglas, instituciones y prácticas. Lo anterior muestra que, en realidad, resulta más fácil de emparentar la voluntad que la autonomía en el modelo formalista.

Como puede observarse, la formalidad y el compromiso monista de la estructura interna del derecho privado desplaza peligrosamente el protagonismo de los participantes de las prácticas contractuales. Por supuesto, esto no afecta el hecho de que la comprensión del derecho contractual sea efectuada desde dentro del sistema, pero sí lesiona que la perspectiva de quienes forman parte de la relación contractual sea genuinamente determinante en el sentido de las prácticas contractuales. La fuerza obligatoria del contrato no depende *solo* de la existencia formal de un esqueleto uniforme en el derecho contractual, sino que también resulta relevante develar que hay detrás del incumplimiento incondicionado de las prestaciones que es exigido por dicha estructura. Determinar la relevancia del respeto y fomento de la autonomía en las relaciones contractuales importa –entre otras cosas– tener en cuenta las razones en virtud de las cuales los contratantes aceptan el efecto vinculante y lo estiman como algo deseable para el desarrollo de esta clase de prácticas sociales. Una posición interna de entendimiento del derecho privado que superponga la estructura a las consideraciones de los participantes de la práctica contractual que aceptan y refuerzan su normatividad, encontrará problemas para posicionar a valores sustantivos como la autonomía personal en el significado que esta cobra para los contratantes al observar sus pactos. De ahí la necesidad de redirigir esta visión interna por otra versión que no enfrente estos escollos.

Esta dimensión interna protagonizada por quienes son parte de la respectiva práctica social se encuentra célebremente articulada en HART. En el capítulo sexto se retomará esta consideración para mostrar en qué sentido es posible esgrimir una perspectiva interna de comprensión del derecho privado sin asumir los compromisos propios del formalismo y el monismo, como paradigmáticamente lo hace WEINRIB en la reciente filosofía del derecho privado. En este lugar, en tanto, el interés en el planteamiento hartiano está centrado en la repercusión que tiene la distinción entre las reglas jurídicas que componen el sistema jurídico en el resguardo institucional de la autonomía personal. Si es correcto que la autonomía de los

contratantes es el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato, esto debería verse reflejado *de algún modo* en el tipo de reglas que disciplinan las prácticas contractuales.

La autonomía personal está fuertemente asociada a la idea de autogobierno y, como se ha visto, a la posibilidad de tener opciones relevantes para forjar un proyecto personal de vida según nuestros deseos, expectativas e intereses. El tipo de reglas jurídicas que caracteriza la composición regulatoria del derecho contractual es sensible con la vocación de protección y aliento de la autonomía personal que encarna este ámbito. Por ende, la propuesta de justificar normativamente el efecto obligatorio del contrato en el respeto de la autonomía personal de los contratantes se encuentra asentada en la función que cumple la tipología de reglas que tiene una posición de clara mayoría en el derecho privado. En este sentido, se tomará prestada la noción de HART sobre las reglas secundarias que confieren potestades a los particulares. Dichas reglas, según se sostendrá, reflejan la dimensión interna de autonomía personal respecto a la cual corresponde entender buena parte del derecho privado y, por consiguiente, del derecho de contratos en particular. La fuerza obligatoria del vínculo contractual constituye *una* esfera particular de lo que el derecho privado es y en cuyos términos se deben emprender sus tareas justificativas. En consonancia con la apelación a la autonomía personal para fundar el efecto vinculante del contrato, la regla jurídica que la impone en las relaciones contractuales forma parte de «[...] *reglas*, tales como las que prescriben el procedimiento, las formalidades y las condiciones para la celebración de matrimonios, otorgamiento de testamentos o realización de contratos, [que] *indican lo que la gente debe hacer para llevar a la práctica sus deseos*»⁴¹⁶.

De acuerdo con HART, un sistema jurídico propiamente tal debe renunciar a las pretensiones del monismo en teoría del derecho reflejadas en los modelos imperativistas de BENTHAM y AUSTIN, formulados a mediados del siglo XIX⁴¹⁷. Dicho monismo se manifestaba bajo dos puntos de vista: la identidad de las reglas jurídicas y las perspectivas bajo las cuales debe examinarse el fenómeno jurídico. Desde el primer orden de observaciones, el monismo

⁴¹⁶ HART, 1963: 11. Énfasis añadido.

⁴¹⁷ Bajo el contexto de la tradición analítica de la filosofía del derecho, existen distintas tensiones entre estrategias monistas de carácter formal o empíricas y aquellas sensibles a la diversidad de las prácticas sociales, para comprender el fenómeno jurídico. Dichas posiciones se manifiestan en la distinción entre las investigaciones sobre el concepto de derecho y la explicación de la naturaleza del derecho, como desafíos de la teoría del derecho contemporánea. Al respecto, véase PEREIRA FREDES, 2012: 83-104.

normativo consideraba que el ordenamiento jurídico únicamente se encuentra conformado por reglas primarias que imponen obligaciones a los sujetos y establecen sanciones frente a sus infracciones. Tales reglas son de carácter sancionatorio y su imagen paradigmática corresponde a las normas pertenecientes al derecho penal⁴¹⁸. A su vez, bajo el segundo orden de consideraciones, el monismo sugería que resulta suficiente concebir el fenómeno jurídico adoptando un punto de vista externo a las prácticas jurídicas, relativo a aquella posición que desarrolla un observador quien no acepta a las reglas jurídicas como pautas de comportamiento. Sería posible comprender el derecho sin ser, en estricto rigor, parte de él.

El oxoniense rechazó ambas dimensiones monistas, adaptándolas a las exigencias de la diversidad característica del fenómeno jurídico. Respecto al monismo ontológico, los cargos estuvieron asociados a su insuficiencia pues la propuesta no lograba dar cuenta de la diversidad de reglas existente en un sistema jurídico robusto. Aquello se deriva de la tesis según la cual no solo existen reglas primarias que imponen obligaciones y prescriben castigos para el evento que fueren incumplidas, sino que también se advierten reglas secundarias que cumplen una función socialmente distinta de las primarias. El carácter de dichas reglas contrasta radicalmente con la imagen punitiva de las primarias, ya que confieren potestades públicas o privadas. Se trata de reglas potestativas que, en lugar de obligar, facultan a los agentes a conseguir estados de cosas deseados mediante la observancia de ciertos requisitos o procedimientos⁴¹⁹.

En términos de HART, dichas reglas «[...] acuerdan a los particulares *facilidades* para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del derecho»⁴²⁰. De ahí que un modelo monista –en su mejor versión posible– lograría explicar adecuadamente las reglas del derecho penal, sin cubrir el derecho privado al no poder dar cuenta de las reglas jurídicas que allí encuentran su encaje más natural. Si se

⁴¹⁸ Naturalmente, el derecho penal constituye el asiento más cómodo para las reglas primarias, pero de ello no se sigue que este tipo de reglas jurídicas se encuentre presente *exclusivamente* en esa área del derecho. Tampoco, por cierto, en el derecho privado es posible hallar *solo* reglas secundarias.

⁴¹⁹ Estas reglas denotan la *dimensión habilitadora* del derecho, el cual, piensa MACCORMICK, «[...] envuelve la capacidad legalmente atribuida de alterar las situaciones o relaciones jurídicas de los sujetos de derecho». MACCORMICK, 2011: 200.

⁴²⁰ HART, 1963: 35. Énfasis del original.

tuviera que descomponer la estructura regulatoria del sistema jurídico privado, se obtendría un número inagotable de reglas secundarias potestativas, establecidas en las distintas temáticas del derecho privado, tales como propiedad, obligaciones, contratos, restituciones, relaciones familiares y sucesorias⁴²¹. De un modo u otro, esta estructura jurídica del derecho privado descansa en el fundamento que antes se ha sugerido para abordar la fuerza obligatoria del contrato; a saber, la autonomía personal. Hay una conexión inescindible entre las reglas secundarias del derecho privado y el valor del respeto por la autonomía de los participantes de sus relaciones jurídicas.

En este sentido, las reglas que confieren potestades constituyen un mecanismo normativo mediante el cual los agentes pueden desplegar su autonomía en los asuntos jurídicos y aquello «[...] es uno de los grandes aportes del derecho a la vida social [...]»⁴²². Desde la esfera de las instituciones, por ejemplo, el contrato expresa dimensiones de autonomía para los particulares en virtud de las cuales pueden generar núcleos de obligaciones y garantizar la vigencia obligatoria de tales vínculos. Mediante el cumplimiento de los elementos establecidos en reglas potestativas como aquellas que en los sistemas jurídicos privados de raíz continental consagran los requisitos de existencia y validez de los negocios jurídicos, junto con las exigencias específicas de cada figura contractual, los individuos se encuentran facultados para generar autónomamente relaciones obligatorias resguardadas por la autoridad de los términos con que es recogido el *pacta sunt servanda*⁴²³.

Si HART está en lo correcto, entonces, no es trivial la asociación entre las reglas secundarias y el derecho privado, porque el fundamento de aquellas radica precisamente en garantizar el valor normativo de la autonomía de los agentes y estas reglas están al servicio de la operatividad de tal justificación. Tal consideración debiere verse naturalmente agudizada cuando se trata del derecho de contratos. Así, las reglas contractuales poseen un ineludible

⁴²¹ Naturalmente el contraste entre reglas primarias y secundarias encuentra dificultades, si se desea sostener que las primeras son reglas *del* derecho penal y, en tanto, las segundas *del* derecho privado. La comprensión de Hart acerca de las reglas que imponen obligaciones puede conciliarse con las reglas de la responsabilidad extracontractual. Ello acarrea desafíos en la autocomprensión del derecho privado y su eventual apertura a consideraciones punitivas. Al respecto, véase, PEREIRA FREDES, 2015c: 61-78.

⁴²² HART, 1963: 35.

⁴²³ Como observa MACCORMICK, las condiciones y requisitos de las reglas que confieren potestades operan hipotéticamente *si* es que la persona desea y decide cambiar la situación jurídica del modo en que lo estime conveniente, pues «[h]ay ciertas cosas que uno debe hacer si quiere producir ciertos efectos jurídicos, *pero no si uno no quiere*». MACCORMICK, 2011: 201. Énfasis añadido.

compromiso con la autonomía personal de los contratantes, otorgando dimensiones sustantivas a la estructura formal de su reglamentación. Desde estas coordenadas de análisis, el problema de la justificación normativa de la relación contractual puede resolverse, cuando centramos nuestra atención en el tipo de reglas que conforman el sistema jurídico privado y transparentamos su sistemático compromiso con la autonomía personal de quienes participan en sus relaciones.

Piénsese que la interpretación sostenida con anterioridad, relativa a tener presente el rol que jugó la autonomía personal en la formulación del derecho privado en el paradigma del iluminismo, contribuye a tematizar las reglas jurídicas que lo componen bajo el mismo estándar normativo. Del modo en que lo sugería KANT, las esferas de autonomía normativa reconocen la pertinencia de exigencias vinculadas a la observancia y satisfacción de razones formuladas de un modo institucionalizado. En lugar de interrumpir la agencia de los individuos, estas procuran asegurar y encauzar la autonomía de las partes, de manera que las reglas jurídico-privadas no sean solo facultades formales, sino que operen como modalidades institucionalizadas de despliegue de la autonomía personal, habiendo sido precisamente contempladas en el sistema jurídico privado a la luz de su compromiso sustantivo con ese valor.

Finalmente, acerca del déficit de diferenciación de las perspectivas desde las cuales es posible estudiar el fenómeno jurídico, HART consideró que desde un punto de vista externo no sería posible obtener una explicación satisfactoria del derecho⁴²⁴. Podría entenderse a lo jurídico en términos de signos, datos o antecedentes con base en los cuales un observador que se limita a describir el fenómeno jurídico a partir de regularidades puede predecir la aplicación de posibles castigos. Dados ciertos comportamientos, el agente logra predecir la aplicación de consecuencias deseadas o indeseadas, según cuál sea la respectiva conducta. Una modalidad exclusivamente externa de comprensión del derecho ofrecerá elementos predictivos, al sostener que una desviación de la conducta desencadenará, probablemente, reacciones hostiles. En nuestro caso, puede predecirse que cada vez que una persona no hace

⁴²⁴ HART, 1963: 102-113.

lo que ha estipulado enfrentará una consecuencia indeseada, forzándosele a efectuar la prestación debida o bien a indemnizar de perjuicios a la otra parte del contrato.

Pero tal explicación no puede formularse de modo alguno en términos de reglas jurídicas, porque las reglas jurídicas constituyen prácticas sociales y, por consiguiente, no pueden ser genuinamente comprendidas sin considerar el significado que estas representan para los participantes de dicha práctica jurídica⁴²⁵. De modo que los participantes de una práctica social como la jurídica, despliegan una actitud crítico-reflexiva respecto de las distintas reglas jurídicas que la definen. Aquellos adoptan un punto de vista interno sobre las reglas del derecho porque las aceptan, es decir, «[...] *usan* las reglas como criterios o pautas para valorar su conducta y la de los demás»⁴²⁶. En estos términos, aceptan la regla jurídica como guía de la propia conducta. Desde WITTGENSTEIN, seguir una regla importa una práctica social desplegada por parte de una determinada forma de vida⁴²⁷. Y solo hay sistema jurídico –al menos maduramente considerado– allí donde resida la aceptación de las reglas por parte de sus partícipes. El campo contractual no tiene por qué escapar de este diagnóstico y, por el contrario, lo encarna conspicuamente: es indispensable tener presente las razones por las cuales los contratantes aceptan la fuerza obligatoria del contrato y no solo predecir que si no realizan lo que pactan enfrentarán consecuencias jurídicas negativas.

Según fue indicado, en WEINRIB se concebía que buena parte de la estructura del derecho privado pudiera develarse al poner nuestro acento en las prácticas sociales de interacción que se producen entre las partes. El problema es que el acierto sobre cómo enfrentar de mejor modo la comprensión del derecho privado –perspectiva interna– no se traduce en que la lectura del autor sobre tal dimensión interna sea necesariamente la más idónea. Paradójicamente el rol de los participantes quedaba relegado a los componentes institucionales y conceptuales que conforman el organigrama formal e invariable del derecho privado. Sin embargo, la cuestión aquí es posicionar a quienes participan de esas relaciones y develar las razones sustantivas de por qué aceptan las dimensiones institucionales y conceptuales del derecho privado. Mientras que la primera visión parece admitir un carácter

⁴²⁵ HART, 1963: 99-123.

⁴²⁶ HART, 1963: 122.

⁴²⁷ Para el seguimiento de las reglas como prácticas puede consultarse WITTGENSTEIN, 2002: §137-242. Sobre la inexistencia de lenguajes privados en la medida en que no es posible seguir privadamente una regla, véase WITTGENSTEIN, 2002: §243-315.

estático de este ámbito, la reinterpretación aquí ofrecida es flexible y puede acomodarse con enmiendas y variantes reclamadas desde los participantes de las relaciones jurídicas privadas. El ángulo de análisis es antes sustantivo que meramente formal. Ello se explica porque dichas prácticas fomentan la autonomía de los agentes y, a su vez, las reglas jurídicas secundarias materializan institucionalmente sus pretensiones, mediante la observancia de procedimientos para obtener estados de cosas deseados, facultándolos para satisfacer sus planes individuales de vida. Ocurre que esta herramienta conceptual asociada a la perspectiva interna de las reglas jurídicas sugiere que a estas subyacen prácticas sociales, cuyo mérito normativo es aceptado por sus participantes.

De modo que una comprensión vigorosa sobre las reglas jurídicas no puede desplazar el significado que estas representan para quienes de ellas participan. ¿Tiene alguna particularidad el ámbito contractual? Desde luego que no presenta diferencias sustantivas. Pero la apelación a un punto de vista interno de las prácticas contractuales insta a determinar qué significa para los participantes de una relación contractual, la regla jurídica que consagra la fuerza obligatoria del contrato. De seguro los partícipes de la práctica contractual aceptan la regla que establece el *pacta sunt servanda* como una genuina regla jurídica, la cuestión a determinar, entonces, radica en evidenciar las razones de su aceptación⁴²⁸. Y estas exceden los elementos institucionales y conceptuales de la estructura formal del derecho de contratos, pues la actitud crítico-reflexiva de los contratantes gira precisamente en torno a la adecuación

⁴²⁸ Esta cuestión no ha resultado indiferente para la jurisprudencia chilena. La aceptación del *pacta sunt servanda* por los contratantes arrojaría luz acerca de la confianza y seguridad que persiguen en sus compromisos contractuales, fortalecidas por los valores de justicia conmutativa y buena fe que alberga el contrato. Se ha fallado que: «[...] el principio denominado *pacta sunt servanda* en puridad constituye una de las bases del Derecho, pues la voluntad para que las personas puedan acordar sus propias reglas en el negocio jurídico tiene como soporte la confianza de que se cumplirá en forma constante lo que se ha convenido en su momento entre las partes, y en su defecto, su acatamiento forzado está entregado, en su imperio, al poder coercitivo del Estado, motivo por el cual el cumplimiento de lo pactado se erige como una garantía para quienes celebran un compromiso de esa naturaleza. [...] Que la fuerza obligatoria del contrato es factor determinante para la confianza del acreedor y para el crédito. La seguridad del acreedor se funda en la fuerza obligatoria del contrato. Muchos juristas plantean que las limitaciones a la obligatoriedad del contrato atentan contra la seguridad jurídica, pues disminuye la confianza, la tranquilidad de los acreedores, y al mismo tiempo, debilita los créditos. En su interpretación, el contrato en general, está sometido al principio de la justicia conmutativa y al concepto de buena fe, elemento unívoco que contempla como requisito básico la lealtad en las relaciones contractuales para proteger la seguridad jurídica en todos sus aspectos». Corte Suprema, “Cerón con Foto Stereo S.A.”, 13 de octubre de 2014 (casación en el fondo), Rol 1821-2014, voto disidente de los Ministros Blanco y Cerda, considerandos vigésimo tercero y vigésimo cuarto.

y razonabilidad de aquellos componentes, transparentando qué es –desde su modo de ver las cosas– lo valioso de que observen sus acuerdos.

¿Por qué, en definitiva, los contratantes aceptan la obligatoriedad del vínculo contractual? Si el derecho constituye un conjunto de prácticas sociales determinadas por la aceptación de sus participantes, una adecuada comprensión de las reglas secundarias que definen las condiciones de celebración del contrato y la vinculación obligatoria de las partes con lo pactado, requiere necesariamente dar cuenta de que los contratantes no la aceptan como una razón excluyente para sus acciones que no admite tematización por su parte, sino que lo hacen porque aquella promueve un estándar normativo al cual adhieren como pauta de comportamiento. Tal criterio no es otro que la autonomía personal que dicha regla brinda a los contratantes en sus relaciones particulares. La fuerza obligatoria de la relación contractual significa para los contratantes el aseguramiento de su despliegue autónomo en sus relaciones jurídicas.

Desde el prisma de los contratantes, la celebración autónoma de un vínculo contractual no es simplemente una base para predecir su fuerza obligatoria legalmente establecida, sino que el respeto de su autonomía personal es la *razón* de la obligatoriedad de sus acuerdos. Negar la vigencia de la regla que consagra el efecto obligatorio es infringir la autonomía del propio contratante y la agencia que los demás participantes depositan en las prácticas contractuales. Al situar el análisis del fundamento del efecto vinculante del contrato en la dimensión interna de la regla contractual que lo consagra en el respectivo sistema jurídico, no se encuentra un desacuerdo profundo acerca de lo que para los contratantes significa la *ley del contrato*⁴²⁹. Por el contrario, sobre la base de la posición de quienes participan de las prácticas contractuales, es posible hallar una consistencia entre el derecho de contratos y el derecho privado reflejada en el conjunto de exigencias de la autonomía personal que están presentes en ambos ámbitos y, a su vez, en la materialización de aquel ideal que en particular las reglas jurídicas contractuales –según su función social potestativa– les permiten alcanzar en los vínculos interpersonales de cooperación.

⁴²⁹ Respecto a la construcción de la regla contractual, Álvaro VIDAL ha sostenido que tal preocupación se traduce en dos cuestiones correlativas. Por una parte, determinar cómo se construye la regla contractual. Y, por otra, clarificar cuál es la regulación a la que se someterá la conducta de las partes de la relación jurídico-contractual correspondiente. Sobre lo anterior, véase VIDAL OLIVARES, 2000: 209-227.

Si las consideraciones anteriores fueron correctas, la fundamentación normativa de la obligatoriedad del contrato se encuentra asociada al compromiso general del derecho privado, en torno a su apelación al respeto y aliento de la autonomía personal y rechazo a la heteronomía. Existe una comunicación entre ambas consideraciones, ya que aquellas responden a exigencias normativas compartidas sobre la autonomía personal. Las prácticas contractuales replican la apuesta por la autonomía personal que subyace al derecho privado general. Y esto se conserva aun cuando pueda detectarse una mayor intervención legislativa en las relaciones jurídicas que parece conspirar con la voluntad y las promesas que las partes mutuamente se efectúan. La composición interna del derecho de contratos –identificada gracias a sus reglas jurídicas, lenguaje e instituciones distintivas que aceptan sus participantes– refleja una versión madura de la autonomía personal, admitiendo en ella la pertinencia de reglamentaciones tendientes a establecer requisitos o procedimientos para disfrutar de los estados de cosas a los cuales las reglas jurídicas privadas facultan a los contratantes alcanzar.

Una regla jurídica que disponga el *pacta sunt servanda* en un determinado sistema jurídico es aceptada por los participantes del ámbito contractual, porque les sugiere pautas normativas de interacción autónoma que estiman razonables para forjar sus planes personales de vida. La autonomía personal involucrada en la regla que establece la fuerza vinculante del contrato no constituye sino una forma institucionalizada de reconocimiento del respeto y fomento del sistema jurídico privado al despliegue individual de sus participantes. Y de ahí que sea razonable aceptarla como regla jurídica. El efecto obligatorio del contrato sirve para instanciar en las relaciones contractuales uno de los valores más gravitantes en la configuración del derecho privado moderno. Al aceptar la regla que la consagra como pauta de conducta, quienes participan de las prácticas contractuales revelan la vigencia de la autonomía personal como guía de conducta válida para articular nuestras acciones e interacciones con los demás. Los contratos obligan precisamente porque en ello se expresa la apuesta general del derecho privado por la autonomía de los participantes de sus relaciones jurídicas. Al desafiar la obligatoriedad del contrato, por el contrario, se pone en jaque el compromiso de los contratantes con ese valor. Para negar que es la autonomía personal la justificación normativa de la fuerza obligatoria del vínculo contractual, entonces, habría que

renunciar a la autonomía que el derecho privado nos pretende otorgar para desarrollar nuestros proyectos de vida a la luz de nuestras decisiones.

6. TRÁNSITO AL SEGUNDO ORDEN: DEL CONTRATO AL DERECHO PRIVADO

De acuerdo con lo anterior, la autonomía personal constituye el fundamento normativo de la fuerza vinculante de la relación contractual. Esta debe entenderse en el contexto contractual de una manera densa y flexible a las intervenciones legislativas que se han incrementado en la contratación contemporánea. Del mismo modo, la vigencia de este valor normativo constituye una cuestión gradual que debe desprenderse de un posible examen categórico del tipo «todo o nada». La forma en que el derecho de contratos dispone el respeto y aliento de la autonomía personal es sensible con la complejidad y falta de unidad de este ámbito de lo jurídico. De ahí que la autonomía personal no es el único valor en juego en el campo contractual ni resulta menester que aquella se presente de manera ideal en todo el desarrollo de todas las relaciones contractuales para que parezca indubitada su vigencia.

La noción de autonomía personal –según los términos en que su entendimiento fue delineado– ha sido encajada en el derecho de contratos y en el derecho privado. Como puede observarse, la pregunta por el fundamento de la obligatoriedad contractual arrojó consideraciones de segundo orden asociadas a la identidad del derecho privado. En este sentido, se resaltó la pertinencia del rol de la autonomía personal de los contratantes en una perspectiva interna de comprensión del derecho privado, acentuando las razones en virtud de las cuales los participantes de sus prácticas aceptan la regla jurídica que establece el *pacta sunt servanda* en sus relaciones contractuales. A su vez, se procuró conciliar el compromiso por el respeto y fomento de la autonomía personal con el tipo de reglas jurídicas que tiene una posición dominante tanto en el derecho contractual como en el derecho privado en general. Las reglas que confieren potestades a las personas permiten que, una vez que hayan observado los requisitos y procedimientos predeterminados, puedan alcanzar estados de cosas deseados y conducir sus planes personales de vida del modo en que mejor les parezca. Ello constituye una demanda básica del derecho privado en su conjunto y se conjuga con las

raíces intelectuales de las cuales este es deudor según su formación moderna en el contexto continental.

Si la cuestión analizada sobre la fuerza obligatoria del contrato envolvió consideraciones de primer orden relativas a la relación contractual progresivamente estas fueron transitando a un segundo orden de análisis asociado al derecho de contratos y al derecho privado. La apuesta por el respeto y aliento de la autonomía personal de quienes celebran un contrato dice algo relevante acerca del derecho privado en su conjunto. Dicho valor ocupa un lugar gravitante en el fenómeno jurídico privado que excede con creces el vínculo contractual y el derecho de contratos. Por ello, la dimensión interna de los participantes de las prácticas del derecho privado y las reglas jurídicas que les permiten institucionalmente materializar su autonomía cobran una especial significación cuando se trata de conectar la relación contractual y el derecho privado. El valor normativo que justifica el cumplimiento obligatorio en el primero no es sino una instanciación del compromiso general que el segundo manifiesta en sus distintas preocupaciones por el respeto y fomento de las actuaciones autónomas de sus participantes.

Un examen preliminar de la cuestión que aquí nos ocupa podría perfectamente darla por zanjada. La autonomía personal importa un esquema moral idóneo para justificar el efecto vinculante del contrato y puede acomodarse a los retos que ofrece la caída de los postulados de la comprensión tradicional del contrato y a ciertos caracteres de la contratación actual como sucede con el aumento de la intervención legislativa. Su ubicación calza con consideraciones que encarna el derecho privado sobre el rol de la autonomía personal en sus preocupaciones y las reglas que confieren facultades a los participantes de sus prácticas, lo cual puede ser correctamente capturado desde una posición interna de análisis que haga hincapié en los contratantes antes que en la estructura formal de esa área del derecho. El problema es que el tránsito al derecho privado abona la interpretación que se ha sostenido, mas no agota la reflexión filosófica acerca de esta parcela de lo jurídico. ¿Por qué no? Pues a pesar de que la argumentación parezca cerrarse *en el* derecho privado, ocurre precisamente lo contrario. La discusión se redirige a este ámbito con el objeto de cuestionarse por la fundamentación normativa *del* derecho de contratos y *del* derecho privado.

La autonomía personal presenta una historia intelectual, moral y política considerablemente generosa⁴³⁰. Desde luego, su operatividad e incidencia en los asuntos humanos es más amplia que su actuación particular en el derecho contractual y en el derecho privado. Por ello, es natural sostener que dicho valor normativo se encuentra asentado en una determinada filosofía de la moralidad. Ciertamente, el fundamento normativo en el cual encaja de manera más cómoda la autonomía personal es el individualismo. Luego, si la fuerza obligatoria del contrato se justifica en el respeto y aliento de la autonomía personal de los contratantes, puede decirse que este valor encuentra, a su vez, su fundamentación última en el individualismo normativo. Esta consideración es, en principio, correcta y efectivamente resulta pertinente esbozar tal conexión. Pero esa afirmación tiene el peligro de contravenir la complejidad del derecho de contratos antes apuntada, que se manifiesta –entre otras dimensiones– por la aparente presencia de más de un fundamento normativo en el derecho contractual. Según fue revisado en el segundo capítulo, no es del todo claro que solo el individualismo constituya la estructura normativa del derecho de contratos porque existen dimensiones de otro modelo de fundamentación que transita por una dirección distinta al predominio del autointerés del agente. Este fundamento, por ejemplo, podría hallarse en el altruismo o en la solidaridad. Lo relevante en este punto es determinar si acaso la apuesta por la autonomía personal conlleva o no auxiliar la tesis según la cual el derecho contractual y el privado están *exclusivamente* fundados en el individualismo.

A la luz de la complejidad y déficit de uniformidad del derecho contractual podría identificarse otro sustento normativo alternativo al individualismo, a pesar del rol general que desempeña la autonomía personal en la justificación de la obligatoriedad de las prácticas contractuales. Como antes se anotó, la autonomía personal en los términos en que ha sido entendida no tiene por qué ser el único valor importante en el escenario contractual. Pero su posición aventajada podría llevar a considerar que hay solo un fundamento normativo de esa esfera de lo jurídico, con el cual precisamente engarza la autonomía personal. Dado su rendimiento justificativo puede afirmarse que el derecho contractual está uniformemente sustentado en los cánones del individualismo filosófico. Esto sugiere que es correcta la vinculación que con frecuencia se esgrime entre el derecho de contratos y el derecho privado

⁴³⁰ Una vigorosa reconstrucción intelectual e histórica de la llamada *invención de la autonomía* que ocurre en la filosofía moderna se encuentra en SCHNEEWIND, 2009: en especial, 571-624.

con el individualismo. Sin embargo, en muchos casos no existe una clarificación conceptual de qué se entiende por individualismo y en qué sentido el derecho de contratos en particular y el derecho privado en general lo serían.

Al respecto, Guido ALPA apuntó lo siguiente:

[i]nsistir en el elemento de la voluntad significa recuperar una noción que expresaba el individualismo burgués del siglo pasado, en el cual el particular, señor de su propiedad, afirmaba también a sí mismo, su prestigio, su potencia con la manifestación de voluntad. Por ello, está en desuso actualmente esta particular visión de las relaciones jurídicas negociales. Más bien, se prefiere definir el negocio jurídico como ‘autorreglamentación de los intereses’: es un acto con el cual las partes, o la parte individual, regulan intereses de naturaleza económica o intereses no económicos pero igualmente relevantes para el derecho como negocios familiares, acuerdo de separación, etc.⁴³¹.

La reflexión de ALPA es, desde mi punto de vista, correcta en el sentido de identificar el dogma de la voluntad con un tipo de individualismo que fue defendido con fuerza en el contexto decimonónico. Su omisión de la noción de autonomía, por otra parte, es también reveladora. Este valor normativo no es fácil de asentar en cualquier forma de entender las demandas individualistas. En efecto, no parece serlo si se trata del «*individualismo burgués del siglo pasado*» en que se exacerbó la prevalencia del interés propio del contratante sobre el de los demás. De modo que la autonomía personal responde a una versión del individualismo que se aparta de su entendimiento más acentuado de sus exigencias a favor del interés personal del agente y, por el contrario, parece estar más cerca de una visión filosófica del individualismo que tenga en consideración y respete los intereses y derechos de la otra parte del contrato. La autonomía personal no solo honra y eleva la propia actuación autónoma, sino que también exige respetar el despliegue de la ajena. Tal criterio es bastante más exigente que solo velar por la materialización de nuestras expectativas, decisiones y preferencias.

⁴³¹ ALPA, 2018: 33. Énfasis añadido.

De ahí que la observación de ALPA resulta de especial interés para perfilar la línea de reflexión en este segundo orden de cosas. Como se ha visto, la voluntad y la autonomía personal constituyen parámetros relevantes para la comprensión y justificación de la obligatoriedad de la relación contractual. En este capítulo se ha argumentado a favor del segundo parámetro diferenciándolo del primero, a pesar del fuerte influjo de la voluntad en los estudios tradicionales de derecho contractual. Si bien pudiere pensarse que ambas nociones se ajustan a *un* fundamento normativo individualista común, siguiendo a ALPA, el empeño dogmático por recuperar la voluntad en la contratación actual importa recrear una manera de entender el individualismo que no es la que cobra mayor vigencia ni tampoco la que puede intuirse que posee más pertinencia para hacer frente a las prácticas contractuales, tal como las conocemos a diario. Si voluntad y autonomía no son términos equivalentes, entonces, podemos pensar que no necesariamente están fundadas sobre la base del *mismo* sentido de individualismo. El alegato de ALPA no opera contra el individualismo –*qua* individualismo– sino contra una forma de comprenderlo, que es precisamente en la que descansa el dogma dieciochesco de la voluntad contractual⁴³². No hay que olvidar que durante el capítulo precedente la idea según la cual el contrato es, en un sentido importante, la expresión de la voluntad de los contratantes fue atendida como uno de los postulados de la comprensión tradicional del contrato, cuya pérdida de correspondencia con la realidad contractual pone en entredicho la vigencia o el eventual *desplome* de ese modo de ver el contrato.

Las demandas de pluralidad que se decantan de la complejidad del derecho de contratos y su falta de homogeneidad orientan la discusión no solo sobre la diversidad de maneras de leer el individualismo filosófico, sino también el cuestionamiento si acaso únicamente hay individualismo en la composición normativa del derecho contractual. Como se analizará, puede ser el caso que no sea del todo correcto aseverar una fundamentación monista en esta

⁴³² KIMEL, por su parte, también arroja luz sobre esta cuestión cuando diferencia entre dos moralidades. La primera la identifica como «individualista» y, en tanto, la segunda la entiende como «no-individualista». Su teoría liberal del contrato la posiciona sobre la base de la segunda clase de moral que acepta una pluralidad de fuentes normativas y no solo hay una apelación al despliegue de la autonomía personal de los agentes. Como es indicado, «[...] en el marco de la teoría liberal no-individualista, resulta particularmente fácil ver que sin importar la adhesión al valor de la autonomía personal, las consecuencias normativas de un intento de asunción voluntaria de una obligación no están totalmente determinadas por la libre voluntad del individuo». KIMEL, 2018: 208. Una evaluación crítica de la inestabilidad del no-individualismo de su posición se encuentra en PAPAYANNIS y PEREIRA FREDES, 2018a: 43-46.

área de lo jurídico, así como tampoco predicarla respecto del derecho privado general. Los estudios tradicionales han afianzado el derecho contractual en el individualismo, pero puede que no exista solo un modo de entender ese esquema de fundamentación moral de las acciones y relaciones humanas, ni tampoco que esté solo el individualismo allí presente. La distinción entre voluntad y autonomía personal inclinan la balanza a favor de la existencia de distintas formas de entender el individualismo y, a su vez, la consideración según la cual la autonomía personal no es el único valor en juego en el escenario contractual sustenta válidamente las sospechas de que tampoco hay únicamente individualismo en el derecho de contratos.

Con todo, el esclarecimiento de la fundamentación normativa del derecho contractual –sea o no unitaria– constituye una tarea indispensable para sentar las bases de una teoría del contrato. El primero objetivo asociado a determinar una justificación apropiada para la fuerza obligatoria del contrato fue alcanzado al posicionar la autonomía personal en las prácticas contractuales, del modo en que se delineó. El segundo objetivo vinculado a indagar si junto con el individualismo existe otro fundamento normativo en el derecho de contratos –y en el derecho privado– comenzará a tematizarse a partir de este punto de reflexión. La apuesta será por develar la presencia del altruismo –en una determinada acepción del término– en la composición normativa del derecho contractual. Si esta empresa es alcanzada satisfactoriamente se trasladará al derecho privado. Como fue apuntado, la discusión sobre el efecto vinculante del contrato permitió el traslado a un segundo orden de reflexión filosófica centrando el interés en la fundamentación normativa del derecho de contratos y del derecho privado. Solo de este modo, a mi juicio, puede esgrimirse preliminarmente una teoría del contrato que tenga incidencia sustantiva en la filosofía del derecho privado.

Se buscará mostrar que la relevancia de la autonomía personal en el contrato no conlleva admitir que el derecho de contratos esté uniformemente fundado en el individualismo filosófico. Pues incluso en la mejor lectura que puede formularse respecto de tal modelo de justificación normativa, este es insuficiente y no logra cubrir la complejidad de demandas que existen para los contratantes. El individualismo –ni aun en su versión más vigorosa– da cuenta de todos los deberes de los contratantes que subyacen a institutos distintivos del derecho contractual. Si esto fuere estimado como correcto, puede traspalarse sus

conclusiones al derecho privado. El fundamento individualista *no cuenta toda la historia* del derecho de contratos ni del derecho privado, pues ambas esferas del derecho están comprometidas con su complejidad que está manifestada en estos términos con la falta de unidad y presencia de diversidad en la composición normativa.

La teoría del contrato que aquí se propone permite repensar el derecho privado formulando la idea de un derecho privado robusto. Lo interesante es que tal cuestión se puede alcanzar *desde* la reflexión filosófica sobre lo contractual. Así, el tránsito desde la autonomía al altruismo mostrará que la conformación de la idea de derecho privado robusto debe reconocer, al menos, la existencia de dos fundamentos normativos distintos en sus diferentes preocupaciones. Por ello, lo que pudo parecer clausurado gracias al posicionamiento de la autonomía personal de los contratantes como justificación de la obligatoriedad contractual, en verdad, abrió la puerta para analizar filosóficamente la fundamentación normativa del derecho de contratos y del derecho privado. Una teoría del contrato vigorosa debe decir, desde mi modo de ver, algo relevante acerca del derecho privado. En lo que sigue, se echará luz acerca de que la autonomía personal según el modo en que fue reinterpretada no debe hacernos pensar que *todo* el derecho de contratos está sencillamente sustentado en el individualismo. Parte de las consecuencias derivadas de la complejidad del derecho de contratos radica en reconocer que es posible hallar al menos una dualidad de fundamentos normativos y esto constituye una observación sobre la cual hay buenas razones para predicarla del derecho privado general. Al menos, lo es cuando este es pensado en términos robustos. Y esta es la aspiración que alberga la presente investigación.

CUARTO CAPÍTULO

ALTRUISMO EN EL DERECHO DE CONTRATOS

1. ALTRUISMO E INTERÉS POR EL OTRO
 - 1.1.Lecturas del individualismo
 - 1.2.Un poco de altruismo
 - 1.2.1. Dos fundamentos
 - 1.2.2. Versiones del altruismo
2. TRES ESTRATEGIAS PARA SITUAR EL ALTRUISMO EN EL DERECHO DE CONTRATOS
 - 2.1.Autonomía y altruismo
 - 2.2.Reglas privadas y adjudicación: entre el interés propio y el ajeno
 - 2.3.Altruismo e instituciones del derecho contractual
 - 2.3.1. Excesiva onerosidad sobreviniente
 - 2.3.2. Deberes preliminares de información
 - 2.3.3. Buena fe
 - 2.3.4. Abuso del derecho

[e]l individualismo, el libre pensamiento, no datan ni de nuestros días, ni de 1789, ni la reforma, ni la escolástica, ni la caída del politeísmo grecolatino o de las teocracias orientales. Es un fenómeno que no comienza en parte alguna, sino que se desenvuelve, sin detenerse, durante todo el transcurso de la historia. Seguramente que ese movimiento no es rectilíneo.

DURKHEIM, 2012: 222

[h]ay todavía una diferencia entre mi vida y las vidas de otras personas. Pero la diferencia es menor. Las otras personas están más próximas. Y yo estoy menos preocupado por el resto de mi propia vida, y más preocupado por la vida de los demás.

PARFIT, 2004: 497.

1. ALTRUISMO E INTERÉS POR EL OTRO

En el capítulo anterior fue revisada la relevancia de la autonomía en el derecho de contratos. Según fue sugerido, su respeto y protección constituye el fundamento de la obligatoriedad contractual. Pero para que ella pueda desempeñar este rol es necesario que sea entendida en los términos en que KIMEL la ha formulado, es decir, como una noción densa y flexible. De modo que logre adaptarse al *nuevo* derecho de contratos. Esto supone que es una apuesta muy arriesgada plantear que el derecho contractual contemporáneo, cuyos caracteres fueron analizados durante el capítulo segundo, invita a anular el valor de la autonomía personal en la explicación y justificación de las relaciones contractuales. La cuestión parece ser más bien de reinterpretación antes que de abandono.

Un aspecto en el cual se hizo hincapié radica en que la autonomía tiene tanto un rendimiento explicativo como justificativo en el derecho de contratos. Por una parte, permite articular una explicación adecuada de la racionalidad conforme con la cual se originan, ejecutan y concluyen los vínculos contractuales y, por otra, provee razones para que todo ello se desarrolle de la manera en que usualmente ocurre. El derecho contractual tiene un fuerte compromiso con la protección y el fomento de la autonomía de los contratantes y ello subyace a sus distintas reglas, instituciones y prácticas. Tal compromiso trasciende al problema de la justificación de la fuerza obligatoria del contrato y es posible extrapolarlo a las distintas dimensiones de análisis que son parte del derecho de contratos en su conjunto. El derecho contractual es, en buena medida, un asunto relativo a la autonomía de las partes. Sin embargo, no es la única consideración que está ahí en juego.

Por consiguiente, una teoría del contrato debe inevitablemente centrar su mirada en la autonomía para dar cuenta de manera satisfactoria del fenómeno contractual. Mas esto solo constituye el primer paso. Cuando se indagan los fundamentos normativos sobre los cuales está asentado el derecho de contratos se devela parte de las tensiones que lo caracterizan. Durante el segundo capítulo se abogó por la necesidad de que la reflexión acerca del contrato saque partido de la complejidad del derecho contractual. En lugar de perseguir explicaciones uniformes y homogéneas que intenten decir *todo* lo relevante de esta área sobre la base de un *único* parámetro, es conveniente capturar sus matices y mostrar su diversidad y las tensiones

que enfrenta. Esto contribuye a evitar la simplificación teórica en que puede incurrir toda empresa monista acerca de lo contractual.

Desde estas coordenadas, entonces, se formula el presente capítulo. Su objetivo es arrojar luz acerca de la complejidad del derecho de contratos a partir de la presencia del altruismo entre sus fundamentos normativos. Gracias a esto, con posterioridad se podrá mostrar en qué sentido el posicionamiento del altruismo en el derecho contractual contribuye a perfilar la idea de derecho privado robusto. Según se dirá, el altruismo –entendido en un sentido moderado– constituye un parámetro normativo bajo el cual es posible explicar y justificar el derecho de los contratos. Naturalmente, no todo el derecho contractual, pero sí al menos una parte de este. Hay un conjunto de reglas, instituciones y prácticas a las cuales subyace un ideal altruista y cuya atención es indispensable para que la filosofía del derecho privado alcance explicaciones y justificaciones más fuertes. Forjar la idea de un derecho privado vigoroso va de la mano con renunciar a los análisis monistas y explorar las distintas modalidades en que se sustenta y manifiesta el derecho privado.

Como podrá observarse, el discurso de la investigación ha transitado progresivamente al derecho privado. De acuerdo con lo expuesto en la sección 6 del capítulo anterior, las conclusiones extraídas acerca de la relevancia de la autonomía para el derecho contractual es posible extenderla a otras preocupaciones del derecho privado, como ocurre, al menos, con el derecho de propiedad, de daños y de restituciones y enriquecimiento injustificado. La autonomía cumple un rol en la explicación y justificación de cada una de estas esferas del derecho privado. El punto que fue evidenciado es que al hablar del derecho de contratos se dice algo relevante acerca del derecho privado. De modo que, en principio, al explorar la importancia del respeto de la autonomía en el derecho de contratos se contribuye a clarificar buena parte de los compromisos del derecho privado. Por ello, es que la autonomía ha servido de nexo para trasladar el estudio hacia un segundo orden de cosas.

Ahora bien, el valor de la autonomía, desde mi perspectiva, responde a una determinada manera de ver la moralidad humana y que fue encarnada por el derecho privado moderno gracias a la codificación. Pese a que los estudios dogmáticos han prestado atención a la autonomía no lo han hecho del mismo modo con la filosofía en la cual esta noción encuentra su encaje de forma más natural. La autonomía, aun cuando sea esgrimida de acuerdo con los

términos planteados en el capítulo precedente, tiene cabida en un pensamiento moral individualista⁴³³. De allí que es tentador suponer que si la autonomía da cuenta suficientemente del derecho de contratos debe también hacerlo respecto del derecho privado. Y, si esto fuere así, se podría sugerir que el individualismo constituye *el* sustento normativo a partir del cual se encuentran diseñadas *todas* las reglas, instituciones y prácticas del derecho contractual, así como del derecho privado. Pero esta sería una versión poco satisfactoria tanto del derecho de contratos como del derecho privado, en la medida en que cedería en favor de la homogeneidad, acarreando la simplificación teórica de ambos objetos de análisis. La autonomía, del mismo modo que otros posibles valores que son resguardados en el derecho privado, tienen una determinada fundamentación. Así, la justificación del respeto a la autonomía de los contratantes está basada en los cánones individualistas del derecho privado.

Como se verá, no obstante, el individualismo no es el único fundamento normativo que tiene vigencia en el derecho de contratos ni tampoco en el derecho privado. De modo que la conexión entre la autonomía y el individualismo únicamente muestra una parte de estos fenómenos, sin lograr capturar la complejidad de ambos. Frente a los parámetros individualistas se encuentran las consideraciones altruistas que tienen lugar en el derecho de contratos y, si estas intuiciones son correctas, en el derecho privado. Es la tensión entre el individualismo y el altruismo una de las que están disponibles para beneficiarse teóricamente de la complejidad del derecho contractual en particular y del derecho privado en general. Por ello, este capítulo inicia sus observaciones con esa tensión y buscará mostrar cómo el altruismo ilumina la explicación y justificación de ciertas reglas, instituciones y prácticas del derecho de contratos y, a su vez, contribuye a conformar una idea robusta acerca del derecho privado.

La tensión entre individualismo y altruismo está inserta en el derecho contractual y en el derecho privado. Aun cuando los estudios tradicionales de derecho privado únicamente

⁴³³ De acuerdo con Andreas von TUHR, la ley, al admitir los negocios jurídicos de las partes, «[...] reconoce a los sujetos de derecho la posibilidad de reglamentar por sí mismos sus relaciones. Sobre esta posibilidad, a la que suele darse el nombre de *autonomía privada*, descansa nuestro régimen económico y jurídico; régimen que, a pesar de las corrientes de socialización cada vez más acentuadas, *sigue teniendo un carácter marcadamente individualista*». TUHR, 2007: 80. Énfasis añadido. Por su parte, autores como Louis JOSSEAND han hecho hincapié en la conexión entre la autonomía de la voluntad y el pensamiento liberal, anotando que ese principio «[...] domina incontestablemente todo nuestro derecho y le imprime un sentido esencialmente liberal». JOSSEAND, 2019: 91.

prestan atención a los cánones individualistas que indistintamente rondan sus partes, la presencia del altruismo es *uno* de los tantos reflejos disponibles de la complejidad del derecho de contratos, así como del derecho privado. Por eso, la contraposición que se mostrará entre ambos parámetros es central para dar cuenta de un rasgo general del derecho privado y que una teoría del derecho que pretende dar cuenta de este debe necesariamente capturar: el derecho privado tiene, al menos, dos fundamentos normativos⁴³⁴. Ahora bien, la cuestión inicial es determinar qué se entiende por individualismo y altruismo para el desarrollo de esta empresa. Esto es relevante porque ambos términos pueden estar comprendidos de una manera en que aquí no resultará interesante para mostrar la relación que media entre ellos. Como se verá, tanto el individualismo como el altruismo pueden ser pensados en dos sentidos diferentes y, frente a esta disyuntiva, la propuesta se inclina por una dirección opuesta según se trate de uno u otro fundamento. Mientras que en el caso del individualismo se adaptará una versión *desinteresada*, en el altruismo se suscribirá una versión *moderada*. La idea es dar cuenta de la concepción más robusta del individualismo para la fundamentación del derecho privado y enfrentarla con una lectura menos exigente de los postulados altruistas que resulten pertinentes para las preocupaciones del derecho privado. Ello paradójicamente devela el hecho de que basta con una lectura moderada del altruismo para echar luz sobre la complejidad del derecho contractual y sentar las bases de la idea de un derecho privado robusto.

1.1.Lecturas del individualismo

Para efectos de conceptualizar preliminarmente el individualismo se volverá a echar mano al planteamiento de KENNEDY, quien formula la distinción entre ambos modelos de fundamentación en torno a la división que debe o no operar respecto de los intereses de los individuos. El individualismo, por una parte, supone la demarcación entre intereses propios y ajenos y el altruismo, por la suya, afirma que tal fractura en realidad no es tal. ¿Cuál entiende este autor que es, entonces, el núcleo de la filosofía individualista? En sus términos,

⁴³⁴ El contraste entre individualismo y altruismo que aquí se encuentra articulado en términos normativos según el predominio o no que tienen los intereses personales sobre los ajenos, no desconoce que hay diversas versiones del individualismo, como ocurre con su lectura *metodológica e ideológica*, y estas variantes se contraponen más bien al colectivismo que al altruismo. Respecto de los sentidos del individualismo, puede consultarse LUKES, 1975: especialmente, 102 y ss.

[I]a esencia del individualismo reside en trazar una distinción radical entre los propios intereses y los de los demás, combinada con la creencia de que una preferencia en la conducta ajustada a los propios intereses es legítima, pero que debemos estar dispuestos a respetar las reglas que hacen posible que tal preferencia coexista con otras igualmente ajustadas a otros intereses⁴³⁵.

Esta aproximación tiene dos rasgos principales. En primer lugar, se basa en la fractura entre los intereses propios y ajenos. Tal separación es, desde la mirada de KENNEDY, de carácter radical. De ello se sigue que las ganancias y beneficios que el sujeto reporte serán únicamente disfrutados por él y que, a su vez, los gravámenes y pérdidas sufridas por los demás, solo serán soportados por estos. Es decir, para el agente no es necesario sacrificar sus ganancias, compartiéndolas con los demás individuos de la comunidad, ni tampoco debe auxiliarles asumiendo las pérdidas que estos enfrentan. Del mismo modo, los réditos que los otros obtengan serán propios y no afectarán al agente y, en tanto, los infortunios experimentados por el agente se radicarán exclusivamente en su patrimonio. La demarcación de intereses es un aspecto constitutivo de la filosofía individualista y justifica por qué un individuo, en principio, no debe efectuar acciones en favor de los demás si no existe una obligación de hacerlo. Cada agente vela por sus intereses y solo realiza aquello a lo cual se ha vinculado, con independencia de si ello favorece o no a los intereses de los demás individuos.

El modo de ver el individualismo que formula KENNEDY ofrece una dificultad respecto de cubrir la totalidad de implicancias que están en juego en la separación entre los intereses. Naturalmente, esto es correcto. Existe una separación entre intereses propios y ajenos. La filosofía individualista propugna dicha demarcación, pero esta no es una cuestión ontológica sino más bien normativa. El punto relevante del divorcio entre intereses propios y ajenos radica en que hay un *predominio* de los primeros sobre los segundos. Esta dimensión normativa es la que, a mi juicio, permite deslindar entre las distintas fundamentaciones. Como se verá, el altruismo también supone la diferencia entre el interés personal y el ajeno, pero rechaza que de ello se deriva la preeminencia de los intereses propios. De modo que en

⁴³⁵ KENNEDY, 1976: 166.

lo que resta del trabajo se suscribirá la visión del individualismo asumiendo esta variante sobre la separación de intereses del modo en que es presentada por KENNEDY.

En segundo lugar, el autor introduce un elemento distintivo que hace frente a la preferencia por la actuación dirigida por el autointerés, es decir, alude a la relación que tiene el agente con los otros en la búsqueda de su propio interés. El matiz está en la posibilidad o no de que en virtud del ejercicio y satisfacción del interés propio se pueda lesionar los intereses y derechos de los demás. Dicha dimensión abre la puerta para distinguir entre dos lecturas del individualismo.

Precisamente, la visión de KENNEDY suscribe, a mi juicio, una posición *desinteresada* acerca del individualismo que está en oposición de una lectura *egoísta*⁴³⁶. En ambas perspectivas se encuentra asentado el predominio del interés personal sobre el interés ajeno que es la consecuencia normativa de la fractura entre intereses, pero se distancian entre sí respecto de la forma cómo la preferencia del autointerés se relaciona con las expectativas de los demás y son observadas las normas que velan por la coexistencia general de intereses. Pues, con base en una posición desinteresada del individualismo, del predominio del interés personal sobre el ajeno no se sigue la legitimidad para causar daños a los terceros en la búsqueda de la autosatisfacción. La ruptura entre intereses propios y ajenos, junto con el predominio de los primeros, es perfectamente compatible con la limitación de causar daño o vulnerar los intereses y derechos de los demás. Esta no legitima que el individuo en aras de la satisfacción de sus necesidades y expectativas transgreda los intereses ajenos. Una de las fortalezas de esta manera de entender el individualismo es que no está asociado a una defensa pura del autointerés que sería conciliable con la lectura egoísta. En efecto, tal observación es prevista por el autor, al sostener que «[e]s importante tener claro desde un principio que el individualismo es radicalmente diferente del puro egoísmo, o de la visión de que es imposible

⁴³⁶ La expresión «desinteresado» con el cual denomino a esta versión del individualismo es tomada del trabajo de John RAWLS. Su concepción normativa de los individuos en tanto personas que son libres e iguales en condiciones imparciales constituye una influyente manera de verles, que los despoja tanto el autointerés egoísta como de los intereses por los demás. En la posición original, piensa RAWLS, los agentes «[...] son racionales y mutuamente desinteresados. *Esto no quiere decir que sean egoístas*, es decir, que sean individuos que sólo tengan ciertos tipos de intereses, tales como riqueza, prestigio y poder. Sin embargo, *se les concibe como seres que no están interesados en los intereses ajenos*». RAWLS, 1995: 26. Énfasis añadido. Esta ausencia de interés cobrará especial importancia cuando el altruismo que aquí es defendido sea confrontado al ideal de la solidaridad que en el derecho de contratos promueve el solidarismo contractual.

o indeseable fijar cualquier límite a la búsqueda del propio interés»⁴³⁷. Ello explica por qué para el individualista –en este sentido del término– la preferencia por sus intereses está en sintonía con el respeto por las reglas que velan por los intereses de los demás individuos del cuerpo social. No hay oposición entre ser individualista y observar las reglas establecidas para la convivencia recíproca, evitando causar daños a los otros o menoscabar sus expectativas⁴³⁸.

La compatibilidad entre el individualismo que promueve el interés propio y la proscripción del daño a los terceros se encuentra presente en la historia intelectual de esta forma de ver la moralidad. En el esquema milleano, por ejemplo, se emparentan ambas prevenciones. En su defensa por la libertad individual de los agentes, MILL afirmó que la primera máxima de su doctrina radica en que «[...] el individuo no debe cuentas a la sociedad por sus actos, *en cuanto éstos no se refieren a los intereses de ninguna otra persona, sino a él mismo*»⁴³⁹. De este pasaje se desprende con meridiana claridad la división de intereses entre el individuo y el resto de personas que conforman la comunidad y, del mismo modo, se transparenta que las acciones del agente únicamente responden a sus intereses: la actuación individual está solo dirigida por el autointerés. Al mirar aisladamente la indicación de MILL sus conclusiones se acomodan con los parámetros del individualismo egoísta. De ahí que junto con la fractura radical entre los intereses abogue por la primacía de los propios, desplazando categóricamente aquellos pertenecientes a los demás.

No obstante lo anterior, la segunda máxima milleana contribuye a matizar la intensidad de la primera. De acuerdo con MILL, «[...] de los actos perjudiciales para los intereses de los demás es responsable el individuo, el cual a un castigo legal o social, si la sociedad es de opinión que uno u otro es necesario para su protección»⁴⁴⁰. En el despliegue de su actuación libre, el individuo no está autorizado para lesionar los intereses de las otras personas, siendo sujeto del principio de responsabilidad personal por sus acciones si ello tuviere lugar. Por eso es

⁴³⁷ KENNEDY, 1976: 166.

⁴³⁸ Bernard WILLIAMS notó este punto a propósito de sus distinciones entre lo moral y lo prudencial, señalando que su tratamiento «[...] tiene que ser capaz de *distinguir entre acciones y proyectos que son egoístas* y que están al servicio de la gratificación o la seguridad del agente a expensas de los otros, y *los que tienen en cuenta los intereses de los otros*». WILLIAMS, 1998: 79. Énfasis añadido.

⁴³⁹ MILL, 2004: 95. Énfasis añadido.

⁴⁴⁰ MILL, 2004: 95.

que, pese a la natural resistencia de su pensamiento con favorecer las intervenciones del Estado que restrinjan la libertad los individuos, afirmó que la intervención de la sociedad está justificada cuando existe, precisamente, «[...] *daño o riesgo de daño a los intereses de los demás* [...]»⁴⁴¹. El principio de no daño a terceros es, de esta manera, un elemento distintivo del individualismo clásico de MILL, el cual es reproducido por diversas variantes del individualismo en su faz desinteresada. Su comunicación opera por las demandas que tiene la autonomía como ideal regulativo de las acciones para los agentes. Gracias a la autonomía es posible compaginar el interés personal con el posicionamiento de los intereses ajenos. Por el primero no está justificado provocar daños a los segundos.

Este punto es relevante para KENNEDY pues le permite hacer hincapié en el rol que juega la autonomía en el discurso individualista. Precisamente, el contraste entre la moralidad del individualismo y los esquemas puramente egoístas o que niegan la existencia de límites para alcanzar los intereses personales, es la noción de autonomía. Una buena lectura del individualismo está sustentada en la autonomía, porque esta «[...] tiene un fuerte contenido moral afirmativo: la exigencia del respeto por los derechos de otros»⁴⁴². El respeto por el interés ajeno es una demanda naturalmente pertinente para este individualismo y ella en nada obsta para mantener la separación entre los intereses de las personas ni la preferencia que cede en favor de los intereses personales⁴⁴³. Ya se han indicado un cúmulo de observaciones acerca de la autonomía y su relevancia para el derecho contractual. En lo que sigue, su vinculación con el tipo de individualismo que acá me interesa discutir se volverá más nítida. Lo anterior es sin perjuicio de las posibles dimensiones altruistas que, más adelante, se deslizará también admite la autonomía.

Veamos dos versiones de la autonomía en la tradición del individualismo filosófico que ayudan a fundar la tesis según la cual este valor normativo exige el respeto por los derechos e intereses ajenos y, por tanto, refleja una imagen desinteresada del individualismo que es distinta de aquella que lo asocia al egoísmo o a la pretensión de satisfacer los intereses propios

⁴⁴¹ MILL, 2004: 95. Énfasis añadido.

⁴⁴² KENNEDY, 1976: 166.

⁴⁴³ Respecto de formulaciones de la autonomía en el derecho de contratos que asuman esta exigencia de respeto por el otro contratante, desplegándose en un marco de bilateralidad entre las partes, véase FRIED, 1996; KIMEL, 2018 y PEREIRA FREDES, 2016. Para el desarrollo y evaluación crítica de la teoría contractual de KIMEL puede revisarse PAPAYANNIS y PEREIRA FREDES, 2018a: 13-50.

sin reconocer barreras para ello. De un lado, el pensamiento kantiano que ya ha sido revisado. Y, de otro, el enfoque de ROUSSEAU. Para KANT el derecho consiste en «[...] el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad»⁴⁴⁴. De ahí que una acción es conforme a derecho en la medida en que la libertad de un arbitrio puede coexistir con la libertad de los demás arbitrios bajo el reinado de la legislación universal de la libertad. El derecho, entonces, se ocuparía de la legislación exterior que rige la manera en que los arbitrios se comportan y relacionan entre sí en sociedad. El despliegue libre de un arbitrio no justifica que los demás arbitrios sean obstaculizados, porque aquel no puede perjudicar con su acción externa a los demás arbitrios. La libertad del primero puede coexistir con la libertad de los demás, pero el obstáculo que causa agravio al primero, en cambio, no puede coexistir con la libertad, según las leyes universales que gobiernan el principio general del derecho kantiano.

El individualismo kantiano descansa, como se ha visto, en el principio supremo de la moralidad que es la autonomía. Este, a su vez, cobra sentido por la suscripción teórica que realiza KANT respecto de la libertad. Y es esta noción la cual es resguardada por el derecho ya que asegura que la libertad de los arbitrios puede conjuntamente desarrollarse, precaviendo que de manera externa uno obstaculice a otro de ellos. Así, el derecho opera como condición de posibilidad de la coexistencia de arbitrios libres. Este respeto por los demás arbitrios y la restricción a causarles agravio es decisivo para mostrar un individualismo como el que KENNEDY tiene en mente cuando se le distingue del puro egoísmo. La aceptación y el respeto por las reglas que nos entregamos de manera autónoma contribuye a compatibilizar la preferencia por el interés personal con el debido resguardo de los intereses de los demás. Forma parte del ideal de autonomía, entonces, perseguir el propio interés en consideración con los intereses ajenos, condicionando con ello que puedan coexistir. Como indica KANT, el contenido de la ley universal del derecho contiene dicha exigencia: «[...] obra externamente de tal modo que el uso libre de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de cada uno según una ley universal de la libertad [...]»⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ KANT, 1999: 39, §B203.

⁴⁴⁵ KANT, 1999: 40, §C321.

Desde el punto de vista de la filosofía de ROUSSEAU, por su parte, el ideal regulativo del autogobierno está expresado con claridad en el espacio público. Su individualismo es bastante más complejo que el kantiano ya que entrelaza la actuación particular de cada agente con la formación de la comunidad política de la cual cada individuo es parte necesaria e indivisible del todo. Para los efectos que aquí interesan, creo, basta con indicar el tránsito entre el estado de naturaleza y la constitución del pacto social para mostrar en qué sentido su individualismo es, al igual que el esgrimido por KANT, desinteresado y respetuoso de los intereses de los demás que están expresados en el cuerpo político que conjuntamente dan lugar. Cuando los individuos unen sus fuerzas para actuar de forma asociativa y regirse de común acuerdo se logra constituir el contrato social. Sin embargo, el problema que en ROUSSEAU esta figura busca resolver radica en cómo es posible conservar la libertad y las fuerzas que cada individuo posee y, al mismo tiempo, someterse a los dictámenes de una voluntad general gracias a la cual se constituye el Estado. En sus palabras, el desafío es «[e]ncontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y gracias a la cual *cada uno, en unión de todos los demás, solamente se obedezca a sí mismo y quede tan libre como antes*»⁴⁴⁶.

Si bien cada individuo cuenta con libertad y fuerza, estas no son suficientes para asegurar su conservación de forma individual. Ellos requieren apelar a la cooperación y que cada contratante particular realice un acto de enajenación de todos sus derechos a favor de la comunidad, garantizando la vigencia de una condición que sea igual para todos. Tal unión es calificada por ROUSSEAU como perfecta porque evita que cada individuo pretenda ser su propio juez, volviendo en vano el esfuerzo asociativo. La manera en que el fraccionamiento entre los individuos disociados avanza hacia la formación del pacto en que cada uno pone en común su persona, pone en evidencia el resguardo que cada uno tiene de su libertad, aunque se pierde la libertad natural se gana la libertad moral. Según ROUSSEAU, «[...] dándose cada uno a todos, no se da a nadie, y, como no hay ningún asociado sobre el que no se adquiera el derecho que se otorga sobre uno mismo, se gana el equivalente de todo lo que se pierde y más fuerza para conservar o que se tiene»⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ ROUSSEAU, 1995: 14. Énfasis añadido.

⁴⁴⁷ ROUSSEAU, 1995: 15.

Una vez que el contrato social ha sido forjado y las voluntades particulares devienen en una voluntad general, los asociados pasan a ser parte indivisible del todo y su ideal de autonomía es perfectamente satisfecho. La infracción del pacto y de las reglas derivadas de la asunción del Estado es rechazada por la misma constitución del cuerpo político. Si la voluntad de cada contratante es, a su vez, la voluntad general a la cual cada uno ha ayudado a formar, no hay razón para contrariar las reglas que esta última se da a sí misma tal como cada uno de sus miembros respecto de sí. El mismo razonamiento se emplea para abonar el respeto por las libertades ajenas y la prohibición de lesionar los intereses de los demás asociados: cada uno de ellos sigue siendo soberano de su vida, conduciéndose y tomando sus decisiones de manera autónoma. El Estado, en tanto, formula los parámetros comunes para que todo ello tenga efectivamente lugar. Su interés no es sino el interés de cada individuo que lo compone.

De ahí que estas coordenadas de análisis también sugieren la presencia de un individualismo desinteresado en el sentido de que cada individuo se gobierna a sí mismo tanto antes como después de la conformación de la voluntad general. Gracias a su asociación común cada miembro queda tan libre como lo era antes. Si la validez de esta organización es la autonomía con que se ha formado, entonces, no está justificado desatender los derechos de los otros asociados ni transgredir las reglas que ha arrojado la asociación porque esto sería, en buenos términos, contradecir las pautas que cada uno se ha entregado para sí. Tal perspectiva acerca de la autonomía –que introduce innegables consideraciones comunitarias– afianza la posibilidad de ejercer las propias decisiones y velar por los propios intereses mediante reglas y un diseño institucional común en cuyo marco todo ello sea plausible.

Estos esquemas reflejan dos maneras de fundamentar una visión desinteresada del individualismo, que exige el respeto de los derechos de los otros, no autorizando lesionarlos en razón de la satisfacción de los propios. Ambos coinciden, asimismo, en su diferenciación con un esquema egoísta. Este último representa, en estos términos, un modelo de fundamentación débil del enfoque individualista. Pues a diferencia de las líneas trazadas por KANT y ROUSSEAU, este modelo de moralidad no acude al valor de la autonomía para desarrollar su fuerza apelativa. ¿Cuál sería un modelo individualista que está asociado al egoísmo y se distancia, por ende, de las fundamentaciones antes revisadas? HOBBS, por ejemplo, puede servir para ilustrar la distinción. El esquema hobbesiano está construido a

partir del potencial conflicto que se produce entre los individuos en su condición natural. Dicha tendencia a la guerra de todos contra todos persiste durante todo el tiempo en que no haya un poder común que los mantenga a raya. Con anterioridad a la constitución del Estado civil, entre los seres humanos existe una igualdad aproximativa de fuerzas. Ellos comparten tanto los deseos de evitar la muerte y dominar a los demás, como las mismas capacidades para alcanzar aquello que desean, junto con las mismas esperanzas de poder conseguirlo. Bajo este contexto, el más débil puede matar al fuerte, ya sea por maquinación secreta o por federación con otros, develando la inseguridad que caracteriza al estado de naturaleza.

De acuerdo con HOBBS, bajo esta condición natural los individuos se encuentran en una continua disposición a la disputa y al conflicto. Tal escenario se genera por la competencia, desconfianza y gloria que cada uno de ellos, de forma individual, anhela. En primer lugar, los agentes compiten porque desean las mismas cosas y reclaman igual prerrogativa para obtenerlas. En segundo lugar, se vuelven enemigos porque no pueden disfrutar en conjunto de aquellas. Y, finalmente, persiguen reputación pues su mayor fama es un indicio de que cuentan con un mayor poder para atemorizar a los demás. De ahí que la condición natural del ser humano constituye un estado de potencial guerra de todos contra todos. Se trata de un estado de guerra, «[...] durante el cual cada hombre es enemigo de los demás».⁴⁴⁸ Ahí cada individuo siente temor de resultar aniquilado por los demás, existiendo una mutua inseguridad respecto a la sobrevivencia de cada cual. Por tales consideraciones, la vida del ser humano en este estado fue categóricamente descrita por HOBBS como «[...] solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve».⁴⁴⁹

Como es posible observar, el diagnóstico hobbesiano tiene importantes diferencias con el elaborado por un esquema desinteresado del individualismo. No solo la fractura entre los intereses propios y ajenos es visiblemente agudizada, sino que además la idea de autonomía desaparece como ideal regulativo del comportamiento de los agentes. La cuestión relevante, en cambio, es la autoconservación. Cada individuo debe hacer todo lo que esté a su alcance para lograr mantenerse con vida y hacer frente a la amenaza que importa la presencia de los demás agentes, quienes desean para sí lo mismo que aquel. Son sus deseos de supervivencia

⁴⁴⁸ HOBBS, 1992: 103.

⁴⁴⁹ HOBBS, 1992: 103.

y bienestar personal los principales móviles de la acción para los individuos y constituyen, asimismo, los criterios tomados en cuenta para pactar la sumisión al Estado. La moral egoísta que exacerba el autointerés de las personas y ello da cuenta su constante competencia por el honor y la dignidad, desatando la envidia, el odio y, en definitiva, la guerra de unos con otros⁴⁵⁰.

Una manera de retratar esta forma de individualismo es recurriendo a una de las respuestas que HOBBS formuló, cuando inquiría acerca de la posibilidad de que los seres humanos se comportaren socialmente, tal como viven algunas criaturas vivientes como lo son las abejas y las hormigas. Ahí el autor apostó por la negativa, indicando, entre otros argumentos, que «[...] entre esas criaturas el bien común no es diferente del bien privado de cada una; y como por naturaleza están inclinadas a su bien privado, están al mismo tiempo procurando el beneficio común. *Pero el hombre, que goza comparándose a sí mismo con otros hombres, sólo puede saborear lo que puede destacarlos sobre los demás*»⁴⁵¹. A diferencia de la fuerza normativa que posee la autonomía, el individuo que actúa egoístamente no tiene la exigencia de respetar los derechos de los demás. Por ello, la tendencia permanente a la lucha que HOBBS veía en las relaciones entre los individuos. Mientras que la actuación individual con cargo a la autonomía supone respeto por los demás, es la inseguridad que siente cada uno de que acaben con su vida o lo priven de sus pertenencias, lo que los induce al contrato social.

Aquí también se revela una diferencia. Según se sugirió, en el contractualismo de ROUSSEAU los individuos conservan la libertad con que contaban antes de dar pie a la voluntad general, aunque se tratare de otro tipo. El ideal de la autonomía y el autogobierno de guiarse únicamente por las propias decisiones se consolida, incluso una vez ya constituido el poder político. En el modelo de HOBBS, en cambio, vimos que, en lugar de apoyarse en la autonomía como fundamentación para pactar, los individuos apelan a su autoconservación y seguridad personal. De igual modo, cuando el Estado ha sido erigido la forma en que reciben y observan las reglas impuestas por el soberano es particularmente heterónoma. Desde el punto de vista hobbesiano, y a diferencia de ROUSSEAU, los individuos no son los creadores

⁴⁵⁰ Acerca de los aspectos individualistas que se entrecruzan en el pensamiento de HOBBS, véase RYAN, 1988: 81-105.

⁴⁵¹ HOBBS, 1992: 155. Énfasis añadido.

de la legislación. No lo son, al menos, en un sentido genuinamente relevante. Las reglas jurídicas constituyen la expresión de la voluntad del soberano y son heterónomamente impuestas a los súbditos. Por consiguiente, estas no son defendidas como el resultado del despliegue de la autonomía de los individuos y por encuadrar el espacio en que estos pueden desarrollar sus decisiones y programas de vida, sino que son instrumentales para asegurar su autoconservación y evitar la guerra de todos contra todos. Mientras que para un esquema individualista desinteresado las reglas jurídicas son intrínsecamente valiosas como manifestaciones del ideal de la autonomía y el autogobierno en el ámbito público, para un modelo egoísta aquellas poseen un valor instrumental en la medida en que sirven para posibilitar la paz e impedir que tenga lugar el conflicto.

Se podría cuestionar de inmediato que las dos consideraciones que diferencian entre el individualismo desinteresado y egoísta; a saber, el reconocimiento o no de límites en la búsqueda del propio interés y la apelación a la autonomía o bien su prescindencia para justificar el ajuste del comportamiento del agente con las reglas que rigen las relaciones sociales, no desplaza al egoísmo como un elemento importante de la moralidad. Efectivamente, así es. El egoísmo ha sido defendido en un sinnúmero de ocasiones en el marco de la filosofía moral como un aspecto central en los asuntos valorativos⁴⁵². De ahí que de manera sintética me referiré a este término para clarificar la acepción en la cual se suscribirá su uso. Es tradicional la diferenciación entre el egoísmo *psicológico* y el egoísmo *normativo*⁴⁵³. El primer tipo afirma que el individuo se comporta siempre de acuerdo con su interés propio, persiguiendo su bien personal y el segundo, en tanto, sostiene que a partir del interés propio se debería construir la moralidad, sugiriendo que las personas deben perseguir su propio bien. Ambas formas del egoísmo se encuentran situadas en niveles diversos: el egoísmo psicológico responde a un plano descriptivo y el normativo está evidentemente situado en el ámbito de consideraciones justificativas para encauzar el comportamiento

⁴⁵² Del mismo modo ha sido fuertemente criticado. G. E. MOORE, entendió el egoísmo como «[...] aquella doctrina que sostiene que cada uno debe perseguir su propia y más alta felicidad como fin último». MOORE, 1959: 90. Como es sabido, MOORE fue categórico con ese modo de ver, denunciando que «[e]l egoísmo propiamente dicho es insostenible por completo, por ser autocontradictorio». MOORE, 1959: XIX.

⁴⁵³ BLUM, 2001: 486-487, GRAYLING, 2015: 150. BAIER, por su parte, distingue entre cinco versiones del egoísmo: sentido común, psicológico, como medio para el bien común, ético y racional. Sobre esto véase BAIER, 1995: 281-288.

humano⁴⁵⁴. De acuerdo con Kurt BAIER, el egoísmo psicológico “[...] es una teoría explicativa según la cual todos somos egoístas en el sentido de que nuestros actos siempre están motivados por la preocupación por nuestro mejor interés o mayor bien”⁴⁵⁵. Frente a esta dualidad, el individualismo egoísta parece asumir un egoísmo psicológico y, a su vez, propiciar el sentido normativo.

Esta forma de entender el individualismo en términos del egoísmo suele ser encasillada en el derecho de contratos y, por cierto, en el derecho privado en general. Un contratante vela por su propio interés para efectos de maximizar los réditos y utilidades que provea el vínculo contractual y tal preferencia se manifiesta tanto en la celebración como en la ejecución del contrato. Ello encaja con el egoísmo psicológico. No obstante, en los estudios de derecho contractual es frecuente que el egoísmo con el cual se caracteriza la lógica y el discurso del derecho privado también conlleve la dimensión normativa. En este sentido, se podría sugerir que cada contratante debe perseguir la satisfacción del interés individual. Pues bien, ¿qué puede querer decir el sentido normativo del egoísmo en materia contractual? El problema no es tanto evaluar la relevancia del interés personal para un contratante, lo cual es una asunción, sino determinar cómo juega el interés de su cocontratante para el primero. Una alternativa es afirmar que el contratante solo debe ocuparse de satisfacer sus expectativas e intereses y, por tanto, *no debe* preocuparse ni tener en consideración el interés de la otra parte del contrato. Otra alternativa interpretativa, en tanto, es sostener que el contratante *no tiene el deber* de velar por la satisfacción de los intereses que su contraparte haya depositado en la relación contractual. La primera lectura presenta el problema de resultar inconciliable con la buena fe contractual. Como se verá más adelante, la buena fe constituye un principio general de la contratación y de esta se desprenden distintos deberes relativos a la posición contractual de la otra parte. Si el contratante no debe en absoluto tener en cuenta los intereses del otro participante del acuerdo, difícil es justificar ciertas demandas que usualmente se establecen para que el primero actúe de buena fe respecto del segundo. La segunda posibilidad, en

⁴⁵⁴ Para WILLIAMS, el egoísmo ético «[...] afirma que toda persona debe buscar su propio interés. *Difiere del egoísmo burdo en que es una posición reflexiva y adopta una concepción general sobre los intereses de los demás*». WILLIAMS, 2016: 35. Énfasis añadido. Esa última consideración tendrá especial relevancia para desligar el individualismo de la lectura puramente egoísta o mediada, en palabras de WILLIAMS, por el egoísmo burdo.

⁴⁵⁵ BAIER, 1995: 282.

cambio, es compatible con obrar de buena fe en tanto sobre el contratante no recae el deber de lograr el interés y el mayor bien de la contraparte. Mas, aun cuando la parte no tenga este deber, las exigencias básicas de la buena fe apelan a que ella se comporte durante el desarrollo del contrato debiendo tener presente la posición contractual de la otra. La trascendencia que posee la buena fe, entonces, ofrece dificultades insalvables para sostener la presencia del primer sentido del egoísmo en el contrato.

Esta cuestión posee un valor teórico importante ya que el propio egoísmo normativo ha sido tematizado en diferentes vertientes, admitiendo tanto una versión fuerte como otra débil. Martín R. FARRELL ha indicado que, si es considerado que una acción será correcta, si y solo si, con ella es maximizado el interés del agente, el egoísmo eleva una pretensión fuerte, pero si el egoísmo normativo se limita a sostener que el agente tiene derecho a realizar aquello que maximizará su autointerés, la pretensión es más bien débil. De ahí que las acciones altruistas son rechazadas por el sentido fuerte del egoísmo normativo, pero no lo sean con arreglo a su versión débil. Frente a este panorama, el autor ofrece una propuesta de mediación entre ambas lecturas. Según FARRELL, “[...] el punto de vista del egoísmo ético es que la única obligación de una persona es la de promover su mejor interés”⁴⁵⁶. A pesar de que su formulación parece ligeramente adoptar el sentido fuerte, FARRELL advierte acerca de su compatibilidad con algunas acciones de índole altruista, en la medida en que “[...] aquí la conducta egoísta sería obligatoria, pero ciertas conductas altruistas que no conspiraran contra los intereses del individuo podrían ser permitidas”⁴⁵⁷. Si bien no es alentada la realización de acciones altruistas, ni el agente tiene el deber de efectuarlas en favor de los demás, tampoco se encuentran categóricamente prohibidas por su incorrección normativa frente al privilegio del interés propio.

Cuando esta clase de lectura sobre el egoísmo normativo es imbricada en la relación contractual se sigue que el contratante no tiene el deber de materializar el interés de la otra parte del vínculo, sin tener la obligación de realizar actuaciones altruistas que favorezcan el bien de esta. Si bien cada contratante debe atender a los intereses de su contraparte durante el programa contractual, sin poder desentenderse del todo de sus expectativas y encajando su

⁴⁵⁶ FARRELL, 1992: 130.

⁴⁵⁷ FARRELL, 1992: 130.

comportamiento a los dictámenes de la buena fe, no tiene el deber de cristalizar positivamente tales intereses. Al pensar de esta manera el carácter egoísta que es usualmente imputado al derecho de contratos y que sería encarnado por el individualismo egoísta, se obtiene una interpretación más genuina y, a la vez, caritativa del tipo de egoísmo que está ahí presente. Pues, como fue deslizado, entender el egoísmo del individualismo egoísta en las prácticas contractuales en términos según los cuales la parte no debe preocuparse del interés de la otra perjudica su adecuación con la buena fe contractual, a la cual los contratantes deben ajustar sus conductas. A partir de estas consideraciones es formulada una mejor lectura del carácter egoísta, pero, al mismo tiempo, ellas dejan en evidencia que el egoísmo constituye un grueso escollo para dar cuenta del lugar que ocupa el altruismo en el derecho de contratos.

Por consiguiente, el posicionamiento del altruismo en la fundamentación moral del derecho de contratos y del derecho privado debe lidiar con la valla del egoísmo, la cual se despliega tanto en las esferas morales como en las jurídicas. Anotemos, en lo que sigue, algunas observaciones al respecto, con el fin de alivianar la influencia del egoísmo. El egoísmo psicológico rechaza que el altruismo esté presente en las acciones humanas. Su aproximación estándar es dar cuenta de una cierta unidad en la pluralidad de motivos que dirigen la acción humana, sugiriendo que esta diversidad puede reconducirse a un elemento común que es el carácter egoísta del conjunto de motivaciones⁴⁵⁸. De allí que diferentes motivos que a primera vista podrían parecer altruistas son, en realidad, egoístas. Para esta línea de pensamiento ciertas acciones son aparentemente altruistas, pero ellas esconden motivaciones egoístas: una acción altruista que tiene como consecuencia el beneficio de los demás, puede tener como motivo los deseos del agente de incrementar su autoestima, ganar reputación frente a otros individuos o incluso conseguir un beneficio que permanece oculto tras la apariencia de favorecer desinteresadamente los intereses ajenos⁴⁵⁹. También han sido discutidas ciertas formas de altruismo en que el destinatario de la acción pertenece al núcleo cercano del agente. Así, cuando se efectúan acciones altruistas en favor de familiares, amigos o compañeros de trabajo conviene aceptar con reservas el carácter genuinamente altruista de tales acciones. C. D. BROAD denominó a esta clase de acciones como motivadas por un altruismo *autorreferencial*, en oposición a las que estaban realmente ejecutadas *en consideración a*

⁴⁵⁸ BROAD, 1949: 110.

⁴⁵⁹ BLUM, 2001: 488.

otros [*other-regarding*], advirtiendo que solo las segundas poseen mérito moral altruista. No sería lo mismo preocuparse y actuar en razón del interés de un pariente, como la madre quien presta servicios a su hijo que no estaría dispuesta a desarrollar para los demás, que hacerlo en función de la humanidad que comparte el agente y el beneficiario de su actuación.

Si bien la primera inquietud puede tener bastante asidero la segunda presenta más problemas para ser concluyente. Es efectivo que ciertas acciones pueden realizarse por motivaciones que a fin de cuentas son egoístas, pero ello no descarta del todo la presencia de acciones de índole altruista. Ello va a depender si existen o no intereses egoístas velados tras la acción que tiene lugar. En relación con el altruismo autorreferencial, por su parte, la existencia de vínculos personales o relaciones de afectos o forjadas mediante una interacción directa con el destinatario de la acción, no socava el carácter altruista de ciertas acciones que son realizadas para favorecer el interés de este. Lo relevante será determinar si la acción ha sido efectivamente orientada en función de beneficiar al otro, actuando por su interés, o bien ha sido para alcanzar un ulterior beneficio personal. Cuando se actúa en favor de un amigo, renunciando a un plan de actuación alternativo que es también deseado, es efectuada una acción altruista, salvo que su comportamiento responda más bien al temor del reproche del beneficiario o al interés personal de mantener las ventajas que brinda su amistad. Como lo indica Lawrence A. BLUM, «[...] mientras la preocupación sea en verdad por el bienestar ajeno, el altruismo autorreferencial será en realidad una forma de altruismo y no de egoísmo, aun cuando la preocupación por el prójimo no sea porque es un ser humano, sino porque es una persona que tiene un vínculo con uno»⁴⁶⁰.

Como sea que fuere, el individualismo que está comprometido con el egoísmo puede perfectamente tener cabida en el derecho contractual, no solo como egoísmo psicológico sino también como normativo. Este tipo de egoísmo admite, a su vez, dos versiones: una fuerte y otra débil. Pero el sentido débil del egoísmo normativo, del mismo modo que la mediación ofrecida por FARRELL, no resultan incompatibles con el altruismo. Únicamente la versión fuerte del egoísmo juzga como incorrectas las acciones que se ocupen y promuevan el interés ajeno, descuidando el propio. La acción es correcta siempre y solo en la medida en que maximice el interés y el bien personal del agente. Bajo la lectura débil, en cambio, potenciar

⁴⁶⁰ BLUM, 2001: 488.

el propio interés es antes un derecho que una obligación y, por tanto, las conductas altruistas no serían objeto de reproche. Y, por su parte, según la mediación entre ambas lecturas, las actuaciones realizadas por una parte para favorecer a la otra no son necesariamente incorrectas si no lesionan el interés personal de quien las ejecuta. De ahí que, en el ámbito contractual, pese a que el contratante no tiene el deber de satisfacer el interés de la otra parte en el acuerdo, ello no descarta la posibilidad de que se efectúen acciones en favor del otro, favoreciendo su interés contractual. Simplemente no se trata de comportamientos que sean normativamente recomendados para el contratante, desde el punto de vista del esquema egoísta.

Para los propósitos de la investigación estas cuestiones importan puesto que arrojan luz acerca de las complicaciones que enfrenta el altruismo, si lo que se pretende es que sus parámetros y demandas tengan acogida en reglas, instituciones y prácticas del derecho de contratos y derecho privado. Su instalación puede trazarse en contraposición a las exigencias del individualismo⁴⁶¹. De este modo, la tensión entre individualismo y altruismo respalda la complejidad del derecho contractual, al resultar infructuosos los esfuerzos de reducir su fundamentación normativa al primer esquema. Hay, como se verá, componentes altruistas en ciertas instituciones del derecho de contratos que dificultan la adopción de un modelo monista que solo apele a la vigencia del individualismo para justificarlo. Antes de insertar el altruismo es indispensable clarificar cuál es la versión del individualismo respecto de la cual se formulará la contraposición.

Pues, según se ha visto, no es lo mismo referirse al individualismo –en la versión desinteresada– que al sentido del individualismo que descansa en una moralidad egoísta. No obstante ambas clases del pensamiento individualista confluyen en la separación de intereses

⁴⁶¹ Estoy consciente que la disputa no es, en rigor, entre individualismo y altruismo, sino entre egoísmo y altruismo. Así ha sido recogido por un sinnúmero de obras en filosofía *i.e.* BLUM, 2001: 486 y ss.; FLEW, 1984: 11; GRAYLING, 2015: 22 y ss.; MOORE, 1959: XIX, 91; WILLIAMS, 1973: 250-265. Sin embargo, si el objetivo es determinar el lugar que le cabe al altruismo en la fundamentación normativa del derecho de contratos y del derecho privado, es un camino más atractivo hacerlo a partir del individualismo que sobre la base de su oposición con el egoísmo. Ya fue indicado que uno de los entendimientos posibles de la filosofía individualista está delineada a partir del egoísmo, pero tal versión no es necesariamente el rival más vigoroso si se trata de hacer frente a la sensibilidad altruista. Por lo demás, los estudios tradicionales de derecho privado tienden a reconstruir su racionalidad y fundamentos acudiendo al individualismo que movió las codificaciones decimonónicas, cuestión que naturalmente no ocurre con el egoísmo. De allí que la filosofía del derecho privado debe, desde mi modo de ver las cosas, articular sus reflexiones desde su contrapunto con el individualismo.

propios y ajenos y la prevalencia de los primeros sobre los segundos, discrepan acerca de la relación que media entre el agente y los demás individuos. Por ello, el individualismo desinteresado posee un compromiso con la idea de autonomía y, sobre esta base, reconoce los intereses y derechos de los otros individuos como límites a la búsqueda del propio interés, mientras que el individualismo egoísta exacerba el interés personal, afirmando que todos los individuos se mueven según esta motivación –egoísmo psicológico– o bien que deben perseguir la maximización del bien propio –egoísmo normativo–, sin que sea del todo claro que el interés ajeno constituya una barrera verdaderamente infranqueable para alcanzar su plena satisfacción.

¿Cuál es, entonces, la lectura del individualismo apropiada para dar cuenta del derecho contractual así como del derecho privado y contraponerla al altruismo? La opción será basarse en el individualismo desinteresado y no en el meramente egoísta. Dicha elección se fundamenta en cuatro consideraciones. En primer lugar, para el discurso jurídico el individualismo en su sentido desinteresado tiene un alto rendimiento explicativo y justificativo y ello deviene más intenso cuando se trata del derecho privado. Son numerosas las instituciones que responden a estándares individualistas que no pueden reconducirse a fundamentaciones meramente egoístas. Desde la óptica de KENNEDY, quien expresa una visión desinteresada sobre el individualismo, tal punto claramente es advertido,

[e]l individualismo ofrece una justificación para las instituciones jurídicas fundamentales, tales como el derecho penal, la propiedad, la legislación sobre responsabilidad y los contratos. La 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 egoísta⁴⁶².

En segundo lugar, en tanto, al desprenderse del esquema puramente egoísta es posible atenuar la distancia con que las distintas preocupaciones del derecho privado podrían ser leídas, si solo se trataran de regímenes egoístas que velan por el interés particular y no reconocieran límites para su consecución. Los teóricos del derecho privado rechazan –y con buenas razones– la visión según la cual el derecho privado es únicamente una cuestión relativa al

⁴⁶² KENNEDY, 1976: 166.

egoísmo que se encuentra institucionalizado en sus reglas, instituciones y prácticas jurídicas, procurando solo cautelar y fomentar el autointerés. Pensar el derecho privado únicamente sobre la base de criterios egoístas podría dar lugar a una lectura cercana a la marxiana y, por ello, enfrentar el cuestionamiento de si puede o no decir algo normativamente relevante acerca de lo jurídico⁴⁶³. En este sentido, mostrar una comprensión del derecho privado que está desarrollada en términos meramente egoístas podría acusarse de ingenua e injusta, siendo formulada de tal manera para facilitar la entrada de una fundamentación opuesta como la altruista. Dicho punto, por supuesto, también depende del entendimiento con que es manejado el egoísmo. Según fue sugerido, la evaluación es dispar cuando se trata del sentido fuerte o débil de egoísmo. El primero presenta mayores inconvenientes para dar cuenta de las prácticas contractuales, pero el segundo, por su parte, captura solo una parte de esa realidad, omitiendo la relevancia que posee el interés ajeno en ciertos institutos del derecho de contratos.

En tercer lugar, el individualismo desinteresado tiene un cómodo encaje con la bilateralidad de la relación de derecho privado. Si dicho aspecto es determinante en la forma como se estructuran los vínculos en el ámbito jurídico privado, esta perspectiva acerca del individualismo no tendrá dificultades para dar cuenta de ella. Esto último cobrará especial importancia cuando, por ejemplo, sea mostrada la posible dimensión bilateral del valor de la autonomía para el derecho de contratos. La autonomía provee de consideraciones sustantivas de respeto en favor de los demás, reconociendo la agencia que estos poseen. De allí que sus derechos e intereses son relevantes para el adecuado despliegue de las decisiones y conductas del contratante autónomo. Por ende, el individualismo desinteresado valida las reglas jurídicas como expresión de la autonomía de los agentes, aceptándolas como condición de la coexistencia de los distintos intereses. Es con cargo a la autonomía que la búsqueda del propio interés no justifica transgredir los intereses de los demás. Bajo el contexto contractual, entonces, un contratante no tiene el deber de lograr el mayor interés de la otra parte, pero mal

⁴⁶³ Dicha visión se encuentra paradigmáticamente perfilada en *Sobre la cuestión judía*. Allí MARX trabajó un conjunto de derechos considerados como «derechos del hombre egoísta» que encarnaban el aislamiento del individuo respecto de la sociedad. Un lugar muy significativo en esta clase de derechos estaba ocupado por el derecho privado. De ahí que derechos como la libertad, igualdad, propiedad y seguridad constituyen derechos «[...] del hombre considerado como miembro de la sociedad burguesa; es decir, *del individuo replegado en sí mismo, en su interés privado y en arbitrio individual y disociado de la comunidad*». MARX, 1982: 480. Énfasis añadido.

podría vulnerar los intereses de esta última, apelando al valor de las acciones autónomamente determinadas. La bilateralidad del contrato se replica en las demandas que reporta la autonomía para los contratantes y sus exigencias relativas al valor del autogobierno y respeto por el otro quien también forma parte de la relación. Si se adoptare el individualismo egoísta, en cambio, la forma en que es alentada la maximización del propio interés puede vulnerar los intereses y derechos de la otra parte del contrato, lo cual va a depender de la preferencia que exista a favor del bien propio y de la desconsideración de la posición contractual de otra, cuestiones que desafían la bilateralidad del acuerdo.

En cuarto lugar, finalmente, el contraste entre la posición desinteresada del individualismo y el altruismo –en el sentido que enseguida se detallará– es evidentemente más complejo que el resultado de la contraposición entre el esquema egoísta y el altruismo. El tipo de individualismo que más llama la atención para esgrimir la empresa de fundamentación es precisamente su mejor versión. A la luz del modelo del individualismo desinteresado se transparenta la relevancia del interés del otro contratante, en la medida en que este no puede soslayarse para cristalizar el propio. Mas su admisión no es suficiente para transparentar la complejidad de la relación contractual, cuya fundamentación exige atender a consideraciones más exigentes que no dañar a los demás, sino que instan a actuar en favor de los otros. Si el altruismo reivindica su espacio y rol en los fundamentos normativos del derecho contractual, es menester hacerlo a partir de la imagen más vigorosa de la filosofía individualista en el derecho de contratos y derecho privado. Así, se mostrará por qué incluso la versión más fuerte del individualismo no agota las demandas altruistas que allí yacen. Por ello, al tomar el individualismo desinteresado para esgrimir su diferenciación con el altruismo en el marco del derecho de contratos y derecho privado, el éxito de la empresa obliga a efectuar disquisiciones más profundas y desafiantes.

1.2.Un poco de altruismo

La ubicación del altruismo en el derecho de contratos depende irremediamente de un conjunto de asunciones. Aquí solo serán revisadas dos cuestiones. De una parte, algunas estrategias de fundamentación del altruismo y, de otra, algunas consideraciones respecto de su conceptualización. En este segundo aspecto, se develará qué forma de altruismo está presente

en el derecho contractual y, como antes se sostuvo, cubra el lugar que el individualismo, aun en su versión desinteresada, no puede ocupar.

1.2.1. Dos fundamentos

El posicionamiento del altruismo en el fenómeno jurídico no enfrenta un panorama marcadamente distinto del que ha afrontado en los asuntos morales y filosóficos en general. Es posible hallar un variado elenco de trabajos y planteamientos que tanto respaldan como rechazan la posibilidad y pertinencia del altruismo en los seres humanos. En lo que sigue, serán revisadas dos líneas argumentativas para evaluar la posibilidad del altruismo, las cuales servirán de justificación para su trasvase en los asuntos jurídicos y contractuales que aquí interesan. La primera fórmula proviene de Thomas NAGEL y la segunda propuesta, en tanto, es tomada de la filosofía de Derek PARFIT.

Para NAGEL la pertinencia del altruismo no es una cuestión que depende de los deseos, gustos o decisiones, sino que responde a una condición formal de objetividad asociada a la posibilidad de hallar razones objetivas para preocuparse por los demás, que son aceptables desde un punto de vista impersonal. Desde su perspectiva, el altruismo constituye un elemento de la racionalidad humana. La fuerza de las ideas de NAGEL reside en conjugar la conducta altruista con la racionalidad, separándola de motivaciones como la benevolencia, la piedad, la simpatía, el amor o bien el interés propio redirigido que en ciertas ocasiones notan la relevancia del interés ajeno, y motivan al agente a desarrollar acciones a favor de otro, pero que no corresponden con exactitud al altruismo. También hay algo adicional a aquellas, ya sea que estén o no presentes. Según el autor, hay otra motivación disponible que

[...] tiene auténticamente el rango de una exigencia racional sobre la conducta humana. Existe, en otras palabras, tal cosa como el puro altruismo (aunque puede ser que no ocurra nunca aislada de todo otro motivo). Es la influencia directa del interés de una persona sobre las acciones de otra, simplemente porque en sí mismo el interés del primero proporciona al último una razón para actuar⁴⁶⁴.

⁴⁶⁴ NAGEL, 2004: 90.

Esto muestra que el altruismo no opera simplemente como un deseo o una inclinación, sino que responde a una estructura de razones. Hay un componente altruista en la razón práctica que contribuye a la formulación de la acción que tiene como objeto el bien de los demás. Su fuerza motivacional radica en la creencia de «[...] que un acto mío beneficiará a alguien más puede motivarme sólo porque quiero su bien o bien quiero algo que lo implica»⁴⁶⁵. Se trata, entonces, de una exigencia racional sobre la acción. Existen razones objetivas para que los individuos actúen de forma altruista. Al sustentarse en principios objetivos los agentes obtienen conclusiones prácticas desde una perspectiva impersonal conforme a la cual se manifiesta la preocupación por los intereses de los demás. Tal cuestión, piensa NAGEL, depende de que se tenga un reconocimiento íntegro de la realidad de las otras personas, lo cual solo es posible si el agente se considera a sí mismo de modo impersonal. Según lo asevera NAGEL, «[...] es a través del reconocimiento de las razones objetivas que uno llega a una preocupación justificada por los intereses de los otros, con independencia de la relación que uno tenga con ellos»⁴⁶⁶.

La representación intuitiva que provee NAGEL sobre su altruismo racional es un interrogante al cual frecuentemente se recurre en filosofía moral: «¿Te gustaría que alguien te hiciera eso a ti?»⁴⁶⁷. Para el autor la importancia de esa cuestión es que ella no apela exclusivamente a las pasiones sino a un juicio que haría el individuo en un caso hipotético, cuestionándose si lo que hace afecta o no los intereses de los demás. En este contexto, la situación en particular es considerada como parte de un entramado general en que los papeles pueden estar intercambiados. De ahí que resulta crucial el reconocimiento de la realidad de la otra persona, así como la capacidad de ponerse en su lugar. Para NAGEL, la manera en que son entendidas las necesidades, deseos e intereses propios es relevante porque estos no deben ser considerados como necesidades, deseos e intereses específicamente *tuyos* sino *de alguien*. Al atenderseles de modo impersonal se brindan razones para que los otros actúen en beneficio del agente sencillamente pues se trata de *alguien* que requiere ayuda. Los intereses particulares de los individuos son desconectados de estos adquiriendo una dimensión objetiva

⁴⁶⁵ NAGEL, 2004: 91.

⁴⁶⁶ NAGEL, 2004: 134.

⁴⁶⁷ NAGEL, 2004: 92.

que se funda en el reconocimiento de que los otros, en tanto personas, son semejantes a ti y, por ende, «[s]us intereses son los intereses *de alguien* tanto como lo son los tuyos»⁴⁶⁸.

Muchos de los individuos son, sin embargo, ciegos a los demás. Por ello, es indispensable resaltar este aspecto objetivo que está presente en el interés personal cuando nos ponemos en el lugar de otro, mediando entre las razones disponibles para actuar porque son las *suyas propias* y aquellas derivadas del hecho de que se trata de necesidades *de alguien*. Esto explica parte de la desconfianza de NAGEL sobre el egoísmo. De acuerdo con esta visión, las razones y motivaciones que los individuos tienen para actuar deben surgir de sus intereses personales, pero estos únicamente pueden servir de razones o motivar a otro a actuar solo si concuerdan con sus intereses o respecto de ellos recae un sentimiento propio como la simpatía o la benevolencia. Pero esa forma de entender a las personas y sus acciones parece muy exigente en la práctica. Su tesis tendría éxito si lograra mostrar que la persona, por una parte, no posee interés por los demás y, por otra, que adolece de una incapacidad para considerar los intereses propios como intereses de alguien más. Esto último, siguiendo este razonamiento, únicamente podría darse de forma instrumental o contingentemente con cargo a alguno de esos sentimientos. Ambas consideraciones se contradicen con las exigencias de la racionalidad práctica, resultando inconsistentes los juicios que le exige efectuar al agente en relación con el resto de individuos y, además, en lo que le demanda buscar. Es necesario, piensa NAGEL, adoptar principios prácticos universales y no meramente principios personales tendientes al propio comportamiento, admitiendo que la realización de un determinado fin o conseguir alguna meta constituyen bienes de carácter objetivo.

Precisamente, la condición de objetividad cobra un papel central en el pensamiento de NAGEL. Desde su punto de vista, esta constituye «[...] la expresión práctica de una concepción que todo sujeto racional, actuante, posee, aunque en este caso no la concepción de sí mismo como temporalmente extendido»⁴⁶⁹. Dicha concepción es subyacente al altruismo y revela que *uno mismo* es una persona entre *otras*. Como lo aclara en otro de sus pasajes, el principio de altruismo «[...] está conectado al concepto de uno mismo meramente como una persona entre otras. Procede de la capacidad de contemplarse a uno mismo

⁴⁶⁸ NAGEL, 2004: 93. Énfasis del original.

⁴⁶⁹ NAGEL, 2004: 98.

simultáneamente como ‘yo’ y como *alguien* –un individuo de especificidad impersonal–»⁴⁷⁰. Este principio depende de que se tenga un reconocimiento completo de la realidad de las otras personas, lo cual depende, a su vez, de una concepción acerca de uno mismo considerado como una persona entre otras.

Como podrá apreciarse, tras la tesis de NAGEL se encuentra la creencia según la cual las razones deben ser objetivas y cuando estas aparezcan con un carácter subjetivo, deben estar vinculadas con aquellas que responden a una imagen objetiva. Su apuesta no radica tanto en negar la existencia de las razones subjetivas como en afirmar que solo las objetivas resultan aceptables. En sus términos, «[c]uando quiera que uno actúe por una razón, sostengo, debe ser *posible* considerar que actúa por una razón objetiva y para promover un fin objetivamente valioso»⁴⁷¹. Así, todas las razones resultan deducibles de principios objetivos, pudiendo describirse fundamentalmente de manera objetiva. El egoísmo, entonces, es flanco de crítica por su compromiso con las razones subjetivas. Su versión central rechaza que las razones dependen de la atribución de un valor objetivo a nada, estimando valioso al egoísmo porque únicamente demanda valores subjetivos. Por supuesto, no todos los principios subjetivos son egoístas ni tampoco todos los objetivos son altruistas. El egoísmo constituye un principio subjetivo entre muchos otros y, del mismo modo, el altruismo puede fundarse en un principio de esta índole, como lo advierte correctamente NAGEL cuando sería «[...] que cada quien actuara *sólo* en interés de los otros y nunca en su propio interés; ‘*puro*’ *altruismo abnegado*, en otras palabras»⁴⁷².

Esta distancia de NAGEL con el egoísmo también se explica por el punto de vista que va involucrado en esta posición normativa, a diferencia del sostenido por el altruismo. El primero asume un punto de vista *personal* mientras que el segundo un punto de vista *impersonal*. De un lado, el punto de vista personal está a menudo formulado a partir de la primera persona gramatical, aunque no siempre sea este el caso, pues en otras fórmulas el sujeto es escogido y situado en el centro de lo que está en discusión. Pero ambas versiones

⁴⁷⁰ NAGEL, 2004: 30. Énfasis del original.

⁴⁷¹ NAGEL, 2004: 108. Énfasis del original.

⁴⁷² NAGEL, 2004: 108. Énfasis del original y añadido, respectivamente. Esta comprensión del altruismo cobrará importancia para el despliegue de la propuesta, entendiendo el *puro altruismo abnegado* de NAGEL en términos de un altruismo *fuerte*.

convergen en proveer una imagen de punto ventajoso para el sujeto, siendo este el centro de dicho punto. De otro, el punto de vista impersonal brinda una imagen del mundo en que el agente no se encuentra en él localizado y, por ello, prescinde de la primera persona y de otras fórmulas afines. Tal perspectiva es determinante en la perspectiva de NAGEL porque sobre su base se construye la idea según la cual uno mismo es una persona entre otras, debiendo considerar a los demás como personas en el mismo sentido en que uno también lo es. Y para considerarse a sí mismo en todo concepto como una persona entre otras tantas, «[...] uno debe ser capaz de considerarse a sí mismo impersonalmente en todo concepto»⁴⁷³.

Desde una vereda distinta, Derek PARFIT ha puesto en duda la posición que denomina «teoría del propio interés». De acuerdo con esta tesis, cada persona posee *una* finalidad consistente en que debe perseguir «[...] los resultados que serían los mejores para ella misma, y que hagan que su vida marche, para ella misma, lo mejor posible»⁴⁷⁴. En la visión del autor, se trata de una teoría de la racionalidad antes que una acerca de la moralidad y, de ahí, que es posible reflexionar críticamente sobre esta teoría sin necesidad de decidir entre los diferentes esquemas de comprensión del propio interés. Estos discurren sobre vías alternativas de entender qué es lo que conseguiría este fin para la persona de la mejor manera posible, pudiendo ser la mayor felicidad para el agente como lo afirma una *teoría hedonista*, bien aquello que permita la mejor realización de sus deseos durante el desarrollo de su vida, que se encuentra agrupado como *teoría de la realización de los deseos*. Sobre dicha teoría se puede distinguir una variante de interés que está asociada a la *teoría del éxito* que solo atiende a los deseos personales del agente respecto de su propia vida. Finalmente, la *teoría de la lista objetiva* según la cual existen cosas que son buenas o malas, pese a que el individuo no necesariamente quiera obtener las primeras y evitar las segundas, debiendo definir en consecuencia la identificación de esas cosas.

⁴⁷³ NAGEL, 2004: 114. En otro lugar, NAGEL abordó con detención la diferencia entre los dos puntos de vista que es posible adoptar. Desde el personal vemos las cosas *desde aquí* y, en cambio, desde la perspectiva impersonal cuenta hacer una abstracción de la realidad, preguntándonos *quiénes somos*. Como sugiere NAGEL, en virtud de este giro «[c]ada uno de nosotros comienza con un conjunto de preocupaciones, deseos e intereses propios, y cada uno puede reconocer que lo mismo se puede decir de otros. Podemos pensar entonces en separarnos de nuestra posición particular en el mundo y pensar simplemente en todas las personas sin seleccionar como 'yo' al único que le ocurre algo determinado». NAGEL, 1996a: 17.

⁴⁷⁴ PARFIT, 2004: 60.

Más allá de cuál sea entre estas la opción idónea, PARFIT ofrece un generoso elenco de observaciones contra la teoría del interés propio y, a su vez, sugiere que el contrapunto entre egoísmo y altruismo está comprometido con una manera de entender la identidad personal, de modo que antes de revisar tal debate es indispensable determinar nuestra identidad, estableciendo qué clase de entidades son las personas. Dada la extensión del argumento de PARFIT me detendré sintéticamente en dos cuestiones. Por una parte, la aparente compatibilidad que existiría entre la tesis del interés propio y las consideraciones a favor de los intereses ajenos. Por otra, la incidencia que tiene la comprensión de la identidad personal en la separación entre las personas y sus intereses, como es afirmado desde el enfoque egoísta.

Acerca del primer punto, pese a las críticas que el autor ofrece sobre la teoría del interés propio, este reconoce que contiene postulados que son plenamente plausibles: no es irracional, por ejemplo, preocuparse más por uno mismo y ello explica la enorme relevancia de la tesis en el pensamiento moderno. Sin embargo, la necesidad de abandonarla es expresada mediante una analogía. Según lo indica PARFIT, «[l]as Leyes de Newton son parcialmente correctas, pero ahora aceptamos una teoría diferente»⁴⁷⁵. Su rechazo está centrado en la preeminencia que concede a la racionalidad del propio interés, haciendo que todo otro deseo o actuación aparezca como irracional. No es verdad que, al ser comparado con la predisposición a uno mismo y los intereses personales, todo deseo alternativo sea menos racional o derechamente carezca de racionalidad. Si los individuos saben que lo que realizará sus deseos y juicios de valor en el largo plazo está en contra de sus propios intereses, sería irracional observar la teoría del interés propio, puesto que resulta irracional hacer lo que va a favor de nuestro interés si sabemos que esto, en definitiva, frustrará aquello que deseamos o queremos con mayor intensidad⁴⁷⁶.

La teoría del interés propio yerra al concebir que la predisposición a nuestro favor equivalga a la racionalidad por excelencia, exigiendo al agente dar una importancia suprema al interés propio, no obstante el coste que ello acarree para los demás. En su modo de ver, cada individuo debe estar gobernado por el deseo que su vida vaya para él de la mejor forma

⁴⁷⁵ PARFIT, 2004: 368.

⁴⁷⁶ PARFIT, 2004: 367.

posible. La observancia de tal deseo se mantiene cualesquiera que sean los costes para los demás. Para referirse a este deseo de primacía, PARFIT empleó la denominación de «[...] *inclinación en favor de uno mismo*»⁴⁷⁷. Pero si es supuesto el conflicto entre este deseo y otros relativos a los intereses de los demás, se trata de un agente que no quiere otorgar el peso supremo a su propio interés, sin perjuicio de que con regularidad se otorgue primacía a tal inclinación. El individuo atiende a sus propios intereses, pero puede que ello no corresponda a su deseo más fuerte, o bien presenta otros deseos rivales que enfrentan la preocupación por sí mismo. Frente a esto, la teoría del interés propio afirma que el agente debe estar gobernado por esta inclinación orientada a su favor, pese a que no sea su deseo más fuerte. Si este deseo posee supremacía racional es irracional preocuparse por algo distinto del propio interés.

Pues bien, ¿todo deseo que no consista en promover el propio interés es necesariamente irracional? Según PARFIT ello no es así. En efecto, hay un deseo que no carece de racionalidad ni tampoco es menos racional que la inclinación a favor del propio interés. Este es «[...] el deseo de hacer lo que va a favor de los intereses de otras personas, cuando esto es o bien moralmente admirable, o bien el deber moral de uno»⁴⁷⁸. Para ilustrar este tipo de conflicto se acude al supuesto de una *muerte heroica*. En este contexto, el individuo escoge morir de una manera en que sabe que será doloroso para él, pero salvará las vidas de otras personas. Él efectúa aquello que más desea hacer y está actuando con pleno conocimiento de los hechos, realizando del mejor modo su deseo. También sabe que está haciendo lo que será peor para él, pues si no sacrificara su vida en aras de los demás individuos, podría perfectamente disfrutar de la vida que le queda, libre de remordimientos.

Al contrastar esta situación con la teoría del propio interés, debería quedar en entredicho la racionalidad de este acto del agente de sacrificarse por los demás, porque si bien le preocupa su propia supervivencia, le preocupa aún más la supervivencia de esas personas. Mas dicho deseo no es menos racional que la inclinación en favor de uno mismo, resultando igualmente racional para él realizar este deseo. Será racional para el agente hacer lo que él sabe que será peor para él mismo⁴⁷⁹. Aquí precisamente yace uno de los grandes déficits de la tesis ya que,

⁴⁷⁷ PARFIT, 2004: 263. Énfasis del original.

⁴⁷⁸ PARFIT, 2004: 264.

⁴⁷⁹ PARFIT, 2004: 265.

si son comparados con la predisposición a actuar en favor de uno mismo, es posible hallar otros deseos que no son menos racionales. Uno de ellos es el deseo de actuar para favorecer los intereses de otras personas. De acuerdo con PARFIT, «[p]uede ser racional realizar ese deseo, aun cuando uno sepa que su acto va en contra de su propio interés»⁴⁸⁰. La predisposición a favor de uno mismo no es la predisposición racional por excelencia porque existe «[...] al menos un deseo que no es menos racional: el deseo de beneficiar a los demás»⁴⁸¹. De ahí se sigue, entonces, el rechazo de la teoría del propio interés.

En relación con el segundo punto, la división entre las personas que es promovida por la teoría del interés propio depende de una determinada forma de entender la identidad personal. Por ende, el asunto se ubica en el marco de la controversia entre los modelos reduccionista y no-reduccionista acerca de la identidad. PARFIT es un defensor de la primera posición y muestra en qué sentido es necesario abordar este debate para desafiar una de las creencias más firmes de la teoría del interés propio; a saber, la separación que media entre las personas. ¿A qué apuntan ambas perspectivas? La visión reduccionista sostiene que la identidad personal solo conlleva continuidad física y psicológica y, en cambio, la tesis no-reduccionista supone que la existencia implica algo adicional y ese hecho que tiene que ser «todo-o-nada». Al afirmar esta segunda lectura sobre la identidad se traza inevitablemente una demarcación más fuerte entre los individuos. La apelación al egoísmo, por su parte, deviene más clara para el comportamiento del agente ya que este solo debe preocuparse de hacer lo necesario para que su vida se desarrolle del mejor modo posible. Tal consideración es naturalmente realizada sin tener una preocupación por los otros.

PARFIT sostiene que ese hecho adicional que aparentemente posee nuestra existencia según el prisma no-reduccionista que él rechaza es determinante para el éxito de la teoría del interés propio, puesto que una de sus asunciones es la separación entre las personas que justifica que cada individuo debe únicamente preocuparse de sí mismo. Por ello, lo que para el autor verdaderamente importa del debate sobre la identidad tiene como punto de partida la *liberación del yo*. Sus reflexiones ponen de relieve el hecho de que, pese a que la posición de mayoría sea la tesis rival, su falsedad debe resultar alentadora para redefinir la relación entre

⁴⁸⁰ PARFIT, 2004: 365.

⁴⁸¹ PARFIT, 2004: 365.

las personas. Saber que no existe ese hecho adicional en la existencia humana es una verdad liberadora y consoladora. Como lo expresa PARFIT,

[c]uando yo creía que mi existencia era tal hecho adicional, me daba la impresión de estar prisionero dentro de mí mismo. Mi vida parecía un túnel de cristal por el que me movía más rápido cada año y al final del cual no había sino oscuridad. Cuando cambié de manera de pensar, las paredes de mi túnel de cristal desaparecieron. Ahora vivo al aire libre. *Hay todavía una diferencia entre mi vida y las vidas de otras personas. Pero la diferencia es menor. Las otras personas están más próximas. Y yo estoy menos preocupado por el resto de mi propia vida, y más preocupado por la vida de los demás*⁴⁸².

De acuerdo con lo anterior, parte del atractivo de la teoría del interés propio en la variante que respalda la racionalidad de la actuación egoísta se extravía al modificar la comprensión no-reduccionista de la identidad personal. Junto con ella es desplazada la relevancia de ese hecho adicional y la diferencia que realmente existe entre las personas es develada como de grado. De este modo, conviene revisar la racionalidad que se atribuye a solo preocuparse por los intereses propios, pues al no resultar efectiva la brecha entre las personas, los intereses ajenos reivindican su lugar y recuperan su relevancia. Al desmarcarse del no-reduccionismo es atenuada la distancia entre los individuos, comenzando a resultar pertinente la preocupación por los intereses de los demás. Mientras que desde esta mirada sobre la identidad personal el hecho adicional refuerza la diferencia, para la óptica reduccionista su necesidad no es cierta y ello contribuye a reformular la condición entre las personas: lo que se aceptaba como una fractura tajante es, en realidad, gradual⁴⁸³.

Siguiendo la denominación acuñada por Henry SIDGWICK, PARFIT se refirió a la forma en que el no-reduccionismo entiende la relación entre los individuos como la «condición separada de las personas»⁴⁸⁴. Para SIDGWICK tal condición es central en la teoría del interés propio y justifica que sea considerado como racional perseguir la realización de los intereses

⁴⁸² PARFIT, 2004: 497. Énfasis añadido.

⁴⁸³ Según BLUM, los estados de la persona se encuentran conectados entre sí por una similitud psicológica «[...] y no por una unidad metafísica como la identidad personal, que permite la división tan marcada entre el yo y el prójimo que el egoísmo normativo presupone». BLUM, 2001: 492. Sin esa supuesta unidad metafísica, entonces, la tesis de la separación de intereses de las personas pierde su mayor sustento.

⁴⁸⁴ PARFIT, 2004: 572. Énfasis del original.

del agente para que su vida se desenvuelva en el mejor modo posible⁴⁸⁵. Por supuesto, todas las concepciones sobre la identidad personal reconocen que las personas son distintas entre sí y que, por consiguiente, poseen vidas diversas que vivir y proyectos personales alternativos que poner en marcha. Respecto del enfoque no-reduccionista, sin embargo, el matiz se encuentra en que para este se trata de una verdad ciertamente más profunda. Esta verdad –si es aceptada como tal– subyace a todas las razones que tienen los individuos para actuar, transformándose de uno de los hechos decisivos de su racionalidad práctica. En la idea según la cual somos personas diferentes y cada una tiene una singular vida encuentra apoyo «[...] la afirmación de que el fin último supremamente racional, para cada persona, es que su propia vida marche lo mejor posible»⁴⁸⁶.

No obstante, la concepción reduccionista que PARFIT defiende rechaza este fundamento y, con ello, que la actuación racional por excelencia sea aquella que procura el autointerés. La cuestión de fondo es que, a diferencia de lo que es asumido por la lectura no-reduccionista, las personas no son profundamente diversas unas de otras. Sus intereses tampoco pueden entenderse absolutamente desconectados entre sí. Si la separación que existe entre los estados de nuestra persona futura y los que nos unen con los estados de los demás individuos es más bien de grados, no puede sostenerse que el peso de la racionalidad esté sujeto a la actuación en favor de uno mismo⁴⁸⁷. Por el contrario, el deseo de preocuparse por los demás para favorecer sus intereses también resulta valioso y goza de una racionalidad que no tiene por qué ser menor a las disposiciones que solo velan por el propio interés. De manera tal que el abandono de la teoría no-reduccionista de la identidad personal tendrá significativas repercusiones en la pertinencia de la teoría del interés propio. Si ello opera, la distancia entre los intereses de los individuos es alivianada y pierde fuerza uno de los principales presupuestos de la búsqueda exclusiva del interés personal. La posición de los demás cobra relevancia y, de ahí, que reclame ensanchar la mirada a los otros individuos. Al respecto, PARFIT observa que, al desprenderse de esta visión errada sobre la identidad personal, «[m]e

⁴⁸⁵ Con todo, SIDGWICK consideró al egoísmo como uno de los tres métodos de la moral, junto con el intuicionismo y el utilitarismo, entendiéndolo en términos de un *egoísmo hedonista*, conforme con el cual la mayor felicidad para el agente es el fin último de cada una de sus acciones. Su principio rector radica en que «[...] para el individuo es razonable actuar de la manera más conducente a su propia felicidad». SIDGWICK, 1981: 119.

⁴⁸⁶ PARFIT, 2004: 572.

⁴⁸⁷ BLUM, 2001: 492.

hace preocuparme menos por mi propio futuro y por mi muerte, y *más por los demás*. *Doy la bienvenida a esta ampliación del interés»*⁴⁸⁸.

Como ha sido posible observar, el tratamiento de PARFIT no constituye una defensa explícita al altruismo, sino que es antes una crítica a la teoría de interés propio, la cual es central para la filosofía individualista. El punto que conviene rescatar en su posición es la relevancia que tiene la preocupación por los intereses ajenos frente al aparente dominio de los intereses propios que rigen la vida de los individuos. Asimismo, PARFIT rechaza un aspecto distintivo del individualismo y que es exaltada por la posición egoísta como lo es la división tajante entre los intereses del agente y los pertenecientes a las demás personas, justificando la desatención de estos últimos. La cuestión, según su mirada, es más bien de grados. Pues depende de si se suscribe o no la concepción no-reduccionista sobre la identidad personal. Cuando ello no es así, la diferencia entre los individuos se atenúa y resulta plenamente pertinente preocuparse por los intereses de los demás. Para la empresa de insertar el altruismo en el campo contractual tal consideración es determinante, en la medida en que fundamenta la relevancia de los intereses ajenos y niega que exista necesariamente una preeminencia a favor de los propios. Precisamente, la renuncia a dicha separación es un rasgo fundamental del altruismo, de acuerdo con el tratamiento que a continuación de ofrecerá.

Las cosas son distintas en el caso de NAGEL. Su posición respecto de la posibilidad del altruismo constituye una de las contribuciones contemporáneas más logradas para adecuar la preocupación por los demás como una exigencia de la racionalidad práctica. Habría razones objetivas para preocuparse por los intereses de los demás desde un punto de vista impersonal, el cual posibilita el reconocimiento de la realidad de las otras personas junto con la consideración de que el agente es alguien entre otros individuos, simplemente es una más de ellas. Los intereses propios son, realidad, los *de alguien*. Tal como ocurre con los ajenos. La defensa de NAGEL sobre la pertinencia del altruismo es explícita y sirve como un modelo de fundamentación más fuerte para insertar el altruismo en los asuntos morales y jurídicos.

Uno de los puntos en común en que convergen ambos autores es la atención por los intereses de las demás personas. Si un agente debe preocuparse por las expectativas y los intereses

⁴⁸⁸ PARFIT, 2004: 603. Énfasis añadido.

ajenos es *porque* la división entre sus expectativas e intereses y aquellos que pertenecen a los otros no es tal, o bien no es tan tajante como para justificar su desatención. Sin tomar partido por el objetivismo en el cual NAGEL asienta sus intuiciones, el reconocimiento de la realidad de los otros individuos, nuestra consideración acerca de que somos *alguien*, del mismo modo en que los demás también lo son, junto con la distancia de grados que según PARFIT existe entre las diversas personas cuando no es asumida una tesis no-reduccionista de la identidad personal, abonan la plausibilidad del altruismo. Esta apuesta exige, entonces, desafiar la consecuencia normativa de la demarcación de intereses entre los individuos y mostrar, por el contrario, sus alcances y operatividad en el escenario contractual. Como se verá, el punto de partida del altruismo es negar que la fractura infranqueable entre los intereses propios y ajenos justifica el predominio del autointerés, pero este no es el fin del recorrido. Negar la separación de intereses de las personas resulta insuficiente si se quiere satisfacer demandas altruistas: es necesario también actuar positivamente a favor de los demás.

1.2.2. Versiones del altruismo

Una vez que ha sido determinada la idea de individualismo que se adoptará para trazar el lugar y la relación que tiene con el altruismo, corresponde ocuparse de este último término⁴⁸⁹. Según fue indicado, el individualismo puede entenderse en su faz egoísta y desinteresada. Esta última constituye un esquema más fuerte de los parámetros que aseveran la diferenciación entre el interés propio y el ajeno y la preeminencia del primero, porque respeta los derechos e intereses de las demás personas, aun cuando no actúa en favor de ellas. No obstante, esta forma de entender el individualismo está comprometida con la prevalencia del autointerés. De hecho, toda forma de individualismo comparte esta asunción, pero se

⁴⁸⁹ La expresión «altruisme» fue originalmente acuñada por Auguste COMTE en 1851 y proviene del francés antiguo «*altrui*», que puede entenderse como «de los otros». En la obra de COMTE fue central su preocupación por el tránsito entre lo individual y lo colectivo. Este contraste se expresa por el carácter individual del antiguo régimen moral y la imagen del espíritu positivo que es, por el contrario, directamente social. Frente al egoísmo exaltado por la filosofía focalizada en el individuo, el autor opuso su compromiso irreductible con la sociedad. En sus términos, «[...] el hombre propiamente dicho no existe, no puede existir más que la Humanidad, puesto que todo nuestro desarrollo se debe a la sociedad, desde cualquier punto de vista que se le mire. [...] El conjunto de la nueva filosofía tenderá siempre a hacer resaltar, tanto en la vida activa como en la vida especulativa, el vínculo de cada uno con todos, en una multitud de aspectos diversos, de manera que se haga involuntariamente familiar el sentimiento íntimo de la solidaridad social, extendida convenientemente a todos los tiempos y todos los lugares». COMTE, 1980: 94-95.

diferencian entre sí en el modo de relacionar el interés propio del agente y aquellos que pertenecen al resto de las personas. Del mismo modo, las diversas versiones del altruismo son articuladas sobre la base de cuestionar el predominio normativo del interés personal sobre el ajeno. Desde este prisma, no es necesariamente efectiva el privilegio que el individualismo reclama a favor de los intereses propios sobre los ajenos. Siguiendo esta línea, el desarrollo del altruismo se efectuará en numerosas ocasiones en contraposición a los postulados del individualismo.

Una peculiaridad del tratamiento que reciben el individualismo y el altruismo en la reflexión sobre filosofía moral es que el primero goza de una notoria mayor popularidad que el segundo modelo de la moralidad. De ahí que no haya que extrañarse que ocurra algo similar en los asuntos jurídicos. Tal como es posible adelantar, la afinidad entre el individualismo y el derecho de contratos es ciertamente dispar que la correspondiente entre el altruismo y aquella área del derecho privado. El derecho privado tiende a presentar mayor simpatía con el individualismo que con el altruismo. Ese diagnóstico, probablemente, se puede extender sin muchas dificultades al derecho en general. Mientras que el individualismo es apto para explicar y justificar una gran gama de reglas, instituciones y prácticas del fenómeno jurídico, el altruismo enfrenta sendos inconvenientes para asentarse en el derecho. Por ello, antes de evaluar el rendimiento del altruismo en el derecho contractual, es necesario disipar ciertas dudas que rodean al pensamiento altruista. Quizá la cuestión más decisiva sea determinar qué debemos entender por altruismo cuando se pretende develar el lugar que este ocupa en el derecho de contratos y, si ello resulta plausible, en el derecho privado general. Permítaseme comenzar, entonces, con la clarificación conceptual.

Los estudios de filosofía moral han centrado frecuentemente su atención en el altruismo. Junto a los debates acerca de la fundamentación, posibilidad y alcances en las relaciones humanas de las alegaciones altruistas, un asunto recurrente es su conceptualización. No siempre es del todo claro qué se entiende por altruismo cuando este es promovido, así como tampoco cuando es censurado. Dicha falta de delimitación conceptual es una de las probables causas del descrédito del altruismo, al desechar algunas versiones fuertes de sus postulados asociadas al ideal del buen samaritano o la demanda de una renuncia y sacrificio sin orillas

en favor de los demás⁴⁹⁰. Por ello, resulta indispensable clarificar un entendimiento del altruismo que pudiere resultar pertinente en el derecho de los contratos. Es posible que la hostilidad con que algunas interpretaciones del derecho de los contratos reaccionan frente a la satisfacción de estándares altruistas y promoción de esta clase de consideraciones, dependa del tipo de altruismo del cual se trate. De allí que pueda admitirse una lectura moderada del altruismo como una versión que puede ser adoptada en los estudios de derecho privado. Al respecto, entonces, conviene traer a colación el punto de encuentro entre las diversas comprensiones del altruismo; a saber, la atención por el interés de los otros. Ello permitirá distinguir entre dos lecturas del altruismo y desvincular su rendimiento de la aceptación de la versión fuerte, que es mirada con mayor distancia.

NAGEL entendió el altruismo como «[...] una voluntad de actuar en consideración del interés de otras personas, sin necesidad de motivos ulteriores»⁴⁹¹. Tal noción está desacoplada de la continua apelación al autosacrificio de los agentes conforme al cual suele cuestionarse el ideal altruista. Dado que un irrestricto autosacrificio resulta excesivamente exigente para el individuo, basta con tomar nota de los intereses ajenos y realizar conductas que tienen por objeto el beneficio de otros. Del mismo modo, distintos autores han subrayado las ideas de interés, consideración y preocupación por el otro al momento de conceptualizar el altruismo. En su defensa acerca de las razones del altruismo, por ejemplo, David SCHMIDTZ clarificó el empleo del término altruismo para caracterizar una determinada clase de acción en particular como altruista, «[...] solo si esta es motivada por consideración a otros», identificando el altruismo «[...] como una acción motivada por respeto o preocupación por los demás»⁴⁹². Su óptica también destaca la atención por los intereses de los otros y no apela a una actuación desmedida a favor de los demás individuos para calificar una acción de altruista. Finalmente, Antony FLEW trazó los lineamientos de esta manera de mirar el altruismo, estableciendo que es «[...] un interés en otras personas por su propio bien [...]»⁴⁹³. Se trataría entonces de una posición normativa del agente que resulta favorable a los intereses de los demás, mostrando

⁴⁹⁰ Acerca de la parábola del buen samaritano, véase THIBAUD, 2003: 13-24. Respecto de los problemas sobre el tratamiento jurídico de los buenos samaritanos que acuden en ayuda de otras personas, puede revisarse PARDUN, 1998: 591-613.

⁴⁹¹ NAGEL, 2004: 89.

⁴⁹² SCHMIDTZ, 1993: 52-53.

⁴⁹³ FLEW, 1984: 11.

su sensibilidad por estos en la obtención de beneficios y evitación de pérdidas excesivamente gravosas. La motivación del agente altruista está únicamente justificada por el bien del otro y, de ahí, su preocupación por las consecuencias que pueden tener sus acciones en la vida de los demás.

Estas versiones del altruismo convergen en enfatizar la atención y preocupación por los intereses de los demás y, a su vez, prescinden de alegaciones tendientes a promover el sacrificio personal en márgenes ilimitados a favor de los otros. Denominaré esta lectura del altruismo como *altruismo moderado*. La visión que entiende el pensamiento altruista bajo las demandas de un buen samaritano constituye, por el contrario, una versión *fuerte* del altruismo⁴⁹⁴. Esta demarcación conceptual es crucial para evaluar la pertinencia del altruismo en el ámbito jurídico y, en particular, en el derecho de los contratos. El punto en común de ambas clases de altruismo es desafiar al predominio del interés propio, es decir, poner en cuestión la consecuencia normativa que se extrae de la fractura entre los intereses personales y ajenos. En estos términos, una visión altruista de la moralidad reafirma la diferencia entre intereses que es proclamada por el individualismo, pero, al contrario de este, desecha que de esa demarcación se siga necesariamente la preferencia de los propios intereses. Naturalmente, la manera en que ambas posiciones altruistas encarnan esa afirmación es muy distinta. Para el altruismo fuerte las acciones del agente están siempre al servicio de los demás, mas para su dimensión moderada ello no es del todo así. Este último sentido es menos exigente para la persona quien se comporta según sus parámetros.

Pues bien, ¿cuáles son los postulados centrales del altruismo moderado? Son básicamente los siguientes: (i) el predominio del interés propio no es necesariamente efectivo. De la división entre intereses propios y ajenos no se sigue la preferencia normativa de los primeros en desmedro de los segundos; (ii) es una exigencia permanente para el agente tener en consideración y preocuparse de los intereses de los demás; y, finalmente, (iii) resulta necesario que, en ciertas situaciones, el agente actúe positivamente a favor de los otros. Pero tal aspecto no acarrea sacrificarse desmedidamente por sus intereses ni tampoco dejar de

⁴⁹⁴ No estoy particularmente comprometido con el uso de las etiquetas de *altruismo moderado* y *altruismo fuerte*. Mi atención, en verdad, está centrada en la tensión que subyace a estas nociones. Ella se encuentra reflejada en dos maneras distintas de pensar el altruismo y que transitan por direcciones opuestas.

ocuparse por completo del interés propio. Es decir, el altruismo moderado atenúa la intensidad de las demandas del esquema fuerte, porque se trata de una concepción menos exigente acerca de la moralidad altruista⁴⁹⁵.

Este punto es un elemento disociador relevante entre el altruismo fuerte y el moderado sobre el cual conviene ahondar. Usualmente es asociada al altruismo la idea de sacrificio personal. Tal conexión es ciertamente correcta, en mi modo de ver, cuando se trata del sentido fuerte del altruismo porque este corresponde a la imagen del buen samaritano que supone abnegación y renuncia ilimitada del propio interés a favor de los demás. Desde luego, la hostilidad que con frecuencia se detecta al reclamo de sacrificio por parte del ideal altruista más exigente es acentuada cuando su rechazo proviene de un individualismo tan exacerbado como el de Robert NOZICK. Su prisma conjuga la separación absoluta de los individuos y la falta de justificación para el sacrificio personal a favor de los demás. Para NOZICK, «[...] no hay nada que moralmente prepondere sobre una de nuestras vidas en forma que conduzca a un bien *social* general superior. *No hay ningún sacrificio justificado de alguno de nosotros por los demás*. Esta idea básica, a saber: que *hay diferentes individuos con vidas separadas y que, por tanto, ninguno puede ser sacrificado por los demás*»⁴⁹⁶.

Sin embargo, las exigencias de sacrificio personal para el altruismo moderado resultan exógenas y supererogatorias⁴⁹⁷. El sacrificio no es parte del contenido proposicional de esta clase de altruismo y, por cierto, progresivamente ha dejado de ser el centro de atención de quienes se preocupan por el pensamiento altruista. Así, por ejemplo, Jurgen DE WISPELAERE ha advertido que este controversial rasgo se basa en una confusión entre el análisis conceptual y la evaluación moral del altruismo⁴⁹⁸. Sostener que toda forma de altruismo requiere de algún grado de sacrificio para el agente constituye una afirmación baladí. Naturalmente,

⁴⁹⁵ También es posible afirmar que, si fuere correcto que toda clase de altruismo supone un sacrificio, la envergadura de este sería significativamente distinta. Desde esta lectura, entonces, el sacrificio que está en juego en el altruismo moderado sería de menor intensidad y alcance que el sacrificio correspondiente a la versión fuerte del altruismo. Debo esta clarificación a Eduardo RIVERA LÓPEZ.

⁴⁹⁶ NOZICK, 1988: 45. Énfasis del original y añadidos, respectivamente.

⁴⁹⁷ En psicología social, por ejemplo, las estrategias de conceptualización del altruismo han oscilado entre enfoques minimalistas y maximalistas, dependiendo de las exigencias y condiciones para que tengan lugar cada una de estas versiones, concentrándolas en concepciones conductuales y motivacionales. Véase, BAR-TAL, 1986: 4-7. Alan WOLFE, en tanto, sostiene que junto con las dos categorías de altruismo trazadas por BAR-TAL, es necesario agregar el altruismo ambiental. WOLFE, 1998: 36-46.

⁴⁹⁸ DE WISPELAERE, 2004: 13-14.

existe un costo de oportunidad asociado a la realización de una acción que favorece a los demás frente a las eventuales ganancias que se dejan de percibir si solo se busca la satisfacción del propio interés. Pero esta clase de sacrificio no es relevante cuando se sostiene que el sacrificio personal es un elemento determinante del altruismo, como es asumido por el sentido fuerte del término.

Como indica DE WISPELAERE, el error está en confundir entre el mayor mérito moral de una acción altruista que exija el autosacrificio por parte del agente respecto de otro comportamiento en que no sea exigido y su necesidad conceptual. Efectivamente, posee mayor valor moral la acción que beneficia a otra persona cuando lleva consigo un sacrificio por parte de quien lo ejecuta, pero de ello no se sigue necesariamente que el sacrificio sea parte *del altruismo*, al menos como una condición necesaria para la articulación de su concepto. Que esté presente el sacrificio personal no hace que el acto sea más altruista, sino que merezca ser celebrado con mayor vigor. El punto relevante para el autor está en el compromiso del agente con el bienestar de los demás individuos, más allá de la ganancia o pérdida que para él signifique llevar a cabo la acción.

Aun cuando tiende a vincularse conceptualmente entre altruismo y sacrificio personal, este último es un elemento secundario del primero. En este sentido, DE WISPELAERE afirma que

[...] simplemente no creo que el sacrificio sea el elemento que hace que el acto en sí sea más *altruista*. En mi visión, el grado de altruismo está únicamente determinado por la fuerza del compromiso de una persona para promover el bienestar de otras, siendo *completamente independiente* la consideración de su ganancia o pérdida personal. Esta última calificación implica igualmente el nivel de sacrificio personal involucrado. En otras palabras, el sacrificio personal no es un elemento central para el altruismo sino un epifenómeno del altruismo: teniendo en cuenta que ciertos sacrificios correctamente exigen admiración y encomio, para determinar si un acto es más o menos altruista, solo necesitamos ver la motivación para promover el bien de los demás⁴⁹⁹.

⁴⁹⁹ DE WISPELAERE, 2004: 14. Énfasis del original.

De manera tal que el sacrificio personal no constituye un elemento definitorio *del altruismo*. Y si fuere exigido no podría serlo por toda variante del altruismo. De ahí que en lo que sigue quedará restringido para la eventual operatividad del altruismo fuerte y como un elemento totalmente prescindible para su dimensión moderada. Esto quiere decir que el sacrificio personal, así como la renuncia a posibles ganancias y el soporte de pérdidas propiamente tales pueden darse en las actuaciones altruistas, cualquiera sea la vertiente del altruismo en que se manifieste. Pero su verificación no hace que –por ello– la correspondiente acción devenga en *altruista*. Puede presentarse el sacrificio del agente, con mayor o menor fuerza, pero esto será una cuestión absolutamente contingente. Cuando el sacrificio personal es exigido y resulta necesario para satisfacer la demanda que en concreto pesa sobre el individuo en relación con los demás se trata de una clase especial de altruismo: el que ha sido denominado como fuerte. Tal expresión del ideal altruista reclama de los agentes este nivel de exigencias. El altruismo moderado, por el contrario, no apela a este compromiso para que la acción tenga el carácter de altruista.

Regresemos a las proposiciones que caracterizan al altruismo moderado. Si se trata de contraponer los postulados del altruismo moderado con las dos versiones del individualismo se obtienen resultados dispares. Al contrastarlo con el individualismo egoísta es evidente que los postulados (i); (ii) ni (iii) parecen encajar con lo allí dispuesto. Frente al individualismo egoísta, por tanto, el contraste es marcado. Cuando los postulados del altruismo moderado son confrontados con el individualismo desinteresado, en cambio, las distancias se acortan. Los postulados (i) y (iii) son elementos diferenciadores entre el altruismo moderado y el individualismo en su acepción desinteresada. En relación con (i), es rechazada la predominancia del autointerés y respecto de (iii), en tanto, es exigida –en algunas ocasiones– la realización de actuaciones positivas a favor de los demás, por el solo interés de estos. Esta última consideración no se encuentra presente en las demandas de esta interpretación del individualismo.

Pero el postulado (ii) del altruismo moderado puede encontrar una suerte de conciliación con las demandas de respeto y cuidado que el agente debe tener en sus relaciones con los demás. Como fue señalado, gracias a la apelación a la autonomía el sentido desinteresado del pensamiento individualista hace suyo el resguardo de los derechos e intereses de los otros

miembros de la comunidad. De allí que no está justificado lesionarlos en aras de satisfacer el propio interés. El principio que proscribe el daño a terceros sirve de freno a la total indiferencia de los demás en la búsqueda de la satisfacción de los intereses personales. De modo que esta observación podría intentar emparentarse con el enunciado (ii) del altruismo moderado: en el individualismo desinteresado el agente también tiene en consideración y se preocupa por los intereses ajenos.

Pese a esta alternativa, resulta indispensable tener presente que es significativamente distinto que la consideración en favor de los demás se traduzca en la prohibición de dañar o lesionar los derechos e intereses ajenos, a que lo haga a partir de la realización de actuaciones que favorezcan el interés ajeno. La exigencia de respeto por los intereses de los otros que reconoce el individualismo desinteresado no importa efectuar acciones que derechamente atienden al bien de estos. Hay involucrado un componente adicional cuando se trata de actuaciones positivas, que no coincide con la demanda de no lesionar el interés ajeno. En este sentido, existen ciertas demandas a las cuales el individualismo –incluso en su versión desinteresada– no puede alcanzar. Para cubrirlas es precisamente necesario atender al ideal altruista en su dimensión moderada, que contempla para algunos supuestos la ejecución de acciones positivas.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, existen, al menos, dos formas de entender el individualismo y otras dos maneras de comprender el altruismo. En este contexto, en lo que sigue la primera línea de pensamiento será adoptada en su sentido *desinteresado* y, por su parte, el altruismo estará concebido en su dimensión *moderada*. La pertinencia del ideal altruista en el derecho contractual supone que el individualismo en su versión desinteresada no logra dar cobertura a ciertos deberes y demandas que están presentes en esta área del fenómeno jurídico. El altruismo moderado viene a fundar ciertos deberes que develan que *hay algo más* involucrado que meramente no dañar o lesionar los intereses ajenos en las prácticas contractuales. Si esta participación fuese efectiva, entonces, el derecho de contratos no puede estar exclusivamente fundamentado de acuerdo con los cánones individualistas, ni aun en su sentido desinteresado que suscribe la exclusión del daño a los terceros. Para su fundamentación deviene crucial atender también a consideraciones altruistas previstas para actuar en beneficio de los demás.

Ahora bien, en el contexto de la amplia reflexión que existe acerca del altruismo es importante tomar nota de dos aspectos adicionales que están asumidos en esta lectura del altruismo moderado. El primero tiene que ver con su carácter *conductual* y el segundo, en tanto, está asociado al espectro *cosmopolita* del altruismo moderado. En la literatura se puede rastrear una influyente distinción que versa acerca de la necesidad o no de que concurra una motivación genuinamente altruista en el agente para que la acción sea calificada como tal⁵⁰⁰. Para el altruismo *motivacional* esto es indispensable mientras que para el altruismo *conductual* no se requiere, conformándose con el hecho de obtener resultados de corte altruista⁵⁰¹. De ahí que la diferencia entre ambas expresiones del altruismo repercute en el grado de exigencia para que tenga lugar cada una de ellas. Autores como Daniel BAR-TAL han sostenido que para el altruismo es menester el cumplimiento de un conjunto de condiciones necesarias, que dan cuenta del sentido puro de la moral altruista. En su nomenclatura se trata de un *enfoque motivacional* acerca del altruismo. De acuerdo con el cual, para que el comportamiento sea altruista (a) debe beneficiar a otra persona; (b) debe realizarse voluntariamente; (c) debe efectuarse intencionalmente; (d) el beneficio debe ser el fin en sí mismo; y (e) debe realizarse sin esperar ninguna recompensa externa futura⁵⁰². Al revisar el elenco de condiciones el aspecto distintivo del altruismo puro radica en la condición (c). La identificación de la conducta al altruista es realizada sobre la base de la motivación del agente que hace algo en beneficio de otro y esta «[...] refleja la razón por la cual se realiza el comportamiento. Los actos de ayuda voluntaria e intencional que se realizan para el bienestar de la persona necesitada, sin la expectativa de obtener a cambio recompensas externas, son considerados altruistas»⁵⁰³.

Frente a este prisma está el altruismo que, en palabras de BAR-TAL, corresponde al *enfoque conductual*, y se «[...] enfoca en los resultados de los comportamientos: las ganancias del beneficiario y los gastos de quien le ayuda»⁵⁰⁴. Esta lectura se desentiende de la motivación

⁵⁰⁰ Respecto de la posición que ignora la relevancia de la motivación en la configuración del comportamiento altruista, véase, por ejemplo, RUSHTON, 1982: 425-446. Sobre la visión que considera indispensable el componente motivacional, puede consultarse KREBS, 1970: 258-302.

⁵⁰¹ Esta distinción entre altruismo *motivacional* y *conductual* puede articularse en términos de altruismo *puro* e *impuro*, según si la acción altruista es fruto o no de una verdadera motivación de beneficiar al otro.

⁵⁰² BAR-TAL, 1986: 5.

⁵⁰³ BAR-TAL, 1986: 6.

⁵⁰⁴ BAR-TAL, 1986: 4-5.

efectiva del agente para efectuar las acciones que favorecen a los demás y, en su lugar, pone atención en las consecuencias que acarrea su comportamiento. De ahí que actuaciones que no tuvieron la intención directa de favorecer a otro, o bien que tenían motivos como obtener una futura compensación, son igualmente altruistas. Para el autor la dimensión motivacional es fundamental para que la acción sea verdaderamente altruista y ello explica su adhesión por la modalidad pura o motivacional del altruismo.

¿En qué sentido, entonces, el altruismo moderado es conductual? El vínculo descansa exclusivamente en que el altruismo moderado no está comprometido con la tesis según la cual el agente debe tener efectivamente la motivación de beneficiar al otro para que su actuación tenga el carácter de altruista. El altruismo moderado es conductual en el sentido de que atiende a los efectos antes que a la motivación. La razón de ello es sencilla: para que la introducción del altruismo en el fenómeno jurídico en general resulte exitosa es necesario desprenderse de sus exigencias más altas y una de ellas es la motivación efectiva del individuo que actúa a favor de los demás. Como se verá con posterioridad, el altruismo moderado no supone que los contratantes tengan, de verdad, motivaciones altruistas para favorecer a otros participantes de las relaciones contractuales. Puede que, de hecho, las tengan. Pero ello no es imprescindible. De lo contrario, se transformaría en una condición en demasía exigente para que el altruismo moderado encuentre asiento en el derecho de contratos, así como en el derecho privado. También puede considerarse que el altruismo moderado coincide con el énfasis en las consecuencias de las conductas antes que en sus reales motivos. De ahí que, como será mostrado, el derecho contractual provee de mecanismos institucionales para conseguir resultados altruistas que favorecen el interés ajeno, pese a que los contratantes no tengan verdaderamente ese motivo. Por lo demás, tampoco el derecho de contratos puede implantar motivaciones altruistas en quienes participan de las prácticas contractuales. En este sentido, presenta una imagen conductual y no motivacional.

El altruismo moderado también posee un rasgo *cosmopolita*⁵⁰⁵. Con anterioridad, fue enunciado el problema del altruismo *autorreferencial* conforme al cual es discutible si puede o no denominarse correctamente una conducta como altruista cuando el destinatario es una

⁵⁰⁵ Acerca del altruismo cosmopolita, véase GALSTON, 1993: 118-134.

persona con la cual se tiene una vinculación como sucede con un pariente, amigo o compañero de trabajo. En dicha oportunidad fue afirmado el carácter altruista de esa acción siempre que con ella se beneficie el interés de otro individuo, aun cuando haya una relación previa con este último. Cuando se piensa que el altruismo moderado tiene una pretensión cosmopolita es extendido el juicio realizado respecto del altruismo autorreferencial en relación con personas respecto de las cuales no hay un vínculo permanente ni una interacción personal establecida. De manera tal que el alcance del altruismo moderado es aún mayor que el espacio cubierto por el esquema autorreferencial. Siguiendo el razonamiento anterior, cuando se actúa en favor de los demás por su propio bienestar son efectivamente ejecutadas acciones altruistas, aun cuando entre las personas medie un vínculo personal o una forma de interacción personal directa.

Dado que el altruismo moderado que aquí se pretende implementar está perfilado para las relaciones contractuales, ya está despejada la posible tensión que hubiere con reconocer componentes altruistas entre personas que se conocen previamente e interactúan de manera constante y, en ocasiones, por un considerable transcurso de tiempo, como sucede en ciertas relaciones contractuales. Que se consoliden lazos personales entre los contratantes que van más allá de lo estipulado en los acuerdos que rigen sus prestaciones tampoco importa un mayor inconveniente para ratificar la presencia de elementos altruistas. Sin embargo, la aspiración cosmopolita del altruismo moderado admite que *prima facie* sea posible detectar consideraciones altruistas relativas a intereses de las personas, genéricamente consideradas, sean o no parte de un vínculo contractual en concreto. En la medida en que se trata de formas institucionalizadas que están presentes en el derecho de los contratos y sirven para alcanzar indirectamente consecuencias altruistas, su foco de atención sobrepasa a los contratantes en particular. Tiene que ver con el reconocimiento normativo de su carácter de personas para ser parte de relaciones jurídicas y la relevancia en general de sus intereses, lo cual no está restringido a quienes, en los hechos, forman parte de un determinado vínculo contractual. Es en estos términos en que el altruismo moderado participa de la faz cosmopolita.

Tal observación se puede fundar tanto en el planteamiento justificativo de NAGEL como en el de PARFIT. En cierto sentido, la imagen cosmopolita del altruismo moderado está en consonancia con esos modelos acerca de la posibilidad del altruismo. Mientras que el primero

apela a reconocer la realidad de las otras personas y preocuparse de favorecer sus intereses, adoptando una perspectiva impersonal que considera que el interés propio es, en realidad, el interés *de alguien*, el segundo pone a prueba la separación radical entre los individuos y sus intereses porque esta funciona bajo la asunción de una tesis no-reduccionista de la identidad humana. Pero al renunciar a sus postulados, la teoría del interés propio pierde fuerza y no logra sostener la supremacía racional de solo buscar lo mejor para sí mismo. La diferencia entre los estados e intereses de las personas es meramente gradual y, de allí, que la preocupación por favorecer a los demás también goza de racionalidad y mérito. Como se podrá observar, el espectro de ambas posiciones no se encuentra para nada circunscrito a contextos particulares –como pudiera serlo el contractual u otro desarrollado mediante interacciones formalizadas– sino que aluden a la posición normativa que ocupan los individuos en el campo social y moral, en su calidad de personas tal como lo son las otras.

De acuerdo a lo anterior, el altruismo moderado constituye una versión de la moralidad altruista que pone acento en la preocupación por los intereses de los demás, rechaza la exclusiva atención por el interés propio y conlleva, cuando es necesario, desplegar actuaciones positivas a favor de estos. Mas, esta manera de entender las demandas altruistas no está comprometida con sacrificar totalmente el interés personal ni promueve que el agente adapte su conducta a la de un buen samaritano en que la renuncia a la satisfacción del autointerés no admite fronteras. Este es un punto que la diferencia con el altruismo fuerte. Sobre la base del altruismo moderado se indagará la ubicación que le cabe a las expectativas altruistas en el derecho de contratos. Desde sus parámetros, por cierto, es posible reflexionar acerca de su pertinencia en el derecho privado. ¿Bajo qué términos se justifica esta apuesta?

Al focalizar nuestra reflexión en el sentido moderado del altruismo, se obtienen tres consideraciones relevantes: en primer término, el concepto moderado de altruismo es funcional a los propósitos de esta investigación. Basta con situar la vigencia de las ideas de interés, cuidado y preocupación por los demás contratantes, para develar el papel del altruismo en las prácticas contractuales. Si existe un cierto acuerdo acerca de presentar el altruismo conforme a un puñado reducido de ideas, conviene traspasar ese grupo de nociones al derecho de los contratos y allí evaluar su operatividad. Si bien puede que la versión fuerte del altruismo encare dificultades infranqueables cuando se le inserta en el derecho

contractual, la convergencia en perfilar el altruismo de manera moderada debiere proveer de un mayor valor explicativo para comprender la complejidad de las relaciones contractuales. En segundo término, el altruismo moderado es más apropiado para introducir las alegaciones altruistas en los asuntos jurídicos, toda vez que sus exigencias en favor del interés de los demás, no resultan supererogatorias para el discurso jurídico. Su carácter moderado debiese facilitar su análisis antes que frenar anticipadamente su eventual aplicación en el ámbito jurídico en general y bajo el escenario contractual en particular⁵⁰⁶. En tercer término, finalmente, la alternativa moderada evita la dilatada discusión en los estudios de filosofía moral acerca del altruismo, que se encuentra concentrada en la definición de los límites y alcances de las demandas altruistas esgrimidas con base en esquemas fuertes de comprensión del altruismo. Si el altruismo moderado que ha sido delimitado en los estudios de filosofía moral es replicado en las investigaciones sobre el derecho de los contratos, es posible desentrañar su rendimiento en tal parcela de lo jurídico, sin detenerse a fundamentar exhaustivamente la plausibilidad del altruismo y delimitar con precisión las fronteras de sus deberes en zonas de reflexión de mayor abstracción, que aquella que aquí nos ocupa.

A la luz de lo expuesto, un breve recorrido por algunas aproximaciones conceptuales desarrolladas sobre el altruismo, muestra una manera de ver este término que cuenta con mayor consolidación en los estudios de filosofía moral y su delimitación conceptual resulta más pacífica, a diferencia de otra versión sobre el pensamiento altruista que promueve el autosacrificio del agente por el interés de los demás. Mientras que la primera es la lectura moderada, la segunda es la versión fuerte del altruismo⁵⁰⁷. El escepticismo bajo el cual es críticamente evaluada esta última expresión del altruismo, debiere mitigarse significativamente cuando se trata de reconocer y promover la vigencia de deberes altruistas en la esfera de lo jurídico y en el campo del derecho de contratos, si con ello solo se formulan demandas de atender a los intereses ajenos al agente en particular por el bien de los demás.

⁵⁰⁶ Una estrategia similar, en términos de un *altruismo institucionalmente limitado* que fomenta las intervenciones beneficiosas en favor de otros, pero situada en el marco del derecho de restituciones, está diseñada en DAGAN, 1999: 1152-1200. DAGAN defiende la tesis según la cual en virtud de las intervenciones beneficiosas efectuadas por buenos samaritanos que prestan servicios y ayuda a otros, gocen de legitimidad las solicitudes de reembolso de los gastos incurridos, así como las indemnizaciones por los servicios prestados o por ciertos daños que haya sufrido el benefactor como consecuencia de su intervención.

⁵⁰⁷ Una taxonomía alternativa de las distintas maneras según las cuales es manifestado el pensamiento altruista está disponible en JENCKS, 1990: 53-67.

En la próxima sección, se realizará el tránsito de la noción moderada del altruismo al ámbito del derecho contractual, en contraposición a su fundamentación individualista que suele ser aceptada sin reservas en los estudios de derecho privado sobre contratos. Conviene, entonces, perfilar cuatro ideas centrales del altruismo moderado que serán de utilidad para el mencionado proyecto. En primer término, el altruismo por definición desafía la prevalencia normativa de los intereses propios sobre los ajenos que es promovida por el individualismo. De ello se sigue que los beneficios obtenidos por uno de los contratantes pueden perfectamente compartirse con la otra parte de la relación contractual, así como que las pérdidas que sufra una de ellas pueden ser también soportadas por el otro contratante. En segundo término, el ideal regulativo del altruismo moderado es la preocupación y atención por los intereses ajenos, debiendo actuar por el bien de los demás. Este punto será indispensable para diferenciarlo del individualismo en su versión desinteresada, ya que para el altruismo moderado existen demandas y deberes que instan a actuar positivamente a favor de los otros, resultando más exigentes que el deber de no causar daños a los terceros que, como fue indicado, es parte del núcleo sustantivo del individualismo bien entendido, es decir, en el sentido desinteresado.

En tercer término, el éxito de la apuesta del altruismo moderado no depende de modo alguno del hecho de que los contratantes y demás participantes de las prácticas de derecho privado actúen motivados, en realidad, por consideraciones altruistas. La consagración de mecanismos institucionales que establecen respuestas altruistas, como se verá, constituye una forma indirecta de obtener resultados de ese carácter, es decir, demandando que en tales casos los sujetos se comporten como lo haría un individuo que comulga con la moralidad del altruismo.

En cuarto término, por último, el altruismo moderado no constituye, a mi modo de ver las cosas, un ideal exógeno al derecho de contratos ni al derecho privado. De manera tal que la estrategia radica en desentrañar su ubicación y relevancia. Tal expectativa asume que es valioso alentar la moralidad altruista tanto en la fundamentación del derecho contractual como en la relativa al derecho privado en su conjunto. En relación con este último, el altruismo moderado será uno de los puntos imprescindibles para formular el proceso de

autocomprensión del derecho privado que derive en la idea de derecho privado robusto, en la cual reside la ambición ulterior de la presente investigación.

2. TRES ESTRATEGIAS PARA SITUAR EL ALTRUISMO EN EL DERECHO DE CONTRATOS

A continuación, serán revisadas tres formas de mostrar la presencia de componentes altruistas en el derecho de contratos, que desafían la presencia aparentemente unitaria del fundamento individualista. La primera acude a la idea de autonomía cuyo análisis fue central en el capítulo precedente y que se encuentra tradicionalmente afianzada en el individualismo. La segunda, por su parte, se detiene a observar las consideraciones individualistas y altruistas que es posible hallar en el contexto de la adjudicación en el derecho de contratos. La tercera, por último, pretende develar los componentes altruistas que están presentes en ciertas reglas, instituciones y prácticas contractuales. Esta vía será la elegida para forjar el altruismo en su sentido moderado. Por supuesto, estas no son las únicas estrategias disponibles para abordar la tensión entre ambos modelos de fundamentación normativa, pero comparten el atractivo de tratar el contrapunto *desde* el derecho de contratos.

2.1. Autonomía y altruismo

Si regresamos a la lectura de KIMEL acerca de la autonomía, es posible apuntar la continua conjugación que el autor efectúa en relación con la necesidad del derecho contractual de *respetar y fomentar* la autonomía personal de los contratantes⁵⁰⁸. En el caso de la obligatoriedad del vínculo contractual, por ejemplo, el respeto de lo pactado sirve para honrar la autonomía de quien observa el contrato de acuerdo con los términos acordados y, al mismo tiempo, fomenta su esfera de autonomía al confirmar que aquel se gobierna y conduce por sus propias decisiones. Esta lectura se acomoda con bastante facilidad a las exigencias del individualismo, en la medida en que este promueve una división entre los intereses ajenos y los propios. Desde tal distinción básica se podría indicar que el contratante debe cumplir las estipulaciones contractuales porque ellas han sido originadas en el marco del ejercicio de su autonomía, velando por los intereses y las expectativas por él depositados en el acuerdo. De igual modo, las exigencias de la autonomía que están expresadas en la fuerza vinculante del

⁵⁰⁸ KIMEL, 2018: 206-209.

contrato impiden incumplir lo establecido, ya que esto lesiona la autonomía del otro contratante. El incumplimiento de lo autónomamente pactado por una de las partes atenta tanto en contra de su propia autonomía como de la ajena, es decir, aquella autonomía de la persona con quien ha formulado la relación contractual⁵⁰⁹.

Estas consideraciones ponen en evidencia que cuando se emplean las nociones de respeto y fomento, estas parecen estar pensadas, de manera preliminar, respecto de la posición de *un* contratante en particular. El respeto y el fomento de la autonomía son desplegados desde los intereses individuales del contratante en cuestión. Esta manera tradicional de ver la autonomía en las relaciones contractuales centra su atención en el lugar que individualmente ocupa uno de los contratantes y, de ahí, que el contrato sirva para cautelar las obligaciones autónomamente alcanzadas por el agente y facilite la extensión de los márgenes que este posee para ejercer su autonomía personal.

Dicha interpretación es acertada aun cuando incompleta. Ella sugiere que la operatividad de la autonomía solo tiene lugar de manera unilateral y, además, desplaza muy rápidamente la pertinencia de los intereses de los demás en el ámbito contractual. Por supuesto, el valor de la autonomía exige que su *respeto* se efectúe tanto por la propia como por la ajena. Se trata de un valor que, como fue sugerido, está en el centro del derecho de contratos e involucra a todos los participantes de las prácticas contractuales. Por ello, los intereses ajenos no son indiferentes para una buena lectura de la autonomía. Respetar el cumplimiento de las estipulaciones contractuales pone de relieve –aunque sea en forma tímida– el amparo de los intereses propios y ajenos⁵¹⁰. No transgredir los intereses de la contraparte también es un reflejo del respeto de la autonomía del contratante. Una versión fuerte de la autonomía reconoce que el agente no está legitimado para causar daños a los otros en virtud de ser consecuencia de adoptar sus decisiones. Es una exigencia básica del respeto al valor normativo de la autonomía que ello se produzca indiferenciadamente entre los individuos.

⁵⁰⁹ FRIED, 1996: 36-37.

⁵¹⁰ Esta forma de ver la conexión entre el respeto por lo contractualmente estipulado y la autonomía del otro contratante fue advertida por FRIED, al señalar que los individuos consideran que vincularseles a lo que se han obligado a efectuar es una forma de tomarles en serio, de modo que si, por el contrario, no observamos la autoimposición de una obligación de un contratante «[...] no lo tomamos en serio como persona». FRIED, 1996: 36.

De manera tal que no debieren existir dificultades insalvables para que la autonomía atienda a intereses ajenos, distintos a los sustentados por el contratante en particular.

Pero esta consideración se agudiza al momento de pensar en el *fomento* de la autonomía, ya que difícilmente esta dimensión puede ser capturada del todo mediante la apelación exclusiva al individualismo y a los propios intereses. La posibilidad de celebrar autónomamente un contrato, decidir con quién hacerlo y definir los términos que lo reglamentarán alienta la autonomía del contratante que ejerce sus facultades en el ámbito contractual. El derecho de contratos persigue, en mayor o menor medida, ensanchar la esfera de autonomía gracias a la cual los contratantes pueden construir y conducir sus relaciones obligatorias. Tal cuestión puede ser articulada a partir de los intereses particulares de cada una de las partes y, por ende, fundamentada sobre la base de los cánones individualistas que diferencia entre los intereses de los individuos y sostiene, principalmente, la preferencia de los propios intereses.

El matiz se encuentra, entonces, en la dimensión en que es fomentada la ampliación del espacio de autonomía del otro contratante por su propio interés. Si el foco de atención es desprendido del ámbito individual de autonomía del contratante y trasladado al de los otros agentes contractuales, se vuelve necesario añadir observaciones que no son fáciles de encajar con los postulados del individualismo, ni aun bajo su versión desinteresada. En ciertas ocasiones, el derecho de contratos busca potenciar y extender la autonomía del otro contratante atendiendo exclusivamente a su interés⁵¹¹. Situaciones de este tipo dan cuenta de algunas dimensiones que presentan las relaciones contractuales que no responden a la preeminencia normativa del autointerés sobre los intereses de los demás, sino que, por el contrario, desafían el predominio del propio interés. Al tomar en consideración el interés ajeno se detectan componentes altruistas en este tipo de exigencias.

De acuerdo a lo anterior, cuando la autonomía es correctamente entendida las demandas relativas a su respeto y fomento tienen en consideración tanto los intereses del contratante en particular como aquellos pertenecientes a los demás individuos. Este modo de ver la

⁵¹¹ Según KIMEL, el *presupuesto básico* de la incidencia de la autonomía en el derecho de contratos abarca un efecto genérico respecto de los participantes de las prácticas contractuales, toda vez que su reconocimiento «[...] supone la preocupación por las condiciones que resultan necesarias a fin de que las personas vivan una vida autónoma, así como (*prima facie*) el respeto por los objetivos libremente elegidos por las personas». KIMEL, 2018: 206.

autonomía revela que los intereses propios y ajenos deben tener algún grado de atención para que este valor rijan efectivamente las relaciones contractuales. No parece ser compatible una lectura adecuada de la autonomía y la erradicación absoluta de la relevancia de la posición, expectativas e intereses de los otros en el fenómeno contractual.

Ahora bien, del hecho de que los intereses ajenos estén de un modo u otro vigentes en una comprensión fuerte de la autonomía personal, no se sigue necesariamente que lo estén con la misma intensidad. Por lo mismo, si cabe afirmar la presencia de elementos altruistas en la autonomía conviene precisar dónde específicamente se encontrarían. Esto daría lugar a una distinción entre dos niveles de la participación de consideraciones en favor de los intereses de otros en la autonomía desarrollada en el ámbito contractual. En primer lugar, es posible detectar una presencia *débil* de consideraciones en favor de los demás en el respeto por la autonomía que es exigible respecto de todas las partes de un contrato. Este respeto es puesto de manifiesto cuando cada contratante observa lo que autónomamente han pactado, así como cuando evita causar daños a la otra parte, defraudando los intereses y expectativas contractuales de esta última.

En segundo lugar, en tanto, hay una presencia fuerte de consideraciones en favor de los intereses ajenos en el momento en que es fomentada la ampliación de la esfera de autonomía de los otros contratantes. Aquí se promueve la expansión del ámbito en que los demás individuos pueden ejercer su autonomía en materia contractual. De modo que el derecho de contratos vela exclusivamente por sus intereses, favoreciéndolos en su posición en cuanto sujetos verdaderamente autónomos en las relaciones contractuales. Precisamente, es en este orden de análisis donde se aprecian con mayor nitidez consideraciones de carácter altruista, esto es, que están únicamente formuladas en atención a los intereses de los otros. A diferencia de las demandas derivadas del respeto en aras de no atentar contra la autonomía del otro contratante, las exigencias de ampliar el escenario en que los demás agentes pueden desenvolverse de manera autónoma en el plano contractual, transparentan genuinos componentes altruistas. De ahí su fuerza apelativa para la promoción de la autonomía de los otros, beneficiándolos y actuando solo movidos por los intereses contractuales de aquellos.

De manera tal que es posible hallar dos formas de entender el valor normativo de la autonomía en las relaciones contractuales. Por una parte, la visión tradicional conforme con

la cual la autonomía de los contratantes está forjada con base en postulados individualistas que abogan por la diferenciación entre intereses propios y ajenos y, en especial, por el predominio de los primeros sobre los segundos. Esta lectura sostendría una estrecha conexión entre el respeto y el fomento de la autonomía del agente y la atención exclusiva de sus intereses y expectativas. La defensa de la autonomía que encarna el derecho de contratos es, en estos términos, un cuidado y resguardo solamente de los intereses individuales del contratante en cuestión. Por otra, una lectura fuerte de la autonomía según la cual esta no es indiferente con los intereses ajenos, sino que, en realidad, tiene presente entre sus exigencias la preocupación tanto por los intereses propios como ajenos. Desde luego, tal atención no tiene lugar en el mismo grado ni con la misma claridad. Si bien en el respeto y el fomento de la autonomía en las relaciones contractuales hay factores que develan la importancia de los intereses de todos los contratantes, es la promoción de la ampliación de la zona de ejercicio de autonomía de los otros individuos la dimensión que retrata de manera más patente la pertinencia de consideraciones altruistas. En este orden de cosas, se favorece la posición contractual de los demás, por su exclusivo interés. Este último está asociado a potenciar la autonomía del otro.

Desde mi punto de vista, este modo de entender la autonomía es beneficiosa por tres consideraciones. En primer término, ella es susceptible de conciliar con la visión de la autonomía trazada durante el capítulo anterior. Según se indicó, la autonomía que tiene lugar en el derecho de contratos debe ser leída en los términos argüidos por KIMEL, quien basándose en RAZ, ha propuesto una noción flexible, normativamente densa y con carácter gradual. De modo que se vuelve más difícil sostener categóricamente que en el *nuevo* derecho de los contratos –en que proliferan las intervenciones legislativas– la autonomía ya no tiene cabida. Tal perspectiva calza con esta visión de la autonomía que rescata su estatus de un valor normativo complejo. Por ello, en lugar de asumir la conexión entre la autonomía y el individualismo en el campo contractual, resulta provechoso cuestionarse hasta qué punto los intereses ajenos son totalmente desplazados de sus preocupaciones.

Más allá de la defensa y promoción del interés propio que preliminarmente encarna la autonomía en el derecho de contratos, también existen dimensiones en que el interés ajeno es relevante. Y esto alcanza mayor notoriedad en los intereses de fomentar el espacio de

autonomía de los otros. Allí están presentes componentes que pueden acomodarse a los parámetros de la moralidad altruista. Mientras que una lectura tradicional de la autonomía podría subrayar su simplicidad y homogeneidad, esta lectura alternativa enfatiza su composición compleja en la medida en que no solo atiende los intereses personales del agente contractual, sino que también toma en cuenta los de los demás participantes de las prácticas contractuales. De ahí que esta constituye una versión más fuerte de la autonomía que aquella esgrimida de forma tradicional, toda vez que el valor de la autonomía operativo en el ámbito contractual admite una lectura altruista y no meramente individualista.

En segundo término, en tanto, el prisma que reconoce en la autonomía la pertinencia de observaciones altruistas relativas a respetar y, en especial, alentar los intereses ajenos, permite capturar la complejidad de la relación contractual, el cual es un rasgo determinante del derecho de contratos en general. Tal como fue advertido en el segundo capítulo, el derecho de contratos no ha estado, en verdad, caracterizado por su uniformidad. Su estructura, funcionamiento y compromisos normativos están rodeados de matices, tensiones y contradicciones. Todo ello revela la complejidad del derecho contractual en lugar de resaltar un diseño y operatividad uniforme. Desde luego, este aspecto está instalado en el contrato y no es sino reproducido en el derecho contractual. De modo que al pensar la autonomía que es desarrollada en el marco contractual como sensible tanto a la preocupación por los intereses propios del contratante en particular, como por aquellos sostenidos por los demás individuos, se ofrece una alternativa interpretativa que es consistente con la imagen del contrato y el derecho contractual. Si el vínculo contractual y el derecho de contratos están caracterizados por su complejidad, la versión de la autonomía que reconoce elementos individualistas como altruistas es una perspectiva más fuerte frente a aquella que, en función de su coherencia y uniformidad, desecha la participación de dimensiones altruistas.

En tercer término, por último, este enfoque acerca de la autonomía que está vigente en las relaciones contractuales refuerza la bilateralidad que es, a juicio de WEINRIB, parte central del derecho privado en su generalidad y, por lo mismo, permea ostensiblemente el contrato. De acuerdo con WEINRIB, la estructura bilateral entre las partes de la relación jurídica privada constituye un rasgo distintivo del derecho privado⁵¹². Esta posibilita que la interacción entre

⁵¹² WEINRIB, 2012: 145-174.

los participantes sea directa y exista correlatividad entre sus derechos y deberes. Dicha composición dual está basada en la igualdad que al menos formalmente posee cada parte, siendo esto plenamente asumido en el derecho de contratos. El contrato es quizá el mejor ejemplo disponible cuando se trata de mostrar la bilateralidad de las partes. Ahí cada contratante está situado, en principio, en pie de igualdad respecto del otro y, por tanto, son predicados los derechos y deberes correlativos que vinculan a las partes entre sí.

La autonomía, naturalmente, no puede estar al margen de este carácter. Por el contrario, una correcta lectura de la autonomía en el derecho de contratos debiere abonar la bilateralidad de la relación privada. La cuestión acá es insertar un matiz respecto del tipo de consideraciones que son parte de esa estructura bilateral con derechos y deberes correlativos. Para dar cuenta de los distintos elementos que son atendidos en el contrato es indispensable acudir a cuestiones asociadas al interés ajeno y que, al menos algunas de ellas, develan genuinos componentes altruistas en la relación contractual. De ahí que cuando es observada la relevancia de los intereses de los individuos distintos al contratante particular, en orden a potenciar su autonomía, esta forma de entender la autonomía fortalece la estructura bilateral que es un rasgo distintivo de la relación jurídica de derecho privado.

De modo que no solo el respeto de la autonomía constituye una demanda predicable de ambas partes del contrato, sino que el fomento de este valor normativo es una exigencia respecto del espacio de autonomía del contratante en concreto, así como aquel de los demás individuos participantes en las prácticas contractuales. Mas, en lo relativo al interés en ampliar el espacio de autonomía de los otros, para que estos puedan desarrollarla por su propio bien, hay componentes altruistas que no pueden ser totalmente leídos desde la óptica individualista. Esto sugiere que el carácter bilateral del vínculo de derecho privado no necesariamente tiene sustento sobre la base de una fundamentación individualista. El interés por extender la autonomía de los demás en las relaciones contractuales contribuye a transparentar la pertinencia de dimensiones altruistas en una correcta comprensión de la autonomía, que ha sido perfilada desde el capítulo anterior.

Esto tiene importancia desde el punto de vista de las ideas de KIMEL, con quien se abrió este apartado. Un lugar común entre las relaciones personales y las contractuales –que están basadas en el ideal del distanciamiento– es que cuanto más libres y autónomas sean, más

valiosas lo serán. En el primer tipo de casos, estas tendrán mayor valor si las personas pueden escoger con amplia libertad con quién concertarlas sin que su selección dependa de relaciones personales. Y, por el contrario, serán menos valiosas si son menos selectivas para constituir o desarrollar estas relaciones. En el segundo tipo de supuestos, en tanto, también tiene lugar la afirmación de KIMEL. El contrato refleja la opción de conformar relaciones sin la necesidad de involucrarse personalmente. El distanciamiento es valioso como una alternativa a la dependencia de relaciones personales, ya sean preexistentes o futuras. De allí la relevancia del vínculo contractual en el aliento de la autonomía de quienes lo escogen, pues «[...] los contratos son valiosos como una práctica que, respecto de cierto rango de actividades, facilita precisamente esto»⁵¹³. Por ello, al emparentar el respeto y fomento de la autonomía con la relación bilateral que está presente en el contrato, se incrementa la autonomía de estas relaciones, volviéndose, desde el prisma de KIMEL, más valiosas.

Una cuestión que podrá provocar cierta inquietud es a qué alude específicamente la idea de que el derecho de los contratos fomenta el espacio de autonomía *de los demás*, esto es, a quiénes con ello se hace referencia. Ya fue cubierta la esfera de los contratantes que desarrollan un vínculo contractual, afirmando que respecto de ellos las exigencias del valor de la autonomía rigen sin que medien mayores distinciones. Sin embargo, esa lectura es compatible con el individualismo desinteresado que precisamente tiene en cuenta y respeta el interés contractual de la contraparte de un acuerdo y, por esta razón, es que para el agente no está justificado lesionar los intereses de la otra parte, causándole daños como consecuencia de perseguir la satisfacción del propio interés. El componente altruista se aprecia, entonces, al pensar que el derecho de contratos provee de una determinada concepción normativa valedera para el conjunto de participantes de las prácticas contractuales, como personas autónomas que pueden autodeterminarse y configurar sus proyectos personales de vida. Tal consideración sustantiva también alcanza a quienes no son parte de una determinada relación contractual, porque es la manera en que el derecho contractual –en general– concibe la posición normativa de los individuos y la relevancia de su potencial autónomo. En el capítulo final se arrojarán mayores luces acerca de cómo una posición interna en el derecho contractual y derecho privado debiese proporcionar una visión

⁵¹³ KIMEL, 2018: 153.

acerca de los participantes en las relaciones jurídicas privadas, excediendo a quienes forman parte de un acuerdo en concreto.

Mientras tanto se revisará una manera alternativa a la que he presentado para desprender el contrato de un compromiso unitario e incondicional con la satisfacción del autointerés. Esta no pretende ir más allá y abogar por la presencia de elementos altruistas en la relación contractual, sino mostrar las comunidades morales de intereses que no responden a la lógica del interés propio. Daniel MARKOVITS ha enfatizado que los contratos constituyen comunidades que forjan relaciones de genuina colaboración entre los contratantes, las cuales no logran ser capturadas por un enfoque que solo ve el gobierno del individualismo en el vínculo contractual. A pesar de que la teoría de las promesas reviste gran importancia para explicar y justificar parte del funcionamiento de las prácticas contractuales, su tratamiento ha estado persistentemente protagonizado por esfuerzos que se inscriben en coordenadas individualistas. La insistencia de MARKOVITS es que «[...] las teorías individualistas no capturan ni reflejan el centro moral propio de la promesa y el contrato, el cual no se encuentra en ninguno de los fundamentos de las partes individuales, sino en las relaciones entre las personas que prometen y el contrato que entre ellos se crea»⁵¹⁴. Las relaciones que se forjan a partir de las promesas y los contratos tienen un fuerte valor moral y político asociado a la comunidad que es formada por los contratantes. Las promesas y, en especial, los contratos «[...] establecen una relación basada en el reconocimiento y el respeto –y una suerte de comunidad– entre los participantes»⁵¹⁵. El valor de comunidad no se encuentra en las finalidades particulares que cada parte persigue en el contrato, sino que está presente en la forma de la relación contractual. Este ideal de comunidad que está sustentado a partir del respeto es la *colaboración*⁵¹⁶.

Su perspectiva no busca negar que la imagen central del contrato corresponde a un intercambio organizado mediante el autointerés de los contratantes, el cual es frecuentemente desarrollado de manera discreta, sino afirmar que incluso en contratos que no implican nada más que un intercambio autointeresado, discreto y meramente transaccional, yacen las

⁵¹⁴ MARKOVITS, 2004: 242.

⁵¹⁵ MARKOVITS, 2004: 243.

⁵¹⁶ MARKOVITS, 2004: 243.

relaciones morales de respeto y comunidad. Aun esta manera de entender el vínculo contractual lleva envuelta una comunidad en que las partes comparten finalidades y se tratan mutuamente como fines en sí mismas a partir del contrato. La relación en la cual los contratantes se sitúan es de respeto y comunidad, sin depender de las inclinaciones personales de cada uno de ellos. MARKOVITS saca partido a investigaciones que ha realizado Michael E. BRATMAN en el contexto de la filosofía de la acción, trasladándolas a la práctica contractual. BRATMAN acude a la idea de *intención compartida* para dar cuenta de esquemas de acción conjunta en que los individuos comparten la intención de actuar, tratándose recíprocamente como fines⁵¹⁷. El contrato, piensa MARKOVITS, responde a este tipo de patrones de intenciones a través de los cuales son forjados vínculos de respeto y comunidad entre los contratantes. Y todo ello tiene lugar no obstante las personas «[...] no muestran ningún interés por el bienestar de las demás y participan del contrato dentro de la búsqueda de su propio autointerés»⁵¹⁸.

BRATMAN observa que la forma más general de estructurar intenciones compartidas opera mediante la *actividad intencional conjunta*⁵¹⁹. Es decir, versa sobre una acción coordinada que comienza con la *intención a favor de la actividad conjunta*, aunque esta coincidencia entre las intenciones no resulta por sí misma suficiente para conseguir la actividad intencional conjunta, puesto que es menester que los subplanes de los participantes se acoplen de manera intencional para efectuar las acciones configuradas. Quienes participan de la actividad intencional poseen la intención de actuar conjuntamente y, además, lo hacen para que sus planes y acciones encuentren entre sí un adecuado engranaje, tendiendo en común un pleno conocimiento de estas circunstancias. En el ejemplo al cual reiteradamente acude BRATMAN, si dos músicos desean cantar a dúo, entonces, deben tener la intención de hacerlo de forma conjunta, amoldando sus acciones y planes específicos con consciencia de que cada uno persigue este fin. Cada músico considera a las intenciones del otro como sus propias intenciones, de modo que uno espera que las intenciones del otro lleguen a buen puerto y viceversa. No basta con que las dos personas canten la misma canción ni lo hagan bajo la misma tonalidad.

⁵¹⁷ BRATMAN, 1993: 98 y ss.

⁵¹⁸ MARKOVITS, 2004: 279.

⁵¹⁹ BRATMAN, 1999: 94 y ss.

Una vez que es desarrollada esta forma de actividad intencional conjunta es posible alcanzar una modalidad más fuerte de actuación que BRATMAN califica como *actividad cooperativa compartida*. En esta versión los participantes realizan conjuntamente la actividad que pretendían, amalgamando sus planes, pero, del mismo modo, cada uno de ellos está dispuesto a ayudar al otro en el caso que enfrente dificultades, porque privilegian el éxito colectivo de la empresa. El carácter cooperativo de la actividad añade que las partes tengan la intención de auxiliar a la otra en caso de necesitarlo para realizar la acción conjunta. De acuerdo con BRATMAN, «[...] debe haber al menos alguna circunstancia cooperativamente relevante en la cual estaría preparado para proporcionar la ayuda necesaria. Y lo mismo para ti»⁵²⁰. La cooperación, por tanto, requiere de una condición mínimamente estable proveída a la luz de la intención de apoyarse mutuamente entre los participantes. Gracias a esta estabilidad en la intención de ellos se «[...] asegura que existe un compromiso de ayudar en alguna circunstancia cooperativamente relevante»⁵²¹.

Este esquema teórico es implementado por MARKOVITS para desentrañar el tipo de comunidad basada en el mutuo respeto que es engendrada por el contrato. Dicha explicación es compatible con la aceptación de que, en realidad, solo se trata de transacciones discretas y cuya complementación de los contratantes no responde sino a la búsqueda de la satisfacción del interés particular de cada quien. Sin embargo, los ideales de respeto y comunidad que están vigentes en el vínculo contractual operan de forma colaborativa y no totalmente cooperativa. Ello se explica porque los contratos, por regla general, no implican una actividad cooperativa compartida⁵²². Pese a que sea posible hallar supuestos en que las partes manifiestan su intención de brindarse el apoyo mutuo que conforma la cooperación, la estructura de los contratos –con especial claridad en los discretos– acepta que la relación esté constituida por participantes no cooperativos. De ahí que las reglas contractuales no exigen a una de las partes que ayude a la otra cuando esta se encuentra trastabillando para lograr que la actividad intencional conjunta concluya de manera exitosa. Los participantes únicamente se comprometen a compensar a la otra parte en el caso que haya dificultades, pero no lo hacen para brindarse recíprocamente auxilio.

⁵²⁰ BRATMAN, 1999: 104.

⁵²¹ BRATMAN, 1999: 105.

⁵²² MARKOVITS, 2004: 286.

MARKOVITS advierte que tanto la actividad intencional conjunta como la cooperativa compartida *à la* BRATMAN, no establecen una relación moral existente entre sus participantes. Ambas modalidades de actuación constituyen intenciones «[...] a favor de la actividad sola y no a favor de los demás participantes»⁵²³. Estos tienen la intención de adecuarse a las intenciones de los otros, pero ello puede ser consecuencia de su compromiso personal con el desenlace de la actividad, sin que aquellos tengan la intención de subordinarse a la voluntad del otro. En este punto reside, a juicio de MARKOVITS, un contraste crucial entre el contrato y estas dos formas de actividad. Pues tales esquemas de actuación conjunta importan intenciones a favor de la actividad que son invocadas por los restantes participantes solo mediante la actividad, mas el contrato, como una clase de promesa, «[...] les agrega la intención a favor del otro participante, cuyo sujeto es la actuación contenida en la actividad conjunta»⁵²⁴. Incluso en un contrato simplemente discreto, el promitente contractual tiene la intención de no abandonar la actuación que ha prometido efectuar, a menos que sea liberado del contrato.

En la relación contractual, el promitente tiene la intención de otorgarle autoridad a su promisorio para que le exija alentar el éxito de sus intenciones y, por ende, no solamente tiene el objetivo de que las intenciones del promisorio sean exitosas, como sí ocurre en la actividad intencional conjunta y en la actividad cooperativa compartida. Por ello, MARKOVITS sostiene que únicamente el contrato formula una relación moral entre quienes contratan, cuestión que no se da en los esquemas sugeridos por BRATMAN. El promitente, una vez situado en el marco del contrato, «[...] tiene la intención de subordinar su voluntad a la de su promisorio y, de esta forma, trata a este como un fin en sí mismo, y no solo en lo que respecta a la actividad conjunta del contrato»⁵²⁵. Frente a la disyuntiva sobre en cuál de los modelos previstos por BRATMAN corresponde insertar la estructura del contrato para evidenciar la comunidad que ahí tiene lugar, MARKOVITS apuesta por la actividad intencional conjunta: el contrato es, entonces, una especie de esta forma de actuación.

⁵²³ MARKOVITS, 2004: 290.

⁵²⁴ MARKOVITS, 2004: 290.

⁵²⁵ MARKOVITS, 2004: 290.

Desde esta perspectiva, los contratantes forman intenciones que están entrelazadas de manera autoconsciente. De allí que junto al interés personal que, en general, mueve a las partes para constituir y desarrollar un contrato, cada una de estas posee la intención de otorgar autoridad a la otra sobre sus intenciones. Cada uno de los contratantes pretende que el otro efectúe un reclamo en atención a las intenciones entrelazadas, relativo a no ser el primero en desviarse de la actuación conjunta que está caracterizada por sus propias intenciones⁵²⁶. Naturalmente, la comunidad que es formada en el contrato tiene ciertas peculiaridades. Las finalidades que persiguen las partes del contrato y la manera en que se llevarán a cabo están determinadas según los términos del acuerdo. El ideal en el cual se basa esta actividad comunitaria es, como ya se indicó, solo colaborativo. A partir de este se promueven los fines compartidos y el respeto mutuo. Cada persona que está imbricada en este modelo colaborativo debe restringir sus acciones para respetar el punto de vista de la otra con quien comparte la colaboración.

No obstante tratarse muchas veces de vínculos transaccionales, discretos y motivados por el autointerés, los contratos invocan los ideales de respeto y comunidad, forjándolos a partir de la colaboración. Esta última noción provee de un genuino ideal normativo para el contrato y este ideal colaborativo, como indica MARKOVITS, «[...] es distintivo en sí mismo y no un mero pariente pobre de la cooperación»⁵²⁷. Tal forma de comunidad conjuga perfectamente los intereses de los contratantes, permitiendo que ellos compartan propósitos y se traten recíprocamente como fines. Gracias a estos estándares comunitarios, el contrato logra salvar su irremediable compromiso con el interés propio, toda vez que «[...] describe una relación moral distintiva entre las personas –y surgen razones morales tanto para hacer como para cumplir contratos– a pesar del hecho de que las mismas también abordan los contratos en persecución de sus autointereses estrechos, y muchas veces contrarios»⁵²⁸.

Pues bien, ¿por qué no pensar en la propuesta de MARKOVITS como alternativa para mostrar el altruismo en el contrato? Desde luego, este no es el objetivo del autor. El móvil que inspira la interpretación de MARKOVITS es develar que aun en la imagen del contrato como una

⁵²⁶ MARKOVITS, 2004: 292.

⁵²⁷ MARKOVITS, 2004: 293.

⁵²⁸ MARKOVITS, 2004: 293.

transacción discreta y formulada por el autointerés, existe una comunidad moral regida por el ideal de la colaboración conforme con el cual las metas de las partes confluyen, debiendo estas tratarse mutuamente con respeto. Este es el sentido de su esfuerzo para acudir a los esquemas de actuación conjunta de BRATMAN. Con base en lo anterior, el contrato posee una estructura comunal que no logra ser capturada si aquel es únicamente observado desde la óptica individualista. Dicho prisma enfatiza la posición autointeresada de las partes contratantes y descuida el ideal colaborativo que existe entre las intenciones y finalidades de quienes participan en la relación contractual.

Sin embargo, esa visión del contrato no alcanza las dimensiones altruistas que ahí están presentes. La propuesta interpretativa que antes fue presentada busca mostrar cómo pueden desprenderse ciertos componentes de altruismo en el fomento de la autonomía de las partes, como un valor fundamental del derecho de contratos. Su plausibilidad depende, por tanto, de que con cargo a la autonomía se demande la preocupación por los intereses de los demás. De manera tal que, si hubiere realmente un espacio para el altruismo en el ideal colaborativo de MARKOVITS, necesariamente deben ser relevantes los intereses ajenos. No resulta suficiente con evidenciar la miopía que padece la lectura egoísta al no lograr detectar la comunidad colaborativa que convive en el vínculo contractual. Es una demanda altruista básica preocuparse por los intereses de los otros participantes y esta no se encuentra presente en el modelo colaborativo de MARKOVITS. Por ello, su propuesta es antes una negación del individualismo egoísta que una validación del altruismo en la relación contractual.

La ausencia del interés por el otro incluso afecta a la actividad cooperativa compartida esgrimida por BRATMAN. Como fue indicado, esta constituye una versión más acabada de actuación conjunta en que media la cooperación entre los participantes, lo cual es reflejado por la intención a favor del mutuo apoyo. Pero ello no implica que los contratantes atiendan a los intereses del otro ni, por supuesto, que deban efectuar acciones para favorecerles. Por lo demás, este aspecto está explícitamente advertido por MARKOVITS al afirmar que

[...] los participantes en la actividad cooperativa compartida *no deben preocuparse, independientemente, de los intereses del otro*. Aunque esta generosidad es una fuente

natural de intenciones a favor del apoyo mutuo implícito en la cooperación, estas intenciones también pueden surgir de otras formas⁵²⁹.

Es perfectamente posible, entonces, que los participantes de la actividad cooperativa actúen únicamente motivados por el autointerés y solo permanezcan en la actuación conjunta porque esta les reporta más beneficios que costes. De modo que aun cuando se mantienen como partes de ella –y están situados en el marco de una actividad cooperativa– siguen comportándose por sus intereses personales. Puede que, asimismo, los contratantes estén dispuestos a persistir en su participación asumiendo los costes necesarios para que la actividad conjunta siga en pie. Si el otro participante sufre algún percance y la actividad corre peligro, el otro podrá asumir los costes adicionales para preservar la actividad. Pero su actuación no estaría siendo realizada *en atención* de los intereses de la otra. La conservación de la actividad es, en rigor, fruto de la satisfacción de su autointerés.

Sobre la base de estas observaciones, la estrategia que pretende develar consideraciones altruistas en el contrato a partir del valor normativo de la autonomía parece un camino más apropiado que el ideal colaborativo de MARKOVITS. Mientras que este último revela que, pese a que el entendimiento tradicional de la relación contractual solo apele al autointerés de los contratantes y su configuración transaccional discreta, es posible hallar un ideal de respeto y comunidad entre sus participantes, el primero va más allá y promueve la presencia de factores altruistas en el aliento de la autonomía contractual. Estos están asociados a la preocupación y atención de los intereses de los demás participantes de las prácticas contractuales, y que logran ser capturadas por las exigencias de fomento de la autonomía respecto de la posición normativa de los agentes en las relaciones jurídicas. Desde luego, ambos esquemas comparten el escrutinio crítico desplegado contra la separación de intereses y la primacía del propio interés. No obstante, solo el primero está comprometido con los intereses ajenos. De allí que en adelante solo sea este objeto de análisis.

2.2.Reglas privadas y adjudicación: entre el interés propio y el ajeno

⁵²⁹ MARKOVITS, 2004: 285, n. 92. Énfasis añadido.

Con anterioridad, se intentó mostrar una posible interpretación de la autonomía que sigue la senda trazada durante el tercer capítulo y que rescata el lugar que ocupan consideraciones a favor del interés ajeno en el fomento de los márgenes de autonomía de quienes son parte de las relaciones contractuales. Si esta fuere una lectura plausible podría sostenerse que la autonomía –que posee un papel crucial en la fundamentación de la obligatoriedad contractual, así como en el derecho de contratos en su generalidad– captura dimensiones en que son relevantes los intereses de los demás y estas no son sencillamente conciliables con los parámetros individualistas que afirman la fractura entre los intereses propios y ajenos. El rendimiento teórico y justificativo de la autonomía en el derecho de contratos, entonces, no puede únicamente examinarse desde el prisma del individualismo filosófico. Ella admite también una lectura formulada en términos altruistas.

Sin embargo, esto no puede considerarse como un argumento concluyente si se trata de introducir el altruismo en el derecho de contratos ni en el derecho privado. Por ello, esta presencia un tanto tenue de la importancia de los intereses de los otros en el derecho contractual puede ser reforzada desde otro nivel de análisis: la adjudicación en el derecho privado. Como fue advertido durante el capítulo segundo, una de las aristas que develan la complejidad del derecho contractual es la tensión entre individualismo y altruismo que subyace a las consideraciones entre forma y sustancia que están presentes en esa área de lo jurídico. KENNEDY exploró cómo esta última clase de cuestiones cobra una particular importancia en el ámbito de la aplicación de las reglas jurídicas en el derecho privado. A pesar de que fue introducida su aproximación, esta será retomada para mostrar otra dimensión en que parece tener fuerza la vigencia de estándares altruistas en el derecho de contratos y en el derecho privado. Si antes el foco de atención estuvo puesto en el valor normativo de la autonomía, en lo que sigue estará centrado en el tipo de postulados valorativos que tienen en cuenta los jueces en la toma de decisiones.

En su proyecto de reconstrucción de las prácticas judiciales, KENNEDY dio cuenta de ciertas cuestiones que permanecen latentes en la distinción entre forma y sustancia, cuyos lineamientos ayudaron a poner de relieve el rasgo de complejidad a partir del cual es necesario comprender el derecho de contratos. Su tesis central radica en afirmar que la elección entre modelos que recurran a reglas jurídicas y otros que utilicen principios –

situación de especial interés en el derecho privado— depende de consideraciones ulteriores sustantivas. Mientras que las reglas jurídicas están formuladas de manera general y ofrecen soluciones ciertas y rígidamente diseñadas, los principios se muestran más sensibles frente a elementos particulares, permitiendo elaborar soluciones *ad hoc* que captan la especificidad de los diferentes casos. Cuando se elige entre ambos modelos, piensa KENNEDY, es descubierta una preferencia respecto de factores sustantivos que están inevitablemente inmersos en la distinción. Por ello, para el uso de estos modelos se acude a argumentaciones que «[...] tienen fuertes matices de debates sustantivos acerca de qué valores y qué concepciones del universo debiéramos adoptar»⁵³⁰. Dichos estándares normativos son evaluados por los distintos operadores de las prácticas jurídicas.

Tal como antes fue indicado, la regla que establece la fuerza obligatoria del contrato puede ser favorablemente juzgada por la neutralidad con que trata el ejercicio de la autonomía de los contratantes: todo agente legalmente capacitado para desempeñarse en el tráfico jurídico puede celebrar contratos y estos contarán con el respaldo de su obligatoriedad. Pero, del mismo modo, esa regla puede ser evaluada de manera crítica en atención a la excesiva rigidez que muestra frente a supuestos particulares en que exigir el cumplimiento de lo pactado parece atentar contra criterios de corrección moral. Por ejemplo, cuando han acaecido circunstancias imprevistas que vuelven excesivamente costoso para una de las partes observar la prestación acordada en los términos originalmente establecidos.

Los principios, por su parte, también enfrentan esta evaluación bifronte. Un principio puede ser enjuiciado por la incertidumbre que genera la pluralidad de matices con que puede ser aplicado en un caso concreto, ofreciendo distintos caminos para resolverlo. Y, asimismo, admite ser celebrado por la espontaneidad gracias a la cual es formulada la respuesta, que logra tomar en cuenta las distintas dimensiones y peculiaridades del conflicto que busca solucionar. Su flexibilidad resulta ser, en estos términos, un aspecto beneficioso dado las características del supuesto para el cual el principio es aplicado.

De ahí que en las posiciones que respaldan la preferencia de reglas o principios va envuelta una determinada suscripción a favor de valores y criterios sustantivos que están en oposición.

⁵³⁰ KENNEDY, 1976: 163.

Estas alegaciones «[...] son también una invitación a elegir entre conjuntos de valores y concepciones del universo»⁵³¹. Al respecto, KENNEDY observa que ambos modelos normativos se adecúan a fundamentaciones diferenciadas acerca de la moralidad; a saber, el individualismo y el altruismo⁵³². De modo tal que, a su juicio, las exigencias del primero arriban con naturalidad en la adherencia a reglas jurídicas precisas y bien deslindadas y, por su parte, los postulados del segundo muestran mayor simpatía con los principios que gozan de mayor flexibilidad tanto en su contenido como en su aplicación. En el derecho privado, entonces, se presenta con mucha fuerza esta tensión entre alegaciones en disputa. Por supuesto, el punto que pretende mostrar el autor no es que solo en el derecho privado se dé este tipo de controversias, sino que ella está ahí conspicuamente reflejada.

Veamos cómo estas cuestiones pueden ser puestas de manifiesto en lo relativo al contrato. Para ello, se volverá al problema de la obligatoriedad del vínculo contractual. Usualmente la fuerza obligatoria del contrato es establecida mediante una regla jurídica. Esta prescribe que, como fue visto en el primer capítulo, si los contratos han sido legalmente celebrados devienen obligatorios para quienes los hayan estipulado. Los contratantes deben necesariamente cumplir los términos a los cuales accedieron. Dicha regla es susceptible de un juicio tanto positivo como negativo. Será favorable a su contenido proposicional si es realizado, por ejemplo, el valor de neutralidad gracias al cual todo contratante puede forjar relaciones jurídicas obligatorias en función del despliegue de su autonomía personal. Al no efectuar distinciones ni discriminaciones, la regla contractual contribuye a que todos los individuos se conduzcan autónomamente en el escenario contractual, obligándose a lo que ellos han decidido dar o efectuar en favor de otro. Por lo mismo, quienes celebren vínculos obligacionales no pueden, en principio, excusarse de cumplir lo que han pactado ya que estas prestaciones son consecuencia de su ejercicio autónomo. Ya fue señalado el rol clave que para estos efectos posee el respeto de la autonomía por parte de los contratantes.

⁵³¹ KENNEDY, 1976: 165.

⁵³² En este punto, KENNEDY se aleja del continuo tratamiento filosófico que recibe el altruismo como contrapuesto al egoísmo. Desde la mirada de KENNEDY el contraste se expresa –al menos en el contexto del derecho privado– entre individualismo y altruismo. Esta asunción es, como ya se ha advertido, compartida por el análisis aquí desarrollado.

No obstante lo anterior, es posible evaluar esta regla de forma negativa por el hecho de que el tratamiento neutral en la obligatoriedad de los contratos, en ocasiones da cabida a situaciones de incorrección de acuerdo con estándares básicos de justicia correctiva. Debido a que sus términos no realizan disquisiciones ni introducen matices a la fuerza vinculante del contrato, un contratante debe incondicionadamente observar lo estipulado aun cuando esto acarree su ruina económica. Desde este punto de vista, la regla jurídica deviene rígida y miope frente a la especificidad que revisten casos como el tratado por la teoría de la imprevisión. Así, la neutralidad de la regla contractual contribuye a potenciar la autonomía de los contratantes, pero se muestra indiferente frente a situaciones particulares que pueden ocurrir tanto en el momento de la celebración como durante la ejecución de lo estipulado. Tales circunstancias especiales instan a tematizar la neutralidad con que formalmente se afirma que lo que se ha celebrado de manera autónoma obliga sin consideraciones adicionales.

¿Qué tipo de postulados se conjugan con cada uno de estos enfoques críticos? Siguiendo a KENNEDY, cuando la regla que establece el efecto vinculante del contrato es considerada como apropiada para resolver un problema jurídico se analiza desde un prisma individualista, en el sentido de que, si existe una fuerte separación entre los intereses de los contratantes, la neutralidad de su fórmula vela imparcialmente por el respeto de las expectativas e intereses contractuales que cada parte ha depositado en el contrato. De modo que cada una debe cumplir lo pactado pues a ello se ha libremente comprometido. Tanto observar como exigir el fiel cumplimiento de lo estipulado son consecuencias del ejercicio de la autonomía de los contratantes, que está resguardada por la regla jurídica contractual. La vigencia irrestricta de la fuerza obligatoria, entonces, responde a parámetros individualistas y puede justificarse en esos términos⁵³³.

Su examen negativo, en tanto, está comprometido con postulados adversariales que desafían la demarcación entre intereses propios y ajenos. Desde el canon altruista la preocupación por la situación y los intereses de los otros distintos al contratante particular, exige especialmente

⁵³³ Ya fue advertido que, a mi juicio, el valor de la autonomía en el campo contractual también admite una lectura altruista que respete y fomente el marco de autonomía de los demás contratantes. Ello permite fortalecer la bilateralidad del vínculo jurídico contractual, como aspecto central de la relación de derecho privado.

tener en cuenta la posición contractual de quien o quienes han celebrado con aquel el contrato. De ahí que la exagerada rigidez con que puede ser criticada la regla jurídica que prescribe la fuerza obligatoria del contrato tiene sustento en elementos altruistas que ponen de relieve la situación que actualmente enfrenta el cocontratante. Al centrar la mirada en sus intereses, es evidente que, si este ha enfrentado un cambio de circunstancias con posterioridad a la celebración del pacto y sin que dicha alteración le resulte imputable, demandar el cumplimiento íntegro del contrato podría cuestionarse si con ello está en riesgo la ruina de esta parte del contrato. Atender a su posición contractual, por el contrario, importa repensar la indiferencia que formalmente expresa la neutralidad de la fuerza vinculante del contrato, exigiendo que se cumpla lo pactado en los términos originales de celebración. Si no hay división tajante entre los intereses del acreedor y aquellos del deudor que ha sufrido el imprevisto, entonces, la regla que establece el efecto vinculante del contrato resulta inadecuada para este tipo de supuestos, al desatender los intereses del otro.

Para el altruismo la consideración por los intereses de los demás, como se ha visto, es decisiva en la formulación de sus demandas. De manera tal que, en los conflictos derivados de la alteración sobrevenida de las circunstancias de contratación, resulta necesario prestar atención por la posición contractual, así como a las dificultades y los intereses de la parte que soporta el evento imprevisto. Dado que la regla contractual, al menos en su formulación estándar, no parece hacerlo, se muestra irremediamente rígida y miope frente a esta circunstancia particular. Desde la óptica de KENNEDY, en la preferencia de que el efecto obligatorio del contrato sea establecido mediante un principio en lugar de una regla jurídica va envuelta la tensión entre postulados normativos contrapuestos. En este caso en particular, a la luz de componentes sustantivos de índole altruista, se sugiere que la fuerza vinculante sea prevista por un principio para que sea interpretado y aplicado con mayor flexibilidad por parte de los jueces, tomando en consideración los intereses del contratante que asume las consecuencias de la imprevisión.

Acá parece haber un punto bastante interesante en el planteamiento de KENNEDY. El efecto obligatorio del contrato está establecido en la mayor parte de las codificaciones civiles⁵³⁴. Pero la teoría de la imprevisión o excesiva onerosidad sobreviniente solo durante el proceso

⁵³⁴ Para estas regulaciones, véase el capítulo I.

de codificación contemporánea ha cobrado protagonismo⁵³⁵. Por ello, en los sistemas jurídicos privados en que no existe consagración legal de esta figura, los supuestos de cambio sobrevenido de circunstancias han sido principalmente encarados mediante el principio de buena fe. En su faz objetiva, este principio de la contratación –que puede o no contar con reconocimiento jurídico explícito– dispone que los contratantes deben actuar de conformidad con los deberes de la buena fe en las distintas etapas del vínculo contractual. De modo que la exigencia de cumplimiento en los términos originales de celebración que ejecuta el acreedor al deudor, sin tomar en cuenta que las circunstancias han variado sustancialmente y vuelto excesivamente gravosa su observancia para este último, transgrede los dictámenes de la buena fe en materia contractual. Actuar de buena fe en la fase de ejecución del contrato debiere involucrar, en principio, preocuparse por la posición contractual sobrevinida de quien soporta el hecho imprevisto. Pues, de modo contrario, si el acreedor vela exclusivamente por sus intereses y se aferra al *pacta sunt servanda*, exigiendo íntegramente lo estipulado, no estaría satisfaciendo pautas básicas del comportamiento de la buena fe contractual.

El aspecto que me interesa hacer notar es que, tal como es sugerido por KENNEDY, la perspectiva que se ocupa de los intereses ajenos en los conflictos asociados a la fuerza obligatoria y la imprevisión contractual es mejor cubierta por un principio cuya interpretación y aplicación posee mayor flexibilidad –como el de buena fe– antes que por una regla tan clara y neutral como aquella que sencillamente prescribe que todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para quienes lo han llevado a cabo. Pero que lo hace sin mirar con la debida detención situaciones especiales ni tener presente los intereses de deudor cuyo descalabro económico está en peligro. De allí que la óptica que concentra su atención en la relevancia de los intereses tanto propios del contratante particular como ajenos a él y, a su vez, privilegia la flexibilidad y adecuación de la solución prevista por el sistema jurídico para resolver

⁵³⁵ Respecto de este proceso y la consagración de la teoría de la imprevisión en el moderno derecho de los contratos, conviene tener presente entre los instrumentos de *soft law*, los artículos III.–1:110: *Modificación o extinción por el juez a causa de un cambio en las circunstancias* DCFR; 6:111: *Cambio de circunstancias* PECL; 84. *Cambio de circunstancias* PLDC; y, en el contexto comparado, los artículos 79 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, 1440 del Código Civil peruano; 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina; 1467 del Código Civil italiano de 1942 y, además, gracias a la reciente reforma del *Code*, el artículo 1195 del Código Civil francés.

supuestos de cambio de circunstancias contractuales, parece adherir a la formulación de un principio en lugar de una regla.

En las prácticas contractuales, en efecto, tiene ocurrencia esta tensión entre la regla que prevé la fuerza vinculante y el principio de buena fe objetiva, a partir del cual se morigeran la intensidad y el alcance del cumplimiento incondicionado de lo preliminarmente pactado. Dicho contrapunto es, desde el enfoque de KENNEDY, deudor de postulados que están en abierta oposición. De una parte, la regla de la fuerza obligatoria del contrato admite ser fundada en la separación de intereses de los contratantes y defendida por la neutralidad con que trata las relaciones contractuales legalmente celebradas. De otra, el principio de buena fe contractual cautela tanto los intereses propios como ajenos pues renuncia a la separación radical entre ambos y, además, se adapta con mayor facilidad a casos de imprevisión, capturando la especificidad de estos supuestos.

De acuerdo con este contraste, entonces, la preferencia respecto de la manera en que es resuelto el conflicto entre el efecto vinculante y la buena fe en los supuestos de imprevisión contractual devela la suscripción de valores y estándares normativos situados en direcciones opuestas. Para KENNEDY la cuestión se resuelve en relación con la relevancia o no que tienen los intereses de los demás. Es decir, las respectivas argumentaciones atenderán a consideraciones altruistas o individualistas, según sea el caso. Por ello, para la adjudicación judicial en el derecho de contratos no debieran ser del todo ajenas las alegaciones altruistas. Si estas son entendidas en términos de la preocupación por los intereses ajenos, resultan familiares en la justificación de ciertas decisiones judiciales y están puestas de manifiesto en la argumentación que sirve para abonar el privilegio del principio de buena fe contractual, en desmedro de la regla que establece que todos los contratos obligan como si fueren leyes para las partes. De modo que ciertos componentes altruistas estarían presentes en el derecho contractual –y en el derecho privado según lo estima el autor– y el examen de las prácticas judiciales contribuye a transparentar su lugar. Pues, por ejemplo, no resulta inusual que los jueces pongan de relieve los intereses del deudor afectado por el fenómeno de la imprevisión contractual⁵³⁶.

⁵³⁶ Como será revisado, dentro de las respuestas al cambio de circunstancias está, por ejemplo, que el juez decreta el deber de renegociar el vínculo contractual por partes. Frente a la ausencia de reconocimiento

2.3. Altruismo e instituciones del derecho contractual

En las secciones precedentes se han explorado dos estrategias para dar cuenta del lugar del altruismo en el derecho de contratos y, si ello resulta plausible, en las restantes preocupaciones del derecho privado. La primera de ellas fue mostrar ciertas dimensiones altruistas que reconoce la noción de autonomía en el ámbito contractual. Dicha lectura sigue el sendero trazado en el capítulo anterior y devela en qué sentido el respeto y el fomento de la autonomía de los contratantes tienen en consideración los intereses ajenos. Allí fue señalado que en el marco del fomento del área de autonomía que pueden ejercer los demás es posible detectar verdaderos componentes altruistas. Esta potenciación se efectúa por el interés de estos y excede las exigencias del individualismo filosófico. Lo que está en juego en lo anterior es, en última instancia, una determinada concepción normativa que provee el derecho de contratos acerca de los participantes de las prácticas contractuales para que puedan desarrollar autónomamente sus relaciones jurídicas privadas. Tal visión general alcanza también a quienes no son parte de *un* vínculo contractual en concreto.

En este sentido, fue descartada la visión de MARKOVITS acerca de los ideales de respeto y comunidad que hay en la estructura del contrato. Dichos parámetros tienen vigencia en orden al régimen colaborativo que media en la relación contractual. Pese a lo provechosa que resulta su propuesta para desligar con éxito el contrato de su exclusivo compromiso con el autointerés, mostrando la presencia de este sustento moral comunitario, no apunta al lugar del altruismo en esta clase de actuación conjunta. Quien participa de la actividad no debe preocuparse de los intereses del otro, pudiendo de todos modos moverse en función del interés propio. La dificultad pasa porque si el contrato es únicamente visto desde la óptica del autointerés no se logra captar el ideal normativo de comunidad que describe MARKOVITS, pero de eso no se sigue que quepan consideraciones altruistas. Tampoco es su propósito abogar por su espacio en la relación contractual.

La segunda de ellas, en tanto, consistió en establecer la presencia de consideraciones de carácter altruista en el marco de la adjudicación en el derecho contractual. De la mano de

legislativo, este deber ha sido dogmáticamente construido a partir de la buena fe objetiva. Si el juez impone este deber, naturalmente, el acreedor actuará de acuerdo a los cánones normativos que rigen la conducta de un individuo altruista.

KENNEDY, quien extiende sus juicios al derecho privado en general, fue revisada una de las formas en que los jueces y demás operadores del derecho recurren a este tipo de alegaciones. Esto tiene lugar, por ejemplo, cuando se otorga preferencia a un principio en lugar de una regla que categóricamente contemple la fuerza obligatoria del contrato. Según fue indicado, el principio de buena fe objetiva entra en conflicto con la regla contractual y para determinar su elección y aplicación por parte del adjudicador, este apela a estándares afines al altruismo. De ahí que tanto los intereses del acreedor como los del deudor sean estimados relevantes, diluyéndose así diluya la alternativa de exigir el cumplimiento íntegro de lo estipulado, según los términos originales de contratación, si ello puede ocasionar la pérdida patrimonial de quien ha sufrido el evento imprevisto.

Ninguna de estas estrategias parece ser suficiente si se trata de posicionar el altruismo en la estructura, funcionamiento y compromisos normativos del derecho contractual. Se pudiere plantear, por lo pronto, que ambas observaciones pecan de generalidad. La autonomía, en primer lugar, es solo uno de los valores normativos que están en juego en el derecho de contratos. No es la única cuestión importante cuando este es explicado ni justificado. Por ende, aun cuando esta noción correctamente comprendida dé cabida a dimensiones altruistas vinculadas a los intereses de los demás en incrementar su esfera de decisiones autónomas, el traspaso al derecho de contratos no es inmediato. No por el hecho de que la autonomía contractual posea márgenes altruistas, el derecho contractual también puede leerse en tales términos. Por cierto, la lectura individualista de la autonomía es la que se encuentra más afianzada en los estudios de filosofía del derecho privado y aquellos pertenecientes a la dogmática civil tradicional⁵³⁷. Según fue advertido, la versión desinteresada del individualismo apela precisamente a la autonomía para formular sus demandas, reconociendo como límite para la búsqueda del interés personal la lesión o el daño de los intereses de los demás.

⁵³⁷ En la dogmática italiana clásica fue indicado que el reconocimiento de que el contrato tiene fuerza de ley para quienes lo pactan constituye un indicador de que la *voluntad individual es soberana*. Por eso, los vínculos contractuales debían entenderse «[...] como expresión de la autonomía de la voluntad y, por consiguiente, como garantía de la libertad del ciudadano», resguardándose el valor de la elección del contratante con tal de que «[...] pueda decidir personalmente las propias acciones o las propias abstenciones, sin tener que obedecer a otros como un esclavo que actúa *'ad nutum'*; en pocas palabras: que el ciudadano es libre por sí mismo cuando se obliga». Al respecto, véase STOLFI, 1959: XL.

La presencia de elementos altruistas en la toma de decisiones, en segundo lugar, podría perder de vista la especificidad del fenómeno contractual. Los jueces pueden efectivamente acudir a consideraciones asociadas al altruismo en sus preferencias, juicios y decisiones, pero de ello no se sigue necesariamente que el altruismo tenga un lugar en el derecho de contratos. O, al menos, que su espacio sea decisivo para el derecho contractual. La reconstrucción que efectúa KENNEDY puede ser extrapolable a otras parcelas del derecho y quizá sus conclusiones persistan: la adjudicación es –en una medida importante– un indicador de las preferencias valorativas de los jueces y, en ocasiones, estos optan por observaciones que atienden a los intereses ajenos, conciliándose con la forma altruista de ver la moralidad. Su descripción puede ser exitosa respecto del derecho en general, pero no logra iluminar especialmente el derecho de los contratos.

Con base en estas observaciones, la estrategia que se adoptará será distinta. La propuesta interpretativa será determinar ciertos institutos del derecho de contratos a los cuales subyacen consideraciones altruistas –en el sentido moderado en que antes fue concebido el término– y a partir de ellos se buscará evaluar el rendimiento explicativo y justificativo que posee el altruismo en el derecho contractual. Desde luego, esta alternativa no es necesariamente incompatible con las anteriores. A mi juicio, las tres estrategias de introducción del discurso altruista son complementarias entre sí y conjuntamente leídas refuerzan la tesis según la cual el derecho contractual no puede ser únicamente explicado ni justificado a la luz del individualismo –aun en su versión desinteresada– sino que es necesario acudir a consideraciones altruistas que velan por el interés ajeno. Por ello, la lectura que se ofrecerá no está en oposición con las otras revisadas, sino que contribuye a clarificar, fortalecer y posiblemente ensanchar el lugar que ocupa el altruismo en el derecho de contratos.

Ahora bien, ¿qué se puede esperar con el desafío de develar el lugar del altruismo en el derecho de contratos? Si es verdad que a ciertas reglas, instituciones y prácticas del derecho de contratos subyacen consideraciones altruistas y no solo alegaciones individualistas, entonces, la estructura y funcionamiento del derecho contractual posee una significativa complejidad y sus compromisos normativos están encauzados a través de una tensión entre parámetros individualistas y altruistas. Tal diagnóstico dificulta la pretensión de explicar y justificar el derecho de contratos de acuerdo con un único estándar. Toda perspectiva que

persigue pensar el derecho contractual en términos unitarios irremediamente enfrentará problemas, toda vez que esta rama del derecho privado no es sencillamente simplificable mediante una metodología monista⁵³⁸. El derecho de contratos podría no ser, por lo tanto, solo una cuestión de individualismo. Pese a que de forma tradicional el derecho de contratos en particular, así como el derecho privado en general, son leídos desde la óptica individualista, esta podría no resultar del todo suficiente para dar cuenta de ambos.

Durante el segundo capítulo se intentó demostrar que el derecho contractual se encuentra comprometido con la complejidad de su composición, funcionamiento y compromisos sustantivos. En lugar de la pretendida uniformidad con la cual suele entenderse, son aspectos relativos a la complejidad los cuales se expresan desde diversas dimensiones. De allí que para comprenderlo, así como para justificarlo, es necesario tener presente este rasgo central del derecho de contratos. La presencia del altruismo permite, precisamente, abonar esta lectura acerca del derecho contractual y develar que sus fundamentos normativos no están únicamente asociados al individualismo. Si se pretende explorar los compromisos sustantivos del derecho de contratos es crucial preguntarse si es cierto que –y en qué medida– tienen allí lugar parámetros altruistas. De manera tal que al ser esto develado no será un asunto sencillo insistir en analizar esta rama del derecho privado como si solo respondiere a justificaciones individualistas. La complejidad acá cobra la imagen de, al menos, contar con dos parámetros normativos contrapuestos para fundar reglas, instituciones y prácticas importantes del derecho de contratos.

Estas observaciones no son indiferentes para la filosofía del derecho privado. Tal como fue señalado, esta disciplina tiene por objetivo estudiar los fundamentos y aspiraciones de las diversas preocupaciones del derecho privado⁵³⁹. Y, a partir de ello, espera efectuar un análisis crítico de estas dimensiones para reinterpretar sus categorías tradicionales. El derecho privado, como lo sugiere GORDLEY, admite descomponerse en un cúmulo de asuntos *i. e.*

⁵³⁸ La expresión más célebre de una metodología monista implementada en la comprensión del derecho privado está en WEINRIB. El funcionamiento unitario de la coherencia es un buen indicador para mostrar su compromiso con la justificación monista del derecho privado. En sus términos, la coherencia «[...] es el entrelazamiento de *todas* las consideraciones justificativas relativas a una relación jurídica en una *única* justificación integrada». Véase WEINRIB, 2017: 65. Énfasis añadido.

⁵³⁹ Ver capítulo I. Una presentación del proyecto de la filosofía del derecho privado en PEREIRA FREDES, 2017a: 193-261.

derecho de propiedad, de derecho de contratos, derecho de daños y enriquecimiento injustificado⁵⁴⁰. El esclarecimiento de los fundamentos sustantivos de cada uno de estos núcleos es una tarea indispensable para la teoría del derecho privado. Pero en el caso del derecho de contratos esto es particularmente relevante ya que los estudios dogmáticos tradicionales se han mostrado bastante conformes con la aparente imagen unitaria del derecho contractual. Sus planteamientos suelen asumir o incluso aceptar sin reservas que para revisar el sustento valorativo que lo inspira basta con acudir a consideraciones individualistas.

Sea como fuere, es tarea de esta reciente reflexión teórica evaluar el rendimiento de esta lectura dogmática que es deudora de un análisis monista acerca del derecho de contratos, así como propiciar la adopción de una perspectiva alternativa que capture el carácter complejo de esa área de lo privado. Desde el punto de vista de los compromisos normativos del derecho contractual, sus conclusiones versarán acerca de la suficiencia o insuficiencia de fundarlo únicamente a partir de los postulados individualistas que invitan a dividir los intereses propios y ajenos. Mas, si es posible hallar componentes altruistas que desafían tal ruptura, entonces, el quehacer de la filosofía del derecho privado estará en buena parte ocupado en poner a prueba la comprensión de los estudios dogmáticos sobre el derecho de contratos. Esto último será importante para el final de la investigación.

Al situar el altruismo en el espectro de fundamentación sustantiva del derecho contractual, posicionándolo junto con el individualismo, las repercusiones teóricas de este ejercicio inevitablemente excederán al derecho de contratos. Cuando se habla acerca del derecho contractual hay, en mayor o menor grado, una referencia *al derecho privado*. Tal tránsito no puede resultar baladí para la filosofía del derecho privado y ello se refleja en dos sentidos importantes. En primer lugar, si el altruismo es traspalado desde el derecho contractual al derecho privado, tendrá lugar una relectura del derecho privado. Ella pondrá de relieve dos maneras de entender el derecho privado. Mientras que una persiste en la tesis según la cual el derecho privado puede explicarse y justificarse a la luz de los postulados del individualismo, otra rechaza esta afirmación y reclama la participación de las alegaciones altruistas para articular una buena interpretación de aquel. Según veremos, la primera lectura

⁵⁴⁰ GORDLEY, 2006a: 3-5.

será entendida como una versión *débil* del derecho privado y la segunda, en tanto, como una versión *robusta* de este ámbito del fenómeno jurídico.

En segundo lugar, al extrapolar los dictámenes altruistas que conviven en el derecho de contratos al derecho privado general, se producirá repercusiones en la agenda de investigación de la filosofía del derecho privado. Una de ellas, quizá la de mayor importancia, es que se volverá necesario repensar los problemas tradicionales del derecho privado y, en especial, añadir otros que han permanecido ajenos a sus intereses. Si bien asuntos como la desigualdad de los participantes de las relaciones de derecho privado y los efectos redistributivos de algunas reglas e institutos han llamado la atención de los teóricos del derecho privado, la pobreza continúa siendo una preocupación prácticamente vedada para estos. Si el derecho privado satisface criterios altruistas que instan a poner de relieve los intereses de los demás, resulta pertinente introducir el fenómeno de la pobreza entre su gama de reflexiones y evaluar hasta qué punto el derecho privado puede contribuir a enfrentarla.

Como se puede apreciar, ambas consideraciones están íntimamente relacionadas. Al insertar el pensamiento altruista en el derecho de contratos y trasladársele al derecho privado en su conjunto, su reflexión filosófica podrá juzgar el desempeño teórico de una visión del derecho privado que prescindiera del altruismo frente a otra que reconozca su papel en la explicación y justificación de ciertas reglas, instituciones y prácticas. Forjar las bases de *la idea de derecho privado robusto*, que es una cuestión central de esta investigación, depende en parte de asumir que los compromisos normativos del derecho privado no solo residen en los parámetros individualistas, sino que también atienden a consideraciones altruistas. Del mismo modo, para esta perspectiva vigorosa acerca del derecho privado resulta interesante una multiplicidad de problemas que parecen exógenos para una manera tradicional de entenderlo, únicamente vinculada a la separación de intereses de los individuos. Así, de acuerdo con la idea de derecho privado robusto algunos problemas reforzarán su examen crítico –desigualdad y redistribución de recursos– y otros –pobreza–, en cambio, inaugurarán su interés reflexivo para esta parcela de lo jurídico.

Una vez delineado el camino al cual se espera arribar es necesario adentrarse en la estrategia aquí asumida. Según fue adelantado, esta busca desentrañar los componentes altruistas que subyacen a la racionalidad de ciertas instituciones del derecho de contratos. En este lugar la

expresión «institución» puede inducir a confusión. El altruismo no se encuentra exactamente en las instituciones del derecho contractual y privado, en el sentido en que autores como Joseph RAZ o Neil MACCORMICK entienden una institución⁵⁴¹. La expresión pretende agrupar ciertas reglas, institutos y prácticas vigentes en el derecho de contratos en que conviven elementos de carácter altruista. De ahí que en algunos casos la idea de institución esté referida, en realidad, a reglas jurídicas vigentes en un determinado sistema jurídico privado y, en otros tantos, ella puede hacer referencia a una teoría o construcción dogmática que no necesariamente tiene acogida en el derecho privado que rige en un lugar en particular.

La ambigüedad con que es empleada la expresión «institución» en el contexto jurídico no es una particularidad de esta investigación. MACCORMICK en su teoría institucional del derecho describió algunos de los sentidos en los que puede ser utilizada dicha noción en los estudios jurídicos, que explican por qué el derecho reviste el carácter institucional⁵⁴². Normalmente su uso es asociado para aludir al conjunto de «instituciones» como el contrato, la propiedad, el matrimonio, entre otras, que gravitan en lo jurídico y poseen una significativa importancia⁵⁴³. Otras veces se utiliza para dar cuenta de que el derecho es administrado a través de «instituciones», como los aparatos legislativo y judicial, el ministerio público, la policía, etcétera. Finalmente, de la tradición jurídica romana se hereda el empleo del término «*institutio*» que en latín clásico hace referencia a un libro de texto, como ocurre con las *Instituciones* de GAYO. Por consiguiente, ninguno de estos sentidos de la expresión «institución» corresponde al que aquí es acuñado para expresar ciertas reglas, institutos y prácticas del derecho contractual, que serán relevantes para iluminar la presencia del altruismo en esta área.

Sin embargo, la manera en que SEARLE utiliza «institución» goza de mayor flexibilidad que lo planteado por MACCORMICK porque su tesis está desarrollada en el marco general de la ontología social⁵⁴⁴. Al rastrear sus observaciones acerca de qué es una institución, estableció que «[...] es cualquier sistema de *reglas aceptadas colectivamente (procedimientos,*

⁵⁴¹ En relación con estas comprensiones acerca de las instituciones, véase, respectivamente, MACCORMICK, 2011: 28-29 y RAZ, 1991: en particular, 141-171.

⁵⁴² MACCORMICK, 2011: 28-29.

⁵⁴³ Respecto de los presupuestos teóricos del contrato como hecho institucional, puede revisarse SEARLE, 1997: en especial, 49-74 y el capítulo II.

⁵⁴⁴ En relación con su comprensión de la institución, véase SEARLE, 2005: 1-22.

prácticas) que nos permite crear hechos institucionales»⁵⁴⁵. A partir de reglas constitutivas, como se sabe, es asignada por la intencionalidad colectiva una función de estatus en virtud del cual se desempeñan las funciones encomendadas. A simple vista, no parece del todo descartable que puedan congeniarse reglas y prácticas contractuales que son aceptadas socialmente por sus participantes con esa idea de institución. Además, uno de los rasgos centrales de esa visión radica en los *poderes deónticos* en tanto que, en mayor o menor medida, todas las estructuras institucionales tienen que ver con poderes deónticos relativos a derechos, obligaciones, deberes, autorizaciones, permisos, necesidades, entre otros términos estrechamente conectados con estructuras de poder⁵⁴⁶. Podría pensarse que las reglas y las prácticas contractuales de las cuales se desprenden consideraciones en favor del interés ajeno, poseen esta dimensión de las instituciones y, de allí, que estas brindan razones para la acción de los individuos que son independientes de sus deseos. Cuando es reconocido que tenemos, por ejemplo, obligaciones, deberes o una necesidad de hacer algo –como podría ser atender y actuar en favor del interés de los demás en las relaciones contractuales– «[...] ya supone reconocer que tenemos una razón para hacer algo que es independiente de nuestras inclinaciones en ese momento»⁵⁴⁷.

Como sea que fuere, las instituciones en que se indagará la presencia de preocupaciones de índole altruista serán la excesiva onerosidad sobreviniente o teoría de la imprevisión, los deberes preliminares de información, la buena fe y, finalmente, el abuso del derecho. Este catastro no es en absoluto exhaustivo. Podrían pensarse otras figuras que ponen de manifiesto estándares del altruismo, tales como los deberes fiduciarios en que quien está sujeto a la potestad debe administrar el patrimonio del dueño o beneficiario, con la finalidad de satisfacer los intereses de este último y, por ende, actuando en su solo beneficio, así como los deberes de mitigación de los daños por parte del acreedor contractual, siempre que el problema sea desacoplado de la relación de causalidad bajo la cual también puede dogmáticamente fundamentarse⁵⁴⁸. Pese a que estas instituciones están enlistadas en forma

⁵⁴⁵ SEARLE, 2005: 21. Énfasis añadido.

⁵⁴⁶ SEARLE, 2005: 10-11.

⁵⁴⁷ SEARLE, 2005: 11.

⁵⁴⁸ En el campo contractual, por ejemplo, es posible apreciar componentes altruistas en los *deberes fiduciarios* en que quien está sujeto a la potestad debe administrar el patrimonio del dueño o beneficiario, con la finalidad de satisfacer los intereses de este último y, por ende, actuando en su solo beneficio. Al respecto, Peter BIRKS ha mostrado que el contenido de la obligación fiduciaria comporta un alto grado de altruismo por parte de quien

enunciativa, tienen el valor de reflejar dimensiones familiares para los estudios acerca del derecho contractual y, por otra parte, forman parte del discurso jurídico tradicional. La apelación a consideraciones altruistas a partir de tales figuras no constituye, entonces, introducir algo exógeno para el derecho de contratos. Por el contrario, importa develar el lugar del altruismo en lo que es parte constitutiva de este⁵⁴⁹.

Las instituciones que son traídas a colación han cobrado mayor protagonismo con la evolución del derecho de los contratos y los actuales esfuerzos de sistematización, reformulación y recodificación del derecho privado⁵⁵⁰. Su elección descansa en que la teoría de la imprevisión y los deberes preliminares de información constituyen imágenes nítidas de la demanda del altruismo moderado de tomar en consideración los intereses y la posición del otro contratante. Estas reflejan una racionalidad que desafía la demarcación entre el interés propio y ajeno, rechazando que el contrato constituye solo una figura para obtener beneficios y que las pérdidas deben simplemente radicarse en el patrimonio de quien las sufre. La buena

administra un patrimonio en favor de su dueño. Este nivel altruismo es, a juicio del autor, el más alto que demanda el sistema jurídico toda vez que se trata de un altruismo desinteresado. El administrador no solo debe preservar y promover los intereses del beneficiario, sino que debe hacerlo desinteresadamente. Al respecto, véase, BIRKS, 2000: en especial, 10-11, 20 y ss. Respecto de los *deberes de mitigación de los daños*, FRIED ha sostenido que el fundamento moral de ese deber reside en la idea del altruismo: entendiendo que la posición que tiene aquel a quien se le ha prometido es análoga a la de un buen samaritano. De este modo, existe una relación de confianza entre el promitente y la persona a quien se efectuado la promesa que hace que las dos partes sean vecinos en lugar de extraños. FRIED, 2007: 8. Para el autor, la vigencia de este tipo de relaciones de confianza permite que tengan lugar «[...] deberes para salvar a la otra parte de una pérdida grave cuando el actor puede hacerlo con pocos problemas, riesgo de pérdida o daño a sí mismo». FRIED, 2007: 7-8. Recientemente, Prince SAPRAI ha rechazado la justificación de FRIED afirmando que en las relaciones contractuales usualmente no se presenta una relación de confianza o especial entre los contratantes, imposibilitando el surgimiento de deberes altruistas entre el promitente y el depositario. SAPRAI ofrece, en cambio, un enfoque basado en la justicia para fundar el deber de mitigación. Sobre esta propuesta, véase, SAPRAI, 2019: 173-198.

⁵⁴⁹ Una alternativa que aquí ha sido descartada para indagar rastros del altruismo en el derecho contractual radica en focalizar el estudio en ciertas categorías de contratos, como los concertados *a título gratuito*, en que la utilidad cede exclusivamente a favor de una de las partes. Uno de estos es la *donación*. Podría pensarse que la donación refleja consideraciones altruistas a favor del donatario expresadas a partir de la liberalidad del donante. No obstante, el interés que se encuentra ahí resguardado es, en verdad, el del donante. Esto explica la potestad que este tiene para revocar las donaciones lo cual da luces de que es ratificado el predominio del interés personal del contratante, según es abogado por la lógica individualista. Para mayores consideraciones sobre esta decisión de no acudir a la donación, véase PEREIRA FREDES, 2018a: 147-148. En relación con los orígenes de la donación y su influencia en la construcción de la teoría general del contrato y los intercambios, véase RIBAS, 2016.

⁵⁵⁰ La teoría de la imprevisión ha sido consagrada en el proceso de codificación contemporánea en Latinoamérica en los artículos 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, 478 del Código Civil de Brasil, 582 del Código Civil de Bolivia y 1440 del Código Civil de Perú. Los deberes de información durante las tratativas preliminares, por su parte, están indirectamente previstos sobre la base de la buena fe en los artículos 991 y 1100 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, 422 del Código Civil de Brasil, 465 y 520 del Código Civil de Bolivia y 1362 del Código Civil de Perú.

fe, en tanto, supone un desafío mayor ya que, según se expondrá, tiene una composición mixta o híbrida de fundamentos individualistas desinteresados y altruistas en la versión moderada. Hay, como se verá, demandas de la buena fe que logran ser captadas por la visión más fuerte del individualismo, pero otras, en cambio, escapan a sus exigencias ya que suponen ir más allá de no dañar al otro contratante: suponen hacer propositivamente algo a su favor en el solo interés de este último. El abuso del derecho, por último, puede conciliar el grueso de sus reclamos con los parámetros del individualismo desinteresado y, de ahí, que no obstante su clara consideración a favor de los derechos e intereses ajenos, constituye un falso positivo de altruismo.

Para que el fundamento altruista tenga pertinencia en su sentido moderado, es menester que el individualismo no parezca suficiente para fundar ciertos deberes, aun cuando se trate de su dimensión desinteresada que proscribe el daño a los terceros. Resulta crucial identificar el componente adicional o ese *algo más* que está involucrado en las demandas de actuación a favor de los otros por su propio interés. Al dar cuenta de este tipo de consideraciones el sustento altruista deviene necesario para cubrir su fundamentación. Como se podrá observar, en institutos como los aquí seleccionados hay también cuestiones representativas envueltas en ellas, ya que, si bien permiten ilustrar la presencia de elementos altruistas, reflejan parte de las dificultades que existen para deslindar la participación de cada fundamento. Pese a que el individualismo egoísta y el altruismo fuerte aparezcan relegados en el derecho privado, la competencia entre el individualismo desinteresado y el altruismo moderado es significativa y no es tarea sencilla precisar cuándo pierde fuerza un fundamento y cuándo exactamente el otro inicia su trabajo. Veamos, en lo que sigue, las figuras que han sido seleccionadas para revisar sus alcances, lograr su conciliación con el altruismo moderado e ilustrar los contrastes que existen con el individualismo desinteresado y el altruismo fuerte.

2.3.1. Excesiva onerosidad sobreviniente

Esta figura, también denominada como teoría de la imprevisión, versa sobre el conjunto de supuestos en que, producto de un evento sobrevinido a la contratación y que no es imputable al comportamiento de los contratantes, el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes del contrato se vuelve excesivamente gravoso, de manera que por observar sus

prestaciones puede caer en la ruina económica⁵⁵¹. La excesiva onerosidad en el cumplimiento contractual perjudica a una de las partes por un acontecimiento respecto del cual no tuvo participación en su causación. Dado que esta situación no tanto imposibilita como dificulta económicamente el cumplimiento por parte del contratante que sufre el hecho, con el riesgo de lesionar definitivamente su posición contractual y económica, los distintos sistemas jurídicos privados han previsto ciertas maneras de enfrentar la excesiva onerosidad sobreviniente. Así, existen ordenamientos jurídicos que contemplan la resolución del contrato, la revisión judicial del vínculo contractual y, finalmente, el deber de renegociación de los contratantes frente al evento imprevisto.

Las dos primeras alternativas del derecho privado son desarrolladas institucionalmente por el juez. El órgano jurisdiccional es el encargado de resolver la relación contractual o bien de efectuar una revisión de los términos contractuales originalmente pactados, a la luz del nuevo escenario que enfrentan las partes. De ambas soluciones se desprenden consideraciones altruistas. La excesiva onerosidad sobreviniente es precisamente un problema que el derecho de contratos busca resolver, porque esta rama del derecho privado no puede ser únicamente analizada desde la óptica individualista. Si el derecho contractual estuviere íntegramente gobernado por los postulados del individualismo, entonces, cuando ocurre la imprevisión, el contratante que no la sufre solo debe afirmar la vigencia de la fuerza obligatoria del contrato o *pacta sunt servanda*, y ejercer los remedios contractuales de los cuales dispone para garantizar la satisfacción de sus pretensiones. Esta parte del contrato no atiende a la nueva situación contractual y patrimonial que sufre su contratante, dado que el acontecimiento no fue generado por su actuación. A su vez, el contratante que sufre las consecuencias del hecho imprevisto, debe observar las estipulaciones contractuales en los términos y alcances que fueron determinados al tiempo de la celebración del contrato, sin que sean relevantes sus alegaciones asociadas al nuevo contorno contractual que enfrenta ni la fuerte posibilidad de su ruina. Mientras que el segundo debe asumir su mala fortuna moral, cumplir lo pactado y soportar todas las pérdidas, el primero no debe realizar prestaciones positivas o tomar

⁵⁵¹ En lo que sigue, se usará de manera indistinta las categorías de teoría de la imprevisión y excesiva onerosidad sobreviniente, a pesar de que entre ellas es posible apreciar diferencias asociadas a sus orígenes y la manera en que fueron dogmáticamente desarrolladas.

medidas adicionales para evitar la ruina de su contratante y sí, en cambio, podría seguir beneficiándose de las prestaciones establecidas en el contrato original.

Bajo ambas modalidades, ya sea que medie la resolución o la revisión del vínculo contractual, el juez como tercero distinto de las partes contratantes interviene en el desarrollo y la duración del contrato. Desde su posición institucional, la decisión judicial devela una intolerancia y rechazo a la hipótesis que constituye la excesiva onerosidad sobreviniente, ya que presta atención a los intereses y la situación contractual de la parte que debe soportar el evento imprevisto. El juez cuenta con una razón sustantiva para actuar en el contrato suscrito por las partes, esto es, que no puede permitirse la ruina del contratante por el supuesto de imprevisión⁵⁵². Es la posición menoscabada del contratante que sufre la onerosidad sobrevenida la que activa la solución definida por el adjudicador. Sin embargo, la respuesta más interesante en los casos de imprevisión contractual es el establecimiento del deber de renegociación que tienen las partes. Este consiste en el deber de renegociar los términos, alcances y cláusulas originalmente pactadas durante la celebración del contrato, de modo tal que las circunstancias imprevistas no afecten significativamente a la parte que lo sufre, ni beneficien al contratante que no presenta inconvenientes en cumplir sus prestaciones⁵⁵³.

El deber de renegociar las estipulaciones contractuales en supuestos de imprevisión evidencia que no existe necesariamente un predominio de los intereses de uno de los contratantes, como sería en este caso, del acreedor. La situación contractual de la parte que soporta la onerosidad sobrevenida no es ajena al otro contratante y, por ello, tiene que realizar actuaciones positivas –y no meramente pasivas– para readaptar las condiciones de contratación a la realidad sobrevenida. Tampoco esto supone un sacrificio irrestricto del contratante que tiene las acreencias a su favor, sino únicamente muestra que el derecho de contratos toma en consideración los intereses contractuales del otro contratante. Desde el punto de vista del acreedor, ello se revela en dos dimensiones. De un lado, omite ejercer sus remedios contractuales para asegurar el cumplimiento del contrato en los términos preliminares, evitando ocasionar la ruina de la otra parte y, de otro, actúa activamente reconfigurando el

⁵⁵² Sobre la relevancia de este tipo de razones y el decaimiento de las razones de forma en el derecho de contratos, puede consultarse el clásico estudio de ATIYAH, 1986b: 93-120.

⁵⁵³ Respecto del deber de renegociación del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente, véase MOMBERG URIBE, 2010: 43-72.

acuerdo contractual y restableciendo el equilibrio que debió existir en el tiempo de la celebración. Si se mira desde el prisma del individualismo incluso desinteresado, la situación antes descrita deviene problemática porque se actúa en beneficio del otro. Ello está en tensión con el predominio del interés personal. Pero, en cambio, las exigencias de renegociación frente a la excesiva onerosidad sobreviniente están cabalmente explicadas y justificadas por alegaciones pertenecientes al altruismo moderado.

En efecto, en tal supuesto son observados los postulados del altruismo moderado. El postulado (i) es observado por cuanto se desafía el privilegio del interés personal del contratante, debiendo renegociar los términos iniciales contractuales y favoreciendo directamente con ello la posición contractual de quien sufre el evento sobrevinido. Acerca de (ii), se exige al contratante tener en consideración los intereses de la otra parte del vínculo contractual, atendiendo la situación que lo aqueja una vez verificado el imprevisto. Sobre (iii), finalmente, se insta a la parte que no ha experimentado la variación de las condiciones a actuar positivamente en favor de la otra, renegociando el contrato en aras de adaptarlo al nuevo estado de cosas. Como es posible observar, en este tipo de deberes va envuelto *algo más* que abstenerse de efectuar una conducta que dañe al otro contratante. Aquí, por el contrario, la parte efectúa acciones de renegociación contractual encaminadas derechamente a beneficiarlo.

No se trata de actuaciones supererogatorias de los contratantes, sino de adoptar medidas razonables frente a variaciones en el programa contractual que previeron y que, debido a la magnitud del cambio sobrevinido, podría provocar la ruina económica del contratante que soporta el acontecimiento imprevisto. Para el derecho de contratos este tipo de demandas no son desconocidas ni mucho menos irrelevantes. Gracias al establecimiento institucional de respuestas altruistas, las partes tienen el deber de renegociar y adaptar los alcances del contrato cuando tienen lugar supuestos de imprevisión que no sean imputables a sus actuaciones. Ello permite replicar en las partes la atención por los intereses del contratante cuya ruina peligra producto del evento sobrevinido, pese a que, en realidad, no renegocien los términos contractuales motivados *por* los intereses del otro. Mas, se alcanza un resultado *como si así lo fuere*, afianzando en el contrato la preocupación por los intereses recíprocamente depositados. Las pérdidas promovidas por la imprevisión no son solamente

asumidas por una de las partes, ni los beneficios del contrato exclusivamente disfrutados por el otro contratante, aun cuando, en términos individualistas, ello pudo haber ocurrido y estaba justificado sobre la base del efecto obligatorio del contrato⁵⁵⁴.

Una cuestión distinta sucede, por ejemplo, con la cláusula de *hardship* en que las partes pactan con anterioridad a que acaezca el hecho imprevisto la adaptación del contrato mediante la renegociación de lo originalmente establecido. A partir de esta cláusula los contratantes evitan resultar perjudicados por la excesiva onerosidad que pudiere sobrevenirles, pero no realizan, en rigor, comportamientos por el bien de la otra parte. Cada parte vela por sus intereses y recíprocamente cautela el posible daño a la otra. De allí que este mecanismo puede ser sustentado normativamente gracias al individualismo desinteresado: se conjuga la preferencia del propio interés con la precaución por el eventual daño que a cualquiera de las partes pudiera generar el imprevisto. Tampoco está presente la adopción de actuaciones *a favor* del otro contratante. Esto puede estimarse como un indicador acerca de que no todas las consideraciones que subyacen a un instituto contractual son de corte altruista, aun cuando sea posible hallar en este demandas que efectivamente apuntan a esa dirección. La imprevisión no constituye totalmente un fenómeno *de* altruismo. Sin embargo, hay allí dimensiones que se distancian del privilegio del interés propio sobre el ajeno y, desde esta línea, imponen deberes como el de renegociar el contrato, pese a que tal obligación no fue prevista por los contratantes. Como suele ocurrir con las exigencias de comportamiento altruista en materia contractual, estas cobran importancia en contextos especiales y pese a no estar necesariamente afianzadas en los términos del contrato.

2.3.2. Deberes preliminares de información

⁵⁵⁴ El tratamiento de la ventaja mutua de las partes y los deberes altruistas se encuentra en HARDIN, 1993: 358-373. El altruismo moderado en materia contractual reclama la necesidad de acentuar el tránsito desde el lugar que estableció Ian R. MACNEIL con la teoría relacional del contrato. Esta visión considera que los contratos no solo constituyen esquemas de intercambio económico entre los contratantes, sino que promueven relaciones de cooperación y confianza entre quienes los celebran. En mi modo de ver las cosas, y según más adelante se dirá, esta creencia es una asunción del altruismo moderado, aun cuando no logra agotar las demandas altruistas ni tampoco permite obtener un rendimiento teórico tan amplio, como lo es el propiciado por el altruismo moderado para repensar el derecho de contratos y, si esto es correcto, el derecho privado. Para una formulación de la teoría relacional del contrato, véase MACNEIL, 1974: 691-816.

Los deberes preliminares de información, por su parte, han recibido un importante desarrollo dogmático en años recientes y, a su vez, han sido sistemáticamente consagrados en el proceso de codificación contemporánea. A diferencia de la teoría de la imprevisión, el ámbito de aplicación de estos deberes no está delimitado a determinados contratos que reúnan ciertas características, sino que su vigencia es estimada como genérica respecto de cualquier esquema de negociación contractual⁵⁵⁵. En la fase inicial de la contratación, las partes deben hablar claro y elevar una pretensión de verdad en sus afirmaciones, sin desvirtuar u ocultar información que sea crucial para satisfacer los intereses contractuales de su contratante. Naturalmente, los contratantes no están obligados a decir todo lo que saben del objeto del contrato, así como acerca de todo lo que rodea al acuerdo que buscan alcanzar, pero existen elementos o informaciones que son decisivas para el interés contractual desplegado en la celebración del contrato y, sobre esta clase de contenidos, no pueden omitir información.

¿Qué consideraciones sustantivas subyacen a este tipo de deberes? Desde la perspectiva individualista egoísta, el contratante que tiene información valiosa sobre el objeto contractual o la realidad en la cual aquel se inserta, en principio, podría perfectamente omitirla, si ello acarrea un mayor número de beneficios, o bien si se disminuyen los costos o pérdidas generadas por la contratación. El interés del otro contratante es distinto e independiente de la posición del contratante que maneja esa información y, en términos normativos, el privilegio cede en favor de los intereses de este último. De modo que, si este tuviere que informar correctamente a su contraparte sobre aspectos que podrían beneficiarlo en el porvenir, estaría sacrificando de manera indebida sus legítimos derechos y pretensiones que busca establecer en el contrato. La preeminencia de la posición contractual personal ofrece dificultades formidables para el individualismo en su esfuerzo por dar cuenta de los deberes preliminares de información. Es cierto que con base en el individualismo desinteresado, el agente contratante no debe mentir ni derechamente engañar a su contraparte, pero la exigencia de decir lo que sabe acerca de aquello que es crucial para satisfacer el interés ajeno, goza de una mayor intensidad normativa y escapa de las alegaciones individualistas, en la medida que su

⁵⁵⁵ Como ha sido indicado en el ámbito jurisprudencial, «[...] durante las tratativas preliminares no existe un vínculo contractual pero las partes se encuentran vinculadas por una relación de confianza, que da lugar a determinados deberes de conducta exigibles, particularmente deberes precontractuales». Corte Suprema de Chile, 13 de diciembre de 2018, Rol 45515-2017.

justificación reside exclusivamente en el bien de la otra parte, inspirándole a adoptar actuaciones positivas según cánones de corrección impuestos a favor de esta.

Una visión moderada del altruismo, en tanto, supone que el contratante que posee información acerca del objeto contractual o de circunstancias de la contratación, que son determinantes para la satisfacción del interés contractual de su contraparte, debe necesariamente declararla. Sus afirmaciones positivas deben ajustarse a la realidad y no deben ocultar cuestiones decisivas para las expectativas contractuales de la otra parte del acuerdo. Por supuesto, esta visión no peca de candidez. Ella no tiene por objetivo reformular el entendimiento estándar del vínculo contractual según el cual este es un instrumento de cooperación para la satisfacción de necesidades e intereses y la obtención de beneficios contractuales. Esa postura acerca de los propósitos del contrato no es necesariamente contrariada por la operatividad del altruismo moderado en materia contractual. De ahí que el contratante no debe decir *todo* lo que sabe del objeto de la prestación ni acerca de *todos* los aspectos que lo rodean. Sin embargo, si se trata de elementos o aspectos que son determinantes para que el otro contratante satisfaga su interés y expectativas depositadas en la celebración del contrato, debe necesariamente comunicárselas. Respecto de este tipo de información, el contratante no puede omitir declararla en la etapa de negociación, ya que esta exigencia devela una fuerte preocupación por la posición contractual del otro contratante.

La determinación del límite entre qué cuenta o no como información esencial para satisfacer el interés contractual de la contraparte en materia de negociación precontractual, es competencia de los estudios dogmáticos de derecho privado⁵⁵⁶. Pero el punto relevante que me preocupa acentuar es que tal delimitación ayuda a diferenciar entre un altruismo fuerte y otro de carácter moderado. Mientras que el primero alegaría que el contratante debe informar expresamente todo lo que conoce sobre el contrato a su contraparte antes de suscribir el convenio, sin omitir nada que esté en su dominio epistemológico, el segundo afirma que el contratante no debe decir todo lo que podría comunicar a su contraparte. Mas, si se trata de información sobre el objeto del contrato o circunstancias asociadas al acuerdo, que pongan en riesgo o contribuyan a la satisfacción del interés contractual desplegado por el otro

⁵⁵⁶ Al respecto, véase DE LA MAZA, 2010: 75-99.

contratante y que motivó su participación en la negociación, entonces, sobre el contratante que posee dicha información rigen los deberes preliminares de información.

Una versión fuerte del altruismo en este ámbito apela a un sacrificio personal del contratante en favor de los demás, debiendo informar todo lo que sabe, pese a que ello atente directamente contra su posición contractual, así como con la comprensión tradicional del contrato. El prisma moderado del altruismo, en tanto, no impone al contratante que posee la información actuar como un buen samaritano en la fase de negociación, sino tomar en consideración los intereses del otro en el contrato y, si estos sencillamente pueden no resultar satisfechos por la omisión de dicho conocimiento, tiene el deber de informar antes de formalizar el acuerdo. Desde luego, ninguna lectura del altruismo defendería la posibilidad de tergiversar la realidad, mentir o derechamente engañar al otro contratante, pero ya fue indicado que incluso una interpretación desinteresada del individualismo, podría coincidir en la reprobación de dicha conducta. Nuevamente, al deber de informar en beneficio del otro subyace una dimensión adicional y más exigente que evitar el daño a la otra parte. Tal dimensión encuentra su encaje con la proposición (iii) del altruismo moderado.

La presencia de deberes positivos de informar a la otra parte que están directamente encaminados a que esta cristalice su interés, no necesariamente son parte del acuerdo estipulado por los contratantes. En efecto, suelen no estar expresamente contemplados y a pesar de ello son exigibles. Según será visto más adelante, demandas de esta clase son establecidas a la conducta de las partes sobre la base de la buena fe: se trata de subdeberes positivos de actuación en el beneficio exclusivo de la otra parte. El deber de información que debe observar un contratante está dirigido en el bien de la otra parte y, de ahí, que su omisión no le provoca un daño, sino que más bien lo priva de un beneficio. No permite que el otro contratante alcance sus intereses contractuales⁵⁵⁷. En esta clase de supuestos es posible que, de hecho, ninguna de las partes resulte significativamente dañada frente a la infracción del deber de comunicarle a la otra sobre elementos que solo a esta benefician. Tal dimensión

⁵⁵⁷ En el marco del vínculo existente entre los deberes de información y la buena fe se ha precisado que dichos deberes tienen esa doble faz: negativa y positiva. Así, «[e]l deber de informar supone no sólo conductas negativas, en el sentido de no mentir, sino conductas positivas, en el sentido de dar lo que hace falta, aunque no se le pida, en lo que refiere a información y asesoramiento para lograr que el consentimiento sea informado. *No sólo se excluye o prohíbe el actuar con falsedad o deshonestidad sino que se impone el deber positivo de decir la verdad aun cuando no se le pida la información*». ORDOQUI CASTILLA, 2011: 112. Énfasis añadido.

echa luz acerca de deberes precontractuales de información más exigentes que no lesionar los intereses del otro y que están formulados únicamente en su favor.

Esta consideración se puede ilustrar con una decisión jurisdiccional⁵⁵⁸. En un contrato de arrendamiento de un inmueble en que la parte arrendataria tuvo por propósito contractual la instalación, el manejo y el desarrollo de una cancha de mini golf, la arrendadora omitió indicarle que pese a estar en perfectas condiciones, el inmueble no era apto para desarrollar la actividad del mini golf por enfrentar trabas administrativas que impedían realizarla allí. A partir de la buena fe contractual, la Corte de Apelaciones de Santiago y luego con la confirmación de la Corte Suprema chilena, se declaró que la arrendadora debía indemnizar los perjuicios ocasionados a la arrendataria⁵⁵⁹. ¿Cómo puede leerse tal omisión de la arrendadora? Al omitir esa información, la parte arrendadora frustró que la arrendataria alcanzara su propósito contractual, transgrediendo las exigencias de la buena fe. No se trata tanto de evitar la generación de daños en la otra parte como de actuar directamente para que ella cristalice el objetivo que se ha trazado en la celebración del contrato. No informar dicha circunstancia impidió la obtención del beneficio y justifica, por tanto, que se deba indemnizar de perjuicios a la arrendataria. Naturalmente, la justificación de ese deber positivo de informar en el exclusivo beneficio de la parte arrendataria no solo requiere normativamente desafiar el predominio del interés personal del arrendador, sino también abogar por una preocupación constante por los intereses de la arrendataria y, como ocurrió en este contexto particular, actuar derechamente a favor de estos. Tales exigencias, según puede apreciarse, corresponden a los postulados del altruismo moderado.

⁵⁵⁸ Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, 29 de noviembre de 2007, Rol 3073-2003, confirmada por la Corte Suprema, 19 de mayo de 2008, Rol 1287-2008.

⁵⁵⁹ La Corte de Apelaciones estableció la plena vigencia de la buena durante la fase precontractual, declarando en parte de su considerando sexto que «[l]a expectativa es que, en esa etapa, los contratantes se den toda la información necesaria para definir los términos del contrato y que esté orientada a ilustrar de la mejor forma a la otra parte, en una actitud de corrección y lealtad. En la especie, los propios testigos de la demandada reconocieron haber sostenido reuniones previas con la demandante, a efectos de llevar a cabo las tratativas preliminares, lo que indica que *existieron las instancias en que el demandado pudo y debió haber puesto sobre la mesa todos los antecedentes disponibles sobre el estado del predio que iba a arrendar, más allá de que su cocontratante no los hubiera pedido, o hubiera carecido de la asesoría técnica necesaria para inquirir los aspectos determinantes relacionados con la materia*. Dicho de otra manera, *la pasividad o ingenuidad (como dice la demandada) del demandante, no libera al demandado de las exigencias que la buena fe y lealtad en el actuar le imponen, teniendo además presente que su obligación esencial era entregar al arrendatario la cosa en estado de servir a la finalidad para la que fue arrendada*». Énfasis añadido.

Ahora bien, es posible alterar algunos supuestos de este caso para potenciar la relevancia del fundamento altruista moderado con relación al proveído por el individualismo desinteresado. Serán modificados, entonces, dos de sus supuestos. En primer lugar, el problema no se desató por el hecho de que el inmueble presentaba problemas con la obtención de autorizaciones administrativas para desarrollar allí el mini golf. Ello tuvo lugar por la composición y tratamiento de los terrenos que el arrendador dio durante el período anterior al acuerdo. Por una característica especial el suelo presentaría dificultades insalvables para instalar el mini golf. Se trataba de un inmueble en perfecto estado y adecuado para desarrollar un sinnúmero de actividades, salvo el mini golf. En segundo lugar, el interés de la parte arrendataria *i.e.* la instalación, el manejo y el desarrollo de una cancha de mini golf no fue expresamente establecido en el contrato, pero era conocido por parte de la arrendadora a partir de conversaciones que tuvieron los contratantes durante las tratativas preliminares. Estos supuestos que no son de extraordinaria ocurrencia generan, no obstante, variaciones de significativa importancia. Si se continúa con el prisma jurisprudencial en orden a que el deber de información precontractual de la arrendadora está sustentado en la buena fe, esta debe comportarse a la luz de sus exigencias y, por ende, comunicar a la otra acerca de lo que sabe y que es determinante para que ella alcance su interés depositado en el contrato. La primera variante exalta el hecho de que la información que posee la arrendadora está en directa relación con la consecución del interés de la otra. El inmueble que arrienda no presenta reparo alguno, pero no es apto para desarrollar el mini golf, y *únicamente para eso*. La segunda enmienda, en tanto, desvincula el comportamiento de la arrendadora del texto expreso del contrato. Esta conoce perfectamente cuál es el interés de la otra parte del contrato, aun cuando ello no haya sido estipulado.

¿Qué iluminan estas alteraciones del supuesto? El deber de información que recae sobre la parte arrendadora está exigido en el solo beneficio de la arrendataria. Su faz positiva importa que la primera comunique algo –y posiblemente realice aclaraciones posteriores– de lo cual depende directamente la satisfacción del interés contractual de la segunda. La omisión no involucra necesariamente un daño para la arrendataria pues el inmueble está en perfectas condiciones, pudiendo realizarse cualquier actividad, *salvo la que interesa al otro contratante*. Es precisamente la privación del beneficio que significa el desarrollo del mini golf para esa parte lo que está en juego y no precaver la lesión de sus intereses, del modo en

que ello tiene lugar cuando una parte daña a la otra. La racionalidad de este deber es cristalizar el interés de la otra antes que evitar un posible daño. Pero si el propósito de la otra parte no consta en el contrato, aunque es conocido por la arrendadora se transparenta la consideración normativa que subyace al deber de informar: no hay una prevalencia del interés personal de la arrendadora sobre el de la arrendataria y, en determinadas circunstancias, un contratante debe actuar en el beneficio directo de la otra. La parte arrendadora debió comportarse *como se comporta un agente altruista*, es decir, comunicando a la arrendataria que el inmueble servía para toda clase de actividades salvo para el mini golf.

El desafío al predominio de los intereses propios sobre los ajenos diferencia –entre otras cuestiones– al individualismo y al altruismo. Gracias a la segunda enmienda efectuada al caso, es posible contraponer el individualismo desinteresado y el altruismo moderado. Desde la primera óptica, la arrendadora está facultada para buscar sus intereses en el contrato y maximizar sus utilidades con el debido respeto por los intereses de la arrendataria. El compromiso con la autonomía autoriza a perseguir sus proyectos personales teniendo siempre presente los ajenos. Lo pactado por el contrato sirve, entonces, de aliado para la arrendadora. Dado que no fue establecido en el contrato –según esta alteración– que el interés contractual era la instalación y el funcionamiento del mini golf, ella no tenía el deber de comunicar a la arrendataria que solo para ese fin el predio no era apto. Tal alegación honra la proscripción de dañar al otro y, además, es consistente con las demandas de la autonomía que velan por el respeto de los derechos e intereses de los demás. Por ende, la arrendataria no estaba afecta al deber de informar desde el punto de vista individualista desinteresado.

Dicha articulación, a mi juicio, es correcta. Su dificultad es que intenta fundar el deber de información que tenía la arrendadora en favor de la arrendataria con base en un parámetro normativo inadecuado. La falta de encaje se devela porque en la demanda de informar que el inmueble podría realizarse cualquier actividad, salvo el mini golf, va envuelta una alta consideración por el interés de la arrendataria. La intensidad que expresa un deber de tener que decir positivamente algo en el solo beneficio de la otra parte, y cuya omisión no importa vulnerar explícitamente el contrato ni representa el atropello de los intereses o la posición contractual de la arrendataria, encuentra su acomodo en el altruismo moderado. La cuestión sustantiva ahí en juego reside en la alegación según la cual el interés propio de la arrendadora

no siempre prima sobre el de la arrendataria. En el caso de este arriendo, la preferencia cede a favor de esta última parte y, por ello, la primera debió informarle y así evitar que la otra resultase privada del beneficio representado por la materialización de su interés en el contrato. Desde el altruismo moderado, que tal interés no haya sido expresamente contemplado en el acuerdo, no es suficiente para desestimar que la arrendadora debía actuar en favor de la arrendataria, conduciéndose *como si fuere altruista*, y desafiando la preeminencia del interés propio en la que descansa el prisma individualista.

De acuerdo con estos términos, tanto la teoría de la imprevisión como los deberes preliminares de información constituyen expresiones de la vigencia del altruismo, en su sentido moderado, en el derecho contractual⁵⁶⁰. Ninguna de tales figuras resulta exógena al derecho de contratos y, por el contrario, ambas han ganado más espacio en los estudios de derecho privado y recepción en las codificaciones contemporáneas. A ellas subyace el ideal regulativo de atender a los intereses del otro por su propio bien. Por una parte, cuando un contratante sufre las consecuencias de la excesiva onerosidad sobreviniente y la otra parte no deduce los remedios contractuales que resguardan el cumplimiento del contrato, sino que renegocia los términos del contrato, renunciando a beneficiarse como potencialmente podría hacerlo y ocasionar así la ruina de su contraparte. Por otra, en la información que un contratante debe brindar al otro, si se trata de elementos o aspectos del objeto de la prestación o circunstancias relacionadas a la contratación, que son indispensables para la satisfacción del interés contractual de la contraparte, y que esta ha puesto en juego en la celebración del contrato. Como es posible apreciar, en estas prácticas contractuales no está involucrado el exigente postulado del autosacrificio en favor del otro contratante, como sería esgrimido por un altruismo fuerte. Es la preocupación por los intereses de los demás por su propio bien, el componente que justifica normativamente el despliegue de ambas figuras. Aquí la renuncia irrestricta solo opera respecto de la asunción individualista acerca del predominio de los intereses propios sobre los ajenos⁵⁶¹.

2.3.3. Buena fe

⁵⁶⁰ Tanto la excesiva onerosidad sobreviniente como los deberes preliminares de información se encuentran revisados de forma preliminar en PEREIRA FREDES, 2018a: 139-168.

⁵⁶¹ La defensa de deberes positivos de actuación, con fundamentación en el valor del altruismo en el derecho privado, en los contextos de responsabilidad extracontractual y gestión de negocios ajenos, está desarrollada en KORTMANN, 2005.

Desde ya se podría plantear en contra de esta interpretación, que la excesiva onerosidad sobreviniente y los deberes preliminares de información están basados en la buena fe contractual. De manera tal que, en realidad, es la buena fe en su faz objetiva la que debiera ser justificada por los cánones del altruismo moderado y no así alguna de sus expresiones particulares. Esta observación es altamente sugerente y considero que no es del todo errónea. Su alcance obliga a tener en consideración a la buena fe de manera independiente de las figuras que sustenta y, a su vez, como el principio general del derecho de contratos que irradia componentes altruistas, aun cuando no sea esta la única clase de estándares normativos que es posible hallar en ella. Por supuesto, si tanto la teoría de la imprevisión como los deberes preliminares de información contractual se fundan en la buena fe, estas figuras están informadas de los postulados de la buena fe. En ellas operaría una comunicación de las exigencias de este principio de la contratación en orden a preocuparse y actuar en favor del interés ajeno. El aspecto distintivo de la buena fe, desde mi modo de ver las cosas, es que contiene exigencias normativas heterogéneas: hay espacio tanto para demandas individualistas desinteresadas como altruistas moderadas. Según será sostenido, la buena fe encarna conspicuamente la complejidad del derecho de contratos.

La buena fe constituye un principio general del derecho privado y, como tal, irradia sus demandas desde el ámbito patrimonial hasta el extrapatrimonial⁵⁶². En el marco del derecho de contratos, en particular, posee una presencia gravitante en la determinación del comportamiento que los contratantes se deben en sus relaciones contractuales. Algunos de los deberes de buena fe están expresamente establecidos por las partes en el vínculo contractual, mientras que otros tantos son derivados de la buena fe, con cargo a su estatus de principio fundamental de la contratación. En este contexto, como es sabido, la buena fe opera en su faceta objetiva, exigiendo que los contratantes *actúen* de buena fe, pues cuando tiene lugar la buena fe subjetiva la preocupación radica en que los individuos *estén* de buena fe. Esta última dimensión de la buena fe apela a cuestiones subjetivas del individuo, como sus creencias, motivos e intenciones, teniendo participación exclusivamente en materia

⁵⁶² En los instrumentos de armonización del derecho de contratos la buena fe se encuentra consagrada, por ejemplo, los artículos I.-1:103: *Buena fe contractual* DCFR; 1:201: *Buena fe contractual* PECL; 7. *Buena fe* PLDC. También se encuentra prevista los artículos 1.7 (*Buena fe y lealtad comercial*) de los Principios Unidroit y 7.1) de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

posesoria. Por ello, el análisis que aquí es esgrimido solo alude a la buena fe objetiva. Esta atiende a la conducta de las partes y no indaga en los motivos que respaldan sus acciones.

Acerca de la concepción de la buena fe, ella ha sido concebida, de manera general, en términos de la actuación leal o correcta. Francesco GALGANO, por ejemplo, señala que la buena fe expresa un deber: «[...] el deber de las partes contratantes de comportarse con corrección o lealtad»⁵⁶³. De ahí que este deber general de conducta requiera de distintas concreciones para establecer qué se encuentra conforme a la buena fe o qué es contrario a ella en un determinado supuesto. Para tal efecto, la labor del juez deviene fundamental. En este sentido, según Franz WIEACKER, la buena fe reenvía al juez a «[...] una elemental exigencia personal de ética jurídica, esto es, a la virtud jurídica del mantenimiento de la palabra, a la confianza y a la lealtad»⁵⁶⁴.

Si las partes deben comportarse de buena fe durante la relación contractual, conviene determinar el alcance de sus demandas, fijando la etapa en que sus parámetros comienzan a regir hasta el momento en que ellos concluyen. De forma tradicional, se ha establecido que la buena fe rige durante todo el *iter* contractual y, por ende, las partes deben ajustar su conducta a los estándares de la buena fe desde la fase precontractual hasta la etapa postcontractual, pasando por los estadios de celebración, ejecución y cumplimiento de las prestaciones pactadas. La buena fe, entonces, gobierna toda la vida del contrato y ello explica su fuerte incidencia en la actuación que recíprocamente despliegan los contratantes. Karl LARENZ ha explicado su ámbito de aplicación en los siguientes términos:

[e]n el Derecho de Contratos no sólo rige la ejecución de las obligaciones contractuales en particular, sino que determina también la originación de múltiples y variados deberes accesorios, impuestos por el fin del contrato o *por el respeto de los intereses de la otra parte*, así como deberes de auxilio y de lealtad. Y ello ocurre también antes de la conclusión del contrato, en la fase de tratos previos, de negociaciones y de preparación del contrato⁵⁶⁵.

⁵⁶³ GALGANO, 1992: 453.

⁵⁶⁴ WIEACKER, 1982: 49, n. 39.

⁵⁶⁵ LARENZ, 1985: 96. Énfasis añadido. Tales deberes, que son adicionales a los que han sido concertados en forma expresa por las partes, son especialmente relevantes para mostrar, como sugiere LARENZ, la influencia del respeto por los intereses del otro contratante en el espacio de las demandas de la buena fe.

Autores como Luis DÍEZ-PICAZO han señalado que la buena fe es considerada por el sistema jurídico en relación con tres modalidades. En primer lugar, ella opera como causa de exclusión de culpabilidad de un acto que es formalmente ilícito, actuando como causa de exoneración o atenuación de la sanción respectiva. En segundo lugar, la buena fe es prevista por el derecho «[...] como una causa o una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso [...]»⁵⁶⁶. Estos dependen del carácter del vínculo jurídico que medie entre las partes y de los objetivos que estas hayan trazado para concertarla. De acuerdo con este segundo ámbito, las partes no solo se deben aquello a lo cual expresamente se han comprometido en el acuerdo o a las prestaciones que estén establecidas por el ordenamiento jurídico, sino a «[...] todo aquello que en cada situación impone la buena fe»⁵⁶⁷. En tercer lugar, en fin, la buena fe es entendida como causa de delimitación del ejercicio de un derecho subjetivo, así como de cualquier otro poder jurídico⁵⁶⁸.

Siguiendo estas variantes de operatividad de la buena fe, tanto la segunda como la tercera expresión cobran una especial importancia, cuando se pretende determinar la conexión de la buena fe con la fundamentación individualista y altruista. Mientras que, en el segundo ámbito de actuación, la buena fe posee una faceta positiva generando deberes especiales para los contratantes que no se encuentran prescritos por su voluntad ni por la legislación, en el tercero la buena fe funciona de manera negativa, es decir, restringiendo el ejercicio de un derecho subjetivo del individuo que puede causar daños o lesionar los derechos o intereses de otro. Como sea que fuere la correspondencia entre este tipo de actuaciones y las demandas del individualismo y altruismo, el punto determinante reside en la diferencia que existe entre la *restricción* que ejerce la buena fe para evitar el despliegue abusivo de los derechos subjetivos en la tercera modalidad, y su fuerza para *propiciar* la formulación de deberes especiales de

⁵⁶⁶ DÍEZ-PICAZO, 1982: 19.

⁵⁶⁷ DÍEZ-PICAZO, 1982: 19.

⁵⁶⁸ MARTINS-COSTA, por su parte, advierte que pese a las dificultades de concretización que enfrenta la buena fe, su carácter relacional permite determinar las conductas que la observan, así como indagar funcionalmente sobre su desempeño como «[...] (i) fuente generadora de deberes legales de cooperación, información, protección y consideración de las legítimas expectativas del *alter*, copartícipe en la relación obligatoria; (ii) la forma en que se ejercen las posiciones jurídicas, sirviendo como medio de corrección del contenido contractual, en determinados casos, y como corrección del propio ejercicio contractual; y (iii) como un canon hermenéutico de transacciones jurídicas obligatorias. Al actuar así funcionalmente, la buena fe sirve como *pauta* para la interpretación, *fuentes* de integración y *criterio* de corrección de la conducta contractual (y, en ciertos casos demarcados por la ley, incluso para la corrección del contenido contractual)». MARTINS-COSTA, 2015: 42-43. Énfasis del original.

comportamiento de los contratantes en el marco del segundo modo de previsión de la buena fe por el derecho. Si bien un modelo de fundamentación normativa puede que alcance la dimensión negativa de la buena fe no es siempre el caso que también funde su actuación positiva en la relación contractual. Entonces, ¿cómo se construye el sustento normativo de la buena fe?

A primera vista, la buena fe tiene una vinculación con el altruismo, de acuerdo con los términos en que se ha perfilado su entendimiento moderado. Una parte del contrato debe actuar según las exigencias de la buena fe objetiva en favor de la otra. De modo que no le puede resultar del todo indiferente. Sin embargo, ¿qué implica lo anterior? El comportamiento de buena fe es ciertamente incompatible con la actuación desleal, incorrecta o deshonesto del contratante, aunque una conducta de este tipo responda a la maximización de su autointerés. Por supuesto, causar daños a la contraparte o lesionar su interés contractual también transgrede la buena fe. Estas consideraciones son indicadores de que el individualismo egoísta no es fácil de conciliar con la buena fe. El punto de mayor discrepancia es que para satisfacer las demandas de la buena fe es necesario tener atención por los intereses del otro contratante y no solo por los propios. Dicha interpretación del individualismo se encuentra en aprietos para adaptarse a los dictámenes de la buena fe, ya que el individualismo egoísta busca, por el contrario, maximizar la satisfacción del autointerés del agente, agudizando la brecha entre los intereses propios y ajenos, al dar preeminencia, en forma categórica, a los primeros.

No obstante, como antes fue sostenido, el individualismo que posee mayor atractivo no corresponde a su versión egoísta sino a la desinteresada. Dado que la buena fe exige al contratante comportarse recta y lealmente con el otro, su vigencia exige, necesariamente, *tener presente* las expectativas, necesidades e intereses de la otra parte del contrato. Este es, a mi juicio, el deber *básico* que se deriva de la buena fe en materia contractual. No es posible comportarse de manera recta y leal con la otra parte del contrato si no son tenidos en cuenta sus intereses⁵⁶⁹. Pero, según se adelantó, la buena fe también importa el deber de no dañar al

⁵⁶⁹ De especial importancia es el Borrador del Marco Común de Referencia que en su artículo I.-1:103: *Buena fe contractual* expresa lo siguiente: «(1) La expresión ‘buena fe contractual’ define un standard de conducta caracterizado por la honestidad, la transparencia y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión». JEREZ DELGADO, 2015: 481. Énfasis añadido.

otro contratante y también, en ocasiones, el de actuar derechamente para favorecerlo. Estos deberes son, desde este punto de vista, *derivados* o *subdeberes* del deber principal de tener presente los intereses ajenos. Para no lesionar los intereses del otro contratante es necesario haberlos tenido previamente en cuenta y, a su vez, la actuación a favor de los intereses de la otra parte supone que estos se han tenido presente. De modo tal que el deber principal va de la mano del comportamiento que debe observar el contratante de buena fe, exigiéndole que durante el programa contractual tenga permanentemente presente los intereses de la otra parte. Los deberes derivados de este o subdeberes de la buena fe contractual, por su parte, contribuyen a mostrar la fundamentación dual que recibe la buena fe en las prácticas contractuales, del modo en que las conocemos, y, asimismo, el diferente nivel de exigencia que importan las demandas de la buena para el contratante.

Al respecto, actuar de buena fe importa la prohibición de provocar daños en el otro contratante ni lesionar sus intereses. En el ejercicio de los derechos y cumplimiento de sus obligaciones, la parte no puede generar daños en la otra sin apartarse de la buena fe contractual. Sin embargo, las demandas que rondan la buena fe son más exigentes que solo precaver los daños al otro, pues también es necesario que en ciertas ocasiones el contratante actúe positivamente en favor de los intereses contractuales que este último ha depositado en la relación. Desde luego, que el contratante *tenga presente* los intereses del otro no conlleva, necesariamente, que derechamente los favorezca. Pero tampoco puede desconocerlos ni desligarse completamente de estos intereses si su conducta se ajusta a la buena fe. De ahí que la buena fe importa tener en consideración la posición contractual de la contraparte del acuerdo⁵⁷⁰. Este punto arroja luz acerca de la complejidad que presentan las demandas de la buena fe, en la medida en que estas superan la abstención de dañar al otro. Mas, tener en cuenta los intereses de la otra parte significa una exigencia mucho más ligera que actuar a favor de aquellos. En este estadio del análisis, entonces, la buena fe objetiva fundamenta dos

⁵⁷⁰ Reinhard ZIMMERMANN y Simon WHITTAKER confeccionaron un influyente estudio acerca del impacto de la buena fe en distintos sistemas jurídicos privados, tanto de la tradición continental como del *common law*, concluyendo que existen múltiples indicadores de que hay un genuino alejamiento del paradigma clásico del contrato centrado casi exclusivamente en la autonomía de las partes –y de evidente fundamentación individualista– pasando a la incorporación de otra clase de consideraciones. Sus investigaciones arrojaron como resultado que hay un pronunciado «[...] incremento en el significado dado a la lealtad de las partes, a la protección de la confianza, a las exigencias de cooperación, *la necesidad de considerar el interés de la otra parte* o la justicia sustantiva del contrato, sean estos o no los términos con los cuales este cambio de énfasis se realice en cualquier sistema dado». ZIMMERMANN y WHITTAKER, 2000: 700. Énfasis añadido.

tipos de deberes derivados del deber de tener presente los intereses ajenos: (i) no dañar los intereses del otro contratante y, en algunas veces, también conlleva (ii) actuar a favor del otro contratante. Hay exigencias de la buena fe que instan a realizar actuaciones positivas en el interés de la otra parte, favoreciendo directamente su posición contractual.

Según la forma en que está formulado este elenco de exigencias de la buena fe puede agrupárseles en *deberes negativos* y *deberes positivos*. En la clasificación de los deberes que realiza G. H. von WRIGHT, aquellos provenientes de la buena fe son *deberes hacia terceros*, esto es, están encaminados al bienestar de un ser distinto del propio agente, como lo es el otro contratante⁵⁷¹. Su discrepancia radica en que los deberes negativos son deberes de omitir algo y los deberes positivos constituyen deberes de hacer. Desde la perspectiva del agente que está vinculado por el deber, piensa von WRIGHT, «[...] los deberes positivos son (principalmente) deberes de *promover* el bien de los seres, y los deberes negativos son deberes de *respetarlos*»⁵⁷². Así, de la buena fe se desprenden subdeberes tendientes a alentar el bien de la otra parte del contrato y, asimismo, subdeberes asociados al respeto del interés contractual de este último. En el contexto de los múltiples supuestos que comprende la vigencia de la buena fe en el derecho de contratos, los casos en que tiene lugar el subdeber (i) comprenden la totalidad de las relaciones contractuales, mientras que (ii) opera de manera más bien puntual.

En términos del valor de la autonomía que es custodiado en cada una de estas modalidades, los deberes negativos buscan proteger la esfera de libertad del otro individuo y, en tanto, los deberes positivos persiguen garantizar alguna dimensión de la autonomía del otro. Si los deberes de la buena fe son confrontados con este esquema, tenemos que el subdeber (i) claramente constituye un deber de carácter negativo y el subdeber (ii), por su parte, pone de manifiesto la cabida de deberes positivos en el marco de las demandas de la buena fe contractual. Estos últimos subdeberes guardan estrecha relación con la función integradora de la buena fe, a partir de la cual son establecidas demandas de comportamiento que no fueron

⁵⁷¹ VON WRIGHT, 2010: 202.

⁵⁷² VON WRIGHT, 2010: 202. Énfasis del original.

contempladas por las partes. Los deberes secundarios de conducta constituyen una vía relevante para la expresión de esta faceta positiva de las exigencias de la buena fe⁵⁷³.

Como sea que fuere, el punto en el cual me interesa prestar atención es en la composición dual que poseen las demandas de la buena fe contractual. Sus deberes responden, al menos, a un carácter negativo y a otro positivo. Por ello, el contratante debe respetar las expectativas e intereses que la otra parte ha depositado en el contrato, omitiendo realizar acciones que le causen daño y, a su vez, debe promover el interés contractual del otro participante del vínculo para lograr su bien y mayor satisfacción. De este modo, la buena fe objetiva posee una organización bifronte de sus exigencias. Ella no puede describirse correctamente si solo es observada *una* dimensión de sus demandas. Esta dificultad para encasillar la buena fe de conformidad con una determinada categoría de deberes es un aspecto que también está presente en el derecho contractual. De ahí que en la buena fe es replicado el rasgo de complejidad que posee el derecho de contratos. Aquí la complejidad se refleja en el hecho de que la forma como está compuesto el grupo de demandas que emanan de la buena fe para los contratantes, no puede ser reconducida a una imagen común sin perder de vista alguna de sus dos caras.

Pues bien, al cotejar las exigencias que importa la buena fe objetiva para las partes de un contrato con los postulados del individualismo desinteresado y el altruismo, los resultados que se obtienen también conservan esta dualidad. El individualismo desinteresado puede fundamentar el deber básico de tener presente las expectativas e intereses del otro contratante y, del mismo modo, el deber derivado del anterior relativo a abstenerse de ocasionar daños o lesionar los intereses del otro contratante. ¿En qué sentido el individualismo desinteresado

⁵⁷³ Al respecto, se ha observado que «[e]l principal efecto derivado de la buena fe como pauta de integración del estatuto regulador de una relación jurídica consiste en la creación de ciertos deberes que no hacen a la prestación principal sino que la complementan, son los que la doctrina ha llamado deberes secundarios de conducta». FERREIRA RUBIO, 1984: 264. En la jurisprudencia española se ha declarado que la buena fe «[...] cumple una clara función como fuente de integración del contrato celebrado que, más allá de la reglamentación dispuesta por la autonomía negocial de las partes contratantes, constituye un criterio de determinación del alcance que deba presentar, en su caso, la ejecución o cumplimiento de las respectivas prestaciones de acuerdo a una conducta diligente, no abusiva y razonable de los contratantes». Tribunal Supremo, 30 de junio de 2014, sentencia N° 333/2014. En sintonía con lo anterior, una resolución anterior cristaliza la función integradora de la buena fe en los deberes de las partes, ya que cuando es aplicado «[...] en concreto el instituto al campo contractual, integra el contenido del negocio en el sentido de que las partes quedan obligadas no sólo a lo que expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales, de tal modo que impone comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos». Tribunal Supremo, 12 de julio de 2002, sentencia N° 718/2002.

puede otorgar cabida a tales demandas? Sobre la base de sus postulados, a pesar del predominio que tienen los intereses propios por sobre los ajenos, esta versión del individualismo reconoce el daño a los terceros como límite para la búsqueda de la satisfacción del interés propio, pudiendo conciliar con facilidad esta restricción con el deber de omitir las actuaciones que puedan acarrear consecuencias lesivas para el otro contratante. Este es un aspecto primario de la buena fe en la relación contractual, ya que para una parte comportarse de buena fe es incompatible con la actuación que, en función de satisfacer su interés propio, daña el ajeno. A diferencia del individualismo egoísta, por tanto, el desinteresado puede otorgar una justificación para el deber (i).

Respecto del deber fundamental de tener en cuenta los intereses ajenos, es clara su pertinencia con esta forma de entender el individualismo de manera desinteresada, puesto que el contratante debe *respetar* los intereses de la otra parte para no apartarse de la conducta de buena fe que les es exigida⁵⁷⁴. Tener presente el interés del otro, como antes fue advertido, es el deber principal y de este deriva el deber negativo de abstenerse de hacer algo que resulte lesivo para la otra parte. Este último tiene como presupuesto natural que el contratante *ha tenido presente* los intereses de la otra para, en razón de ello, evitar realizar una determinada conducta.

Pese a lo anterior, el subdeber (ii) escapa de las consideraciones del individualismo desinteresado. La actuación a favor del interés del otro contratante conlleva *algo más* que no dañar sus intereses y expectativas. Actuar en favor del interés ajeno es más exigente que omitir la realización de acciones que puedan dañarlo. Y tal exigencia únicamente puede ser satisfecha si, a pesar de existir una diferencia entre el interés propio y el ajeno, no hay siempre un predominio sobre este último. Esto no niega que ambos intereses sean, de hecho, distintos. Su preocupación radica en rechazar la cuestión normativa ahí en juego; a saber, que el interés propio constituye un valor dominante para el comportamiento del agente. Cuando se realiza una acción derechamente encaminada para beneficiar el interés ajeno es desechado tal

⁵⁷⁴ Este punto está puesto de relieve por LARENZ cuando advierte que, además del principio de confianza, la buena fe demanda «[...] un respeto recíproco ante todo en aquellas relaciones jurídicas que requieren una larga y continuada colaboración, *respeto al otro también en el ejercicio de los derechos* y en general el comportamiento que se puede esperar entre los sujetos que intervienen honestamente en el tráfico». LARENZ, 1985: 96. Énfasis añadido. El deber de colaboración, en tanto, se encuentra consagrado en los artículos IV.E.–2:201: *Colaboración* DCFR; 1:202: *Deber de colaboración* PECL.

predominio. Por consiguiente, para acoger la demanda positiva de realizar una actuación en beneficio del interés del otro contratante, es menester acudir a la filosofía altruista

El altruismo moderado, que es el sentido que aquí se está defendiendo, logra fundamentar adecuadamente los deberes positivos que importa la buena fe contractual, y que derivan del deber básico de tener en cuenta los intereses del otro contratante. Esta versión apela a que el agente muestre una preocupación permanente por los intereses de la otra parte del contrato y que, asimismo, realice acciones positivas para favorecerlos cuando ello sea estimado como necesario, atendiendo precisamente al bien de quien es beneficiado con la actuación. Tales actuaciones resultan más exigentes que los deberes negativos asociados a la no realización de daños a los demás. Naturalmente, el altruismo moderado también es pertinente para fundar el deber básico de tener presente los intereses del otro, pero acá se trata de que el contratante también despliegue acciones para llevarlos a cabo. Para ello, es indispensable concentrar la atención en la relevancia que tiene el interés de los demás y, en este sentido, el altruismo moderado capta esa importancia y provee de una sólida fundamentación para actuar directamente a favor del interés del otro contratante. Ese *algo más* que está involucrado en el subdeber positivo que se desprende de la buena fe tiene un encaje natural en el sustento normativo altruista, en su dimensión moderada⁵⁷⁵.

Un aspecto diferenciador entre el altruismo moderado y el fuerte radica, como ha sido señalado, en que solo para esta última vertiente tanto la renuncia de beneficiar el autointerés como el sacrificio desmedido por el ajeno, son pertinentes. La buena fe es sensible frente a esta consideración. La actuación a favor del interés ajeno, en el ámbito de las relaciones contractuales, no puede significar el sacrificio ilimitado del interés personal junto con los

⁵⁷⁵ Un deber positivo que emana de la buena fe, por ejemplo, reside en el deber del contratante de comunicar dónde se ha trasladado su antiguo arrendatario, una vez expirado el contrato de arriendo del local comercial que con anterioridad los vinculaba. A pesar de exigirse en el ámbito poscontractual, se trata de un deber positivo directamente dirigido a favorecer a quien fue la otra parte del contrato que ahora se encuentra extinto. De nuevo, es rechazada la prevalencia del interés personal y se actúa solo en el interés ajeno. Esto no quiere decir que todos los deberes exigibles a las partes –cuando ya no está vigente la relación contractual– busquen directamente beneficiar al otro. Así, el *deber de confidencialidad o reserva*, aun cuando comparte su carácter poscontractual, no persigue beneficiar al otro contratante sino evitar que con la difusión de la información y que esta sea conocida por terceros, pueda provocar daños a los intereses o derechos de la antigua contraparte. Por tanto, el primer deber responde a una fundamentación altruista moderada, mientras que el segundo puede perfectamente ser engarzado con el individualismo desinteresado. Este deber se encuentra consagrado en algunos instrumentos de armonización del derecho contractual, como ocurre con los artículos II.–3:302: *Incumplimiento del deber de confidencialidad* DCFR; 2:302: *Quiebra de la confidencialidad* PECL; 12. *Deber de confidencialidad* PLDC. Del mismo modo, está previsto en el artículo 2.1.16 (*Deber de confidencialidad*) de los Principios Unidroit.

beneficios y las ventajas que proporciona el esquema de cooperación contractual. De otro modo, podría tergiversarse la forma en que esta usualmente se desarrolla y la racionalidad a la que responde. Una versión fuerte de las demandas altruistas enfrenta una valla particularmente difícil de sortear si, para encajarlas en el vínculo contractual, es necesario redefinir de manera radical los términos en que conocemos la contratación. El sentido moderado del altruismo, por el contrario, no conlleva poner a prueba la práctica contractual que de hecho tenemos. Únicamente ilumina un espacio de aquella y proporciona una justificación para que el contratante válidamente efectúe una acción que favorece el interés contractual de la otra parte. No es cierto que el interés personal sea necesariamente predominante respecto del formulado por el otro contratante. Su apelación es útil, en realidad, para fundar deberes positivos de actuación que están presente en las relaciones contractuales gobernadas por la buena fe objetiva.

Tampoco esta visión del altruismo tiene como asunción que los contratantes desplieguen estos deberes positivos de actuación en favor de la otra parte verdaderamente motivados en alcanzar el interés de esta última. Su posicionamiento como fundamento normativo de esa faz de los deberes de la buena fe se encuentra comprometido con los resultados de los comportamientos antes que con los motivos efectivamente tenidos en cuenta. Cuando el contratante de buena fe ejecuta un deber positivo actúa, por tanto, *como lo haría* un individuo altruista, alcanzado indirectamente resultados de corte altruista que están caracterizados por el beneficio y la cristalización del interés de la otra parte del contrato. Tal consideración está en armonía con el carácter objetivo de la buena fe contractual comúnmente asociado *a actuar* de buena fe y no *a estar* de ese modo.

De acuerdo con todo lo anterior, la buena fe y el altruismo moderado no se encuentran situados en el mismo nivel. La manera en que esa imagen de la filosofía altruista encuentra su espacio y alcance en el derecho de contratos, cuando se toma atención a la buena fe, es a partir del interrogante acerca de cómo se justifican los deberes positivos de actuación⁵⁷⁶. Al desprender de la buena fe objetiva deberes a favor del otro contratante para alcanzar su mayor interés, es necesario acudir a los postulados del altruismo moderado para otorgarles una

⁵⁷⁶ Sobre los deberes afirmativos en el derecho privado y de contratos, véase DAGAN y HELLER, 2017: en especial, 41-47.

debida fundamentación. En este sentido, no es correcto preguntarse si un determinado deber es una cuestión de buena fe o bien de altruismo moderado. Todos estos deberes son derivados de la vigencia de la buena fe como principio fundamental de la contratación. Mientras que el deber básico de tener presente los intereses de la otra parte del contrato y el subdeber (i) – que es derivado del anterior– pueden fundarse mediante el individualismo desinteresado, el subdeber (ii) requiere echar mano a las directrices del altruismo moderado para articular adecuadamente su fundamentación.

Por ello, el altruismo moderado aparece cuando nos preguntamos sobre cómo debemos fundamentar las demandas positivas de actuación que importa la buena fe para el contratante. La acción que este desarrolle para favorecer directamente el interés de la otra parte del contrato está justificada en la buena fe objetiva. Mas, la cuestión aquí es determinar qué es lo que, a su vez, justifica esta dimensión de la buena fe. En dicho espacio, el reclamo del altruismo moderado muestra parte de su impacto en la fundamentación de instituciones contractuales. Por supuesto, esta lectura del altruismo no pretende ni requiere justificar *cabalmente* la buena fe. Ya se ha indicado que tanto el deber de omitir la conducta que provoca daños al otro contratante como el de tener presente sus expectativas e intereses, pueden albergarse en el individualismo desinteresado. No obstante, las exigencias de actuar positivamente a favor del interés ajeno exceden los postulados individualistas, volviendo necesario esgrimir su justificación a partir de los cánones del altruismo moderado. Gracias a esta dimensión de las demandas de la buena fe contractual se devela una faceta de la fundamentación altruista, en su sentido moderado.

La buena fe, entonces, reproduce uno de los indicadores de la complejidad del derecho contractual. En este caso, la dualidad de fundamentos normativos que operan en el derecho de los contratos y que también son visibles en la buena fe objetiva. En el derecho de contratos, así como en la buena fe, conviven alegaciones del individualismo desinteresado con exigencias del altruismo moderado. A pesar de que el primer modelo de fundamentación normativa logra alcanzar un importante grupo de demandas de la buena fe, *no es apto para cubrir la totalidad* de los deberes que son establecidos con cargo a la buena fe objetiva. Esto arroja luz acerca de la imposibilidad de reducir la buena fe a *un* parámetro normativo común, ya que ni el individualismo desinteresado ni el altruismo moderado pueden hacer de forma

aislada todo el trabajo justificativo. Tal conclusión es compartida en general por el derecho contractual, en la medida en que los estándares individualistas tampoco son suficientes para fundar completamente sus distintas reglas, instituciones y prácticas, siendo indispensable atender a las directrices altruistas que también ahí yacen.

Esta lectura dual de la buena fe en términos de que en ella se halla tanto una dimensión negativa como positiva no es en absoluto desconocida para la dogmática civil tradicional. Emilio BETTI, por ejemplo, formuló una visión acerca de la buena fe y su impacto en la teoría general de las obligaciones como un deber de cooperación a favor del interés ajeno. En sus términos, la buena fe contractual consiste en «[...] una actitud de activa cooperación que lleva a cumplir la expectativa ajena, *con una conducta positiva propia, la cual se desarrolla en favor de un interés ajeno*»⁵⁷⁷. Para BETTI la buena fe posee dos facetas. De un lado, la buena fe está asociada con la actuación leal que se deben los contratantes y ello guarda relación con el respeto hacia el interés de la otra parte del acuerdo. Tal ángulo de corrección normativa se refleja en una conducta esencialmente negativa que debe observar el contratante, al abstenerse de efectuar injerencias indebidas en la esfera de intereses de la otra parte. De otro, en tanto, hay un sentido impositivo que es el sello distintivo de la relación obligacional, el cual se manifiesta en esta actitud activa de cooperación en el interés del otro contratante. Conforme a esta, tiene lugar «[...] una actitud de fidelidad al vínculo, por el cual una de las partes de la relación obligatoria está pronta a satisfacer la expectativa de prestación de la contraparte»⁵⁷⁸. El criterio de conducta que conlleva la buena fe para alcanzar la expectativa de la otra parte del contrato reviste la forma de un *compromiso* que podrá entenderse en términos de «[...] poner todos los recursos propios al servicio del interés de la otra parte en la medida exigida por el tipo de relación obligatoria de que se trate; compromiso en satisfacer íntegramente el interés de la parte acreedora a la prestación»⁵⁷⁹.

Este último aspecto es, a juicio de BETTI, determinante para caracterizar la buena fe contractual. La actitud del contratante está encaminada a satisfacer de modo positivo la expectativa de la otra parte, para efectos de llevarla a cabo y materializarla en el marco de la relación contractual. Ella comprende entre sus elementos centrales a «[...] la confianza, la

⁵⁷⁷ BETTI, 1969: 77. Énfasis añadido.

⁵⁷⁸ BETTI, 1969: 82.

⁵⁷⁹ BETTI, 1969: 114.

fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, la prontitud en ayudar a la otra parte y, en cuanto a los tratos preparatorios del contrato, la lealtad y la veracidad hacia la otra parte contratante»⁵⁸⁰. Tal amplitud se explica porque la buena fe actúa durante la totalidad del contrato, pudiendo extender el alcance del tenor literal de las obligaciones pactadas o, en otras ocasiones, restringirlas para honrar el *criterio de reciprocidad* que encarna la buena fe contractual. Dicho criterio, piensa BETTI, debe ser mutuamente observado por los individuos que poseen la misma dignidad moral y esta reciprocidad se manifiesta «[...] en la *solidaridad* que liga a uno y a otro de los participantes en una comunidad, aunque limitada; y tanto más les liga, cuanto más intensa y extensa sea esa comunidad, como sucede en las relaciones asociativas en sentido lato»⁵⁸¹. A diferencia de las relaciones de cambio en que el comportamiento demandado es solo aquel que es necesario para que tenga lugar el intercambio, en los vínculos asociativos «[...] se trata de poner en común los esfuerzos para una finalidad de intereses comunes, la buena fe abraza todo cuanto es necesario para alcanzar ese objetivo común, y, por tanto, se potencia un deber de fidelidad»⁵⁸². La buena fe, por ende, resalta este matiz asociativo de la relación contractual.

Estas consideraciones de BETTI merecen ciertas observaciones. Una de ellas tiene que ver con el catálogo de elementos de la actitud positiva de la buena fe y la otra, a su vez, está asociada con la conexión que esgrime el autor con la idea de la solidaridad. Al detenerse en el catálogo, en primer lugar, es posible apreciar que varios de estos componentes están asociados a los postulados altruistas. Por lo pronto, podrían estimarse en tal sentido la capacidad de sacrificio que se exige a la parte y la prontitud para ayudar al otro contratante. Sin embargo, el sacrificio personal es, como se ha mencionado, una exigencia válida para el altruismo fuerte pero no así para su entendimiento moderado. La confianza, la fidelidad y el compromiso, en tanto, pueden amoldarse a los estándares del individualismo desinteresado, ya que se encuentran íntimamente asociadas a la idea de respeto por el interés del otro y el deber de tenerlo presente que demanda la buena fe al comportamiento del agente⁵⁸³. Y las

⁵⁸⁰ BETTI, 1969: 102.

⁵⁸¹ BETTI, 1969: 102. Énfasis añadido.

⁵⁸² BETTI, 1969: 103.

⁵⁸³ Sobre este punto, el *BGB*, en su §241 II, dispone que «[...] la relación obligatoria, de acuerdo con su contenido, puede obligar a cada parte a respetar los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte». La demanda de *respeto* por los intereses del otro contratante, como ha sido sugerido, se ajusta a una exigencia del individualismo desinteresado, sin que necesariamente su observancia conlleve beneficiarlos de modo

actuaciones en la fase precontractual, finalmente, pudieren pensarse desde el individualismo desinteresado en cuanto a que el contratante debe, según fue visto en los deberes de información, decir la verdad y no mentir acerca del objeto del contrato y sus circunstancias fundamentales. Pero si se trata de comunicar un aspecto que permite cristalizar directamente los intereses contractuales de la otra parte del contrato, esas exigencias recurren a los postulados del altruismo moderado para justificar que el agente haga aquello que posibilita que el interés de la otra parte del contrato sea satisfecho, beneficiándolo con su actuación.

En relación con la sintonía entre el criterio de reciprocidad de la buena fe y la solidaridad entre las partes, hay que tener presente que apelar a la solidaridad no es una cuestión análoga que hacerlo respecto del altruismo. Con posterioridad, el altruismo moderado será puesto a prueba a partir de la solidaridad. Esta noción corresponde al ideal regulativo que fomenta el solidarismo contractual en materia de contratos y aun cuando existan ribetes compartidos entre ambos estándares y algunos efectos puedan coincidir, no hay entre ellos una conexión analítica. Como se defenderá, el altruismo moderado constituye un fundamento normativo más valioso que la solidaridad. Las actuaciones positivas de la buena fe alcanzan una sólida fundamentación gracias a los postulados altruistas en su sentido moderado, porque estos reconocen la necesidad de actuar a favor del interés ajeno, pese a que el interés entre los contratantes no sea el mismo. La solidaridad, por su parte, opera de mejor forma cuando los intereses son similares. Ello justifica que BETTI emplee la noción de solidaridad como sustento de la reciprocidad de los contratantes en los contextos asociativos. Allí las partes encaminan sus esfuerzos para *una finalidad de intereses comunes* y la buena fe contribuye a delinear el sendero necesario para alcanzar tal *objetivo común*⁵⁸⁴. Es claro que en el derecho de contratos perviven relaciones en que el interés es compartido entre las partes, pero este no es el único caso que requiere justificación, toda vez que la cuestión problemática está en la dirección contraria, es decir, cómo fundar deberes positivos en favor del interés ajeno, sin

directo. Ello explica, en parte, por qué el individualismo desinteresado tiene un mayor posicionamiento que el altruismo moderado en el ámbito contractual, la exigencia de respetar y evitar el daño de los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte es el *principal* compromiso normativo asumido tanto por el derecho de contratos como por el derecho privado contemporáneo. Sin embargo, tal compromiso es *parcial* y no agota toda la estructura normativa de ninguno de esos ámbitos jurídicos. Alcanzar su completitud exige dar cuenta del espacio que ahí ocupan las demandas que atienden al interés ajeno e instan a *beneficiarlo*.

⁵⁸⁴ BETTI, 1969: 103.

que sea necesaria la continuidad entre los intereses. En este punto, el altruismo moderado transparenta parte de su atractivo.

Pero, de igual modo, las demandas de esta versión del pensamiento altruista logran honrar el *compromiso* que está involucrado en la buena fe contractual de una forma más idónea que la solidaridad. Puesto que para cumplir el compromiso que lleva envuelto la buena fe y satisfacer íntegramente el interés contractual del otro contratante es menester, en ciertas ocasiones, efectuar acciones positivas tendientes a favorecerlo de manera directa. Si es efectivo, como sostiene BETTI, que la buena fe se trata de una actuación positiva en favor de la expectativa y el interés de la otra parte, entonces, es necesario dar fundamento a deberes más exigentes que los asociados a la solidaridad, posibilitando que el agente despliegue acciones directas para beneficiarlo, más allá de su autointerés. Ello presupone que los intereses contractuales de las partes pueden discrepar, pero también que, para observar las exigencias de la buena fe, en determinados supuestos, es indispensable actuar derechamente en favor del otro.

¿Qué ocurre entonces con la objeción que se planteaba al inicio de este apartado? Según se señaló, aun cuando sea reconocido que tanto en las respuestas institucionales para enfrentar la excesiva onerosidad sobrevenida en el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes, cuestión que es transparentada en el deber de renegociación, como en ciertas dimensiones de los deberes preliminares de información de la etapa precontractual, están presentes componentes altruistas en su acepción moderada, tales modalidades son frecuentemente fundadas en la buena fe objetiva. De este modo, si hubiere consideraciones altruistas en estas figuras contractuales, ello es, en realidad, consecuencia de la buena fe. El altruismo debería buscarse en la buena fe contractual y no en dos de las expresiones que posee dicho principio general de la contratación. Como ha sido mostrado, cuando la buena fe es tematizada con independencia de estas manifestaciones el tratamiento que recibe es dual: hay *subdeberes negativos* que instan al contratante a no lesionar el interés contractual de la otra parte y, además, están presentes *subdeberes positivos* que exigen efectuar actuaciones positivas a favor de los intereses del otro contratante. Junto a estos, reside el *deber básico* de tener presente los intereses ajenos, a partir del cual son derivados los subdeberes anteriores. Si bien el individualismo desinteresado puede justificar los subdeberes

negativos, así como la demanda básica de tener presente las expectativas e intereses de la otra parte del contrato, es en la fundamentación proporcionada por el altruismo moderado donde los subdeberes positivos encuentran un encaje más cómodo.

Esta fundamentación normativa bifronte de la buena fe objetiva debiere permear también sus diversas manifestaciones. De ahí que, si es efectivo que, para sostener la vigencia de los deberes de negociación en los casos de imprevisión contractual y la procedencia de ciertos deberes de información en la fase precontractual, hay que acudir a la buena fe, entonces, su dimensión positiva que es capturada por los postulados del altruismo moderado también sustenta normativamente sus expresiones en el derecho de contratos. De la esfera positiva de la buena fe que exige al contratante hacer actuaciones directas en favor del interés de la otra parte del contrato se desprende, por ejemplo, el deber de renegociar los términos originales del contrato frente a las nuevas circunstancias acaecidas, y el deber de informar al otro contratante de cuestiones que resultan fundamentales para que su interés contractual sea plenamente satisfecho. El altruismo moderado sirve de fundamento transversal para las demandas que, con cargo a la buena fe, apelan al contratante a realizar acciones en directo beneficio del otro integrante del vínculo, tal como si comulgase con esa moralidad.

Si esto fuere así, el impacto de la objeción no es, en verdad, significativo. Ya sea que se indague directamente la justificación de esta dimensión de la buena fe que comprende sus exigencias positivas, o bien de forma indirecta la fundamentación de ciertos institutos en que se manifiestan los parámetros del principio general de buena fe, los criterios del altruismo moderado encuentran acogida. Al afirmar la dependencia íntegra de los deberes de renegociación que tienen lugar en los supuestos de imprevisión y los deberes preliminares de información en la buena fe, su composición normativa dual auxilia la presencia de los elementos altruistas en su sentido moderado. Los deberes positivos que instan a realizar acciones directas en favor de los intereses del otro contratante acuden a las directivas altruistas para su justificación. Tal dimensión de la buena fe es cubierta por el altruismo moderado. Por tanto, la fundamentación de las manifestaciones que posee la buena fe en el derecho contractual, como aquellas analizadas en los apartados precedentes, también conlleva acudir al altruismo moderado. Con base en sus exigencias, resulta pertinente fundar tanto el deber de renegociar el alcance de las obligaciones del contrato, como el de comunicar

aquello que sea determinante para que la otra parte satisfaga el interés que ha depositado en el vínculo.

Por supuesto, lo anterior supone que esos deberes sean calificados de positivos y, en consecuencia, estén ubicados en la dimensión de la buena fe que promueve *hacer* algo a favor del otro contratante y no en aquella que exige *abstenerse* de efectuar lo que puede dañar el interés ajeno. Pero, naturalmente, las exigencias de renegociar las cláusulas para favorecer la posición contractual de la otra parte que soporta el hecho imprevisto, como de informar al otro contratante acerca de los aspectos del contrato que son esenciales para que este cristalice su interés, tienen carácter positivo. Del mismo modo, esta asociación entre las expresiones del principio de buena fe y la esfera positiva de sus deberes, refuerza la complejidad de la buena fe en cuanto a su fundamentación normativa. Como fue señalado, sus exigencias responden a parámetros que pueden ser afianzados por vía del individualismo desinteresado y otros, en cambio, requieren acudir al altruismo moderado. Estos últimos llevan al contratante a actuar derechamente a favor del interés de la otra parte del acuerdo y, por ello, son más exigentes que no lesionar sus intereses o tenerlos en cuenta en el marco de la relación contractual. Para dar cuenta de forma acabada de la buena fe es indispensable notar este carácter bifronte de su fundamentación. Pues ello implica, a su vez, capturar un rasgo distintivo del derecho de contratos: la convivencia entre los estándares del individualismo desinteresado y aquellos forjados por el altruismo moderado constituye un reflejo cristalino de la complejidad de esta área de lo jurídico.

2.3.4. Abuso del derecho

En los casos anteriores, hemos revisado el sentido en que estas instituciones contractuales recogen consideraciones altruistas bajo la dimensión moderada que aquí se ha ofrecido. Un aspecto común en tal desempeño es que, si bien el individualismo desinteresado provee de una satisfactoria justificación frente a algunas de sus exigencias, no resulta suficiente para fundar deberes como renegociar un vínculo contractual en beneficio de la otra parte, informar cuestiones que permitirán que el otro contratante satisfaga su interés y, en general, realizar acciones positivas para favorecer directamente a este último, según lo reclama la buena fe. Para brindar una fundamentación normativa a este tipo de demandas es menester acudir al

altruismo moderado, el cual desafía la preeminencia de los intereses propios sobre los ajenos y, a su vez, dispone que en algunas ocasiones se debe actuar a favor de los demás.

Sin embargo, figuras como el abuso del derecho acarrearán dificultades interpretativas porque, desde una mirada preliminar, esta parece compartir elementos con el altruismo moderado – como la consideración por el interés de los otros– y esto puede generar la tentación de situar el abuso del derecho como otra de las instituciones contractuales de las cuales se desprenden parámetros altruistas. Esta sería una conclusión apresurada. Ello es así porque una de las consecuencias de efectuar el contrapunto entre el individualismo desinteresado y el altruismo moderado, y no emplear la versión egoísta de la filosofía individualista para perfilar el contraste, radica en que los deslindes entre la participación de uno y otro fundamento normativo son más difíciles de trazar. Por eso, resulta altamente probable que aparezcan instituciones que más allá de la mayor intensidad con que es apreciada la consideración en favor de los demás, pueden de todas formas acomodarse al entendimiento desinteresado del individualismo.

¿En qué consiste el abuso del derecho? El titular de un derecho subjetivo se encuentra facultado para ejercer sus atributos y disfrutar de las prerrogativas que le brinda el sistema jurídico, pero tal despliegue enfrenta limitaciones. Si el titular transgrede esas consideraciones el ejercicio del derecho subjetivo deviene abusivo⁵⁸⁵. Como indica Vito VELLUZZI, «[...] el ejercicio del derecho es abusivo, entonces, si no se respetan las condiciones que satisfacen las razones para la atribución del mismo derecho subjetivo»⁵⁸⁶. Su creación es obra de la dogmática y jurisprudencia francesa de la segunda mitad del siglo XIX e inicios del siglo XX. Naturalmente, este instituto responde a una reacción frente al modo de ver los derechos subjetivos que se desprende del Código Civil napoleónico. Esa forma presenta, de acuerdo con autores como Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, dos rasgos importantes: de un lado, su formalismo y, de otro, su absolutismo⁵⁸⁷. Mientras que el primero

⁵⁸⁵ Desde esta línea, ha sido jurisprudencialmente concebido «[...] como el ejercicio aparente de una facultad jurídica de la cual se carece, al pretender satisfacer un interés que no está protegido en el derecho positivo, sea porque excede al interés protegido, sea porque este se desvía. En ausencia de un interés jurídicamente protegido, no hay derecho subjetivo y todo lo obrado en su nombre, es ilegítimo». Corte Suprema de Chile, 5 de enero de 2016, Rol 9475-2014.

⁵⁸⁶ VELLUZZI, 2012: 15.

⁵⁸⁷ ATIENZA y RUIZ MANERO, 2000: 34.

devela la creencia según la cual la ley contiene las soluciones a la totalidad de los casos posibles que tengan lugar en las relaciones privadas, bastando la mera aplicación de las reglas por parte del juez, el segundo pone de manifiesto que los derechos pueden ejecutarse bajo una regla general de permisión en que, salvo los límites contemplados, está autorizado su provecho⁵⁸⁸.

El abuso del derecho procura corregir ambos aspectos de esa concepción acerca de los derechos subjetivos. Estos compromisos explican por qué las codificaciones decimonónicas omitieron la previsión de este instituto, a diferencia de los cuerpos civiles de los siglos XX y XXI, que mayoritariamente lo consagran. Así, por ejemplo, es contemplado en los artículos 2 del Código Civil de Perú y 10 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina⁵⁸⁹. El caso español, por su parte, resulta interesante por la actual redacción del artículo 7.2 que es fruto de una reforma del Código Civil en 1974. Dicha regla jurídica reza como sigue: «La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso». A partir de esa modificación se consagró explícitamente y con carácter general el abuso del derecho en el sistema jurídico privado español, evitando la necesidad de perfilar su procedencia con cargo a la responsabilidad extracontractual⁵⁹⁰. La exigencia del daño a terceros que efectúa la disposición cobrará importancia más adelante.

El abuso del derecho se encuentra estrechamente asociado a la buena fe. Esta última ha sido considerada como un límite para el ejercicio de los derechos subjetivos. Según Enrique

⁵⁸⁸ ATIENZA y RUIZ MANERO, 2000: 34. Acerca de la repercusión de esta visión en el artículo 544 del Código Civil francés, para determinar su fundamento normativo, véase capítulo V.

⁵⁸⁹ El cuerpo civil peruano prescribe que «Ejercicio abusivo del derecho. La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso». Por su parte, la legislación argentina lo establece en los siguientes términos: «Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres [...]».

⁵⁹⁰ CUADRADO PÉREZ, 2014: 61.

BARROS BOURIE, el ejercicio de un derecho «[...] resulta de tal modo contrario a exigencias mínimas de sociabilidad y de buena fe en las relaciones recíprocas, que debe ser limitado por el derecho objetivo»⁵⁹¹. De ahí que el ejercicio abusivo del derecho importa una actuación contraria a las demandas de la buena fe. Hay oposición entre la conducta de buena fe y el manejo abusivo de un derecho. Gracias a la generalidad con que opera la buena fe el alcance del abuso del derecho es extendido, cubriendo un espectro relevante de casos en que tiene aplicación dicho instituto. Lo anterior es consecuencia de la relación que suele darse entre quienes están involucrados en esta clase de supuestos. Según BARROS BOURIE, «[...] la mayoría de las hipótesis de abuso de derecho suponen una cierta relación entre el titular del derecho y quien resulta injustamente dañado»⁵⁹². Esto se presenta con especial claridad en los vínculos obligacionales entre las personas –como los de índole contractual–, pero también está vigente cuando no hay relaciones obligatorias. Por eso, cobran relevancia las expectativas normativas de los terceros en cuanto a que el titular se conduzca de buena fe en el ejercicio de su derecho. En estos términos, la buena fe logra capturar los límites que enfrenta el ejercicio del derecho que aun cuando no están expresamente señalados por la normativa, esta los da por supuesto.

Con todo, la cuestión que aquí es relevante radica en discernir cuál es la justificación más apropiada del abuso del derecho. De acuerdo con lo expuesto más arriba, esta institución expresa una consideración acerca de los derechos e intereses de los demás individuos, distintos al titular del poder de actuación. Dado que el agente no puede ejercer su derecho subjetivo con total indiferencia de los otros, en tanto su ejercicio está expuesto a límites, el abuso del derecho debiere estimarse situado en una posición distante del individualismo egoísta. Ahora bien, esto es así en la medida en que sea aceptada la vigencia del abuso del derecho. Pues si, por el contrario, esta doctrina fuese negada, uno de los posibles sustentos normativos es precisamente tal lectura de la filosofía individualista. Desde este punto de vista, el titular del derecho subjetivo puede ejercer sus facultades y aprovechar sus ventajas de manera discrecional. Su ejercicio no puede constituirse en abusivo si es realizado dentro de las potestades que le confiere el propio derecho subjetivo.

⁵⁹¹ BARROS BOURIE, 2006: 626. Énfasis del original.

⁵⁹² BARROS BOURIE, 2006: 628.

Esta manera de entender el abuso del derecho se encuentra comprometida con un exacerbado talante individualista que potencia la actuación autónoma del agente sin que medien barreras que la contengan. BARROS BOURIE, por ejemplo, sugiere que la negativa por la doctrina del ejercicio abusivo de derechos suscribe supuestos formalistas sobre el derecho subjetivo, que fueron forjados en la modernidad. La oposición entre la vigencia de este instituto y el desenvolvimiento discrecional del titular respecto de su poder de actuación es marcada: «[...] *el reconocimiento del abuso del derecho, particularmente en el ámbito patrimonial, debilita la autonomía privada*, porque supone una erosión del principio de la discrecionalidad e inmunidad del ejercicio de los derechos subjetivos, principio sobre el cual se ha construido el derecho privado»⁵⁹³. Ahora bien, en este punto el autor aduce una suerte de tensión entre el abuso del derecho y la férrea defensa de la autonomía que fue desarrollada en la modernidad. Si se trata de situar genéricamente al individualismo en esta lectura, encontraremos dificultades al momento de confirmar esta oposición. Como se ha sostenido, el individualismo desinteresado descansa en la fuerza apelativa de la autonomía para formular no solo las ventajas con que cuenta el agente sino también el límite de sus actuaciones. Desde esta línea, no resulta del todo convincente contraponer el abuso del derecho a la autonomía. Pues es en virtud de las demandas de la autonomía que el agente no puede ejercer sus derechos de modo abusivo, lesionando los intereses y derechos de los otros.

Alf ROSS esboza un contraste que resulta clarificador sobre la relación entre el ejercicio de los derechos subjetivos, la autonomía y el individualismo. Según indica,

«[...] el concepto de derecho subjetivo se usa típicamente para indicar una situación en la que el orden jurídico desea asegurar a una persona *libertad y potestad para comportarse como le plazca, a fin de que proteja sus propios intereses. El concepto de derecho subjetivo indica la auto-afirmación autónoma del individuo*»⁵⁹⁴.

Esta lectura sugiere que la actuación autónoma del individuo conlleva un grado importante de discrecionalidad para alcanzar la satisfacción del autointerés. Por lo mismo, podría pensarse que el derecho subjetivo faculta al titular a comportarse del modo en que desee libremente hacerlo, sin mayores límites. Así concebido, el derecho subjetivo calzaría con el

⁵⁹³ BARROS BOURIE, 2006: 623. Énfasis añadido.

⁵⁹⁴ ROSS, 1994: 171. Énfasis añadido.

fundamento individualista en clave egoísta. No obstante, ROSS previene de inmediato la dificultad de enlazar ambos términos,

«[e]sto, por supuesto, no significa un individualismo desenfrenado y no es la antítesis del carácter social de todo orden jurídico. Solo significa que precisamente por consideraciones que hacen al bienestar de la comunidad, se considera deseable –por supuesto dentro de ciertos límites– acordar al individuo la posibilidad de libertad de acción»⁵⁹⁵.

Tampoco es claro, entonces, que la doctrina del derecho subjetivo responde a un individualismo desmedido en los términos de ROSS que, en la nomenclatura propuesta, corresponde al individualismo egoísta. En su lectura el derecho subjetivo necesariamente reconoce limitaciones para el ejercicio de las libertades y potestades que provee al titular. Esto se refuerza si el despliegue del titular es articulado con cargo al valor de la autonomía del agente. La autonomía no constituye un recurso idóneo para justificar una actuación complemente libre y arbitraria por parte del individuo. BARROS BOURIE, en este punto, parece sostener una visión de la autonomía que peca de ingenuidad y la desvincula de sus demandas normativas. Su visión acusa aquí una influencia más histórica que normativa acerca del ideal de la autonomía. De esta manera, si el derecho subjetivo no puede fundarse con completa comodidad en el individualismo egoísta, con menor razón podría hacerse con la doctrina del abuso del derecho. El alcance de la autonomía impide posicionar adecuadamente el derecho subjetivo y su ejercicio abusivo en esa forma de ver la filosofía individualista.

¿Cómo justificar, por ende, el abuso del derecho? Es cierto que el individualismo egoísta muestra una mayor hostilidad a las restricciones para el libre y discrecional desarrollo de los poderes de actuación del sujeto. No habría más límites que los contemplados en el derecho, pero para sostener aquello no es necesario acudir a la autonomía. Si esta manera de entender el individualismo no empatiza con limitaciones que estorben la maximización del interés personal, entonces, se devela su distancia con la doctrina del abuso del derecho. La preeminencia del autointerés respecto de los intereses ajenos podría articularse como una razón sustantiva para desechar la pertinencia del instituto del abuso del derecho. Mas, tal

⁵⁹⁵ ROSS, 1994: 171. Énfasis añadido.

reclamo no puede efectuarse en atención al valor normativo de la autonomía del titular del derecho subjetivo.

Regresemos al artículo 7.2 del Código Civil español. Allí se indica un componente esencial del ejercicio abusivo de los derechos que ilumina sobre la fundamentación de la doctrina que busca precaverlo. La proscripción del abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo está circunscrita a que el acto u omisión sea realizado «*con daño para tercero*». Como observa Carlos CUADRADO PÉREZ, esa regla legal exige la consumación del daño a tercero. «No resulta suficiente, por lo tanto, la mera actuación excesiva del titular del derecho, sino que ha de acreditarse la generación de un daño a un tercero. En caso contrario, naturalmente, regirá el principio *qui iure suo utitur neminem laedit* en toda su extensión»⁵⁹⁶. José Manuel MARTÍN BERNAL, por su parte, ha precisado que si bien de la disposición se desprende que el daño debe ser ajeno o correspondiente a una tercera persona distinta de aquella quien lo ocasiona, puede invocarse el abuso del derecho «[...] en todos aquellos supuestos en que el daño lo sufre no solamente el propio dañador, sino también el tercero [...]»⁵⁹⁷.

Si no media daño a otra persona, aunque se trate del ejercicio anormal o extraordinario del derecho subjetivo, no resulta procedente reprimir dicha actividad. Que la causación del daño a un tercero constituya un presupuesto del abuso del derecho es un indicador de que en ese elemento debe también indagarse el fundamento general del instituto⁵⁹⁸. Este debe necesariamente fundarse de acuerdo con un marco normativo que reconozca en el daño a los intereses o derechos de los demás, un límite infranqueable para la acción personal y satisfacción de los propios intereses. La manera en que las dos modalidades del individualismo administran el daño a los otros es diversa. Mientras que el individualismo desinteresado es incompatible con dañar a los terceros, el individualismo egoísta justifica un accionar ilimitado para alcanzar la mayor satisfacción del propio interés. Esto, por supuesto, no es lo mismo que afirmar que tal versión del pensamiento individualista busca o propicia

⁵⁹⁶ CUADRADO PÉREZ, 2014: 128. Énfasis del original.

⁵⁹⁷ MARTÍN BERNAL, 1982: 254.

⁵⁹⁸ Así también ha sido recogido en el plano jurisdiccional en cuanto se indica que está justificado «[...] desechar una pretensión de ejercicio de un derecho, cuando, de una manera ostensible o manifiesta, [...] tal derecho se ejercita al margen de la razonabilidad y desviándose de su objeto y función, es decir, rompiendo los parámetros de la normalidad y de la finalidad que la ley lo configura y con daño a terceros». Corte Suprema, 26 de agosto de 2014, Rol 12037-2013.

lesionar los intereses o derechos de los demás. La cuestión es el reconocimiento o no de límites para el ejercicio del poder de actuación por parte de su titular y, si es admitida la existencia de limitaciones, concebir que el daño a terceros es una barrera insuperable. Por el contrario, si hay daño a un tercero, y se cumplen las restantes condiciones de operatividad, procede alguna de las medidas previstas para enfrentar el abuso del derecho. Pero si no está la delimitación del daño, el ejercicio del derecho subjetivo se puede efectuar de modo discrecional dentro de los márgenes del sistema jurídico.

Si bien ambas clases de individualismo concuerdan en el predominio de los intereses del titular del derecho subjetivo en cuestión sobre los pertenecientes a las demás personas, el individualismo desinteresado pone frenos a la búsqueda de la satisfacción y disfrute de las ventajas del derecho subjetivo, admitiendo no solo los límites del núcleo normativo de su potestad, sino también aquellos mediatos que derivan del ejercicio anormal o excesivo del derecho subjetivo o bien de la transgresión de las exigencias de la buena fe. Pues no es suficiente con observar las limitaciones del poder de actuación contempladas en fuentes normativas para efectivamente precaver el daño a terceros. Es consecuencia de su apelación a la autonomía que la preferencia del interés propio, desde el punto de vista del individualismo desinteresado, sea compatible con el reconocimiento de los intereses y derechos ajenos como límites al ejercicio y búsqueda de los propios intereses y derechos subjetivos de los cuales el agente es titular. Mas, para honrar adecuadamente este principio de no daño es indispensable atender también a restricciones implícitas en el ejercicio del poder de actuación. Su alcance no se agota en los límites expresamente fijados por el orden jurídico. Y ello lejos de estar en oposición con la autonomía, es con cargo a su valor normativo que tiene sentido potenciar el respeto por los intereses ajenos y restringir la persecución del bien y disfrute personal, si con ello resulta lesionado el interés o el derecho de los otros individuos.

De tal modo, la visión que descarta el abuso del derecho no está en realidad ligada con el pensamiento individualista en abstracto, ni tampoco se encuentra en real contraposición con la autonomía. Por ello, su rechazo puede engarzarse con el individualismo egoísta, pero no así con su sentido desinteresado. En tal sentido, por ende, cabe entender las palabras de ROSS acerca del individualismo desenfrenado con el cual no es recomendable identificar la idea de

derecho subjetivo. Al afirmar la negativa del abuso del derecho se rebela una lógica que se encuentra «[...] bajo el régimen de individualismo extremo imperante en el siglo XIX»⁵⁹⁹. Sería necesario acudir al individualismo egoísta para perfilar el sustento normativo de esa posición. Para el individualismo desinteresado, en cambio, el instituto del abuso del derecho responde a uno de sus postulados distintivos: la demanda de no dañar a los demás. La cual es, a su vez, una apelación del respeto de la autonomía. En relación con esto, autores como ATIENZA y RUIZ MANERO han indicado que

*[...] cuando el daño causado a intereses de otros sujetos o a intereses colectivos (a cuya tutela y promoción apuntan las directrices) resulte «excesivo» o «anormal», la acción deja de estar dentro del alcance justificado del principio de autonomía. No se trata aquí de que razones de directriz vengan a prevalecer sobre razones de principio, sino tan solo de que la determinación del alcance justificado del principio de autonomía no puede trazarse de manera enteramente insensible al daño causado a intereses de otros o a intereses colectivos (pues en tal caso sería imposible una sociedad mínimamente equitativa en el trato dispensado a los intereses de sus diversos integrantes y tal exigencia parece ser, sin duda, un principio en sentido estricto)*⁶⁰⁰.

El daño ocasionado a los intereses o derechos de los terceros –que es condición de procedencia del instituto según la regla civil española– devela una actuación que ya no es posible justificar en virtud de la autonomía del titular del derecho subjetivo. Como acertadamente ambos autores advierten, el ámbito justificativo de la autonomía no puede configurarse de manera desconsiderada con los daños que sufren los intereses o derechos de los demás. La autonomía, por el contrario, exige respetar los intereses ajenos, impidiendo dañarlos en aras de disfrutar las prerrogativas del derecho subjetivo. Hay abuso del derecho, entonces, cuando el ejercicio del derecho se aparta de las exigencias de la autonomía, resultando un uso excesivo o anormal de aquel, que genera daño en un tercero. Esta conjugación entre autonomía y prohibición del daño a terceros pone de manifiesto que el instituto está fundado en el individualismo desinteresado.

⁵⁹⁹ ROSS, 1994: 171.

⁶⁰⁰ ATIENZA y RUIZ MANERO, 2000: 56, n. 9. Énfasis añadido.

Dicha asociación se intensifica cuando el ejercicio abusivo del derecho es promovido por vulnerar parte de las consideraciones de la buena fe. Según fue señalado, una de las posibles limitaciones que enfrenta el titular del derecho subjetivo para ejercerlo es la buena fe. El vínculo entre el abuso del derecho y la inobservancia a los dictámenes de la buena fe arroja pistas acerca de cuáles son las exigencias de la buena fe que se transgreden y, en consecuencia, cómo corresponde fundamentar el abuso del derecho. Esta última cuestión busca determinar si acaso es necesario acudir –como lo fue para los deberes positivos derivados de la buena fe– al altruismo moderado. O bien, que el individualismo desinteresado alcanza a dar cabida al ejercicio abusivo de derechos. Como es posible sospechar, en lo que sigue se suscribirá la segunda de esas alternativas.

Dicho interrogante es atendible pues podría afirmarse que la consideración de los intereses de los demás por parte del titular del derecho subjetivo, que es reflejada en la proscripción de dañarlos, muestra indicios de componentes altruistas. Por lo tanto, el individualismo desinteresado no sería suficiente para agotar todas las demandas envueltas en la institución del abuso del derecho. De ello se sigue, por supuesto, que su fundamento normativo es el altruismo moderado. No obstante, esa lectura sería errónea. Su yerro puede develarse a partir de dos observaciones: el cumplimiento de los postulados del altruismo moderado y el tipo de deber que está en juego cuando el abuso del derecho contradice el comportamiento de buena fe. Respecto del primer punto, en esta institución claramente no se verifican dos postulados y puede que uno de ellos esté cubierto. En el abuso del derecho no se cumple (i) ya que continúa el predominio del interés propio del titular del derecho sujeto respecto de los intereses de los demás, ni tampoco el postulado (iii) pues no hay envueltas actuaciones positivas en favor de los otros. La proposición (ii) podría entenderse cubierta por el abuso del derecho en atención a su compromiso con la autonomía que exige tener en consideración los intereses ajenos e impide ocasionar daño a terceros.

En relación con la segunda observación, si el ejercicio abusivo de los derechos refleja la infracción de exigencias de la buena fe contractual, la cuestión es determinar cuál de sus deberes se encuentra en juego en el disfrute de las potestades del derecho subjetivo. El *deber fundamental* de tener presente los intereses de la otra parte está, naturalmente, cubierto en el abuso del derecho. Sin tener presente los intereses ajenos no es pertinente la actuación de

buena fe. El abuso del derecho cautela esto al limitar la actividad del titular del derecho subjetivo. Del mismo modo, el *subdeber negativo* de no dañar los intereses o derechos del otro contratante es una parte crucial del abuso del derecho. Como fue indicado, la proscripción del daño a terceros constituye una demanda que precisamente el abuso del derecho cautela. El compromiso con la autonomía da cuenta de este deber de abstención de lesionar los intereses ajenos en el ejercicio del propio. Sin embargo, el *subdeber positivo* de actuar directamente para cristalizar el interés de la otra parte excede las demandas envueltas en el ejercicio del derecho subjetivo. El abuso del derecho regula que el titular del derecho subjetivo no provoque daños en los intereses o derechos de los demás, pero no que derechamente los favorezca. En este subdeber de la buena fe hay *algo más* exigido que no corresponde a precaver el daño y que, por la misma razón, no puede emparentarse con el instituto del abuso del derecho.

Por consiguiente, el abuso del derecho se encuentra fundamentado en el individualismo desinteresado. Aun cuando en dicha institución está presente la atención por los intereses de los demás, lo cual es puesto de manifiesto en la prohibición de no dañar –en el disfrute de las libertades y prerrogativas del derecho subjetivo– los intereses o derechos de un tercero, esa demanda está normativamente cubierta por el sustento individualista en su sentido desinteresado. Antes de favorecer el interés de los terceros, se trata de evitar que resulten perjudicados por la actividad individual. No está, en definitiva, desafiado el privilegio del interés personal por el cual apuesta la filosofía individualista. De forma aguda, ROSS detectó que el derecho subjetivo está necesariamente incardinado con el resguardo y disfrute de los propios intereses de su titular. A pesar de las limitaciones que enfrenta su despliegue, su configuración está al servicio de los intereses particulares del titular y no aquellos de la sociedad. Un derecho subjetivo, «[...] aun con su contenido restringido, sirve todavía a la autonomía del individuo. *La autonomía restringida sigue siendo autonomía y no una función social*»⁶⁰¹.

Estas consideraciones permiten extraer ciertas lecciones. Cuando la autonomía es correctamente entendida comprende exigencias relativas a tener en cuenta los intereses ajenos, pero en un sentido muy distinto de beneficiarlos de manera directa. Se trata más bien

⁶⁰¹ ROSS, 1994: 171. Énfasis añadido.

de respetar el interés de los demás, evitando lesionarlo en la búsqueda del propio. Ahora bien, el compromiso normativo de la autonomía con el individualismo, aunque sea desinteresado, arroja luz sobre lo innecesario que resulta exigir excesivamente a este fundamento para cubrir instituciones cuya racionalidad escapa a sus consideraciones. El individualismo desinteresado contempla el interés ajeno, pero es artificial extender sus consideraciones al punto de que ya no responda a la imagen central del pensamiento individualista. Esta clase de individualismo, pese a ser desinteresado y no egoísta, sigue siendo un individualismo. Parfraseando a ROSS respecto de la autonomía, *el individualismo restringido por el deber de no dañar a los otros sigue siendo individualismo y no es altruismo*. Por ello, esa acepción del fundamento individualista logra hacer todo el trabajo justificativo cuando se trata del abuso del derecho.

Tampoco hay que forzar la autonomía a que brinde más de lo que puede dar, desentendiéndose completamente de su origen intelectual e histórico. Esto contribuye a reforzar la preferencia a favor de la estrategia de desentrañar el altruismo moderado existente en ciertas instituciones del derecho de contratos, en lugar de procurar capturarlo desde la autonomía según fue revisado en la sección 2.1. No solo la autonomía agotaría al altruismo, perdiendo este último su relevancia, sino que la autonomía no constituye un recurso idóneo para respaldar normativamente postulados como el cuestionamiento del predominio del interés personal ni la actuación positiva a favor de los demás. No es recomendable, por tanto, radicar una carga en demasía gravosa para el valor de la autonomía, ni para el fundamento normativo en que mejor este encaja —el individualismo desinteresado—, cuando se trata de cuestiones que vale la pena reconocer como propias del altruismo.

QUINTO CAPÍTULO

ALTRUISMO MODERADO Y SUS MODELOS EN COMPETENCIA

1. TEORÍA RELACIONAL DEL CONTRATO
2. SOLIDARISMO CONTRACTUAL
 - 2.1.Solidarismo en el derecho de contratos
 - 2.2.Solidaridad
3. DISTANCIAMIENTO DE KIMEL
4. PROTECCIÓN DE LA PARTE DÉBIL
5. EXPLOTACIÓN

[...] como esos móviles colectivos son en todas partes los mismos, producen en todas partes los mismos efectos. Por consiguiente, siempre que entran en juego, las voluntades se mueven espontáneamente y con unidad en el mismo sentido.

DURKHEIM, 2012: 164

[e]s un hecho conceptual el que las personas constituyen una comunidad, un nosotros, en virtud de concebirse el uno al otro como uno de nosotros, y por no querer el bien común como una expresión de benevolencia, sino por quererlo como uno de nosotros, o desde un punto de vista moral

SELLARS, 1968: 221

[l]a verdadera diferencia entre la moral individualista y no-individualista en este aspecto es simplemente que la no-individualista se basa en una variedad mucho más rica de fuentes normativas para definir dicho espectro.

KIMEL, 2018: 208

Con anterioridad, se ha mostrado bajo qué términos puede develarse la presencia del altruismo –en su acepción moderada– en la fundamentación de ciertos institutos del derecho contractual. Quisiera, a continuación, poner a prueba este fundamento normativo con otras alternativas teóricas que están disponibles en los estudios de dogmática civil como en la filosofía del derecho de los contratos. No todos estos modelos compiten *vis a vis* con el altruismo moderado, en términos de constituir fundamentos normativos del derecho privado distintos a este. Ese lugar lo ocupa plenamente el individualismo. A pesar de no estar en la misma posición que el altruismo moderado, lo desafían porque quizá algunas consideraciones, exigencias o efectos del altruismo en el derecho contractual pueden alcanzarse también gracias a otro modelo en disputa. La cuestión que se intentará clarificar es por qué, a mi juicio, el altruismo moderado ofrece un mayor potencial explicativo y justificativo que los restantes esquemas. En buenas cuentas, el altruismo moderado hace lo que los otros modelos no logran efectuar. O bien, cuando hay una coincidencia en sus observaciones, realiza su tarea de mejor manera y con mayor alcance.

Los modelos que podrían competir con el altruismo moderado y que aquí son analizados corresponden a los siguientes: teoría relacional del contrato de Ian MACNEIL; el solidarismo contractual y su compromiso con la solidaridad; la tesis del distanciamiento de KIMEL; la protección del débil jurídico; y, finalmente, la teoría de la explotación. Desde luego, tal sumario no responde a una pretensión de exhaustividad, pero al cotejarse con el altruismo moderado es posible explicitar buena parte de su atractivo.

1. TEORÍA RELACIONAL DEL CONTRATO

MACNEIL ha formulado la teoría relacional del contrato [*The Relational Theory of Contract*] desde la década de los años sesenta durante el siglo XX. Esta forma de entender el contrato buscó discutir diversas asunciones centrales de la teoría clásica del contrato, recurriendo para ello a herramientas conceptuales y métodos provenientes de disciplinas diferentes al derecho *e.g.* economía, sociología, antropología⁶⁰². Parte de la fuerza expresiva que posee la teoría

⁶⁰² Por esta razón, es altamente recomendable tener presente la teoría relacional del contrato como otra dimensión de análisis de la complejidad del derecho de contratos. La visión clásica del derecho contractual construida sobre la base de ciertas creencias y con un compromiso por la uniformidad, se encuentra también desafiada por la teoría de MACNEIL. Al respecto, véanse las secciones 1 y 3 del capítulo II.

relacional del contrato descansa en el contraste a partir de la cual esta se posiciona, como una alternativa a la manera tradicional de ver el vínculo contractual. De acuerdo con MACNEIL, hay contratos *discretos* y contratos *relacionales*: la tesis clásica del contrato lo entiende en términos discretos mientras que la teoría relacional considera que *el* contrato es relacional. De ahí que la perspectiva relacional parece asumir –*ab initio*– una pretensión hegemónica de reemplazar la visión clásica y ocupar el lugar de la contratación discreta.

Revisemos someramente ambas tipologías de contratos. Los contratos discretos consisten en

[...] contratos de corta duración, con interacciones personales limitadas, y con mediciones precisas de las partes sobre objetos de intercambio fácilmente medibles, por ejemplo, dinero y granos. Son transacciones que requieren un mínimo de comportamiento cooperativo futuro entre las partes y no requieren compartir los beneficios o las cargas. Estos atan a las dos partes de manera fuerte y precisa. *Las partes ven tales transacciones como acuerdos libres de enredos, cadenas, y ciertamente no esperan ningún altruismo*⁶⁰³.

Así concebido el contrato discreto está conformado por extraños, quienes no tienen vínculos previos entre sí ni tendrán relaciones en el porvenir. Ellos transitan por direcciones opuestas y luego de efectuado el intercambio, siguen por sus caminos sin esperar nada más uno del otro ni tampoco volver a verse. Como indica MACNEIL, «[...] cada uno tiene tanto sentimiento por el otro como un vikingo comerciando con un sajón»⁶⁰⁴. Esta imagen puede asociarse al contrato que es cotidianamente realizado en una compraventa consensual sobre un bien mueble. El vínculo nace y prácticamente se extingue en el mismo momento. Piénsese, por ejemplo, en la adquisición de leche y pan por parte de un estudiante que va a la biblioteca de su Universidad para estudiar, y acude a un almacén al cual nunca ha concurrido, pero esta vez lo hace para ahorrar tiempo ya que está ubicado en el trayecto a su destino. No hay relación entre las partes que anteceda a dicha compra y es muy probable que tampoco la haya después de llevada a cabo. No hay, por consiguiente, un contrato que entable o fomente una *relación* entre ellos.

⁶⁰³ MACNEIL, 1974: 594. Énfasis añadido.

⁶⁰⁴ MACNEIL, 1974: 594.

Desde luego, los contratos relacionales participan de caracteres exactamente opuestos. Una definición a la cual la literatura suele echar mano es la de Melvin A. EISENBERG. Según este autor, el contrato relacional «[...] es un contrato que no supone meramente un intercambio, sino también una relación, entre las partes contratantes»⁶⁰⁵. El contrato discreto, por el contrario, «[...] es un contrato que solo supone un intercambio, y no una relación»⁶⁰⁶. Aun cuando EISENBERG previene que puede reclamarse por la obviedad de su aproximación, es indispensable atender a la idea de relación que se constituye entre los contratantes. Los rasgos principales de los contratos relacionales están encaminados a posibilitar y preservar esa relación. En otro lugar, MACNEIL ha agudizado el vínculo que desde su óptica existe entre contrato y relación. La noción de contrato, indica MACNEIL, «[...] significa relaciones entre personas que han intercambiado, están intercambiando o esperan intercambiar en el futuro, en otras palabras, relaciones de intercambio»⁶⁰⁷. Desde este prisma, el contrato –propriadamente tal– hay que entenderlo en términos de relaciones entre las partes.

¿Cuáles son los caracteres de este tipo de contratos que permiten la consolidación de la relación entre quienes contratan? Autores como Richard E. SPEIDEL han enlistado las características de los contratos relacionales en las siguientes: (i) duración extendida; (ii) términos abiertos y discreción reservada; (iii) se espera un comportamiento cooperativo futuro y, tal vez, facilitado por mecanismos de gobernanza acordados; (iv) muchos beneficios y cargas de la relación deben ser compartidos en lugar de divididos y asignados; (v) puede haber inversiones ‘específicas de la transacción’; (vi) las relaciones personales cercanas y completas pueden formar un aspecto integral de la relación⁶⁰⁸. Dos rasgos son especialmente relevantes para su identificación: (i) y (vi). Respecto de (i) los contratos relacionales se despliegan durante períodos prolongados de tiempo. Esta continuidad contribuye sustantivamente a forjar la relación entre los contratantes. Se trata, en mayor medida, de contratos de tracto sucesivo, es decir, aquellos en que las prestaciones de las partes van extendiéndose en el tiempo y renovándose consecutivamente. Sobre (vi) en los contratos relacionales «[...] muchas personas con polos de interés individuales y colectivos pueden

⁶⁰⁵ EISENBERG, 1995b: 296.

⁶⁰⁶ EISENBERG, 1995b: 296.

⁶⁰⁷ MACNEIL, 2000: 878.

⁶⁰⁸ SPEIDEL, 2000: 827-831.

estar involucrados, junto con enredos de amistad, reputación, interdependencia, moralidad y altruismo»⁶⁰⁹. En el intercambio relacional son forjadas cadenas que incluyen tanto a las partes como a terceros que se involucran y dependen de la relación, desafiando el principio *res inter alios acta*. De ahí que la idea de *relación* que participa en esta clase de contratos se opone a la tesis clásica sobre el vínculo contractual.

Con base en estos aspectos, ya es posible vislumbrar cuáles contratos son relacionales. Charles J. GOETZ y Robert E. SCOTT indican que esta categoría «[...] abarca la mayoría de las relaciones genéricas de agencia, incluidas las distribuciones, franquicias, *joint ventures*, y contratos de trabajo»⁶¹⁰. A esta nómina puede añadirse el contrato de suministro y, con ciertos matices, el de arrendamiento de cosas. En estos contratos no resulta pertinente la lógica de los contratos discretos: se trata de contratos de duración extendida, tienen un amplio alcance y las partes no son extrañas entre sí, sino que, por el contrario, esperan una gama considerable de demandas una de la otra. La *relación* que media entre los contratantes se afianza a lo largo del tiempo. Por ello, las partes tienden fácilmente a *confundir* los planos, extendiendo los márgenes que están formalmente configurados en virtud del contrato. Hay entre ellos relaciones complejas, que estrechan los lazos personales y que no quedan cubiertas por los términos contractuales inmediatos.

KIMEL, sobre tal arista, ofrece un panorama que logra clarificar la manera en que se *relacionan* los contratantes en los contratos relacionales. En este marco, las partes

[p]ueden depender mutuamente en el desarrollo y consecución de proyectos y metas de largo plazo más allá del objeto de cualquier contrato o contratos en particular de los cuales son partes; *pueden conocer sus mutuas fortalezas, debilidades y vulnerabilidades, posiblemente en formas que les permiten ajustar en forma continua sus mutuas expectativas, reforzar su cooperación o coordinar mejor sus actos*; pueden operar en un ambiente en el que la reputación generalmente cuenta mucho más que los beneficios que se pueden obtener de un incumplimiento oportunista del contrato o de una acción legal exitosa [...]⁶¹¹.

⁶⁰⁹ SPEIDEL, 2000: 830.

⁶¹⁰ GOETZ y SCOTT, 1981: 1091. Se ha conservado el original en el caso de '*joint venture*' que corresponde a la idea de empresa conjunta.

⁶¹¹ KIMEL, 2018: 156. Énfasis añadido.

Un aspecto sobre el que conviene detenerse es que la tesis de MACNEIL puede leerse a partir de dos vertientes distintas. Una interpretación posible es que en el espectro contractual *hay* contratos relacionales y otra reside en afirmar que *todos* los contratos son relacionales. La primera puede entenderse como tesis *débil* mientras que la segunda corresponde a una tesis *fuerte*. Como puede observarse, la tesis fuerte también puede cobrar dos dimensiones, puesto que, si todos los contratos son relacionales, podrían serlo en iguales términos o bien en distinta medida. En otros términos, son todos igualmente relacionales o hay contratos más relacionales que otros, aunque todos lo son en algún grado. Por supuesto, la tesis débil es tan acertada como peligrosamente irrelevante. En efecto, los contratos relacionales existen, tal como hay contratos de trabajo, de suministro y de distribución en la realidad contractual contemporánea. Pero su constatación en el universo de contratos no dice algo sustantivo respecto al papel del elemento relacional en la identificación *del* contrato o *del* derecho contractual en general. De ahí que MACNEIL se mueva a la tesis fuerte y defienda que todo contrato es de carácter relacional: «[e]l intercambio es virtualmente siempre un intercambio *relacional*, es decir, el intercambio realizado dentro de las relaciones tiene un impacto significativo en sus objetivos, conducta y efecto»⁶¹². Tal alternativa es crucial para sus aspiraciones críticas sobre la teoría clásica del contrato. A pesar de que esta última ve en el contrato, según advierte el autor, una imagen uniformemente discreta, todo contrato es, en verdad, relacional.

Se puede añadir una consideración adicional sobre la mirada de MACNEIL. En distintos lugares de su obra, ha insistido en la relevancia de la reciprocidad y la solidaridad. Acerca de la idea de reciprocidad, como es señalado por Jay M. FEINMAN, la teoría relacional del contrato extiende sus consideraciones a diversas esferas de la actividad humana en que el intercambio económico cumple un rol importante, pero la noción de intercambio «[...] no se limita al intercambio definido en términos monetarios, sino que también incluye otras interacciones en las cuales la reciprocidad es un elemento dominante»⁶¹³. Frente a la racionalidad de la visión clásica del contrato, desarrollada en torno al autointerés de los contratantes, MACNEIL destaca el balance que ofrecen las dimensiones cooperativas de los contratos relacionales y la reciprocidad que gobierna en aquellas. Para MACNEIL la

⁶¹² MACNEIL, 2001: 99. Énfasis del original.

⁶¹³ FEINMAN, 2000: 741.

reciprocidad consiste en el «[...] principio de recuperar algo por algo dado [...]»⁶¹⁴. De modo que con esa expresión alude a una propiedad de la contratación que es cercana a la conmutatividad, velando porque las obligaciones mutuas sean equivalentes en términos de ganancias y cargas.

La solidaridad, por su parte, refuerza considerablemente la oposición que destaca la teoría relacional del contrato con el gobierno del interés personal de las partes en el contrato. Siguiendo a MACNEIL,

[s]olidaridad o *solidaridad social* es un estado mental o, más bien, estados mentales. Es una creencia no solo en la paz futura entre los involucrados, sino también en una futura cooperación armoniosa de carácter afirmativa. (Una palabra igualmente buena para solidaridad es ‘confianza’). La solidaridad de ninguna manera requiere que le agrade a la persona de confianza ni depende de la creencia de que la otra es altruista; ni la solidaridad necesariamente implica amistad, aunque la amistad es a menudo una manifestación de la solidaridad. Desde el punto de vista de un individuo, él puede sacrificar la solidaridad, mejorarla o incluso, en teoría, maximizarla si no tiene objetivos en conflicto [...]⁶¹⁵.

Ciertamente, tal idea se aleja del individuo que solo persigue la maximización de sus beneficios y utilidad en las relaciones de intercambio en que participa. MACNEIL considera que, dado que el intercambio supone el sacrificio y la obtención de ganancias, mediante este se incrementa tanto la utilidad individual como la solidaridad social. Tal tensión puede ser parcialmente resuelta conforme a los principios de la reciprocidad. Para mostrar la manera en que se produce tal efecto acude a la formación de la solidaridad en las sociedades primitivas recurre a los estudios de DURKHEIM, según los cuales la idea de *solidaridad orgánica* puede emerger de relaciones continuas⁶¹⁶. No ahondaré más sobre su idea de solidaridad puesto que la solidaridad –en tanto ideal regulativo del solidarismo contractual– será analizada en el apartado siguiente. Por lo tanto, se procederá a evaluar el rendimiento de la teoría relacional del contrato en relación con el altruismo moderado.

⁶¹⁴ MACNEIL, 2000: 879.

⁶¹⁵ MACNEIL, 2001: 94. Énfasis del original.

⁶¹⁶ Respecto de la conexión del trabajo de MACNEIL con el de DURKHEIM en torno a las nociones de reciprocidad y solidaridad, véase MACNEIL, 2001: 103-111. El vínculo está reafirmado en GORDON, 1985: 570.

Un elemento diferenciador entre la tesis de MACNEIL y la propuesta del altruismo moderado es el *alcance* de ambas. De un lado, la teoría relacional del contrato depende irremediablemente de que haya contratos relacionales y que, además, sean estos importantes para describir *la* práctica contractual. Si se trata de la tesis *débil*, esto es, que existen algunos contratos que pertenecen a la categoría relacional, evidentemente el altruismo moderado ofrece un ámbito de aplicación más amplio. Los postulados del altruismo moderado que desafían el predominio del interés propio sobre el ajeno, instan a preocuparse de los intereses de los demás y, por último, demandan en determinadas ocasiones a actuar positivamente por el interés ajeno, no dependen del tipo de contrato del cual se trate. Como se ha dicho, son consideraciones altruistas que subyacen a ciertas instituciones contractuales. Dichos institutos tienen una operatividad general en la teoría del derecho de los contratos. Se trataría, entonces, de un contraste entre el efecto relacional que tiene un impacto de carácter periférico en el espectro contractual y el sustento altruista –en su dimensión moderada– que, por el contrario, constituye uno de los, al menos, dos fundamentos normativos que están presentes en el derecho de contratos.

Si la teoría relacional del contrato hay que entenderla en su versión *fuerte* y, por ende, todo contrato es relacional, la tesis de MACNEIL requiere demostrar en qué sentido *todos* los contratos que existen en el marco contractual, inclusive los discretos, son relacionales. Es decir, se vuelve necesario acreditar que, en el espectro contractual general, todos los contratos convenidos entre extraños, ejecutados en un espacio breve de tiempo, sin mediar entre las partes expectativas futuras posteriores a la conclusión del vínculo contractual, son también relacionales y lo son en un sentido relevante. La magnitud de este esfuerzo tiene similitud en el orden dogmático con un ejercicio de inversión de la regla general, posicionando, por ejemplo, a los contratos de tracto sucesivo en el lugar que usualmente ocupan los consensuales. Esta apuesta parece, por lo mismo, excesivamente gravosa para MACNEIL y de ahí que la tesis fuerte no tenga una clara acogida en la filosofía del derecho contractual.

La pertinencia del altruismo moderado como fundamento normativo del derecho contractual no depende, por el contrario, de un compromiso tan exigente. Los componentes altruistas, en realidad, se encuentran presentes en algunos institutos de este ámbito jurídico –tal como lo conocemos– y el esfuerzo correlativo es de develar su espacio, antes que instalarlos

forzadamente. La exigencia que enfrenta la tesis fuerte de MACNEIL está en sintonía con la pretensión hegemónica que podría presentar el altruismo en la fundamentación del derecho de contratos. Tal ambición se expresaría en la expectativa del altruismo moderado de reemplazar al individualismo –aun cuando sea en su acepción desinteresada– en su tarea justificativa general. Sin embargo, el compromiso de ambos esquemas es radicalmente distinto. Mientras que la teoría relacional del contrato debe mostrar en qué sentido *todo* contrato es relacional y, a su vez, por qué eso es determinante para comprender la práctica contractual, para los efectos de esta propuesta baste con posicionar el altruismo moderado como *un* fundamento normativo disponible en el derecho de contratos y, según será sugerido, en el derecho privado general. La fuerza de la tesis de MACNEIL está sujeta al éxito de su ambición hegemónica, pero en el altruismo moderado no hay alguna expectativa de tal clase.

De manera tal que el altruismo moderado tiene un mayor impacto en el derecho de contratos que la teoría relacional. Un elemento a considerar sobre este punto es la incidencia que tiene pensar en las *instituciones* en lugar que en un *tipo* de contratos para decir algo relevante acerca *del* fenómeno contractual. Según fue visto, al entender las instituciones en clave de SEARLE se flexibiliza su extensión a reglas jurídicas, figuras o construcciones dogmáticas y prácticas que incluso pueden no tener consagración expresa en las normas del sistema jurídico privado. Estos institutos forman parte de la estructura, el funcionamiento y las prácticas más distintivas del derecho contractual. No obstante, los contratos relacionales constituyen solo un tipo de contratos del universo de relaciones contractuales que existen –y pueden llegar a existir– en el derecho de contratos. A diferencia de la idea de institución, esa tipología carece de flexibilidad y prueba de ello es que no se ve con claridad de qué manera los contratos discretos podrían ser, al mismo tiempo, relacionales, si ambos participan de caracteres diametralmente diferentes. Así, centrar la mirada en las instituciones amplía el impacto de las consideraciones que se esgriman acerca de lo contractual y, en cambio, al hacerlo a partir de un tipo de contratos inevitablemente aquel se restringe.

Otro aspecto de discrepancia es que la teoría relacional del contrato y el altruismo moderado no están, en realidad, en el mismo *nivel*. La primera constituye una posición que busca dar cuenta de una parte del fenómeno contractual según un rasgo común y, a partir de ello, sugerir la propagación de ese carácter a todas las relaciones contractuales. El segundo constituye un

fundamento normativo del derecho de contratos y, como se indicará, del derecho privado. Mientras que la teoría de MACNEIL identifica en el rasgo relacional de una categoría de contratos un elemento compartido en los restantes vínculos contractuales, la propuesta que aquí se ha articulado busca situar el altruismo moderado en la fundamentación del derecho contractual, desentrañándolo a partir de algunas de sus instituciones. Más tarde será evaluada su pertinencia para posicionarse como fundamento normativo de otras áreas del derecho privado, como el derecho de propiedad. De modo que la teoría relacional del contrato, en su versión más exitosa, ilumina un aspecto central de la contratación que permea todas las variantes contractuales y altruismo moderado, por su parte, si fuere pertinente, echa luz sobre uno de los fundamentos normativos que forman parte del derecho de contratos y del derecho privado general.

De esta ubicación disímil se sigue que entre la teoría relacional del contrato y el altruismo moderado media una relación de compatibilidad. Su conexión no es de antagonismo ya que se ocupan de cuestiones distintas. El aspecto relacional no opera como un fundamento normativo del derecho de contratos ni tampoco con la idea de altruismo moderado se pretende mostrar una característica común de un elenco de figuras contractuales. De hecho, es probable que se pueda detectar dimensiones cercanas o que sean susceptibles de conciliar entre sí en términos de cooperación, reciprocidad y mutualidad entre los contratantes. Sin embargo, a la teoría de MACNEIL y el altruismo moderado subyacen talentos distintos: en la teoría relacional del contrato –al menos en su versión fuerte– hay una idea de uniformidad que recorre a todos los vínculos contractuales y, en cambio, el fundamento altruista busca romper la imagen de fundamentación compacta que se obtiene con cargo al individualismo. Transitan, en consecuencia, por direcciones distintas, resaltando un elemento común a los contratos –lo relacional– o afirmando la complejidad de la fundamentación normativa del derecho de contratos –diversidad de sustentos valorativos– que impide reducirla al prisma individualista sin tener en cuenta el altruista.

Finalmente, hay una cuestión que abona la propuesta del altruismo moderado. Si bien la teoría relacional del contrato y el fundamento altruista en su dimensión moderada comparten una marcada distancia con la tesis según la cual en el contexto contractual únicamente es posible hallar el gobierno del autointerés y la maximización de ganancias por parte de quienes

participan en sus relaciones, el altruismo moderado no supone aquello que supone la teoría de MACNEIL. En los contratos relacionales que se van prolongando a través del tiempo fruto de sucesivas renovaciones, es natural que el vínculo personal entre los contratantes se estreche, trascendiendo las mutuas expectativas que ellos depositen más allá de los términos directamente pactados en el contrato. Por ello, parece evidente que el plano estrictamente contractual se entrecruza con el personal de diferentes maneras. Que el vínculo sea *relacional* significa, entre muchas otras cosas, que es indispensable la conformación de una relación entre los contratantes. Pero esa relación –para no resultar trivial y propia de las interacciones humanas generales– debe añadir elementos que extiendan las consideraciones inmediatas del contrato, superando con creces sus términos pactados. Después de todo, se trata de una relación entre personas que se conocen perfectamente y esperan mucho una de la otra, incluyendo conservar sus vínculos en el porvenir. Todo ello para que la *relación* no sea del tipo que se da en el intercambio entre un vikingo y un sajón, como sugiere MACNEIL.

Este lazo personal entre las partes del contrato no es supuesta ni necesaria para el altruismo moderado. El carácter conductual de esta versión del pensamiento altruista no implica la existencia de motivaciones altruistas entre las partes. Puede que efectivamente tengan esta clase de motivaciones a favor de los intereses ajenos, pero ello no es imprescindible. Su imagen conductual está asociada a los efectos del comportamiento de los contratantes y no así a los reales motivos que tuvieron presente para efectuarlo. Gracias a esta faz conductual el altruismo moderado evita la superposición entre la esfera personal y la contractual. No se requiere la conformación ni el fomento de una relación entre las partes tan profunda como la que importa el contrato relacional. Los contratantes no deben hacer nada distinto o adicional a la conducta que es dispuesta por la respectiva institución contractual. A partir de ciertas reglas, institutos y prácticas contractuales se obtienen consecuencias altruistas, aunque los contratantes no sean altruistas. No se supone ni es exigido, entonces, que las partes sean cercanas o tengan una relación especial entre sí y puede perfectamente tratarse, en cambio, del vínculo entre un vikingo y un sajón. El altruismo moderado no prejuzga acerca del *tipo* de contrato ni sobre las *cualidades* de los contratantes ni tampoco la *intensidad* del vínculo que entre ellos se forja.

Tales consideraciones vuelven sobre un punto crítico de la teoría relacional del contrato que ha sido puesto de manifiesto en la literatura. La manera en que esta comprende la idea de *relación* que tiene lugar en los contratos relacionales extravía la especificidad de la *relación contractual*, haciéndola equiparable a cualquier otro vínculo que incluso no esté regido por el derecho. Un fuerte ligamen entre personas puede entenderse, en los términos de MACNEIL, sujeto a un carácter relacional como el que tiene en mente para definir el contrato relacional y, según la tesis fuerte, *el contrato*. De ahí la observación de EISENBERG, para quien la

«[...] contractualización masiva de las relaciones humanas oscurece indeseablemente las diferencias críticas entre las relaciones económicas y afectivas, entre la reciprocidad explícita y tácita, entre las relaciones que deberían ser exigibles tanto por el derecho como por las normas sociales y las relaciones que deberían ser solamente exigibles por las normas sociales, y entre las relaciones que son desencadenadas por promesas y aquellas que no lo son»⁶¹⁷.

Como puede apreciarse, el altruismo moderado como fundamento alternativo del individualismo en el derecho de contratos, no conlleva pasar por alto el *estatus* contractual de las conductas ni de las relaciones. Se trata de instituciones del derecho de contratos de las que es posible rastrear consideraciones altruistas, que no resultan pertinentes para otra clase de interacciones o relaciones sociales. El derecho contractual tiene mecanismos para obtener de forma indirecta resultados altruistas, que operan circunscritamente en el marco de relaciones contractuales en las cuales tengan operatividad dichas reglas, instituciones o prácticas.

Con todo, si se quiere persistir en la aventura de cotejar el carácter relacional del contrato defendido por MACNEIL y el altruismo moderado desde un punto de vista normativo, las discrepancias se mantienen. Pese a compartir un punto de partida común relativo a la insuficiencia del prisma que ve exclusivamente autointerés en el contrato, en términos de las exigencias que ambos esquemas albergan, el altruismo moderado es notoriamente más demandante que el carácter relacional del contrato. De los postulados del primero, la tesis relacional puede observar la proposición (ii) sobre la atención de los intereses de la otra parte

⁶¹⁷ EISENBERG, 2000: 820.

y, en cierta medida, el (i) acerca de desafiar aún más el privilegio del interés propio respecto del ajeno –innovando en este sentido al individualismo desinteresado–, pero al igual que este último no contempla el (iii) sobre la necesidad de actuar positivamente a favor del interés del otro contratante. La consideración por los intereses de los demás, junto a su reclamo por encaminar derechamente parte de nuestras acciones a cristalizarlos, es el centro del altruismo como ideal regulativo de los comportamientos humanos. Una forma de transparentar la mayor exigencia normativa del altruismo moderado es que la idea de relación que está presente en los contratos relacionales requiere que una conexión tan marcada entre los contratantes que, al final del día, deviene imposible hablar de intereses propios y ajenos entre ellos. Para MACNEIL, en el fondo, solo hay *un* interés: el interés que promueve conjuntamente la relación que mantiene imbricadas a las partes. Con la ausencia de un interés distinto al personal del contratante, por ende, se reduce inevitablemente la exigencia normativa de la instancia relacional.

2. SOLIDARISMO CONTRACTUAL

Otro esquema que se encuentra en competencia con el altruismo moderado es el solidarismo contractual y, en particular, la idea de solidaridad. Como será mostrado, un recurso al cual los estudios dogmáticos de derecho civil han echado mano para enfrentar efectos perniciosos derivados de la adopción de dogmas individualistas es la doctrina del solidarismo contractual. Sin embargo, a esta construcción doctrinaria subyace un ideal regulativo de capital importancia que es la solidaridad. Lo interesante de esta dualidad es que, en el caso de la solidaridad, esta representa un sustento normativo que puede posicionarse *vis a vis* tanto con el individualismo desinteresado como con el altruismo moderado. A diferencia de lo que ocurre con la teoría relacional del contrato, la solidaridad está en el mismo nivel que esos otros candidatos a servir de fundamentos del derecho de contratos –como del derecho privado– y, por tanto, puede disputarles dicho rol justificativo. Paradójicamente, cuando la dogmática privatista acude al solidarismo contractual pierde de vista el potencial teórico y justificativo de la noción de solidaridad. Por ello, en lo que sigue será analizado, en primer lugar, el solidarismo contractual y, en segundo lugar, la solidaridad. La rivalidad, claro está, se genera con esta última.

2.1.Solidarismo en el derecho de contratos

Las coordenadas intelectuales del solidarismo contractual hay que rastrearlas en estudios dogmáticos franceses elaborados desde fines del siglo XIX. Se produjo un contexto en que diversos estudios de índole filosófica, sociológica y jurídica prestaron atención en la idea de solidaridad. Ahí tienen lugar, por ejemplo, los célebres trabajos de Léon BOURGEOIS, Auguste COMTE, Émile DURKHEIM y, por supuesto, León DUGUIT, quien tuvo una ascendencia directa en la relectura tanto del derecho público como del privado. El solidarismo contractual es, en muchos sentidos, la traducción de esa atmósfera intelectual solidarista en el entramado del derecho de contratos francés⁶¹⁸.

Este prisma fue asumido en la dogmática civil francesa por autores como René DEMOGUE. Su configuración estuvo formulada como una *reacción* a consecuencias negativas de postulados individualistas como la autonomía de la voluntad, abogando por la *corrección* de aquellas. El diagnóstico está estrechamente relacionado con el individualismo instalado por el *Code*. A juicio de los solidaristas, el Código Civil napoleónico encarnó una visión excesivamente individualista –que pudiéremos asociar al individualismo egoísta–, dando lugar a abusos por parte de un contratante en desmedro del otro. Bajo el alero de la autonomía de la voluntad, las relaciones contractuales fueron articuladas sobre la base de ideas de igualdad y libertad, entendidas exclusivamente en términos formales. Al verlas solo mediante esta óptica se imposibilitó que el sistema jurídico privado o alguno de sus operadores velen por la efectiva simetría de los acuerdos, que se desarrollen en condiciones de equilibrio y por personas materialmente libres e iguales de celebrarlas y ejecutarlas. Como fue revisado durante el capítulo segundo, la forma tradicional del concebir el derecho de contratos

⁶¹⁸ En la seminal obra de BOURGEOIS es posible detectar elementos que cobraron fuerza con el posicionamiento de las tesis solidaristas. Se puede mencionar, en primer lugar, el papel preponderante que tienen las semejanzas entre las personas en su pensamiento, puesto que «[l]a sociedad se forma entre similares, es decir, entre seres que tienen, bajo las desigualdades reales que los distinguen, una primera identidad, indestructible». BOURGEOIS, 1896: 45. En segundo lugar, el parangón que frecuentemente construyen estas visiones con el funcionamiento de los organismos. Desde esta línea, los «[...] elementos primarios tienden a existir individualmente y desarrollarse; sin embargo, una estrecha solidaridad los une. Ellos no se yuxtaponen ‘como las piedras en la pila de piedras’; ellos no se pelean, no se destruyen ciegamente como los combatientes de una refriega. Se desarrollan y, sin embargo, su desarrollo contribuye al desarrollo del organismo que componen; evolucionan, y su evolución es una función de la evolución colectiva. En una palabra, están *asociados*». BOURGEOIS, 1896: 24. Énfasis del original.

descansa en un conjunto de asunciones. El solidarismo contractual desafía la totalidad de estos postulados. De allí que, desde su punto de vista, el contrato no consiste únicamente en la voluntad de las partes, ni hay verdadera simetría entre los contratantes, tampoco los contratos gozan necesariamente de estabilidad en su devenir y, por último, resulta pertinente –y en ocasiones necesaria– la intervención institucional externa, como ocurre con la actuación judicial para corregir situaciones abusivas que suelen afectar a la parte más débil del contrato.

De acuerdo con Mariana BERNAL-FANDIÑO, el solidarismo contractual

[...] cuestiona el dogma de la autonomía de la voluntad según la cual el individuo es el mejor defensor de sus intereses. Pone en duda la idea de que las partes sean las únicas que deban establecer la oportunidad del contrato, y que el hecho de que este sea negociado implique necesariamente que sea equilibrado, y que sea imposible intervenir en él en aras de la seguridad jurídica. Esta doctrina busca conciliar los imperativos clásicos de la estabilidad y la seguridad jurídica con principios como la solidaridad, la proporcionalidad, la coherencia, entre otros⁶¹⁹.

BERNAL-FANDIÑO ofrece aquí un condensado panorama del programa solidarista en materia de contratos. A pesar de su corrección, la fusión que es articulada entre individualismo y autonomía de la voluntad debe ser clarificada. En primer lugar, el individualismo que está en juego en las demandas del solidarismo contractual corresponde al individualismo egoísta, en su versión más excelsa; a saber, la proporcionada por el movimiento revolucionario francés durante el siglo XVIII y que se propagó a las codificaciones decimonónicas hasta el siglo XIX. Ello explica por qué sería una acusación injusta afirmar que el individualismo desinteresado comulga con esta lectura de la autonomía de la voluntad. Si bien, como ha sido analizado, esta versión del prisma individualista admite la preferencia del interés personal sobre el ajeno, exige tener presente los derechos e intereses de los demás. Precisamente, su adopción de la autonomía criterio de corrección de los comportamientos, impide al contratante lesionar los derechos o intereses de la otra parte, en función de satisfacer los propios. El principio de no daños a terceros que alberga el individualismo desinteresado es incompatible con las consecuencias perjudiciales que acarrea el ejercicio abusivo de la autonomía privada.

⁶¹⁹ BERNAL-FANDIÑO, 2007: 17.

En segundo lugar, y a diferencia de lo que esgrime la autora, el problema de fondo para el solidarismo contractual es antes el individualismo que la autonomía de la voluntad. Esta última constituye *una* expresión de *una* forma de entender las demandas individualistas. La cuestión central y que inspira su reacción es, en verdad, el individualismo –egoísta–, en virtud de cuyos postulados se promueve que el contratante alcance su autointerés y lo maximice en la mayor medida posible. Ello sin la debida atención y respeto por los intereses de los demás. En efecto, la idea anotada por BERNAL-FANDIÑO según la cual es el individuo quien mejor administra sus intereses constituye una creencia básica del individualismo relativa al predominio del interés propio sobre el ajeno. La autonomía de la voluntad, en particular, es un instrumento normativo a partir del cual es posible canalizar y resguardar tal asunción. De modo tal que es el individualismo –en este sentido egoísta– el que se sirve de la autonomía de la voluntad y no así al revés. Tal punto es importante tenerlo en cuenta porque respalda el posicionamiento del solidarismo contractual como un esquema que, al igual que el altruismo, puede competir con el individualismo en la fundamentación normativa del derecho de contratos. Ya fue indicado que es, en rigor, la solidaridad el parámetro que tiene aptitud para realizar ese eventual trabajo justificativo.

DUGUIT tuvo una especial relevancia en el perfilamiento de la tensión entre individualismo y solidaridad en los asuntos jurídicos. Su perspectiva tuvo como punto de partida la conexión entre la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Código de Napoleón, en orden a compartir «[...] una concepción puramente individualista del Derecho»⁶²⁰. Según este modo de ver las cosas, pensó DUGUIT, el ser humano se encuentra desvinculado de la sociedad, promoviendo una lectura atomista de la realidad que la desvirtúa completamente. Por eso, reclama que «[...] la concepción individualista es insostenible [...] El hombre aislado e independiente es una pura ficción; no ha existido jamás. El hombre es un ser social; no puede vivir más que en sociedad; ha vivido siempre en sociedad»⁶²¹. Frente a esta visión, el autor abogó por la función social que a cada individuo le incumbe cumplir en la comunidad en la cual forma parte. Dicha tarea depende de la cohesión social y es conjugada en la idea de solidaridad social. De la mano de los trabajos de DURKHEIM, DUGUIT señaló que la

⁶²⁰ DUGUIT, 2007: 153.

⁶²¹ DUGUIT, 2007: 157.

[...] solidaridad social, o más bien la interdependencia social tal como yo la comprendo, tal como yo creo debe comprenderse científicamente, no es un sentimiento y aún menos una doctrina; no es siquiera un principio de acción. Es un hecho de orden real susceptible de demostración directa: es el hecho de la estructura social misma. Si se le observa y se le analiza se comprueba que, cualquiera que sea el grado de civilización de un pueblo, la solidaridad o interdependencia está constituida por dos elementos que se encuentran siempre en diversos grados, con formas variables, entremezclados unos con otros, pero que presentan siempre caracteres esenciales idénticos, en todos los tiempos y en todos los pueblos. Esos dos elementos son: las semejanzas de las necesidades de los hombres que pertenecen a un mismo grupo social; y en segundo lugar, la diversidad de las necesidades y de las aptitudes de los hombres que pertenecen a ese mismo grupo⁶²².

Más tarde será retomada la comprensión de DUGUIT acerca de la solidaridad. Lo que interesa en este punto es resaltar que el individualismo que precisamente se procura reemplazar en el derecho privado mediante la solidaridad social tiene un carácter manifiesto y su alcance es general en el ámbito jurídico. En este contexto, la autonomía de la voluntad actúa como un elemento de la libertad general que brinda al sujeto la competencia de crear una situación de derecho. Como observa DUGUIT, «[...] en el sistema civilista la autonomía de la voluntad es el poder de querer jurídicamente, y por lo mismo el derecho a que ese querer sea socialmente protegido»⁶²³. El individuo constituye una voluntad autónoma y libre para modificar la realidad jurídica. No obstante, la dificultad de esa visión de la autonomía de la voluntad es que podría «[...] adaptarse a una sociedad esencialmente individualista, como la sociedad romana y hasta las sociedades europeas y americanas de comienzos del siglo XIX»⁶²⁴. Mas, aquella se encuentra en franca oposición con las tendencias que en la época de DUGUIT transitaban en el sentido contrario, propendiendo a socializar el derecho privado⁶²⁵. Este desajuste echa luz sobre dos cuestiones: de un lado, el individualismo sobre el cual DUGUIT y el pensamiento solidarista en general focalizaron su crítica es una versión cuyos rasgos

⁶²² DUGUIT, 2007: 160.

⁶²³ DUGUIT, 2007: 173.

⁶²⁴ DUGUIT, 2007: 173.

⁶²⁵ En otro lugar, DUGUIT propinó un sinnúmero de cargos a la versión del individualismo que fue objeto de su crítica, aduciendo que «[...] la concepción individualista es indefendible lógicamente, prácticamente y socialmente, si reposa sobre una contradicción en sí, si conduce prácticamente a consecuencias inadmisibles, si ha sido impotente para fundar una limitación sólida del Estado [...]». DUGUIT, 1922: 23.

están fuertemente marcados, únicamente conciliables con el sentido *egoísta* del enfoque individualista. De otro, el contrapunto entre individualismo y solidaridad social tiene un componente histórico determinante. Ambas posiciones responden a un período de ruptura historiográfica entre modelos adversariales que abogaron por acentuar la imagen individualista o socialista del ámbito jurídico.

De acuerdo a lo anterior, entonces, el solidarismo contractual fluye como una expresión de un contexto histórico e intelectual mayor en que fue articulada una concepción social del derecho, oponiéndola directamente al individualismo dieciochesco aún imperante. Por ello, el punto de vista solidarista posee esta evaluación negativa de la conexión entre el individualismo y la autonomía de la voluntad de los contratantes que recoge el *Code* y posibilita las conductas abusivas de una parte contra la otra.

Ahora bien, ¿cómo se efectúa la corrección de los excesos realizados por el contratante mejor posicionado en contra de los intereses de la parte más débil de la relación? El solidarismo propicia una intervención activa del juez en el desarrollo y duración del contrato. Frente al cercenamiento de la actividad de órganos institucionales en el vínculo contractual que, como fue advertido, asume su comprensión tradicional, el solidarismo contractual deposita en el juez la tarea de corregir las consecuencias lesivas de los dogmas individualistas y la inevitable desigualdad entre los contratantes. No basta con que el adjudicador declare situaciones de incorrección que están previstas en el derecho positivo *e.g.* lesión o fuerza, sino que también debe sancionar comportamientos que pueden no estar expresamente contemplados, *e.g.* ventaja injusta o abuso del derecho. Pero, además, su labor incide directamente en la forma en que se desenvuelve el programa contractual. Siguiendo a BERNAL-FANDIÑO, «[u]n juez solidarista no se limita a la sanción de los comportamientos, tiene una labor más activa, *puede reorganizar el contrato*»⁶²⁶. La autora propone alguna de las facultades judiciales: puede estimar como no escrita una cláusula abusiva, velar porque el ejercicio de una cláusula resolutoria no vulnere la buena fe, obligar a los contratantes a renegociar términos del contrato y decretar la revisión del vínculo por la ocurrencia de

⁶²⁶ BERNAL-FANDIÑO, 2007: 18. Énfasis añadido.

supuestos de imprevisión contractual⁶²⁷. Desde luego, todas estas prerrogativas tienen lugar aun cuando no se encuentren previstas en la respectiva legislación civil.

La principal empresa del solidarismo contractual es restablecer el equilibrio entre los contratantes. Dado que rechaza la creencia de la simetría entre las partes y la comprensión estrictamente formal de los individuos, el solidarismo interviene en el contrato asumiendo que la voluntad y las estipulaciones particulares de los contratantes deben ajustarse a las demandas de la solidaridad⁶²⁸. Al apartarse de los cánones clásicos de la contratación, el solidarismo contractual formula ciertas exigencias a quienes participan de la relación contractual. Así, se les demanda «[...] una actitud de colaboración, de ayuda mutua independientemente de lo distantes que puedan estar sus intereses, rechaza las actitudes contradictorias que puedan tener los contratantes, por estar precisamente basado en principios como la buena fe, lealtad y coherencia contractual, entre otros»⁶²⁹. Dicha visión da cuenta que un aspecto distintivo de esta posición dogmática es que procura conciliar los intereses de las partes contratantes, distanciándose de la idea según la cual los contratos anidan intereses diferentes y, en una buena cantidad de casos, opuestos entre sí. Las exigencias del solidarismo contractual suponen que esa rivalidad de intereses no es tal. Sustituye el contraste y la posible enemistad por la comunión y mutua avenencia entre los intereses de las partes⁶³⁰.

Para el solidarismo contractual, entonces, la influencia del individualismo –en una dimensión egoísta– en el derecho de contratos tradicional se refleja en la manera artificial de entender la relación contractual en términos de libertad e igualdad meramente formales. La realidad muestra, en cambio, que los contratos constituyen vínculos asimétricos en que la parte dotada de una mejor posición contractual puede comportarse de manera abusiva en contra de la parte

⁶²⁷ BERNAL-FANDIÑO, 2007: 18.

⁶²⁸ C. Massimo BIANCA ha observado sobre el sistema jurídico privado italiano que es cierto «[...] que el principio de solidaridad justifica, e incluso impone, la intervención de la ley allí donde el principio de la autonomía privada no es suficiente para asegurar relaciones justas». BIANCA, 2007: 54.

⁶²⁹ BERNAL-FANDIÑO, 2007: 18.

⁶³⁰ Juan J. BENÍTEZ CAORSI explica el esquema solidarista en el derecho de contratos de acuerdo con la comunidad de intereses y derechos de las partes, en oposición al predominio de los intereses personales que sustenta el individualismo. De este modo, «[...] el vínculo negocial que une al acreedor y deudor, *determina que no ocupen más posiciones antagónicas, sino que pasan a ser colaboradores. La teoría solidaria del contrato no consiente que se hagan prevalecer exclusivamente los intereses propios, en detrimento de la contraparte, dado que procura una conciliación medianamente razonable entre los derechos de ambas partes aspirando a una justicia contractual mínima*». BENÍTEZ CAORSI, 2013: 21-22. Énfasis añadido.

más débil. Cada contratante actúa, según la lectura individualista, atendiendo únicamente a su autointerés y de ahí que el contrato contiene intereses contrapuestos. Frente a este esquema, el solidarismo propone releer la relación contractual a partir del tipo de vínculo que media entre los contratantes y el estatus que tienen sus intereses. La primera cuestión es expresada gracias a la vinculación solidaria de los contratantes, en que cada uno de estos se comporta tanto desde su posición particular como desde la que ocupa la otra parte. El segundo asunto, en tanto, es reformulado en torno a una armonización de los intereses de las partes. Por ello, el solidarismo contractual reclama porque las ganancias y pérdidas se encuentren distribuidas entre los contratantes, garantizando que haya un efectivo equilibrio contractual. El vínculo egoísta entre las partes es redirigido a otro solidario y, a su vez, la riña entre sus intereses se reconduce a su conciliación. Según BERNAL-FANDIÑO, «[p]ara los solidaristas, *en los contratos se debe descartar esa concepción antagonista según la cual los intereses de las partes se oponen*. Por el contrario, *se debe ver el contrato como una especie de microcosmos* donde cada uno debe trabajar para un fin común, que es la suma de los fines individuales, como en una sociedad civil o comercial»⁶³¹.

Pudiere pensarse que tales facetas están reflejadas en la buena fe contractual y, por ende, que esta agota las demandas del solidarismo. Pero este formula a las partes contratantes deberes que no son capturados por los parámetros del comportamiento de buena fe. Dichas exigencias han sido agrupadas como deberes de cooperación, coherencia y lealtad⁶³². Respecto al deber de cooperación, el contrato es concebido como un instrumento de cooperación que fomenta la lealtad y confianza entre las partes. El concierto de intereses se manifiesta en que el deudor debe tratar de cumplir sus prestaciones en los términos convenidos y el acreedor, por su parte, está autorizado a exigir su cumplimiento de manera razonable. En lugar de oponer los intereses de ambos, el solidarismo contractual aboga por la adopción de medidas como prórrogas, facilidades de pago o formas de renegociación que conserven la armonía y permitan extender la relación colaborativa entre las partes. Acerca del deber de coherencia, en tanto, el solidarismo exige a los contratantes tener conductas consistentes a lo largo del

⁶³¹ BERNAL-FANDIÑO, 2007: 22. Énfasis añadido. En el mismo sentido, BERNAL-FANDIÑO, 2013: 43-44.

⁶³² BERNAL-FANDIÑO, 2007: 19-22. Según BENÍTEZ CAORSI, «[I]a doctrina solidaria se erige en principio fundamental del derecho de los contratos. Cooperación leal y honesta de las partes en vista de la realización de los beneficios recíprocos acordados por el contrato [...]». BENÍTEZ CAORSI, 2013: 21.

vínculo contractual, proscribiendo contradicciones en sus comportamientos que podrían generar distancia y desconfianza entre las partes. Finalmente, el deber de lealtad que es desligado de la buena fe y se encuentra asociado a los deberes secundarios de conducta de los contratantes, extendiéndose por las diferentes fases de la relación contractual. A partir de esta clase de demandas se busca «[...] evitar las conductas excesivas y en general los actos que dificulten voluntariamente la carga contractual del otro»⁶³³. Por ello, es deber de las partes no frustrar intempestivamente negociaciones para arribar a un acuerdo, así como terminar de manera abrupta de uno ya constituido y en ejecución⁶³⁴. En este contexto, por tanto, el juez tiene un papel gravitante en el desarrollo de la relación contractual, resguardando la mantención del lazo solidario y la comunión de intereses entre los contratantes, junto con la observancia de las demandas de cooperación, coherencia y lealtad que aquellos se deben en forma recíproca⁶³⁵.

La evaluación del solidarismo contractual y el altruismo moderado puede articularse en virtud de dos órdenes de consideraciones. En primer lugar, una marcada diferencia conceptual y, en segundo término, una parcial discrepancia respecto de los efectos. Si se trata de la cuestión *conceptual*, se amplía la divergencia entre el solidarismo contractual y el altruismo moderado en esta área del derecho. El primero constituye una construcción doctrinal formulada en el marco del derecho de contratos que posee una fuerte recepción jurisprudencial en ámbitos jurídicos como el francés, el colombiano y el brasilero, y cuyo objetivo es neutralizar los abusos de la parte que tiene una posición privilegiada en la relación contractual, restaurando la relación de equilibrio que debe mediar entre los contratantes⁶³⁶.

⁶³³ BERNAL-FANDIÑO, 2007: 21.

⁶³⁴ El solidarismo ha hallado un fundamento normativo de este deber de lealtad en los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Su artículo 1.7 se consagra las nociones de buena fe y la lealtad negocial, prescribiendo que «Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional».

⁶³⁵ Fernando PICO ZÚÑIGA y Sergio ROJAS QUIÑONEZ entienden el solidarismo contractual en términos de los deberes que este impone a los contratantes producto de su compromiso con el ideal de solidaridad. Se trata, por tanto, de una «[...] doctrina interdisciplinaria que propende por la incorporación de los postulados de la solidaridad social y, por contera, de los deberes de colaboración, cooperación, lealtad, coherencia y sinceridad en el concreto ámbito de los vínculos jurídicos de naturaleza singular y concreta». PICO ZÚÑIGA y ROJAS QUIÑONES, 2013: 47.

⁶³⁶ En relación con su recepción en Colombia, véase MANTILLA ESPINOSA, 2011: 187-241. Sobre su asentamiento en el sistema jurídico privado brasilero y su influjo con el Código Civil de 2002, puede consultarse BRANCO, 2012: 113-141 y WALD, 2010: 571-610. Un panorama general y comparado del fenómeno en algunos países sudamericanos se encuentra disponible en PEREIRA FREDES, 2017b: 79-114.

El segundo, en cambio, es un modelo de fundamentación normativa de ciertas reglas, instituciones y prácticas del derecho de contratos y, en general, del derecho privado. No hay, en rigor, una genuina controversia entre ambos. Se encuentran ubicados en planos conceptualmente distintos.

Ahora bien, esto puede obviarse y remarcar que existe una diferencia adicional en cuanto al *alcance teórico* que tiene el solidarismo contractual y el altruismo moderado. Esa divergencia conceptual no es trivial en términos teóricos. El altruismo moderado posee una mayor amplitud y generalidad de aspiraciones respecto de la comprensión y justificación del derecho de contratos y derecho privado. Se trata, en último término, de un parámetro normativo bajo el cual pueden repensarse las distintas preocupaciones del derecho privado, explicitando el lugar que ocupan las consideraciones altruistas en sus institutos y modos de razonar más característicos. El derecho de contratos, como más adelante se verá, es solo la primera palabra para el programa altruista en las investigaciones de derecho privado. Para el solidarismo es suficiente con lograr la contención y corrección de abusos derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad y la desigualdad de la relación entre los contratantes, restableciendo el equilibrio entre ellos. Su pretensión e impacto son evidentemente más limitados. Con todo, es cierto que el solidarismo contractual surge como una reacción al individualismo decimonónico y, si su programa resultare exitoso, reformularía algunas ideas tradicionales del vínculo contractual en términos de la solidaridad entre los contratantes y el concierto de intereses⁶³⁷. Esto es importante y, en buena medida, rupturista. Genera repercusiones en la manera en que es entendido el derecho de contratos y, de ahí, que se hable que el solidarismo instala un *nuevo orden contractual*⁶³⁸. Sin embargo, esto depende de que efectivamente se produzca el reemplazo de categorías que el solidarismo promueve, y que ello tenga lugar en *la* relación contractual –genéricamente considerada y no sobre un tipo de contrato–, todo lo cual constituye una aspiración en demasía exigente para su recepción dogmática.

⁶³⁷ María Paz GARCÍA RUBIO, al comentar una de las reglas de la propuesta de modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos, asumió el contraste entre la rivalidad de intereses de los contratantes, como rasgo del individualismo y, por su parte, la solidaridad como una amalgama de estos. La modificación estudiada que tenía que ver con la introducción de la ventaja excesiva, según GARCÍA RUBIO, «[...] parte de *una concepción del contrato alejada de la puramente liberal que está basada más en la idea de la solidaridad de las partes que en la oposición entre ellas*». GARCÍA RUBIO, 2010: 1638. Énfasis añadido.

⁶³⁸ MAZEAUD, 2003: 295. En el mismo sentido, BERNAL-FANDIÑO, 2007: 15, 18.

El altruismo moderado ha sido configurado *–ab initio–* como un fundamento normativo del derecho de contratos, así como del derecho privado. Su ubicación en la estructura justificativa de esos ámbitos desafía la homogeneidad proveída por la fundamentación individualista, develando un rasgo de la complejidad que caracteriza a tales áreas de lo jurídico. Mas, no supone la sustitución del parámetro individualista *–en su acepción desinteresada–* por el altruista *–en su dimensión moderada–*. Se busca, en cambio, explicitar el espacio que de hecho ocupan los estándares altruistas en algunos de sus institutos. El éxito del fundamento altruista no está condicionado a transformar radicalmente la justificación normativa tradicional del derecho contractual. Por supuesto, la balanza entre ambas alternativas se inclinará según la clase de empresa que se quiere realizar. Si la pretensión es evitar consecuencias indeseadas del dogma individualista en el vínculo contractual y perfilar otra lógica de estas relaciones, la opción va en dirección del solidarismo. Si la aspiración es, por el contrario, cuestionar la uniformidad de la fundamentación individualista y posicionar el altruismo en la composición normativa del derecho contractual y del derecho privado, entonces, el altruismo moderado es un buen candidato para alcanzar este tipo de ambición.

La mayor pertinencia del enfoque altruista no solo se revela por la especie de empresa que aquí se realiza, sino también porque el *punto de partida* de este fundamento normativo es diverso del solidarismo contractual. Para los propósitos del altruismo moderado, resulta adecuado *–aunque más exigente–* situarlo frente al individualismo desinteresado y mostrar por qué incluso esa versión no lograr capturar ciertos postulados normativos que subyacen a instituciones contractuales. El solidarismo, en cambio, está comprometido con el individualismo egoísta. Tal compromiso es sostenible en términos intelectuales e históricos por la primacía que poseía el individualismo más profundo hasta mediados del siglo XIX y que fue transmitido al *Code* y a los demás cuerpos civiles en los cuales sirvió de inspiración. Que ambos esquemas sean articulados a partir de puntos de partida disimiles es relevante, ya que ambas versiones del individualismo suponen rivales de diferente envergadura: resulta más cómodo exhibir las virtudes del altruismo y solidarismo frente al individualismo egoísta que hacerlo frente al individualismo desinteresado. Mostrar las fortalezas de ambos modelos frente al individualismo en clave desinteresada es tanto más desafiante como difícil de efectuar. No hay que perder de vista que, según fue indicado, el individualismo desinteresado no es suficiente para fundar todos los deberes y exigencias de ciertas reglas, institutos y

prácticas del derecho de contratos. Allí donde hay *algo más* involucrado que no dañar y es necesario actuar positivamente a favor del interés del otro contratante, aparece la justificación altruista. Sin embargo, buena parte de los deberes del solidarismo contractual pueden fundarse gracias al individualismo desinteresado. La buena fe –en su deber fundamental de tener presente los intereses ajenos y el subdeber de no dañar a la otra parte–, así como los deberes de cooperación, coherencia y lealtad son conciliables con los parámetros del individualismo desinteresado. En todos estos va envuelta la atención y el cuidado por los intereses del otro y, asimismo, la proscripción de no dañar a la otra parte contratante. Pero no parece sencillo detectar allí demandas normativamente más exigentes relativas a actuar de forma positiva en favor del interés ajeno.

La distinción en cuanto a los *efectos* del solidarismo contractual y el altruismo moderado en el derecho de contratos, permite añadir observaciones acerca de las consecuencias que tendría el posicionamiento del fundamento altruista en la estructura normativa del derecho contractual. Hasta el momento no se han brindado observaciones a nivel de implementación del altruismo moderado en las prácticas jurisprudenciales. El movimiento solidarista pretende dotar a los jueces de mayor influencia y herramientas para corregir el desarrollo de la relación contractual, cuando esta sea especialmente abusiva o desproporcionada para algunas de las partes. En especial, el juez contaría con la posibilidad de reinterpretar y aplicar las reglas, instituciones y doctrinas del derecho de contratos, atendiendo a los efectos que ello acarrearía en la posición del contratante desfavorecido. Su propósito es corregir judicialmente las consecuencias perjudiciales que ha sufrido o podría llegar a experimentar la parte débil producto de la asimetría contractual, ya sea en la celebración, cumplimiento o terminación del convenio.

El altruismo moderado, por su parte, reproduce estas medidas y también centra su atención en el papel de juez. Pero, como fue adelantado en las formas de enfrentar la excesiva onerosidad sobreviniente, este órgano extiende institucionalmente a las partes contratantes demandas derivadas del altruismo, relativas a la consideración por el interés del otro contratante y la actuación en favor del bien ajeno. En el caso del deber de renegociación de los términos originales de contratación, cuando este no está expresamente contemplado en el ordenamiento jurídico, puede ser impuesto por el adjudicador con cargo, por ejemplo, a la

buena fe contractual. Del mismo modo, diversos deberes secundarios de conducta que pueden derivarse de la buena fe y tienen una faz positiva para alcanzar el interés de la otra parte del contrato, admiten ser concretizados y exigidos por el juez. En este sentido, el altruismo no ve con desconfianza la actuación judicial en el desarrollo de la relación contractual. Dado que hay deberes y exigencias positivas orientadas a favorecer el interés del otro que pueden no encontrarse explícitamente estipuladas por las partes, el juez debe atender las consideraciones altruistas, en el sentido moderado, que subyacen a diversos institutos del derecho contractual e imponer a las partes deberes de corte altruista. Tal intervención opera a pesar de que el vínculo contractual se encuentra plenamente vigente.

En la medida en que tanto el solidarismo como el altruismo moderado en el ámbito contractual se apartan de la visión tradicional del derecho de contratos, según la cual el desarrollo del contrato debe mantenerse inmune a la intervención de las competencias legislativa o judicial, ambos fortalecen directamente la posición del juez para actuar en los supuestos de desequilibrio y donde haya cánones altruistas de comportamiento. Esto último transparenta una diferencia en el espectro de operatividad de la actividad del juez en cada esquema. El supuesto de actuación del juez, desde la mirada del solidarismo, son situaciones de abuso de una parte a otra que develan asimetría contractual entre ambas. Frente a estas, el órgano judicial debe neutralizarlas y corregirlas recuperando el equilibrio entre los contratantes. El altruismo moderado, en tanto, favorece la actuación del juez sin encasillarla a supuestos concretos de abuso, asimetría o desequilibrio contractual. Desde su óptica, la función judicial atiende a consideraciones altruistas develadas por reglas, instituciones o prácticas que conforman el derecho de contratos. Cada vez que estén presentes demandas más exigentes que abstenerse de lesionar los intereses de la otra parte, y que sean relativas a preocuparse por estos intereses y actuar positivamente a su favor, el juez tendrá participación en la relación contractual *en virtud* de cuestiones altruistas. De modo que el campo de actuación judicial en el desarrollo del contrato es ampliado en virtud del fundamento altruista. El altruismo moderado no constituye, a diferencia del solidarismo contractual, una posición doctrinaria que responde a ciertos supuestos, sino que es un fundamento normativo del derecho contractual. La flexibilidad de la idea de *institución* –de la cual se desprenden las exigencias altruistas– contribuye a facilitar y ensanchar la pertinencia que posee la actividad del juez en el ámbito contractual.

Esta diferencia respecto de los efectos que acarrea el solidarismo contractual y el altruismo moderado en su implementación vía actuación de los jueces, es agudizada desde el punto de vista de los participantes en las prácticas contractuales. El solidarismo ha desaprovechado, en forma paradójica, el ideal de corrección y moralidad que brinda la solidaridad. Al menos en el grueso de sus aproximaciones en la dogmática jurídica la idea de solidaridad pasa a un segundo plano, frente al énfasis otorgado a los dispositivos de contención de las conductas abusivas y reinstalación del equilibrio entre las partes⁶³⁹. Tal descuido es perjudicial para la opción solidarista porque extravía el potencial de impacto normativo de la solidaridad en los contratantes. Esto no quiere decir, desde luego, que el solidarismo contractual carezca de un ideal regulativo vigoroso. La solidaridad cumple a cabalidad ese rol y, por ello, su cotejo con el altruismo se ha postergado para efectuarse de manera particular en el siguiente apartado. El problema es más bien dogmático: la manera en que ha sido presentado el solidarismo contractual en los estudios de derecho de contratos no saca partido de la solidaridad⁶⁴⁰.

El altruismo moderado tiene una incidencia sustantiva en el comportamiento de quienes son parte de las prácticas contractuales. Conforme a su carácter conductual, no es necesario que los contratantes sean verdaderamente altruistas, sino que actúen *como si lo fueran*. Las instituciones del derecho contractual que tienen componentes altruistas permiten conseguir de forma indirecta consecuencias de corte altruista. Dichos efectos son precisamente las conductas beneficiosas que un contratante realiza a favor del otro por el interés de este último, y que derivan de uno de los fundamentos normativos del derecho contractual. Ahora bien, el

⁶³⁹ Véase, por ejemplo, BERNAL-FANDIÑO, 2015: 21-52; GRONDONA, 135-147.

⁶⁴⁰ Siguiendo a BERNAL-FANDIÑO, «[I]a visión solidarista del contrato sugiere, entonces, una forma distinta de entender la relación de los sujetos, en la cual *se descarta considerar que el fundamento de dicha relación está en la oposición y contradicción de sus intereses, para dar paso a una concepción en la que debe prevalecer la colaboración mutua encaminada a la realización de los intereses de cada uno y de todos los allí involucrados*». BERNAL-FANDIÑO, 2013: 44. Énfasis añadido. Esta forma de presentar el vínculo entre los contratantes es interesante porque sugiere el punto antes visto con MARKOVITS; a saber, que un prisma apoyado únicamente en premisas individualistas, no logra capturar la comunidad de respeto y colaboración que forjan los contratantes, incluso en contratos discretos y puramente transaccionales. Ese ideal de colaboración entre las partes, sin embargo, no importa altruismo y parece, por el contrario, ajustarse al esquema de la actividad cooperativa conjunta de BRATMAN. Como indicó MARKOVITS, la colaboración *no es el pariente pobre* de la cooperación y constituye un ideal distintivo en sí mismo, pero versa sobre los intereses comunes y propósitos conjuntos que las partes persiguen el contrato. La actuación colaborativa orientada a alcanzar el plan común de los contratantes, es ciertamente distinta de la que se efectúa en el beneficio del otro contratante. La comunidad de respeto y colaboración permite contener las dificultades de mostrar solo autointerés en el contrato, pero es incapaz de iluminar sobre la dimensión que ocupan en las relaciones contractuales las acciones que desafían directamente el predominio del interés personal, actuando en el solo beneficio del interés del otro contratante.

altruismo moderado no requiere que las partes comulguen con la moralidad altruista, pero tampoco pretende obstaculizarlo. El ideal regulativo de respetar, cuidar y preocuparse por los intereses de los demás, efectuando acciones directas para favorecerlos cuando sea necesario, refleja el desafío al predominio del interés propio sobre el ajeno que encarna el altruismo moderado. Esto es valioso y ciertamente resulta relevante promoverlo en el derecho de los contratos frente la preeminencia del interés personal abogado por el individualismo. Frente al descuido en que incurre el solidarismo contractual de la fuerza normativa de la solidaridad, el altruismo moderado transparenta una dimensión regulativa que –tal como el individualismo– está presente en el derecho contractual y derecho privado. Muestra, entonces, una manera de conducir las actuaciones que nos debemos unos a otros en el campo contractual. El altruismo moderado, así concebido, provee de razones para la acción de los agentes contratantes y no solo para el juez en el desenvolvimiento de la relación contractual. Su espectro de operatividad es mayor y más general que solo remediar las situaciones de abusos contractuales, de acuerdo con la manera en que ha sido planteado de forma estándar el desafío solidarista. Del mismo modo, expresa un sustento normativo vigoroso que aun cuando no pretenda –ni requiera– su adhesión por parte de los contratantes, puede actuar incluso a nivel de *pedagogía lenta* y hacer frente al predominio de las exigencias individualistas en los asuntos jurídicos privados⁶⁴¹.

2.2.Solidaridad

El desaprovechamiento en que incurre el solidarismo contractual del potencial que ofrece la solidaridad justifica diferenciar su tratamiento, a pesar de que una buena comprensión del solidarismo se formula, naturalmente, sobre la base de la idea de solidaridad. Su escisión, por tanto, permitirá explicar por qué el altruismo moderado ofrece una mayor adecuación que la

⁶⁴¹ El pasaje de la obra de Charles TAYLOR donde hace referencia a esta idea es el siguiente: «Dios está educando a la humanidad lentamente, convirtiéndola lentamente, transformándola desde dentro. [...] Pero, al mismo tiempo, la pedagogía está siendo robada, se han apropiado de ella y se está haciendo mal uso de ella; la educación se desarrolla en este territorio de resistencias». TAYLOR, 2015: 577. La traducción secularizada en términos políticos está articulada por Fernando ATRIA LEMAITRE y reside en que «[...] la educación de la que se trata es la del pueblo: el pueblo se educa lentamente, a través de la convivencia política, y aprende progresivamente qué significa vivir reconociendo al otro». ATRIA LEMAITRE, 2015: 73. Frente a la posición individualista que solo ve a los demás de manera instrumental, valiéndose de los otros para alcanzar sus intereses personales, «[...] el hecho de vivir juntos nos enseña cómo entender al otro, reconociéndolo». ATRIA LEMAITRE, 2015: 73.

solidaridad como alternativa para fundar el derecho de contratos, desafiando la aparente homogeneidad individualista. Si dicha tarea fuere exitosa, las fortalezas del altruismo moderado habrán sido puestas de manifiesto, por separado, tanto en relación con el solidarismo contractual –construcción dogmática– como con la noción de solidaridad, respecto de la cual comparte su carácter de fundamento normativo –posibilitando su competencia *vis a vis*–. Muchos de los cargos esgrimidos contra el solidarismo contractual no pueden traspalarse a la solidaridad. Su espectro de operatividad no es limitado y puede, en principio, situarse como un adversario del pensamiento individualista.

Sin embargo, se sostendrá que tales observaciones pueden resultar precipitadas al evaluar su impacto según el formato estándar de contratación y si es efectiva o no su oposición con el individualismo. Para ello, serán presentados algunos modelos de comprensión de la solidaridad que gozan de atractivo en el escenario sociológico y filosófico. Serán revisados los esquemas de León DUGUIT, Auguste COMTE, Émile DURKHEIM y Richard RORTY. Sin ánimo de exhaustividad en sus líneas de pensamiento, se pondrán de relieve aspectos comunes que son importantes para delinear su comparación con el ideal altruista en el ámbito del derecho de contratos⁶⁴².

Como fue adelantado, DUGUIT formula la noción de solidaridad social como una respuesta al individualismo de mayor tenacidad que tuvo lugar entre los siglos XVIII y la primera parte del XIX. La confluencia entre la Declaración de 1789 y el Código Civil francés en el talante puramente individualista presenta un desajuste con la tendencia dirigida a socializar el derecho. De ahí que propicie transitar desde ese individualismo –de carácter egoísta– a la solidaridad social. ¿Qué entiende DUGUIT por esta noción?

Los hombres de una misma sociedad están unidos unos con otros, primero porque tienen necesidades comunes, cuya satisfacción no pueden asegurar más que por la vida común: tal es la solidaridad o interdependencia por semejanzas. Por otra parte, los hombres están unidos unos a otros porque tienen necesidades diferentes, y al mismo tiempo aptitudes diferentes, y pueden, por tanto, ayudarse en mutuos servicios

⁶⁴² Una interpretación de la solidaridad en términos de fraternidad se encuentra disponible en ARAMAYO, 2018: 169-175. Para la historia del concepto de solidaridad, véase CINGOLANI, 2015: 1-5.

y asegurar la satisfacción de sus necesidades diversas. En esto consiste la solidaridad o la interdependencia social por la división del trabajo⁶⁴³.

En su lectura acerca de la solidaridad y la división social del trabajo acusa la influencia de DURKHEIM. De acuerdo con DUGUIT, en la solidaridad por la división del trabajo radica el principal elemento de cohesión social. Cada ser humano o grupo de ellos tiene una función que cumplir frente a la sociedad a la que pertenece. Dicha función depende de la posición que de hecho ocupe el individuo. Antes que derechos individuales, los agentes tienen una determinada tarea y las acciones que sean realizadas en virtud de ese valor social recibirán la debida protección.

El autor advirtió que una de las ideas centrales a partir de las cuales se configura el sistema individualista es la idea de libertad como el derecho subjetivo que pertenece a una persona que vive en sociedad. Esta se encuentra fuertemente relacionado con la autonomía de la voluntad entendida como la potestad de crear mediante la voluntad del agente una situación jurídica. Tal modo de ver la libertad supone que no es posible imponer restricciones al ejercicio de la libertad individual que no sea en el interés colectivo, por ejemplo, en el propio interés de quien se restringe la libertad⁶⁴⁴. De igual modo, el Estado no puede establecer obligaciones activas a los individuos distintas a las impuestas por las necesidades sociales, como es el caso de las obligaciones impositivas. Para DUGUIT, el fenómeno jurídico se ha apartado progresivamente de esa concepción individualista y subjetivista de la libertad, restringiendo el accionar del sujeto en su propio interés, así como prescribiéndole obligaciones activas. Ello es fruto de una transición en aras de la solidaridad social. Como indica DUGUIT, se trata de

[...] la consecuencia natural y necesaria de la transformación general que he explicado, y de la nueva concepción de la libertad, la cual no es un derecho subjetivo, sino que es la consecuencia de la obligación que se impone a todo hombre de desenvolver lo más completamente posible su individualidad, es decir, su actividad física, intelectual y moral, a fin de cooperar lo mejor posible a la solidaridad social⁶⁴⁵.

⁶⁴³ DUGUIT, 2007: 160-161.

⁶⁴⁴ DUGUIT, 2007: 163.

⁶⁴⁵ DUGUIT, 2007: 164.

A cada individuo le compete desempeñar su papel en la sociedad y desplegar su individualidad, su actividad y las diversas facultades que posee –en la mayor medida que sea posible– para cumplir con la misión social. Al Estado, por su parte, debe abstenerse de limitar las acciones orientadas a cumplir con dicha tarea, resguardándolas y reprimiendo aquellas conductas que atenten contra la consecución del objetivo social. Según DUGUIT, el prisma individualista y subjetivista queda abandonado, resultando totalmente pertinentes las intervenciones que hagan valer y velen por esa función social, reorientado su desenvolvimiento hacia esta. Esto es una de las consecuencias que trae aparejada la solidaridad. Hay una conciliación entre la libertad del agente a observar su rol y la intervención que puede sufrir para asegurar que ello ocurra. Como concluye DUGUIT,

[s]i el hombre no es libre más que para desenvolver su individualidad y solamente en la medida en que obra en vista de este fin, no puede hacer nada que conduzca a restringir o suprimir este desenvolvimiento; y el Estado, intérprete del Derecho objetivo, puede y debe intervenir para prohibírselo. No hay entonces atentado a un pretendido derecho, sino simplemente la aplicación de la ley de solidaridad social, que es la ley fundamental de todas las sociedades modernas⁶⁴⁶.

La visión de la solidaridad social de DUGUIT, como se puede apreciar, no resulta particularmente iluminadora para el derecho contractual. Su incidencia es más clara para releer el derecho público y, en particular, para conducir las funciones que debe cumplir el Estado. Esto puede estimarse como una cuestión más bien histórica y relativa al tipo de individualismo que a DUGUIT le interesaba poner a prueba. No obstante, es posible hallar dos consideraciones que conviene apuntar. En primer término, hay dos formas de solidaridad: una por *semejanzas* mediada por las necesidades comunes de los individuos y otra por necesidades y aptitudes diversas para ayudarse de manera mutua, que es alcanzada en virtud de la *división del trabajo*. La división de funciones es parte de la cohesión social en sociedades complejas con distintas necesidades y diferentes medios para satisfacerlas. En segundo término, los individuos no tienen otro deber distinto que cumplir con la tarea social que les corresponde por su posición en el cuerpo social. El Estado puede restringir su

⁶⁴⁶ DUGUIT, 2007: 165.

individualidad por su propio interés para que observen tal función y debe, en tanto, cautelar el desenvolvimiento del sujeto que lo conduzca a cumplirla.

Las demandas de la solidaridad social de DUGUIT, trasladándolas a la lógica contractual, supondrían que en el contrato se trata de resolver necesidades diversas por medio de actividades diferentes de cada individuo. Por otra parte, la intervención del Estado que desafía la idea individualista del derecho como libertad, da cuenta de que cada sujeto debe cumplir con la función social que le compete y la restricción que pueda sufrir en su individualidad se justifica con cargo a dicha tarea social. Se efectúa, entonces, por su propio interés. En el ámbito contractual, por supuesto, las necesidades son múltiples y las aptitudes variadas. Sin embargo, ¿cómo sería la división del trabajo en materia contractual? No bastaría con que cada una desempeñe su respectivo rol en el contrato *e.g.* comprador y vendedor, ya que este debe cumplir una clara función social, excediendo la calidad que formalmente le corresponde asumir a cada individuo en el contrato y las particulares prestaciones que a ello da lugar. Más importante aún parecen ser los *intereses*. No es del todo claro que la solidaridad en DUGUIT reconozca que entre las partes media una diferencia de intereses, y no solo de necesidades y aptitudes. El interés parece ser común entre ellas y está asociado a la funcionalidad social que promueve la solidaridad. Por último, la restricción del desenvolvimiento individual del contratante es realizada *en el interés del individuo quien sufre la limitación*. Las exigencias de la solidaridad social son ejercidas, desde este punto de vista, en el propio interés de quien las soporta. No están formuladas en el interés del otro contratante, sino que en el suyo personal. Esto es interesante porque devela la posibilidad de que no haya en realidad una discrepancia de intereses y sí, en cambio, una comunión de ellos.

Veamos, a continuación, dos de las principales bases teóricas que tuvo presente DUGUIT: COMTE y DURKHEIM. Por su trascendencia con el análisis, será someramente destacada una de las principales ideas del primero, mientras que el segundo planteamiento será analizado con mayor detención. Auguste COMTE, según fue señalado, introdujo el término «altruismo» y esgrimió consideraciones importantes en relación con la primacía del plano social sobre el individual y, a su vez, la transición que debe realizarse desde el régimen individual al social. El desarrollo de la filosofía positiva va de la mano con el despliegue del espíritu de la colectividad formulado a partir del sentimiento social. Su consolidación depende de que sea

dejado de lado el antiguo régimen fundado en el egoísmo, que únicamente atiende al individuo en particular y es incapaz de considerar más allá de él. Dicho esquema se caracteriza porque su pensamiento dominante «[...] es constantemente el del yo; todas las demás existencias, sean cualesquiera, incluso humanas, se envuelven confusamente en una sola concepción negativa, y su vago conjunto constituye el *no-yo*; la noción del *nosotros* no podría encontrar aquí ningún lugar directo y distinto»⁶⁴⁷. Esta unívoca preocupación por los intereses individuales impide forjar un punto de vista diverso y acercarse a un régimen moral mejor, que capture lo social y no vea en ella una mera aglomeración de individuos con metas particulares.

El espíritu positivo es, por el contrario, directamente social⁶⁴⁸. El régimen del egoísmo hace ver que la idea de sociedad, piensa COMTE, constituye una abstracción en circunstancias de que, en realidad, es a la idea de individuo a la que le corresponde tal carácter. La nueva filosofía promovida por el autor, «[...] tenderá siempre a hacer resaltar, tanto en la vida activa como en la vida especulativa, *el vínculo de cada uno con todos*, en una multitud de aspectos diversos, *de manera que se haga involuntariamente familiar el sentimiento íntimo de la solidaridad social*, extendida convenientemente a todos los tiempos y a todos los lugares»⁶⁴⁹. En este estado social tienen lugar sentimientos benévolos entre los agentes que lo conforman, contribuyendo a expandir su bienestar y felicidad. La preeminencia de lo social respecto de lo individual se presenta como algo irreversible y, al mismo tiempo, indispensable para preservar lo humano. Del modo en que COMTE cierra su perspectiva,

[n]o pudiendo prolongarse más que por la especie, el individuo sería así arrastrado a incorporarse a ella lo más completamente posible, uniéndose profundamente a toda su existencia colectiva, no sólo actual, sino también pasada y, sobre todo, futura, de manera que alcance toda la intensidad de vida que tolera, en cada caso, la totalidad de las leyes reales. *Esta gran identificación podrá hacerse tanto más íntima y mejor sentida, ya que la nueva filosofía asigna necesariamente a los dos modos de vida un mismo destino fundamental y una misma ley de evolución*, que consiste siempre, sea para el individuo o para la especie, en el progreso continuo cuyo fin principal ha sido

⁶⁴⁷ COMTE, 1980: 92-93. Énfasis del original.

⁶⁴⁸ COMTE, 1980: 94.

⁶⁴⁹ COMTE, 1980: 94-95. Énfasis añadido.

antes caracterizado, es decir, *la tendencia a hacer, por una y otra parte, que prevalezca, en lo posible, el atributo humano, o la combinación de la inteligencia con la sociabilidad*, sobre la animalidad propiamente dicha⁶⁵⁰.

El distanciamiento desde el punto de vista individual hacia el social involucra una confluencia de modos de vida distintos en *uno* compartido. Mientras que la animalidad expresa subjetividad e impulsos personales, la sociabilidad está basada en la comunión entre los individuos que se desenvuelven libremente en el estado social. El vínculo solidario entre los sujetos supone resaltar sus dimensiones comunes, desprendiéndolo de sus intereses y fines particulares, que caracterizan el régimen egoísta del cual precede. El paso a la filosofía positiva es social ya que resalta elementos comunes de los individuos que convergen en la consecución de un objetivo también común a ellos. De ahí que la solidaridad social expone y potencia el lazo que uno a cada persona con todas las demás, forjando la noción de *nosotros*. De modo tal que, siguiendo a COMTE, la solidaridad consiste en el «[...] *consenso entre unidades semejantes* que sólo puede ser asegurado por el sentimiento de cooperación que deriva necesariamente en la división del trabajo»⁶⁵¹.

COMTE insiste, por tanto, en un punto que podría sospecharse estaba presente en las ideas de DUGUIT acerca de la semejanza entre los intereses. De nuevo, la solidaridad va imbricada con lo común antes que con las particularidades de cada quien. La empresa de transitar desde lo individual –y egoísta– a lo social –y solidario– exalta el proyecto compartido que media entre los agentes. Gracias a la solidaridad se estrecha el vínculo de cada individuo con todos. El rol del ideal de cooperación entre ellos es mantener el consenso y acuerdo alcanzados por aquellos que son semejantes tanto en sus intereses como en el camino al cual socialmente se conducen. Esta visión tendría una repercusión en el entendimiento de la relación contractual al concebirlo como un vínculo solidario entre partes semejantes. La solidaridad como ideal normativo está asociado a la posibilidad de conformar una imagen común de *nosotros* antes que la diversidad y fragmentación del *yo*. Precisamente, el contrato debe ser visto como un proyecto compartido y forjado por la comunión de los contratantes, dando cuenta de la idea de *nosotros*.

⁶⁵⁰ COMTE, 1980: 95-96. Énfasis añadido.

⁶⁵¹ COMTE, 1830: s/i, citado en DE LUCAS, 1993: 15. Énfasis añadido.

Émile DURKHEIM es el teórico de la solidaridad por excelencia. Su presencia en las perspectivas precedentes ha sido develada por las ideas de DUGUIT y COMTE sobre la división social del trabajo⁶⁵². La división del trabajo es tratada como un fenómeno social clarificando los efectos que ello desencadena en la configuración del ámbito social y en los individuos que forman parte del grupo social. El desafío general de DURKHEIM reside en conjugar la individualidad personal con la solidaridad social. Este es presentado a partir de dos interrogantes que reflejan movimientos contradictorios: «¿[c]ómo es posible que, al mismo tiempo que se hace más autónomo, dependa el individuo más estrechamente de la sociedad? ¿Cómo puede ser a la vez más personal y más solidario?»⁶⁵³. La respuesta es una transformación de la solidaridad social que se propone articular sobre la base de la división del trabajo y que da cuenta del tránsito entre la sociedad tradicional y la sociedad moderna. Esta división del trabajo tiene una relevancia normativa como sustento de la solidaridad social, haciendo que la persona –más allá de su individualidad– tenga presente su sujeción con la sociedad.

La manera en que la división del trabajo se entrelaza con la idea de solidaridad es a partir de dos tipos diferentes de derecho que operan, a su vez, como indicadores de dos formas distintas de solidaridad. De un lado, está el derecho represivo y, de otro, el derecho restitutivo. El derecho *represivo* está compuesto por el conjunto de reglas jurídicas que administran sanciones que infringen dolor en quien las soporta, perjudicándolo o privándolo de alguno de los bienes de que disfruta. En derecho *restitutivo*, por su parte, organiza sus sanciones sin que estas impliquen «[...] necesariamente un sufrimiento del agente, sino que consisten tan sólo en *poner las cosas en su sitio*, en el restablecimiento de relaciones perturbadas bajo su forma normal, bien volviendo por la fuerza el acto incriminado al tipo de que se había desviado, bien anulándolo, es decir, privándolo de todo su valor social»⁶⁵⁴. Mientras que en el primer tipo se encuentra el derecho penal, el segundo contempla –entre otros– al derecho civil y al derecho comercial. El derecho represivo tiene lugar en sociedades premodernas con una limitada división del trabajo y, en cambio, el derecho restitutivo es

⁶⁵² La conexión intelectual entre ellos es particularmente estrecha: DURKHEIM fue discípulo de COMTE y, a su vez, DUGUIT lo fue de DURKHEIM.

⁶⁵³ DURKHEIM, 2012: 104.

⁶⁵⁴ DURKHEIM, 2012: 132. Énfasis del original.

propio de las sociedades modernas, que tienen un alto grado de complejidad y en las cuales se ha producido la división del trabajo. A medida que esta aumenta se transita desde un tipo de derecho al otro. La primera clase de derecho participa en sociedades con fuerte consciencia colectiva y, por ende, se sancionan comportamientos que atentan principalmente a bienes colectivos. El segundo tipo de derecho se centra en sancionar conductas que afectan a los individuos particularmente considerados.

Gracias a este contraste es trazada por DURKHEIM su distinción entre dos formas de entender la solidaridad: solidaridad mecánica y solidaridad orgánica. La mayor o menor división del trabajo que tenga una determinada sociedad acarrea un impacto directo en la clase de solidaridad que a ella corresponde regir en las relaciones entre los individuos. La *solidaridad mecánica* es aquella que se constituye a partir de las semejanzas, atando directamente al individuo con la sociedad. Esta especie de solidaridad no importa solo una unión general con sujetos indeterminados, sino que conlleva un movimiento armónico hacia una dirección común. Al respecto, DURKHEIM observa que «[...] como esos móviles colectivos *son en todas partes los mismos*, producen en todas partes *los mismos efectos*. Por consiguiente, *siempre que entran en juego, las voluntades se mueven espontáneamente y con unidad en el mismo sentido*»⁶⁵⁵. En este marco tiene vigor el derecho represivo que resguarda la consciencia común: la sanción frente al delito o crimen tiene la misma fuerza. Ello se explica porque proviene de las semejanzas sociales más elementales y tiene por objetivo conservar la cohesión social forjada mediante tales similitudes. El derecho penal, en este contexto, garantiza esa imagen común, sirviendo de barrera para que el individuo particular ponga en riesgo las semejanzas colectivas y la unidad del cuerpo social. La sanción, por su parte, impone esos elementos comunes y la conformidad que caracteriza al núcleo social.

La *solidaridad orgánica*, en cambio, es generada con la división del trabajo y está caracterizada por la diferencia entre los individuos⁶⁵⁶. En este tipo social se desarrolla la individualidad de cada sujeto a medida en que crece la especialización de actividades, pero tal proceso no desconecta al individuo de la sociedad, ya que la individualidad del todo

⁶⁵⁵ DURKHEIM, 2012: 164. Énfasis añadido.

⁶⁵⁶ Como observa DURKHEIM, las sociedades en que es preponderante la solidaridad orgánica están constituidas «[...] por un sistema de órganos diferentes, cada uno con su función especial y formados, ellos mismos, por partes diferenciadas». DURKHEIM, 2012: 230.

incrementa al mismo tiempo que la de sus partes. Mientras que la sociedad logra moverse con mayor unidad, sus partes alcanzan mayores movimientos propios. DURKHEIM ve un símil con lo que ocurre con ciertos órganos, en particular, los animales superiores y de ahí toma la etiqueta de *orgánica*. Según lo explica, «[c]ada órgano, en efecto, tiene en ellos su fisonomía especial, su autonomía y, sin embargo, la unidad del organismo es tanto mayor cuanto que esta individuación de las partes es más señalada»⁶⁵⁷. A pesar de que la idea de personalidad supone lo que cada individuo tiene de propio y lo distingue de los demás, su formación no resiente la unidad de los cuerpos. Esta modalidad de la solidaridad requiere el reconocimiento de que los individuos difieren entre sí y, por ende, la consciencia colectiva debe dejar espacio a la consciencia individual «[...] para que en ella se establezcan esas funciones especiales que no puede reglamentar y, cuanto más extensa es esta región, más fuerte es la cohesión que resulta de esta solidaridad»⁶⁵⁸. Dicha relativa desvinculación da cuenta que el vínculo entre el individuo y la sociedad es indirecto, pues este se efectúa con instituciones y los demás sujetos con los cuales aquel tiene relación. Desde este punto de vista, indica José Luis MONEREO PÉREZ, que «[...] la sociedad aparece ante todo como un sistema de funciones características, diferencias, especiales y coordinadas entre sí en el marco de la división del trabajo»⁶⁵⁹.

¿Cómo opera el derecho en esta tipología de la solidaridad? El derecho restitutivo busca, como fue señalado, regresar las cosas a su estado y no causar sufrimiento en quienes se les aplican sus reglas. Su carácter es cooperativo y, en este sentido, une mediante vínculos de cooperación a individuos o grupos de ellos que realizan labores diferenciadas según los resultados de la división del trabajo. Aquí el ámbito contractual cobra una especial importancia, puesto que «[...] el contrato es, por excelencia, la expresión jurídica de la cooperación»⁶⁶⁰. El grueso de las figuras contractuales expresa reciprocidad en términos de contener obligaciones correlativas: la prestación de un contratante depende de la obligación de la otra parte del contrato. Así, DURKHEIM conjuga estas propiedades con la división del trabajo, ya que para que haya reciprocidad es menester la existencia de cooperación y, a su

⁶⁵⁷ DURKHEIM, 2012: 185.

⁶⁵⁸ DURKHEIM, 2012: 185.

⁶⁵⁹ MONEREO PÉREZ, 2006: XX.

⁶⁶⁰ DURKHEIM, 2012: 179.

vez, esta solo tiene lugar si hay división del trabajo. Desde su modo de ver, cooperar «[...] no es más que distribuirse una tarea común»⁶⁶¹. Cuando esta última se encuentra dividida en labores cualitativamente similares, aunque resulten indispensables, la división del trabajo será simple. Mas, si estas tareas son diferentes, hay una división del trabajo compuesta o especialización propiamente tal.

La mayor parte de los contratos se ajusta, piensa DURKHEIM, a esta segunda imagen. Salvo casos como el contrato de sociedad o el de matrimonio, los contratos tratan de amoldar funciones especiales y de diversa índole, como las que operan entre comprador y vendedor, arrendador y arrendatario, mandante y mandatario, mutuante y mutuario, entre otras tantas. El contrato manifiesta un cambio y este supone «[...] siempre alguna división del trabajo más o menos desenvuelta»⁶⁶². Las relaciones que rige este derecho cooperativo con las sanciones restitutivas y la solidaridad con consecuencias de la división social del trabajo. A medida que las funciones adquieren mayor especialización se desbordan de la consciencia colectiva, formando un sistema de partes diferenciadas que se complementan mutuamente. La contratación constituye un tipo de solidaridad positiva y es crucial para afianzar la cohesión social de la solidaridad orgánica. Por ello, DURKHEIM se refirió a la idea de *solidaridad contractual*⁶⁶³. Producto de la división del trabajo, los individuos se unen toda vez que tienen necesidades dispares y se requieren unos a otros. Pero las condiciones de la cooperación deben ser determinadas, fijándose los derechos y deberes recíprocos, no bastando con la dependencia que cada uno puede reconocer respecto del otro. Este esquema debe también prever los posibles cambios que pueden devenir en la relación contractual, porque, de lo contrario, tendrán lugar nuevos y sucesivos conflictos en el porvenir.

¿Por qué se podrían generar estos desencuentros entre los contratantes? DURKHEIM ofrece la respuesta: «[e]s preciso no olvidar, en efecto, que, *si la división del trabajo hace solidarios los intereses, no los confunde: los deja distintos y rivales*»⁶⁶⁴. Este pasaje es interesante porque muestra un distanciamiento de las versiones sobre la solidaridad que antecedieron a este examen. La semejanza y comunión de intereses que se aprecia en los trabajos de DUGUIT

⁶⁶¹ DURKHEIM, 2012: 179.

⁶⁶² DURKHEIM, 2012: 180.

⁶⁶³ DURKHEIM, 2012: 246-270.

⁶⁶⁴ DURKHEIM, 2012: 257. Énfasis añadido.

y COMTE corresponde, en los términos de DURKHEIM –y con distintos ajustes– a la solidaridad mecánica mas no así a la orgánica. La división del trabajo y la especialización de las funciones *solidariza* los intereses, pero no los *asimila*. Estos siguen siendo diferentes como ocurre en la sociedad moderna cohesionada por la solidaridad orgánica, pero la propia división de tareas genera que pese a que los individuos tengan intereses *rivales* busquen la mutua *cooperación*. Esta modalidad busca precisamente construir una relación entre las partes *con base* en sus diferencias, capacidades y bienes de los cuales disponen para beneficiarse mutuamente.

Que los intereses sean distintos no implica, por supuesto, que sean necesariamente opuestos entre sí. ¿Cómo conjuga el autor los intereses contractuales y la relación entre las partes? Al respecto, DURKHEIM añade lo siguiente: «[...] en el interior del organismo individual *cada órgano se halla en antagonismo con los demás, si bien cooperando con ellos, cada parte contratante, aun cuando necesitando de la otra, busca obtener con el menor gasto aquello de que necesita, es decir, adquirir la mayor cantidad de derecho posible a cambio de la menor cantidad de obligaciones*»⁶⁶⁵. Es posible aducir al menos dos observaciones. Por una parte, DURKHEIM clarifica que la solidaridad contractual *i.e.* orgánica supone la diferencia entre los intereses de los contratantes, pero afirma, además, su carácter antagónico. Estos se encuentran dirigidos a direcciones contrarias y no forman parte de un horizonte común inmediato. Por otra, el elemento cooperativo de la actividad compartida que desempeñan las partes no logra equiparar la diferencia de intereses ni su antagonismo: los deja distintos y rivales. De ahí que, *si bien* cada contratante coopera con la otra, necesítandola, conserva su interés de obtener más derechos y réditos por la menor gama de obligaciones y cargas en que sea posible hacerlo.

Al concebirse de este modo la relación de los contratantes parece haber cooperación entre ellos, mas no solidaridad. El derecho restitutivo o colaborativo de DURKHEIM tiene lugar en los grupos sociales en que sus partes tienen individualización y desarrollan actividades particulares. Tales tareas distinguen a los individuos entre sí, pero, al mismo tiempo y en la misma medida, refuerzan la dependencia que tienen unos de otros. La cooperación es un mecanismo para beneficiarse mutuamente a partir de la contratación entre personas con

⁶⁶⁵ DURKHEIM, 2012: 257. Énfasis añadido.

intereses distintos y competencias también diversas. Su posicionamiento tiene ribetes normativos porque demanda la actuación conjunta de las partes que evita alternativas situadas en fronteras opuestas como lo sería tanto la búsqueda solo del propio interés como el accionar desmedido por el interés de los demás. De ahí que la cooperación encarna una solución de compromiso. DURKHEIM nota este aspecto sin explicitar que se trata de la idea de cooperación, advirtiendo que tal compromiso «[...] es un término medio entre la rivalidad de los intereses en presencia y su solidaridad»⁶⁶⁶. La solución cooperativa es una posición de equilibrio entre el antagonismo y la solidaridad de los intereses de las partes.

No obstante, si la cooperación previene la solidaridad no puede tratarse de lo mismo ni estar ambos términos ubicados en el mismo lugar. Pese a que DURKHEIM superponga las nociones de cooperación y solidaridad no media entre ellas una conexión analítica. La solidaridad contractual, en los términos del autor, presupone y conserva la rivalidad de intereses de las partes, sin hacerlos genuinamente solidarios, en la medida en que no los vuelve comunes. Por ello, DURKHEIM desliza que el compromiso de equilibrio está situado entre el conflicto de intereses y la solidaridad. Si se tratare, en cambio, de la idea de solidaridad esta no podría estar en un rincón contrario a la diferencia y rivalidad de intereses, porque para el autor la solidaridad contractual –orgánica– se genera precisamente sobre la base del contraste entre los individuos y la oposición de sus intereses. Un esquema propiamente solidario de las relaciones contractuales estaría puesto de manifiesto más bien en la solidaridad mecánica que en la orgánica. La solución cooperativa no importa necesariamente solidaridad como fundamento normativo del derecho contractual, ya que la cooperación permite canalizar la diferencia y el conflicto de intereses de los contratantes sin que haya asimilación ni desaparezca alguno de esos rasgos. Esto explica por qué, desde esta lectura, DURKHEIM observa que «[l]a mayor parte de las relaciones con otro son de naturaleza contractual»⁶⁶⁷. En efecto, en el grueso de aquellas rige el ideal cooperativo, pero no está presente la solidaridad entre los contratantes.

Esta interpretación no pretende negar que DURKHEIM ofrezca efectivamente un tratamiento acerca de la solidaridad ni tampoco afirmar que su visión de la solidaridad orgánica se

⁶⁶⁶ DURKHEIM, 2012: 258.

⁶⁶⁷ DURKHEIM, 2012: 258.

encuentra derechamente errada. El punto es que la solidaridad contractual, de la manera en que es configurada por DURKHEIM, no permite diferenciarla de la cooperación. Al pensar en la fundamentación normativa del derecho de contratos, esta solidaridad contractual está definida por la cooperación entre las partes. De este modo, el tipo de solidaridad que es producto de la división del trabajo y la especialización de las funciones de los individuos responde a un régimen cooperativo. Por eso, las relaciones caracterizadas por la complejidad y diferencias están gobernadas por el derecho restitutivo o de cooperación. Así, se logra conducir dichos vínculos sin disolver el contraste ni la controversia existente entre los intereses de los contratantes. Esto justifica la preeminencia de la cooperación en la solidaridad contractual de DURKHEIM, pues auxilia a evadir los riesgos de la oposición de intereses individuales sin que por ello tal antagonismo sea cuestionado.

Hay dos consideraciones que conviene no pasar por alto. En primer lugar, el uso de DURKHEIM de la noción de cooperación es perfectamente consistente con lecturas neocontractualistas que releen el pensamiento hobbesiano en términos cooperativos. Pese a las raíces marcadamente individualistas que devela el prisma de HOBBS –en su dimensión egoísta según fue visto– autores como David GAUTHIER han mostrado que en el contexto de la teoría de la elección racional entre acciones alternativas –como lo es la decisión entre cooperar o no cooperar– hay principios morales para restringir de modo imparcial la actuación del agente que persigue su autointerés⁶⁶⁸. Se trata de una empresa cooperativa encaminada a obtener una ventaja mutua de los participantes, admitiendo en perfecta sintonía con DURKHEIM que la cooperación «[...] exige concesiones y restricciones que cada persona puede preferir evitar»⁶⁶⁹. La razón de ello es que al individuo lo persuade la idea que «[...] en realidad él es superior a sus semejantes y por lo tanto puede ignorar impunemente los intereses de los demás en procura de los propios»⁶⁷⁰. En lugar de negar tal asunción, la teoría contractualista configura restricciones normativas para regular relaciones sociales que son incapaces de autorregularse y la cooperación, en particular, permite a los participantes proveerse de beneficios mutuos. El principio de cooperación racional es imparcial y contribuye a que los individuos logren maximizar su utilidad, a pesar de la restricción del

⁶⁶⁸ GAUTHIER, 1994: 17.

⁶⁶⁹ GAUTHIER, 1994: 36.

⁶⁷⁰ GAUTHIER, 1994: 36.

interés personal y la contraposición de los intereses de ambos contratantes. Como indica GAUTHIER, si la utilidad de la cooperación es mayor a la que cabría esperar de la no cooperación, «[...] la disposición condicional a restringir la búsqueda del propio interés se manifestaría realmente en la decisión de basar las acciones en una estrategia cooperativa conjunta»⁶⁷¹. La cooperación, entonces, ya ha sido empleada como una forma de evitar los peligros de la diferencia y rivalidad de intereses desde estrategias contractualistas que no apelan para nada al ideal de la solidaridad y que, por el contrario, constituyen reformulaciones de modelos individualistas.

En segundo lugar, es posible rastrear pasajes en el planteamiento de DURKHEIM en los cuales la cooperación cobra una exigencia mayor para las partes. Dicha dimensión lo acerca a espacios de fundamentación en que, según ha sido mostrado, puede recurrirse al altruismo moderado. Ya fue señalado que algunos deberes secundarios derivados de la buena fe contractual, cuando están directamente encaminados a lograr el interés del otro contratante, encajan con la fundamentación altruista proveída por su acepción moderada. Estas demandas muchas veces exceden los términos expresamente pactados por los contratantes y algunas de ellas forman parte de los subdeberes positivos de la buena fe. DURKHEIM parece referirse a los deberes secundarios de actuación al advertir la discrepancia entre el programa original que suscriben los contratantes y el marco real de exigencias a las cuales están sujetos en la práctica contractual. Como acertadamente observa, «[n]o cabe duda de que el acto inicial es siempre contractual, pero hay consecuencias, incluso inmediatas, *que desbordan más o menos los cuadros del contrato*»⁶⁷². A pesar de que hay deberes más demandantes y que conllevan actuar positivamente a favor del interés ajeno, DURKHEIM los agrupa indistintamente en el ámbito de la cooperación. De ahí que «[c]ooperamos porque hemos querido, mas *nuestra cooperación voluntaria nos crea deberes que no habíamos solicitado*»⁶⁷³. Aun cuando la cooperación, desde su punto de vista, deja a los intereses diferentes y reñidos entre sí, tal consideración abre la puerta para que el contratante deba acomodar su comportamiento a la exclusiva consecución del interés de la otra parte. Del modo en que sucede con la buena fe, el contratante debe observar deberes a los cuales no ha

⁶⁷¹ GAUTHIER, 1994: 227.

⁶⁷² DURKHEIM, 2012: 258. Énfasis añadido.

⁶⁷³ DURKHEIM, 2012: 258. Énfasis añadido.

accedido de forma explícita y que no conllevan solo abstenerse de dañar al otro, sino hacer algo a su favor.

Este modo de concebir y, a su vez, extender las fronteras de la cooperación tiene un pronunciado parecido con el pensamiento altruista. En este sentido, se refuerza la ambigüedad con que es utilizada la idea de cooperación por parte de DURKHEIM. Mas no deja de ser interesante que su visión recoja componentes altruistas. En los párrafos finales del capítulo que destina al vínculo entre solidaridad orgánica y solidaridad contractual, agrega observaciones sobre la manera en que debe ordenarse la moralidad y el derecho en las sociedades organizadas. Sus reglas «*[o]bligan al individuo a obrar en vista de fines que no le son propios, a hacer concesiones, a consentir compromisos, a tener en cuenta intereses superiores a los suyos*»⁶⁷⁴. Tales observaciones se apartan con claridad de las raíces individualistas que admite la cooperación, transitando a una faz altruista. Por ello, el agente debe actuar conforme a intereses y fines de los demás, efectuarles concesiones y, por último, a considerar intereses que tienen prioridad frente a los propios. De todos estos parámetros, el último es un punto nuclear del altruismo. La preeminencia de los intereses ajenos sobre los personales no puede ser puesta en duda desde el individualismo, ni aun se trate de su esquema desinteresado. Y en el caso de la solidaridad, como ya se ha adelantado y se enfatizará más adelante, no hay rivalidad entre los intereses de los participantes.

La alternativa que resta es, por tanto, el altruismo. DURKHEIM insiste en que la sociedad no puede gestionarse como un conjunto de individuos atomizados que solo tienen entre sí encuentros esporádicos. Entre ellos hay, por el contrario, vínculos permanentes, dependiendo unos de otros y dando lugar a una amplia red de deberes constantes, de los cuales no podemos liberarnos. Este sistema que –en principio debiere entenderse como solidario– transparenta su identidad altruista según reza la prosa del autor:

[p]or eso el altruismo no está destinado a devenir [...] una especie de ornamento agradable de nuestra vida social; pero constituirá siempre la base fundamental. ¿Cómo, en efecto, podríamos nosotros jamás pasarnos sin él? Los hombres no pueden vivir juntos sin entenderse y, por consiguiente, sin sacrificarse mutuamente, sin

⁶⁷⁴ DURKHEIM, 2012: 269-270. Énfasis añadido.

ligarse unos a otros de manera fuerte y duradera. Toda sociedad es una sociedad moral. En cierto sentido, esa característica hállase incluso más pronunciada en las sociedades organizadas⁶⁷⁵.

De acuerdo con DURKHEIM, la base de la sociedad especializada es el altruismo y los parámetros con los cuales describe sus demandas se inclinan, en esta oportunidad, hacia la parcela del altruismo fuerte. Desde este fundamento, resulta pertinente exigir el mutuo sacrificio de las partes en el marco del profundo lazo que les une y que se prolonga durante el tiempo. El sacrificio es un elemento que según fue revisado no pertenece conceptualmente al altruismo *qua* altruismo. Y, si fuera parte del pensamiento altruista, lo es del altruismo en su variante fuerte y no así del altruismo moderado. En la asociación que el autor efectúa entre los individuos y la sociedad de la cual aquellos son parte, remarca el carácter altruista –en su sentido fuerte– al argüir que el sentimiento de mutua dependencia es capaz de inspirar «[...] no sólo esos sacrificios diarios que aseguran el desenvolvimiento regular de la vida social diaria, sino también, en ocasiones, *actos de renunciamiento completo y de abnegación sin límite*»⁶⁷⁶. Tales exigencias exceden con creces los parámetros básicos de la cooperación y para su justificación es necesario acudir al tipo de altruismo que guía la conducta del agente abnegado, quien renuncia desmedidamente a la satisfacción de sus intereses en favor del de los demás, como exige el ideal del buen samaritano.

De manera tal que la formulación de la solidaridad contractual articulada por DURKHEIM en términos cooperativos está lejos de resultar del todo transparente. No solo es necesario aislar la idea de solidaridad de la relación de cooperación que rige en la modalidad organiza, sino que también resulta indispensable determinar cómo se genera el tránsito al altruismo más exigente. Mientras que la idea de solidaridad mecánica echa luz, desde mi manera de ver, a una imagen estándar del ideal regulativo de la solidaridad que se mueve entre intereses comunes, la solidaridad orgánica –aquella que tiene lugar entre intereses disimiles y rige la relación contractual– oscurece irremediamente las cosas. La paradoja reside, entonces, en que la solidaridad contractual perfilada por el teórico más prominente del pensamiento solidario, deambula entre la cooperación que puede entenderse como una forma de conducir

⁶⁷⁵ DURKHEIM, 2012: 270. Énfasis añadido.

⁶⁷⁶ DURKHEIM, 2012: 270. Énfasis añadido.

las relaciones sociales y evitar los problemas del autointerés asumida incluso por posiciones individualistas, y otra modalidad cooperativa que es tan exigente para los contratantes que encaja con comodidad en el altruismo fuerte, que les demanda efectuar ilimitadamente sacrificios a favor del otro⁶⁷⁷.

En la filosofía contemporánea la solidaridad ha sido especialmente analizada por Richard RORTY. Este conjuga el liberalismo con la solidaridad apostando por una versión no fundacional de la misma. El punto de partida del autor es cuestionar la manera en que de forma tradicional el pensamiento filosófico ha tratado la solidaridad humana. Esta visión consiste «[...] en decir que hay dentro de cada uno de nosotros algo –nuestra humanidad esencial– que resuena ante la presencia de eso mismo en otros seres humanos»⁶⁷⁸. Para RORTY, en cambio, la identificación de lo humano está dada por su contingencia, rechazando por ello la adecuación de nociones como esencia, naturaleza o fundamento para caracterizarlo. A pesar de la incansable búsqueda por algo que se encuentre más allá de la historia y las instituciones, lo humano es relativo a circunstancias contextuales acerca de qué cuenta como justo o injusto. No es posible que entonces haya algo como un «yo nuclear»⁶⁷⁹. Tampoco existe un fundamento universal bajo el cual ajustar completamente la realidad.

RORTY considera que la idea según la cual la solidaridad se expresa por la pertenencia de aquel quien es beneficiado a algo común que comparte con el agente a quien se le efectúa la demanda solidaria, suele establecerse en términos de que el primero es «uno de nosotros». Esa fórmula conlleva un contraste relativo entre grupos locales o concretos de seres humanos, que los diferencia de «otros» o «ellos». La fuerza de la expresión «un chileno como nosotros» depende la intensidad contrastante con quienes no son parte de esa comunidad, develando un cierto carácter erróneo o menoscabado de quienes no son parte de ese nosotros. La exigencia de solidaridad se plantea, entonces, porque se trata de «un chileno como nosotros» y no, en

⁶⁷⁷ En el tratamiento jurídico penal del deber de socorro se ha buscado fundamentarlo acudiendo a la idea de solidaridad pero entendiendo, al mismo tiempo, que quienes efectúan el rescate son «buenos samaritanos». En la reconstrucción que he ofrecido, el buen samaritano constituye un estándar del comportamiento exigido por el altruismo fuerte. No es parte siquiera del altruismo moderado. Como ideal, en tanto, solidaridad no es exactamente análoga al altruismo y los deberes de socorro suelen ser más exigentes que las demandas de solidaridad y cooperación entre las personas. Por ello, el interés del rescatado prevalece ostensiblemente respecto del de quien despliega la actividad. Para una propuesta que entrelaza la solidaridad y la idea de buen samaritano en materia penal, véase VARONA GÓMEZ, 2005: en especial, 37-98; 105-127.

⁶⁷⁸ RORTY, 1991: 207.

⁶⁷⁹ RORTY, 1991: 207.

cambio, de «un mexicano como ellos». El autor se opone, con razón, a este esquema de la solidaridad. Pues desliza que, si bien «ellos» también están constituidos por seres humanos, lo es por un tipo inferior o erróneo de seres humanos. No forman parte, en verdad, de «nosotros». Su significado es bastante más restringido que la raza humana. Por eso, piensa RORTY, decir «[...] ‘debido a que es un ser humano’ constituye la explicación débil, poco convincente, de una acción generosa»⁶⁸⁰.

Frente a esta alternativa, su propuesta es desembarazar la idea de solidaridad de sus fundamentos filosóficos últimos que están vinculados a esa visión unívoca y universal del yo. El progreso moral depende, en buenas cuentas, de que se transite hacia una mayor solidaridad en las relaciones humanas. Sin embargo, su enfoque

[...] *no considera que esa solidaridad consista en el reconocimiento de un yo nuclear –la esencia humana– en todos los seres humanos. En lugar de eso, se la concibe como la capacidad de percibir cada vez con mayor claridad que las diferencias tradicionales (de tribu, de religión, de raza, de costumbres, y las demás de la misma especie) carecen de importancia cuando se las compara con las similitudes referentes al dolor y la humillación; se la concibe, pues, como la capacidad de considerar a personas muy diferentes de nosotros incluidas en la categoría de ‘nosotros’*⁶⁸¹.

No existe, por tanto, ese yo que determina lo humano y se encuentra presente en los demás seres humanos, dando cuenta del porqué de la solidaridad humana. RORTY renuncia a un modelo esencialista de la condición humana y propone entender que la directriz según la cual tenemos deberes solidarios a favor de los seres humanos en cuanto tales, en términos de extender el ‘nosotros’ de manera que incluya a ‘ellos’. Respecto de personas quienes parezcan ser parte de ese segundo grupo, sugiere el autor, «[d]ebiéramos intentar *advertir nuestras similitudes con ellos*»⁶⁸². Para este propósito, la solidaridad no debe ser estimada como una cuestión previa al reconocimiento que se hace de ella y es necesario esforzarse, en cambio, por ensanchar el sentimiento de solidaridad que hoy en día tenemos. Siguiendo a RORTY, el término ‘nosotros’ debe entenderse del modo más concreto, contextual e histórico

⁶⁸⁰ RORTY, 1991: 209.

⁶⁸¹ RORTY, 1991: 210. Énfasis añadido.

⁶⁸² RORTY, 1991: 214. Énfasis añadido.

como sea posible hacerlo y, a partir de esta lectura, incorporar a los demás –haciendo parte a ‘ellos’ de ‘nosotros’– sobre la base de las semejanzas compartidas.

RORTY echa mano a una noción de gran repercusión en las discusiones sobre filosofía de la acción y la normatividad, como lo es la idea de «nosotros-intenciones» de la obra de Wilfrid SELLARS⁶⁸³. Este autor esgrime la conjunción entre las obligaciones morales y la fórmula «uno de» de acuerdo con las siguientes coordenadas: «[e]s un hecho conceptual el que las personas constituyen una comunidad, un *nosotros*, en virtud de concebirse el uno al otro como *uno de nosotros*, y por *no* querer el bien común como una expresión de benevolencia, sino por quererlo como uno de nosotros, o desde un punto de vista moral»⁶⁸⁴. SELLARS auxilia la empresa de RORTY relativa a particularizar la noción de nosotros. Desde el primero, el *nosotros* supone la pertenencia a una determinada comunidad: la idea de *nosotros-intenciones* únicamente puede tener lugar en la comunidad de la cual somos parte, identificándonos como integrantes de ella. Por ello, las demandas y exigencias morales están circunscritas a nuestras comunidades y establecidas en consideración de quien es concebido como uno de nosotros. Como indica RORTY, «[n]osotros debemos partir del lugar en que *nosotros* estamos»⁶⁸⁵. Esto supone situarnos en *la* comunidad de la cual formamos parte, y que en razón de los sucesos históricos y demás contingencias experimentadas, es posible reconocer a una persona como uno de nosotros. En relación con los otros, por su parte, resulta menester incluirseles con base en las similitudes y hacerlos parte de nosotros.

La comprensión de RORTY acerca de la solidaridad es enriquecedora por la relevancia de la idea de *nosotros*, formulando su construcción en términos sensibles a la historia y las particularidades. Antes de perseguir la imagen de un yo central que converge con visiones esencialistas y fundamentales, es conveniente contextualizar nuestra visión en la comunidad respecto de la cual nos identificamos. La solidaridad se encuentra asociada, entonces, a la aptitud para reconocer a personas *distintas* como parte de *nosotros*. Dicho reconocimiento importa identificar y enfatizar los rasgos comunes que *ellos* tienen, haciéndolos parte de

⁶⁸³ La expresión original de SELLARS es «*we-intentions*». Desde su modo de ver, las demandas morales se mantienen con respecto «[...] a los *miembros de nuestra comunidad*, en la medida en que valoran el bienestar general no desde un punto de vista personal –benevolencia externa– sino como *uno de ellos*». SELLARS, 1968: 221. Énfasis añadido.

⁶⁸⁴ SELLARS, 1968: 222. Énfasis del original.

⁶⁸⁵ RORTY, 1991: 216. Énfasis del original.

nosotros. Una demanda central de la solidaridad es ampliar la noción de nosotros, dando lugar a una forma de progreso moral marcada por la inclusión de los demás, en la cual se vuelve pertinente la idea de *nosotros-intenciones* y, con ello, las demandas morales.

Esta mirada del ideal de la solidaridad reconoce que los individuos son diferentes, poseen diversas realidades y experiencias junto con intereses y planes de vida discrepantes entre sí. No obstante, hay elementos comunes que son compartidos. De allí que la noción de *nosotros* integra, con cargo en esas similitudes, a *ellos*, quienes también forman parte de la comunidad que es identificada como nuestra. Desde la perspectiva de RORTY –entendida como liberal ironista– la solidaridad humana conlleva reconocer los rasgos uniformes. Más allá de las particularidades y diferencias, la solidaridad es forjada en virtud de la continuidad de rasgos y consideraciones que configura el *nosotros*. Su reconocimiento no está tan asociado a la diferencia de los individuos como a las similitudes que delinean los contornos de quienes son realmente parte de *nuestra* comunidad⁶⁸⁶.

¿Qué consideraciones acerca de la solidaridad es posible capturar después de este recorrido intelectual? En primer lugar, puede sospecharse que el solidarismo contractual ha desaprovechado el ideal de la solidaridad, en parte, por la alta complejidad de la reflexión sobre aquella. No hay solo una manera de entender los presupuestos y las demandas de la solidaridad y, a pesar de que la literatura indispensable sobre esta materia se encuentra delimitada, son muchas las disquisiciones que deben efectuarse sobre el particular uso que sea efectuado del término solidaridad. Esta última ha servido más bien de impulso para que los estudios dogmáticos enfrenten el individualismo más férreo en el derecho contractual, con un parámetro más general e histórico sobre sus postulados y exigencias. En segundo término, hay una idea central en la línea de pensamientos que hemos visitado: la continuidad y comunidad entre los individuos de la relación solidaria. La solidaridad reclama *algo* en común entre los individuos. DUGUIT, COMTE y DURKHEIM –en su solidaridad mecánica– subrayan la importancia de las similitudes y semejanzas entre los individuos. Ello es

⁶⁸⁶ La idea de *nosotros* transita normativamente por una dirección contraria al autointerés. De acuerdo con WILLIAMS, «[...] las exigencias de la benevolencia o de la equidad pueden plantear una demanda moral contra el autointerés; el *nosotros* puede representar al interés propio tanto como el *yo*; y quiénes somos *nosotros* depende del grado de identificación en un caso particular y de cómo se delimite el contraste». WILLIAMS, 2016: 38. Énfasis del original.

ratificado por el reconocimiento de los elementos compartidos entre los distintos seres humanos demandado por RORTY. Una idea de solidaridad tan distante en términos intelectuales e históricos, como lo es la de RORTY, coincide en la idea de un *nosotros* común.

En relación con la solidaridad orgánica de DURKHEIM que es la que él identificó como la solidaridad contractual, ya se han esgrimido distintas observaciones sobre la ambigüedad con que es empleado el ideal de la solidaridad en el marco de su derecho restitutivo o cooperativo. Como indicado, es menester desacoplar la solidaridad de la cooperación. De la manera en que está formulado por DURKHEIM, la solidaridad se subsume en la cooperación y así permite la satisfacción del interés personal sin que el interés ajeno sea arrasado. Mas, eso no agota del todo la noción de solidaridad y, por ello, es que la cooperación también sirve para moderar las consecuencias de esquemas individualistas de corte egoísta como el hobbesiano. Una arista ulterior de la ambigüedad con que DURKHEIM entiende la solidaridad con su compromiso con la cooperación es el trayecto en el que terminan sus demandas, exigiendo de los participantes renuncias, sacrificios recíprocos y comportamientos abnegados. La solidaridad y la empresa cooperativa de los contratantes, concluye explícitamente en un tipo de altruismo que es el más exigente. Todo ello justifica atender con reservas la solidaridad orgánica de DURKHEIM.

Hay, sin embargo, una cuestión que quisiera notar. Tal como fue mostrado, la teoría relacional del contrato de MACNEIL mantiene un vínculo con la solidaridad orgánica de DURKHEIM y así ha sido apuntado por teóricos del derecho contractual. No obstante, ¿es consistente esa conexión? Aún antes de que la solidaridad contractual de DURKHEIM derive misteriosamente en parámetros altruistas, existen problemas para compaginar ambos entendimientos. Mientras que la teoría relacional del contrato afirma, en su tesis fuerte, que todo contrato es relacional, la solidaridad orgánica admite que, pese al esfuerzo cooperativo de los contratantes, sus intereses quedan distintos y reñidos entre sí. A diferencia de la solidaridad mecánica que descansa en las similitudes, la cohesión brindada por la solidaridad orgánica supone la rivalidad entre las partes y concluye su actuación reafirmando dicho antagonismo.

La diferencia y oposición de intereses de los contratantes no pueden resultar indiferentes para la visión de MACNEIL. Que sean disimiles puede ser parcialmente válido en la etapa de

contratación de un vínculo relacional, pero a medida que este se prolonga en el tiempo –rasgo que es esencial de todo contrato relacional– y la conexión entre las partes se estrecha tal diferencia no puede persistir. La confluencia de intereses del contrato relacional es vital para que este sea distinto de un contrato discreto y puramente transaccional, pues solo respecto del primer tipo pueden predicarse prestaciones no previstas con cargo a la *relación* consolidada entre los contratantes. La rivalidad de intereses resulta, por su parte, conceptualmente incompatible con el contrato relacional. No parece posible conciliar que las relaciones personales entre los contratantes se refuercen paulatinamente, generando necesidades, expectativas y demandas que exceden los términos pactados en el contrato, con que los intereses de los contratantes sean, al mismo tiempo, antagónicos. La solidaridad orgánica deja los intereses contractuales tan rivales como lo fueron desde el comienzo. Pero el componente relacional del contrato, no puede instalarse sobre la base de una riña persistente de intereses. El sentido significativo de la relación que propone MACNEIL entre los contratantes es más cercana a lazos personales de confianza, reciprocidad y mutuo apoyo como el que media entre amigos que se conocen hace mucho tiempo, que cualquier clase de vínculo que pueda formularse entre enemigos, respecto de los cuales –y por más que el tiempo transcurra– no se incrementará ninguno de aquellos estándares y sí, en cambio, será agudizada la brecha que existe entre los contratantes. Esto parece indicar que ni aun para la teoría relacional del contrato es deseable buscar su encaje en la solidaridad orgánica de DURKHEIM. La mirada de los teóricos del derecho de contratos debe ser focalizada, desde mi punto de vista, en los elementos comunes y uniformes con base en los cuales se traza filosóficamente la solidaridad y que –con distintas prevenciones– rescata la solidaridad mecánica⁶⁸⁷.

Con anterioridad fue enfatizado el rol de las semejanzas entre los individuos que son parte de relaciones solidarias. Pues bien, ¿qué ocurre con el vínculo contractual? Si la solidaridad dependiera –como ideal regulativo– de que los intereses de los contratantes sean más o menos

⁶⁸⁷ No pretendo defender la idoneidad absoluta de la solidaridad mecánica para la filosofía de los contratos ni eximirla de las innumerables dificultades que presenta para encabezar el trabajo justificativo del contrato. Es cierto que la diferencia de labores de los individuos y la complejidad de la estructura social que encarna la solidaridad orgánica pueden sugerir su mayor pertinencia. El punto radica en que, si la similitud de intereses es relevante para construir vínculos de solidaridad –y esta se encuentra definitivamente disociada de conflictos entre los contratantes– la solidaridad mecánica da cuenta de esa continuidad y comunión entre ellos. A partir de ese tipo de relación tiene sentido articular las exigencias normativas de la solidaridad.

iguales, su ámbito de operatividad estaría reducido a los contratos en que ello tiene lugar. Como se podrá intuir, la solidaridad tendría un impacto similar a la teoría relacional del contrato. Solo en relaciones contractuales en las cuales esté claramente presente la continuidad y unión de intereses de los contratantes, la solidaridad puede regular el comportamiento de estos. Sin embargo, ya fue advertido que los contratos relacionales constituyen una parte –no mayoritaria– del fenómeno contractual general. La solidaridad, por cierto, tiene un campo de actuación mucho más amplio en las relaciones sociales, y reforzada con un amplio bagaje en las discusiones filosóficas, sociológicas y jurídicas. De allí que su campo de operatividad no pueden ser *solo* los contratos relacionales, si ello honra la similitud de los intereses. Cuando la igualdad de intereses entre las partes es cristalina la solidaridad tendrá un cómodo encaje, pero no su operatividad no puede estar sujeta exclusivamente a tales supuestos.

Esto echa luz acerca de la necesidad de establecer cuándo opera la relación de solidaridad en torno a la similitud de los intereses de los contratantes. Al respecto, la visión de RORTY es iluminadora. Su punto de partida es la diferencia entre los individuos, sus intereses y finalidades. La idea de *nosotros* es, como fue indicado, contextual e histórica. No hay un elemento esencial o indisputado que constituya al nosotros y, por este motivo, quienes no son parte de nosotros –*ellos*– pueden llegar a serlo y parte del horizonte normativo de la solidaridad es extender el nosotros, incorporando a otros seres humanos. Para ello es necesario que estos últimos sean reconocidos como parte de la comunidad que conformamos con base en las similitudes que se comparten con ellos. Una relación contractual da cuenta de una comunidad local y contextual. A su vez, los contratantes son personas que tienen expectativas e intereses –en la mayoría de las veces– diferentes. Sin embargo, ese panorama es compatible con que sea posible hallar elementos comunes y semejantes entre ellos. Más allá de su individualidad distintiva confluyen en un proyecto común y la contratación permite conjugar la diferencia de intereses y traducirlo en términos comunes. Si esto es así, la solidaridad no peca de ingenua al afirmar la continuidad –*ab initio*– de los intereses contractuales. Solo insta a indagar –*ex post*– la comunión de rasgos, expectativas e intereses de las partes contratantes. Al trasladarse el ideal de la solidaridad al escenario contractual, esta no necesita comprometerse con la similitud inicial y transparente de intereses, baste, por el contrario, con identificar las semejanzas e intereses uniformes que permiten que un

contratante identifique al otro como miembro de su misma comunidad. Sobre ese *nosotros* podrá esgrimirse los parámetros de la solidaridad.

La idea de *nosotros* está contextualizada a la comunidad contractual que conforman las partes, sin que sea indispensable que medie entre ellas una absoluta analogía. Es necesario que puedan reconocerse ciertas similitudes que justifican el reconocimiento como parte esa comunidad concreta, dejando de ser el otro contratante parte de *ellos*. Esta interpretación débil del compromiso de la solidaridad con la continuidad de intereses brinda mayor operatividad para sus demandas, alejándose de criterios ontológicos o esencialistas que precisamente el modelo de RORTY busca prevenir. Desde su prisma, se reconoce que hay diferencias entre los contratantes, pero la solidaridad se forja en virtud de aquello que los une. Ahí donde el otro es considerado como *uno de nosotros*, como integrante de *nuestra* comunidad, tendrán cabida exigencias solidarias. Para ello, no es menester derechamente negar que los individuos son diferentes y tienen diversos intereses, sino que basta con afirmar que a pesar de eso hay algo continuo y uniforme entre ellos. A partir de ese ángulo común la solidaridad orienta las relaciones en aquella comunidad contractual.

Tal lectura admite engarzarse con posiciones liberales en filosofía política. RORTY es, de hecho, un buen ejemplo de ello. Sin embargo, no es el único. El enfoque de John RAWLS puede servir de otro indicador de dicho empalme. Como se verá, este es un punto crítico respecto de la preferencia a favor del altruismo moderado, cuando se trata de competir con la solidaridad en la fundamentación normativa del derecho de contratos. Si es correcto lo que sigue, la verdadera rivalidad de ideales regulativos está configurada entre el individualismo y el altruismo, porque la solidaridad es –en último término– compatible con el individualismo. Pese a que la doctrina del solidarismo contractual surge en razón de su oposición con el individualismo decimonónico, el ideal normativo que subyace a esa construcción dogmática –la solidaridad– puede encajarse con una clase de individualismo; a saber, aquel de talante desinteresado.

Del modo en que fue adelantado, el carácter *desinteresado* del individualismo que muestra respeto por el interés ajeno y concibe las demandas de la autonomía como vinculantes para precaver la lesión de los derechos e intereses del otro, puede rastrearse en RAWLS. El recurso teórico de la posición original ayuda no solo a la denominación de esta forma de

individualismo sino también arroja luz sobre la posibilidad de conciliar el individualismo y la solidaridad. De acuerdo con su tesis, para efectos de determinar los principios de justicia que son indispensables para forjar sociedades libres y decentes, es necesario teóricamente situarse en dicha situación imaginaria. Su objeto son precisamente los principios de justicia de la estructura básica de la sociedad. Llevando la teoría del contrato social a un nivel superior de abstracción, se busca decantar «[...] los principios que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación»⁶⁸⁸. Por ello, la teoría demanda imaginar ese acto conjunto de determinación de principios para la asignación de deberes, derechos y beneficios y el resultado de la decisión, en esta hipótesis de igual libertad, son los principios de justicia.

RAWLS admite que tal situación no responde a un acontecimiento histórico ni requiere su correspondencia real en la sociedad, puesto que se trata de una situación puramente hipotética. ¿Cómo son los agentes en la posición original? Dado que el acuerdo debe alcanzarse en condiciones imparciales, su adopción es articulada tras el velo de la ignorancia. Este consiste en una supresión de las respectivas biografías de los seres humanos, despojándose de su conocimiento sobre su fortuna en el estatus social, sus ventajas, capacidades naturales y concepciones del bien. Al definir los principios ninguno de ellos podrá velar por mantener sus ventajas y deshacer sus desventajas en el arreglo social. El procedimiento, entonces, asegura la justicia del resultado porque es originado a partir de una situación justa caracterizada por su imparcialidad. Según RAWLS, los individuos se encuentran ubicados en un plano semejante, sin poder favorecerse personalmente, y gracias al aseguramiento de «[...] la simetría de las relaciones entre las partes, esta situación inicial es equitativa entre las personas en tanto que seres morales, esto es, en tanto que seres racionales con sus propios fines, a quienes supondré capaces de un sentido de la justicia»⁶⁸⁹.

Quienes consienten en estas condiciones de imparcialidad son, por tanto, personas libres e iguales entre sí⁶⁹⁰. Gozan de autonomía para convenir sus acuerdos y las obligaciones que

⁶⁸⁸ RAWLS, 1995: 24.

⁶⁸⁹ RAWLS, 1995: 25.

⁶⁹⁰ RAWLS, 1995: 26.

hayan definido se entienden, en este sentido, autoimpuestas. En este punto es ineludible traer de nuevo a colación el pasaje de RAWLS en que expresa el mutuo desinterés de los individuos en la posición inicial. En sus términos,

[u]n rasgo de la justicia como imparcialidad es pensar que los miembros del grupo en la situación inicial *son racionales y mutuamente desinteresados*. Esto no quiere decir que sean egoístas, es decir, que sean individuos que sólo tengan ciertos tipos de intereses, tales como riqueza, prestigio y poder. Sin embargo, *se les concibe como seres que no están interesados en los intereses ajenos*⁶⁹¹.

Como advierte RAWLS, el carácter de mutuamente desinteresado de los individuos no comporta su egoísmo. Por un lado, no persiguen únicamente la clase de bienes que buscan los agentes en el planteamiento hobbesiano, tales como la riqueza, la reputación y el poder. Por otro, su desinterés no justifica pasar a llevar el interés ajeno para lograr el propio. Sencillamente, los individuos de la posición original no están interesados en los intereses de los demás. Al no estar interesados en los intereses ajenos no pueden ser altruistas, ni aun en el sentido moderado, ya que no observan los postulados con los cuales se le identificó. De este modo, contra (i) no es desafiado el privilegio del interés personal sobre el de los demás; respecto de (ii) tampoco se observa una preocupación y cuidado constante por los intereses ajenos; ni, por último, (iii) tienen lugar actuaciones positivas para beneficiar el interés del otro. El altruismo fuerte está, naturalmente, obstaculizado de formular sus demandas de conducta abnegada en favor de los otros si sus intereses no son parte del interés de los individuos en la situación inicial⁶⁹². Por ende, el altruismo –en sus dos dimensiones– carece de espacio en los rasgos que tienen los sujetos en este ejercicio teórico⁶⁹³.

No obstante, ¿esta negativa se extiende también a la posibilidad de que la solidaridad sea incluida entre esos caracteres? A mi juicio, ello no es así. Para el liberalismo rawlsiano no constituye un inconveniente introducir el parámetro de la solidaridad a los individuos que

⁶⁹¹ RAWLS, 1995: 26. Énfasis añadido.

⁶⁹² En otro momento, RAWLS desliza que en la situación original hay una «[...] ausencia de impulsos de benevolencia, fuertes y duraderos [...]». RAWLS, 1995: 27. A esta clase de elementos corresponde precisamente el altruismo asociado al comportamiento del buen samaritano a favor de los otros.

⁶⁹³ En este sentido, Samuel FREEMAN ha observado que «[...] en la posición original en sí, las partes no están motivadas de manera altruista para beneficiarse *mutuamente, en su calidad de partes contratantes*». FREEMAN, 2019. Énfasis del original.

participan de esta hipótesis. Se puede hablar, entonces, de seres racionales, libres, iguales y solidarios que confluyen en las exigencias básicas de justicia. Para la solidaridad no es una barrera insalvable que los individuos sean mutuamente desinteresados en el sentido de no estar interesados en los intereses de los otros. Si en la solidaridad media una continuidad de intereses –como varias de sus reflexiones parecen apuntar– no hay, en rigor, interés ajeno. Su ideal expresa una unidad o comunión de intereses en que no existe interés del otro. Quienes son parte de la relación solidaria comulgan en un interés compartido a partir del cual se deriva el deber de solidaridad. Si, en cambio, se acepta la interpretación más débil de la solidaridad ofrecida más arriba, es suficiente con el reconocimiento de la idea de *nosotros* en la comunidad en la cual los individuos participan. Más allá de las diferencias entre los seres humanos, se trata de identificar las semejanzas e intereses compartidos que hacen que los demás puedan ser integrados a *nuestra* comunidad, reconociéndolos como parte de esta. En ese marco de continuidad, entonces, tendrán lugar las exigencias de la solidaridad.

Tal cuestión puede resultar aliviada desde RAWLS porque en el caso de la posición original los individuos son, como insistentemente observa el autor, libres e iguales. Esta posición de paridad está conformada por «[...] personas que se ven a sí mismas como iguales»⁶⁹⁴. Con ello, resulta más cómodo imbricar la solidaridad entre sus rasgos: la paridad y simetría del sistema rawlsiano contribuyen a la pertinencia de la solidaridad en la posición inicial que da cabida a los principios de justicia. Al respecto, RAWLS brinda consideraciones adicionales sobre la igualdad de los individuos, estableciendo que

*[p]arece razonable suponer que en la posición original los grupos son iguales, esto es, todos tienen los mismos derechos en el procedimiento para escoger principios; cada uno puede hacer propuestas, someter razones para su aceptación, etc. Obviamente el propósito de estas condiciones es representar la igualdad entre los seres humanos en tanto que personas morales, en tanto que criaturas que tienen una concepción de lo que es bueno para ellas y que son capaces de tener un sentido de la justicia. Como base de la igualdad se toma la semejanza en estos dos aspectos*⁶⁹⁵.

⁶⁹⁴ RAWLS, 1995: 27.

⁶⁹⁵ RAWLS, 1995: 31. Énfasis añadido.

Este compromiso normativo con la igualdad de las personas naturalmente acrecienta las posibilidades de la solidaridad. Pero incluso si esta última es entendida en términos de cooperación –como ocurría con DURKHEIM según la modalidad orgánica– el esquema rawlsiano adopta una imagen cooperativa que otorga a los participantes mutuas ventajas⁶⁹⁶. En esta empresa los intereses de los contratantes también admiten tener una dimensión continua entre ellos. RAWLS se refiere a esto en los siguientes términos:

[l]as circunstancias de la justicia pueden describirse como las condiciones normales en las cuales la cooperación humana es tanto posible como necesaria. Así, aunque la sociedad sea una empresa cooperativa para beneficio mutuo, tal y como lo hice notar en un principio, está igualmente caracterizada tanto por un conflicto de intereses como por una identidad de los mismos. *Existe una identidad de intereses dado que la cooperación social hace posible para todos una vida mejor que la que cada uno podría tener si tuviera que tratar de vivir únicamente gracias a sus propios esfuerzos.* Existe un conflicto de intereses dado que los hombres no son indiferentes a la manera como habrán de distribuirse los mayores beneficios mediante su colaboración, ya que con objeto de promover sus propios fines cada uno preferiría una porción mayor que una menor⁶⁹⁷.

La cooperación humana revela una confluencia de intereses en obtener, mediante el accionar conjunto, beneficios mutuos que son superiores a los que podrían alcanzarse de manera separada y por cauces individuales. Pese a que las personas que trabajan juntas tienen planes de vida distintos y concepciones acerca de lo bueno divergentes –y RAWLS así lo reconoce– la actividad cooperativa asume que los «[...] individuos son, en términos generales, semejantes [...]»⁶⁹⁸. En consecuencia, la solidaridad parece tener un posible acomodo en el modelo rawlsiano, validando que las personas en la posición original además de racionales, libres e iguales, sean solidarias. Después de todo, si la solidaridad es forjada en el espacio común que comparten los integrantes, fomentando los elementos comunes que hacen una comunidad como *nuestra*, la situación de imparcialidad para dirimir los principios de justicia de la sociedad ofrece un escenario prometedor. Pues, como indica RAWLS, en este marco

⁶⁹⁶ Siguiendo a RAWLS, «[e]n la justicia como imparcialidad, la sociedad es interpretada como una empresa cooperativa para beneficio mutuo». RAWLS, 1995: 89.

⁶⁹⁷ RAWLS, 1995: 126.

⁶⁹⁸ RAWLS, 1995: 126.

cooperativo «[...] las partes tienen, en términos generales, necesidades e intereses semejantes, o en algunas maneras complementarias [...]»⁶⁹⁹. Esta adaptación echa luz acerca de una observación más general: el individualismo –como ocurre con el rawlsiano– no es incompatible con la solidaridad. Como advierte Kurt BAYERTZ, a propósito de la aproximación cooperativa de DURKHEIM, «[...] no existe un conflicto conceptual o irreconciliable entre la solidaridad y la individualidad [...]»⁷⁰⁰.

El contraste se genera, en cambio, cuando se intenta introducir el altruismo en los rasgos de quienes participan de la posición inicial rawlsiana. Si los individuos son mutuamente desinteresados *i.e.* no están interesados en los intereses de los demás individuos, en dicha situación imaginaria estos no pueden ser racionales, libres, iguales y, a su vez, altruistas. No es posible conciliar el altruismo –ya sea moderado o fuerte– en la posición original porque en cualquiera de sus formas el interés de los demás es relevante⁷⁰¹. Un punto de discrepancia entre ambas versiones gira en torno al *grado* de relevancia del interés ajeno. Mientras que para el altruismo moderado no es correcto afirmar que el interés propio siempre goza de preeminencia respecto del ajeno, el altruismo fuerte agudiza esa consideración al sostener que el interés ajeno prevalece respecto del personal. Pero es evidente que para cualquier expresión de la filosofía altruista el interés de los demás individuos es necesariamente relevante y, por este motivo, a los agentes no puede sino interesarles. En efecto, se insta a la preocupación, cuidado y atención por el interés de los demás.

Hay también un importante matiz que es menester efectuar con una incidencia directa en el fenómeno contractual. El posicionamiento del altruismo no requiere que los contratantes sean considerados en este campo como iguales ni que sus intereses sean semejantes. Puede que efectivamente lo sean, pero ello no es determinante, pues su ideal regulativo de las conductas no prejuzga la continuidad o discrepancia entre los intereses. Como fundamento normativo del derecho de contratos, la operatividad del altruismo moderado no supone la semejanza de

⁶⁹⁹ RAWLS, 1995: 127.

⁷⁰⁰ BAYERTZ, 1999: 15.

⁷⁰¹ Esto refuerza la ubicación de RAWLS como una imagen de individualismo desinteresado y no egoísta. La falta de encaje de los postulados altruistas establecidos en favor de los intereses ajenos con su propuesta, no pone en riesgo su posicionamiento ni sugiere releerla de modo egoísta. Al respecto, WILLIAMS ha indicado que «[n]o hay que interpretar la teoría de Rawls como un intento de llegar a la justicia social a partir del interés propio». WILLIAMS, 2016: 111.

intereses y puede engarzarse perfectamente con la diferencia de ellos. La cuestión decisiva radica en que no es cierto que, como afirma el individualismo, el interés propio predomine respecto del ajeno. Por ende, da por sentada la diferencia de intereses entre los individuos mas rechaza el privilegio que se otorga al interés personal. Esto tiende a inclinar la balanza a la orilla del altruismo porque si es correcto que el grueso de la contratación se ajusta a una diferencia entre intereses y, en algunas ocasiones, hay intereses derechamente contrapuestos entre las partes, el espectro de actuación del fundamento altruista es superior al de la solidaridad. Si es el caso que la solidaridad reclama comunión de intereses –aun cuando esta sea extraída de manera *ex post* de la configuración del *nosotros* de la comunidad contractual–, entonces, el altruismo moderado se muestra libre de esa carga y más idóneo para fundar demandas y exigencias en un mayor margen de relaciones contractuales, tal y como las conocemos⁷⁰². Ya fue advertido que la diferencia ontológica entre los intereses no es decisiva, como sí lo es, por el contrario, el rechazo a la cuestión normativa que está ahí involucrada: el interés propio no tiene necesariamente preeminencia sobre el ajeno.

Como sea que fuere, la mayor amplitud del efecto del altruismo sobre el proporcionado por la solidaridad –con base en los presupuestos de sus modos de comprensión– puede considerarse como un asunto de relevancia complementaria para evaluar la competencia entre la solidaridad y el altruismo. Desde esta línea puede enfatizarse, entonces, el problema de la compatibilidad. Como se adelantó, el individualismo –desinteresado y no egoísta– puede encajarse con la solidaridad. El esquema individualista cooperativo de RAWLS es un indicador de ello y, de manera expresa, forma parte del proyecto de RORTY⁷⁰³. La conexión del liberalismo con el individualismo es ciertamente estrecha en términos intelectuales,

⁷⁰² Esta ventaja se acrecienta si hay conflicto entre intereses contractuales. El fundamento altruista puede actuar en oposición de intereses, pero la solidaridad supone encontrar ese *nosotros* común. Bajo el supuesto de que medie una rivalidad directa entre los intereses de las partes, se agudiza la dificultad de perfilar ese reconocimiento de pertenencia en la comunidad contractual. El altruismo moderado, en cambio, no enfrenta vallas insalvables para formular sus demandas en tales contextos. De allí que, por ejemplo, el deber de renegociación en los supuestos de imprevisión, como algunos deberes de información precontractual y, en general, las demandas de actuación positiva en beneficio exclusivo del interés del otro contratante, que son esgrimidas sobre la base de la buena fe, no discriminan si en la respectiva relación contractual hay o no conflicto de intereses. Este no constituye un criterio para que los institutos contractuales atiendan consideraciones altruistas, exigiendo a las partes realizar comportamientos dentro de tal órbita.

⁷⁰³ Entre los esfuerzos para conciliar el pensamiento de RAWLS con la idea de solidaridad pueden encontrarse MARTÍNEZ NAVARRO, 1999. Para diversos análisis sobre el vínculo entre el liberalismo y la solidaridad en RORTY, véase TRUCHERO CUEVAS, 2008: 385-406.

históricos, conceptuales y normativos⁷⁰⁴. De ahí que la inserción de la solidaridad en expresiones del pensamiento liberal sirve como una manera de contener y redirigir algunos efectos del individualismo. Esto resulta claro en los esfuerzos de nutrir con dimensiones igualitarias a las teorías liberales⁷⁰⁵. En buenas cuentas, se trata de hacerlas menos individualistas, pero conservar su ubicación dentro de las coordenadas del liberalismo. Ello explica la existencia de estrategias de reconciliación entre el individualismo y la solidaridad manifestadas desde posiciones liberales. Sin embargo, no es posible hallar empresas de encaje entre el individualismo y el altruismo.

¿Dice algo relevante esta ausencia? Mientras que el individualismo es compatible con la solidaridad, el altruismo es derechamente incompatible con la filosofía individualista. Este punto es crucial para zanjar la disputa en la fundamentación normativa del derecho contractual. Si la aspiración es iluminar acerca de la complejidad de la estructura normativa del derecho de contratos –y derecho privado– la tarea se alcanza exitosamente con la dualidad entre individualismo y altruismo, en sus versiones desinteresada y moderada, respectivamente. Tal diversidad de fundamentos normativos no puede reducirse a *un* parámetro común de justificación. La uniformidad con la cual suele entenderse el derecho contractual y las restantes preocupaciones del derecho privado, no puede sostenerse desde el punto de vista de su fundamentación normativa. El prisma individualista y el enfoque altruista sencillamente transitan por senderos opuestos. Pero dicha empresa no se logra conseguir exitosamente si, por el contrario, el individualismo puede compaginarse con la solidaridad y, con ello, conservar el fundamento tradicional del derecho de los contratos y del derecho privado general. Una imagen que incluya y concilie exigencias individualistas y solidarias sigue siendo, al final del día, *un* fundamento. Será, entonces, una clase de individualismo desinteresado normativamente reforzado con alegaciones solidarias.

En este sentido, puede revisitarse el objetivo del solidarismo contractual de solo neutralizar y corregir los abusos del individualismo. No busca contradecir sus postulados ni rechazar la

⁷⁰⁴ Sobre este punto, es célebre la conjugación efectuada por Norberto BOBBIO, según el cual «[s]in individualismo no hay liberalismo». BOBBIO, 1989: 16. También puede consultarse NINO, 2007: 19-29. Para una reconstrucción de la tradición liberal inglesa del siglo XVII en torno a la idea de individualismo posesivo, véase MACPHERSON, 2005.

⁷⁰⁵ Véase, entre otros, RAWLS, 1975: 536-554; 1995; DWORKIN, 1981a: 185-246; 1981b: 283-345; NUSSBAUM, 2007; y SEN, 1997.

vigencia íntegra de sus demandas en el derecho de contratos. A partir de esta lógica se mantiene el prisma individualista de fundamentación, pero son remediados –con cargo a la solidaridad del vínculo– los efectos nocivos que la versión pura del individualismo egoísta genera en el contratante más débil. Pero esto, de nuevo, al ser situado en el plano de la fundamentación normativa puede ser compatible con las demandas del individualismo desinteresado. Y, como se ha observado, habrá un margen de exigencias positivas que no pueden fundarse incluso desde esa lectura desinteresada. De acuerdo a lo anterior, la rivalidad entre solidaridad y altruismo moderado es menos categórica y genuina de lo que preliminarmente parece, si la disputa opera con relación al individualismo⁷⁰⁶. Si bien es efectivo que la solidaridad y el altruismo pueden posicionarse como alternativas *vis a vis* de fundamentación del derecho contractual, cuando se trata de instalarse como verdaderos desafíos para el prisma individualista, únicamente el altruismo refleja una dirección contraria a ese parámetro normativo. De este modo, solo la explicitación del espacio que ocupa el altruismo moderado pone de manifiesto la complejidad de la fundamentación normativa del derecho de contratos, toda vez que el resultado no es susceptible de reducirse a un parámetro unitario *sin dejar de perder con ello parte de la historia*.

3. DISTANCIAMIENTO DE KIMEL

Es adecuado entender tanto la teoría relacional del contrato como el solidarismo contractual y, en especial, la solidaridad como esquemas en competencia con el altruismo moderado. Aun cuando solo la solidaridad constituye un ideal regulativo ubicado en el mismo nivel que el fundamento altruista, las restantes alternativas son apropiadas para interrogar con ellas acerca de las ventajas de la fundamentación proveída por el altruismo moderado para el derecho de los contratos. Es decir, permiten cuestionar por qué es deseable la adopción del modelo altruista, en circunstancias que hay disponibles posiciones en la filosofía del derecho contractual –teoría de MACNEIL– o en la dogmática privatista –solidarismo contractual– que pueden desempeñar tareas encomendadas al altruismo moderado, o bien generar

⁷⁰⁶ Roberto ARAMAYO afirma, por ejemplo, que «[...] se quiere adscribir la solidaridad a una compleja constelación conceptual donde nos encontraríamos con términos tales como *altruismo*, *compasión*, *empatía*, *fraternidad* o incluso *filantropía* [...]». ARAMAYO, 2018: 170. Énfasis del original.

consecuencias semejantes. En el caso de la solidaridad, la pregunta es por qué no desafiar al sustento normativo individualista a partir de la solidaridad en lugar de acudir a los parámetros del altruismo moderado.

Una situación distinta tiene lugar con la tesis del distanciamiento de KIMEL⁷⁰⁷. Su propuesta no busca competir con un determinado fundamento normativo de los contratos, sino mostrar cuál es el valor distintivo del contrato. El problema se presenta en que el fundamento altruista moderado puede o no estar en controversia directa con tal valor y, en el supuesto en que esto sea efectivo, es indispensable determinar si la tesis del distanciamiento se debilita en virtud de la fundamentación altruista o si, por el contrario, esta última se encuentra en profundos aprietos frente al valor intrínseco que posee el contrato según los términos de KIMEL. Para estos efectos, será revisada la función del distanciamiento entre los contratantes y, enseguida, se evaluará críticamente su pertinencia a la luz del altruismo moderado.

Como es sabido, KIMEL se ocupa de la relación entre la promesa y el contrato, procurando disociar ambos términos en la medida en que, a pesar de sus puntos de coincidencia y función instrumental común, hay valores opuestos en juego y que precisamente marcan el contraste definitivo. Mientras que solo la promesa contribuye a fortalecer las relaciones personales entre los participantes de las prácticas, el contrato fija su mirada en el sentido contrario. El valor del intrínseco del vínculo contractual tiende a *distanciar* entre sí a las partes contratantes. ¿Bajo qué términos explica el autor el distanciamiento?

Consiste en el marco mismo que brindan los contratos para hacer ciertas cosas con otros no solo fuera del contexto de las relaciones preexistentes, sino también sin un compromiso con respecto a las perspectivas futuras de estas relaciones, sin tener que saber mucho o formarse una opinión sobre los atributos personales de otros, y sin tener que permitir que otros sepan mucho y se formen opiniones sobre uno mismo. Es, lo que podríamos llamar, el valor del distanciamiento personal⁷⁰⁸.

Que las promesas ayuden a reforzar las relaciones personales y que, por su parte, los contratos contribuyan a conservar la distancia entre las partes ciertamente sugieren valores opuestos,

⁷⁰⁷ La expresión que emplea KIMEL es «*detachment*» y también puede ser entendida en castellano en términos del *desapego* entre los contratantes.

⁷⁰⁸ KIMEL, 2018: 152.

pero ambos resultan deseables desde prismas distintos. En algunos contextos es valioso estrechar los vínculos personales, pero en otros es mejor no confundir los planos y resguardar el trecho que media entre las personas. Se trata de opciones de vida diferentes para que los individuos conduzcan sus proyectos de vida según ciertas circunstancias. A medida que aquellos gocen de mayor libertad para elegir con quién entablar y mantener sus relaciones personales, más valiosas estas devienen. De igual modo, el distanciamiento refleja su mayor valor en cuanto es posible establecer relaciones sin necesidad de involucrarse personalmente. De acuerdo con KIMEL, el valor del distanciamiento reside en constituir una «[...] opción, no un predicamento, y como tal es valioso como una alternativa a la dependencia de relaciones personales (preexistentes, futuras)»⁷⁰⁹. Los contratos, por consiguiente, posibilitan que los contratantes no dependan de vínculos personales previos ni posteriores.

Esto permite diferenciar entre el contrato y la promesa. El contrato no surge en términos de una promesa sino como un mecanismo para sustituirla: las personas acuden al contrato como una opción a la necesidad de tener relaciones personales. Los contratantes no dependen de que sostengan relaciones personales entre sí, evitando que las cosas entre ellos se confundan. Son partes del contrato y no amigos. Su vínculo está definido por el distanciamiento que asegura la opción contractual. Pues gracias al contrato, «[...] el derecho ofrece una alternativa genuina a la promesa [...]»⁷¹⁰. Tal opción fomenta la libertad de los contratantes porque disfrutan de la libertad de no depender de las relaciones personales preexistentes o futuras entre ellos. Este umbral de libertad se alcanza gracias al distanciamiento y podrá mantenerse por los contratantes, piensa KIMEL, *si es que así lo desean*⁷¹¹. Si, por el contrario, prefieren mezclar los planos y abandonar el distanciamiento que facilita el vínculo contractual, lo pueden hacer, saliéndose del contrato y valiéndose de las relaciones personales que median entre ellos.

El valor intrínseco del contrato reside, por tanto, en el distanciamiento personal de los contratantes. Si esto fuese correcto, ¿hay una tensión con el fundamento altruista que se ha ofrecido en términos moderados? El proyecto de KIMEL es, como fue señalado, esgrimir una teoría liberal del contrato. Su empresa se inserta en el marco del liberalismo político y de allí

⁷⁰⁹ KIMEL, 2018: 153.

⁷¹⁰ KIMEL, 2018: 153.

⁷¹¹ KIMEL, 2018: 157.

que –sin obviar las prevenciones y matices con las cuales el autor diseña esta versión del liberalismo– existen compromisos fuertemente enraizados en la tradición liberal. Uno de ellos es el individualismo. Sobre esta conexión, KIMEL intenta desligar su lectura del liberalismo con el sustento individualista. Según este, constituye un yerro «[...] entender que el liberalismo se centra en una moral individualista»⁷¹². Al desmarcar su posición liberal – que tiene un marcado corte raziano según se explicó en el capítulo anterior– de bases normativas individualistas, KIMEL lo posiciona como una expresión «no-individualista» del liberalismo⁷¹³. Acerca de este talante y su contraste con la alternativa individualista, el autor lo explica en los siguientes términos:

[L]a verdadera diferencia entre la moral individualista y no-individualista en este aspecto es simplemente que la no-individualista se basa en una variedad mucho más rica de fuentes normativas para definir dicho espectro. Y, en el marco de la teoría liberal no-individualista, resulta particularmente fácil ver que sin importar la adhesión al valor de la autonomía personal, las consecuencias normativas de un intento de asunción voluntaria de una obligación no están totalmente determinadas por la libre voluntad del individuo⁷¹⁴.

El foco central de su aproximación es la mayor apertura y flexibilidad que presenta la versión no-individualista del liberalismo para aceptar una diversidad de fuentes normativas de la obligatoriedad del vínculo contractual. La autonomía personal es indispensable mas no suficiente para reconocer el efecto vinculante del contrato. No cualquier obligación derivada del acuerdo autónomo puede considerarse, en estos términos, sujeta al *pacta sunt servanda* puesto que junto al valor de la autonomía hay también otras consideraciones ahí en juego. Pero esta lectura no individualista que no reconoce en la autonomía el único elemento relevante en el derecho contractual, no dice mucho acerca de la justificación del distanciamiento entre las partes. Naturalmente, el valor intrínseco del contrato debe tener un encaje en algún fundamento normativo disponible. Y ahí perfectamente puede pensarse en alguna lectura del individualismo aun cuando su enfoque general sea, según KIMEL, no-individualista.

⁷¹² KIMEL, 2018: 199.

⁷¹³ KIMEL, 2018: 208.

⁷¹⁴ KIMEL, 2018: 208. Énfasis añadido.

En este sentido, la cuestión es determinar si el individualismo egoísta o el desinteresado sirven de candidatos para fundar la tesis del distanciamiento. Sería precipitado e injusto con el planteamiento de KIMEL asociar la distancia de los contratantes con un individualismo egoísta. Por supuesto, el distanciamiento supone una diferencia entre los intereses de las partes y la prevalencia del interés personal sobre el ajeno. Sin embargo, este valor devela una opción frente a la dependencia de relaciones personales entre los contratantes, y no así una autorización para lesionar los intereses de la otra parte. En lugar de independizar la relación contractual de las demandas de la autonomía, la tesis del distanciamiento refuerza su conexión y vigencia en la validez y observancia de las obligaciones contractuales. Al aumentar la autonomía de los contratantes se estrecha, al mismo tiempo, el vínculo que estos tienen con sus exigencias. Como se ha mencionado, una de ellas es no dañar los derechos o intereses del otro contratante en aras de alcanzar la satisfacción del propio. Por ende, de la tesis del distanciamiento no es posible extraer la irrelevancia del interés de la otra parte ni tampoco la ausencia de gestión por los intereses de los demás. El claro compromiso que suscribe la posición general de KIMEL con la autonomía, y que es fomentado en particular mediante la tesis del distanciamiento, impide engarzar el valor intrínseco del contrato con el individualismo egoísta.

El individualismo desinteresado puede estimarse, en cierto sentido, como no-individualista. Dicha acepción es diferente del entendimiento de KIMEL, aunque no incompatible con este. Más allá de que el individualismo desinteresado puede estar comprometido con valores adicionales a la autonomía y con base en esto ser –en el sentido de KIMEL– no-individualista, también puede serlo porque se desliga de la versión egoísta y no asume del mismo modo la relación del contratante con los intereses ajenos. Dado que el valor normativo de la autonomía también demanda respeto por la autonomía de la otra parte, el contratante no puede lesionar los intereses del otro en la búsqueda y el provecho de los suyos personales. No puede mostrar una indiferencia total con los intereses ajenos como si solo le corresponde atender a la satisfacción de los propios, pudiendo barrer con los que albergue la otra parte de la relación. Desde este punto de vista, entonces, el individualismo desinteresado podría ser no-individualista.

Lo interesante es que la tesis del distanciamiento calza con el sustento normativo del individualismo en su dimensión desinteresada. El contrato constituye, desde la mirada de KIMEL, una alternativa a la promesa y, por tanto, a la dependencia de mantener relaciones personales ya sean previas o posteriores entre los contratantes. Si bien el programa contractual convenido liga a las partes, facilita, a su vez, el distanciamiento entre ellas porque los términos no están sujetos o entremezclados con vínculos personales que pueden tener lugar. Conforme al valor del distanciamiento, cada parte podrá evitar molestarse porque el otro contratante procure maximizar su interés personal, ejerciendo todos los derechos y facultades que el contrato y la legislación le provean para ello. Se trata de contratos y no de relaciones personales como las afectivas o de amistad. Por ello, en el tipo de relaciones que son sometidas al contrato rige la idea de «*just business*»⁷¹⁵.

El predominio de los intereses propios no encuentra dificultades para su adaptación en el distanciamiento entre los contratantes. Por el contrario, el valor del distanciamiento personal está al servicio de la preeminencia del autointerés sobre los intereses del otro contratante. Cada parte debe respetar los términos de la relación contractual y puede obtener el mayor provecho posible de las expectativas e intereses depositadas en el vínculo. Como se ha visto, esto no significa que el contratante está facultado para lesionar los derechos o intereses de la otra parte. Un rasgo distintivo del individualismo en sentido desinteresado, por oposición al individualismo egoísta –que parece ser el que KIMEL tiene en mente con asociación al liberalismo más clásico– es la relación entre la búsqueda del interés personal y el respeto por los intereses de los otros. Esta forma de posicionar el distanciamiento personal con el fundamento individualista de corte desinteresado permite, por tanto, acomodar la fractura entre los intereses de los contratantes, la preferencia que tienen los propios sobre los del otro contratante y, por último, la proscripción de vulnerar los derechos e intereses de la otra parte en función de satisfacer los personales.

Hasta este punto las cosas parecen transitar en la misma dirección y pueden acomodarse sin problemas insalvables. Este diagnóstico varía ostensiblemente en relación con el altruismo moderado. Si efectivamente el distanciamiento personal constituye el valor intrínseco del

⁷¹⁵ Para el sentido de esta expresión y el modo en que refleja la manera en que las partes pueden desenvolverse durante la relación contractual, véase PAPAYANNIS y PEREIRA FREDES, 2018a: 28, 33, 44.

contrato, su impacto debe dar cuenta de la fundamentación normativa del derecho de contratos. Por consiguiente, es necesario que el distanciamiento permanezca vigente tanto con el fundamento individualista como con el altruista, según la estructura dual que se ha sostenido. Desde el punto de vista individualista en su vertiente moderada, cada parte del contrato puede encuadrar su comportamiento en el contrato y limitar sus deberes a los estipulados. No hay nada personal involucrado entre ellas que extienda las demandas más allá de satisfacer sus propios intereses y no dañar los ajenos. Sencillamente, «*just business*».

No obstante, y como se ha observado, el establecimiento de deberes en el exclusivo beneficio del interés del otro contratante no necesariamente conlleva *salirse* del contrato y *adentrarse* en el marco de las relaciones personales. El altruismo moderado no es, en rigor, un fundamento instaurado en el derecho de contratos, sino que se busca explicar el lugar que allí de hecho ocupa, sin necesidad de acudir a criterios apartados del ámbito contractual. Por ello, la estrategia fue prestar atención a las consideraciones altruistas que subyacen a ciertas instituciones del derecho contractual. Para esta clase de exigencias el interés ajeno es decisivo y, en distintas ocasiones, el contratante no solo debe preocuparse de los intereses de la otra parte, sino que también debe actuar directamente a favor de cristalizarlos. De modo que lo desafiado no es la diferencia de intereses entre las partes, sino el predominio de los intereses personales del contratante. El valor que intrínsecamente le corresponde al contrato no puede, por ende, dejar al margen estos deberes de corte altruista.

Tales deberes son exigentes porque están encaminados en interés exclusivo de la otra parte y pueden rastrearse, por ejemplo, en el deber de renegociación en el supuesto de excesiva onerosidad sobreviniente, en determinados deberes de información precontractual y, en general, en algunos subdeberes positivos de actuación con cargo a la buena fe contractual. Los institutos de los cuales provienen dichas demandas forman parte importante del derecho de contratos, del modo en que tradicionalmente lo conocemos. De ahí que su vigencia tiene incidencia directa en la pertinencia o no de la tesis del distanciamiento entre las partes. Permítaseme tomar el caso de la buena fe. En el contexto de los deberes secundarios de conducta aparecen distintas expresiones que, a pesar de no estar pactadas ni en ocasiones siquiera previstas por los contratantes, uno de ellos tiene el deber de realizar algo para beneficiar al otro. La tipología de subdeber positivo de comportamiento de buena fe envuelve

supuestos de acción efectuada por una parte únicamente a favor del interés de la otra. Un contratante de buena fe, por ejemplo, debe informar al otro sobre elementos determinantes para el interés de este último, pero además debe observar –si las circunstancias del supuesto así lo exigen– deberes de aclaración con cargo a la buena fe. Ese redoblamiento del deber de informar con el de esgrimir aclaraciones puede estar efectuado en el solo beneficio del otro contratante. De no contar con esta información y posterior aclaración, esta última parte no sufriría un daño, sino más bien la privación de un beneficio directo a su favor⁷¹⁶.

¿Supuestos de este orden afectan la tesis del distanciamiento entre las partes? Esto parece inevitable. La participación de exigencias para cuya justificación es necesario acudir al altruismo moderado pone en jaque la preeminencia del interés propio del contratante sobre el de la otra parte. Asimismo, ofrece un reto a la pertinencia del distanciamiento contractual. De acuerdo con KIMEL, *el* contrato es intrínsecamente valioso en términos del distanciamiento que permite entre los contratantes. Sin embargo, en el supuesto anterior, el contratante que posee la información y tiene el deber de buena fe de comunicársela a la otra parte y, a su vez, de realizar aclaraciones posteriores, ¿puede simplemente omitirlas alegando «*just business*»? Frente a la infracción de este subdeber positivo de buena fe que priva a la otra parte del contrato de un beneficio dirigido en su solo interés, la tesis del distanciamiento se muestra irremediabilmente insuficiente. No es tarea sencilla su conciliación porque la buena fe no solo importa tener presente los intereses del otro contratante sino también, en determinadas circunstancias, actuar derechamente en su propio bien. El valor del distanciamiento experimenta, entonces, fisuras que KIMEL no advirtió en su célebre exposición.

⁷¹⁶ Dicha situación ocurre si, por ejemplo, dos contratantes convienen el arriendo de un inmueble. Uno de ellos es nacional del país de celebración y el otro un extranjero que recién ha arribado. Luego de que el arrendador informara debidamente sobre todos los elementos y circunstancias relevantes para los intereses contractuales del arrendatario formalizan el vínculo que los regirá. Al pasar el tiempo sin mayores inconvenientes, el primero se entera de que se ha dictado una regulación que favorece a los extranjeros en materia de arrendamiento. Si el arrendatario inscribe gratuitamente el contrato en un registro público gozará de exenciones tributarias por el plazo en que dure la relación contractual con el nacional. La actuación de buena fe del arrendador importa comunicar esta posibilidad al arrendatario y efectuar las aclaraciones pertinentes para que este último realice el trámite y disfrute de su beneficio. Al incumplir este deber positivo de actuación en el exclusivo beneficio del arrendatario, el arrendador no le ocasiona daños, pero sí lo despoja de satisfacer su interés, obteniendo un bien únicamente encaminado a su favor.

El problema es que los deberes de este tipo son innominados y, por ende, no es posible realizar el catastro de ellos en el espectro de la contratación para evaluar su real impacto. Pero la buena fe objetiva constituye un principio fundamental del derecho de contratos y, como tal, cuenta con aplicación general. Este amplio alcance está en tensión con la tesis del distanciamiento si es que es correcto afirmar que se trata del valor intrínseco del contrato. Por otra parte, deberes de buena fe establecidos a favor del interés de la otra parte del contrato ponen en problemas al distanciamiento entre los contratantes, en el evento en que aquellos aumenten y se instalen progresivamente con el transcurso del tiempo en la relación contractual. Si esto tiene lugar, no es descartable que el vínculo entre las partes paradójicamente se estreche *en razón* del cumplimiento de estos deberes⁷¹⁷. Sin que hayan dejado de ser partes de un contrato, y manteniéndose sometidos a su pliego de prestaciones y efectos, estándares como confianza, lealtad y reciprocidad comienzan a considerarse como parámetros de la relación que los une, afianzándola aún más. Desde luego, la actuación positiva concertada por el interés del otro contratante con cargo a la buena fe, no puede contribuir a fomentar el distanciamiento entre las partes ni precaver que en el porvenir sea considerada estéril la idea de «*just business*». El contratante no puede excusarse de cumplir en estos términos porque precisamente tenía el deber de buena fe de hacerlo por el bien del otro. Lejos de dilatar la brecha entre ellos, esta se acorta paulatinamente y con bastante probabilidad de que ocurra en forma irreversible.

A nivel de fundamentación también hay inconvenientes. Debido a la escisión que esboza KIMEL entre el individualismo del cual se distancia y el no-individualismo que acoge, la cuestión es si acaso este último logra dar cuenta o no de los deberes positivos encaminados a cristalizar el interés de la otra parte. Pues si ello no es así, entonces, se devela la conexión entre el no-individualismo de KIMEL y el individualismo desinteresado y, a su vez, la insuficiencia tanto de este último modelo normativo como de la tesis del distanciamiento para cumplir con éxito sus respectivas tareas en la filosofía del derecho de contratos. Respecto del primer asunto, el sustento no-individualista de KIMEL es, en buenas cuentas, una versión del individualismo desinteresado. Su particularidad está en la exacerbación de la relevancia que tiene el respeto y fomento de la autonomía para los contratantes. Posiblemente, pueda

⁷¹⁷ Por tal motivo, KIMEL no puede establecer un posible puente entre el análisis económico del derecho y las teorías morales del contrato. Sobre este punto, véase, PAPAYANNIS y PEREIRA FREDES, 2018a: 23-28.

añadirse el énfasis por la diversidad de fuentes normativas que están junto a la autonomía personal. Pero sus compromisos y contornos son similares.

A propósito del perímetro compartido está la segunda cuestión. Como se ha visto, el individualismo desinteresado es incapaz de fundar normativamente estas demandas de índole altruista. El no-individualismo de KIMEL, por su parte, tampoco logra capturar estos deberes positivos establecidos en favor del otro, que desbordan el distanciamiento entre los contratantes. La presencia de dimensiones altruistas, desde su óptica moderada, en el marco de exigencias que deben observar los contratantes ofrece dificultades insalvables para ambos sustentos morales, porque ninguno de ellos niega la prevalencia del interés personal sobre el ajeno, justificando el accionar directo en beneficio de este último. Dicha incapacidad común acentúa la conexión entre el individualismo desinteresado y la lectura de no-individualista de KIMEL. La arista interesante de subrayar es que la participación del altruismo moderado también genera un efecto disruptivo en la tesis del distanciamiento. Reglas, instituciones y prácticas del derecho contractual a partir de las cuales subyacen consideraciones altruistas moderadas no son fáciles de compaginar con el distanciamiento entre las partes. Ello tiene directa relación con la ambición que KIMEL manifiesta acerca de este rasgo: se trata del valor intrínseco del contrato. No obstante, este valor definitorio de la relación contractual responde con facilidad frente a *un* parámetro normativo, esto es, con el individualismo desinteresado –fundamento no-individualista para el autor–, pero su fortuna es diametralmente distinta con el altruismo incluso en la versión moderada y no fuerte de esta moralidad⁷¹⁸.

¿Qué devela esta clase de consideraciones? Desde mi modo de ver, el fundamento altruista muestra la insuficiencia del sustento normativo individualista y, del mismo modo, de la tesis del distanciamiento. Mientras que el primero no es apto para capturar ese algo más involucrado en los deberes altruistas en favor del interés ajeno, la segunda no logra encajarse en la fundamentación proporcionada por el altruismo moderado. Esto atañe a la aspiración de KIMEL, pues a pesar de que el distanciamiento entre los contratantes constituye –en su mirada– el valor intrínseco *del* contrato, únicamente puede amoldarse con la vigencia de un fundamento individualista. Pero ello arroja luz acerca de que el distanciamiento no puede constituir un rasgo distintivo del contrato en general, si enfrenta obstáculos en todos los

⁷¹⁸ Sobre esta consideración, véase PAPAYANNIS y PEREIRA FREDES, 2018a: 43-46.

supuestos en que haya consideraciones altruistas que dirigen el comportamiento de un contratante en favor del otro, excediendo muchas veces los deberes expresamente acordados por ellos. No puede ser, por lo tanto, *el* valor intrínseco de todos los contratos o del derecho contractual en general porque, en verdad, solo responde a *uno* de los fundamentos normativos allí vigentes. La tesis de KIMEL, en el ámbito de la fundamentación moral del contrato, está comprometida con la vigencia de *un único* parámetro. Pues solo en este podría ajustar el distanciamiento. Al parecer, su punto de partida ‘no-individualista’ no fue lo suficientemente osado para iluminar la estructura normativa del derecho contractual de un modo verdaderamente ‘no-individualista’⁷¹⁹.

4. PROTECCIÓN DE LA PARTE DÉBIL

En los estudios dogmáticos de derecho civil ha cobrado un papel gravitante la preocupación por la parte débil en la contratación y, a su vez, la necesidad de establecer un estatuto de protección vigoroso respecto de ella. Tal consideración ha irradiado rápidamente a otros ámbitos del derecho privado como lo es el derecho del consumo, viéndose facilitado por la dictación de leyes especiales sobre protección de los derechos de los consumidores o bien la unificación que se efectúa en esfuerzos de recodificación⁷²⁰. Por supuesto, la idea de protección de la parte débil del contrato no constituye un posible fundamento normativo del derecho contractual ni del derecho privado general. Se trata, en realidad, de una orientación del derecho de los contratos que se aparta marcadamente de algunas de las asunciones tradicionales de este ámbito que fueron revisadas en el segundo capítulo. Su asentamiento ha procurado organizar un sistema de protección que evite consecuencias nocivas derivadas de

⁷¹⁹ El exceso de optimismo de KIMEL acerca del real impacto de la tesis del distanciamiento en *el* contrato también puede cuestionarse desde un ángulo distinto a su fundamentación normativa. En los contratos relacionales, como fue visto, no es tarea sencilla situar el desapego entre los contratantes, aún más a medida en que avanza el tiempo y persiste la relación contractual, dando cabida a nuevas prestaciones y renovando estándares que son válidos entre ellos. Tampoco en la tipología de contratos a la cual MACNEIL opone los relacionales –contratos discretos– queda muy claro cómo opera y cuál sería el valor del distanciamiento en vínculos que nacen y se extinguen casi de forma simultánea. Para una evaluación crítica en este sentido, véase, PAPAYANNIS y PEREIRA FREDES, 2018a: en especial, 29-34. El tratamiento de KIMEL sobre los contratos relacionales a la luz del distanciamiento personal entre los contratantes, se encuentra en KIMEL, 2018: 154-161.

⁷²⁰ Véase, por ejemplo, la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios española, Real Decreto Legislativo 1/2007 –reformada en 2014– y, por otra parte, el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, en que se fortalece el sistema protectorio del consumidor, junto a la regulación especial sobre la materia, es decir, la ley 24.240, Ley de Defensa del Consumidor.

la desigualdad entre los contratantes, así como posibles abusos cometidos por la parte favorecida en contra de la débil.

De ahí que la posible controversia entre la protección de la parte débil y el altruismo moderado no se presenta de manera directa. No se trata de dos parámetros de fundamentación normativa. Anticipando una evaluación, se puede decir que la relación entre ellos es de complementación puesto que no están ubicados en un nivel análogo. Esto despejaría otra valla para el altruismo moderado en los asuntos contractuales. Sin embargo, hay dos consideraciones en virtud de las cuales conviene resistir esa tentación. En primer lugar, la idea de protección de la parte débil se ha expandido hacia distintas esferas del derecho privado, independizándose inclusive de la relación contractual, propiamente hablando. Este efecto sistemático tiene influencia en las decisiones judiciales y ello se advierte en materia interpretativa mediante una directiva establecida en atención de la parte débil *i.e.* principio del *favor debilis*. En segundo lugar, es posible cuestionarse acerca de la real necesidad de posicionar el altruismo moderado como fundamento del derecho contractual y privado, si ya se cuenta con la noción de parte débil y es fortalecido cada vez más su amparo. En otros términos, ¿por qué se necesita el altruismo moderado toda vez que este insta a observar demandas que están contempladas en la protección del contratante más débil?

Este interrogante será respondido a partir de las observaciones que ciertos enfoques que rondan parcelas distintas del derecho privado general –como lo son el derecho civil y el derecho del consumo– han brindado sobre la configuración del resguardo de la parte débil. Resulta interesante develar la manera en que se posicionó la preocupación por la debilidad de quienes acceden a la relación de derecho privado. Como explica María Ángeles PARRA LUCÁN, la forma en que fue pensada la autonomía por el liberalismo que impregnó la codificación decimonónica, a partir de las creencias en la libertad e igualdad de los seres humanos, indujo a que la libertad contractual fuera considerada como un elemento previo al legislador, pudiendo limitársele de manera excepcional con cargo a que los demás también puedan disfrutar de sus derechos y libertades⁷²¹. Al desprenderse paulatinamente el derecho privado de estas asunciones, la idea de autonomía sin intervenciones fue girando hacia una

⁷²¹ PARRA LUCÁN, 2018: 43.

que requiere regulación para evitar agudizar y reproducir las desigualdades que existen entre las partes de una relación contractual.

Respecto de este punto, la autora propone una analogía con lo ocurrido en el escenario laboral. A su juicio, resulta «[...] ilustrativo recordar el caso del Derecho del trabajo y el paradigma de la figura del trabajador como contratante ‘débil’»⁷²². La configuración moderna del derecho del trabajo fue perfilada como un modo de restricción y encauce de la autonomía de la voluntad. Su propósito fue cautelar la posición del trabajador –en su calidad de contratante débil– en el contrato de trabajo. Dada la asimetría que caracteriza esa relación contractual se hizo urgente disociar el tratamiento de la autonomía de los contratantes de la forma tradicional que adoptó el derecho privado moderno. La constatación de la desigualdad de la relación jurídica laboral alteró el libre juego de las voluntades en dicho contexto. Según PARRA LUCÁN, «[e]ste es un camino que el Derecho civil está recorriendo en la actualidad»⁷²³. De modo tal que las limitaciones al libre ejercicio de la autonomía que tienen lugar precisamente frente al desequilibrio de los poderes de negociación y la desproporción de las prestaciones entre las partes han sido trasladadas al derecho de contratos.

Esta sensibilidad por los intereses y la situación del trabajador es replicada en el derecho contractual según la ubicación del contratante débil que experimenta vulnerabilidades frente a la asimetría que favorece a la parte aventajada de la relación. El posicionamiento del trabajador como parte *débil* del contrato de trabajo es reconocido, entonces, como estándar para cautelar la situación del contratante *débil* de los demás vínculos jurídicos privados. Tal empresa se conjuga con los límites que establecen las regulaciones en materia de consumo. El lugar que ocupa el consumidor refuerza, por supuesto, la relación asimétrica y la posición desfavorecida que enfrenta. La protección del consumidor se inserta en esta aspiración general de amparar la situación de la parte débil en los asuntos privados, impactando tanto la legislación de consumo, como la civil y la constitucional⁷²⁴. Autores como Luis DIEZ-PICAZO han precisado que la protección de los consumidores da cabida a un *nuevo derecho de los*

⁷²² PARRA LUCÁN, 2018: 43.

⁷²³ PARRA LUCÁN, 2018: 43.

⁷²⁴ El artículo 51 de la Constitución española de 1978 prescribe, en su primer numeral, que «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos».

*contratos*⁷²⁵. Así, ha tenido lugar un incremento de estatutos que protegen directamente la posición de ciudadanos como adquirentes o potenciales adquirentes de bienes y servicios y al disfrute de estos. Ello explica, desde su visión, la reformulación del derecho contractual en atención a la protección de los intereses del consumidor –como parte *débil*– de esa clase de relación jurídica. Siguiendo a DIEZ-PICAZO, «[...] resulta clara la aparición al lado del tradicional Derecho de Contratos, de carácter común, de un nuevo Derecho de la Contratación, caracterizado por la consideración de una de las partes contratantes como destinatario final del bien o servicio, que determina una protección más enérgica de los intereses de tal parte contratante»⁷²⁶.

Esta interacción entre el derecho civil y el derecho de consumo en el diseño de un derecho contractual sensible con la posición de debilidad de una parte ha sido incluso planteada en torno a la posibilidad de formular un *principio general de protección de la parte débil en el derecho privado*⁷²⁷. De acuerdo con Rodrigo MOMBERG URIBE, el establecimiento de este principio va de la mano con la integración de principios y normas que promueven el amparo de los consumidores en las legislaciones civiles generales, pese a la mantención de normativas especiales en el ámbito del consumo. Del mismo modo, es necesario consagrar instituciones destinadas a la sanción de las conductas abusivas de la parte favorecida de la relación. ¿Qué ocurre, entonces, con el principio de protección de la parte débil? Una diferencia entre el clásico derecho de contratos y el actual es que a los principios de libertad contractual y fuerza obligatoria del contrato se añade el principio de protección a la parte débil⁷²⁸. Para estos propósitos, la parte débil es entendida como «[...] aquella que se encuentra en una situación de desventaja estructural respecto de su contraparte, ya sea por motivos económicos, sociales o familiares»⁷²⁹. Sobre la base de esta comprensión, naturalmente, el ámbito de operatividad del principio de protección se ensancha abarcando la generalidad de las relaciones contractuales, aunque no esté, en rigor, involucrado un consumidor.

⁷²⁵ DIEZ-PICAZO, 1996: 136-138.

⁷²⁶ DIEZ-PICAZO, 1996: 137. Énfasis añadido.

⁷²⁷ MOMBERG URIBE, 2015: 739-758.

⁷²⁸ MOMBERG URIBE, 2015: 479.

⁷²⁹ MOMBERG URIBE, 2015: 750.

Tal fenómeno es significativo en torno a la consideración de los intereses de esta parte del vínculo contractual. Ricardo LORENZETTI ha subrayado que la forma en que se han complejizado las relaciones contractuales apuró el tránsito entre el principio *favor debitoris* hacia otro *favor debilis*⁷³⁰. Al desacoplar la noción de deudor de su eventual debilidad y desventaja –porque hay deudores fuertes tal como acreedores débiles– se da forma a un principio general protectorio que, en lugar de la calidad que le corresponda a la persona como sujeto de una determinada relación obligatoria, presta atención al lugar que el individuo ocupa de manera estructural. Como indica LORENZETTI, «[l]as nociones de acreedor o deudor, aunque son conceptos jurídicos generales, atienden a la situación de un sujeto en una relación bilateral. En cambio, los nuevos conceptos como ‘trabajador’ o ‘locatario’, toman en cuenta, progresivamente, la posición estructural en el mercado»⁷³¹. La noción de consumidor reafirma la necesidad de considerar la posición estructural de debilidad más allá de una cuestión meramente contextual, como aquella que hace que un deudor sea *débil* según las circunstancias particulares de la relación en la que forma parte.

Dado que la cuestión principal para la formulación y posterior aplicación del principio de protección de la parte débil en el derecho privado es la debilidad estructural en la cual está situada la persona, se ha insistido en acrecentar su espectro de operatividad de modo tal de pensar en el *ciudadano* como sujeto de amparo. Martijn W. HESSELINK ha sugerido la introducción de la protección de la parte débil en los Códigos Civiles contemporáneos y, con ello, abandonar la suerte de fractura que está presente entre el derecho privado general y el derecho del consumo. Este contraste, según HESSELINK, muestra al derecho privado general como excesivamente formal y al derecho del consumidor continuamente preocupado de proteger a la parte más débil, lo cual siempre «[...] hace que el derecho privado general parezca bastante técnico y apolítico»⁷³². Su proyecto es, por el contrario, politizar el derecho privado y, de allí, que desde su parecer es indispensable extender la protección de la parte más débil al derecho privado, con un alcance general y sin que se trate necesariamente de

⁷³⁰ LORENZETTI, 1994: 55-56.

⁷³¹ LORENZETTI, 1994: 56.

⁷³² HESSELINK, 2014: 35.

consumidores. En efecto, «[...] no hay una razón sustantiva convincente para limitar la protección de las partes más débiles a los consumidores»⁷³³.

Pero allí no hay solo envuelto un interés en dilatar la zona de protección, sino de preguntarse por la conformidad con que los seres humanos seamos institucionalmente resguardados en términos de consumidores y no en cuanto tales⁷³⁴. Tal cuestión tiene un matiz normativo y se encuentra estrechamente vinculada con las demandas de dotar de dimensiones políticas al derecho privado, resaltando también las que ya posee. Si el resguardo de la debilidad que afecta a algunos individuos se gestiona desde el carácter de consumidor no se logra tener en consideración todos los intereses involucrados. En atención al sustrato político que tiene esta decisión sobre el amparo de quienes se encuentran ubicados en posiciones de desventaja estructural, es conveniente que ella se tome en tanto ciudadanos y no como consumidores. Por eso, HESSELINK advierte que

[a]l considerar los méritos de una protección de la parte más débil, debemos considerar y sopesar los intereses de todas las partes potencialmente afectadas, incluidos los vendedores y [...] terceros [...]. *Si aspiramos a una deliberación política significativa, no pueden entrar en el debate político como simples partes interesadas: la política es para los ciudadanos, no para los consumidores*⁷³⁵.

De acuerdo a lo anterior, el forjamiento del principio general de protección de la parte débil en el derecho privado alienta una mayor interacción entre las regulaciones de derecho civil y derecho del consumo y, de igual modo, que la protección sea efectuada en virtud de la calidad de ciudadanos y no como consumidores. En tales términos, resulta ostensiblemente ampliado el ámbito de operatividad del amparo. A diferencia del derecho de contratos tradicional, el *nuevo* derecho contractual reconoce la vigencia de un principio general de protección de la parte débil, incluyendo por tal a todos los ciudadanos que están posicionados en una situación de desventaja estructural. Por lo tanto, la pregunta con la cual se inició este apartado ahora tiene más fuerza: ¿para qué es necesario el altruismo moderado?

⁷³³ HESSELINK, 2014: 35.

⁷³⁴ HESSELINK, 2014: 36.

⁷³⁵ HESSELINK, 2014: 37. Énfasis añadido.

La prevención preliminar según la cual la protección de la parte débil y el altruismo moderado no están ubicados en el mismo nivel sigue vigente. De una parte, el primero constituye una reorientación del derecho de contratos organizada a luz del amparo de quienes están situados en una debilidad estructural, del modo en que antes ocurrió con el derecho del trabajo y su consideración del trabajador como parte débil. De otra, el segundo es uno de los fundamentos normativos del derecho contractual y, si es correcto, de las demás preocupaciones del derecho privado. Aun cuando no haya un conflicto inmediato puede aprovecharse este contrapunto para explicitar aspectos valiosos que ofrece al altruismo moderado y reforzar su relevancia para el derecho de contratos. En este sentido, pueden recogerse dos consideraciones, la primera sobre el funcionamiento y la segunda, en tanto, es relativa al alcance que tiene cada noción.

En primer término, la manera en que *opera* el principio de protección de la parte débil radica en velar y amparar los intereses y la posición contractual de quien se encuentra en la situación de desventaja estructural. Su aspiración es protegerlo de posibles abusos, tratos injustos y consecuencias nocivas por parte de quien esté en una posición favorecida. De ahí que en ocasiones este objetivo cobrará un sentido preventivo mediante el establecimiento de principios, reglas e instituciones que cautelen los abusos del contratante aventajado en contra del vulnerable. En otras tantas, en cambio, esta meta se expresará en la represión y sanción de las conductas abusivas y los perjuicios que sufra la parte débil⁷³⁶. No hay que perder de vista que la conformación de este marco general de protección está inspirada en mecanismos organizados en el derecho del consumo que son insertados en el derecho privado general.

El altruismo moderado insta en su condición de sustento normativo del derecho contractual a la preocupación permanente y, a veces, a la actuación positiva a favor de los intereses del otro contratante. El rechazo del *prisma* según el cual el interés propio predomina sobre el ajeno, desencadena comportamientos de las partes. Las demandas de cuidado, atención y actuación por el interés de los demás tienen una dimensión *prospectiva*: están orientadas hacia la obtención de determinadas acciones en el porvenir⁷³⁷. Desde el punto de vista conductual del altruismo, se trata de alcanzar efectos o consecuencias de las conductas de las

⁷³⁶ MOMBERG URIBE, 2015: 750.

⁷³⁷ Respecto a la relevancia de la faceta prospectiva del altruismo moderado véase el capítulo VI.

partes contratantes. No hay en el fundamento altruista, por tanto, pretensiones claramente represivas o sancionatorias. Los institutos que transparentan esta clase de consideraciones establecen deberes y exigencias de comportamiento para las partes que poseen un talante altruista.

Con base en estas observaciones, es posible hallar una discrepancia en el funcionamiento de ambos esquemas. Mientras que la protección de la parte débil no involucra directamente el establecimiento de demandas de actuación de los contratantes, mutuamente exigibles, el altruismo moderado se derivan deberes de conducta para que los contratantes tengan en consideración el interés ajeno, exigiéndoseles que, en determinadas circunstancias, actúen derechamente en su exclusivo beneficio. Este punto de diferenciación muestra que para hacer efectivas sus respectivas pretensiones el principio general de protección de quien está en la desventaja estructural requiere de una marcada intervención institucional. Por ello, resulta indispensable la integración del engranaje del derecho del consumo en el derecho privado con miras a dotarlo de su institucionalidad y hacer factible que la protección que recibe el *consumidor* sea extrapolada al *débil* en los asuntos jurídicos privados. Se requieren, entonces, dimensiones de diseño institucional que, por el contrario, no exige el altruismo moderado. El derecho de contratos cuenta con reglas, instituciones y prácticas a las cuales subyacen consideraciones altruistas y que encauzan las conductas de los contratantes en esa dirección. No es necesario el trasplante del vocabulario, lógicas e institutos del derecho del consumo – ni de ninguna otra área de lo jurídico– en el derecho de contratos. Ello es consecuencia del lugar que ocupa en la estructura normativa compleja del derecho contractual.

Por otra parte, el movimiento que importa la *protección* del principio de la parte débil a la *actuación* a favor del interés del otro contratante, no solo pone de manifiesto una forma disímil de operatividad, sino que el carácter protectorio de la primera empresa está delineado en sintonía con la forma en que es entendido el solidarismo contractual por los estudios dogmáticos⁷³⁸. Según fue mostrado, esta posición doctrinaria intenta corregir los efectos

⁷³⁸ Rémy CABRILLAC, en particular, explica que el nuevo derecho de contratos francés se ha adaptado a las necesidades sociales en torno a dos directrices: (i) la protección de la parte débil y (ii) la consagración de la teoría de la imprevisión (CABRILLAC, 2019: 68-72). Respecto del primer punto, este es entendido en términos de una expresión del programa del solidarismo contractual, el cual se erige como una reacción frente al liberalismo que permeó el Código Civil de 1804. La reforma se inspira en el derecho del consumo y derecho del trabajo como estatutos de protección y adopta claros parámetros solidaristas a favor del débil. Como señala

perjudiciales y abusivos producidos por la desigualdad y el desequilibrio en el poder de negociación de los contratantes. Por este motivo, el solidarismo focaliza su atención en el lugar que ocupa y la situación que enfrenta la parte débil de la relación contractual. En efecto, «[l]a visión solidarista persigue el equilibrio en los negocios y la protección de los más débiles»⁷³⁹. En cuanto a las finalidades, entonces, hay evidentes puntos de encuentro entre ambos enfoques.

Pero, además, se reabre la cuestión que antes fue sostenida acerca del solidarismo contractual y su posible encaje con algún fundamento normativo; a saber, que muchas de sus consideraciones podrían calzar con un individualismo desinteresado. Del mismo modo, el principio general de protección del débil tanto en el derecho de contratos como en el derecho privado general debe asentarse sobre algún fundamento normativo. Si se acepta la dualidad de sustratos que se ha presentado entre individualismo desinteresado y altruismo moderado, este enfoque doctrinario puede engarzarse con el primer parámetro de fundamentación. Para el individualismo desinteresado su compromiso con la autonomía supone la autorización para lograr el autointerés con el debido respeto por los intereses ajenos, prohibiendo causarles daño en la búsqueda de los propios. Es necesario tener presente los intereses ajenos, al menos para evitar que sean pasados por alto o derechamente lesionados. El amparo de quien está en una situación estructural de vulnerabilidad está configurado en este sentido, aun cuando se trata de una protección localizada en *quien* se encuentra en dicha situación de desventaja. Esta focalización y el reconocimiento de que la posición del débil lo hace más expuesto a incorrecciones normativas, abusos o atropellos y, por ello, es cierto que, si el prisma de la protección del débil puede efectivamente congeniarse con una justificación individualista – en su sentido desinteresado– el cuidado de los intereses de esa parte débil es agudizada. Hay una mayor exigencia en la consideración de los intereses del contratante débil. No obstante, este vigor puede fundarse en aquella lectura del individualismo, sin que estén allí involucrados componentes verdaderamente altruistas.

el autor, «[e]n el derecho de las obligaciones, la jurisprudencia había permitido evoluciones, utilizando algunos estándares como equidad, abuso o buena fe. Pero el frágil equilibrio de las fuentes del derecho no da bastante poder al juez. Así las cosas, la reforma introduce más justicia contractual en los textos [...]». CABRILLAC, 2019: 69.

⁷³⁹ BERNAL-FANDIÑO, 2013: 52.

Esto explica por qué, a mi juicio, la dogmática civil de más renombre conjuga la formulación del sistema de protección del débil con exigencias de la justicia correctiva en el ámbito contractual. La justicia correctiva vela por intercambios justos y realizados en condiciones equilibradas y en términos paritarios entre los contratantes. El respeto por la posición contractual de la otra parte del contrato es una de las exigencias de la justicia correctiva y resulta natural pensar que tal resguardo devenga más intenso cuando se trata de una persona ubicada en una desventaja estructural. Dicha forma de ver la idea de justicia tiene, a su vez, un buen acomodo con el individualismo desinteresado. Desde esta línea, DÍEZ-PICAZO señala que la conformación del *nuevo* derecho de los contratos con énfasis protectorio en el débil proviene de consideraciones de justicia correctiva y directivas económicas básicas. Sobre este punto, el autor aduce lo siguiente: «¿[c]uál ha sido la reacción de los ordenamientos jurídicos modernos frente a ese tipo de fenómenos? *No cabe duda de que ha sido una tendencia a la protección del interesado más débil y ello, ante todo, por indiscutible exigencia de la justicia conmutativa, pero también por las exigencias mismas que el sistema económico determina*»⁷⁴⁰.

En segundo lugar, el contraste en cuanto al *alcance* que tiene la protección de la parte débil y el altruismo moderado echa luz sobre un significativo atributo de este modelo de fundamentación normativa. El espectro de aplicación que tiene cada modelo depende de sus respectivos presupuestos de operatividad. En este sentido, el principio general de protección del débil supone una cuestión que no es presupuesta por el fundamento altruista para establecer sus demandas. La situación de debilidad o desventaja estructural constituye *el* elemento que es determinante para la protección y resguardo de sus intereses y posición contractual. Tal como ocurre en materia de consumo, en que su institucionalidad vela por los derechos e intereses del *consumidor*, la configuración del principio de protección ampara al *débil*. Para que entre en funcionamiento el sistema protectorio es indispensable la presencia de un contratante ubicado en una situación de desventaja estructural, porque únicamente de esta manera puede ser objeto de conductas abusivas, tratos injustos y atropellos por quien

⁷⁴⁰ DIEZ-PICAZO, 1996: 132. Énfasis añadido. También ha presentado dicha asociación, con algunos matices, al afirmar que «[...] una concepción social del derecho y de la economía no puede por menos de tratar de proteger especialmente determinados intereses puestos en juego en la contratación, como son por regla general los de la parte económica más débil». DIEZ-PICAZO, 1996: 359.

tiene la posición aventajada. El altruismo moderado no supone, por el contrario, la debilidad de quien es favorecido por las conductas altruistas que le exigen al otro contratante. La consideración y eventual actuación en favor del solo interés ajeno no importa que quien es beneficiado por esas conductas esté situado bajo una condición de vulnerabilidad estructural. Ahora bien, es probable que las consideraciones altruistas que subyacen a institutos del derecho contractual reflejen, en algún grado, situaciones de vulnerabilidad de una parte, pero ello no es conceptualmente necesario. Si eso se presentara, naturalmente, sería una debilidad *contextualizada* según las circunstancias particulares del vínculo contractual y no se trataría de modo alguno de una desventaja *estructural*.

Al cotejar el modelo de protección del débil en el derecho de contratos con el fundamento altruista, el primero aparece sujeto a una restricción ineludible porque su actuación está circunscrita a hipótesis que afectan a la parte débil. Aunque la protección sea extendida, como lo propone HESSELINK, a la idea de ciudadano persiste la limitación respecto de sus presupuestos, en la medida en que por definición debe estar situado en la posición de desventaja o debilidad estructural. Las instituciones de las cuales se desprenden consideraciones altruistas no prejuzgan esa situación de desventaja. En este sentido, la debilidad estructural comporta, al mismo tiempo, una extensión y una restricción del espectro de operatividad de la protección del débil en el derecho privado. Es una *extensión* porque responde a la orientación antes señalada de abandonar la calidad que puntualmente la persona ocupa en un contrato –deudor– o en una determinada relación especial –consumidor– y se centra en la situación de desventaja en que está posicionado y que detona las conductas que se buscan prevenir o sancionar. De igual manera, importa una *restricción* porque el efecto protectorio solo tiene lugar precisamente en supuestos de ese orden *i.e.* personas *débiles* por cuanto están emplazadas en esa situación de desventaja estructural.

La ausencia de prejuzgamiento por parte del altruismo moderado constituye un aspecto significativo de su funcionamiento, el cual es, asimismo, coherente con su papel como fundamento normativo del derecho de contratos. La fundamentación general de un área del derecho privado no puede estar limitada a una determinada calidad o bien a una cierta situación. Las consideraciones altruistas no prejuzgan ni están encasilladas en las partes débiles del ámbito contractual. La consideración por los intereses ajenos no discrimina,

pudiendo ser débiles o fuertes. De hecho, ninguna de las instituciones contractuales precedentemente revisadas tiene entre sus presupuestos de aplicación que el beneficiado de sus estándares se encuentre situado en una debilidad estructural. Pero esta observación puede esgrimirse en forma de juzgamiento crítico para el altruismo moderado. Si este no exige que se trate de un contratante débil o que esté colocado en una situación de desventaja estructural, ¿sus demandas podrían incluso promover los intereses de un contratante fuerte o que se encuentre favorablemente posicionado?

Llevado a la inversa, el fundamento altruista no está limitado a favorecer exclusivamente los intereses de los contratantes débiles. Es perfectamente posible que sus dictámenes encaminen la conducta de un contratante más o menos débil a beneficiar a uno más fuerte o aventajado que él. Gracias a su carácter conductual, la adopción del altruismo moderado conlleva desprenderse de las motivaciones y centrarse en los resultados de las acciones. Por ello, no es una buena pregunta cuestionarse sobre el porqué un contratante débil tendría la intención de actuar positivamente a favor de otro que está mejor posicionado y disfrutando de una situación aventajada. Desde el punto de vista del altruismo moderado, ello es y debe ser irrelevante. La cuestión es conseguir indirectamente resultados de corte altruista a partir de ciertas prácticas contractuales y no que los contratantes sean también altruistas. Cuando el altruismo es entendido en términos motivacionales, puede verse como crucial indagar acerca del motivo que esconde la actuación favorable de un contratante débil a favor de otro fuerte. Para el prisma conductual que asume el altruismo moderado, en cambio, el ideal reside en desafiar la preeminencia de los intereses propios sobre los ajenos, preocupándose constantemente de estos y, en ocasiones, realizando acciones derechamente dirigidas para alcanzar el interés del otro contratante. Como se podrá apreciar, para ello es absolutamente indiferente que los intereses ajenos sean de un contratante desaventajado o aventajado.

Finalmente, es posible añadir dos cuestiones que conviene tener presente. De una parte, el altruismo moderado no necesita ser construido o insertado dogmática ni institucionalmente en el derecho de contratos. Del modo en que se ha presentado su lugar en el derecho contractual, se sigue que las exigencias altruistas provienen de reglas, instituciones y prácticas que forman parte de este ámbito del derecho privado, tal como es conocido por quienes participan en sus relaciones jurídicas. El principio general protectorio del débil

responde, por su parte, a un proceso de reorganización del derecho contractual con base en la introducción del vocabulario, herramientas e institucionalidad que caracterizan el derecho del consumo. De otra, el alegato de HESSELINK según el cual es necesario politizar el derecho privado general y, de allí, es relevante que la protección se otorgue a los individuos en su calidad de ciudadanos antes que como consumidores. Librar al derecho privado de su dimensión absolutamente formal es crucial para encajarlo en las exigencias de las sociedades modernas. Como se verá en el último capítulo, el posicionamiento del fundamento altruista en la estructura normativa del derecho contractual presenta repercusiones para el derecho privado. El altruismo moderado exalta la dimensión normativa y política del derecho privado. Su ideal regulativo de preocuparse por los intereses ajenos delinea los contornos de un horizonte normativo que tiene efectos en la manera en que es entendido el derecho privado, permitiendo que problemáticas colectivas y fuertemente políticas sean también parte de sus preocupaciones. Si el cambio de las categorías de consumidor al ciudadano brinda, como cree HESSELINK, atributos políticos al derecho privado, el altruismo moderado que aboga por los intereses de los demás, revela una fundamentación cuyo alcance es aún más general, normativa y política.

5. EXPLOTACIÓN

Íntimamente relacionado con el tratamiento anterior está el lugar que ocupa la explotación en el contexto del derecho contractual. La idea de explotación tiene un vínculo con la posición de debilidad que afecta a una de las partes del contrato. Por ello, puede decirse que la proscripción de la explotación en el contrato es también una expresión de la protección del débil en los asuntos contractuales. Sin embargo, el tipo de debilidad que aqueja al contratante es algo distinto. Se trata de una debilidad más bien *contextual* que estructural como fue relevante durante el apartado precedente⁷⁴¹. En muchas ocasiones, la explotación opera frente a ciertas carencias particulares de uno de los contratantes, que tienden a ser de índole subjetiva, tales como déficits educacionales, culturales, sociales o económicos. A partir de situaciones de vulnerabilidad de esta clase, tiene lugar el aprovechamiento protagonizado por

⁷⁴¹ En la literatura sobre explotación se habla de explotación *transaccional* como opuesta a la *estructural*, de corte marxiana. En la primera modalidad se trata de una injusticia que constituye un rasgo de una transacción discreta entre dos o más personas. Véase, ZWOLINSKI y WERTHEIMER, 2017.

la otra parte del contrato. Esta situación, como se verá, no es en absoluto desconocida para los estudios de derecho privado ni para las regulaciones y, en efecto, ha logrado recepción tanto en Códigos Civiles contemporáneos como en instrumentos de armonización⁷⁴².

Como se podrá apreciar, la explotación de la debilidad del otro contratante tampoco transita por el mismo carril que el fundamento altruista moderado. No se trata, de nuevo, de un posible rival directo para la fundamentación normativa del derecho contractual. Tampoco hay una genuina tensión entre ambos esquemas. Me interesa echar un vistazo a la idea de explotación porque comparte con el posicionamiento del altruismo, un cuestionamiento crítico al prisma individualista –ligado a la vertiente egoísta– según el cual el autointerés tiene un predominio absoluto respecto de los intereses de la otra parte, pudiendo inclusive aprovecharse de la vulnerabilidad de este último para maximizar su utilidad y réditos del contrato. Con todo, el altruismo moderado goza de mayor amplitud e importa, a su vez, demandas más exigentes que la prohibición de explotar la debilidad de la otra parte. La pregunta que podría formularse es, por ende, si acaso esta proscripción puede o no considerarse como una manifestación más del fundamento altruista en el derecho de contratos.

El fenómeno de la explotación excede con creces el campo contractual. Es conocida en el pensamiento económico y en la filosofía del derecho del trabajo la noción de explotación que elaboró Karl MARX. A pesar de que el capitalista paga al trabajador el valor de su trabajo, mantiene en su poder el mayor valor de los bienes que ha producido. La diferencia entre ambos valores constituye el beneficio *i.e. plusvalía* con la cual se queda el capitalista y representa la forma como este explota al trabajador. De acuerdo con MARX, «[l]a tasa de plusvalor, por consiguiente, es la expresión exacta del *grado de explotación de la fuerza de trabajo por el capital*, o del obrero por el capitalista»⁷⁴³. Opera una apropiación forzada del valor excedente que es generado por el trabajador. El influjo del prisma marxiano sobre la relación de explotación entre el capitalista y el trabajador explica por qué la idea de

⁷⁴² Un conspicuo ejemplo de ello es la reforma efectuada en el año 2016 al derecho de los contratos del *Code* en la cual se sanciona la explotación abusiva de la situación de dependencia en el nuevo artículo 1143. En el contexto de los instrumentos internacionales, en tanto, pueden citarse los Principios Unidroit en su artículo 3.2.7 (*Excesiva desproporción*); el DCFR en el artículo II.–7:207: *Explotación indebida*; los PECL en su artículo 4:109: *Beneficio excesivo o ventaja injusta*; y los PLDC en el artículo 37. *Excesiva desproporción*.

⁷⁴³ MARX, 1975: 262. Énfasis del original.

explotación constituye una de las vías más promisorias para justificar filosóficamente el derecho del trabajo⁷⁴⁴. Un rasgo importante de la explotación en MARX es que tal término es moralmente neutro⁷⁴⁵. Y esto la aleja de inmediato de la explotación que puede interesar en las relaciones contractuales.

En este sentido, ¿qué cabe entender por explotación? Siguiendo a Matt ZWOLINSKI y Alan WERTHEIMER, «[e]xplotar a alguien es aprovecharse injustamente de ellos. Es usar la vulnerabilidad de otra persona para beneficio propio»⁷⁴⁶. Richard ARNESON precisa que, en el uso moralmente cargado de esta noción –que es el cual nos interesa– explotación significa «[...] uso injusto. El explotador usa a las personas [...] de una forma que es de alguna manera injusta»⁷⁴⁷. Dicha consideración acarrea ciertas dificultades porque si lo anterior es correcto, habrá, entonces, tantas concepciones de la explotación como posiciones acerca de lo que nos debemos unos a otros para tratarnos de modo justo⁷⁴⁸. De ahí que determinar qué cuenta como explotación supone previamente definir qué cuenta cómo tratarnos de modo justo. Más allá de esto, se trata de una forma asentada de concebir la explotación y esto es replicado en el esquema de acuerdo con el cual esta tiene lugar. Según ZWOLINSKI y WERTHEIMER, la explotación obedece a la siguiente fórmula: *A* explota a *B*, si *A* saca una ventaja injusta del otro agente, *B*⁷⁴⁹. Nicholas VROUSALIS, por su parte, indica que la aproximación genérica de la explotación afirma que «[...] *A* explota a *B*, si y solo si: (1) *A* se beneficia, (2) de una relación social con *B*, (3) aprovechándose de *B*»⁷⁵⁰. Joel FEINBERG, finalmente, indica que toda explotación interpersonal «[...] implica que una parte (*A*) obtiene un beneficio de su relación con otra parte (*B*), al ‘aprovecharse’ de algún modo de alguna característica de *B*, o de alguna característica de las circunstancias de *B*»⁷⁵¹.

Cuando se alude a la idea de que un agente se aprovecha injustamente de otro puede entenderse en dos sentidos distintos: de un lado, puede referirse al *resultado* del acto de

⁷⁴⁴ Este argumento justificativo está desarrollado en SPECTOR, 2018: 205-208.

⁷⁴⁵ ARNESON, 2001: 516.

⁷⁴⁶ ZWOLINSKI y WERTHEIMER, 2017.

⁷⁴⁷ ARNESON, 2001: 515. Del mismo modo, Benjamin FERGUSON concibe la explotación en términos de «aprovechamiento injusto». FERGUSON, 2016: 951.

⁷⁴⁸ ARNESON, 2001: 515.

⁷⁴⁹ ZWOLINSKI y WERTHEIMER, 2017.

⁷⁵⁰ VROUSALIS, 2018: 2. Énfasis añadido.

⁷⁵¹ FEINBERG, 1990: 179. Énfasis del original.

explotación o transacción y, de otro, que hay algún defecto en el *proceso* en virtud del cual se arrojó el resultado injusto. Si se trata del primer sentido corresponde a una transacción *sustancialmente* injusta. La segunda dimensión consiste en una transacción *procesalmente* injusta⁷⁵². Este contraste tiene especial importancia para la esfera contractual porque la explotación de la debilidad del otro contratante conlleva las dos formas de aprovechamiento injusto⁷⁵³. Tal confluencia fue advertida por ATIYAH y pone en duda uno de los principios en que se asienta el derecho de contratos tradicional y que, por supuesto, encuentra sustento normativo en la filosofía individualista; a saber, el principio de la equivalencia de las prestaciones, el cual suele ser visto como una cuestión irrelevante y cuya observancia no afecta la validez del contrato.

Este principio es considerado como irrelevante porque los contratos no dependen de que las prestaciones pactadas por las partes sean efectivamente equivalentes entre sí. En atención al gobierno de la autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales, baste con que los contratantes hayan actuado de manera autónoma y puedan velar de la mejor forma posible por sus intereses. Al asumir que actúan racionalmente, se entiende que son los individuos quienes maximizan su autointerés y determinan cuánto están dispuestos a gastar para obtener un determinado bien o servicio que requieren. De ahí que, si una persona desea pagar más por un bien o servicio de lo que este objetivamente vale, o bien vender un bien o prestar un servicio por un valor menor al cual correspondería hacerlo, es parte de las decisiones del agente autónomo en el campo contractual. Como afirma Esther GÓMEZ CALLE, en virtud de su decisión autónomamente encauzada, esta «[...] le vincula y el contrato debe cumplirse conforme a lo pactado (*pacta sunt servanda*), aunque la otra parte obtenga de este modo, correlativamente, un beneficio que vaya más allá de los parámetros habituales en el mercado»⁷⁵⁴.

Junto con los presupuestos de actuación racional, libre y consentida que están aquí puestos sobre la mesa, es evidente el compromiso individualista que exhibe la irrelevancia del principio de equivalencia de las prestaciones. La fractura tajante entre los intereses de ambas

⁷⁵² ZWOLINSKI y WERTHEIMER, 2017.

⁷⁵³ En este sentido, GÓMEZ CALLE, 2018: 30.

⁷⁵⁴ GÓMEZ CALLE, 2018: 21. Énfasis del original.

partes y el predominio de los propios sobre los ajenos, dan cuenta de que solo al contratante le concierne determinar cómo puede alcanzar sus intereses personales del mejor modo posible. Los términos y alcances a los cuales contractualmente arribe constituyen parte de su desempeño autónomo y, como tal, es *formalmente* vinculante para él, aun cuando no sea *sustancialmente* el mejor arreglo y refleje, en verdad, condiciones desproporcionadas a favor del otro contratante. Frente a este, el derecho contractual prevé reglas sobre los vicios del consentimiento sobre el proceso de formación del acuerdo de voluntad y, generalmente con efecto restringido, la lesión. Pero su posición tradicional es no adentrarse en la justicia del intercambio, evaluando la proporcionalidad de sus términos. De ahí que, desde una visión preliminar, puede pensarse que el derecho de contratos «[...] *se preocupa más por la justicia procedimental que por la justicia sustantiva o intrínseca (esto es, del contenido) del contrato*»⁷⁵⁵. Revisar su contenido interno importa desatender el ejercicio de la autonomía de la voluntad de la parte, transgrediendo los principios de libertad contractual y fuerza obligatoria del contrato. Es suficiente con que el resultado haya sido adoptado conforme a procedimientos libres e informados, porque al intervenir en este conlleva una afectación de corte paternalista en contra del contratante.

ATIYAH cuestionó la idea según la cual el resultado contractual debe ser aceptado, porque «[s]implemente no hay base para decir que un intercambio libre y voluntario es injusto»⁷⁵⁶. El principio que aboga por la irrelevancia de la equivalencia de las prestaciones contractuales está sostenido, entre otras falencias, sobre una escisión artificialmente tajante entre la justicia procedimental y la justicia sustantiva en materia contractual, sosteniendo erróneamente que el derecho contractual solo atiende a la primera de ellas. Que el resultado sea también justo es ineludiblemente relevante para el derecho de contratos toda vez que aquel proviene de una cierta clase de procedimiento. Por ello, ATIYAH advierte acerca del modo en que es perfilado el contrapunto entre justicia procedimental y sustantiva, señalando que

[s]i bien esta distinción puede tener utilidad para algunos propósitos, quiero esgrimir una advertencia contra la creencia de que podemos separar completamente nuestras ideas acerca de procedimientos justos de nuestras ideas sobre resultados justos. Los

⁷⁵⁵ GÓMEZ CALLE, 2018: 22. Énfasis del original.

⁷⁵⁶ ATIYAH, 1986a: 347.

procedimientos, después de todo, afectan los resultados, y esa es una razón por la que estamos interesados en los procedimientos justos⁷⁵⁷.

ATIYAH da cuenta de ciertas observaciones que dificultan la posibilidad de trazar categóricamente las cuestiones procedimentales de los resultados cuando se trata de evaluar la calidad de los intercambios que tienen lugar en el escenario contractual. Por una parte, es cierto que vicio de la voluntad –como el dolo y la fuerza– se regulan desde un prisma procedimental y no necesariamente porque su resultado sea injusto. De hecho, puede que pese a la intervención fraudulenta o violenta el resultado no sea del todo injusto. Su prohibición opera con independencia del resultado en concreto y podría ser el caso de que este sea justo. No obstante, como ATIYAH sugiere «[...] todos nuestros instintos nos hacen escépticos sobre esta posibilidad»⁷⁵⁸. Con frecuencia los resultados que se alcanzan cuando obra el dolo o la fuerza en la celebración de un vínculo contractual no son justos, pero si a veces esto fuere así, no resulta suficiente para afirmar que el interés recae exclusivamente en el desarrollo de procedimientos justos con prescindencia de los resultados alcanzados. El interés en los primeros no disuade *per se* la preocupación por los segundos. Pues quizá «[...] la realidad es que el fraude y las amenazas a menudo conducen a intercambios injustos cuyo uso deseamos disuadir, independientemente del resultado en un caso particular»⁷⁵⁹.

Por otra parte, la brecha entre la dimensión procedimental y sustantiva de los intercambios justos no es correcta. Según ATIYAH, «[...] las ideas de justicia procedimental y sustantiva se alimentan una de la otra»⁷⁶⁰. Lo que cuenta como un resultado justo puede depender de lo que sea considerado como procedimientos justos. Si el dolo fuera admitido en las negociaciones contractuales, explica ATIYAH, el resultado de ese proceso sería aceptado solo en sociedades en que exista una cierta admiración por quien tiene habilidades con el empleo de la mentira y el engaño. A la inversa, la presencia de un resultado injusto o desequilibrado hace pensar que es producto de alguna irregularidad de carácter procedimental; que algo ha salido mal en el proceso de negociación. Para el autor está presente una presunción muy marcada y casi concluyente de acuerdo con la cual,

⁷⁵⁷ ATIYAH, 1986a: 333.

⁷⁵⁸ ATIYAH, 1986a: 333.

⁷⁵⁹ ATIYAH, 1986a: 334.

⁷⁶⁰ ATIYAH, 1986a: 334.

un contrato suficientemente injusto debe haber sido el resultado de procedimientos inadecuados. Esto es en parte, pero solo en parte, porque hay de hecho una presunción razonable de que un contrato muy injusto o desequilibrado fue el resultado de algunas irregularidades procedimentales; pero también se debe en parte a una idea normativa. Queremos que las personas se comporten como personas razonables; nuestras leyes e instituciones se basan en la suposición de que el hombre es un racional ser, y un ser racional con características particulares⁷⁶¹.

Uno de estos rasgos es que la persona no da a otro lo suyo sin una buena razón. Cuando el resultado no es justo, puede ser que uno de los contratantes no se ha comportado de manera completamente racional y, por ello, es que algo ha salido mal y distinto de la forma en que debió haber ocurrido. Con base en estas consideraciones, ATIYAH se esmera en mostrar un conjunto de casos en que el derecho de contratos ha mostrado realmente preocupación por la justicia sustantiva de los intercambios, siendo un interés importante para esa área garantizarla⁷⁶². No es casual que el actual derecho de contratos es proclive a indagar en las razones sustantivas de por qué los contratantes consienten y se obligan por sus acuerdos⁷⁶³. De este modo, ATIYAH se distancia de la creencia según la cual el derecho contractual es indiferente al principio de equivalencia de las prestaciones, en la medida en que no se preocupa de los resultados sino de los procedimientos. No es sencillo diferenciar entre la dimensión procedimental y sustantiva de los intercambios justos y, además, el derecho de contratos ha mostrado una clara preocupación por la justicia sustantiva expresada en el producto del proceso de negociación. De ahí, entonces, concluye sosteniendo que «[...] la relación entre los procedimientos de negociación y el acuerdo que es el resultado de esos procedimientos no es tan simple como a veces se ha sugerido; y que una vez que el derecho se interesa, como siempre lo ha hecho, y debe hacerlo, en los procedimientos en sí mismos, necesariamente está obligado a interesarse en la justicia sustantiva de los contratos»⁷⁶⁴.

Bajo el alero de la negativa formulada por ATIYAH de aceptar el divorcio entre la justicia procedimental y sustantiva de los intercambios, la explotación de la debilidad ajena para

⁷⁶¹ ATIYAH, 1986a: 334.

⁷⁶² ATIYAH, 1986a: 335 y ss.

⁷⁶³ Sobre esta apreciación de ATIYAH respecto de las razones de sustancia y su incidencia para leer el derecho contractual y su complejidad, véase capítulo II.

⁷⁶⁴ ATIYAH, 1986a: 354.

obtener un provecho da cuenta en el derecho de contratos de un espacio de convergencia entre esas dos modalidades de la justicia contractual. Siguiendo a GÓMEZ CALLE, los supuestos que cabe encajar en estas coordenadas son aquellos en que «[...] *lo desproporcionado de un contrato o de una donación procede o se explica por la situación de debilidad de una de las partes, que es aprovechada conscientemente por la otra para obtener una ventaja o un beneficio llamativo, excesivo o injusto*»⁷⁶⁵. La hipótesis de la venta ofrece las dos vías en que puede ocurrir el aprovechamiento injusto. Producto de su falta de experiencia, conocimiento de los negocios o derechamente ignorancia, un vendedor puede vender su inmueble al comprador por un precio mucho menor al que corresponde según el precio de mercado o, en la situación contraria, un comprador puede por el mismo motivo adquirir el bien a un precio muy superior al real. En ambos casos media la debilidad de uno de los contratantes y el consecuencial aprovechamiento del otro.

Aquí concurre, como fue deslizado, la consideración por ambas clases de justicia en los intercambios. Dicha confluencia opera en términos del déficit compartido de ellas: «[a] *la falta de justicia sustantiva* (desequilibrio o sacrificio excesivo) *se suma una falta de justicia procedimental* (explotación consciente de la situación ajena de vulnerabilidad)»⁷⁶⁶. Tiene operatividad, por tanto, la retroalimentación que correctamente adujo ATIYAH. Del mismo modo, en este tipo de situaciones se ilustra la preocupación que el autor afirmó que el derecho de contratos efectivamente manifiesta por la justicia sustantiva de los intercambios. Con ello, el principio que indica la falta de relevancia del equilibrio de las prestaciones es profundamente desafiado en estos supuestos, autorizando la revisión del contenido contractual y la justicia sustantiva o interna del acuerdo. El resultado contractual es doblemente relevante para el derecho de contratos: es desequilibrado y, a su vez, proviene de la explotación abusiva de una parte del contrato quien se aprovecha de la debilidad de la otra.

¿Qué ocurre, entonces, en los supuestos de explotación de la desventaja ajena? Como Núria GINÉS CASTELLET advierte, en los textos de armonización del derecho contractual que han consagrado las figuras de explotación en los intercambios, para que la validez del contrato sea afectada –en contra de la tesis de la irrelevancia de la proporcionalidad– no es suficiente

⁷⁶⁵ GÓMEZ CALLE, 2018: 30. Énfasis del original.

⁷⁶⁶ GÓMEZ CALLE, 2018: 30. Énfasis del original.

la influencia indebida de uno de los contratantes en contra del otro en la fase de formación del consentimiento. También es menester que esa influencia indebida «[...] arroje un determinado resultado, esto es una situación de desequilibrio contractual en forma de ventaja excesiva [...] o manifiestamente injusta [...] a favor de una de las partes»⁷⁶⁷. De ahí que el sistema de control del intercambio comience focalizando su actuación en el *procedimiento*, pero resulte inevitable que continúe revisando el *resultado* del acuerdo alcanzado. La primera faceta de la corrección es expresada por GINÉS CASTELLET en los siguientes términos:

[p]odría hablarse de una suerte de hipótesis de consentimiento imperfecto, determinado por la explotación desleal de una connatural (en el sentido de no derivada de las condiciones de mercado) situación de inferioridad de una parte, que se ventila en un grave perjuicio, normalmente económico, para esta última, con lo que –puede afirmarse–, *no se está tutelando la intrínseca justicia del intercambio contractual, sino solo la formal corrección del proceso a través del cual el intercambio es decidido y realizado*⁷⁶⁸.

Se mantendría, por tanto, en términos de ATIYAH, una cuestión de justicia procedimental del intercambio. Sin embargo, esta dimensión tiene interacción con la justicia sustantiva del acuerdo y, precisamente, los supuestos de explotación de la debilidad de la otra parte son expresiones de confluencia entre ambos ribetes de la justicia contractual. El concreto contenido de lo acordado es también objeto de control. En este sentido, GINÉS CASTELLET complementa la consideración anterior, añadiendo que

[...] *aquella imperfección en el proceso de contratación lleva ínsita, en su propia definición, la valoración del contenido contractual (que, como es sabido, debe traducirse en una ventaja injusta o excesiva para la parte beneficiada): ¿de qué manera, si no, va a poder apreciarse la explotación injusta o la obtención injustificada de una ventaja excesiva, que constituyen la base de la institución?*⁷⁶⁹

⁷⁶⁷ GINÉS CASTELLET, 2016: 13. Énfasis añadido.

⁷⁶⁸ GINÉS CASTELLET, 2016: 13. Énfasis añadido.

⁷⁶⁹ GINÉS CASTELLET, 2016: 13-14. Énfasis añadido.

Al recuperar el esquema básico de la explotación tratado tanto por ZWOLINSKI y WERTHEIMER como por VROUSALIS, se confirma que los supuestos de explotación injusta o ventaja excesiva en materia contractual responden a la idea general de explotación. En estos términos, *A* explota a *B*, si y solo si, *A* saca una ventaja injusta –a provechándose– del otro contratante, *B*. En el contexto de la gama de textos de armonización que acogen la explotación de la debilidad ajena, puede tenerse a la vista el Borrador del Marco Común de Referencia, el cual consagra en su artículo II.–7:207 la noción de *explotación indebida*⁷⁷⁰. La regulación reza como sigue:

- (1) Una parte puede anular un contrato si, en el momento de su conclusión:
 - (a) tenía una relación de dependencia o de confianza con la otra, se encontraba en dificultades económicas o tenía necesidades urgentes, era imprevisora, ignorante, inexperta o carente de habilidad en la negociación; y
 - (b) esta otra parte lo sabía o es razonable suponer que lo sabía y, atendidas las circunstancias y la finalidad del contrato, se aprovechó de la situación de la primera parte para conseguir un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta⁷⁷¹.

Al implementar la figura de la explotación, la regla expresa la *situación de vulnerabilidad* que aqueja a uno de los contratantes –*B*– y que está reflejada en que este se «encontraba en dificultades económicas o tenía necesidades urgentes, era imprevisora, ignorante, inexperta o carente de habilidad en la negociación». De igual manera, es exigido el *aprovechamiento* que el otro contratante –*A*– hace de esa vulnerabilidad, en la medida en que esta parte conocía tal situación o es razonable suponer que así era, y a pesar de ello, «se aprovechó de la situación de la primera parte para conseguir un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta».

Frente a la supuesta irrelevancia de la proporcionalidad de las prestaciones, cuando se verifican los requisitos subjetivos y objetivos de la explotación indebida, el derecho de contratos promovido por esta propuesta de armonización reacciona revisando el resultado del

⁷⁷⁰ La expresión original del DCFR es «*unfair exploitation*» que podría ser mejor traducida como «*explotación injusta*». No obstante, se ha conservado la fórmula escogida por la traducción empleada.

⁷⁷¹ JEREZ DELGADO, 2015: 106.

acuerdo, más allá de que haya sido pactado por contratantes libres y racionales que velan por sus intereses personales. Así, el contratante débil podrá solicitar, por ejemplo, la anulación del contrato como pedir al juez que adapte el contrato a lo que las partes hubieran acordado si hubiesen respetado las exigencias de la buena fe y lealtad contractual. Esta intolerancia está en sintonía de la preocupación que de acuerdo con ATIYAH el derecho contractual expresa por la justicia sustantiva de los intercambios.

A pesar de que la explotación en provecho de la debilidad del otro contratante no se encuentra situada en el mismo lugar que el fundamento altruista en su sentido moderado, presenta un cierto talante compartido que precisamente hace necesario el cotejo entre ambos modelos. En primer lugar, la explotación del contratante débil no realiza el mismo trabajo que la fundamentación altruista. Mientras que el primero busca proscribir aprovechamientos de un contratante de la situación de vulnerabilidad de la otra parte, garantizando así la justicia procedimental y sustantiva del acuerdo, el altruismo moderado ofrece un esquema de fundamentación normativa del derecho contractual en general. El radio de actuación es ciertamente disímil. En segundo lugar, persiste la limitación que presentaba el principio de protección del débil, ya que los supuestos de explotación injusta presuponen, al menos, la existencia de una situación de vulnerabilidad de un contratante y el aprovechamiento de esta por parte del otro. El altruismo no asume ni presupone la vulnerabilidad de una de las partes ni tampoco está en juego el posible provecho que obtenga uno de los contratantes a costa del otro. Ahora bien, al cambiar el foco desde la debilidad o desventaja estructural del individuo –como exigía el principio de protección del débil– a la explotación de la debilidad del otro contratante, la operatividad del esquema deviene más estricta, en tanto es necesario el cumplimiento de las condiciones que contempla la respectiva regulación de la figura. A diferencia de la protección del débil en el derecho privado, los supuestos de explotación injusta o ventaja indebida han sido expresamente reconocidos por distintos textos y, por ende, su aplicación está encuadrada a esos términos. De manera tal que es acentuada la restricción de su funcionamiento.

Los puntos anteriores deben ser reforzados por dos cuestiones más sustantivas. Nuevamente, los deberes positivos de actuación establecidos en el solo beneficio de uno de los contratantes echan luz sobre la diferencia de demandas en que están en juego entre la proscripción de la

explotación de la debilidad del otro contratante y el altruismo moderado. La exigencia que se encuentra tras la explotación injusta importa *cautelar* el aprovechamiento de un contratante de la situación de debilidad de la otra para obtener un beneficio o ventaja. De esta figura puede extraerse, con mayor o menor nitidez, un *deber de abstención* de una parte de aprovecharse de la vulnerabilidad de la otra. Por supuesto, esta prohibición supone que se han tenido en cuenta los intereses de la parte en situación vulnerable. Es precisamente tal situación la que justifica la demanda de no aprovechamiento de quien la soporta. Así, el contratante *debe tener presente* los intereses de la otra parte del vínculo si este se encuentra «en dificultades económicas o tenía necesidades urgentes, era imprevisora, ignorante, inexperta o carente de habilidad en la negociación», como indica la regulación antes notada. Dado que tiene en cuenta los intereses y la situación que aqueja al otro contratante, quien está desprovisto de esa vulnerabilidad tiene el deber de no aprovecharse «de la situación de la primera parte para conseguir un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta».

Esta reconstrucción de la figura agota las exigencias involucradas en la explotación de la debilidad del otro contratante y, como es posible observar, tiene un parecido con la esbozada sobre *parte* de las demandas de la buena fe en materia contractual. Por supuesto, esta continuidad no es una mera coincidencia. La explotación injusta en aras de aprovecharse de la situación de debilidad de la otra parte infringe la conducta que debe desplegar un contratante de buena fe. Servirse de la vulnerabilidad del otro para conseguir un beneficio contradice exigencias básicas de la buena fe. Ello está puesto de relieve en el hecho de que el contratante en lugar de mostrar su atención por los intereses de la otra parte vulnerable, respetándolos y evitando pasarlos por alto en la negociación contractual, se aprovecha de su situación para beneficiarse y alcanzar ventajas de manera directa. La explotación del otro contratante atenta contra la buena fe y los instrumentos de armonización han rescatado esta conjunción⁷⁷². Ya fue indicado que el Borrador del Marco Común de Referencia establece dentro de los efectos de la explotación indebida que «(2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el juez puede, si lo considera oportuno, adaptar el contrato con el fin de ajustarlo a lo que se hubiera acordado si se hubiesen respetado las exigencias de la buena

⁷⁷² Los PLDC en su artículo 37. *Excesiva desproporción* (1), consideran directamente la ventaja excesiva que obtiene una parte a costa de la otra como «*contraria a las exigencias de la buena fe*». Énfasis añadido.

fe contractual»⁷⁷³. Las condiciones pactadas por las partes en la situación de explotación de la vulnerabilidad del otro no son, por tanto, acordes a las demandas de la buena fe: el *resultado* del proceso de negociaciones devela la contradicción que se ahí produce. Como observa GÓMEZ CALLE, «[...] el DCFR considera la explotación indebida una *conducta de mala fe*»⁷⁷⁴. Esta cláusula también es parte de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos⁷⁷⁵. Allí se ha entendido que la explotación de la otra parte transgrede las exigencias de la buena fe y la lealtad contractual. En efecto, en los *Comentarios* de los PECL se establece que «[...] todos los sistemas jurídicos en determinadas circunstancias permiten la anulación de un contrato obtenido por medios contrarios a la buena fe y a la lealtad y, en algunos casos, *por el hecho de que sea contrario a la buena fe y a la lealtad, el contenido económico del contrato mismo*»⁷⁷⁶.

Sin embargo, en la explotación de la situación vulnerable de la otra parte del acuerdo, no hay envueltas exigencias positivas de comportamiento que develan la complejidad de la buena fe y de la estructura normativa del derecho de contratos. Esta figura se agota en el respeto y la atención por los intereses y la situación de vulnerabilidad del otro contratante, sin que estén involucradas actuaciones positivas a su favor. Los deberes positivos de conducta no están previstos porque la demanda de la explotación injusta opera en la dirección opuesta *i.e.* en *evitar que un contratante se beneficie* aprovechándose de la vulnerabilidad del otro. Es, entonces, una prohibición de aprovecharse y beneficiarse a costa de la otra parte *antes que de beneficiarlo* o mejorar sus intereses o situación de vulnerabilidad. Cuando son superpuestas sus exigencias y alcances, el altruismo moderado ofrece un esquema explicativo

⁷⁷³ II.-7:207 (2), DCFR. Énfasis añadido.

⁷⁷⁴ GÓMEZ CALLE, 2018: 113. Énfasis del original.

⁷⁷⁵ Al respecto, los PECL establecen en su artículo 4:109: *Beneficio excesivo o ventaja injusta*, lo siguiente «(2) A petición de la parte interesada, y si resulta oportuno, el juez o tribunal puede adaptar el contrato y ajustarlo *a lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual*». Énfasis añadido. Por su parte, los PLDC prescriben en el artículo 37. *Excesiva desproporción*, que «(3) A solicitud de la parte agraviada, el juez puede adaptar el contrato a fin de ajustarlo *al acuerdo que habrían alcanzado las partes conforme a la buena fe*». Énfasis añadido.

⁷⁷⁶ Díez-PICAZO, ROCA TRIAS y MORALES MORENO, 2002: 233. Énfasis añadido. Sobre este punto, GÓMEZ CALLE retoma la doble transgresión de la explotación por las consideraciones de justicia del intercambio, al sostener que «[...] en la injusticia del contenido contractual se encuentra cualificada por el comportamiento desleal de una de las partes, faltándose de este modo a las exigencias de *la buena fe y la lealtad* tanto en lo sustantivo como en lo procedimental». GÓMEZ CALLE, 2018: 106. Énfasis del original.

y justificativo a las acciones que son efectuadas directamente para alcanzar los intereses del otro contratante. Si se trata de esa parte del fenómeno de las actuaciones contractuales –que pueden definirse con cargo a la buena fe– la explotación indebida de la vulnerabilidad ajena es insuficiente. Ese margen de comportamiento de un contratante *en beneficio* del otro no puede explicarse ni fundarse atendiendo a la prohibición de explotación. Se requiere, en consecuencia, del entramado que provee el altruismo en su dimensión moderada.

La cuestión final es el interrogante acerca de si la proscripción de la explotación efectuada en provecho de la vulnerabilidad del otro es, en verdad, *una* manifestación del altruismo en el contexto contractual. En esta fase del despliegue argumentativo se podrá sospechar que la respuesta se inclina por la negativa. El punto de coincidencia entre la no explotación injusta y el altruismo moderado proviene de la consideración del interés ajeno como límite de la satisfacción del propio. Valerse de la situación de vulnerabilidad de la otra parte y aprovecharse de ella para obtener una ventaja importa desatender sus intereses, faltándoles el respeto y ocasionándole un daño. Quien se aprovecha de la desventaja del otro contratante incurre en el supuesto de explotación que hemos revisado y, por supuesto, no ajusta su comportamiento a los cánones altruistas que abogan por la consideración de los intereses ajenos. Pero el reconocimiento de esa barrera muestra solo una cara de la moneda. El interés por desplazar la explotación de la debilidad del otro contratante es evitar que sufra un aprovechamiento perjudicial –un resultado contractual que le resulta lesivo luego de los procedimientos de negociación–, pero no busca beneficiarlo de manera positiva ni tampoco alterar su situación de vulnerabilidad por una mejor. De allí que solo parcialmente podría considerarse, a mi juicio, que la explotación indebida es este sentido *altruista*. El problema es que, si fuere así, *todas* las exigencias orientadas a no lesionar o menoscabar los intereses, derechos o situación contractual de la otra parte podrían entenderse como altruistas. Mas, este no el sentido relevante en que una demanda lo es. La dimensión en que el altruismo verdaderamente ilumina un fenómeno normativo ocurre cuando hay demandas más exigentes que abstenerse de aprovecharse de ellos o dañar sus intereses. Es decir, cuando la consideración y preocupación por los intereses del otro contratante conlleva *algo más* que la proscripción de pasarlos por alto. Para el altruismo moderado –así como para toda versión del pensamiento altruista– el rechazo a la prevalencia del interés propio sobre el ajeno es razón suficiente para presuponer su oposición con el aprovechamiento del otro para obtener

beneficios. Pero esto es solo el *desde* del marco altruista y no constituye un indicador relevante de *hasta dónde* se extienden sus parámetros.

Si no constituye una expresión –relevante– del altruismo moderado, la prohibición de explotación de la vulnerabilidad del otro contratante puede encajarse, según la reconstrucción que se ha articulado, con el fundamento proveído por el individualismo en su sentido desinteresado. El aprovechamiento de la debilidad de la otra parte importa, en estos términos, una lesión, un daño o menoscabo de los intereses y la situación contractual del otro contratante⁷⁷⁷. Esto no quiere decir, desde luego, que toda expresión de la explotación conlleve necesariamente un daño para quien ha sido explotado⁷⁷⁸. Pero el supuesto que específicamente comporta la explotación injusta contra el otro contratante refleja un *resultado* perjudicial para quien está situado en la posición de vulnerabilidad y en razón de la cual la otra ha obtenido un beneficio abusivo. De allí que cuando se solicita la adaptación del contrato por parte de la judicatura se inste a modificar los términos pactados por otros que sí se ajusten a las demandas de la buena fe contractual. En otros términos, a condiciones que no resulten lesivas para el contratante vulnerable.

Si es posible conciliar, entonces, la demanda que aboga por no explotar la desventaja del otro contratante con la proscripción de dañar los intereses y derechos de la otra, el individualismo desinteresado logra hacer el trabajo justificativo de la explotación injusta. Tal encuadre nos muestra un aspecto significativo acerca del lugar que ocupa el fundamento altruista en el derecho de contratos. Para el individualismo desinteresado la exigencia de no dañar al otro contratante tiene un carácter *permanente* por cuanto es parte de su compromiso con la autonomía. No es posible lesionar los intereses ajenos en procura de alcanzar los personales. Pero tampoco esa parte podría aprovecharse de la vulnerabilidad del otro contratante para obtener un beneficio o una ventaja excesiva. No puede explotarlo y aprovecharse contractualmente de él. La prohibición de explotación de la debilidad de la otra parte del

⁷⁷⁷ De acuerdo con FEINBERG, la forma en que la explotación *daña* al explotado es en virtud del revés que importa para sus intereses. FEINBERG, 1990: 177.

⁷⁷⁸ Como explican ZWOLINSKI y WERTHEIMER la explotación puede ser perjudicial o mutuamente beneficiosa. La primera modalidad de la explotación «[...] implica una interacción que deja a la víctima peor de lo que estaba y de lo que tenía derecho a estar». ZWOLINSKI y WERTHEIMER, 2017. Acerca del vínculo entre explotación y daño, véase VROUSALIS, 2018: 3-4. El tratamiento de la explotación con y sin daño se encuentra en FEINBERG, 1990: 177-210.

contrato también constituye, entonces, una demanda *permanente* para el fundamento individualista en su dimensión desinteresada. Desde esta esfera de la filosofía individualista, el contratante tiene firmemente el *deber de no dañar* los intereses, derechos o posición contractual de la otra parte, así como tiene de manera inalterable el *deber de no explotar* la situación de vulnerabilidad que afecta a ese otro contratante, para efectos de conseguir un beneficio producto de su aprovechamiento.

Estas demandas que logran ser normativamente fundadas con cargo al individualismo desinteresado, comparten –a su vez– la exigencia constante a partir de la cual el contratante debe ajustar su conducta. Ese rasgo de permanencia que poseen las exigencias del individualismo desinteresado contrasta con el carácter *excepcional* o *esporádico* con que se presentan las demandas de beneficiar al otro contratante. Cuando estas tienen lugar resulta necesario acudir a los parámetros del altruismo moderado para alcanzar su ajuste normativo. El espacio que ocupan estas consideraciones que instan a beneficiar directamente al otro contratante son irremediabilmente menores y singulares, contrastando con el carácter interrumpido de las demandas de no dañar o no explotar injustamente al otro. Según la reconstrucción que fue ofrecida sobre los postulados del altruismo moderado esto es del todo correcto. El desafío al predominio de los intereses propios sobre los ajenos –postulado (i)– afianza la preocupación y cuidado *permanente* por los intereses del otro contratante –postulado (ii)– y demanda, *en determinadas ocasiones*, la actuación directa en su exclusivo beneficio –postulado (iii)–.

¿Es una falencia para el fundamento altruista que sus demandas tengan lugar en determinados contextos? Desde mi modo de ver las cosas, la singularidad del fundamento altruista es una de sus virtudes y no conlleva un defecto. El derecho de contratos no es una cuestión de altruismo. Pero tampoco es *solo* un asunto de individualismo, ni aun en su sentido desinteresado. Es posible hallar un espacio de las demandas que están vigentes en las reglas, instituciones y prácticas contractuales en que los parámetros altruistas se expresan con nitidez. Pero tal espectro no podría compararse con el que ocupa el individualismo para la fundamentación del derecho de contratos. Sin embargo, el posicionamiento asimétrico que corresponde a ambos sustentos normativos no erosiona la importancia que tiene el altruismo moderado para el derecho contractual y derecho privado general. La menor porción del

espacio que ocupan los postulados altruistas, en relación con los dictámenes individualistas, reafirma la especialidad de los primeros. Su posición es efectivamente menor que el espacio individualista pero no por ello irrelevante. Es parte del *carácter especial* que tienen los deberes altruistas en los asuntos jurídicos que aparezcan de vez en cuando y bajo determinadas circunstancias. El punto es que cuando hay demandas de actuar por el solo interés del otro contratante se transparenta su fuerza normativa y especialidad que no puede ser capturando echando mano a ninguna versión del individualismo.

No hay que perder de vista en que, si es cierto que el fundamento altruista tiene un carácter especial, en la regularidad de las relaciones contractuales actuará conforme a una relación de *complementariedad* con figuras que, como se ha visto en este capítulo, pueden ser a final de cuentas acomodadas a las exigencias del individualismo desinteresado. Cuando una determinada institución exija al contratante abstenerse de dañar, lesionar o aprovecharse de los intereses o situación contractual de la otra parte, el altruismo moderado *refuerza* esa demanda con base en su desafío a la preeminencia del autointerés de la parte y su exigencia permanente por la atención y preocupación por los intereses del otro contratante. Esta operatividad complementaria que tiene el altruismo moderado servirá como refuerzo del cuidado por los intereses ajenos. Sucede lo mismo con cualquier estatuto de protección y resguardo de los intereses de uno de los contratantes. Sin embargo, cuando nos encontremos con situaciones en que resulta *especialmente* relevante el interés de la otra parte, incluso demandando actuar de manera positiva para alcanzar un beneficio a su favor, el funcionamiento del altruismo moderado ya no es complementario. Dichas actuaciones son efectuadas *con cargo* al fundamento altruista moderado, pero, a la inversa, sus parámetros no requieren ser reforzados con las exigencias del individualismo desinteresado. Se trata de aquel lugar *especial* en que hay en el derecho de contratos demandas que envuelven *algo más* exigente que no lesionar, pues importan actuar en beneficio del interés del otro contratante. Cuando el sustento normativo que provee el altruismo moderado transparenta su lugar, este no requiere el refuerzo del prisma individualista ni tampoco este último modelo de fundamentación es un candidato idóneo para cubrirlo. El lugar especial que ocupan las demandas altruistas solo puede ser fundado en términos altruistas. La singularidad que exhibe el altruismo moderado en el derecho de contratos –y en el derecho privado– lejos de constituir

una debilidad, devela su espacio natural y es quizá su mayor virtud; pues allí el individualismo –ni aun desinteresado– podría disputárselo.

En el capítulo final se mostrarán algunas repercusiones teóricas que acarrea para el derecho privado el posicionamiento del altruismo moderado en la estructura normativa del derecho contractual. El tránsito desde el derecho de contratos al derecho privado delinea el sendero por el cual es posible repensar el segundo a partir del primer ámbito. La reivindicación de la participación que tiene el altruismo moderado en la fundamentación del derecho de contratos puede traspalarse, según se dirá, a otras preocupaciones del derecho privado. Esto es el punto de partida para perfilar una comprensión distinta de la tradicional acerca del derecho privado. Para configurar la idea de derecho privado robusto no es suficiente mas sí indispensable dar cuenta de la dualidad de sus fundamentos normativos. Es parte del compromiso con la complejidad que tiene el derecho privado y que es replicado en sus distintas áreas dar forma a un modo de verlo que sea capaz de capturar esa dimensión.

SEXTO CAPÍTULO

LOS LINEAMIENTOS DE UN DERECHO PRIVADO ROBUSTO

1. ALTRUISMO MODERADO Y SU REPERCUSIÓN TEÓRICA EN EL DERECHO PRIVADO
2. POSICIONAMIENTO EN EL DERECHO DE PROPIEDAD
 - 2.1. Concepto de propiedad
 - 2.2. Servidumbre
3. FORMALIDAD COMO LÍMITE PARA LA AUTOCOMPENSIÓN DEL DERECHO PRIVADO
4. INTERNALISMO SIN FORMALISMO
5. LA IDEA DE UN DERECHO PRIVADO ROBUSTO
 - 5.1. Pluralismo metodológico: fundamentos y propósitos
 - 5.2. El problema del estatus
6. ¿ES POSIBLE REPENSAR EL DERECHO PRIVADO? EL CASO DE LA POBREZA

[...] el objetivo del derecho privado es simplemente ser derecho privado.

WEINRIB, 2017: 54

La coherencia denota una estructura unificadora. El formalismo se refiere a la importancia de comprender el derecho privado a través de su estructura; la justicia correctiva es la especificación de su estructura.

WEINRIB, 2017: 52

A la luz de lo transitado en los capítulos precedentes se ha logrado dar cuenta del primer objetivo de esta investigación, asociado a la identificación del fundamento normativo de la obligatoriedad de la relación contractual. Esta tarea fue efectuada sobre la base del respeto y el fomento de la autonomía personal de los contratantes. Tal noción es necesario entenderla en términos flexibles y con una densidad normativa sensible a la intervención legislativa para ajustarla a la contratación contemporánea. Sin embargo, la apuesta por la autonomía podría sugerir que es correcta una de las asunciones de los estudios tradicionales sobre el derecho de contratos; a saber, que esta parcela de lo jurídico está uniformemente fundada en el individualismo filosófico. Por supuesto, la autonomía presenta un marcado compromiso con el esquema individualista que pretende justificar las acciones y relaciones humanas. Esto abrió las reflexiones sobre si acaso solo hay individualismo en la estructura normativa del derecho contractual.

El segundo propósito de esta investigación se encuentra, precisamente, abocado al análisis de esta cuestión. Como se mostró en los capítulos cuarto y quinto, una parte significativa de la complejidad del derecho de contratos en el campo de su fundamentación normativa se refleja en la diversidad de parámetros justificativos que sostienen sus reglas, instituciones y prácticas. Pese a que la visión tradicional del derecho de contratos lo concibe filosóficamente fundado solo en el individualismo, el altruismo –en su versión moderada– ocupa un lugar relevante en la justificación de ciertos institutos del derecho de contratos. El prisma altruista permite fundar deberes que desafían la preeminencia del interés personal sobre el ajeno, los cuales incluso demandan efectuar acciones positivas a favor del otro contratante. Ni aun el individualismo desinteresado logra dar cuenta de exigencias que tienen las partes del contrato y están derivadas de instituciones del derecho contractual, puesto que ponen en jaque el predominio normativo del autointerés y sus demandas gozan de mayor intensidad que la abstención de lesionar los intereses ajenos. En ocasiones, por el contrario, es necesario que el contratante actúe derechamente en beneficio del otro contratante.

Una vez posicionado el altruismo moderado en la composición normativa del derecho de contratos, la empresa teórica que aquí nos alberga concluye analizando sobre cuáles son las repercusiones que acarrea la presencia del altruismo en la fundamentación de esta área *en el* derecho privado. Dicha repercusión es, principalmente, teórica y cuestiona si acaso hay ventajas de comprender el derecho privado del mismo modo que el derecho contractual, es

decir, prescindiendo de una supuesta estructura normativa común y afirmando, en cambio, la existencia de al menos dos modelos de fundamentación que discurren por direcciones opuestas en cuanto a la prevalencia del interés personal del agente se trata. Como puede observarse, la reflexión filosófica inicial sobre el contrato fue extendida al derecho contractual y, por último, traspalada al derecho privado. Al situar el altruismo moderado en la fundamentación normativa del derecho de contratos, es pertinente preguntarse si este también se encuentra presente en otras esferas del derecho privado. Si así fuere, la falta de uniformidad en la composición normativa del derecho contractual podría entenderse como un indicador de que tampoco el derecho privado en general puede entenderse como exclusivamente fundado en el individualismo, aun cuando este corresponda a su imagen desinteresada. Según se indicará, la ubicación del fundamento altruista en el derecho contractual es un paso inicial pero indispensable para forjar la idea de un derecho privado robusto. Esta lectura sobre el derecho privado reconoce, entre otras cosas, que en la estructura normativa de sus diferentes preocupaciones no solo es posible hallar componentes individualistas.

1. ALTRUISMO MODERADO Y SU REPERCUSIÓN TEÓRICA EN EL DERECHO PRIVADO

Naturalmente, el posicionamiento del altruismo moderado en el derecho contractual genera consecuencias en el ámbito justificativo de sus reglas, instituciones y prácticas. Hay exigencias distintas a las individualistas que gobiernan las relaciones contractuales. Esta diversidad de razones normativas incide directamente en el comportamiento de los contratantes y las demandas que recíprocamente se deben en sus vínculos. De ahí que la mayor incidencia del reconocimiento del parámetro altruista es evidentemente normativa. Sin embargo, no es la única. También es posible develar su impacto en la dimensión teórica del derecho contractual, en la medida en que una comprensión que asuma un enfoque monista de su fundamentación normativa no podrá dar cuenta de su composición al menos dual. Por el contrario, una comprensión sobre el derecho de contratos que no esté comprometida con la pretensión de uniformidad no enfrentará dificultades insalvables para observar este rasgo en el cual se manifiesta la complejidad de esta esfera del derecho privado.

Esta cuestión no difiere cuando se sitúa en el derecho privado. Si es el caso que el altruismo moderado participa –con mayor o menor intensidad– en el derecho privado en su conjunto y no solo en el derecho contractual, entonces, una forma de comprenderlo que persiga describir su supuesta homogeneidad normativa resultará teóricamente infructuosa, mientras que un esquema que lo entienda a partir de su diversidad de fundamentos normativos será apto para capturar ese aspecto distintivo de su estructura normativa. Desde luego, en términos teóricos la capacidad explicativa de una comprensión es distinta que la proporcionada por la otra. La presencia del altruismo moderado en la fundamentación normativa del derecho privado ofrece desafíos de orden especulativo, en aras de esgrimir una comprensión que sea pertinente a la diversidad de la estructura normativa y que, a su vez, presente ventajas sobre otra que obvia tal carácter, a la luz de la visión común que acoge sobre el fenómeno jurídico privado.

El despliegue argumentativo arribará a la idea de un derecho privado robusto, puesto que en la formación de sus cimientos se devela una consecuencia teórica de capital importancia para la comprensión del derecho privado. Su formulación descansa en la aceptación de un prisma pluralista que admite la presencia de más de un fundamento normativo y de, asimismo, más de un propósito que cabe perseguir por este ámbito jurídico. En el primer orden de análisis, entonces, resulta indispensable el posicionamiento del altruismo moderado en la fundamentación normativa del derecho privado. La articulación de la idea de un derecho privado robusto supone una renuncia a la aspiración de uniformidad, así como a entender *todo* el derecho privado de acuerdo con *un* canon común. Esta idea, como se verá, desafía la *idea de derecho privado* asentada en la filosofía del derecho privado por WEINRIB a finales del siglo XX. El atractivo de dicha propuesta fue resaltar la coherencia que brinda comprender el derecho privado conforme con un prisma monista. Tal compromiso abarca tanto la fundamentación normativa como la cuestión de las finalidades del derecho privado. Hay solo *un* sustento filosófico en esta área de lo jurídico y, del mismo modo, esta únicamente debe perseguir *un* propósito⁷⁷⁹.

⁷⁷⁹ Desde luego, la pluralidad de fundamentos normativos no tiene que necesariamente construirse entre el individualismo y el altruismo moderado, porque según fue anteriormente revisado la solidaridad también constituye una alternativa de fundamentación que cuestiona la homogeneidad del individualismo. Se trata de apartarse de la aparente uniformidad en la composición normativa del derecho privado y afirmar la diversidad de estos, sin que sea menester prejuzgar sobre cuál es el parámetro que está junto con el enfoque individualista.

La plausibilidad de dar cuenta del altruismo moderado que existiría en el derecho privado en su conjunto depende de mostrar que ello es así no solo en el derecho de contratos, sino también en otras preocupaciones. Por ende, la estrategia básica para lograrlo es rastrear componentes altruistas en cada una de las diferentes zonas del derecho privado. Sin embargo, la envergadura de ese esquema no parece aconsejable en este estadio de la investigación. La alternativa que aquí se desarrollará, entonces, será distinta. Se examinará si es posible detectar la presencia del altruismo moderado en el derecho de propiedad y, a partir de ello, podrá traspalarse al derecho privado. Esta opción se basa en dos consideraciones. En primer lugar, el derecho contractual y el derecho de propiedad constituyen una parte nuclear del derecho privado y, por ende, es posible describir este último gracias a esas áreas sustantivas que lo conforman. Esta tesis ha sido asumida por autores como Paolo GROSSI para quien la incidencia que poseen ambas esferas para la comprensión del derecho privado moderno es determinante, en la medida en que «[...] propiedad y contrato son de hecho, más allá de la codificación francesa, las piedras angulares sobre las que se construye el derecho nuevo»⁷⁸⁰. A partir del derecho contractual y el derecho de propiedad puede afirmarse algo relevante acerca del derecho privado, ya que estas esferas capturan rasgos distintivos del derecho privado y que son compartidos por sus restantes preocupaciones. El posicionamiento del altruismo moderado en el derecho de contratos y en el derecho de propiedad permite iluminar el derecho privado en el sentido de que este fundamento normativo es general en todo este fenómeno jurídico, aun cuando no esté presente en el mismo grado ni con la misma intensidad en sus diversas parcelas. Con ello, se pondrá a prueba la comprensión tradicional sobre el derecho privado, que asume –entre otras cuestiones– una imagen uniforme de la fundamentación proveída gracias al individualismo.

En segundo término, la elección del derecho contractual y el de propiedad para mostrar la ubicación del altruismo moderado en el derecho privado no es en absoluto baladí. Se trata de zonas del derecho privado que han sido tradicionalmente fundadas en el individualismo. La forma en que operan el derecho de contratos y el derecho de propiedad puede ser descrita acudiendo únicamente a parámetros individualistas. Con base en estos, es sostenida la

Con anterioridad, fue mostrado por qué el altruismo moderado ofrece ventajas respecto de la solidaridad para desarrollar esta empresa y, de allí, que la apuesta persista en este modelo de fundamentación para alcanzar la idea de un derecho privado robusto.

⁷⁸⁰ GROSSI, 2004: 133.

división entre intereses propios y ajenos y, en especial, es enfatizada la cuestión normativa ahí en juego, esto es, el predominio de los intereses personales. Dado que ambas descansan, desde una mirada clásica, en fundamentos individualistas debieron presentar mayor resistencia a admitir la presencia de consideraciones altruistas. Esta observación es importante pues si esta clase de postulados resulta pertinente en instituciones contractuales y propietarias puede predicarse su presencia a las demás áreas del derecho privado⁷⁸¹. Si en los lugares en que parece haber más hostilidad para la fundamentación altruista es posible situar su participación, hay buenas razones para extender la vigencia del altruismo moderado como uno de los fundamentos *del* derecho privado⁷⁸².

Ambas justificaciones se encuentran íntimamente relacionadas, pero ponen de relieve cuestiones distintas. Mientras que la primera alude al decisivo lugar que ocupan ambas ramas en el derecho privado, la segunda invita a prestar atención en el hecho de que el derecho de contratos, así como el de propiedad son tradicionalmente entendidos a partir de un fundamento unitario de corte individualista. De este modo, el altruismo moderado ofrece un potencial explicativo para dar cuenta de su pertinencia en el derecho privado, si es verdad que está presente en dos de sus esferas de mayor relevancia y si, al mismo tiempo, participa en la composición normativa de ambas, a pesar de que son las zonas del derecho privado que tradicionalmente sirven para asentar el individualismo filosófico. Al echar luz acerca de su presencia, el fundamento altruista ocupa una porción del derecho privado que es necesario atender para comprenderlo correctamente y, a su vez, que ni aun en las áreas de mayor incidencia del parámetro individualista es posible desatender el rol que allí juega el altruismo moderado.

2. POSICIONAMIENTO EN EL DERECHO DE PROPIEDAD

⁷⁸¹ Una estrategia similar pero desplegada para mostrar la pertinencia de las cuestiones distributivas en el derecho contractual y, a partir de ello, abonar su presencia en el derecho privado general, con cargo a la dimensión pública que inevitablemente encarna este ámbito, se encuentra en PAPAYANNIS, 2016a, pp. 303-368.

⁷⁸² Esto no quiere decir, por supuesto, que el altruismo moderado pueda desempeñar, por sí solo, la fundamentación normativa de ámbitos tan amplios como el derecho de contratos, el derecho de propiedad o el derecho privado en su conjunto. Sea cual fuere el rendimiento de esta forma de pensar la moralidad, no se trata de reemplazar la hegemonía del individualismo en los asuntos jurídicos privados, sino más bien de reivindicar el lugar que le corresponde al fundamento altruista, de la forma en que está presente en las instituciones y prácticas de esta parcela de lo jurídico. Por ello, el esfuerzo de situar el altruismo en el derecho contractual, así como en el derecho privado no es, en rigor, de introducción sino de explicitación.

Si bien de la complejidad del derecho privado en el campo de su composición normativa se sigue que el altruismo moderado está presente en sus distintas manifestaciones, ello no tiene por qué ocurrir en el mismo sentido ni con la misma fuerza. No porque sea correcto afirmar que el individualismo desinteresado coexiste con el altruismo moderado en la fundamentación normativa del derecho privado, se puede extrapolar un grado equivalente de posicionamiento de cada uno de ellos. Es posible hallar factores que aparentemente podrían conciliarse con la preocupación del altruismo moderado por los intereses ajenos, pero que, en rigor, no descansan en ese fundamento. En otros términos, no cumplen alguno de los postulados enunciados en el capítulo cuarto. A pesar de la imagen preliminar que podría formularse sobre el instituto del cual se trata, al final del día no es puesto en cuestión el predominio del interés personal sobre el ajeno. El respeto por los derechos e intereses ajenos, entendidos como un límite para el ejercicio de los propios, es –como fue analizado– compatible con una forma de individualismo. El derecho de propiedad es un buen insumo para mostrar el punto.

En distintas ocasiones se piensa el derecho privado en términos de un único marco de fundamentación. En efecto, esta es la manera de concebirse por parte de los estudios tradicionales. El derecho de propiedad, por ejemplo, es comúnmente leído desde el prisma del individualismo que fue exaltado por la filosofía iluminista y acogido por la codificación del siglo XVIII. De acuerdo con la manera en que fue articulado, el derecho de propiedad suele caracterizarse con aspectos como el absolutismo y el individualismo que fueron centrales en la formulación del *Code*. Tales parámetros se condicen con la imagen del propietario individualmente considerado, quien ejerce sus potestades de manera discrecional y sin atender a los demás individuos. Sus intereses, por tanto, son distintos y preeminentes a los de los demás miembros de la comunidad. Este punto de vista tiene una gran cercanía con el individualismo posesivo según el cual los individuos tienen sus voluntades e intereses de forma disociada entre sí, desvinculados de la sociedad. Al respecto, C. B. MACPHERSON ha indicado que el individuo «[...] es visto esencialmente como propietario de su propia persona o de sus capacidades *sin que deba nada a la sociedad por ellas*»⁷⁸³. Ello explica por qué el

⁷⁸³ MACPHERSON, 2005: 15. Énfasis añadido.

sujeto es concebido como un todo moral suficiente, cuyo valor no radica en formar parte de un todo social más amplio, sino en ser el propietario de sí mismo. Por lo mismo, el aspecto distintivo del ser humano es la libertad que posee de depender de voluntades ajenas a la propia y, en este sentido, el ejercicio de la libertad se realiza en función de lo que cada uno de ellos posee gracias al desempeño de sus respectivas capacidades y destrezas. La sociedad, así entendida, se resuelve en un puñado de individuos libres e iguales que se relacionan entre sí como propietarios de sus capacidades y de todo aquello que han adquirido al ejercitarlas⁷⁸⁴.

Tal desvinculación entre el propietario y el resto de los individuos que componen la comunidad social es patente en el rasgo de exclusividad en virtud del cual el dueño ejerce sus facultades dominicales: él es el titular exclusivo del uso, goce y disposición del bien en que recae su derecho. Debido a que la propiedad privada consiste en un haz de derechos, piensa WALDRON, se genera una fragmentación de recursos que están sujetos a decisiones particulares⁷⁸⁵. El control de los recursos es libre e individualmente asumido por agentes que toman decisiones sin necesariamente atender a los demás. Desde luego, es posible que algún propietario en particular sí tenga presente las expectativas ajenas en sus decisiones, pero no es menester que ello ocurra. Por tanto, el ejercicio del derecho de propiedad puede considerarse un ámbito en que se encuentra perfectamente asentado el individualismo y su demanda de privilegiar los intereses personales por sobre los ajenos. La intuición que aquí se busca defender es, por el contrario, que incluso en el derecho de propiedad pueden resultar pertinentes alegaciones de índole altruista. Pues bien, la clarificación de esta clase de observaciones –de la forma en que fue antes visto en el derecho contractual– exige determinar cuándo exactamente estamos en presencia de elementos altruistas que no pueden leerse desde el prisma individualista, ni aun en su sentido desinteresado.

De acuerdo con lo anterior, el examen se realizará, en primer lugar, respecto del concepto de propiedad articulado a la luz del ejercicio de las prerrogativas del dueño y, en segundo lugar, acerca del derecho de servidumbre. El resultado será dispar: mientras que el ejercicio de los poderes del propietario puede engarzarse con los parámetros individualistas desinteresados, incluso cuando este se encuentra limitado por restricciones prescritas por la legislación y por

⁷⁸⁴ MACPHERSON, 2005: 15.

⁷⁸⁵ WALDRON, 2010: 13-14.

el derecho de los demás, en el derecho de servidumbre están presentes genuinas consideraciones de carácter altruista que son impuestas en el solo beneficio ajeno. De nuevo, es posible detectar componentes altruistas que subyacen a *institutos* del derecho de propiedad, imponiendo a los agentes a comportarse *como lo haría* una persona altruista. Analicemos, enseguida, ambas cuestiones.

2.1. Concepto de propiedad

Las codificaciones han recogido la noción de propiedad a partir de las facultades que esta provee al propietario, las cuales tradicionalmente están conformadas por las de usar, gozar y disponer de la cosa en la cual recae el derecho real de dominio y, según ha sido añadido por algunos cuerpos civiles, las facultades de exclusión y reivindicación⁷⁸⁶. Para la dogmática civil la propiedad está definida en términos de las potestades del dueño⁷⁸⁷. Propiedad es el derecho real que habilita a su titular para usar, gozar y disponer del bien. De ahí que la definición de propiedad, para estos efectos, es similar a su concepto, cuestión que no ocurre con la respectiva concepción de la propiedad⁷⁸⁸. De acuerdo con estas consideraciones, al prestar atención en el concepto de propiedad y evaluar la fundamentación normativa que subyace a la consagración de los poderes dominicales, las barreras que son establecidas frente a su ejercicio cobran una vital importancia.

Es un lugar común entender que el dueño puede libremente ejercer sus poderes, sin mayores límites que los establecidos en forma legislativa y que normalmente serán de orden público. Dicha visión es heredera del Código Civil napoleónico. Su artículo 544 reza como sigue: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa *de la manera más absoluta*, siempre

⁷⁸⁶ Como lo dispone el *BGB* en su § 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 artículo 923 del Código Civil peruano, por su parte, establece, bajo el epígrafe *Derecho de propiedad: atribuciones*, que «La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley».

⁷⁸⁷ Esta manera de aproximarse a la propiedad corresponde a una definición de carácter *analítica* en que el dominio es identificado en términos de las facultades o prerrogativas que concede al dueño. Al respecto, véase, PEÑAILILLO ARÉVALO, 2006: 77.

⁷⁸⁸ En este sentido, véase UNDERKUFFLER, 2003: 11-33; 37-51.

que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos»⁷⁸⁹. Si el dueño puede ejercer sus facultades de la manera más absoluta, entonces, no tendrá más restricciones que las previstas en la misma regla del legislador francés, es decir, que su ejercicio no esté previamente prohibido por normas del sistema jurídico. Naturalmente, esta forma de trazar el ejercicio de las potestades del propietario sobre una cosa está fuertemente inspirada en el individualismo. Ello, en efecto, es así. Como es sabido, el liberalismo revolucionario burgués caló hondo en el ideario de los redactores del *Code* y ello queda de manifiesto en el propósito de liberar de trabas y barreras al propietario para que pueda ejercer sus decisiones de acuerdo con sus necesidades e intereses, y sin depender de la sociedad o tener que adoptar sus decisiones en función de los demás. En este pensamiento es evidente el talante individualista que separa tajantemente los intereses del propietario y aquellos pertenecientes al resto de individuos, otorgándole una manifiesta predominancia a los personales del dueño⁷⁹⁰. Inspirada en la idea según la cual la propiedad constituye un derecho subjetivo, la noción de propiedad plasmada en el texto francés se constituyó como un reflejo significativo del posicionamiento de la filosofía individualista en los asuntos jurídicos. Al respecto, Stefano RODOTÀ indicó que

[...] en la tradición del siglo XIX, el precepto [artículo 544 del *Code*] se consolida como la carta fundamental del individualismo jurídico. Y contribuyen además a fijar definitivamente los contornos de esta imagen cabalmente los adversarios de ella, los cuales, viendo en el texto nada más que la forma de tutela de la propiedad burguesa, la sanción jurídica de una gigantesca transferencia de propiedad, le rechazan y proponen en variadas formas su sustitución⁷⁹¹.

⁷⁸⁹ Énfasis añadido. En la misma sintonía, el artículo 348 del Código Civil español prescribe que «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes».

⁷⁹⁰ En el acabado estudio comparado articulado por Francesca BENATTI sobre *la forma* de la propiedad se muestra de manera muy sugerente cómo incluso algunas figuras restrictivas de la propiedad responden, en verdad, a consideraciones individualistas. Según la autora, a partir de los casos que allí describe «[...] se ha observado cómo el interés perseguido por el sujeto es el factor determinante en el establecimiento de la tarifa anulable y que, a menudo, en los mismos casos de restricciones establecidas con fines de utilidad pública, prevalecen elementos individualistas. Esto es evidente, en particular, en el uso del instituto con fines urbanísticos, donde la protección del valor económico de la propiedad es central y la imposición de limitaciones frecuentemente responde *solo* a las necesidades del individuo». BENATTI, 2010: 78. Énfasis añadido. A pesar de que se deslizan aparentes valores sociales en algunas de las limitaciones de la propiedad, muchas de estas protegen intereses exclusivamente individuales.

⁷⁹¹ RODOTÀ, 1986: 72. Es necesario tener presente que esta comprensión de la propiedad fue anteriormente consagrada en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo artículo 17 prescribe

Sin embargo, la claridad con que el individualismo puede ser detectado en el articulado francés, no siempre se replica en sus herederos. El Código Civil chileno, por ejemplo, sigue de cerca la redacción napoleónica, pero introduce un matiz muy significativo. De acuerdo con su artículo 582, «El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella *arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno*»⁷⁹². Andrés BELLO mantuvo la fuerza individualista con que se despliegan las prerrogativas del dueño, subrayando que este puede usar, gozar y disponer de la cosa con arbitrariedad, pero se apartó ligeramente de ella al añadir a la clásica restricción legislativa que ese ejercicio no puede realizarse contra derecho ajeno. Tal fórmula fue tomada por BELLO de los trabajos de POTHIER y antes de *Las Partidas* y da cuenta de restricciones al ejercicio del dominio en el orden privado. De modo que el dueño puede usar, gozar y disponer de lo suyo con total libertad y únicamente siguiendo sus decisiones, siempre que no vulnere con ello lo prescrito por la ley o atente contra el derecho de los demás individuos. Esta consideración tiene en cuenta, efectivamente, intereses ajenos a los del propietario. Este último no puede desplegar de forma arbitraria sus ventajas si con ello afecta el derecho de los otros. De ahí que se podría sugerir que la cláusula del Código Civil chileno, a diferencia del texto francés de 1804, devela un componente altruista.

Dicha lectura, no obstante, sería precipitada. Una buena comprensión de la filosofía individualista –como lo es la esgrimida en términos del individualismo desinteresado– reconoce en el daño a terceros un límite al ejercicio de los derechos del agente y la satisfacción de sus intereses⁷⁹³. En el caso del derecho de propiedad, los intereses particulares del dueño no pueden ser alcanzados actuando en contra de las expectativas de los otros individuos. Ni la diferencia entre los intereses propios y ajenos ni tampoco la prevalencia de los primeros, autorizan al propietario a perjudicar o causar daños en el ejercicio de su derecho de dominio a los derechos de los demás. Por ende, la posibilidad de que el dueño abuse o ejerza su derecho de propiedad lesionando los intereses de los demás está vedada en atención

que la propiedad es «un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella». Tales caracteres deben añadirse a su entendimiento en términos de un derecho natural e imprescriptible junto con su conformación individual y absoluta.

⁷⁹² Énfasis añadido.

⁷⁹³ Aquí recobra su relevancia el principio milleano de proscripción del daño a terceros como una limitación al despliegue del individuo que se desenvuelve en sociedad de manera libre y autónoma.

a estos, en la medida en que centrar la mirada en el derecho de dominio del dueño no supone descuidar del todo aquellos intereses pertenecientes a los demás integrantes de la comunidad. Lo anterior sugiere pensar que de la fórmula «no siendo contra derecho ajeno» empleada por el codificador chileno, no se desprenden, en verdad, consideraciones altruistas, sino que ahí es plasmada una versión desinteresada del individualismo.

Esta interpretación no tiene dificultades para asumir el estándar normativo de no dañar a terceros, teniendo presente los intereses y derechos de los otros cuando son ejercidos los del propietario. La cuestión central es, entonces, que no necesariamente es promovido el interés ajeno cuando se evitan perjuicios a los demás. Como fue advertido en el ámbito contractual, el respeto por los intereses ajenos es una cuestión central para el individualismo desinteresado, el cual es honrado con la demanda de no provocar daños a los otros como una exigencia proveniente del valor de la autonomía como ideal regulativo. En este caso, por ende, el propietario puede desplegar sus prerrogativas respetando el derecho ajeno, disfrutándolas de manera libre mientras no sea contra los intereses y derechos de los demás. Ello es una correcta lectura de la forma en que deben ser ejercidos los derechos propios y resguardados los intereses ajenos en las relaciones sociales. No obstante, las demandas del altruismo son más exigentes que solo precaver la lesión de los intereses de terceros. Estas instan a hacer actuaciones encaminadas al bien de los otros.

Si fuere cotejada la verificación de los postulados del altruismo moderado revisados en el capítulo cuarto de esta investigación, los postulados (i) y (iii) presentan gruesas dificultades para cumplirse incluso en la fórmula suscrita por el legislador chileno. El postulado (ii) relativo a tener en permanente consideración el interés ajeno, por su parte, puede obtener respaldo sustantivo en el individualismo desinteresado, dado que el ejercicio de las facultades dominicales está restringido en razón del derecho ajeno. Pero de ello no se sigue que esté siendo verdaderamente desafiado el predominio del interés personal del propietario, ni tampoco que el dueño de la cosa deba realizar acciones para favorecer a quienes no lo son. La particularidad de este concepto de propiedad es que los derechos de los demás son gestionados de manera respetuosa frente al disfrute de los poderes del dueño. Por consiguiente, los postulados (i) y (iii) del altruismo moderado, respectivamente, no tienen un espacio cómodo en esta visión sobre el dominio. Y, según fue indicado, el altruismo

moderado es el parámetro normativo apto para capturar ese *algo más* que excede la demanda de no lesionar los intereses ajenos y que está involucrado en diversos institutos del derecho privado.

El contraste que media entre los artículos 544 del *Code* y 582 del Código Civil chileno puede leerse, a mi juicio, desde dos líneas interpretativas. La primera alternativa es considerar que se trata de la diferencia existente entre el individualismo egoísta y el desinteresado. La segunda opción, en tanto, radica en estimar que ambas formulaciones de la propiedad constituyen expresiones del individualismo desinteresado. Según la primera lectura, entonces, entre ambas nociones de la propiedad reside, en realidad, la diferenciación relativa a las dos maneras de entender el individualismo antes apuntadas. De un lado, el legislador francés acoge una visión más básica de los parámetros individualistas que exalta la absoluta libertad con que puede conducirse el dueño en el despliegue de sus derechos, salvo que transgreda la legislación vigente. Con ciertas observaciones, esta fórmula se podría sustentar en un individualismo egoísta. De otro, el codificador chileno consagra una perspectiva desinteresada del individualismo que, si bien considera los intereses y derechos ajenos a los del propietario particular, lo hace enmarcando su actuación en la prohibición de dañarles. Es parte de un correcto ejercicio de los derechos propietarios del individuo no lesionar los intereses de los demás. Mas esto no conlleva rechazar el predominio de los intereses personales respecto de los ajenos ni tampoco efectuar positivamente algo en función de beneficiarles.

Sin embargo, tal interpretación no hace justicia con la cláusula propietaria del *Code* y las raíces intelectuales de la cual procede. La idea de propiedad está expresada en términos de facultades que pueden ser empleadas de la manera más absoluta, siempre que no se haga con ellas un uso prohibido por las leyes y reglamentos. Esta última restricción no puede ser totalmente inadvertida ya que si bien está pensada para el ámbito público es una evidente limitación para que el dueño actúe únicamente velando por su propio interés. En efecto, el propietario puede solo atender a sus intereses para disfrutar de su derecho de dominio, pero aquellos cuerpos normativos delimitan su campo de actuación y evitan que la búsqueda de su satisfacción sea ilimitada, atentando contra bienes protegidos por el derecho.

Del mismo modo, hay cuestiones intelectuales que dificultan la conexión entre la regla propietaria francesa y la fundamentación del individualismo egoísta. Algunos autores en esta línea han rechazado el compromiso absolutista tradicionalmente atribuido a los redactores del Código Civil napoleónico. Esta cuestión se trataría, en verdad, de uno de los mitos que rondan la codificación francesa⁷⁹⁴. El espíritu exacerbado del individualismo se presenta más bien en los comentaristas del *Code* antes que en sus redactores⁷⁹⁵. Si esto fuere así, identificar sus bases normativas acudiendo al fundamento individualista en su dimensión egoísta resulta ciertamente controvertible. Por lo demás, las limitaciones que contempla esta forma de ver la propiedad son parte de una tradición jurídica de más larga data y que se remonta al derecho romano⁷⁹⁶. Desde este punto de vista, el concepto de propiedad y los poderes del propietario plasmados en el artículo 544 del *Code* no pueden ser fundados en el individualismo que encarnó el movimiento codificador porque, si es que fuese correcto afirmar la presencia de un sustento individualista allí, no sería el individualismo más férreo.

En cambio, a la luz de la segunda posibilidad interpretativa, es posible sostener que a partir de ambas reglas jurídicas subyace un concepto de propiedad que se ajusta a una versión desinteresada del individualismo. Ambas nociones prevén límites al ejercicio de las facultades del dueño de orden público, ya sea fijando la ley o los reglamentos o bien solo a la primera como delimitaciones para el ejercicio arbitrario de los poderes. El elemento distintivo de la cláusula del Código Civil chileno es, por tanto, añadir el derecho ajeno como limitación al disfrute de las potestades dominicales⁷⁹⁷. El resguardo de los intereses de los demás es reforzado desde el ámbito privado con el límite del derecho ajeno que alude a los derechos que poseen otros particulares diferentes al dueño. En estos términos, las dos miradas sobre la propiedad y las prerrogativas del propietario están fundadas en el individualismo desinteresado. No obstante, en la fórmula chilena se encuentra fortalecida la custodia de los

⁷⁹⁴ Desde este punto de vista, y extendiendo sus observaciones a la generalidad del *Code*, véase, GORDLEY, 1994: 459-505.

⁷⁹⁵ Apoyándose en las investigaciones de Alfons BÜRGE, Enrique BRAHM GARCÍA ha sugerido que la interpretación individualista del artículo 544 del texto francés no arribó gracias a su exégesis, sino mediante la introducción de la filosofía kantiana recibida vía SAVIGNY. Esta lectura habría sido asumida posteriormente por los comentaristas, identificando así el espíritu del *Code* con el individualismo más acérrimo. Acerca de esta interpretación de la regla civil francesa sobre la propiedad, puede revisarse, BRAHM GARCÍA, 1996: 7-12.

⁷⁹⁶ Respecto de la conexión entre individualismo y derecho privado romano en materia propietaria, en que conviven diversas limitaciones al ejercicio del dominio, véase DE MARTINO, 2005: 50-96.

⁷⁹⁷ AMUNÁTEGUI PERELLÓ, 2019: 43-54.

intereses de los otros tanto en el ámbito público como en el privado. La exigencia de no dañar los intereses y derechos ajenos como consecuencia de la persecución del autointerés está más honrada gracias a la añadidura que efectuó el codificador chileno mediante la idea de derecho ajeno.

Ello explica en buena medida cómo a partir de la idea de «no siendo contra derecho ajeno» se ha articulado dogmáticamente la presencia de la teoría de las inmisiones en el derecho de bienes chileno⁷⁹⁸. El fenómeno de las inmisiones admite perfectamente encajarse con esta lectura desinteresada del individualismo, según el cual en el goce y disfrute de la propiedad no resulta tolerable el menoscabo a los intereses propietarios de los predios colindantes. A pesar de la legitimidad de desplegar los poderes del propietario, este no puede efectuar actuaciones lesivas en el predio ajeno, ni tampoco realizarlas en el predio propio pero cuyos efectos nocivos recaigan en el inmueble del otro. Las inmisiones constituyen una expresión de la vigencia del principio de no daño en el ejercicio de las facultades del dueño de un predio en las relaciones de vecindad, ajustándose a esta lectura del individualismo que reconoce esta delimitación. Prueba de ello es que el planteamiento kantiano –que revisamos como un esquema desinteresado de individualismo– ofrece un sustento normativo apropiado para las inmisiones. Si el principio universal de lo jurídico reclama que la libertad de un arbitrio coexista con la de otro arbitrio según una ley universal de la libertad, el propietario de una finca está facultado a desplegar sus prerrogativas y alcanzar sus intereses *en la medida en que no obstaculice el ejercicio de la libertad posesoria del otro propietario*. Así, el ejercicio de una acción lesiva para el predio vecino importa un agravio que obstaculiza su libertad y este agravio es incompatible con la legislación universal de la libertad. Desde luego, esta consideración no atiende a las motivaciones que tenga el propietario del predio respecto del otro y solo busca precaver el efecto lesivo en los intereses de este último. Según observa KANT, «[...] cada uno puede ser libre, aunque su libertad me resulte totalmente indiferente o desee cordialmente dañarla, con tal de que no le perjudique con mi *acción externa*»⁷⁹⁹.

⁷⁹⁸ Véase, por ejemplo, AMUNÁTEGUI PERELLÓ, 2009: 505-525. En el cuerpo legislativo chileno no existe consagración expresa de la teoría de las inmisiones. Ello es distinto, por ejemplo, en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, que en su artículo 1973 se consagra esta figura bajo el título de *inmisiones*. En el BGB, en tanto, ella es regulada en el §906 según la denominación de *emisión de sustancias imponderables*.

⁷⁹⁹ KANT, 2005: §C 231, 39. Énfasis del original.

2.2. Servidumbre

Hasta acá el altruismo moderado parece no tener cabida en el derecho de bienes y, con ello, podría estimarse consolidada la imagen individualista que tradicionalmente cubre los asuntos propietarios. El individualismo en su acepción desinteresada ofrece una adecuada fundamentación para el concepto de propiedad que es entendido a través de los poderes que tiene el dueño sobre la cosa. En la manera en que son ejercidas sus prerrogativas no ha sido posible detectar actuaciones a favor del otro que sean propiamente realizadas en su beneficio. Las limitaciones en el despliegue de las facultades dominicales se justifican precisamente en el respeto por los intereses y derecho de los otros, lo cual es plenamente conciliable con la apelación del individualismo desinteresado por el resguardo de la autonomía ajena y la evitación del daño al otro. Ello no conlleva poner en entredicho la prevalencia del interés propio del dueño sobre el de los demás participantes de la comunidad.

Las cosas parecen ser distintas, en cambio, si prestamos atención a la institución de las servidumbres. Dicho derecho real limitado –también entendido como una desmembración del dominio– consiste en la «[...] limitación de la propiedad inmueble de una persona en favor de la propiedad inmueble de otra; y su *función económica* es procurar algún recurso o ventaja a los fundos que carecen de ellos y cuya falta impide a sus dueños un uso o explotación adecuados»⁸⁰⁰. Los supuestos en que esta figura recibe aplicación tienen lugar, por consiguiente, cuando uno de los predios está desprovisto de ciertos medios, ventajas o recursos para que se les use, goce o explote de manera adecuada. Esta situación enfrenta, por ejemplo, un inmueble que no cuenta con agua para efectuar las tareas de regadío o bien está desprovisto de acceso a caminos públicos. Sin tales recursos el predio no podría ser explotado en forma satisfactoria o quizá pueda lograrse, pero asumiendo diversas dificultades y costes añadidos⁸⁰¹. De manera tal que las servidumbres están establecidas a favor de los intereses

⁸⁰⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, SOMARRIVA UNDURRAGA y VODANOVIC HAKLICKA, 2005: 179. Énfasis añadido.

⁸⁰¹ El gravamen que importa la servidumbre también ha sido leído sobre la base de una relación de cooperación entre ambos predios. En tal sentido, las servidumbres «[...] se basan en la necesaria cooperación que se necesita para que inmuebles vecinos puedan ser aprovechados convenientemente por sus dueños, sin que importen una limitación demasiado gravosa para uno de ellos». CORRAL TALCIANI, 2020: 515. La noción de cooperación ofrece dificultades cuando el predio sirviente debe actuar en beneficio exclusivo del predio dominante, sin que haya voluntad de hacerlo ni tampoco media contraprestación alguna del predio favorecido. En la relación cooperativa, por cierto, no se advierte con claridad la preeminencia del interés ajeno que es central en la justificación de la institución de las servidumbres. Como fue mostrado en el capítulo precedente la idea de

del bien raíz que no posee las ventajas o recursos necesarios para su producción económica. Mientras que este último reporta la utilidad –y recibe el nombre de predio *dominante*– el segundo debe soportar la carga impuesta a favor del otro –denominándose predio *sirviente*–.

¿Cómo está fundamentada la institución de las servidumbres? En forma tradicional se ha echado mano a la utilidad, beneficio o ventaja directa que recibe el predio dominante gracias al predio sirviente. De acuerdo con Ángel REBOLLEDO VARELA, «[...] toda servidumbre debe traducirse en una ventaja del fundo, incluso de naturaleza no económica, en un incremento en la utilización del mismo, existiendo una relación de instrumentalidad directa entre la servidumbre y el disfrute del inmueble de manera que incluso el propio contenido y ejercicio del derecho es instrumental a la utilización del predio»⁸⁰². Esta utilidad constituye, a la vez, el fundamento de la servidumbre y uno de sus caracteres más distintivos⁸⁰³. Respecto de ella es necesario efectuar dos consideraciones. Por una parte, su carácter no necesariamente económico y, por otra, la forma como se proporciona al predio sirviente, es decir, la expresión del gravamen que soporta el predio sirviente.

La cuestión acerca del tipo de utilidad que ha de obtener el predio dominante es crucial para no sujetar el beneficio solo a una cuestión meramente económica. Según Eduardo BAENA RUIZ, la ventaja o utilidad «[...] no necesariamente ha de ser de contenido económico, pues puede traducirse en amenidad, belleza o comodidad, consistiendo, en general, en cualquier clase de ventaja que mejore la utilización del fundo dominante»⁸⁰⁴. En el mismo sentido, se ha indicado que la utilidad debe ser interpretada en sentido amplio en términos de «[...] beneficio, comodidad o conveniencia, y como se refleja, por ejemplo, en una servidumbre *altius non tollendi* para evitar las construcciones en el predio sirviente que impidan u obstaculicen las vistas de que disfruta el predio dominante»⁸⁰⁵. De ahí que la utilidad debe

cooperación es perfectamente encajable en modelos normativos individualistas. Las servidumbres obedecen, no obstante, a una racionalidad orientada en sentido contrario.

⁸⁰² REBOLLEDO VARELA, 2002: 71.

⁸⁰³ BAENA RUIZ, 1994: 22-23.

⁸⁰⁴ El Código Civil italiano de 1942 sigue de cerca esa observación al establecer, en su artículo 1028, que «La utilidad también puede consistir en la mayor comodidad o amenidad del fundo dominante».

⁸⁰⁵ REBOLLEDO VARELA, 2002: 71.

entenderse como «[...] una mejor utilización del predio dominante en todos sus aspectos; en último término, un incremento en su valor de uso y aprovechamiento»⁸⁰⁶.

En relación con la modalidad que adopta el gravamen que afecta al predio sirviente y beneficia al dominante, esta puede tener distintas variantes. Una de ellas, y la que goza de mayor frecuencia, es dejar de hacer algo (*non facere*). Esta se trata de un deber de abstención del dueño de la finca dominante, impidiendo que realice algo que de no existir la servidumbre podría efectuarlo de manera lícita. Otra expresión es la de efectuar algo con carácter accesorio (*facere*) que permite la viabilidad del provecho del predio dominante. Si bien ambas manifestaciones están encaminadas al beneficio directo del inmueble dominante, cuando la actuación del fundo sirviente importa derechamente hacer algo a favor del dominante, realizándolo exclusivamente en beneficio del interés de este último, deviene aún más visible la justificación que el altruismo moderado puede brindar para esta clase de institutos. Por supuesto, en cualquiera de los deberes del predio sirviente están presentes los cánones altruistas de desafiar la preeminencia del autointerés, atender permanentemente los intereses ajenos y, cuando ello es menester, actuar –omisiva o positivamente– en el solo beneficio del interés del otro.

Conviene añadir un punto anotado por REBOLLEDO VARELA acerca de la tensión entre la lógica de la servidumbre y el principio de autonomía de la voluntad. Este último posee, como es sabido, un profundo compromiso con el individualismo filosófico que enfatiza la autodeterminación del agente y la responsabilidad por sus acciones autónomas. La servidumbre constituye, por el contrario, una limitación al ejercicio autónomo de los poderes propietarios en la medida en que el dueño del predio sirviente tiene el deber de actuar en servicio de los intereses del inmueble dominante. Nuevamente, no se trata de que tenga verdaderamente la intención de beneficiarlo, sino que actúe *como si la tuviera*, remarcando el carácter conductual que tiene este modelo de fundamentación normativa. Es la utilidad o provecho en favor de la finca dominante la justificación para acotar la autonomía de la voluntad del propietario del predio sirviente. De lo contrario, «[...] no cabe admitir

⁸⁰⁶ REBOLLEDO VARELA, 2002: 71.

limitaciones al ejercicio de la propiedad inmueble que a su vez no reporten ventaja o beneficio a nada ni a nadie»⁸⁰⁷.

De acuerdo con las consideraciones precedentes, a las servidumbres subyacen componentes altruistas que envuelven ese *algo más* que demanda el altruismo moderado y que no es agotado mediante la proscripción de dañar a los demás. El individualismo, aun en su dimensión desinteresa, no logra capturar la racionalidad de las servidumbres ni develar sus cánones justificativos. El predio sirviente asume el gravamen en el beneficio y la utilidad del predio dominante. Su actuación –comúnmente de carácter omisiva– es efectuada únicamente por el bien del predio que requiere la respectiva ventaja o recurso. En lugar de ejercer su facultad de exclusión, el propietario del predio sirviente soporta la carga por el solo beneficio del predio dominante. De forma inmediata surgen dos importantes diferencias entre la institución de las servidumbres y los parámetros de la filosofía individualista. En primer lugar, la racionalidad a la cual se ajusta la servidumbre rechaza la prevalencia de los intereses propios en desmedro de los ajenos. En efecto, el predio sirviente asume la carga impuesta por los intereses del predio dominante, el cual es el único beneficiado con la constitución de la figura. Su lógica claramente no responde al predominio de los intereses del predio que realiza la acción, sino que, por el contrario, esta es efectuada en el solo beneficio del predio dominante⁸⁰⁸.

En segundo lugar, en tanto, la justificación normativa que subyace a la servidumbre es de carácter altruista en la medida en que los deberes del predio sirviente –que están manifestados en su abstención, tolerancia y, a veces, en hacer algo– se fundan exclusivamente en el interés del predio dominante. Tal como lo exigen los parámetros altruistas, la actuación del predio que soporta el gravamen está justificada por el solo bien y la utilidad que beneficiarán al otro inmueble. Esta actuación a favor del otro por su propio interés devela el compromiso altruista que está presente en las servidumbres. De allí que el propio componente altruista que encarna

⁸⁰⁷ REBOLLEDO VARELA, 2002: 71. Según Díez-PICAZO, «[n]o pueden existir servidumbres sin que a través de ellas se pretenda obtener una determinada utilidad para el fundo al que la servidumbre sirve y, en este sentido, no pueden establecerse servidumbres que no reporten ventajas para nadie». Díez-PICAZO, 2012: 246.

⁸⁰⁸ Esto es patente en las palabras de Diego SAN MARTÍN DEVOTO, para quien «[e]s de la esencia de las servidumbres el asegurar un provecho real al que la inviste activamente, aunque solo sea una utilidad de mero recreo, pero con tal de que ella mejore la condición del *fundo* dominante y no se trate solo de ventajas personales para el individuo propietario o poseedor». SAN MARTÍN DEVOTO, 2020: 33. Énfasis del original.

la servidumbre es posible desprenderlo de su definición legal en el Código Civil chileno, disponiendo que se trata de «un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño»⁸⁰⁹.

En tales términos, es observada la totalidad de los postulados del altruismo moderado, ya que (i) el interés propio no tiene predominio respecto del ajeno; (ii) el predio sirviente debe desplegar una constante preocupación por los intereses de la finca dominante y, por último, (iii) es necesario que, según las circunstancias del caso, realice una acción directamente dirigida a satisfacer los intereses del otro predio. Este último postulado, por la peculiaridad del deber del predio sirviente, es generalmente de carácter omisivo y se encuentra establecido únicamente en favor del predio dominante. No es, claro está, evitar dañarlo sino derechamente beneficiarlo. Y ello tampoco importa un sacrificio irrestricto por el otro predio –como podría alegarlo el altruismo fuerte–, sino que solo es requerida una abstención de su parte porque de eso depende que el predio dominante obtenga el beneficio deseado según las circunstancias concretas. Cuando la consecución del provecho o ventaja por parte de la finca dominante conlleva a la sirviente, por el contrario, realizar positivamente algo para que ello sea viable, resulta más cristalina la desconexión con el fundamento individualista, aun cuando se trate del desinteresado. Aquí hay, de nuevo, una exigencia adicional que puede ser adecuadamente fundada gracias al altruismo moderado.

Dentro del abanico de variantes que presenta la figura de las servidumbres, cabe destacar la existencia de las denominadas servidumbres *naturales*. A diferencia de lo que ocurren en las de carácter legal y convencional, en las servidumbres naturales no hay una participación de la voluntad del ser humano ni tampoco una disposición legislativa en virtud de la cual el dueño del predio sirviente debe soportar algo a favor del dominante, aun en contra de su voluntad. La constitución de las naturales opera, por el contrario, como una consecuencia de la situación natural de los predios. De ahí que se trata de una carga que, como metafóricamente se ha dicho, «[...] se encuentra escrita en el suelo mismo»⁸¹⁰. Por eso, esta tipología de servidumbres tendría lugar a pesar de que los cuerpos normativos no la establecieran en un determinado sistema jurídico privado. Otro aspecto que diferencia entre

⁸⁰⁹ Artículo 820, Código Civil de Chile. El artículo 530 del Código Civil español fluye en términos casi idénticos, únicamente sustituyendo la expresión «utilidad» por «beneficio».

⁸¹⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, SOMARRIVA UNDURRAGA y VODANOVIC HAKLICKA, 2005: 189.

estas clases de servidumbres radica en que en ordenamientos jurídicos –como el chileno– las convencionales y legales conllevan una indemnización para el propietario del predio sirviente, mas en las naturales no tiene derecho a recibir indemnización alguna. Aquí únicamente «[...] debe soportar el gravamen como una fatalidad. Nada puede reclamar, porque, como escribía Napoleón desde Santa Elena, ‘cuando el destino manda, hay que obedecer’»⁸¹¹. En este sentido, las servidumbres naturales parecen encarnar un altruismo de mayor intensidad en que el interés ajeno es preponderante respecto del propio del dueño de la finca sirviente. Así, la expresión *fatalidad* podría engarzarse con la de *sacrificio*, pero ya hemos indicado que el sacrificio no es considerado como parte indispensable del contenido proposicional de la filosofía altruista. La cuestión parece ser más bien de grados y, desde este punto de vista, resulta evidente que en las servidumbres naturales el altruismo se manifiesta de manera aún más nítida que en las otras clases.

En este punto conviene detenerse a revisar una posible observación crítica que podría articularse sobre lo antes expuesto. Si pensamos en el tratamiento que se efectuó acerca de la buena fe de la cual podrían derivarse los deberes de renegociación en los supuestos de imprevisión, así como preliminares de información establecidos en el beneficio de la otra parte, resulta posible admitir que la relevancia de la buena fe es disímil respecto de la concedida por la doctrina tradicional a las servidumbres en materia de derecho de propiedad. En este sentido, podría sugerirse, por último, que el lugar de la buena fe en el ámbito contractual no es para nada equivalente al ocupado por las servidumbres en el contexto propietario⁸¹². Desde luego, esto es correcto. La ubicación del altruismo moderado como fundamento normativo del derecho privado no tiene por qué presentarse en el mismo grado ni con la misma fuerza en sus diversas instituciones y preocupaciones. La cuestión determinante es desentrañar cuál es el espacio del altruismo moderado en el derecho privado y no ensanchar artificialmente esa presencia. De allí que no sea un inconveniente que, por ejemplo, las servidumbres tengan una posición si se quiere menor –cuando no periférica– en

⁸¹¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, SOMARRIVA UNDURRAGA y VODANOVIC HAKLICKA, 2005: 191.

⁸¹² Con ello, el espacio ocupado por el altruismo moderado en la fundamentación valorativa del derecho de contratos es ostensiblemente mayor al lugar en que residen sus demandas en el marco del derecho de propiedad.

el derecho de propiedad⁸¹³. Tal lectura es consistente con la posición tradicional que ve en el derecho privado en general y en el de propiedad con especial claridad una cuestión de individualismo. La posición que ocupan las servidumbres en el derecho de propiedad transparenta que la supuesta base normativa común no es tal, puesto que es posible hallar institutos que están orientados según una lógica de carácter altruista. Ese espacio es ciertamente distinto de aquel en que está asentado el sustento individualista en los asuntos propietarios. El punto determinante es que ese espacio existe y pone en entredicho la uniformidad de la estructura normativa que aparentemente caracteriza todo el derecho privado.

El reclamo por el lugar de la fundamentación altruista en su sentido moderado es de reivindicación del espacio que aquella, de hecho, tiene, según la manera en que comprendemos los institutos y las prácticas del derecho privado. No hay una pretensión hegemónica en el fundamento altruista como si tuviese que reemplazar el sustento normativo proporcionado por el individualismo al derecho privado en general. Ello parece tan implausible como innecesario. No es necesario efectuar contorsiones para intentar mostrar más altruismo del que efectivamente hay en el derecho privado. A pesar de que el posicionamiento del altruismo moderado sea menor al del individualismo, no puede perderse de vista que –si todo lo anterior fuere cierto– ni el derecho contractual, ni el derecho de propiedad, ni tampoco el derecho privado, pueden fundarse acudiendo exclusivamente al individualismo, aun tratándose de su dimensión desinteresada. La pretensión de uniformidad en la composición normativa del derecho privado debe revisarse porque en dos de sus áreas –que son tradicionalmente consideradas como terrenos unitarios del prisma individualista– hay componentes emparentables con el altruismo moderado. Así las cosas, resulta difícil preservar la lectura tradicional que considera el derecho privado homogéneamente fundado en el individualismo, si en el «corazón» de este ámbito de lo jurídico, el fundamento altruista se encuentra también presente.

Lo anterior invita a recobrar el rasgo de complejidad del derecho de contratos revisado en el segundo capítulo. En la esfera de la fundamentación normativa este aspecto se refleja en el

⁸¹³ No obstante, CORRAL TALCIANI ha notado que a pesar del declive de la explotación agrícola de predios rurales la vigencia práctica de las servidumbres ha crecido, extendiéndose a inmuebles urbanos como ocurre con los condominios. Sobre este punto, véase CORRAL TALCIANI, 2020: 518.

déficit de uniformidad del derecho contractual. Ello impide, desde mi modo de ver, formular *un* parámetro normativo que justifique unitariamente la estructura, funcionamiento y prácticas del derecho contractual. La pregunta que entonces surge es si esa imagen de complejidad también caracteriza el derecho de propiedad y así el derecho privado general. Dado que el examen de instituciones que pueden fundarse en el altruismo moderado se efectuó en ambas áreas, mostrando buenas razones para sostener la pertinencia de que también esté presente en el derecho privado, puede entenderse que la complejidad es, en verdad, propia del fenómeno jurídico privado. Desde luego, esto constituye un reto teórico mayor y que escapa a las aspiraciones centrales de este estadio de la investigación. Sin embargo, la argumentación que se ha sostenido no es del todo muda al respecto. Si un punto de expresión de la complejidad es la falta de uniformidad en la fundamentación normativa, el derecho de propiedad también devela este carácter. No hay allí solo un único sustento filosófico a partir del cual se justifican coherentemente sus reglas, instituciones y prácticas. El posicionamiento del altruismo moderado en institutos como las servidumbres abona la diversidad de parámetros normativos que existen en esta parcela del derecho. Luego, si es cierto que desde el derecho de contratos y de propiedad es posible afirmar algo relevante sobre el derecho privado, entonces, el derecho privado debiere ajustarse a esta complejidad que en el contexto de la estructura de fundamentación se aparta de la homogeneidad y simpleza de un criterio único y vigente en todas sus preocupaciones generales. En su lugar, su composición normativa se esgrime a la luz de modelos de fundamentación diversos, que tienden en direcciones contrarias acerca de cómo debemos desarrollar nuestras acciones y encauzar las relaciones sociales.

Esto auxilia la tesis según la cual una incidencia relevante del posicionamiento del altruismo moderado en la estructura de fundamentación del derecho de contratos –y del derecho de propiedad– es de índole teórica: se sientan las bases para repensar el derecho privado según la manera en que ha sido entendido por los estudios tradicionales. La conexión que es articulada entre derecho privado e individualismo arroja luz sobre *solo una parte* de esta esfera de lo jurídico. Sin embargo, descuida aquellas zonas en que el privilegio del interés personal es desafiado a favor del interés de los demás. De este modo, posicionar un estándar normativo adicional al individualismo es indispensable para sacar partido teórico de la complejidad de sus áreas de mayor significación: derecho de contratos y derecho de

propiedad. Y, por qué no decirlo, del derecho privado en su conjunto. Las coordenadas sobre la idea de un derecho privado robusto estarán precisamente encaminadas en esta línea.

3. FORMALIDAD COMO LÍMITE PARA LA AUTOCOMPRENSIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Como fue analizado en el primer capítulo, en la filosofía del derecho privado contemporánea ha calado hondo la aproximación formalista sobre esta parcela de lo jurídico. El ejercicio de autocomprensión del derecho privado más relevante es, como fue visto, el esgrimido por WEINRIB. Por esta razón, los apartados que siguen están esgrimidos como una suerte de diálogo con su visión filosófica acerca del derecho privado. Desde tal modo de ver, la vía adecuada para comprender el derecho privado es a partir de un método formalista que presenta un fuerte compromiso con la idea de coherencia. Este busca «[...] elucidar los diferentes modos en que las relaciones jurídicas pueden ser ordenadas coherentemente»⁸¹⁴. El derecho privado exhibe un rasgo interno que está presente en todas sus preocupaciones y dimensiones; a saber, la coherencia. Según lo subraya WEINRIB, este es internamente coherente según la estructura de la relación formal existente entre los participantes de sus vínculos. Tal estructura es especificada adecuadamente mediante la justicia correctiva que gobierna las relaciones jurídicas privadas. En su esquema la justicia correctiva se encuentra construida gracias a una conjunción entre el trabajo de las formas jurídicas de la filosofía aristotélica que busca ordenar las relaciones y, a su vez, el componente normativo proporcionado por la teoría jurídica kantiana en cuanto a los derechos de libertad de los individuos.

El enfoque formalista es, desde la mirada de WEINRIB, idóneo para sacar partido a la coherencia del derecho privado, pero esta última característica es particularmente demandante en su planteamiento, toda vez que de ella depende buena parte de la unidad del fenómeno jurídico privado. Como observa, «[...] La idea de coherencia es muy exigente; *requiere que la justificación ocupe todo el espacio conceptual* al que le da derecho su contenido normativo»⁸¹⁵. Dicha aspiración de homogeneidad genera que la justificación que

⁸¹⁴ WEINRIB, 2017: 25.

⁸¹⁵ WEINRIB, 2017: 29. Énfasis añadido.

aduce el autor –la justicia correctiva– debe ocupar el espacio completo para que el sistema sea genuinamente coherente. Es esta forma de la idea de justicia la que brinda la estructura teórica de la coherencia del derecho privado y que se extiende a sus diferentes relaciones jurídicas. De allí el carácter de inmanencia que le atribuye a la justicia correctiva, estimándosele inseparable del derecho privado. De este modo, la justicia correctiva constituye «[...] la estructura de coherencia normativa inmanente en los rasgos más generales y prevalentes del derecho privado»⁸¹⁶.

La coherencia es particularmente relevante en la idea de derecho privado de WEINRIB. De acuerdo con el carácter de la empresa de autocomprensión que encarna su propuesta teórica, el derecho privado importa una actividad justificativa⁸¹⁷. El tipo de relación directa que media entre las partes no constituye *solo* un dato que describe la forma en que se compone el vínculo, sino que devela condiciones de interacción entre ellas que se encuentran debidamente justificadas. Por ello es que la coherencia no escapa a esta imagen del ejercicio de autocomprensión, sino que ella «[...] debe ser entendida a la luz de esta dimensión justificativa»⁸¹⁸. La justificación de las relaciones de derecho privado es unitaria, porque su coherencia depende de que la consideración que justifica un aspecto concerniente a la relación sea coherente con las consideraciones que justifican los restantes rasgos de esa relación. Hay, entonces, una justificación *única* de todas las consideraciones de la relación de derecho privado. Según el autor, «[l]a coherencia es el entrelazamiento de todas las consideraciones justificativas relativas a una relación jurídica *en una única justificación integrada*»⁸¹⁹.

Como puede observarse, el modelo de análisis sobre el derecho privado ofrecido por el formalismo de WEINRIB tiene un carácter ostensiblemente monista. La coherencia constituye un criterio justificativo unitario y comprensivo de las diferentes áreas de este fenómeno jurídico. Su apuesta monista está articulada sobre la base de la justicia correctiva en la medida en que esta captura la estructura formal que comparten las relaciones de derecho privado. Por ello, WEINRIB afirma que las diversas variantes de la relación jurídica que yacen en sus

⁸¹⁶ WEINRIB, 2017: 30.

⁸¹⁷ Desde este punto de vista, WEINRIB, 2017: 64.

⁸¹⁸ WEINRIB, 2017: 64.

⁸¹⁹ WEINRIB, 2017: 65. Énfasis añadido.

prácticas están comprometidas con los postulados de la justicia correctiva. Esta idea de la justicia está presente en el conjunto de preocupaciones del derecho privado y su racionalidad es la que mejor encaje tiene con la interacción directa que media entre los participantes de la relación jurídica privada. De igual manera, las exigencias de la justicia correctiva se esgrimen formalmente en la estructura compartida que distingue al derecho privado⁸²⁰. Dado que tal estructura es definitoria del derecho privado, la justicia correctiva es *la* meta que de modo uniforme cabe perseguir y alcanzar. Como es indicado por el autor, «[s]i hemos de expresar esta inteligibilidad en términos de objetivos, lo único que puede decirse es que *el* objetivo del derecho privado es ser derecho privado»⁸²¹. Si la estructura es invariable el derecho privado no puede dejar de ser lo que es: una modalidad de interacción directa desarrollada conforme con los cánones de la justicia correctiva. De allí la insistencia del autor en que el derecho privado es una cuestión de justicia correctiva⁸²². Y solo puede ser internamente inteligible de acuerdo con sus términos.

De este modo, únicamente la justicia correctiva tiene lugar como propósito de las reglas, instituciones y prácticas del derecho privado. No hay espacio, en cambio, para consideraciones distributivas o punitivas –ya sean retributivas o preventivas– puesto que estas se alejan de la racionalidad interna del derecho privado, vulnerando el vínculo directo e inmediato entre las partes de la relación privada. Traspasar esta clase de cuestiones al derecho privado conlleva la introducción de finalidades que no son, en rigor, *del* derecho privado. Desde luego, ello no excluye del todo que haya elementos distributivos o punitivos en algún lugar del derecho privado, más bien sugiere que no resulta pertinente que el derecho privado los busque válidamente como objetivos⁸²³. La justicia correctiva es *el* objetivo del

⁸²⁰ WEINRIB resalta la vocación de uniformidad que expresa su visión del derecho privado a partir de la estructura común del derecho privado. En sus términos, «[m]i tesis fundamental es, pues, que las relaciones de derecho privado tienen una estructura unificadora». WEINRIB, 2017: 54.

⁸²¹ WEINRIB, 2017: 39. Énfasis añadido.

⁸²² WEINRIB, 2017: 106. Es posible advertir una clara imagen de las dificultades que enfrenta el monismo de WEINRIB en las puntuales reflexiones que ha brindado sobre la pobreza, cuestión que se revisará más adelante. A partir del tratamiento kantiano del deber de ayudar a los pobres (KANT, 1999: §326, 159-160), WEINRIB insistió en que este deber del Estado no responde a consideraciones de justicia distributiva. Como concluye, «[a]l formular el punto de KANT en términos de las formas aristotélicas de la justicia, se puede decir que la justicia distributiva de los impuestos para apoyar a los pobres es el concepto concomitante de establecer un sistema jurídicamente efectivo de justicia correctiva». WEINRIB, 2012: 296. Por cierto, este pasaje fue añadido y no se encuentra presente en la formulación original de su trabajo. WEINRIB, 1988: 828.

⁸²³ Tal matización está plasmada cuando el autor con posterioridad advirtió que «[...] esto no quiere decir que todas las razones que ofrecen los tribunales se ajusten, de verdad, a la justicia correctiva. Más bien, indica la estructura que debe tener el razonamiento jurídico para que ese razonamiento resuelva las implicaciones del

derecho privado con exclusión de las restantes versiones de la idea de justicia. En este sentido, WEINRIB revela la asunción de una metodología monista para dar cuenta de la idea de derecho privado.

Esta aproximación formalista emparenta la justicia correctiva con la coherencia del sistema. Al posicionar esta versión de la justicia en el centro del derecho privado, la racionalidad interna que exhibe su relación jurídica asegura que haya consistencia y homogeneidad, pese a la multiplicidad de modalidades en virtud de las cuales se manifiesta el derecho privado. Cualquier esfuerzo de explicación o justificación de este tiene que hacerse de conformidad con la justicia correctiva, ya que esta subyace a la forma en que interactúan las partes de la relación jurídica privada. Si esto fuere así, entonces, tanto la explicación como la justificación del derecho privado reproducen la coherencia interna que lo identifica. De este punto de vista, «[...] la justicia correctiva se refiere a una noción de coherencia justificativa que es relevante de manera uniforme para todos los sistemas sofisticados de derecho privado»⁸²⁴.

La idea de derecho privado presenta un profundo compromiso con —entre otros criterios— una especial formulación del formalismo jurídico, un monismo metodológico y una vocación por la coherencia interna del sistema. La férrea defensa de WEINRIB de la ruptura entre el derecho privado y el derecho público, abogando insistentemente por la autonomía del primero sobre el segundo, agudizaron la forma en que cada uno de estos presupuestos fueron adoptados. Ciertamente, el contexto intelectual en que el autor presentó su obra a finales del siglo XX marcó la intensidad de sus alegaciones, ya que el análisis económico del derecho se había posicionado en las reflexiones sobre el derecho privado, inquietando con configurar una versión funcionalista de este ámbito de lo jurídico y desvanecer las fronteras entre el derecho privado y el público. Y resulta innegable que su impacto fue decisivo en la filosofía del derecho privado contemporánea. La cuestión, entonces, es evaluar críticamente la visión del derecho privado popularizada por WEINRIB a la luz de algunas de las consideraciones que aquí se han revisado. Por supuesto, un examen exhaustivo de la tesis del autor excede con creces los objetivos de esta investigación. En este lugar importa determinar si la incidencia

carácter institucional y las aspiraciones normativas del derecho privado. Es por eso que, como lo expresé hace años en palabras que escandalizaron a algunos lectores, ‘el propósito del derecho privado es ser el derecho privado’». WEINRIB, 2012: 8.

⁸²⁴ WEINRIB, 2017: 19.

del posicionamiento del altruismo moderado en el derecho privado ofrece o no vallas insalvables para el planteamiento de WEINRIB. En otros términos, si su idea de derecho privado es apta para dar cuenta de la complejidad de esta área del fenómeno jurídico, que en su dimensión normativa se manifiesta en la diversidad de fundamentos.

Si la respuesta fuere la negativa, y a pesar de la enorme influencia que aún tiene, se trataría de la idea de un derecho privado *débil* en la cual la pretensión de uniformidad conlleva una simplificación teórica del objeto de estudio. La tesis que se sostendrá es que la doctrina filosófica de WEINRIB sobre el derecho privado es incapaz de dar cuenta de la participación del altruismo moderado en la composición normativa de esta esfera de lo jurídico –si este es el caso– y, por ende, es necesario apartarse de su lectura y formular la idea de un derecho privado *robusto*. Tal visión saca partido de la complejidad que parece exhibir el derecho de contratos y el derecho de propiedad, pudiendo extenderse por su ubicación medular al derecho privado en su conjunto. Asimismo, abandona la aspiración de ver en el derecho privado *un* criterio común sobre el cual este está cabalmente fundamentado, así como que solo respecto de este es pertinente alentar su consecución.

Lo anterior devela que la autocomprensión del derecho privado, concebida de acuerdo con los lineamientos del autor, enfrenta sendas dificultades y puede resultar poco exitosa. Para justificar este cargo es necesario referirse a la propia noción de autocomprensión. Esta idea tiene un sentido kantiano con el cual WEINRIB expresa su afinidad y afirma lo indispensable de efectuar una reflexión crítica sobre la propia disciplina que es desarrollada. Se trata, entonces, de poner a esta última como objeto de estudio para indagar sus compromisos, aspiraciones y preocupaciones más distintivas. Tal empresa se encuentra en sintonía con lo que ha ocurrido, por ejemplo, en la filosofía analítica del derecho, desde finales del siglo XX e inicios del XXI, en que se ha examinado críticamente la teoría jurídica de corte hartiana desplegada a partir del análisis conceptual. Del mismo modo, el derecho privado –en su comprensión tradicional– es sometido al análisis filosófico, inquiriendo sobre esta área y evaluándose la manera en que se ha llevado a cabo su estudio. Como indica RAZ, «[r]esulta característico de las disciplinas filosóficas que la aclaración y delimitación de su propio objeto de estudio se encuentre entre sus temas principales [...] Dado que la identidad de tales

disciplinas depende de la identidad de su objeto de estudio, una diversidad de búsquedas filosóficas se caracteriza por su preocupación por su propia identidad»⁸²⁵.

Esta tarea es crucial en la filosofía del derecho privado, pero para ejecutarla de manera correcta es necesario que el objeto de estudio sea adecuadamente descrito y la explicación que se brinda sobre este cubra sus diferentes caracteres y dimensiones de análisis. La aspiración de mostrar el derecho privado en torno a su aparente unidad y justificación uniforme constituye un límite más que una real ventaja para la autocomprensión del derecho privado. Si es correcto que un rasgo determinante de esta porción del fenómeno jurídico es su complejidad, entendida en términos de la falta de homogeneidad y presencia de la diversidad que es posible hallar en las preocupaciones básicas que le competen, el enfoque de WEINRIB no logra ofrecer una versión vigorosa del derecho privado. Por el contrario, su visión da cuenta de este ámbito jurídico ceñido en una debilidad teórica, toda vez que la propia complejidad del fenómeno que es estudiado se simplifica hasta el punto de articular una imagen compacta, unitaria y común del derecho privado, pero que tergiversa su composición, funcionamiento y prácticas distintivas. Concebido de este modo, cualquier variante, criterio alternativo o modelo de análisis distinto al formulado por la idea de derecho privado de WEINRIB es inmediatamente considerado como un factor que amenaza la coherencia del sistema y, por ello, debe ser teóricamente desechada.

En el campo de la fundamentación normativa del derecho privado, que aquí nos ocupa, el esfuerzo de posicionar el altruismo moderado sería en vano, ya que este ámbito únicamente puede estar fundado de manera unificadora, como es central en el pensamiento de WEINRIB. Sin embargo, la imagen monista del derecho privado es para el autor el *punto de partida* del ejercicio de reflexión sobre sí mismo, pese a que se trata más bien de una *conclusión* la cual no ha sido debidamente mostrada. Los capítulos anteriores, en este sentido, han procurado transparentar que ni la estructura normativa del derecho de contratos –ni en esta parte la del derecho de propiedad– es unitaria. De allí que no hay solo individualismo en el núcleo del derecho privado. Así, pensar filosóficamente el derecho privado exige capturar la complejidad que es posible apreciar en sus ocupaciones más significativas. Reflexionar en torno a una imagen simple y debilitada del derecho privado conspira con el éxito de la

⁸²⁵ RAZ, 2001: 211.

actividad teórica. El ejercicio de autocomprensión del derecho privado propuesto por WEINRIB es, por tanto, correcto en su inspiración, mas infructuoso para obtener un genuino provecho teórico del fenómeno que analiza.

4. INTERNALISMO SIN FORMALISMO

¿Es necesario rechazar categóricamente todos los puntos que ha instalado WEINRIB en la reflexión filosófica sobre el derecho privado en años recientes? Desde luego que no. Un grueso yerro sería echar al tacho de la basura su teoría aduciendo que allí no hay nada que rescatar. Su propuesta de análisis sobre el derecho privado ha dado en el clavo acerca de lo indispensable que resulta esgrimir este ejercicio de autocomprensión, pero echó mano –desde mi modo de ver las cosas– a presupuestos no adecuados para llevarlo a cabo. La conciliación entre la coherencia y la justicia correctiva para poner de manifiesto la supuesta unidad del derecho privado, acaba forzando la imagen de este último para encuadrarla con la perspectiva monista que inspira todo el trabajo de WEINRIB. Naturalmente, esto constituye un escollo difícil de sortear para su posición que no importe mostrar una visión de un derecho privado débil, desprovisto de su complejidad y encuadrado en un esquema teóricamente simple. No obstante, la articulación de un enfoque interno del derecho privado es acertado para precisamente dar cuenta de la complejidad y ausencia de unidad del fenómeno.

En el capítulo primero fue explorado el internalismo de WEINRIB en oposición al externalismo que buscó combatir. Durante el tercer capítulo, en tanto, fue sugerida la idea de que la dimensión interna es decisiva para hacer frente a la fuerza obligatoria del contrato, tal como lo es para comprender el derecho privado general. Si es correcta la tesis según la cual esta parcela del sistema jurídico debe comprenderse *desde dentro* –como permanentemente insiste WEINRIB– conviene ensanchar las consideraciones sobre qué importa suscribir e implementar tal prisma. El punto de partida es reconocer que la posición que ocupan los participantes en las prácticas jurídicas privadas es fundamental para entender filosóficamente esta área de lo jurídico y ello se acentúa cuando se trata de labores justificativas. De modo que resulta indispensable tener presente la experiencia de quienes son parte de las relaciones jurídicas que componen el derecho privado, relacionándose con las reglas, instituciones y

demás elementos que lo caracterizan. Prescindir por completo de esta posición amenaza la posibilidad de alcanzar una cabal comprensión del derecho privado. Por ello, esta investigación ha asumido la pertinencia de efectuar el análisis filosófico desde dentro del fenómeno que es estudiado. Ahora bien, la manera en que WEINRIB articula la perspectiva interna acerca del derecho privado es, a mi juicio, excesivamente estricta y desatiende cuestiones que dice considerar.

Su carácter estricto se devela en que los componentes gravitantes para dar cuenta de la posición interna atienden exclusivamente a la arquitectura conceptual e institucional del derecho privado. Este armazón formal conforma la estructura general compartida de las diferentes ramas del derecho privado. *Solo* con estos dos elementos el derecho privado es inteligible en términos internos. Desde luego, esto muestra la notoria rigidez que ronda el esquema de WEINRIB y lo limitado que es su espectro de análisis al asociar la dimensión interna del fenómeno únicamente a cuestiones estructurales que en definitiva obvian a quienes participan de ellas. La apuesta del autor por abordar el sistema completo llega a invisibilizar a los individuos cuya posición debiere representar. El ejercicio de autocomprensión, piensa WEINRIB, «[...] llama la atención *al ocultamiento personal de quienes participan* de la elucidación del derecho desde dentro»⁸²⁶. Frente al esqueleto conceptual e institucional del derecho privado, los participantes son paradójicamente situados en un plano secundario y el rendimiento explicativo de la posición interna irremediablemente deteriorado. En este sentido, comprender el derecho privado desde dentro oculta precisamente a quienes debiesen tener el protagonismo para determinar la identidad y las aspiraciones de este ámbito jurídico.

Por supuesto, la ausencia de los participantes de las relaciones jurídicas de derecho privado en la comprensión del derecho privado podría estimarse como una razón suficiente para al menos desconfiar del internalismo formalista de WEINRIB. No obstante, su enfoque también desatiende consideraciones que son determinantes para esgrimir una verdadera comprensión desde dentro del fenómeno jurídico privado. Según observa el autor, «[u]na explicación interna se ocupa del derecho privado sobre la base de los entendimientos jurídicos que le dan forma desde dentro»⁸²⁷. Si ello es así, la perspectiva interna del derecho privado debiere

⁸²⁶ WEINRIB, 2017: 49. Énfasis añadido.

⁸²⁷ WEINRIB, 2017: 47.

explorar la diversidad de entendimientos que yace en sus prácticas jurídicas y no solo una de sus posibles manifestaciones, como se desprende de los postulados de WEINRIB. Es posible hallar, entonces, una tensión entre la suficiencia que atribuye a los elementos advertidos como centrales en la comprensión desde dentro y todo lo demás que también puede razonablemente considerarse como parte interna del fenómeno que se persigue explicar, pero que permanece inadvertido desde su mirada. En otro pasaje, el autor transparenta, a mi juicio, esta dificultad al referirse a todo lo que envuelve su versión del internalismo en los siguientes términos: «[...] un enfoque interno al derecho privado no solo refleja los rasgos del derecho privado tal y como se aprehenden desde dentro, *sino que también contempla esos rasgos desde la perspectiva de su relación mutua con el todo integrado que constituyen*»⁸²⁸. El prisma interno de comprensión del derecho privado no puede simplemente prescindir de los demás rasgos que son relevantes en el derecho privado –cuando es enfatizado el lugar de los participantes que lo experimentan–, ni tampoco desatender las conexiones que tienen lugar entre aquellos y el fenómeno en su conjunto. Hay un sinnúmero de aspectos que, a pesar de lo anteriormente expresado por WEINRIB, han quedado relegados de la perspectiva interna aun cuando es evidente que refuerzan la pretensión de comprender el derecho privado desde dentro. A continuación, se abordará uno de ellos.

Un aspecto en el cual el internalismo de WEINRIB hace hincapié es en los derechos y deberes de las partes que conforman la relación jurídica de derecho privado. Gracias al influjo del pensamiento kantiano en WEINRIB, el sustrato jurídico de la justicia correctiva está marcado por el significado que tienen los derechos en la filosofía jurídica de KANT. Estos consisten en «[...] manifestaciones jurídicas de la libertad inherente a la agencia que se autodetermina»⁸²⁹. Si los derechos expresan libertades, estos alcanzan su compatibilización en el marco jurídico, dado que observan la visión kantiana según la cual el derecho «[...] es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad»⁸³⁰. Tal consideración es determinante para dotar de normatividad a la conexión formal de las partes que rige la justicia correctiva. La igualdad de las partes, en tanto agentes libres que se despliegan en sus relaciones recíprocas,

⁸²⁸ WEINRIB, 2017: 47. Énfasis añadido.

⁸²⁹ WEINRIB, 2017: 153.

⁸³⁰ KANT, 1999: 39.

adquiere su dimensión normativa porque dicha igualdad «[...] refleja la normatividad intrínseca a toda actividad de auto-determinación»⁸³¹. Sobre la base de este entramado conceptual, la posición de los participantes ha sido entendida en términos de los derechos y deberes que están organizados correlativamente, bajo la relación de justicia correctiva que los conecta de modo inmediato⁸³².

Esta presentación del autor es innegablemente sofisticada y muy lograda. Pero al centrar exclusivamente su mirada en los derechos y deberes desatiende nociones como los intereses y las necesidades de los participantes de las relaciones de derecho privado. Ello no es en absoluto baladí pues parece natural pensar que los intereses y las necesidades también pueden contribuir a refinar la comprensión del derecho privado *desde dentro* y, aún más, a delinear las aspiraciones y metas a las cuales este debe propender. Tanto la cuestión de la fundamentación normativa como la relativa a los propósitos del derecho privado no puede efectuarse a espaldas de quienes son parte de sus prácticas jurídicas y se relacionan con las reglas e institutos característicos. El espectro teórico para capturar su posición y participación no puede soslayar los intereses y necesidades de las personas. Atender los derechos y deberes de las partes es ciertamente indispensable pero insuficiente si lo que se pretende es dar cuenta de la posición que estas ocupan en las relaciones de derecho privado. En tal lugar, los intereses y las necesidades de las partes juegan un papel decisivo.

Al apartarse del internalismo de WEINRIB podría surgir la tentación de sostener que la alternativa es adoptar en su reemplazo una posición externalista para entender el derecho privado. Esta sería una interpretación errónea de lo que aquí se está proponiendo. El contraste es menos categórico de lo mostrado por el autor, ya que no hay solo una manera de entender el prisma interno del derecho privado. En lugar de optar por abandonarlo baste con redelinear su énfasis en torno a los derechos de las partes, trasladándolo a sus intereses y necesidades. El punto de vista de los participantes de las prácticas jurídicas es, como fue advertido por HART respecto del fenómeno jurídico general, crucial para alcanzar una acabada comprensión del derecho⁸³³. El derecho privado no escapa a tal consideración. De ahí que centrar la mirada

⁸³¹ WEINRIB, 2017: 117.

⁸³² Del mismo modo, esto se encuentra resaltado en WEINRIB, 2012: 2-5.

⁸³³ Como es sabido, el punto de vista interno del fenómeno jurídico simboliza la perspectiva de los participantes de la práctica jurídica, quienes aceptan las reglas como genuinas pautas de comportamiento. Esto confiere al

en quienes participan en las relaciones de derecho privado es correcto, así como admitir fines que son internos a su estructura, instituciones y prácticas. Sin embargo, resulta exagerada la importancia de los derechos que determina el esquema correlacional entre las partes. Esto no solo circunscribe la capacidad explicativa del derecho privado a la relación directa de derechos y deberes que media entre las partes, sino que también descuida ideas como intereses y necesidades. Estas últimas no encasillan necesariamente lo que el derecho privado es y aquello que cabe esperar de este al vínculo existente entre las partes. Los derechos y deberes de las partes de la relación de derecho privado son fundamentales, pero su relevancia no excluye la atención por los intereses y las necesidades de los demás.

La relevancia de los derechos de quienes participan en las relaciones jurídicas de derecho privado es una cuestión indubitada. Mas, el excesivo acento que sobre ellos sitúa la idea de derecho privado de WEINRIB, suscribiendo un prisma interno de comprensión, ha restringido inevitablemente la atención por consideraciones que van más allá de las partes, excluyéndolas de cualquier rol en la determinación de qué cuenta como derecho privado y a qué este debe otorgar validez y cuidado. Al focalizar tales asuntos, en cambio, en los intereses y las necesidades es resguardado el papel de quienes forman parte de la relación de derecho privado, pero también se logra la inclusión de quienes no son directamente partes del esquema correlativo de derechos y deberes. La posición del otro es ampliamente tomada en consideración porque las nociones de intereses y necesidades abarcan a los demás participantes del fenómeno jurídico privado, aun cuando no estén posicionados en la estructura bilateral. Cuando el derecho privado presta atención a estos elementos no inserta, en verdad, consideraciones exógenas a su racionalidad. Solo saca partido de nociones que han sido descuidadas por numerosos teóricos del derecho privado, quienes se han centrado exclusivamente en los derechos, sin que por ello pueda calificárseles de parámetros externos a este ámbito de lo jurídico.

Gracias a enmiendas de este tipo introducidas en el planteamiento de WEINRIB sobre la posición interna de análisis del derecho privado, es posible despejar el internalismo de los compromisos suscritos por el formalismo monista de WEINRIB. Se persiste en la pertinencia

derecho una dimensión hermenéutica porque su sentido depende del significado que tiene para los participantes. Acerca de la perspectiva interna del derecho, véase HART, 1963: en especial, 99-123.

de situar la reflexión filosófica en la posición de quienes participan y experimentan las relaciones de derecho privado. Del mismo modo, se cobra la palabra al autor en orden a poner de relieve la importancia de otros rasgos –distintos al componente conceptual e institucional– que también se relacionan con el sistema en su conjunto. Y, por último, se recupera el protagonismo de los participantes de las prácticas jurídicas privadas que parecen extraviarse bajo la estructura formal del derecho privado. A partir de la relevancia en los intereses y las necesidades de quienes son parte del fenómeno que se busca explicar es posible ensanchar las consideraciones de análisis, otorgando validez a pronunciarse respecto de los individuos que no conforman el vínculo jurídico en concreto. Dicha expansión conserva que la comprensión sea *desde dentro*, pero evita la simplificación teórica que acarrea el enfoque monista y, por el contrario, incluye los *entendimientos jurídicos* que es posible hallar y relacionan los aspectos resaltados del derecho privado con el *todo integrado* que componen. En otras palabras, se trata de la misma perspectiva de WEINRIB pero que sirve para mostrar *otro* derecho privado: uno robusto.

5. LA IDEA DE UN DERECHO PRIVADO ROBUSTO

La posibilidad de expandir el posicionamiento del altruismo moderado en la fundamentación general del derecho privado, a partir de su presencia en los ámbitos contractual y propietario, ha permitido concentrar las reflexiones en el derecho privado. Si es correcto que el altruismo moderado juega un papel en la composición normativa del derecho privado, entonces, se genera una repercusión teórica relativa a echar luz sobre la complejidad de esta área de lo jurídico y la incapacidad que presenta una teoría del derecho privado que asume como punto de partida la uniformidad como único canon explicativo. En el campo de la fundamentación normativa del derecho privado, como se ha dicho, la complejidad se manifiesta en términos de una diversidad de sustentos valorativos que apuntan a direcciones distintas. A pesar de que los estudios dogmáticos tradicionales sobre el derecho privado han visto en este un terreno en que homogéneamente se encuentra plasmado el individualismo filosófico, se ha sugerido que esto no es efectivo aun cuando se trate de la versión más vigorosa del prisma individualista; a saber, su lectura desinteresada. Por el contrario, hay buenas razones para sostener que el altruismo en su dimensión moderada está presente en el derecho privado y su

ubicación en institutos del derecho de contratos, así como del derecho de propiedad, constituyen indicadores de aquello.

Por supuesto, la cuestión de la fundamentación no agota el análisis filosófico del derecho privado. Como fue observado en el primer capítulo, la filosofía del derecho privado está especialmente preocupada de los fundamentos que sustentan a sus diferentes esferas, así como de los propósitos que les compete perseguir a cada una de ellas. De ahí que lo indicado respecto de la fundamentación puede traspalarse al problema de las finalidades del derecho privado. Tal como no hay solo un fundamento normativo tampoco es posible hallar un único propósito al cual cabe aspirar por este ámbito jurídico. Ambas consideraciones constituyen un reflejo de la complejidad del derecho privado, que impide predicar la existencia de un fundamento común de todas sus preocupaciones y, a su vez, obstaculiza admitir que todas estas esferas busquen homogéneamente el mismo objetivo. Buena parte del mérito epistémico de pensar el derecho privado como un fenómeno complejo –provisto de quiebres, tensiones, diferentes niveles de análisis y diversidad– radica en desechar la pretensión de uniformidad que es tan popular en la teoría jurídica y que WEINRIB instaló en la filosofía del derecho privado contemporánea. Gracias a esta ruptura, la reflexión filosófica del derecho privado recupera la profundidad de su valor explicativo, evitando resentirla mediante la simplificación teórica a la que arriba el esfuerzo de leer *todo* el derecho privado a partir de *un* parámetro compartido.

El prisma monista concibe la unidad como valor del derecho privado. A partir de esta es extrae la homogeneidad y coherencia interna que exhibe en cada una de sus ramas y dimensiones. La dificultad que, entonces, enfrenta tal posición reside en que su punto de partida parece no ser el caso en el derecho privado. Si las cosas fueren como antes se han intentado mostrar, el material indiciario hace ver que en lugar de que el derecho privado esté caracterizado por su unidad, lo está por su complejidad. Dicho rasgo central se encuentra inevitablemente asociado a la diversidad y pluralidad de criterios de análisis. De manera tal que el éxito del esquema de WEINRIB está sujeto a que el derecho privado sea aquella clase fenómenos de los cuales es pertinente predicar filosóficamente su unidad. De lo contrario, el método monista en la filosofía del derecho privado se presenta como teóricamente infructuoso para dar cuenta de su propio objeto de estudio. Esto naturalmente conspira con

el ejercicio de autocomprensión que encarnó *La idea de derecho privado*. Así, la tesis según la cual el derecho privado solo puede ser derecho privado pierde fuerza, si este último no es aquello que se cree que es.

Un aspecto de significativo interés es la forma en que el derecho privado es pensado por esta línea de reflexión filosófica. La descripción que se ofrece de este no solo pareciera no ajustarse a la realidad, sino que también pone de manifiesto la idea de un derecho privado *débil*. Su debilidad está develada en términos teóricos al carecer de aptitud para dar cuenta de rasgos y dimensiones del derecho privado que no encajan con la descripción unitaria que es defendida. Esta rigidez teórica incurre en una simplificación del fenómeno que se estudia y, además, pierde de vista una serie de consideraciones que precisamente marcan la riqueza del fenómeno que es analizado, enfatizada por su carácter complejo. La insistencia por explicar y justificar todo el derecho privado de acuerdo con *un* parámetro común reduce la complejidad del fenómeno a un imagen simple y básica de este. De este modo, la empresa de autocomprensión del derecho privado queda limitada a su efectivo encuadre con dicho parámetro o criterio unitario. El derecho privado únicamente puede hacer frente a preocupaciones y enfrentar desafíos que se ajusten al prisma monista, restringiendo sustantivamente su agenda de investigación. Tal imagen del derecho privado es débil en relación con otra robusta que saque partido a la complejidad del derecho privado y que, en lugar de restringir sus consideraciones de análisis, las ensanche sin encontrarse comprometido con un esquema monista. La aspiración de uniformidad que es, a juicio de WEINRIB, una fortaleza interna que exhibe de manera estructural el derecho privado, paradójicamente acarrea su debilidad teórica.

Al abandonar el monismo en la filosofía del derecho privado los resultados debieren ser sustantivamente distintos. El enfoque monista presenta dificultades insalvables para abordar las diferentes dimensiones y los múltiples niveles de análisis que presenta el derecho privado, pues frente a la complejidad de este ámbito jurídico la pretensión de uniformidad no constituye el camino más apropiado para reflexionar filosóficamente sobre este. El diagnóstico es disímil, en cambio, cuando la metodología monista es sustituida por otra de índole pluralista y que es adecuada para capturar la complejidad del fenómeno jurídico privado. Dado que una clara fuente de expresión de ese rasgo radica en la diversidad de

factores en juego y, por tanto, en el déficit de una identidad uniforme, la aproximación pluralista resulta más promisoría para la comprensión del derecho privado y aprehender sus contrastes, tensiones y modalidades en que este se decanta como fenómeno jurídico. Por ello, el prisma pluralista es apto para dar cuenta de un derecho privado robusto, bajo el cual la introducción o el posicionamiento de algún elemento distinto al considerado como únicamente válido según el esquema monista, no importa lesionar la coherencia interna del sistema.

Sobre la base de la complejidad del objeto de estudio, el modelo pluralista valora la coexistencia de elementos en la composición y funcionamiento del derecho privado. No debemos olvidar que, como ha advertido con razón HILLMAN, el contrato, así como el derecho de contratos, son teóricamente relevantes, porque en gran medida albergan «[...] complejidades, contradicciones, visiones y contravisiones [...]»⁸³⁴. Así, la aproximación pluralista encaja de mejor manera que la visión monista, desprendiéndose de la vinculación entre coherencia y homogeneidad para esgrimir la idea un derecho privado fuerte. Su carácter vigoroso autoriza, como se verá, la presencia de más de un fundamento normativo y, asimismo, la búsqueda de más de un propósito. Naturalmente, esto tiene una incidencia directa en la conformación del núcleo de preocupaciones del derecho privado, ensanchándolo hacia problemas respecto de los cuales esta área de lo jurídico ha permanecido clásicamente relegada. Hace justicia, entonces, a un genuino proceso de autocomprensión.

5.1. Pluralismo metodológico: fundamentos y propósitos

El formalismo monista desplegado por WEINRIB encarna la comprensión de un derecho privado débil, mientras que la implementación de un método pluralista ofrece un sendero pertinente para recuperar la densidad y complejidad teórica del derecho privado, contribuyendo a la formulación de la idea de un derecho privado robusto. La distancia que media entre la aproximación monista y las dimensiones de diversidad, contrastes y tensiones que están presentes en el derecho privado, las cuales develan la riqueza del fenómeno y sustentan su potencial explicativo, obstaculiza preservar la línea de investigación propuesta

⁸³⁴ HILLMAN, 1988: 129.

por el autor. Por ello, el compromiso monista de esta versión de la filosofía del derecho privado debe ser sustituido por un pluralismo metodológico. Entiendo por este a la asunción según la cual el derecho privado puede y debe trasladar su acento en términos metodológicos desde la unidad a la diversidad, abarcando con ello tanto a sus fundamentos como a sus propósitos. Es necesario admitir, por tanto, más de un fundamento y más de una finalidad en el derecho privado. Esto pone en jaque una de las principales creencias de esta visión relativa a la unidad a partir de la cual es leído teóricamente el derecho privado, sosteniendo que hay *un* fundamento que permea las distintas preocupaciones de este ámbito jurídico y, a su vez, *un* propósito el cual cabe válidamente perseguir.

Para esbozar esta idea de derecho privado robusto se explorarán las dimensiones en que se refleja la diversidad y ausencia de uniformidad de esta área del derecho, deteniéndose, en primer lugar, en la fundamentación normativa y, en segundo lugar, en los propósitos. Por supuesto, no se trata de un examen exhaustivo sino meramente preliminar en aras de echar luz sobre la repercusión teórica de situar el altruismo moderado para la comprensión filosófica del derecho privado. Puede perfectamente entenderse como un ejercicio de esbozo de la propuesta, dado que sirve para ilustrar la tesis según la cual la reconfiguración de la manera en que entendemos la estructura normativa del derecho de contratos tiene incidencia en la posibilidad de repensar el derecho privado. Si es efectivo que aquella no es uniforme y responde al menos a dos sustentos normativos distintos, y esto puede traspasarse al derecho privado, entonces, es posible comenzar a releer el derecho privado *desde* el derecho de contratos. El ejercicio de autocomprensión del derecho privado puede iniciarse en esta parcela y extenderse al fenómeno jurídico privado en su conjunto hasta arribar a la visión de un derecho privado robusto, que saque partido a su complejidad y profundo valor epistémico, extendiendo su agenda de investigación a preocupaciones que no responden exclusivamente a cuestiones de individualismo ni de justicia correctiva. En otros términos, el interrogante que responde la idea de un derecho privado robusto es si acaso es posible repensar el derecho privado a partir del derecho contractual.

En relación con la fundamentación normativa del derecho privado, como se ha mostrado, la lectura tradicional acude exclusivamente a los parámetros del individualismo filosófico. Pese a que no hay una sola manera de entender el individualismo, y existen dos lecturas

diferenciadas, el derecho privado es entendido como un asunto de individualismo y sus demandas están presentes en las diversas preocupaciones de este sector. Tal visión es la asumida por la dogmática civil tradicional y es la que ha sido puesta a prueba en los capítulos precedentes. La tesis que se ha defendido es que en el derecho privado también está presente una forma de entender el altruismo, conforme a la cual se justifican diversas instituciones. Esta versión moderada del parámetro altruista es posible rastrearla en la composición normativa del derecho de contratos y, si la extensión a partir del derecho de propiedad es pertinente, también en el derecho privado general. Ni aun el individualismo desinteresado logra fundar la diversidad de exigencias que subyacen a institutos representativos del derecho privado, volviendo necesario centrar la mirada en el altruismo moderado que desafía la preponderancia del interés personal del agente.

La idea de un derecho privado robusto es formulada sobre la base de la complejidad de este ámbito jurídico y, desde el punto de vista de la fundamentación normativa, tal rasgo se manifiesta en la ausencia de un sustento valorativo uniforme que justifique cabalmente todas sus reglas, instituciones y prácticas. Por el contrario, afirma la existencia de al menos dos fundamentos normativos que transitan por direcciones distintas acerca de la prevalencia o no del autointerés. En este trabajo se ha posicionado el individualismo desinteresado y el altruismo moderado, pero ya fue advertido que otros parámetros como la solidaridad también pueden indicarse como candidatos para formar parte de la estructura normativa. La dualidad de su composición transparenta que no hay un único sustento valorativo y que, a su vez, para cubrir la diversidad de demandas a los participantes de las prácticas de derecho privado no es posible prescindir del lugar que allí ocupa el prisma altruista en su dimensión moderada. En este sentido, la presencia de deberes positivos de actuación establecidos en el exclusivo beneficio del interés ajeno, ponen en entredicho la asunción normativa del pensamiento individualista. Dado que en el derecho privado no siempre es suficiente con abstenerse de dañar el interés o los derechos de los demás, sino que en ocasiones es necesario actuar derechamente para alcanzar los intereses de los otros, el individualismo desinteresado es incapaz de capturar la complejidad de demandas normativas que hay en el derecho privado. A pesar de que la lectura tradicional ve en este ámbito de lo jurídico un espacio unitario de postulados individualistas, es posible hallar exigencias que desafían el predominio del interés

personal y en las cuales hay *algo más* envuelto que no lesionar el interés ajeno. Hay actuación por el interés del otro y ahí es indispensable tener presente el altruismo moderado.

En este punto conviene efectuar una precisión respecto de la adopción del individualismo por parte de *La idea de derecho privado* de WEINRIB. En su teoría del derecho privado el enfoque individualista no se encuentra explícitamente defendido y es cierto que está más ocupado de las metas del derecho privado que de los fundamentos normativos sobre el cual este se encuentra asentado. Ahora bien, el esquema monista de análisis que implementa asegura que en el plano de la fundamentación normativa del derecho privado el diagnóstico no sea diferente del explicitado en cuanto a sus propósitos. Si bien es posible rastrear pasajes en que emplea el término «individualismo» para otros propósitos no hay un tratamiento consolidado en su sentido de fundamento normativo⁸³⁵. Por esta razón, debemos deslindar entre dos órdenes de consideraciones. De un lado, es menester develar si el individualismo sería el parámetro normativo del derecho privado que está vigente en el planteamiento de WEINRIB. De otro, si este fuera el caso, la cuestión siguiente es determinar si el sustento individualista ocupa completa y coherentemente todo el derecho privado.

Sobre el primer punto, puede afirmarse con razón que el esquema individualista subyace al planteamiento general de WEINRIB sobre el derecho privado y que, además, se encuentra en consonancia con el ideal de la justicia correctiva en la relación directa entre las partes. El sustento individualista encaja con la relación entre derechos y deberes correlativos de los participantes que está estructuralmente gobernada por las exigencias de la justicia correctiva. Desde luego, si hubiera que situar el prisma individualista del autor en las coordenadas de análisis que se han trazado en esta investigación, claramente se trataría de una versión del individualismo desinteresado, ya que la dimensión normativa de los derechos es construida a partir de la teoría jurídica de KANT en que está garantizado el respeto a los derechos de los otros como condición de coexistencia de los arbitrios según la ley universal de la libertad⁸³⁶.

En relación con el segundo punto, en tanto, la posible presencia del individualismo desinteresado en la estructura normativa del derecho privado debe ajustarse a los términos

⁸³⁵ Allí muestra que el *common law* y el derecho judaico ofrecen dos concepciones distintas sobre el individualismo, situándolo en contraposición al altruismo. En este sentido, WEINRIB, 2012: 244.

⁸³⁶ Recuérdese el acomodo que fue anteriormente esgrimido entre la justificación normativa de la teoría de las inmisiones y las demandas del individualismo desinteresado.

monistas en que se despliega su teoría, correspondiéndole fundar *íntegramente* las preocupaciones de *todo* el fenómeno jurídico privado. Tal como ocurre con la justicia correctiva, los componentes conceptuales e institucionales de la arquitectura del derecho privado hallarían su sustento en consideraciones de esta clase de individualismo. Del mismo modo, los derechos y deberes correlativos estarían fundados en exigencias del individualismo desinteresado que aboga por la prevalencia del interés personal, pero esta búsqueda es perfectamente compatible con el respeto por el ajeno, según es demandado por el valor de la autonomía personal. También habría, por último, una representación de esas directrices en el razonamiento jurídico y las prácticas de adjudicación en las disputas de derecho privado, cuya importancia acentuó el autor en su esquema. De este modo, la coherencia interna que exhibe este ámbito jurídico depende de que la justificación sea unitariamente forjada a partir del individualismo filosófico. La introducción de otro parámetro normativo haría peligrar la coherencia del derecho privado. Por ende, el tratamiento del fundamento individualismo sería análogo al otorgado por WEINRIB a la justicia correctiva como finalidad del derecho privado⁸³⁷.

Así concebido, entonces, la comprensión tradicional del derecho privado lo muestra de manera débil, lo cual en materia de su fundamentación normativa está reflejado por la admisión teórica de un único parámetro justificativo respecto de la totalidad del derecho privado. Dicho criterio es el individualismo y, desde la perspectiva monista de WEINRIB, sobre la base de este se sostiene la coherencia del derecho privado como un todo organizado de modo unitario. Como observa el autor, su tesis «[...] integra la peculiaridad, la coherencia y el carácter del derecho privado en *un único enfoque teórico*. A esta integración subyace la idea de que uno comprende una relación jurídica a través de su estructura unificadora o ‘forma’»⁸³⁸. Para preservar la coherencia de este armazón justificativo común es necesario desechar sustentos normativos alternativos, porque como sucedería con el altruismo moderado, este constituye un elemento que es incoherente con la homogeneidad

⁸³⁷ En el marco de mi valiosa conversación con WEINRIB en la Universidad de Toronto, un punto sobre el cual nos detuvimos fue si en su punto de vista el individualismo –como fundamento normativo– ocupa un lugar similar que la justicia correctiva –como propósito– en el derecho privado. Su respuesta fue la afirmativa y ratificó que la posición de ambas nociones era equivalente en cuanto la conservación de la coherencia del sistema.

⁸³⁸ WEINRIB, 2017: 52. Énfasis añadido.

individualista. Pese a que se ha intentado demostrar que el fundamento altruista efectivamente *es parte* de la composición normativa del derecho privado, esta lectura negaría su real presencia y, a su vez, rechazaría su eventual introducción, puesto que se encuentra en juego la coherencia interna del sistema jurídico privado.

Sobre los propósitos del derecho privado, la visión tradicional suscribe un método monista de reflexión, el cual es puesto de manifiesto en la asociación entre derecho privado y justicia correctiva. Como antes fue advertido, esta manera de hacer filosofía del derecho privado alza la justicia correctiva como *el* propósito al cual deben tender sus reflexiones. Por ello, el objetivo del derecho privado es, según este prisma, ser derecho privado. Tal consideración apela a que esta parcela de lo jurídico busque y promueva en sus reglas, instituciones y prácticas las directivas de la justicia correctiva, ya que en ello estriba precisamente su carácter de derecho privado. Si bien esto garantiza en buena medida uniformidad en las preocupaciones y explicaciones del derecho privado, socava la pertinencia de otra clase de problemas que no son fácilmente encuadrables en los cánones clásicos de la justicia correctiva. El entendimiento de la comprensión tradicional acerca de esta idea de justicia ofrece mayores dificultades porque la justicia correctiva es entendida en términos de una relación bilateral entre las partes, quienes son titulares de derechos y deberes correlativos, y cuyo modo de interacción es directa. De allí que la justicia correctiva se ajusta a este esquema de comprensión. Sin embargo, asuntos que no responden a esta imagen –como veremos con posterioridad ocurre con la pobreza– quedan al margen de las metas del derecho privado.

En las coordenadas de WEINRIB, de nuevo, la consideración de la justicia correctiva como el único propósito del derecho privado involucra el aseguramiento de la coherencia de esta esfera de lo jurídico. Dada la forma de las relaciones entre los participantes de derecho privado la justicia correctiva brinda la unidad que integra todo el sistema. Según WEINRIB, «[e]n la medida en que las relaciones de derecho privado son característicamente bilaterales, su coherencia es una cuestión de justicia correctiva»⁸³⁹. Si la coherencia del derecho privado está depositada en la condición de que el derecho privado únicamente persiga postulados de justicia correctiva, consideraciones de otra índole irremediablemente la perjudican, introduciendo elementos incoherentes respecto de lo que el derecho privado es y lo que debe

⁸³⁹ WEINRIB, 2017: 106.

ser. Del mismo modo, preocupaciones que no se ajusten a los cánones de justicia correctiva involucrados en la relación bilateral entre derechos y deberes de las partes de derecho privado, exceden de las genuinas ocupaciones de esta área de lo jurídico. No son parte de lo que el derecho privado está condicionado por su estructura y racionalidad interna a admitir como finalidades apropiadas para su agenda. Para que el derecho privado atienda a cuestiones de este tipo es necesario que busque alcanzar metas distintas de la justicia correctiva. Mas, esa empresa ya no estaría situada en el campo del derecho privado. Desde los anteojos de WEINRIB, el derecho privado solo puede reconocer como fin aquello que se ajusta con lo que es. Así, la validez de sus propósitos está definido por la identidad que le corresponde.

En estos términos, la justicia correctiva parece agotar las aspiraciones de esta área del fenómeno jurídico. Dicha observación pasa por alto el hecho de que en el derecho privado hay espacio para otras versiones de la justicia, como lo son la distributiva y la punitiva. Las diversas preocupaciones del derecho privado procuran –en mayor o menor medida– finalidades correctivas, distributivas y punitivas, ya sea que estas últimas se expresen de modo retributivo o disuasivo⁸⁴⁰. Esto no quiere decir que la gama de reglas, instituciones y prácticas jurídicas que componen el derecho privado estén encaminadas a cumplir, a la vez, exigencias de justicia correctiva, distributiva y punitiva. La arista que se busca resaltar en este punto es que las consideraciones de justicia correctiva son tan pertinentes para el derecho privado, como los parámetros de justicia distributiva o punitiva, aun cuando no todas estas finalidades puedan detectarse con la misma nitidez en cada sector del derecho privado, ni tampoco ocupan las mismas dimensiones. No son, sin embargo, ajenas al derecho privado.

Esta apreciación es la que busca rescatar la metodología pluralista en la filosofía del derecho privado y su justificación en el ámbito de los propósitos reside en que objetivos distintos a la justicia correctiva no tienen por qué amenazar la coherencia del derecho privado. Cuando se habla de preocupaciones distributivas o punitivas en el derecho privado, en verdad, se hace referencia a metas que este –según la manera en que los participantes cotidianamente entienden las prácticas de derecho privado– tiene en consideración y que de hecho persigue. Para los factores conceptuales e institucionales que subraya WEINRIB no debieron resultar

⁸⁴⁰ Sobre la pertinencia de las consideraciones punitivas en el derecho privado, véase PEREIRA FREDES, 2015: 61-78.

ajenas esta clase de cuestiones, porque tanto sus reglas como sus institutos y prácticas distintitas admiten evaluarse no solo en términos de justicia correctiva, sino también según directrices distributivas y punitivas. Si es enfatizado el lugar que ocupan los participantes de las relaciones de derecho privado, entonces, finalidades diversas a la justicia correctiva son parte del significado y el sentido que aquellos le otorgan a las prácticas jurídicas privadas. Por ello, transparentar que el derecho privado busca finalidades de esta índole no resiente la coherencia del derecho privado, toda vez que este no posee un único propósito en su núcleo de preocupaciones. No deja de ser derecho privado por develar el carácter complejo de sus metas y el déficit de uniformidad que las alberga.

Sobre la pluralidad de objetivos, conviene traer a colación la apuesta de Tsachi KEREN-PAZ quien evidenció las ventajas de un pluralismo metodológico en la filosofía del derecho de daños para implementar su agenda igualitaria en esta parcela del derecho privado. Su aspiración fue no ensanchar la brecha entre ricos y pobres, tomando en consideración los efectos que acarrearán las reglas pertenecientes a ese ámbito en los grupos desaventajados⁸⁴¹. En el marco de su investigación entrega valiosas consideraciones acerca del esquema pluralista de metas que persigue en derecho de daños y que, además, echan luz sobre algunas prevenciones que es necesario tener en cuenta para su generalización en las restantes preocupaciones del derecho privado. Al admitir la pluralidad de propósitos en el derecho de daños, así como en cualquier otra de las esferas del derecho privado, conlleva la imposibilidad de lograr completamente alguno de los objetivos que son promovidos. Como es advertido por el autor, «[e]ste es el precio a pagar por intentar promover más de un objetivo. Más bien, el objetivo general de los pluralistas es sugerir reglas que promuevan, del mejor modo posible, la combinación de objetivos que ha de lograrse»⁸⁴².

No es posible, entonces, alcanzar íntegramente los fines de justicia correctiva, distributiva ni punitiva que pueden proponerse para el derecho privado, sino que corresponde aspirar a una solución de equilibrio entre dichas expectativas. La cuestión relevante es conjugar esos

⁸⁴¹ El proyecto de KEREN-PAZ puede entenderse como *débil* en cuanto a su ambición. El interrogante acerca de cómo el derecho de daños puede evitar acrecentar la grieta existente entre ricos y pobres contrasta con el desafío *fuerte*; a saber, cuestionarse cómo el derecho de daños puede –si es que ello es posible– acortar la brecha entre ricos y pobres. Tal disyuntiva debe resolver cualquier programa igualitario que se enfoque en alguna de las zonas del derecho privado.

⁸⁴² KEREN-PAZ, 2016: 33.

propósitos de modo de lograr en la mayor medida que sea posible la combinación de esas diversas ideas de justicia. Por la misma razón, la promoción de objetivos se verifica en distinta medida y en diferentes grados. Así, la justicia distributiva puede tener una clara cabida en el derecho de daños, mientras que en derecho de contratos su participación se aprecia con menor intensidad⁸⁴³. El método pluralista en cuanto a los propósitos es la mejor manera de capturar la complejidad que ronda el derecho privado y esta diluye la posibilidad de que haya únicamente un objetivo y que, asimismo, el lugar que ocupa cada uno de estos sea equivalente en las distintas preocupaciones del fenómeno jurídico privado. La diversidad de metas también se refleja en la diferencia de grados y matices con que se presentan los cánones de justicia correctiva, distributiva y punitiva en cada una de las zonas del derecho privado.

La incidencia del esquema plural de propósitos en la formulación de la idea de un derecho privado robusto se manifiesta, entonces, en el reconocimiento de la diversidad de fines que están presentes en este ámbito jurídico. De esta manera, el valor epistémico del derecho privado es vigoroso y sus explicaciones no se encuentran reducidas a solo una de sus ocupaciones, sino que cubre la multiplicidad de metas que cabe esperar de su quehacer y cuyas directivas se reflejan en las reglas, instituciones y prácticas que conforman el derecho privado, del modo en que son experimentadas por sus participantes. Al pensar el derecho privado en términos monistas, en cambio, su potencial explicativo es inevitablemente menor y se encuentra restringido a las aspiraciones asociadas a la justicia correctiva. Su debilidad está puesta de relieve en la simplificación teórica del objeto de estudio e incapacidad de captar los propósitos que esta esfera jurídica busca y que no corresponden a los parámetros de la justicia correctiva.

En este punto, podría cuestionarse por qué *La idea de derecho privado* de WEINRIB está necesariamente comprometida con una imagen débil del fenómeno sobre el cual teoriza,

⁸⁴³ Aun cuando hay estudios en filosofía del derecho privado sobre la conexión entre derecho contractual y justicia distributiva. Véase, por ejemplo, KRONMAN, 1980: 472-511; BAGCHI, 2014: 193-211; PAPAYANNIS, 2016: 303-368. En sintonía con la coexistencia entre estándares de justicia correctiva y distributiva, este último autor asevera que la tesis según la cual el derecho privado está integrado por consideraciones distributivas y correctivas constituye «[...] una tesis que la escuela de Toronto se resiste a aceptar. Sin embargo, el rechazo de esta tesis a favor de una visión del derecho contractual apoyado exclusivamente en la justicia correctiva requeriría explicar cómo es posible que la mayoría de los derechos y deberes que surgen para las partes una vez que celebran un contrato no emanan de la autonomía de la voluntad». PAPAYANNIS, 2016: 367.

mostrándose incapaz de aceptar el posicionamiento de objetivos distintos a los relativos a la justicia correctiva. Ya se ha indicado que el compromiso del esquema monista ofrecido por el autor con la justicia correctiva es categórico y comprehensivo respecto de la identidad del derecho privado. Pero, además, WEINRIB explícitamente rechazó la posibilidad de *combinar* finalidades en el derecho privado –como fue sugerido a la luz del prisma pluralista– porque ello afectaría su coherencia. Siguiendo al autor, «[...] para que el derecho sea coherente, cualquier relación dada no puede descansar en una *combinación* de justificaciones correctivas y distributivas. Cuando se mezcla una justificación correctiva con una distributiva, cada una socava necesariamente la fuerza justificativa de la otra, y la relación no puede manifestar ninguna de las estructuras unificadoras»⁸⁴⁴. La *mezcla* de consideraciones, por tanto, atenta contra la coherencia que brinda la estructura unificadora y común del derecho privado. Sin embargo, echa luz sobre la visión de un derecho privado débil, el cual, en aras de conservar su coherencia, aboga para que únicamente persiga el tipo de consideraciones que se supone es unitario en todas sus dimensiones de análisis.

5.2. El problema del estatus

El pluralismo metodológico que es, según lo expresado con anterioridad, una vía idónea para alcanzar la idea de derecho privado robusto, reconoce que en el plano de la fundamentación normativa hay al menos dos sustentos valorativos que discrepan sobre la preeminencia o no del interés propio del agente sobre el ajeno. Respecto de los propósitos del derecho privado, en tanto, se posicionan de manera legítima aspiraciones distributivas y punitivas por las cuales también debe velar este ámbito del fenómeno jurídico. Mientras que el monismo de *La idea de derecho privado* aboga por la validez de *un* fundamento normativo y *una* meta que respalda la coherencia unitaria de esta parcela jurídica, el enfoque pluralista promueve un derecho privado vigoroso que es apto para capturar la complejidad de este escenario, develado a partir de la ausencia de uniformidad y presencia de diversidad tanto en lo que justifica como en aquello a lo cual deben tender las relaciones de derecho privado. Del compromiso por la unidad o complejidad del fenómeno jurídico privado se siguen

⁸⁴⁴ WEINRIB, 2017: 106. Énfasis del original.

consecuencias teóricas relevantes y, a su vez, resultan admitidas o no ciertas dimensiones de diversidad que lo caracterizan.

Acerca de este punto, conviene prevenir un posible error. La admisión de un fundamento normativo distinto al prisma individualista y, además, de propósitos diferentes de la justicia correctiva, no prejuzga respecto del estatus de la relación que existe entre los diversos sustentos normativos y las distintas clases de justicia que alberga el derecho privado. No se encuentra amenazada la preeminencia que posee el individualismo ni la justicia correctiva en los asuntos jurídicos privados. El cuestionamiento radica en si se puede legítimamente prescindir de otros posibles fundamentos y fines y, de este modo, encauzar con éxito las diversas demandas del derecho privado en términos exclusivamente de individualismo y justicia correctiva. Si el desafío es articular la idea de un derecho privado robusto, por consiguiente, la respuesta es negativa: resulta indispensable apostar por la pluralidad de fundamentos y propósitos.

La cuestión del estatus es relevante porque puede surgir el malentendido según el cual el pluralismo metodológico que adopta la idea de derecho privado robusto posiciona en un lugar predominante al altruismo moderado, así como a la justicia distributiva y punitiva. Mientras que ese parámetro normativo se asentaría en desmedro del individualismo desinteresado, tales aspiraciones perjudican el espacio en que rigen las exigencias de la justicia correctiva en las relaciones de derecho privado. Ambas observaciones constituyen, desde mi modo de ver, un yerro en el cual no es necesario incurrir. La idea de derecho privado robusto no depende del hecho de transformar las cosas de una manera distinta a como se presentan en las prácticas jurídicas privadas de las cuales participan los agentes. No es necesario que el altruismo moderado ocupe el lugar de privilegio que posee el individualismo desinteresado en la justificación de las reglas, instituciones y prácticas de derecho privado, ni tampoco que las consideraciones distributivas y punitivas sustituyan a las correctivas en su posición de mayoría acerca de los objetivos que persigue el derecho privado. Dichas afirmaciones ponen de manifiesto dos tentaciones que es necesario resistir. La formulación de un derecho privado vigoroso no busca hacer que este ámbito sea distinto a la manera en que efectivamente se presenta. Por el contrario, aboga por la necesidad de capturar la complejidad que caracteriza

el derecho privado y que ha sido desatendida por la comprensión tradicional y su vocación de uniformidad.

Para forjar la idea de derecho privado robusto, entonces, no resulta menester ampliar artificialmente el espectro en que tiene participación el altruismo moderado en la fundamentación normativa, ni tampoco el de la justicia distributiva y punitiva en la agenda de objetivos del derecho privado. Al situarles en este, se observa una apuesta de reivindicación antes que otra de inspiración hegemónica que pretenda reemplazar el sustento normativo preponderante y el propósito más significativo de este ámbito jurídico. La razón de esto reside en que el derecho privado no puede entenderse absolutamente desprendido de las exigencias individualistas que reclaman el predominio del autointerés sobre el de los demás, ni tampoco podría desvincularse en forma radical de las consideraciones de justicia correctiva que encajan con la relación de derecho privado que corrientemente tiene lugar. El derecho de contratos, por ejemplo, no podría ser correctamente comprendido y justificado prescindiendo de ese fundamento normativo y de dicha finalidad. El punto que busca poner de relieve la idea de derecho privado robusto, por ende, es que tales empresas tampoco se pueden lograr de manera exitosa si son completamente pasados por alto *otro* modelo de fundamentación y *otras* aspiraciones que también están en el derecho privado.

El estatus privilegiado que conservan el fundamento individualista y las metas de justicia correctiva en el fenómeno jurídico privado, en nada lesiona la heterogeneidad que es posible hallar tanto en su composición normativa como en el núcleo de aspiraciones que le cabe perseguir. Hay más de un sustento valorativo y más de un objetivo válido en el derecho privado y la idea de derecho privado robusto intenta echar luz sobre tal estado de cosas, echando mano a un pluralismo metodológico para alcanzarlo. La posibilidad de determinar el real espacio que ocupan las consideraciones altruistas y las directrices distributivas y punitivas en el derecho privado depende de que el ejercicio de autocomprensión de esta área haya sido efectuado tomando en cuenta su complejidad, la cual está reflejada por el déficit de uniformidad y presencia de dimensiones de diversidad en su fundamentación y objetivos. Si después de implementarlo se arriba a resultados que sugieren la preeminencia del individualismo y la justicia correctiva, entonces, dicha afirmación será precisamente relevante *porque* tiene presente que en el derecho privado existen *diferentes* sustentos

normativos, así como *diversos* fines. Asumir esta clase de observaciones contribuye a ver que, en definitiva, la idea de derecho privado robusto se inclina por una imagen que es *natural* de esta parcela de lo jurídico, en lugar de otra que podría estimarse como *artificial*⁸⁴⁵.

6. ¿ES POSIBLE REPENSAR EL DERECHO PRIVADO? EL CASO DE LA POBREZA

La investigación culmina con una suerte de ilustración de la empresa de autocomprensión del derecho privado que se ha esbozado con anterioridad. La ubicación del altruismo moderado en la estructura de fundamentación del derecho de contratos abrió la puerta para reflexionar filosóficamente acerca del derecho privado. El proyecto echó luz sobre la repercusión teórica que acarrea tal posicionamiento a la luz de la conformación de la idea de un derecho privado robusto, que desafía la idea de derecho privado débil que popularizó WEINRIB en la filosofía del derecho privado contemporánea. Sobre la base de la tesis según la cual es posible repensar el derecho privado desde el derecho de contratos, la idea de derecho privado robusto marca un hito relevante en este sentido. Ahora bien, ¿por qué esta noción importa releer el derecho privado? Naturalmente, su relectura está reflejada en el apartamiento de la comprensión tradicional del derecho privado, abarcando al menos un fundamento normativo que parecía ajeno a este –altruismo moderado– y propósitos que distan de ser los canónicamente reconocidos como propios –justicia distributiva y punitiva. Su carácter vigoroso descansa en sacar partido de la complejidad del derecho privado, cuestión que no ha sido advertida por la visión tradicional de esta esfera y, a su vez, por ensanchar la agenda de preocupaciones a otras sobre las cuales el derecho privado ha sido frecuentemente relegado. El problema de la pobreza servirá para iluminar sobre la incidencia que tiene la articulación de la idea de derecho privado robusto.

Hay una serie de cuestiones que dificultan la relación entre el derecho privado y la pobreza y, en particular, que el primero pueda incluir en su núcleo de investigaciones los asuntos de

⁸⁴⁵ En el contexto de la filosofía analítica, P. F. STRAWSON defendió con éxito un naturalismo en este sentido –denominado *blando*– cuyas bases detectó en pasajes de HUME y el segundo WITTGENSTEIN. Esta forma de entender en análisis conceptual conectivo se opone al naturalismo *reduccionista* que está presente en autores como QUINE y CARNAP. Allí la estructura conceptual con la cual pensamos los asuntos del mundo es *natural* y se encuentra en oposición con otra de carácter *artificial*, que no es la cual tenemos y empleamos en forma cotidiana. Al respecto, véase STRAWSON, 2003: 41-77.

pobreza⁸⁴⁶. Dado que el recurso a la pobreza en este contexto es solo efectuado para fines ilustrativos, podemos pensar en tres de las asunciones de la visión tradicional del derecho privado que justifican la existencia de barreras para el abordaje de la pobreza en este ámbito. Estas pueden rastrearse en las nociones de formalismo, monismo e individualismo. Estas tres han sido revisadas a lo largo del trabajo de modo que aquí se indicarán algunos apuntes sobre su importancia y la manera de contrarrestar su efecto. En primer lugar, el formalismo que hemos examinado se expresa en la manera en que opera la justicia correctiva en los intercambios particulares, toda vez que ella supone que los individuos están situados en posiciones formalmente equivalentes. Para que los agentes ajusten sus comportamientos a las demandas de la justicia correctiva y el derecho privado, por su parte, honre sus parámetros cuando haya incorrecciones, no es necesario que las partes sean sustantivamente iguales ni que estén ubicadas en planos, en verdad, paritarios⁸⁴⁷. De ahí que la atención a particularidades de las partes genera efectos disruptivos: «[...] cualquier consideración unilateral es incoherente porque fragmenta la unidad de la relación, y cualquier incoherencia favorece de forma inequitativa a una de las partes al no verlas como situadas correlativamente»⁸⁴⁸. La justicia correctiva alcanza, entonces, la totalidad de las relaciones de derecho privado gracias a esta aproximación formal que WEINRIB rescata de la tradición filosófica aristotélica y engarza con la teoría kantiana del derecho. Las cuestiones de pobreza importan, por tanto, un escollo difícil de sortear ya que estas están irremediablemente asociadas a consideraciones sustantivas. A pesar de que la lectura tradicional del derecho privado entiende la relación entre las partes como forjada entre personas iguales, la ubicación de la pobreza requiere tener a la vista dimensiones sustantivas a partir de las cuales ellas contrastan entre sí.

En segundo lugar, las coordenadas del monismo en la reflexión filosófica del derecho privado han puesto de manifiesto que al pensar su estructura de fundamentación y gama de propósitos de acuerdo con *un* único parámetro se desata una simplificación teórica del objeto de estudio.

⁸⁴⁶ En otro lugar he mostrado que tales obstáculos responden a ciertas asunciones de la comprensión tradicional del derecho privado, las cuales pueden identificarse en las siguientes: internalismo, formalismo, monismo, coherencia y, por último, individualismo. Sobre esto, véase PEREIRA FREDES, 2021.

⁸⁴⁷ Por consiguiente, las razones del derecho privado «[...] deben tratar a las partes como personas iguales a quienes el derecho no sujeta a demandas normativas arbitrarias». WEINRIB, 2012: 2.

⁸⁴⁸ WEINRIB, 2017: 18.

La complejidad del derecho privado se extravía al suscribir un esquema monista de análisis que no es apto para rescatar y obtener provecho de la heterogeneidad que rodea a este sector del fenómeno jurídico. Por supuesto, la pertinencia de que problemáticas como la pobreza sean parte de las ocupaciones del derecho privado depende del abandono del prisma monista tanto en el plano de la fundamentación como de las finalidades de este ámbito jurídico. Como puede sospecharse, los asuntos de pobreza no encajan con el sustento individualista ni tampoco con la aspiración de justicia correctiva en el derecho privado. Enseguida, se invertirá el orden de ambas consideraciones para comenzar con las finalidades del derecho privado y más tarde será abordado el punto de la fundamentación de la mano de la asunción individualista. En lo concerniente a los objetivos, es evidente que las cuestiones relativas a la pobreza no responden a una relación directa entre las partes, sobre las cuales se estima que están formalmente posicionadas en un lugar paritario y sus derechos y deberes correlativos únicamente regidos por las directivas de justicia correctiva. Si el derecho privado es solo un asunto de justicia correctiva, entonces, la pobreza está inevitablemente fuera de su quehacer. La lógica de la relación de justicia correctiva debe ser complementada con otras dimensiones de las exigencias de justicia con mayor sensibilidad respecto de quienes no necesariamente son parte del vínculo en concreto y, por supuesto, trasladar la atención desde la corrección a la distribución y redistribución de recursos.

En tercer lugar, el individualismo se ubica en la otra dimensión de expresión del monismo; a saber, en la composición normativa del derecho privado. Como se ha mencionado, los estudios tradicionales de derecho privado han prestado atención a los componentes individualistas bajo los cuales fue forjado el derecho privado continental desde su codificación moderna. De conformidad con la filosofía iluminista que sirvió de inspiración, el movimiento codificador exaltó el papel que juega el individuo en el sistema social y jurídico. Este fue ubicado en el centro de la gran mayoría de las reglas, instituciones y prácticas del derecho privado. Al respecto, Gioele SOLARI subrayó que

[1]a Codificación significa mucho más que la unificación formal del derecho privado: es la expresión positiva de un sistema filosófico, y durante el siglo XVIII fué [sic] la realización de la idea individual en el campo de las relaciones civiles. En lo referente a este aspecto la Codificación responde, en la esfera del derecho privado, a lo que fueron las Declaraciones de derechos y las Constituciones en la esfera del derecho

público, expresiones, ellas también, de determinados credos filosóficos. Y así como éstas estaban dirigidas a garantizar las libertades políticas de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado, así también las Codificaciones tenían por fin asegurar la libertad civil del individuo en su vida privada contra las ingerencias [sic] indebidas del poder político. El movimiento de emancipación política no podía ir separado del movimiento de emancipación civil: las Constituciones y los Códigos son los que resumen ambos movimientos⁸⁴⁹.

Dos de los principales efectos que este proyecto acarrea es la recepción por parte del derecho privado de la separación tajante de intereses que es promovida por el individualismo y, a su vez, el privilegio de los intereses propios del agente en desmedro de los pertenecientes a los demás integrantes de la comunidad⁸⁵⁰. Dicha demarcación entre intereses personales y ajenos es uno de los factores de más incidencia para explicar por qué el derecho privado enfrenta fuertes dificultades para encarar la pobreza. Al asumir un fundamento individualista, el derecho privado otorga preferencia al interés propio del agente y cautela que este pueda cristalizar su plan personal de vida. Por ello, la autonomía privada goza del protagonismo que recibe, con mayor o menor notoriedad, en los distintos compartimientos del derecho privado. Bajo el contexto de los límites legales vigentes, el individuo es libre de realizar las actuaciones que estime convenientes, así como constituir las relaciones jurídicas que desee para forjar sus proyectos. Lo anterior es independiente de las expectativas e intereses que puedan esgrimir los demás. La visión tradicional del derecho privado resalta el compromiso que este posee con la división de intereses y respaldo del interés propio. Pero si ello es así, la pobreza es una de las tantas cuestiones que responden al interés ajeno y, por tanto, su examen está vedado para el derecho privado. La distancia entre este ámbito y la pobreza aquí encuentra un punto genuinamente revelador.

Esta influencia de la suscripción del individualismo por el derecho privado moderno respecto de su aparente falta de aptitud para encauzar la reflexión sobre los asuntos vinculados a la pobreza ha sido reiteradamente atendida por autores que abogaron por la mayor preocupación que debía mostrar el derecho privado por los desfavorecidos. Ello no es, por supuesto, un

⁸⁴⁹ SOLARI, 1946: 78. En el derecho de libertad, pensaba DUGUIT, reside el elemento esencial individualista que enlaza la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y el Código napoleónico. Véase, DUGUIT, 2007: 163-164.

⁸⁵⁰ Sobre estas ideas centrales del individualismo, según fue estudiado, véase KENNEDY, 1976: 1713.

resabio exclusivo de la codificación francesa⁸⁵¹. Respecto del Código Civil italiano de la época –cuyo texto es notoriamente disímil al actual de 1942– Giuseppe SALVIOLI ofrece una evaluación similar. En su clásico estudio acerca del vínculo entre el derecho privado y el proletariado, puso de relieve el crucial rol que jugó el ideal individualista articulado en la Revolución Francesa en la organización del derecho privado⁸⁵². Dicha visión también impregnó el texto italiano, desligando al individuo de la comunidad general a la que pertenece, toda vez que «[l]a filosofía de las leyes fue la del individualismo, esto es, la mayor expansión posible de la persona humana [...]»⁸⁵³.

Su impacto, desde la óptica de SALVIOLI, radica en que este sirvió de guía para informar las codificaciones civiles, comprometiéndolas con un modo de ver las cosas particularmente apartado de los grupos más desaventajados. Por ello, cuando es analizada la relación entre derecho privado y pobreza, hay una cuestión sustancial de origen involucrada en el derecho privado moderno del ámbito jurídico continental, que es indispensable tener en cuenta: la adopción del individualismo. Esta resulta más decisiva que la particular forma en que se instancie la respectiva legislación. De allí el panorama que es descrito por SALVIOLI en los siguientes términos:

[l]os defectos sociales de nuestra legislación privada en general, y del Código civil en particular, no son meramente formales ni se concretan a esta o a la otra disposición, sino que, dependiendo del ambiente histórico en que han nacido y de las ideas filosóficas dominantes, vician la integridad de la ley. El Código italiano se inspira exclusivamente en la doctrina filosófica que presidió el nacimiento del Código napoleónico, el cual sancionó los principios derivados de la filosofía civil del siglo XVIII y de la conquista de la Revolución francesa asegurada a la burguesía. Y aquí está el vicio fundamental⁸⁵⁴

⁸⁵¹ Una interpretación contraria al empalme tradicionalmente esgrimido entre el *Code* y los principios individualistas de la Revolución Francesa se encuentra disponible en GORDLEY, 1994: 459-505.

⁸⁵² Esto se encuentra subrayado por Franz WIEACKER, para quien solo a partir del Código Civil francés hay «[...] igualdad burguesa de derechos [...], libertad para la esfera individual, particularmente libertad de actuación contractual y económica, axiomas llenos de vida en una nueva imagen de Estado, en lo que, por lo demás, el *Code* retrocedió al radicalismo individualista de la revolución [...]» WIEACKER, 2002: 327.

⁸⁵³ SALVIOLI, 2019: 38.

⁸⁵⁴ SALVIOLI, 2019: 38.

Del mismo modo, tal reclamo se encuentra presente en autores provenientes de otros lugares de la tradición jurídica continental. Tanto Anton MENER como Otto von GIERKE –insignes exponentes del pensamiento alemán del siglo XIX– situaron su mirada en el talante individualista que encarna el derecho privado. Debido a la relevancia de esta imagen, ambas aproximaciones serán revisadas en la siguiente sección como expresiones del rechazo al individualismo. MENER realizó un diagnóstico crítico acerca de los efectos que produciría la dictación del *BGB* alemán en las clases pobres. Más allá de su acabada reflexión y la técnica jurídica empleada en sus disposiciones, MENER se preguntó por los presupuestos a partir de los cuales fue articulada la codificación. Estos postulados, precisamente, descuidaban los intereses de los más desfavorecidos y, a su juicio, operaban derechamente en su perjuicio. Sin embargo, el influjo de las fuerzas del egoísmo irrumpió marcadamente en la codificación alemana, fundando los cimientos de un modelo individualista de derecho privado. De ahí que MENER advierta que «[...] en todas las cuestiones fundamentales, nuestro Derecho civil haya escogido las soluciones aceptadas por el egoísmo individual»⁸⁵⁵.

GIERKE, por su parte, formuló sus cargos contra el individualismo del derecho privado. Su idea fue avanzar desde el compromiso individualista que existía en el proyecto de Código Civil para el Imperio alemán hacia el *derecho privado social*⁸⁵⁶. Para GIERKE, el derecho constituye un producto histórico que es generado en las comunidades y colectividades humanas, el cual responde a su concepción orgánica acerca de la sociedad. El derecho privado, piensa GIERKE, está particularmente impregnado del espíritu individualista y esto acentúa su separación con el derecho público. En su visión, en cambio, esta demarcación tajante no es tal ni apropiada. Inspirado en la filosofía jurídica de raíz germánica, defendió la unidad del derecho respecto del cual necesariamente resultará incompatible tanto un derecho público absolutista como un derecho privado individualista. Y, de ahí, que era necesario reformular la idea tradicional de derecho privado que se estaba instaurando con el proyecto

⁸⁵⁵ MENER, 1998: 121.

⁸⁵⁶ Acerca de la idea de derecho social es posible hallar la aproximación de Georges GURVITCH, quien fue un férreo crítico del entendimiento de GIERKE. Para GURVITCH «[e]l derecho social es un derecho autónomo de comunión, que integra de forma objetiva cada totalidad activa real, que encarna un valor positivo extratemporal. Este derecho se deriva directamente del ‘todo’ en cuestión para regular su vida interior, independientemente del hecho de que este ‘todo’ esté organizado o in-organizado». GURVITCH, 2005: 19. Según WIEACKER, la caracterización de GIERKE de derecho social puede concebirse como una categoría intermedia entre el derecho público y el derecho privado. WIEACKER, 2002: 495. El proyecto contemporáneo de configurar un derecho privado social bajo el alero ideológico del estado de bienestar se encuentra en WILHELMSSON, 2010: 14-15.

de texto civil. De acuerdo con GIERKE, «[...] necesitamos también un Derecho privado en el cual viva, y palpite la idea de comunidad, a pesar de todo el respeto escrupuloso a la inviolable esfera del individuo. En una palabra: nuestro Derecho público debe estar alentado por un soplo del ideal de libertad jurídico natural; y nuestro Derecho privado tiene que estar impregnado de una gota de socialismo»⁸⁵⁷.

Tal manera de entender el derecho privado estaba presente, según la óptica de GIERKE, en el derecho germánico que se caracterizaba por su renuncia a la imagen de individuos atomizados, descansando en lazos y relaciones comunitarias. Su misión social radica en afianzar y potenciar esta vinculación comunitaria. Pero el esquema de derecho privado recogido por el proyecto transitaba precisamente por la dirección opuesta. Así, GIERKE advirtió el error en que incurría la propuesta legislativa alemana: «[...] es un error fatal, error que ha cometido el proyecto de Código civil alemán, osar abandonar la obra social a la legislación especial, para dar forma pura individualística, al Derecho privado común»⁸⁵⁸. A diferencia del espíritu social y vivaz que él observó en el modelo germánico de derecho privado, el promovido por el proyecto instalaba «[...] un patrón abstracto, romanístico, individualístico, momificado en una fría dogmática»⁸⁵⁹.

Este recorrido devela un diagnóstico común que no es baladí. Aun cuando las posiciones de MENER y GIERKE pueden revelar, a su vez, ciertos sesgos acerca del individualismo del derecho privado, resultando necesario aceptar con ciertas reservas sus observaciones, coinciden respecto de la relación que existiría entre el carácter individualista del derecho – seguramente en su faz egoísta– y la separación entre grupos sociales y, además, en los perjuicios que se producen en quienes están ubicados en contextos desfavorecidos⁸⁶⁰. Así, como es reiterado entre ambos diagnósticos, el derecho privado sirve de protección a los

⁸⁵⁷ GIERKE, 2015: 14.

⁸⁵⁸ GIERKE, 2015: 16.

⁸⁵⁹ GIERKE, 2015: 16. Según Valentín LETELIER el derecho privado de inspiración romana «[...] ha hecho a los desvalidos víctima de los fuertes y de los poderosos. El régimen de libertad, que es un régimen esencialmente negativo, que no es régimen de garantía, es el mejor de los estados jurídicos para los que contratan y obran en condiciones de relativa igualdad. Mas, cuando no existe esta igualdad, la libertad es una irrisión para los débiles porque ‘no hay desigualdad mayor que la de aplicar un mismo derecho a los que de hecho son desiguales’». LETELIER, 1957: 140.

⁸⁶⁰ Para la censura compartida de MENER y GIERKE respecto del individualismo y su ascendencia en el posible viraje social de la legislación civil alemana, véase WIEACKER, 2002: 433-434. Los factores del debilitamiento del individualismo en los asuntos jurídicos privados están expuestos en SOLARI, 1950: 1-10.

fuerzas y potencia sus intereses, pero tiende a agravar la situación de los débiles, cuyas necesidades y expectativas no han sido tomadas con la debida consideración⁸⁶¹. El sustento individualista parece apuntar a una dirección contraria a la preocupación por los asuntos de pobreza y el derecho privado queda al margen de la posibilidad de hacerles frente.

Estas asunciones están fuertemente asentadas en la comprensión tradicional del derecho privado y, como ha sido visto, la idea de derecho privado débil que articula WEINRIB encarna tal suscripción de compromisos teóricos. Desde luego, su perspectiva sobre el derecho privado está formulada sobre la base de un esquema formalista, monista y, según fue anotado, emparentable con un fundamento normativo individualista. De este modo, la empresa de autocomprensión del derecho privado no alcanza los problemas relativos a la pobreza y, por el contrario, establece una frontera infranqueable entre aquellos y lo que el derecho privado es y debe ser. Para *La idea de derecho privado*, entonces, la pobreza no constituye una genuina ocupación de esta esfera de lo jurídico. Esto, por supuesto, no es un problema de WEINRIB, sino del tipo de visión que ofrece sobre el derecho privado, construida a partir de presupuestos como los que hemos revisado. Su carácter débil se refleja en este contexto por estar impedido de abordar asuntos que no se ajusten a los cánones monistas y formalistas de la justicia correctiva y que no estén exclusivamente asentados con base en exigencias individualistas. La réplica sería con seguridad de que, si el derecho privado se hiciera cargo de la pobreza, se trataría de otra cosa, pero no de derecho privado. Dicha consideración precisamente transparenta la simplificación teórica del fenómeno que esta posición analiza.

La idea de derecho privado robusto, en cambio, no adopta tales asunciones y, por tanto, no presenta dificultades insalvables para posicionar la pobreza en el marco de su agenda de investigaciones, posibilitando que el derecho privado piense y procure contribuir a resolver

⁸⁶¹ Una evaluación semejante está en Enrico CIMBALI, exponente del socialismo jurídico italiano de la segunda mitad del siglo XIX. Desde su perspectiva, «[l]os Códigos civiles vigentes, ocupándose cuasi únicamente del individuo humano, bajo el punto de vista atomístico y abstracto, miran solamente á [sic] regular en sus formas múltiples, la variedad de las relaciones meramente individuales; de ahí que no representan más que la legislación privada individual. Los que, como tales, no llenan adecuadamente las exigencias cambiadas de los tiempos modernos, en las que el centro de vida y acción, alejándose gradualmente de la unidad individual, pasa con progresiva rapidez á [sic] la unidad social». CIMBALI, 1898: 6. LETELIER, por su parte, apuntó que en las distintas preocupaciones del derecho privado está presente la tendencia unilateral. Así, en todas ellas «[...] se han declarado derechos, garantizado libertades, creando instituciones que a la sombra de la igualdad jurídica, fomentan la desigualdad social, porque mejoran la condición de los ricos y empeoran la de los pobres». LETELIER, 1957: 140.

—dentro de sus limitaciones— la situación que enfrentan los grupos desaventajados de nuestras sociedades. Un derecho privado vigorosamente articulado debe beneficiarse de la complejidad que exhibe este ámbito y, a su vez, mostrar flexibilidad para ensanchar sus atenciones en lugar de relegarse a un espacio unilateralmente circunscrito como «lo privado». Contra WEINRIB, la pobreza no tiene por qué constituir un factor de incoherencia del derecho privado. Al menos cuando es forjada la idea de un derecho privado robusto, desprendiéndose de los postulados que impiden abordar los problemas relativos a la pobreza, no hay inconveniente en reflexionar sobre la pobreza desde el derecho privado. A continuación, se revisarán algunas estrategias para mitigar los efectos de las asunciones de la posición tradicional sobre el derecho privado, evidenciando que al repensar este último es posible comenzar a pensar la pobreza en el derecho privado.

Respecto del monismo ya se ha indicado que la idea de derecho privado robusto desecha el prisma monista de comprensión del derecho privado y, en su lugar, adopta una metodología pluralista que atiende a los fundamentos normativos y los propósitos que esta área debe perseguir. Mientras que el monismo captura la unidad que manifiesta un determinado fenómeno, el pluralismo logra dar cuenta de aquellos que exhiben heterogeneidad, multiplicidad de niveles de análisis y tensiones en su configuración, careciendo de la pretendida uniformidad. El derecho privado, si todo lo anterior es correcto, corresponde al segundo estado de cosas. Por tanto, es indispensable abandonar la aspiración de explicar y justificar *todo* el derecho privado a la luz de *un* único criterio compartido. La reducción del fenómeno jurídico privado en *una* unidad común conlleva su simplificación teórica, develando la debilidad de esta aproximación para hacer frente adecuadamente a la complejidad de su objeto de estudio. El enfoque pluralista de la idea de derecho privado robusto, por su parte, hace justicia al modo en que los participantes entienden y experimentan este sector del derecho, esgrimiendo una imagen fuerte de su valor epistémico.

En concreto, es evidente que el programa pluralista de fundamentos y propósitos facilita el encaje de la pobreza como parte de su quehacer. Así ocurre con el fundamento altruista y con la finalidad distributiva, que presentan menores dificultades para tratar asuntos de pobreza. De un lado, el sustento altruista exige tener en consideración el interés ajeno y ello se acentúa cuando se trata de las clases desaventajadas. Dada la situación que estas enfrentan puede ser

necesario desplegar acciones positivas a su favor, echando por la borda el predominio normativo del interés personal. De otro, la alternativa de ubicar metas distintas a las asociadas a la justicia correctiva favorece que la pobreza pueda hallar su lugar en el derecho privado. Su posicionamiento potencia necesariamente las cuestiones distributivas que están allí presentes, en desmedro, por ejemplo, de los tradicionales cánones de justicia correctiva. La justificación reside en que, para efectos de enfrentar la pobreza, resulta más pertinente fomentar el compromiso del derecho privado con la justicia distributiva. De este modo, la combinación de aspiraciones avanzará desde el núcleo correctivo hacia las dimensiones distributivas y redistributivas que yacen en el derecho privado.

De nuevo, esto puede considerarse como un posible atentado contra la coherencia del derecho privado. Desde mi punto de vista, la cuestión de la coherencia debe ser reorientada en dos posibles direcciones. La primera vía es discutir hasta qué punto el derecho privado debe ser necesariamente entendido a partir de su coherencia interna. La segunda ruta consiste, por su parte, en revisar si efectivamente es lesionada esta coherencia al introducir en el derecho privado algún fundamento normativo alternativo al individualismo o ciertos propósitos que son disímiles a la justicia correctiva. En relación con la primera cuestión, es necesario tener en cuenta que la coherencia constituye una propiedad que es sugerida para el fenómeno jurídico general por distintos teóricos del derecho, no siendo una aspiración únicamente predicable del derecho privado. El modo en que ha sido presentada la idea de coherencia en el derecho privado sí puede, en realidad, considerarse como una particularidad. La coherencia cobró dimensiones marcadamente justificativas de acuerdo con la visión tradicional en filosofía del derecho privado, advirtiendo que la coherencia es esencial para que el derecho privado sea una empresa justificativa.

Sin embargo, autores como John GARDNER han mostrado que parte de las dificultades que adolece la noción de coherencia en la obra de WEINRIB provienen de su compromiso con la inteligibilidad formal a la cual este asocia. La coherencia contribuye a una clase especial de inteligibilidad que es determinante para el derecho privado. Como indica GARDNER, lo que WEINRIB parece entender por coherencia radica en que «[...] la forma adoptada por una parte del derecho privado debe ser la forma adoptada por el derecho privado completo. Si el derecho privado incluye un principio de justicia correctiva, entonces, su coherencia, en el

sentido relevante, depende de que todos los principios del derecho privado sean principios de justicia correctiva»⁸⁶². Naturalmente, en estos términos no es sencillo desligarse de la coherencia y admitir que el derecho privado es –como otras cosas– incoherente. Una de las falencias que detecta GARDNER en esta versión de la coherencia fundada en la justicia correctiva, es que la bipolaridad que según WEINRIB opera tanto para la justicia correctiva como para las injusticias correctivas que ella corrige. De modo que la justicia correctiva corrige, del mismo modo, injusticias correctivas. Pero ello no tiene por qué ser así. No hay problema en que se trate de una injusticia distributiva o bien de un acto de pura desconsideración y que por este motivo deviene ilícito. Pero su construcción de la justificación hace que parezca que el juez debe únicamente seguir razones de justicia correctiva, haciendo que las demás sean desplazadas y que cualquier combinación entre razones debilite, en lugar de fortalecer, la justificación en el respectivo caso. Esto es una imagen errónea de la adjudicación en derecho privado. De allí que GARDNER advierta que la relevancia de las consideraciones de justicia correctiva para justificar las respuestas judiciales a los ilícitos civiles «[...] es perfectamente compatible con el reconocimiento de que los ilícitos civiles no necesitan ser en sí mismos injusticias correctivas, sino que podrían ser injusticias distributivas, o, es más, no injusticias en absoluto»⁸⁶³.

Esto conduce a la segunda alternativa, relativa a indagar si acaso la introducción de algún fundamento distinto al individualismo o bien de alguna finalidad diferente a la justicia correctiva necesariamente lastima la coherencia del derecho privado, en la medida en que sea asumida la idea de que el derecho privado es y deber ser coherente. La primera consideración que es menester argüir radica en que el ejercicio de repensar el fundamento tradicional del derecho privado –como se verá a partir del altruismo– y, asimismo, los propósitos que aquel debe perseguir, añadiendo a la justicia correctiva, los cánones de la justicia distributiva y punitiva no importan, en rigor, *introducir* elementos que no son parte del derecho privado. Más bien, se trata de *explicitar* la presencia que poseen en ciertas reglas, instituciones y prácticas que lo componen. En este sentido, la idea de introducción se encuentra asociada a la necesidad de insertar en el discurso representativo de la filosofía del derecho privado, tanto un fundamento normativo como finalidades adicionales a los parámetros característicos. Pese

⁸⁶² GARDNER, 1996: 470-471.

⁸⁶³ GARDNER, 1996: 472.

a lo anterior, estos no son exógenos para el derecho privado y, por consiguiente, el proyecto es prestar atención al lugar que allí ocupan y la relevancia que tiene su énfasis para posicionar la pobreza en el derecho privado.

La segunda consideración, en tanto, puede estimarse como correlativa a la precaución antes anotada. Si no media una genuina introducción de alguna base normativa que sea externa al derecho privado, ni tampoco son incorporadas ciertas metas que resultan realmente novedosas para esta esfera de lo jurídico, entonces, su coherencia no está en entredicho. La apuesta versa por enfatizar el lugar y la importancia que, de hecho, posee tanto el fundamento altruista como los propósitos de justicia distributiva y punitiva en el derecho privado, según sus modos de funcionamiento, estructura y compromisos normativos, no tiene por qué resentir la coherencia de ese ámbito. Esta propuesta de asunción de un pluralismo metodológico por parte de la comprensión del derecho privado que desafía la tradicional manera monista de verlo no conlleva explicaciones necesariamente incoherentes como resultado. Tampoco la coherencia debe perder del todo su faz justificativa si esta no es desempeñada únicamente en términos de justicia correctiva. El derecho privado no es inteligible solo si es gestionado formalmente y su inteligibilidad, en tanto, no reposa absolutamente en el individualismo como fundamento normativo o en la justicia correctiva como aspiración.

Tras la amenaza de incoherencia que es promovida por parámetros alternativos a los mencionados, descansa la creencia de que el derecho privado es coherente si –y en la medida en que– adopta una imagen monista, que sea capaz de develar la uniformidad que lo caracterizaría. De ahí que toda explicación que se ajuste a tales términos goza de coherencia. No obstante, la posibilidad de preocuparse por las cuestiones de pobreza y la situación de los grupos desaventajados, a partir del derecho privado, exige desprenderse de la visión compacta que predica la coherencia que distinguiría a esta área de lo jurídico de su unidad general. Conviene, por el contrario, prestar atención a que el derecho privado no responde a *una* única forma de fundamentación ni su modo de operar está encaminado exclusivamente a *un* tipo invariado de exigencias. Hay una complejidad en el derecho privado que es expresada en múltiples diferencias, complementaciones y tensiones y, es precisamente dicho rasgo, el cual abona la pertinencia teórica de la pobreza en el derecho privado. Una

perspectiva del derecho privado que suscriba y saque partido de la complejidad que aquel alberga podrá hacer frente a los asuntos de pobreza y, del mismo modo, sus resultados no tendrán que ser por ello incoherentes⁸⁶⁴. Tal es la inspiración de la idea de derecho privado robusto.

Acerca del formalismo, en tanto, este debe ser atenuado con la admisión de ciertas dimensiones sustantivas. La imagen tradicionalmente formal del derecho privado está representada de manera conspicua por dos de sus nociones centrales; a saber, la libertad y la igualdad. Tanto la libertad como la igualdad son atendidas como valores meramente formales, resultando suficiente que los participantes de las relaciones jurídicas privadas sean considerados como formalmente libres e iguales. De ahí la prescindencia de cuestiones materiales que aboguen porque los agentes actúen efectivamente libres y en condiciones de real igualdad en sus interacciones. Al reforzar su carácter sustantivo, entonces, se hace justicia con lo que normativamente importan ambas nociones para el derecho privado. Pues, como ha sido advertido por Hanoch DAGAN y Avihay DORFMAN, en ellas se juega el valor intrínseco del derecho privado. De acuerdo con estos autores, dicho valor «[...] radica en su construcción de marcos de interacción respetuosa –de relaciones justas– entre individuos genuinamente libres e iguales»⁸⁶⁵. La promesa normativa del derecho privado es dar acogida y preservar las relaciones justas de respeto recíproco a la autodeterminación y la igualdad substantiva de las personas.

Tal propuesta polemiza directamente con quienes –como WEINRIB– persiguen despolitizar el derecho privado y suponen que este es resistente a las demandas de autodeterminación e igualdad substantiva. Su inmunidad frente a estas exigencias se basa en la composición formal del derecho privado, para la cual resulta suficiente adherirse a ideas como independencia personal e igualdad formal de los individuos, sin que sea necesario para su funcionamiento apelar a la autodeterminación personal ni a la igualdad substantiva. No

⁸⁶⁴ Como se ha señalado con anterioridad, un ángulo de análisis que es indispensable tener presente es que, al pasar por alto la complejidad del derecho privado, en aras de resaltar el supuesto patrón común que posee, se incurre en una simplificación teórica de este ámbito. Como empresa teórica, la pretensión de coherencia puede paradójicamente generar un efecto adverso para el derecho privado. El precio que hay que pagar al articular una imagen uniforme y compacta del derecho privado es, precisamente, la pérdida de parte de su valor epistémico. La exclusión de asuntos como la pobreza es solo *una* ilustración de dicho déficit y de la idea de derecho privado *débil* que la defiende.

⁸⁶⁵ DAGAN y DORFMAN, 2016: 1397.

obstante, se trata de demandas esenciales de la justicia relacional que importa el derecho privado. El valor de las relaciones justas constituye precisamente su valor intrínseco y por ello no puede ser ignorado o marginado de sus consideraciones. Esto no quiere decir, desde luego, que todas las nociones e institutos del derecho privado deben dotarse de verdaderas dimensiones sustantivas, poniendo en tela de juicio el carácter formal que en general aquel exhibe, sino que ello es un reclamo derivado de la propia oferta del derecho privado moderno, y que concierne directamente al lugar central que ocupa la autonomía como ideal regulativo para la conformación y el desarrollo de las relaciones justas entre los participantes.

Un elemento atractivo del planteamiento de DAGAN y DORFMAN es la posibilidad de brindar un nuevo enfoque acerca del problema de la pobreza en filosofía del derecho privado. La demanda por la autodeterminación real e igualdad sustancial de los individuos configura una concepción más densa de la persona. En relación con la autodeterminación, es resguardado el núcleo de elecciones que nos hacen ser quienes somos, reflejando proyectos basales para la ejecución de los planes personales de vida de las personas y que por tal razón gozan de la mayor significación. Respecto de la igualdad entendida de manera relacional, en tanto, no se trata de los deberes que las personas deben formalmente a otras, sino que versa sobre el compromiso normativo que subyace a esos deberes, esto es, «[...] el valor de estar con otros en relaciones de reconocimiento respetuoso»⁸⁶⁶.

Sobre la base de estas observaciones, los autores arguyen que su concepción densa de la persona ofrece una perspectiva novedosa acerca de la desigualdad económica de las partes y la pobreza en el derecho privado⁸⁶⁷. Normalmente, esto va de la mano de la posición que se sostenga respecto del rol del derecho privado con la justicia distributiva. Para DAGAN y DORFMAN, por el contrario, «[...] el problema de la pobreza dentro y alrededor del derecho privado no es simplemente uno de justicia distributiva. Es, en cambio, un problema de justicia relacional»⁸⁶⁸. Desde este punto de vista, entonces, en lugar de enlistar la maquinaria de derecho privado para promover la justicia en las explotaciones que tienen lugar en toda la

⁸⁶⁶ DAGAN y DORFMAN, 2016: 1418. Para una evaluación crítica de la propuesta de estos autores, véase GARDNER, 2017: 179-201.

⁸⁶⁷ Un examen de la posición de los pobres en el actual Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina – desarrollado cuando se trataba de un proyecto sometido al debate legislativo– y que acentúa la relevancia de la desigualdad del poder de negociación de las partes, está en ZAYAT, 2012: 1-11.

⁸⁶⁸ DAGAN y DORFMAN, 2016: 1420.

sociedad, conviene evaluar si se deben o no tener en cuenta determinadas instancias de disparidades económicas al fijar solo términos de interacciones entre personas individuales, aun cuando tal fijación no puede acercarse a un esquema de redistribución sistémica de recursos. Por ello, la cuestión decisiva es si acaso la situación económicamente desaventajada de un individuo puede o no contar como uno de los rasgos personales cuya existencia requiere alguna medida de acomodación por parte de otros. Frente a esta disyuntiva, los autores se inclinan por la afirmativa, indicando que «[...] acomodar la situación económicamente pobre de un individuo es una expresión de respeto por la persona en sus propios términos»⁸⁶⁹. No hay que perder de vista que en numerosos casos la pobreza o un punto de partida económico que sea marcadamente débil es el reflejo de alguna incapacidad o bien de algún trasfondo inusualmente desfavorecido de la persona, del cual tiene escasas chances de escapar.

Queda pendiente recuperar consideraciones acerca del altruismo moderado en el desafío de que la pobreza sea uno de los asuntos del derecho privado. Detenerse aquí es crucial ya que el posicionamiento del fundamento altruista en el derecho privado permitió delinear las bases de la idea de derecho privado robusto. Según la tesis que se ha venido sosteniendo, el individualismo –ni aun en su versión desinteresada– constituye el único fundamento normativo del derecho privado, sino que también se encuentra presente el altruismo en su dimensión moderada. A pesar de que se puede seguir insistiendo de que los parámetros individualistas poseen un lugar prioritario en la justificación de los institutos del derecho privado, tales directivas no pueden agotar su estructura de fundamentación porque en este espacio del fenómeno jurídico es posible hallar demandas altruistas en el sentido moderado que abogan por la atención permanente de los intereses de los demás y, en ocasiones, instando a efectuar acciones que derechamente buscan su beneficio. Así, el derecho privado no parece ser el terreno consolidado y unitario del privilegio del autointerés.

La aproximación pluralista de la idea de derecho privado robusto reconoce tal cuestión y afirma que al menos existen dos parámetros normativos distintos y discrepantes entre sí. El altruismo moderado incide, como se ha dicho, en el plano teórico del derecho privado al cimentar las bases sobre las cuales puede erigirse la comprensión de un derecho privado vigoroso. Al extender su agenda de ocupaciones la pobreza puede ganar su lugar en los

⁸⁶⁹ DAGAN y DORFMAN, 2016: 1421.

asuntos del derecho privado. Así, una visión acerca de este que incluya el altruismo moderado entre sus fundamentos tendrá menores dificultades para asentar la pobreza entre sus preocupaciones teóricas y, al mismo tiempo, atender de manera seria y constante la condición de los miembros desaventajados de la comunidad. La forma tradicional de pensar el derecho privado, por su parte, enfrenta gruesas dificultades para ejecutar ambas tareas si admite un compromiso exclusivo y uniforme con las demandas individualistas. Es indispensable, por ende, desprender el derecho privado del irrestricto predominio que el individualismo asigna al autointerés en desmedro del interés de los demás.

Como se podrá observar, esta estrategia de sacar partido al fundamento altruista en su sentido moderado constituye una alternativa al programa que ha tenido mayor uso en las reflexiones sobre el derecho privado, cuando es revisada su relación con la pobreza. De modo tal que se trata de un esquema que está en competencia con otro, esto es, la aproximación distributiva del derecho privado. En forma frecuente, cuando es abordada la pobreza desde esta esfera de lo jurídico se echa mano a su dimensión distributiva y son subrayados los efectos que las reglas de sus distintas preocupaciones generan en los grupos desaventajados. Aquí es interesante traer a colación las palabras de Carlos F. ROSENKRANTZ sobre la difícil cabida que tiene la pobreza en el derecho privado, cuando su actuación es promovida desde la distribución de recursos que genera en la sociedad. Hay dos ideas formuladas por el autor de las cuales es posible obtener un significativo provecho teórico. De un lado, la falta de idoneidad de la estrategia distributiva. De otro, su negativa de que la superación de la pobreza puede constituir un principio del derecho privado. Según se expondrá, es posible suscribir parcialmente el primer punto y, por su parte, releer el segundo para evitar el pesimismo del autor.

Respecto de la primera cuestión, ROSENKRANTZ advierte con razón que «[...] los objetivos distributivos en el derecho privado son marginales y limitados»⁸⁷⁰. Son marginales porque no reciben aplicación en los casos centrales y, a su vez, limitados ya que «[...] nunca es posible trascender a aquellos unidos por el tipo de relación que regula el derecho privado, la relación extracontractual por ejemplo, en búsqueda de la distribución más funcional a los

⁸⁷⁰ ROSENKRANTZ, 2003: 244.

fines de la realización de la justicia distributiva»⁸⁷¹. A pesar de esto, las finalidades del derecho privado asociadas a la justicia distributiva existen y no son absolutamente irrelevantes. Ya fue indicado que la pluralidad de fundamentos y propósitos no supone que cada uno de estos esté presente en la misma medida ni que posean la misma relevancia en todas las áreas. En el caso de la meta distributiva, es evidente que su nivel de rendimiento es menor a la que alcanza la justicia correctiva en el fenómeno jurídico privado. Sin embargo, las cuestiones distributivas son parte de las aspiraciones del derecho privado y no hay por qué abandonarlas ni ignorar sus resultados. El problema está en situar cabalmente la pertinencia de pensar la pobreza desde el derecho privado, en si acaso este produce o no efectos distributivos que sean generales y de gran magnitud.

Las razones que justifican no articular la relectura de la comprensión tradicional del derecho privado, a partir de su compromiso con la justicia distributiva, son más bien otras. Por una parte, es una estrategia ya efectuada en filosofía del derecho privado. Y, por otra, la justicia distributiva es compatible con la pobreza: la observancia de las demandas distributivas que pueden predicarse del derecho privado puede convivir con la condición que adolecen los grupos desaventajados. De ahí que en esta propuesta el fin distributivo es solo *uno* de los elementos que –en el marco pluralista de propósitos– guían la revisión crítica de la visión tradicional del derecho privado. El fundamento normativo sobre el cual es posible fundar la preocupación por la pobreza y la situación de los pobres en el derecho privado es, en verdad, el altruismo moderado. El ideal regulativo de la filosofía altruista *e.g.* la preocupación por los intereses de los demás, se encuentra en franca oposición con el hecho de la pobreza. Por ello, el cuidado por los intereses, las expectativas y necesidades de los miembros situados en posiciones desfavorables de la sociedad, no puede desecharse del derecho privado, si este cuenta con un fundamento altruista en su composición normativa, que rechaza el predominio del autointerés tradicionalmente cautelado por el individualismo.

Acerca de la segunda observación de ROSENKRANTZ es necesario esgrimir consideraciones adicionales. Desde su modo de ver, el *tipo* de problema que importa la resolución de la pobreza determina el ámbito de lo jurídico que es el idóneo para desempeñar esa labor. Su carácter es colectivo y de ahí que la preocupación por la pobreza también corresponde, en

⁸⁷¹ ROSENKRANTZ, 2003: 244.

términos morales, a esa modalidad colectiva. Ello influye en los mecanismos con que el derecho puede enfrentar la pobreza y, si es aceptado el divorcio entre derecho privado y derecho público, es natural sostener que este último es el encargado de solucionar los asuntos de pobreza. El derecho privado administra relaciones individuales y el derecho público, en cambio, lo hace respecto de los vínculos colectivos que median entre un individuo y todos los demás miembros de la sociedad. Con base en esta distinción, piensa ROSENKRANTZ, «[...] la respuesta a cómo impacta en el derecho el hecho que la reducción de la pobreza sea un objetivo colectivo, es relativamente sencilla: *la reducción de la pobreza no puede ser invocada como un principio del derecho privado*»⁸⁷².

Estas palabras son especialmente interesantes para el propósito de este trabajo en orden a posicionar los asuntos de pobreza en una visión alternativa sobre el derecho privado. De acuerdo con ROSENKRANTZ, el carácter colectivo de la reducción de la pobreza impide reconocerlo como un principio del derecho privado. ¿El derecho privado está, entonces, vedado de pensar cualquier problemática que no tenga un carácter estrictamente individual? Si ello es así, asuntos tales como desigualdad social, redistribución de recursos económicos y, por supuesto, pobreza, están irremediamente relegados de la agenda del derecho privado. Quizá la conclusión de ROSENKRANTZ tenga justicia si se trata de la comprensión tradicional del derecho privado, pero su pertinencia es distinta con cargo a la relectura que aquí ha sido ensayada. Su negativa está estrechamente asociada al cúmulo de asunciones que se han puesto a prueba. Del mismo modo, estos postulados agudizan la fractura entre el derecho público y el derecho privado, radicando la pobreza –como todo asunto que no tenga un carácter estrictamente individual– en el derecho público⁸⁷³.

No obstante, la indicación a la idea de principio ofrece algunas pistas acerca de la reorientación del modo de ver el derecho privado. Si bien ROSENKRANTZ arguye que la reducción de la pobreza no puede ser reclamada como un principio del derecho privado, surge

⁸⁷² ROSENKRANTZ, 2003: 243. Énfasis añadido.

⁸⁷³ Con todo, cuando es trazada categóricamente la distinción entre el derecho privado y el derecho público, es necesario tener en cuenta que hay numerosos problemas que se abordan desde el derecho privado y tienen «[...] una importante e innegable dimensión *pública*». PAPAYANNIS, 2016: 368. Énfasis del original. Por lo demás, en forma temprana, Karl RENNEN llamó la atención acerca de las funciones sociales que cumplen las instituciones del derecho privado. Estas últimas están inevitablemente conectadas con el derecho público, ya que, sin este, no podrían ser efectivas ni resultar inteligibles. RENNEN, 1949: 76. Sobre la tensión entre lo individual y lo social en la construcción del Estado, véase POSADA, 2018: 104-105.

el interrogante si acaso por *principio* es posible entender *fundamento* de este ámbito jurídico. Después de todo, ambas nociones apuntan a estándares normativos que rigen la conducta de los individuos y guían el diseño de las instituciones. Si esto fuere correcto, su juicio es acertado porque el fundamento tradicional del derecho privado encarna precisamente la hostilidad con los asuntos de pobreza. Desde el individualismo, en efecto, parece poco factible posicionar la pobreza en el marco de las inquietudes del derecho privado y, además, derechamente implausible reclamar que este opere en alguna medida para su resolución. Pero el fundamento individualista, según ha sido sugerido, no es el único sustento normativo disponible en el derecho privado. El altruismo en su sentido moderado también tiene participación en la fundamentación de las diversas áreas del derecho privado, pero su vinculación con la pobreza, en cambio, no puede ser análoga a la que sostiene con el prisma individualista. Pues este fundamento apunta en la dirección contraria: el interés personal no es necesariamente predominante sobre el ajeno y es un ideal regulativo atender los intereses de los demás.

A partir de estas coordenadas, entonces, puede releerse la negativa de ROSENKRANTZ en los siguientes términos: con base en el fundamento individualista –a partir del cual la comprensión tradicional del derecho privado justifica uniformemente sus reglas, instituciones y prácticas– la pobreza no puede constituir una preocupación de su programa. La reducción de la pobreza, en tanto, excede la clase de cosas que puede demandarse al derecho privado, sin lesionar la preferencia del autointerés, así como el resto de las asunciones conforme a las cuales es esgrimida esa visión acerca del derecho privado. Sin embargo, el ejercicio teórico de repensar esta perspectiva tradicional y hacer frente a su debilidad tiene precisamente por objeto mitigar el calibre de sus conclusiones. Es decir, mostrar cómo es posible ubicar la pobreza en el derecho privado según otro modo de ver a este último. Así, desde una comprensión del derecho privado que, junto con el puñado de postulados que han sido reformulados y otros sustituidos, reconozca el lugar que ocupa el fundamento altruista moderado en su composición normativa, la pobreza no tiene por qué estar excluida de su agenda de investigaciones ni la situación de los grupos desaventajados al margen de su atención. Para el altruismo, en particular, el interés de los otros no puede ser pasado por alto y, por ende, la pertinencia que adquieren para el derecho privado los asuntos de pobreza –al igual que cualquier otro problema que aun siendo colectivo afecte a los

demás— es ciertamente mayor y normativamente afianzada. No hay en la idea de derecho privado robusto que fue ensayada asunciones a partir de las cuales puede categóricamente extraerse que la pobreza no tiene allí cabida.

Si todo lo anterior es correcto, el diagnóstico crítico respecto de la relación entre derecho privado y pobreza está fuertemente influido por el cúmulo de asunciones sobre las cuales se apoya la comprensión tradicional de esa área de lo jurídico. Un ejercicio teórico de filosofía del derecho privado que busca reposicionar las cuestiones de pobreza en su marco de preocupaciones debe poner a prueba esos postulados centrales y desafiarlos mediante otros más afines a la reflexión sobre la pobreza, evitando que su exclusión sea la conclusión. El derecho privado —*qua* derecho privado— no margina necesariamente la pobreza de sus intereses teóricos, ni es indiferente a la condición de las clases desaventajadas. Tampoco la escisión es genéricamente atribuible a toda lectura del derecho privado. Las observaciones afirmativas sobre tales cuestiones están comprometidas con *una* determinada manera de comprender el derecho privado, sin que puedan traspalarse en forma sencilla a *otro* modo de verlo. El tránsito desde la visión tradicional del derecho privado a la relectura que ha sido desarrollada en este trabajo devela un ejercicio de autocomprensión del derecho privado que promueve la reflexión crítica sobre sus fundamentos, preocupaciones y finalidades. Se trata del necesario tránsito desde la idea de derecho privado débil a la idea de derecho privado robusto⁸⁷⁴.

Surge el interrogante, por último, si la propuesta de idea de derecho privado robusto — articulada en parte gracias a la ubicación del altruismo moderado en la composición normativa de esta esfera de lo jurídico— reporta contribuciones para el ejercicio de autocomprensión de la filosofía del derecho privado y, si es así, en qué órdenes de consideraciones estas se situarían. Desde luego, esta investigación tiende por la afirmativa y para echar luz sobre ello se volverá a echar mano a la pobreza, con la cual se ha finalizado la línea de reflexiones. Estas contribuciones se encuentran posicionadas en dos niveles distintos

⁸⁷⁴ Una manera distinta de enlistar las ideas conforme a las cuales puede releerse el derecho privado está articulada en TEDESCHI, 2009: 225-233. Si bien el autor no problematiza directamente la pobreza propone, entre otras medidas, visibilizar la dimensión política y extender lo público del derecho privado. Tales sugerencias deberían tener una incidencia en la pertinencia de asuntos colectivos —como la pobreza— en la agenda de este ámbito jurídico.

de análisis. La primera de ellas se ubica en una dimensión teórica y la segunda, por su parte, lo hace en un plano normativo.

La cuestión teórica radica en que, siguiendo la relectura de las asunciones de la comprensión tradicional del derecho privado, se arriba a una visión alternativa de este que es explicativamente vigorosa. Es el sendero que hemos recorrido desde la idea de derecho privado débil al fuerte. Este último modo de comprenderlo permite obtener una cualidad cercana a lo que en otros contextos del conocimiento teórico se ha denominado *amplitud explicativa*. En la discusión sobre cuándo, y bajo qué consideraciones, una teoría ofrece una mejor explicación que otra con la cual está en competencia, cobró una especial relevancia *cuánto* del fenómeno en análisis logra explicar cada posición. El criterio de la amplitud explicativa adjudica en este sentido la disputa entre ambas teorías. Como ha advertido Paul R. THAGARD, «[...] una teoría tiene *mayor* amplitud explicativa que otra si explica más clases de hechos que la otra. Intuitivamente, mostramos que una teoría es más amplia explicativamente que otra al señalar una clase o clases de hechos que explica, pero que la otra teoría no»⁸⁷⁵. Si dicho criterio puede trasladarse para construcciones teóricas alejadas de las teorías causales, para las cuales fue originalmente pensada la amplitud explicativa, entonces, esta comprensión alternativa sobre el derecho privado tiene mayor amplitud explicativa que su lectura tradicional, ya que la primera da cuenta y es apta para brindar explicaciones acerca de problemas colectivos, tales como desigualdad social, redistribución de recursos y pobreza, mientras que la segunda no lo hace ni podría conseguirlo. Esto no quiere decir que esas explicaciones sean certeras o suficientes, sino que no hay *–ab initio–* limitaciones irreversibles para que no las haya. La idea de derecho privado robusto *puede* dar cuenta de los asuntos de pobreza.

La segunda aportación es, por su parte, de índole normativa. El interrogante acá es si acaso el derecho privado tiene sentido o bien es un sinsentido. Steve HEDLEY efectuó esta pregunta,

⁸⁷⁵ THAGARD, 1978: 79. Énfasis del original. Es evidente que la amplitud explicativa tiene aplicación en ámbitos distintos al jurídico, más vinculados a las ciencias naturales que a las sociales. A pesar de ello, echo mano a este parámetro para resaltar el estatus *teórico* de las comprensiones sobre el derecho privado que forman parte de la contienda en filosofía del derecho privado. Si efectivamente se trata de «teorías» la balanza puede inclinarse a favor de aquella que posee mayor amplitud explicativa que otra. Esta interpretación amplia también se extiende a la consideración de fenómenos como la desigualdad, la redistribución de recursos y la pobreza como susceptibles de ser evaluados por el criterio de la amplitud explicativa, como si se tratase de hechos naturales.

entendiendo que la posibilidad de que lo tenga depende de si el significado propuesto puede congeniarse con el sistema jurídico general y si el derecho privado logra indicar un camino a seguir para los individuos, es decir, su dimensión prospectiva es determinante para que aquel sea algo distinto de una teoría omnicomprendiva que solo logre reconstruir la forma en que ha evolucionado el derecho privado⁸⁷⁶. No solo debe mirar el pasado y presente –como a su juicio han insistido teorías como precisamente lo hace la articulada en torno a la justicia correctiva–, sino también atender al porvenir. Encajar los asuntos de pobreza y otros desafíos colectivos en esta comprensión alternativa acerca del derecho privado, sustenta la aspiración de construir una filosofía del derecho privado que posea sentido, en los términos de HEDLEY. El contenido normativo de la preocupación por la pobreza permite darnos cuenta de dónde venimos, pero también dónde vamos⁸⁷⁷. Ello devela, por tanto, la fuerza apelativa de tomar en consideración los intereses, así como las necesidades y expectativas de los grupos más desaventajados de la comunidad, como parte del esfuerzo de autocomprensión que importa repensar el lugar de las cuestiones de pobreza en el derecho privado. Sobre la base de ese ideal regulativo que exhibe la idea de derecho privado robusto, este último posee efectivamente un sentido, delineándose el sendero por el cual conducirnos. Incorporar la pobreza en las preocupaciones del derecho privado brinda sentido a esta esfera de lo jurídico y el modo alternativo de comprender el derecho privado que se ha delineado, en tanto, captura tal sentido prospectivo.

Nuestro recorrido ha concluido en la idea de derecho privado robusto y sus repercusiones en el ejercicio de autocomprensión que actualmente llama la atención de los teóricos del derecho privado. Esta propuesta ha intentado posicionarse en este debate, haciendo precisamente lo que fue anunciado en el comienzo de la investigación: mostrar cómo es posible repensar el derecho privado desde la relectura del derecho de contratos. La investigación estuvo en una primera parte concentrada en el derecho de contratos y en una segunda parte, en tanto, en el derecho privado. Esta conjugación entre la teoría del derecho contractual y la teoría del derecho privado es el paso que, desde mi modo de ver las cosas, la filosofía del derecho de contratos debe atreverse a dar para encauzar sus investigaciones. La posición gravitante que ocupa el derecho contractual en el fenómeno jurídico privado impide efectuar un tratamiento

⁸⁷⁶ HEDLEY, 2011: 89-116.

⁸⁷⁷ HEDLEY, 2011: 116.

filosófico aislado de este ámbito y, por el contrario, invita a reflexionar acerca del derecho privado. Esta tesis doctoral ha aceptado con entusiasmo este desafío y los lineamientos de la idea de derecho privado robusto constituyen el resultado ulterior que afianza la respuesta afirmativa a la cuestión central. Es efectivo, entonces, que desde la reflexión filosófica del derecho de contratos puede reformularse el modo con que tradicionalmente es visto el derecho privado general. Si todo lo anterior es estimado como plausible el enorme esfuerzo aquí desplegado no habrá sido en vano.

CONCLUSIONES

A la luz del despliegue argumentativo de la investigación se ha mostrado en qué sentido es posible repensar la teoría del derecho privado desde la relectura de la teoría del derecho de contratos, situando este ejercicio en el proceso de autocomprensión desarrollado por la filosofía del derecho privado en años recientes. Para ello fue necesario desarrollar un generoso recorrido que inició en la reflexión sobre el contrato y concluyó en el derecho privado. De manera progresiva las consideraciones avanzaron desde el contrato al derecho contractual y de allí al derecho privado. Fue mostrado en qué términos es posible arribar a la idea de derecho privado robusto desde una vereda distinta a la escogida por WEINRIB. No solo es posible efectuar la conexión entre la filosofía del derecho de daños y la filosofía del derecho privado, sino que también lo es entre la filosofía del derecho de contratos y la reflexión filosófica acerca del derecho privado. Una posibilidad auspiciosa para repensar la comprensión tradicional del derecho privado, en efecto, está ofrecida por el derecho contractual.

Las conclusiones serán agrupadas, en primer término, en relación con los objetivos de la investigación, en segundo lugar, serán extraídas conclusiones pormenorizadas de cada uno de los capítulos de la investigación y, por último, se efectuarán consideraciones generales para entrelazar el cuerpo del proyecto con sus partes más sustantivas. El abanico de conclusiones alcanzado permite sostener que respecto del *primer objetivo específico* la autonomía personal constituye un criterio normativo apto para justificar adecuadamente la obligatoriedad del contrato. Los contratos obligan a los contratantes a cumplir sus prestaciones de manera incondicionada, porque está en juego el respeto a la autonomía personal ejercida a partir de la celebración de la institución contractual. Fundar la fuerza obligatoria de la relación contractual en la autonomía personal presenta ventajas respecto de hacerlo con base en otros candidatos como la voluntad y las promesas y, asimismo, permite conciliar el criterio justificativo con alteraciones de las prácticas contractuales en que se ha incrementado la intervención legislativa. Al entender la autonomía personal de manera densa y como una cuestión de grados esta provee de la flexibilidad necesaria para hacer frente al supuesto *nuevo* derecho de contratos. Del mismo modo, este estándar permite engarzar las

exigencias de respeto y fomento de la autonomía personal en las reglas secundarias que conforman el derecho privado y la posición privilegiada que allí ocupan sus participantes.

Con relación al *segundo objetivo específico*, en tanto, el altruismo en su sentido moderado efectivamente participa en la estructura de fundamentación normativa del derecho de contratos. A pesar de que la comprensión tradicional concibe que esta área del derecho privado se encuentra uniformemente fundada en parámetros individualistas, ni aun la versión desinteresada del individualismo filosófico logra capturar la totalidad de demandas que se exigen a los contratantes. La mejor estrategia para situar el altruismo moderado en la fundamentación del derecho contractual es aquella que atiende a sus instituciones distintivas a las cuales subyacen consideraciones de corte altruista, los cuales desafían el predominio normativo del autointerés, y que en ocasiones instan al contratante a efectuar acciones positivas directamente dirigidas a alcanzar el interés de la otra parte. Esto arroja luz acerca de la complejidad del derecho de contratos que en materia de fundamentación se expresa en la presencia de al menos dos parámetros normativos que transitan por direcciones distintas, transparentando, por ende, la ausencia de un único estándar común de fundamentación.

El enlace entre ambas conclusiones sobre los objetivos específicos auxilia dar cuenta del *objetivo general* relativo a la posibilidad de repensar el derecho privado desde la revisión del derecho de contratos. La conclusión aquí ofrecida es por la afirmativa. La conexión entre la teoría del contrato y la teoría del derecho privado se encuentra perfilada a partir de la idea de derecho privado robusto. Para que esta comprensión del derecho privado pueda esgrimirse es indispensable prestar atención a la repercusión teórica que acarrea el posicionamiento del fundamento altruista. Este es un indicador de la complejidad del derecho de contratos y que puede traspalarse al derecho privado general. Por ello, la idea de derecho privado robusto abandona la metodología monista de análisis, sustituyéndola por un enfoque pluralista que alcanza tanto a los fundamentos normativos como a los propósitos del derecho privado. Respecto de los primeros, es posible hallar al menos dos sustentos normativos diferentes – individualismo desinteresado y altruismo moderado– y, a su vez, en el plano de las aspiraciones del derecho privado existen al menos tres metas válidas –justicia correctiva, distributiva y punitiva– que cabe perseguir en diferentes niveles y grados.

Esta recompreñión del derecho privado se opone, entonces, a la articulada por WEINRIB que incurre en una simplificaci3n te3rica del fen3meno que estudia. *La idea de derecho privado* muestra, en verdad, un derecho privado d3bil. Por ello, y con el af3n de redirigir el ejercicio de autoconpreñi3n del derecho privado, la propuesta que se ha defendido presenta un derecho privado vigoroso que autoriza el ensanchamiento de su agenda de preocupaciones. De ah3 que al repensar el derecho privado resulta pertinente que problemas como la pobreza –que tradicionalmente ha sido entendida al margen del derecho privado– puedan ser leg3tamente parte de sus ocupaciones. As3, el tr3nsito efectuado por la investigaci3n tuvo su inicio en la teor3a del contrato y acab3 en la teor3a del derecho privado, develando en qu3 sentido la relectura de la visi3n tradicional sobre la primera sienta los lineamientos para forjar la idea de derecho privado robusto. Gracias a esta 3ltima, por tanto, se posibilita repensar filos3ficamente la compreñi3n tradicional de esa esfera del fen3meno jur3dico.

I. En relaci3n con el primer cap3tulo se puede concluir lo siguiente:

1.1. El problema del fundamento de la obligatoriedad del contrato constituye una preocupaci3n que no es filos3ficamente independiente de la existencia del v3nculo contractual. El contrato responde a ciertos objetivos o criterios de correcci3n que se buscan alcanzar u honrar por parte de los participantes de las pr3cticas contractuales toda vez que son estimados valiosos. La justificaci3n de la existencia del instituto contractual en la comunidad importa, entonces, develar por qu3 es importante que este exista en la organizaci3n y diseño de las relaciones sociales. Tal relevancia impregna los rasgos del contrato y el principal de ellos es su fuerza obligatoria. Por tanto, la pregunta relativa a por qu3 el contrato existe conlleva cuestionarse por qu3 este obliga de la manera en que vincula a los contratantes a observar sus prestaciones; a saber, de forma incondicionada.

1.2. La fuerza obligatoria del contrato no solo conlleva el reconocimiento de la existencia de una regla del sistema jur3dico privado que establezca que lo pactado necesariamente obliga a los contratantes, sino que en el cumplimiento de los contratos se albergan razones que justifican su operatividad y transparentan el car3cter institucional del contrato. Este no obliga a las partes 3nicamente *porque* la legislaci3n as3 lo prescribe, ya que ese esquema reduccionista muestra solo una consideraci3n parcial para cumplir el contrato y traiciona el car3cter normativo del fen3meno jur3dico privado en general y de la relaci3n contractual en

particular. Para los contratantes, la obligatoriedad del contrato alude a consideraciones normativas sobre razonabilidad y corrección y no así, en cambio, acerca de cuestiones meramente descriptivas.

1.3. Una manera de abordar teóricamente la regla jurídica que dispone el efecto vinculante del contrato es entenderla en términos de una razón excluyente para los contratantes. Dicha regla brinda a las partes una razón para efectuar la conducta impuesta y, a la vez, una razón para abstenerse de considerar los méritos de otras razones que contravienen la razón que apela a ese comportamiento. Esta línea argumentativa puede reforzarse por el tipo de razones que suele caracterizar el escenario contractual, esto es, las razones de forma. Sobre la base de estas razones, se excluye la pertinencia de razones de sustancia que también están involucradas. Así, frente a la celebración de un contrato que ha cumplido los respectivos requisitos legales, el juez impone el *pacta sunt servanda* a los contratantes observando la razón de forma que provee la regla contractual y, partir de ella, evita detenerse en las razones de sustancia que podrían poner en entredicho la fuerza obligatoria. Sin embargo, esta estrategia es insuficiente porque reduce el efecto vinculante del contrato a la regla jurídica – y el tipo de razón de la cual se trata– que lo consagra, descuidando la cuestión sustantiva acerca del porqué es razonable que exista una regla como tal en los sistemas jurídicos privados. El cuestionamiento filosófico que motivó esta investigación, por su parte, apunta a develar y examinar críticamente los criterios normativos que intentan responder tal interrogante. Este es el problema de la fundamentación de la obligatoriedad de la relación contractual.

1.4. En el marco de las aproximaciones teóricas que es posible hallar en las reflexiones sobre la fuerza obligatoria de la relación contractual, ocupan un papel relevante los esquemas morales y los esquemas no-morales de comprensión del problema. Mientras que los primeros acuden necesariamente a consideraciones evaluativas para justificar el efecto vinculante, discrepando entre sí sobre la identificación del criterio de corrección o valor normativo en juego, los segundos desacoplan el análisis de la regla contractual que establece el efecto vinculante de la necesidad de hacerle frente a partir de consideraciones morales, deteniéndose a *explicar* por qué los contratantes están obligados a efectuar las prestaciones pactadas en lugar de *justificar* tal obligación. El primer grupo está conformado, por ejemplo, por las

estrategias utilitaristas, neo-aristotélicas, reconstrucciones sobre la justicia correctiva y la justicia distributiva y aquellas que atienden a la autonomía de la voluntad y las promesas de los contratantes. El segundo elenco, en tanto, puede mostrarse a partir de la teoría imperativa, los criterios lógico-jurídicos y las condiciones de imputación posicionados por el legado de la *Teoría pura del derecho*, el realismo jurídico y un esquema preliminar del análisis económico del derecho. Hay, entonces, dos perspectivas que polemizan entre sí sobre el modo de abordar el efecto vinculante. La primera es de carácter normativa y la segunda, por su parte, descriptiva.

1.5. Los esquemas morales de mayor repercusión en la filosofía del derecho contractual y en los estudios dogmáticos en derecho privado corresponden a la autonomía de la voluntad y la tesis del contrato como promesa. Respecto del primer parámetro, este ocupa un lugar de privilegio en el derecho de contratos porque el grueso de la construcción, desarrollo y extinción de los vínculos obligacionales reposa sobre la base de la autonomía de la voluntad. Del mismo modo, sus raíces intelectuales se encuentran en el proceso de codificación en la tradición jurídica continental y en la estructuración del sistema jurídico legalista de corte ilustrado que incidieron en el resguardo de la autodeterminación de los individuos en sus relaciones contractuales, fundando el cumplimiento de sus obligaciones en su autonomía de la voluntad que han manifestado. En relación con el contrato como promesa, la promesa que un contratante formula a la otra parte en sus relaciones de cooperación está fundada en la confianza que la primera deposita en la segunda. Gracias a la promesa de actuación futura a favor de la otra, el contratante genera legítimas expectativas de comportamiento y la promesa moral reviste de fuerza normativa a su elección, debiendo efectuar aquello que ha prometido realizar.

1.6. El contexto intelectual en que se sitúan las consideraciones de esta investigación corresponde a la filosofía del derecho privado, la cual cuenta con una posición consolidada en el ámbito anglosajón y cada vez cobra mayor protagonismo en los estudios continentales. Por otra parte, una posición que ha logrado un marcado impacto en esta línea de reflexiones es el internalismo que procura comprender las distintas áreas del derecho privado desde *dentro*, a la luz de cánones –como la justicia correctiva– que son endógenos a sus reglas, instituciones y prácticas más distintivas. El sentido de ubicar este tratamiento como excursio

del primer capítulo es efectuar un ejercicio hermenéutico para establecer de manera retrospectiva el lugar desde el cual provienen las observaciones esgrimidas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria de la relación contractual. Tal como muestra el análisis conceptual que inspiró a una parte de la filosofía analítica, la reflexión filosófica acerca del derecho privado es bastante más común de lo que pudiere preliminarmente estimarse, por ende, la estrategia fue mostrar a partir del efecto vinculante del contrato una expresión de la filosofía del derecho privado antes de articular la teoría en la cual ella se asienta. Esta última busca sistematizar y refinar el *tipo* de reflexiones que a menudo desarrollamos sobre la identidad, los fundamentos y las finalidades que persiguen las distintas áreas del derecho privado. Sin tener un conocimiento cabal del derecho privado, ni contar con una *teoría* sobre este, es posible explicitar los criterios con los cuales es pensado en nuestras prácticas sociales cotidianas.

II. Respecto del segundo capítulo cabe efectuar las siguientes conclusiones:

2.1. El recurso del *desplome* empleado para abordar la dicotomía entre hechos y valores en la filosofía analítica contribuye para indagar si acaso puede hablarse de que en el derecho de contratos ha ocurrido una suerte de desplome de los postulados, a partir de los cuales fue articulado en la tradición jurídica continental, desde fines del siglo XIX y comienzos del XX. Esto daría cuenta de la existencia de *dos* derechos contractuales radicalmente diferentes y afectaría directamente al problema de la fuerza obligatoria del contrato ya que este es particularmente sensible a las condiciones efectivas de contratación y, además, en el actual contexto nociones como voluntad y autonomía han extraviado su protagonismo. De ahí que el aparente *nuevo* derecho de contratos constituye un desafío a la reflexión filosófica sobre el efecto vinculante de la relación contractual, ya que puede que se trate de un genuino problema del estado anterior de cosas, pero no de este. Para hacer frente a este reto es necesario examinar el derecho de contratos y la comprensión que subyace a este y que es comúnmente entendida como «clásica».

2.2. El derecho contractual presenta dos elementos distintivos; a saber, su formalidad y abstracción. Estos rasgos permean el esfuerzo de sistematización que se esgrime en la teoría general del contrato y que es articulado sobre la base de esos parámetros. La formalidad y la

abstracción responden al fuerte compromiso del derecho de contratos con el sistema económico establecido por el liberalismo de inicios del siglo XIX. Tanto en el *common law* como en la tradición jurídica continental las personas son interpretadas como formalmente libres e iguales para desarrollar sus relaciones jurídicas y desenvolverse en el tráfico comercial. Resulta irrelevante que disfruten de una real libertad de contratar y estén sustantivamente ubicados en posiciones iguales para contraer sus prestaciones, ya que el prisma formal con el cual son leídas agota el análisis. La abstracción, en tanto, está reflejada en cuestiones tan básicas como responder quiénes pueden contratar, sobre qué pueden contraer vínculos obligatorios y cómo deben hacerlo. Las respuestas a tales interrogantes son efectuadas acudiendo a nociones abstractas tales como «partes» y «objeto». Así, la abstracción de la economía liberal es traspalada al derecho de contratos en que se eliminan las particularidades de quienes celebran los contratos y sobre qué ejercen sus intercambios.

2.3. Los postulados de la comprensión clásica del contrato, por su parte, pueden identificarse sin ánimo de exhaustividad en los siguientes: (i) posición privilegiada de la voluntad de las partes para fundar el nacimiento y los efectos de la relación contractual; (ii) simetría en el poder de negociación de los contratantes para la definición de los términos del contrato; (iii) estabilidad de la relación contractual en lo concerniente al cumplimiento de las obligaciones y su duración; y, por último, (iv) ausencia de intervención institucional externa en el desarrollo del acuerdo. Estos postulados se han visto contrariados por las variaciones que ha experimentado el derecho de contratos y las formas en que se manifiestan cotidianamente las relaciones contractuales, desafiando la vigencia de esa comprensión acerca del contrato. La cuestión acerca de si los postulados de la comprensión clásica conservan o no su pertinencia frente al actual estado de cosas perfilan la posibilidad de que esta haya caído y que incluso el *contrato haya muerto*. Si este es el caso, la expresión desplome grafica correctamente la pérdida de vigencia de la comprensión clásica y el derecho contractual que fue forjado a partir de ella.

2.4. La tesis de la muerte del contrato popularizada por GILMORE sirve de insumo teórico para reflexionar filosóficamente sobre el derecho de contratos, ya que la eventual caída de la concepción clásica del contrato acarrea la posibilidad de que haya ocurrido lo mismo con el derecho de contratos que se inspiró en aquella, haciendo plausible su reemplazo por un

eventual *nuevo* derecho contractual. Según la idea de la muerte del contrato, la teoría clásica del derecho contractual estaba desapareciendo en la medida en que las distintas variantes de infracciones contractuales fueron subsumidas en el catálogo de ilícitos extracontractuales, superponiendo en definitiva los términos «contrato» e «ilícito extracontractual». Pese a que la crítica está más centrada en la teoría general del contrato que en el contrato, el mayor interés está centrado en si acaso el contrato ha muerto, lo cual tendrá irremediabilmente incidencia en la responsabilidad contractual y el derecho de contratos. En este sentido, se formularon dos interpretaciones acerca de la muerte del contrato.

2.5. La muerte *externa* o *exógena* del contrato ocurre por la sustitución de la noción de contrato por la de ilícito extracontractual producto del impacto que tuvo el sistema de responsabilidad extracontractual en el contractual, a partir de la absorción de este último por el primero. La muerte *interna* o *endógena* apunta, en cambio, al develamiento de que los postulados de la comprensión clásica del contrato no logran capturar los rasgos y dimensiones en que este se manifiesta, sin que tampoco parezca ajustarse a las formas en que efectivamente tiene lugar la contratación. GILMORE mostró el problema de acuerdo con la primera variante, pero esta no es necesariamente la más plausible. La afirmación según la cual el contrato ha muerto devela *una* determinada manera de entender el derecho de contratos que desatiende su carácter de complejidad y, por el contrario, enfatiza un rasgo de uniformidad del cual carece y que lo simplifica teóricamente.

2.6. El aparente desplome del derecho contractual generado por la caída de los postulados centrales de la visión clásica del contrato va acompañado de alteraciones en las condiciones sociológicas de contratación desde comienzos del siglo XX y el surgimiento de distintos fenómenos que influyen en la noción de contrato, en el cuestionamiento de la relevancia de su fuerza obligatoria y, por último, en la real vigencia del derecho contractual forjado gracias al movimiento codificador. El posible desajuste entre la contratación decimonónica y la forma en que actualmente se manifiestan las relaciones contractuales podría ayudar a afirmar la pertinencia de la expresión desplome al evaluar el presente de esa manera de entender el ámbito contractual. El actual panorama presenta nuevas formas de contratación –contratos por adhesión, dirigidos y forzados–, el posicionamiento del derecho de consumo y el incremento de la intervención legislativa en las relaciones contractuales refuerzan la

pertinencia del desplome del anterior paradigma de contratación y la presencia de un *nuevo* derecho de contratos, que se aparta profundamente del anterior. El problema del efecto obligatorio del contrato extravía en este contexto su relevancia ya que allí nociones como autonomía y voluntad parecen estar fuera de lugar.

2.7. La posición que acentúa el quiebre entre ambas configuraciones del derecho contractual descansa en la asunción según la cual existe *un* núcleo homogéneo de aspectos que caracteriza el derecho de contratos. Este se encuentra estrechamente asociado a la concepción clásica del contrato, actuando con exclusión y en contraposición de los rasgos que puede formular otra manera alternativa de entender el derecho de contratos. Su riesgo es incurrir en una simplificación de la descripción del derecho contractual y desatender una de las características más distintivas de esta parcela del fenómeno jurídico, es decir, su complejidad y falta de uniformidad. La comprensión del derecho de contratos está sujeta a la pretensión de uniformidad que ronda los estudios en teoría jurídica. Desde este punto de vista, el escenario contractual es analizado a partir de *un* único criterio compartido que se replica en sus diferentes facetas y dimensiones. El derecho de contratos es unitario y está coherentemente formulado sobre la base de un canon común y, por esta razón, parámetros distintos a este parecen ser parte de *otro* derecho contractual.

2.8. La advertencia esgrimida por HART según la cual el precio que debe pagarse por procurar describir uniformemente el derecho, pasando por alto la diversidad de prácticas, instituciones y reglas que lo conforman radica en la deformidad del fenómeno que se busca comprender, también alcanza al derecho de contratos. Este último, en verdad, expresa conspicuamente la dificultad que enfrenta tal ambición, ya que el derecho contractual alberga una diversidad en su estructura, funcionamiento y compromisos normativos que constituye un escollo insalvable para su encuadre con una sola imagen coherente y unitaria. La complejidad del derecho contractual se expresa en la diversidad de imágenes, multiplicidad de niveles de análisis, tensiones y complementaciones que yacen en la composición y funcionamiento de este ámbito jurídico. El derecho contractual presenta fisuras internas y responde a una imagen heterogénea que está puesta de manifiesto en un elenco de expresiones que de manera no exhaustiva puede rastrearse en las siguientes dimensiones: (i) razones de forma y razones de sustancia; (ii) individualismo y altruismo; (iii) solidarismo contractual; y (iv) función social

del contrato. De modo que intentar reducir el derecho contractual a una imagen común conlleva deformar el fenómeno en cuestión, perdiendo de vista su riqueza teórica forjada gracias a su diversidad, diálogos e interacciones entre partes heterogéneas que lo conforman. Una buena comprensión del derecho privado, entonces, debe admitir que se trata de un conjunto de reglas, instituciones y prácticas que difícilmente puede pensarse a partir de un único esquema interpretativo. De lo contrario, y es obviada la complejidad que rige su organización, el resultado será su simplificación teórica.

2.9. El interrogante acerca de si acaso ha muerto el contrato abona la complejidad del derecho contractual y su resistencia a situarse bajo un parámetro unitario de análisis. La tesis de la muerte del contrato encaja, precisamente, con un modelo explicativo de esa línea. Por consiguiente, esta enfrenta dificultades cuando se transparenta la diversidad, contrastes e interrelaciones del escenario contractual y que garantizan que el contrato perviva sobre la base de tal riqueza. Respecto de la muerte exógena, parece no resultar efectivo el fallecimiento del contrato, toda vez que no se produjo la anunciada fusión entre el contrato y el ilícito extracontractual, ni tampoco es pacífica la unificación entre los estatutos de responsabilidad contractual y extracontractual. En relación con la muerte endógena, en tanto, esta variante del posible fenecimiento del contrato no ha sido aún descartada y parece ser la de mayor plausibilidad. Desde esta perspectiva, los postulados sobre la base de los cuales fue construida la comprensión clásica del contrato están desafiados cuando no directamente refutados por la realidad contractual. Esta versión es ciertamente más interesante, no obstante la eventual muerte del contrato depende de la pertinencia de *un* modelo unitario de comprensión. Su fallecimiento se decreta porque la forma en que participamos de las prácticas contractuales no se ajusta a *ese* modo de pensar el contrato y, a su vez, el derecho contractual. Si esta esfera del derecho se caracteriza, por el contrario, por su diversidad, imagen variopinta, tensiones y complementaciones en su composición y funcionamiento, el contrato no necesariamente morirá al no lograr encajarlo con *una* manera de comprenderle o no compaginársele con *una* de sus distintas esferas. La tesis de la muerte del contrato es uno de los costos que es menester pagar por deformar la complejidad y riqueza del derecho contractual, simplificando teóricamente de este ámbito porque la permanencia del contrato depende de su encaje con *una* de las tantas imágenes que en aquel conviven. El contrato

puede morir en la medida en que el derecho de contratos sea uniforme y homogéneo, pero esta área de lo jurídico se aleja de tal descripción.

2.10. El contraste entre uniformidad y complejidad devela que el desplome del derecho contractual clásico es aparente y está comprometido con el primero de los parámetros de análisis. Este es un punto de partida erróneo al reflexionar filosóficamente sobre el derecho de contratos, debiendo trasladar el análisis a su complejidad. La apuesta por la uniformidad arriba a una simplificación teórica del propio fenómeno que está en estudio. El desplome que PUTNAM correctamente advirtió en la dicotomía entre los hechos y los valores en la filosofía analítica no puede traspalarse a la interpretación de la estructura, funcionamiento ni compromisos normativos del derecho contractual. No hay, en realidad, dos clases de derecho de contratos radicalmente distintos hasta el punto de parecer extraños entre sí. Parte de la complejidad que lo caracteriza es la presencia de una diversidad de imágenes, fisuras y tensiones en su interior. Tampoco el *nuevo* derecho de contratos es tal. Una buena comprensión de esta parcela de lo jurídico da cuenta de su complejidad y evita las pérdidas teóricas y dogmáticas que se producen al estar situada la respectiva preocupación en *otra* manera de pensar la realidad contractual. El problema del efecto vinculante del contrato, entonces, conserva su valor epistémico para la filosofía del derecho contractual en particular y privado en general.

III. Sobre el tercer capítulo es posible extraer lo siguiente:

3.1. El esquema defendido para abordar el problema de la fuerza obligatoria de la relación contractual se inserta en el primer grupo de aquellos delineados en el capítulo primero, es decir, corresponde a uno de carácter moral. La propuesta busca, por tanto, articular una razón sustantiva para justificar el efecto vinculante del contrato. Dicha estrategia está en consonancia con la comprensión del derecho que subyace a la idea moderna de contrato y conforme con la cual se articuló la filosofía del derecho contractual contemporánea. Una visión moderna sobre lo jurídico es particularmente sensible con las razones y los criterios normativos sobre la base de las cuales se asientan las instituciones jurídicas. Quizá la principal de estas sea el contrato y de ahí que la reflexión filosófica sobre el derecho contractual ha remarcado las dimensiones normativas de análisis sobre este, procurando

justificar el efecto vinculante del contrato con base en razones o consideraciones *valorativas*. Según la comprensión moderna, un aspecto distintivo del derecho es su carácter artificial e institucional y, en este sentido, resultan especialmente relevantes las consideraciones valorativas que justifican las decisiones colectivas para establecer un determinado instituto. Si el contrato constituye un hecho institucional que supone un acto de establecimiento y aceptación colectiva, este debe ser justificado en términos valorativos. Del mismo modo, este esquema de análisis se fortalece mediante el estándar normativo del autogobierno, de acuerdo con el cual en las relaciones contractuales las personas se conducen mediante reglas dictadas por sí mismas. Frente a la heteronomía del derecho premoderno, la concepción moderna del fenómeno jurídico resalta el rol instrumental del contrato para coordinar las agencias individuales en el despliegue de su autonomía. Este compromiso entre la comprensión moderna y el tipo de institución social que es el contrato revela que para la reflexión filosófica de este último o de su fuerza obligatoria es indispensable atender a aquello para lo cual sirve, debiendo proveer de una justificación normativa para develar su pertinencia y reconocimiento por parte de la comunidad. Así, si se trata de justificar por qué es deseable y normativamente valioso que los contratos obliguen a las partes de manera incondicionada, las razones valorativas ocupan un lugar prominente para esgrimir tal empresa.

3.2. La propuesta de justificar la obligatoriedad de la relación contractual requiere deslindar entre tres nociones que han llamado la atención de los teóricos del derecho de contratos y de los estudios tradicionales en este ámbito; a saber, promesas, voluntad y autonomía. Enseguida, es menester reforzar la pertinencia del criterio moral de justificación del efecto vinculante frente al actual escenario contractual en que la complejidad que le caracteriza ha sido puesta de relieve. En relación con la fractura entre la voluntad y la autonomía, a partir del tratamiento dogmático brindado al principio de autonomía de la voluntad, la voluntad cobró mayor importancia que la autonomía, considerándosele como uno de los elementos esenciales y requisitos necesarios para la existencia de todo negocio jurídico. Sin embargo, la relevancia de la voluntad es especialmente sensible con las modalidades según las cuales tienen efectivamente lugar las prácticas contractuales. Resulta evidente que la voluntad no juega un papel análogo al que desarrollaba con anterioridad al siglo XX y, por ende, es una apuesta arriesgada insistir en ella para justificar el efecto obligatorio del contrato. A pesar de ello, los estudios dogmáticos posicionaron la manifestación de voluntad en el plano del

nacimiento del vínculo contractual y, al mismo tiempo, aceptaron que tal voluntad pudiese determinar el carácter obligatorio del contrato. Esta estrategia confunde dos cuestiones distintas: la formación del contrato con su obligatoriedad. La voluntad puede resultar necesaria en el primer ámbito –aun cuando se trate de un simple destello de ella– mas no tiene por qué desempeñar un rol en el segundo orden de cosas. En este sentido, la voluntad presenta dificultades para cumplir exitosamente la tarea justificativa del *pacta sunt servanda* y enfrenta tensiones con las raíces kantianas que la propia dogmática reconoce como fuente de sus investigaciones. Allí la voluntad no constituye por sí misma un valor normativo y solo posee mérito moral cuando ha sido autónomamente determinada por el agente. De ahí que solo la autonomía puede fundar válidamente obligaciones. La voluntad, por el contrario, está expuesta a dimensiones de heteronomía y ha sufrido un debilitamiento a partir de las variaciones ocurridas en las formas de contratación, pero ello no ha alcanzado a la autonomía personal. La diferencia entre voluntad y autonomía es sustantiva y, asimismo, puede expresarse en términos del contraste que media entre razones de forma y de sustancia en el derecho de contratos.

3.3. Sobre la relación entre las promesas y la autonomía, esta última encuentra en las primeras un rival de envergadura para la justificación de la fuerza obligatoria del contrato, ya que la tesis de FRIED del contrato como promesa ocupa un lugar gravitante en la reflexión filosófica sobre el derecho contractual. Cuando es formulada la promesa de efectuar una conducta futura a favor de la otra parte, el promitente genera legítimamente confianza en el destinatario de que su comportamiento se llevará a cabo. Por ello, incumplir lo pactado significa romper la promesa, defraudando la confianza depositada. Las promesas que formulan los contratantes parecen, en verdad, constituir un candidato idóneo para fundar la obligatoriedad del contrato. Hay dos órdenes de consideraciones que cabe esgrimir al respecto. De un lado, no resulta indubitada la conexión entre los contratos y las promesas y, de otro, tampoco es del todo claro que las promesas fundamentan, en definitiva, el efecto vinculante de la relación contractual. Respecto del primer punto, si bien puede afirmarse que todo contrato es, al menos en lo fundamental, una promesa, ello no se comunica en el sentido inverso pues hay un sinnúmero de obligaciones promisorias que no constituyen contratos. Sin embargo, en la filosofía del derecho de contratos es posible hallar distintos enfoques críticos acerca de la

conexión entre el contrato y las promesas, abogando derechamente por su escisión, tal como ocurre con el caso de SHIFFRIN y KIMEL.

3.4. Por las dificultades existentes para demarcar ambas nociones, una estrategia provechosa es abordar el segundo punto sin hacerlo depender de la discusión sobre la real identificación o no entre el contrato y las promesas. Sobre esta segunda cuestión, entonces, es necesario diferenciar entre el diagnóstico que se sigue de la tesis que asimila ambas nociones de aquella que las diferencia. En la tesis de FRIED hay pasajes en que la obligación de mantener una promesa está explícitamente fundada en el respeto a la autonomía individual. Pero si se trata del efecto obligatorio del contrato se requiere de un fundamento *general* y puede afirmarse que *no toda* la fuerza vinculante puede encontrarse en la promesa que los contratantes formulan y, a su vez, que la obligatoriedad general del contrato proviene del respeto por la autonomía de la personal. Su posición es lógicamente anterior y sus exigencias normativamente más generales que las promesas. En cuanto a criterio de justificación normativa de la fuerza vinculante, el contrato y las promesas se encuentran, en realidad, en niveles distintos. La promesa encuentra normativamente apoyo en la autonomía individual de quien la ha formulado y no al revés. Esta articulación se encuentra afianzada tanto a nivel dogmático como filosófico.

3.5. Desde el punto de vista de la posición que remarca el contraste entre el contrato y las promesas con base en las diferentes funciones intrínsecas que ambos institutos desempeñan, el fundamento de la obligatoriedad del contrato también debe hallarse en la función del distanciamiento personal que el contrato ofrece a las partes. Si las promesas invocan la confianza personal permitiendo estrechar los vínculos entre las personas, los contratos ofrecen una opción a los contratantes para relacionarse sin tener que entablar relaciones personales entre ellos. De nuevo, es la autonomía personal el sustento de la fuerza obligatoria del contrato y los contratantes están obligados a observar lo pactado por el tiempo en que estimen conveniente mantener la vigencia de la opción contractual. Dado que la función distintiva del contrato permite reforzar la autonomía personal de quienes contratan, en este valor normativo corresponde también posicionar la justificación del efecto vinculante del contrato.

3.6. La comprensión de KIMEL sobre la autonomía personal delineada en su teoría liberal del contrato constituye un beneficioso entendimiento para justificar el *pacta sunt servanda* a la luz de su respeto. Este ideal normativo de autocreación y control de las personas sobre sus vidas presenta ventajas para hacer frente al aparente *nuevo* derecho de contratos en que la intervención legislativa ha aumentado su presencia en desmedro de la voluntad de los contratantes. Este no es el único valor en juego en el campo contractual y es una cuestión de grado que impide evaluar la autonomía en términos de *todo o nada*. Esto último se expresa en su relación conflictiva con la libertad contractual de las partes. El respeto por la autonomía personal no siempre supone más libertad contractual ya que la reducción de opciones de las cuales dispone un contratante no necesariamente afecta su autonomía. Las intervenciones legislativas que protagonizan el escenario contractual se encuentran precisamente legitimadas *en razón* de la protección de la autonomía del contratante. En ciertos supuestos, la intervención es exigida por el respeto de la autonomía del individuo, como ocurre cuando hay una fuerte asimetría en el poder de negociación de las partes. A la luz de los trabajos de RAZ, esta visión que concibe a la autonomía personal como un valor denso, complejo y flexible que encaja con la evolución de las prácticas contractuales, devela sobre la necesidad de releer la interpretación tradicional de la autonomía que la muestra como excesivamente rígida, estricta y exigente, facilitando con ello la posibilidad de acudir a ella para articular la propuesta de justificación de la obligatoriedad contractual.

3.7. La propuesta de fundamentación del efecto vinculante del contrato se formula, entonces, en términos del respeto por la autonomía personal de los contratantes. Una consideración que sustenta dicha elección es que el criterio moral con el cual tal tarea es realizada debe ser pertinente con el contexto en que efectivamente tiene lugar la contratación, ya que su operatividad es especialmente sensible con ese marco. Por ello, la autonomía personal presenta ventajas sobre la voluntad y las promesas de los contratantes. Las tres nociones no actúan del mismo modo frente a las condiciones descritas en el segundo capítulo y esto se refleja conspicuamente con el incremento de los mecanismos de intervención legislativa. La autonomía personal no experimenta dificultades insalvables frente a esta clase de fenómenos y, por el contrario, sus demandas resultan allí fortalecidas. Mientras que la voluntad y las promesas se debilitan en este contexto, el valor de la autonomía personal se robustece. El sentido de estas intervenciones pone de manifiesto que el derecho de contratos no está

necesariamente comprometido con *una* imagen asociada a la comprensión clásica del contrato y los postulados decimonónicos de contratación, sino que progresivamente fueron transparentándose y acentuándose las tensiones y fisuras internas que lo caracterizan. Por otra parte, la autonomía personal muestra mayor flexibilidad para afrontar los desafíos vinculados a la complejidad del derecho de contratos, ya que admite que hay otros valores en juego y que no está sujeta a exigencias categóricas del tipo *todo o nada*. Por último, esta perspectiva encaja de manera cómoda con las raíces intelectuales kantianas que son reconocidas en el tratamiento de la fuerza obligatoria del contrato y, además, conserva la dimensión de sociabilidad que proveen las promesas, revelando la decisión autónoma del contratante de hacer cosas con los demás y vivir junto a otros, del modo en que es reclamado por ARENDT.

3.8. La versión defendida de la autonomía personal para justificar el *pacta sunt servanda* arroja un cúmulo de consideraciones de segundo orden relativas a la identidad del derecho privado. Tal criterio normativo es posible engarzarlo con dos líneas de reflexiones filosóficas sobre esta parcela de lo jurídico. En primer lugar, la perspectiva sobre la base de la cual debe comprenderse el derecho privado y, en segundo lugar, el tipo de reglas que principalmente lo conforman y las funciones sociales que distintivas que estas realizan. Sobre el primer asunto, la perspectiva interna indica que el derecho privado debe ser comprendido desde dentro de sus reglas, instituciones y prácticas. Por ello, surge el interrogante si la dimensión interna es relevante para el problema de la fuerza vinculante de la relación contractual y si, en el caso en que así fuere, es necesario indagar si la autonomía personal es pertinente con ese prisma de análisis. El punto de vista interno es indispensable para comprender el derecho privado, pero la versión presentada por WEINRIB no es la más adecuada para hacerlo. Esta dimensión de análisis sitúa la autonomía personal de los participantes en el abanico de sus preocupaciones centrales y para abordar la obligatoriedad contractual cobra especial importancia la posición de quienes son parte de las relaciones contractuales. El derecho de contratos y el derecho privado presentan un compromiso sustantivo con la autonomía personal y sus componentes conceptuales e institucionales están al servicio del respeto y fomento de ese valor normativo. Para capturar tal relevancia es determinante atender a quienes están familiarizados con el amparo de su autonomía personal y su experiencia ratifica que este es el valor en juego en la fuerza obligatoria del contrato.

3.9. Acerca de la segunda cuestión, las reglas secundarias que, de acuerdo con HART, confieren potestades a los particulares ocupan un lugar privilegiado en el derecho privado y encarnan su vocación de protección y aliento de la autonomía personal. La justificación del efecto vinculante de la relación contractual en ese valor normativo se encuentra también asentada en la función que cumplen las reglas secundarias al otorgar facilidades a las personas para llevar a cabo sus deseos mediante el cumplimiento de determinados requisitos o procedimientos. Esta clase de reglas jurídicas constituye un mecanismo institucionalizado gracias al cual los agentes de las relaciones de derecho privado pueden desplegar su autonomía. Del mismo modo, el punto de vista interno de las reglas transparenta que hay razones en virtud de las cuales los participantes aceptan la regla que establece el *pacta sunt servanda* como una genuina regla jurídica y el respeto por su autonomía personal es la *razón* de la obligatoriedad de sus acuerdos. La fuerza obligatoria significa para los contratantes el aseguramiento de su despliegue autónomo en las relaciones jurídicas que forjan. De este modo, el efecto vinculante del contrato sirve para instanciar en las relaciones contractuales uno de los valores más gravitantes en la configuración del derecho privado moderno, es decir, la autonomía personal.

3.10. Al imbricar la fuerza obligatoria del contrato en el respeto por la autonomía personal de las partes se ha transitado a un segundo orden de análisis relativo al derecho contractual y al derecho privado. El compromiso general que estos expresan por el respeto y el fomento de las actuaciones autónomas de los participantes de sus prácticas es instanciado en el valor normativo que justifica la obligatoriedad de la relación contractual. Con esto podría estimarse que las preocupaciones de la investigación están zanjadas, pero, por el contrario, se abre un sendero de reflexiones acerca de la fundamentación normativa *del* derecho de contratos y *del* derecho privado. El análisis filosófico de la fuerza vinculante del contrato no concluye *en el* derecho privado, sino que abre la puerta para reorientar las reflexiones a un segundo nivel. La autonomía personal se encuentra comprometida con un modelo de fundamentación normativa de las relaciones sociales que es el individualismo filosófico. Por ello, podría pensarse que el posicionamiento de la autonomía personal en la justificación de la fuerza obligatoria del contrato conlleva afirmar que el derecho contractual –y el derecho privado– se encuentran uniformemente fundados en el prisma individualista. Mas esto pondría en entredicho la complejidad del derecho contractual, el cual también puede tener

correspondencia en el derecho privado general. De acuerdo con este rasgo, no hay solo *un* fundamento normativo y no es correcto que todas las demandas del derecho contractual se encuentren uniformemente fundadas en el canon individualista. Que la autonomía personal justifique el efecto vinculante del contrato, entonces, no quiere decir que el fundamento normativo del derecho contractual sea homogéneamente el individualismo.

IV. Acerca del cuarto capítulo pueden esgrimirse las siguientes conclusiones:

4.1. La visión tradicional acerca del derecho de contratos considera que este se encuentra exclusivamente fundado en el individualismo y, por ello, su estructura normativa está conformada de manera unitaria, replicando un compromiso general del derecho privado con los parámetros individualistas. No obstante, la complejidad del derecho contractual se encuentra en una directa tensión con este punto de vista, ya que la existencia de un único fundamento valorativo no es consistente con la presencia de una diversidad de modalidades e imágenes heterogéneas que son parte de la riqueza teórica del derecho de contratos y sobre el cual el rasgo de complejidad arroja luz. La posibilidad de que el altruismo también ocupe un lugar en la composición normativa de este ámbito no ha sido un objeto de preocupación por parte de los estudios dogmáticos ni por la filosofía del derecho contractual. Para ello es indispensable clarificar los sentidos en que puede entenderse tanto el individualismo como el altruismo. No hay una sola manera de entender ambos parámetros normativos.

4.2. En el ámbito normativo, el individualismo puede comprenderse de acuerdo con al menos dos lecturas. De una parte, el individualismo *egoísta* según el cual el interés personal es preponderante respecto del interés ajeno y el agente debe actuar en aras de alcanzar sus intereses del mejor modo posible. Dicha consideración no posiciona los intereses y expectativas de los demás como límites al ejercicio de sus acciones y búsqueda del autointerés. Este prisma es rastreable, por ejemplo, en los trabajos de HOBBS. De otra, el individualismo *desinteresado* suscribe la diferencia entre los intereses propios y ajenos y, a su vez, el predominio normativo de los primeros respecto de los segundos. Sin embargo, gestiona los intereses de las demás personas de un modo distinto al esquema egoísta, ya que esa preferencia es compatible con el respeto por los intereses de los otros, asegurando la coexistencia de intereses. Así, de la prevalencia del interés propio no se sigue la legitimidad

para provocar daños a los terceros, aun cuando sea para alcanzar el primero. Esta forma de interpretar el individualismo suscribe el principio de no daño de MILL y encuentra su fuerza apelativa en la autonomía personal, la cual demanda al agente respetar los intereses de los demás individuos. Es posible hallar expresiones de esta forma de individualismo en KANT, ROUSSEAU y ciertamente en el tratamiento de KENNEDY sobre estos asuntos. Frente a estas dos maneras de entender el prisma individualista, la versión más significativa se encuentra en la desinteresada. Concebir el derecho de contratos unitariamente fundado en el individualismo meramente egoísta no se ajusta al sentido que tienen las prácticas contractuales y, por consiguiente, su dimensión desinteresada ofrece un potencial mayor y constituye un rival de mayor envergadura para el altruismo.

4.3. El altruismo ha permanecido ajeno a las investigaciones sobre derecho contractual y buena parte de esa omisión se explica por la forma en que es habitualmente leído, volviéndolo muy exigente para regir los comportamientos entre los contratantes. Resulta crucial deslindar entre sus posibles lecturas para posicionar el altruismo en la estructura normativa del derecho de contratos. Ahora bien, si se trata de modelos para fundar el altruismo es posible echar mano al esquema de PARFIT, quien sin defender explícitamente el altruismo muestra la insuficiencia de la teoría del interés propio, abogando por desmarcarse de un modelo no-reduccionista de la identidad personal, así como también al de NAGEL en el cual revela la existencia de razones objetivas para preocuparse por los intereses de los demás desde un punto de vista impersonal, considerando que los intereses propios son, en realidad, los *de alguien*.

4.4. También la filosofía altruista puede entenderse a la luz de al menos dos versiones diferentes. De una parte, el altruismo *fuerte* que corresponde al ideal del buen samaritano y exige al agente actuar a favor del interés ajeno, sacrificando obtener el propio. De otra, el altruismo moderado cuyo contenido proposicional se expresa en los siguientes términos: (i) el predominio del interés personal no es necesariamente efectivo; (ii) es una exigencia permanente para el agente tener en consideración y preocuparse del interés de los otros; y, por último, (iii) resulta necesario que, en ciertas ocasiones, el agente actúe positivamente a favor de las demás personas. El punto en común de ambas lecturas es poner en entredicho el predominio del propio interés, mas discrepan respecto de la intensidad y los límites de las

demandas a favor del interés ajeno. La idea de sacrificio está al margen del altruismo moderado y progresivamente ha sido desacoplada *del* altruismo, dejando de considerársele como un elemento definitorio de esta filosofía. Si bien la manera en que es frecuentemente interpretado el altruismo corresponde a su acepción fuerte no es esta la que tiene mayor encaje con las prácticas contractuales y relaciones jurídicas en general. El altruismo moderado ofrece una mayor pertinencia para posicionarse en la composición normativa del derecho de contratos. Su carácter conductual, además, hace hincapié en los resultados de las acciones antes que en los verdaderos motivos de quienes las ejecutan. Por ello, no es necesario que los contratantes sean altruistas, sino que actúen *como si* lo fueran, permitiendo conseguir indirectamente en las relaciones contractuales resultados de corte altruista.

4.5. Es posible rastrear al menos tres estrategias para posicionar la presencia de componentes altruistas en la fundamentación del derecho de contratos, desafiando el lugar que homogéneamente ocuparía el individualismo. Una de ellas es a partir de la autonomía, mostrando una lectura que busque fomentar el espacio de actuación autónoma de los demás, la segunda está situada en la adjudicación en el derecho privado en que las consideraciones altruistas tienen incidencia en la toma de decisiones y, finalmente, en las instituciones de este ámbito jurídico a las cuales subyacen observaciones de carácter altruista. Esta última es la modalidad implementada para desentrañar los componentes altruistas que están presentes en la estructura normativa del derecho contractual. En este sentido, las instituciones que revisadas fueron la excesiva onerosidad sobreviniente y, en particular, el deber de renegociación que tiene la parte que no ha sufrido el cambio en las condiciones originales de contratación; los deberes preliminares de información cuando estos están desplegados únicamente en el bien de la otra parte, encaminados a la obtención de su interés contractual; la buena fe y, por último, el abuso del derecho. Este último muestra que, pese a que se atienda el interés ajeno, no necesariamente ello supone la presencia de altruismo, ya que las demandas relativas a los límites del ejercicio del derecho están cubiertas gracias los postulados del individualismo desinteresado con cargo a su proscripción de lesionar los intereses o derechos de los demás. En los primeros dos institutos, en cambio, hay efectivamente exigencias altruistas cuando en ellas va envuelto *algo más* que no dañar al otro.

4.6. La buena fe constituye uno de los institutos más relevantes en el derecho de contratos de la tradición jurídica continental. La relación que media entre buena fe y altruismo importa preguntarse cuál es el fundamento de los distintos deberes del comportamiento de buena fe. Al descomponer los deberes que emanan de ella, es posible encontrar un *deber fundamental* relativo a tener presente los intereses de la otra parte; un (i) *subdeber negativo* de no dañar los intereses del otro contratante; y, finalmente, un (ii) *subdeber positivo* de actuar derechamente a favor del otro contratante. Mientras que el deber fundamental y el subdeber negativo están permanentemente vigentes en las relaciones contractuales, el subdeber positivo ocurre en ciertos supuestos. Al conjugar estos deberes con los modelos de fundamentación revisados, el individualismo desinteresado otorga cobertura al deber fundamental y al subdeber negativo, pero no alcanza a fundar el subdeber positivo porque desafía la preeminencia del autointerés del agente. El altruismo moderado, por su parte, ofrece una cómoda justificación para los subdeberes positivos de actuación del contratante de buena fe ya que se ajustan a su contenido proposicional y, a su vez, resalta el carácter conductual del contratante de buena fe, quien actúa *como lo haría* una persona altruista sin que necesariamente comulgue con esta moralidad. Del mismo modo, la buena fe contractual es *objetiva* pues el contratante debe *actuar* de buena fe y no *estar* de ese modo. Así, la buena fe tiene una composición normativa bifronte que se emparenta con la complejidad del derecho de contratos que en materia de fundamentos normativos supone al menos una dualidad de ellos. La fundamentación de la buena fe replica la convivencia entre parámetros del individualismo desinteresado y el altruismo moderado, transparentando la vigencia del canon de complejidad. Ni aun el individualismo en su versión desinteresada *cuenta toda la historia* en la fundamentación del derecho contractual.

V. En relación con el quinto capítulo es posible formular lo siguiente:

5.1. En la reflexión sobre el derecho contractual hay al menos cinco posibles modelos en competencia con el altruismo moderado, conforme con los cuales puede ponerse a prueba la pertinencia de esa versión de la filosofía altruista para fundar el derecho de contratos. No todos estos modelos compiten *vis a vis* con el altruismo moderado como otros posibles candidatos para servir de fundamento normativo, sino que lo desafían ya que algunas de sus

exigencias, consideraciones o efectos pueden alcanzarse gracias a estos otros modelos. De este modo, fue cotejado el rendimiento del altruismo moderado con la teoría relacional del contrato; el solidarismo contractual y la solidaridad; la tesis del distanciamiento; la protección del débil jurídico; y, por último, la teoría de la explotación.

5.2. Respecto de la teoría relacional del contrato de MACNEIL, el altruismo moderado presenta una diferencia de *alcance* entre ambos modelos. El fundamento altruista no depende del tipo de contrato del cual se trate, ya que sus consideraciones subyacen a ciertas instituciones contractuales. Si se trata de la tesis *débil* de la teoría relacional, su impacto en el espectro contractual es de carácter periférico ya que solo afecta a los contratos que son efectivamente relacionales y, por su parte, el altruismo moderado es uno de los fundamentos normativos del derecho contractual. Al formularse, en tanto, la tesis *fuerte* de MACNEIL su pertinencia queda gravosamente comprometida a demostrar que *todos* los contratos son relacionales. El altruismo moderado no depende de un compromiso tan exigente y solo requiere develar el espacio que de hecho ocupa en ciertos institutos distintivos del derecho contractual, antes que instalar sus parámetros de manera forzada. Otro contraste radica en que ambos modelos no están en verdad en el mismo *nivel* de análisis. La teoría relacional del contrato constituye una posición que busca dar cuenta de una parte del fenómeno contractual gracias a un rasgo común y, a partir de ello, sugerir su propagación a todas las relaciones contractuales. El altruismo moderado, en cambio, consiste en un fundamento normativo del derecho de contratos. Por último, el altruismo moderado no supone aquello que asume la teoría relacional del contrato, ya que para esta última es indispensable que se forje una genuina *relación* entre las partes, pero ese lazo personal no es necesario para la operatividad del altruismo moderado. Gracias a su faz conductual se evita la superposición entre la esfera personal y la estrictamente contractual, abonando la apuesta por el altruismo moderado.

5.3. Sobre el solidarismo contractual es necesario diferenciar entre esta posición doctrinaria en derecho de contratos y la solidaridad que es el ideal regulativo que subyace a ese modo de ver la contratación. Esta última puede posicionarse *vis a vis* tanto con el individualismo desinteresado como con el altruismo moderado en la fundamentación normativa del derecho de contratos. Sobre el solidarismo contractual, al compararse con el altruismo moderado hay una profunda discrepancia conceptual y una diferencia parcial en cuanto a los efectos de

ambos esquemas. Desde el punto de vista *conceptual*, el solidarismo constituye una línea doctrinaria cuyo objetivo es neutralizar los abusos que la parte mejor posicionada de la relación contractual ejerce contra el contratante en situación desfavorecida, mientras que el altruismo moderado es un modelo de fundamentación normativa de las reglas, instituciones y prácticas del derecho contractual. El alcance teórico también es distinto siendo el correspondiente al altruismo moderado más amplio y generoso que el del solidarismo contractual. Además, el punto de partida es distinto ya que el altruismo moderado ha sido situado frente al individualismo desinteresado y el solidarismo contractual está intelectualmente comprometido con el individualismo egoísta que encarnó la codificación decimonónica. En cuanto a los *efectos*, la diferencia está menos marcada puesto que ambos ofrecen contrapuntos a la visión tradicional del derecho de contratos, centrando su mirada en la posición del juez y favoreciendo su actuación en supuestos de desequilibrio o cuando haya consideraciones altruistas que insten su participación. En este último caso, el juez tendrá participación en la relación contractual en virtud de la presencia de consideraciones altruistas, con indiferencia de que exista o no asimetría en tal vínculo.

5.4. De manera paradójica el solidarismo contractual ha desaprovechado el potencial justificativo de la solidaridad para posicionarse como un parámetro normativo alternativo al prisma individualista. Un recorrido por algunos de los principales estudios sobre la solidaridad que cubre los trabajos de DUGUIT, COMTE, DURKHEIM y RORTY, permite sostener que las demandas de la solidaridad suponen un núcleo de intereses compartidos, ya que la relación solidaria se forja a partir de la continuidad de intereses entre partes semejantes. Más allá de las particularidades y diferencias que inevitablemente existen entre las personas, la solidaridad se asienta sobre la base de una comunión de rasgos y consideraciones que configura la idea del *nosotros*, por la cual abogó RORTY. De ahí que se ha intentado conciliar la teoría relacional del contrato con los parámetros de la solidaridad ya que en esa tipología de contratos tiene lugar la confluencia de intereses que identifica a la *relación* entre los contratantes. Cuando es cotejado el rendimiento del altruismo moderado respecto del proporcionado por la solidaridad, este último estándar normativo es conciliable con un esquema de individualismo desinteresado y ello puede ilustrarse con su inserción en la posición original del RAWLS. No es una barrera que los individuos sean mutuamente desinteresados porque, en rigor, en la solidaridad no hay interés *ajeno*. También ello se

expresa en las empresas cooperativas en que se admite que los intereses de los contratantes tienen una dimensión continua entre ellos. El altruismo moderado –así como tampoco el fuerte– puede conciliarse con la posición original ya que necesariamente el interés de los demás es relevante. Si el rival es el fundamento individualista solo el altruismo se encuentra en una verdadera competencia con ese parámetro normativo ya que se trata de filosofías incompatibles entre sí. Otro aspecto que contribuye a inclinar la balanza a favor del altruismo moderado es la mayor incidencia que tiene este último sobre la solidaridad. El altruismo moderado no prejuzga la continuidad o discrepancia entre los intereses de los contratantes. A diferencia de la solidaridad, el altruismo moderado puede engarzarse perfectamente con la diferencia entre intereses y, precisamente, el grueso de la contratación se ajusta a este modelo y, en algunos casos, hay intereses derechamente contrapuestos entre las partes. El espectro de actuación del altruismo moderado es superior al de la solidaridad, porque el primero no presupone lo que asume el segundo y aquel encaja de mejor modo en la generalidad de las relaciones contractuales.

5.5. Acerca de la tesis del distanciamiento de KIMEL, el altruismo moderado se encuentra en controversia con el valor intrínseco de la relación contractual que es el desapego entre los contratantes. Esta tesis no puede engarzarse correctamente con el individualismo egoísta ya que está asentada sobre la base del respeto y fomento de la autonomía personal y esta última es propia del individualismo desinteresado. En cambio, la tesis de KIMEL calza con el sustento normativo individualista en su dimensión desinteresada según el cual el predominio del interés personal del contratante es compatible con el respeto por los intereses de los demás. Si el distanciamiento es el valor distintivo del contrato, este debe operar tanto con el fundamento individualista como con el altruista. No obstante, los deberes contractuales fundados en el altruismo moderado no importan salirse del escenario contractual y adentrarse en las relaciones personales. En lugar de introducirse en el derecho de contratos, se requiere desentrañar el espacio que de hecho ocupa este fundamento normativo en esa área de lo jurídico. Cuando los deberes no solo importan tener en cuenta los intereses del otro contratante, sino que también demandan derechamente beneficiarlos, la tesis del distanciamiento no logra fundar todos los deberes porque la lógica del «*just business*» se muestra insuficiente para dar cuenta de ellos. El valor intrínseco *del* contrato, en realidad, solo puede amoldarse con la vigencia de un fundamento individualista.

5.6. Respecto de la protección de la parte débil, el altruismo moderado está posicionado en un nivel distinto, ya que el primero constituye una reorientación del derecho de contratos organizada a la luz de quienes están situados en una debilidad estructural y el segundo, por su parte, es uno de los fundamentos valorativos del derecho contractual. El principio de protección de la parte débil opera para velar y amparar los intereses y la posición de las partes ubicadas en una posición desfavorecida, actuando preventivamente o bien de manera represiva frente a abusos de una parte a la otra. El fundamento altruista, en cambio, opera de manera prospectiva ya que está encaminado a la obtención de ciertas acciones en el porvenir relativas a la relevancia del interés de los demás. No hay dimensiones represivas derivadas del altruismo moderado. Por otra parte, el funcionamiento entre ambos esquemas es distinto porque la protección de la parte débil no conlleva el establecimiento de demandas de actuación de los contratantes, pero el altruismo moderado funda deberes de conducta que instan a tener en consideración los intereses de los otros y, en algunas ocasiones, a actuar positivamente para alcanzarlos. Por último, la aspiración del principio de protección de la parte débil puede perfectamente calzar con un modelo individualista en su dimensión desinteresada conforme al cual está prohibido causar daño a los intereses ajenos en la búsqueda de los propios. El altruismo moderado ocupa, entonces, un espacio distinto y su alcance es mayor pues no supone la debilidad de quien es favorecido por las conductas altruistas que se le exigen al otro contratante. El fundamento altruista no prejuzga respecto de la posición de la parte beneficiada en la relación contractual.

5.7. Finalmente, en relación con la teoría de la explotación esta muestra la proscripción del aprovechamiento injusto de un contratante respecto de otro que está situado en una condición de vulnerabilidad, conciliando la justicia procedimental y sustantiva del acuerdo en términos de ATIYAH. Frente a esta demanda, el altruismo moderado no realiza el mismo trabajo puesto que este opera como fundamento normativo general del derecho de contratos y no solo para evitar los supuestos de aprovechamiento de la debilidad de la otra parte. El espectro de actuación de la teoría de la explotación contractual es más bien limitado toda vez que presupone la situación de vulnerabilidad de uno de los contratantes y el aprovechamiento de esta por parte del otro. El radio de operatividad del altruismo, en cambio, es más amplio ya que no presupone tales consideraciones. Por otra parte, la explotación importa cautelar el aprovechamiento de un contratante en situación desaventajada y de ello puede extraerse un

deber de abstención de aprovecharse de la vulnerabilidad de la otra parte. Esto permite conciliar la proscripción del aprovechamiento injusto con el subdeber negativo de la buena fe contractual, pues servirse de la vulnerabilidad de otro para conseguir un beneficio contradice exigencias básicas de la buena fe. Sin embargo, en la explotación contractual no hay exigencias positivas de actuación a favor de la otra parte del acuerdo, agotándose en el respeto y la atención por los intereses y la situación de vulnerabilidad del otro contratante. Por ello, cuando tienen lugar demandas de comportamiento de un contratante en beneficio del otro, estas no pueden fundarse acudiendo a la prohibición de explotación. De todos modos, entonces, es necesario el altruismo moderado. La demanda que aboga por no explotar la desventaja del otro contratante encaja con la proscripción de dañar los intereses y derechos de la otra parte, transparentando que un modelo de individualismo desinteresado puede proveer de una justificación para la teoría de la explotación contractual.

VI. Respecto del sexto capítulo pueden decantarse las siguientes conclusiones:

6.1. A pesar de que la mayor repercusión del posicionamiento del altruismo moderado en la estructura de fundamentación del derecho de contratos es ciertamente normativa, también es posible develar su impacto en la dimensión teórica del derecho contractual, dado que solo una comprensión que no esté comprometida con la pretensión de uniformidad no enfrentará dificultades insalvables para dar cuenta de ese rasgo en que se manifiesta la complejidad de este ámbito jurídico. Tal diagnóstico se replica en el derecho privado, ya que la capacidad explicativa de una comprensión del derecho privado que capture la diversidad de fundamentos de la estructura normativa será superior a aquella que no logra dar cuenta de esta por su ambición de unidad y coherencia interna. La posibilidad de forjar la idea de derecho privado *robusto* comienza con el posicionamiento del altruismo moderado como uno de sus parámetros normativos, ya que esta forma de entender el derecho privado descansa en el reconocimiento de una pluralidad de fundamentos y propósitos. Su formulación desafía *La idea de derecho privado* de WEINRIB que es *débil* en oposición a la imagen de un derecho privado vigoroso que logre capturar su complejidad y riqueza teórica. De este modo, es posible entrelazar la teoría del derecho contractual con la teoría del derecho privado.

6.2. La plausibilidad de extender la presencia del altruismo moderado a otras esferas del derecho privado es determinante para desarrollar el impacto teórico que aquel tendría en la comprensión del fenómeno jurídico privado. Para ello, el derecho de propiedad constituye un provechoso insumo, ya que junto con el derecho de contratos son las esferas del derecho privado que parecen estar homogéneamente fundadas en el prisma individualista. Dado el lugar nuclear que ambas esferas ocupan en el derecho privado, el posicionamiento allí del fundamento altruista brinda buenas razones para traspalarlo al derecho privado en su conjunto. El resultado en el derecho de propiedad es bifronte. Si se trata del concepto de propiedad articulado en términos de las facultades que otorga al propietario este puede ajustarse a los parámetros del individualismo desinteresado, en la medida en que prevalece el autointerés, pero se resguardan los intereses de los demás individuos de la comunidad. Cuando se establece que el «derecho ajeno» constituye un límite para el ejercicio de las potestades del dueño, es reforzada la atención del individualismo desinteresado por el interés ajeno, considerándolo como un límite para la búsqueda de los propios intereses. No hay allí genuinamente una imagen de altruismo moderado. El panorama es distinto cuando es analizada la institución de las servidumbres puesto en que ellas el predio sirviente debe soportar un gravamen establecido exclusivamente en el beneficio del inmueble dominante. La actuación del primero –comúnmente de carácter omisiva– es efectuada solo por el bien que requiere la respectiva ventaja o recurso. A la servidumbre subyace una justificación formulada en términos altruistas en sentido moderado, en la medida en que los deberes del predio sirviente están fundados exclusivamente en el interés del predio dominante. De ahí que se verifica la totalidad de postulados del altruismo moderado, con la peculiaridad que la actuación a favor del otro inmueble es generalmente de índole omisiva. Al lograr posicionar el altruismo moderado tanto en el derecho contractual como en el derecho de propiedad es posible decir algo relevante acerca del derecho privado y sentar las bases para repensar el derecho privado.

6.3. El ejercicio de autocomprensión que llama la atención de los teóricos del derecho privado encuentra un límite en el enfoque formalista que instaló WEINRIB en la reflexión filosófica sobre esta parcela del derecho. Esta visión está fundada en la relevancia de la coherencia que exhibe el derecho privado y a partir del cual es posible brindar una única justificación integrada al sistema. Tal estructura es proveída por la justicia correctiva que es *la única meta*

que cabe perseguir por parte del derecho privado, sin que haya válidamente espacio en sus reglas, instituciones y prácticas para otras finalidades distintas a la justicia correctiva. *La idea de derecho privado* expresa un fuerte compromiso con un monismo metodológico a partir del cual las distintas áreas del derecho privado son entendidas con base en *un* parámetro compartido y unitario. El formalismo de WEINRIB es incapaz de dar cuenta de la participación del altruismo moderado en la fundamentación normativa del derecho privado que muestra la diversidad de sustentos valorativos en que es reflejada parte de su complejidad. Tal incapacidad teórica revela que, en realidad, se trata de una idea de derecho privado *débil* en la cual la pretensión de uniformidad conlleva la simplificación teórica de su objeto de análisis. Para que la empresa de autocomprensión sea efectuada de manera exitosa es crucial que el objeto de estudio sea adecuadamente descrito y su explicación cubra sus diferentes caracteres y dimensiones de análisis. Si es correcto que el derecho privado está caracterizado por su complejidad, de la cual se sigue la ausencia de homogeneidad y presencia de diversidad de imágenes, entonces, la aproximación de WEINRIB no logra ofrecer una versión vigorosa del derecho privado. En aras de conservación la coherencia interna del sistema, el fenómeno jurídico privado se simplifica hasta el punto de obtener una imagen unitaria y compacta de este ámbito jurídico, pero que tergiversa su composición, funcionamiento y prácticas distintivas.

6.4. El planteamiento de WEINRIB, con todo, esgrime una perspectiva interna de comprensión del derecho privado que es adecuada para desplegar el ejercicio de autocomprensión de esta esfera de lo jurídico. La forma en que este presenta la dimensión interna enfrenta diversas dificultades, pero abordar filosóficamente el derecho privado *desde dentro* es una óptica pertinente para reconocer la relevancia de la posición que ocupan los participantes de las relaciones de derecho privado y así tener en consideración la experiencia de quienes son parte de sus prácticas jurídicas. Gracias a este punto de vista también es posible capturar el rasgo de complejidad que caracteriza el derecho privado. El internalismo de WEINRIB, en tanto, se muestra excesivamente estricto al solo considerar la arquitectura conceptual e institucional del derecho privado, descuidando la posición de los participantes de estas relaciones y quienes debiesen tener el protagonismo para determinar la identidad y las aspiraciones de esta área del derecho. A su vez, el marcado énfasis que esgrime el autor por los derechos y deberes correlativos de las partes descuida nociones como los intereses y las necesidades de

los participantes de las relaciones de derecho privado, aun cuando parece natural que estos pueden contribuir a refinar la comprensión desde *dentro* del derecho privado y, aún más, a delinear las aspiraciones a las cuales debe propender y los retos que le corresponde enfrentar. A partir de enmiendas de este tipo, es posible mantener la pertinencia de un prisma interno de análisis para desempeñar la empresa de autocomprensión del derecho privado, pero desvinculándola de los restrictivos compromisos del formalismo monista. El tipo de perspectiva que empleó WEINRIB sirve esta vez para mostrar *otro* derecho privado: uno de carácter robusto.

6.5. El posicionamiento del altruismo moderado en la composición normativa del derecho contractual y del derecho privado permite forjar los lineamientos de la idea de derecho privado robusto. La repercusión teórica de la ubicación del altruismo moderado entre los fundamentos filosóficos del derecho privado reside en echar luz sobre la complejidad de este ámbito y la incapacidad de una teoría del derecho privado que asuma como punto de partida la uniformidad del fenómeno como único canon explicativo. Mientras que la idea de derecho privado débil asume un prisma monista que concibe la unidad de este ámbito como un valor, la idea de derecho privado robusto rescata la complejidad y los rasgos de diversidad y heterogeneidad que están presentes en el derecho privado, recuperando la profundidad de su valor explicativo. Este no parece tener correspondencia con los parámetros de homogeneidad y coherencia que WEINRIB asume y, por el contrario, refleja una composición interna, funcionamiento y compromisos normativos diversos. Su debilidad está puesta de manifiesto en términos teóricos al carecer de aptitud para dar cuenta de los rasgos y las dimensiones del derecho privado que no encajan con la descripción unitaria que es defendida. La insistencia en explicar y justificar *todo* el derecho privado de acuerdo con *un* parámetro común reduce la complejidad del derecho privado a una imagen simple y básica de este. De manera que la aspiración de uniformidad que es entendida como una fortaleza del enfoque monista acarrea paradójicamente su debilidad teórica.

6.6. La idea de derecho privado robusto suscribe una metodología pluralista para reflexionar filosóficamente sobre el derecho privado y capturar su complejidad, resultando pertinente para aprehender sus contrastes, tensiones y múltiples modalidades en que se decanta el fenómeno. También esto incide en el núcleo de preocupaciones del derecho privado,

ensanchando su agenda de investigaciones y favoreciendo con ello el proceso de autocomprensión de la filosofía del derecho privado. El pluralismo metodológico devela la asunción según la cual el derecho privado puede y debe trasladar su acento desde la unidad a la diversidad, abarcando tanto sus fundamentos normativos como sus propósitos. Así, este enfoque pone en entredicho la creencia monista según la cual solo hay *un* fundamento compartido en las distintas preocupaciones del derecho privado y, a su vez, *un* único fin el cual cabe válidamente perseguir. En relación con la fundamentación normativa, y a pesar de que la lectura tradicional sostiene que el derecho privado se encuentra uniformemente fundado en el individualismo, se ha defendido la tesis según la cual ello no es del todo correcto, ya que una determinada forma de entender el altruismo también se encuentra presente tanto en el derecho de contratos como en el derecho de propiedad. Ni aun la versión desinteresada del prisma individualista logra fundar ciertas exigencias que subyacen a institutos del derecho privado y que desafían el predominio del interés personal sobre el ajeno. La idea de derecho privado robusto es formulada sobre la base de la complejidad de este ámbito jurídico y, desde el punto de vista de su fundamentación normativo, ello se expresa a partir de la presencia de al menos dos sustentos valorativos diferenciados.

6.7. En cuanto a los propósitos del derecho privado, esta propuesta teórica rechaza la creencia según la cual la justicia correctiva constituye el único propósito del derecho privado, dependiendo de ella su coherencia interna. Por ende, la introducción de otras posibles aspiraciones amenaza la coherencia que exhibe el derecho privado. La idea de derecho privado robusto, por el contrario, subraya el hecho de que las consideraciones de justicia correctiva son tan pertinentes para el derecho privado, como lo son los parámetros de justicia distributiva o punitiva, en su esfera retributiva y disuasiva. Aun cuando estas no se presentan con la misma nitidez que las alegaciones de justicia correctiva, no son para nada ajenas al derecho privado. Cuando se habla de preocupaciones distributivas o punitivas en esta área jurídica se hace referencia a metas que, de acuerdo con la manera en que sus participantes entienden las prácticas de derecho privado, tienen en consideración y que de hecho persigue. Desde el punto de vista de quienes participan de las relaciones del derecho privado, finalidades diversas a la justicia correctiva son parte del sentido y significado que le otorgan a las prácticas jurídicas privadas. Al transparentar que el derecho privado no busca solo un objetivo, no se resiente su coherencia ya que este no posee una única finalidad en la agenda

de ocupaciones. Dado que no es posible alcanzar de manera conjunta e íntegramente todas estas aspiraciones, debe buscarse la mejor combinación de todas ellas.

6.8. La admisión de *más* de un fundamento normativo y *más* de una meta que cabe perseguir por parte de las preocupaciones del derecho privado no prejuzga respecto del estatus de la relación que existe entre los diversos sustentos normativos y las distintas clases de justicia que alberga el derecho privado. No se busca poner en entredicho la posición preeminente que ocupa el fundamento individualista en la estructura normativa del derecho privado, ni tampoco el lugar de privilegio que tienen las consideraciones de justicia correctiva en las finalidades que persigue. El cuestionamiento reside en la legitimidad de prescindir de otros posibles modelos de fundamentación y otras aspiraciones, reduciendo todo el derecho privado a cánones individualistas y demandas de justicia correctiva. La idea de derecho privado robusto se aparta de tal posibilidad porque considera indispensable apostar por la pluralidad de fundamentos y propósitos para alcanzar una adecuada comprensión filosófica del derecho privado. Ello es compatible con preservar el estatus privilegiado del individualismo y la justicia correctiva.

6.9. La articulación de la idea de derecho privado robusto permite sacar partido a la complejidad de este ámbito y ensanchar su agenda de preocupaciones respecto de problemas sobre los cuales ha sido tradicionalmente relegado. Ello ocurre conspicuamente con la pobreza. La suscripción de los parámetros de formalismo, monismo e individualismo ha conspirado con la posibilidad de que el derecho privado se ocupe de asuntos como la resolución de la pobreza y la preocupación por los grupos desaventajados. Para *La idea de derecho privado* de WEINRIB la pobreza no constituye una genuina ocupación de esta rama del fenómeno jurídico. Aquí nuevamente refleja su debilidad al mostrarse impedido de abordar asuntos que no se ajusten a esas asunciones. La idea de derecho privado robusto, en cambio, no suscribe dichos parámetros y, por tanto, no enfrenta dificultades para incluir la pobreza dentro de sus preocupaciones. El método pluralista de análisis de los fundamentos y propósitos contribuye porque posiciona el fundamento altruista, así como los fines de justicia distributiva, los cuales tienen un mejor encaje con los asuntos de pobreza. Del mismo modo, el excesivo formalismo debe ser atenuado con la admisión de ciertas dimensiones sustantivas concernientes a la libertad y la igualdad de las personas.

6.10. La propuesta de la idea de derecho privado robusto reporta contribuciones para el ejercicio de la autocomprensión del derecho privado y estas se expresan tanto en una dimensión teórica como en otra de carácter normativo. Respecto del primer aspecto, la relectura de la comprensión tradicional del derecho privado arriba a una versión vigorosa del derecho privado cuya *amplitud explicativa* es mayor dado que no presenta restricciones para abordar asuntos desligados de su agenda estándar. La idea de derecho privado robusto *puede* dar cuenta de los asuntos de pobreza. Acerca del segundo punto, en tanto, esta forma de repensar el derecho privado permite introducir en este la preocupación por la pobreza y la condición de los grupos desaventajados en la sociedad, lo cual brinda un *sentido prospectivo* al derecho privado, delineando un sendero por el cual transitar en el porvenir en nuestras relaciones sociales y en las reflexiones filosóficas acerca de este ámbito jurídico.

De acuerdo con todo lo anterior, entonces, la idea de derecho privado robusto ofrece una respuesta al interrogante si acaso es posible repensar el derecho privado a partir del derecho contractual. El tránsito iniciado en el contrato, trasladado al derecho contractual y de allí al derecho privado echa luz sobre una forma de encauzar el ejercicio de autocomprensión del derecho privado que hoy en día llama la atención de los teóricos de este ámbito. La cuestión de la cual es necesario tomar nota es que la reflexión filosófica sobre el derecho de contratos es solo el punto de partida para una tarea aún más profunda, ardua y de mayor envergadura; a saber, la relectura del derecho privado. De ahí, entonces, que la teoría del contrato está fuertemente vinculada a la teoría del derecho privado. A pesar de la constante preocupación por la teoría del derecho de daños, es un buen estado de cosas para posicionarse en la filosofía del derecho contractual. Esta investigación, por cierto, constituye una abierta sugerencia en tal sentido.

CONCLUSIONS

In light of the arguments presented in this research, it has been shown in what sense it is possible to rethink the theory of private law from a rereading of the theory of contract law, placing this exercise within the process of self-understanding carried by the philosophy of private law in recent years. To that purpose, it was necessary to take an ample journey that began by reflecting on contracts and ended in private law. Gradually, considerations moved from contracts to contract law, and from there to private law. It was shown in what terms it is possible to arrive at the idea of a robust private law from a path different from the one chosen by WEINRIB. Not only is it possible to make the connection between the philosophy of tort law and the philosophy of private law, but it is also possible between the philosophy of contract law and philosophical reflection on private law. An auspicious possibility for rethinking the traditional understanding of private law, indeed, is offered by contract law.

Firstly, the conclusions will be grouped in relation to the research objectives, secondly, detailed conclusions will be drawn from each of the chapters of the research and, finally, general considerations will be made to interweave the body of the project with its most substantive parts. The range of conclusions reached allows us to argue with respect to the *first specific objective*, that personal autonomy constitutes a suitable normative criterion to adequately justify the binding nature of contracts. Contracts bind the contracting parties to perform their obligations unconditionally, because respect for the personal autonomy exercised in the conclusion of the contract is at stake. Grounding the binding force of the contractual relationship on personal autonomy has advantages over other candidates such as the will and promises, as well as allowing for a reconciliation of the justifying criterion and the modifications to contractual practices in which legislative intervention has increased. Understanding personal autonomy in a thick manner and as a matter of degrees provides the flexibility necessary to deal with a supposedly *new* law of contracts. Likewise, this standard allows the demands for respect and the promotion of personal autonomy to be linked to the secondary rules that make up private law and the privileged position that its participants occupy there.

In turn, regarding the *second specific objective*, altruism in its moderate sense does, in effect, take part in the structure of normative foundation of contract law. Although the traditional view understands that this area of private law is uniformly founded on individualistic parameters, not even the disinterested version of philosophical individualism manages to capture the whole of the demands that are placed on contracting parties. The best strategy to place moderate altruism within the foundations of contract law is one that pays attention to its distinctive institutions, which are underlain by altruistic considerations, which challenge the normative predominance of self-interest, and that sometimes urge the contracting party to take positive actions directly aimed at meeting the interest of the other party. This sheds light on the complexity of contract law, which, regarding its foundations, expresses itself in the presence of at least two normative parameters that move in different directions, thus revealing the absence of a single common foundational standard.

The link between both conclusions on the specific objectives helps to account for the *general objective* regarding the possibility of rethinking private law from an examination of contract law. The conclusion offered here is in the affirmative. The connection between contract theory and private law theory is outlined from the idea of robust private law. In order for this understanding of private law to be employed, it is necessary to pay attention to the theoretical repercussions entailed by positing the altruistic foundation. This is an indicator of the complexity of contract law, and which can be transferred to general private law. For this reason, the idea of robust private law abandons the monistic methodology of analysis, replacing it with a pluralistic approach that touches upon both the normative foundations and the purposes of private law. Regarding the former, it is possible to find at least two different normative grounds --disinterested individualism and moderate altruism-- and, in turn, on the matter of the aims of private law there are at least three valid goals --corrective, distributive and punitive justice-- that can be pursued at different levels and to different degrees.

This re-understanding of private law is opposed, then, to that articulated by WEINRIB, which incurs in a theoretical simplification of the phenomenon studied. *The idea of private law* presents, in fact, a weak private law. Therefore, and in an effort to redirect the exercise of self-understanding of private law, the proposal that has been defended presents a vigorous private law that permits the broadening of its agenda of concerns. Hence, when rethinking

private law, it is pertinent that problems such as poverty --which has traditionally been understood as outside private law-- be legitimately part of its occupations. Thus, the road taken by the investigation began in the theory of the contract and ended in the theory of private law, revealing in what sense the rereading of the traditional view of the former lays the guidelines for shaping the idea of robust private law. Thanks to the latter, therefore, it is possible to philosophically rethink the traditional understanding of this domain of the legal phenomenon.

I. In relation to the first chapter, the following can be concluded:

1.1. The problem of the grounds for the binding nature of contracts constitutes a concern that is not philosophically independent from the existence of the contractual bond. Contracts respond to certain objectives or criteria of correctness that are sought or honored by the participants of contractual practices insofar as they are deemed valuable. The justification for the existence of the institution of contract within the community involves, then, revealing why it is important that it exist within the organization and design of social relations. Such relevance permeates the different features of contracts and the main one of them is its binding force. Therefore, the question of why contracts exist leads to questioning why they oblige in the way in which they bind the contracting parties to observe their obligations, namely, unconditionally.

1.2. The binding force of contracts not only entails the recognition of the existence of a rule within the system of private law that states that the agreement necessarily binds the contracting parties, but that within the performance of contracts there are contained reasons that justify their operation and reveal the institutional nature of contracts. They do not bind the parties solely *because* the legislation so prescribes, for this reductionist scheme shows only a partial reason to perform the contract and betrays the normative nature of the phenomenon of private law in general and of the contractual relation in particular. For the contracting parties, the binding nature of the contract refers to normative considerations of reasonableness and correctness and not, rather, to merely descriptive matters.

1.3. One way of theoretically approaching the legal rule that provides for the binding effect of contracts is to understand it in terms of an exclusionary reason for the contracting parties. This rule provides the parties with a reason to perform the mandated conduct and, at the same

time, a reason to refrain from considering the merits of other reasons that are contradict the reason that appeals to that behavior. This line of argument can be reinforced by the type of reasons that usually characterize contractual situations, namely, formal reasons. On the basis of these reasons, the relevance of substantive reasons that are also involved is excluded. Thus, when entering into a contract that has met the respective legal requirements, the judge imposes the principle of *pacta sunt servanda* on the contracting parties, observing the formal reason that the contractual rule provides and, based on it, avoids dwelling on the substantive reasons that could call into question the binding force. However, this strategy is insufficient because it reduces the binding effect of the contract to the legal rule (and the kind of reason involved) that declares it, neglecting the substantive issue of why it is reasonable for such a rule to exist in systems of private law. The philosophical questioning that motivated this research, for its part, aims to reveal and critically examine the normative criteria that aim to answer such question. This is the problem of the justification of the binding nature of the contractual relation.

1.4. Within the framework of the theoretical approaches that can be found within examinations of the binding force of the contractual relation, moral and non-moral schemes of understanding the problem play a relevant role. While the former necessarily resort to evaluative considerations to justify the binding effect, disagreeing with each other regarding the criterion of correctness or normative value in play, the latter decouple the analysis of the contractual rule that establishes the binding effect from the need to tackle it on the basis of moral considerations, pausing to *explain* why the contracting parties are bound to perform the agreed obligations rather than to *justify* such obligation. The first group comprises, for example, Utilitarian and neo-Aristotelian strategies, reconstructions based on corrective justice and distributive justice, and those that address the autonomy of the will of the contracting parties and their promises. The second line-up, in turn, can be presented starting with the imperative theory, the logico-legal criteria and the imputation conditions posited within the legacy of the *Pure Theory of Law*, Legal Realism and a preliminary scheme of the economic analysis of law. There are, then, two perspectives that argue with each other on how to approach the binding effect. The first is normative in nature while the second is, in turn, descriptive.

1.5. The moral schemes with the greatest impact in the philosophy of contract law and the dogmatics of private law are the autonomy of the will and the thesis of the contract as promise. Regarding the first view, it occupies a privileged place in the law of contracts because the bulk of the structuring, development and termination of obligatory bonds is based on the autonomy of the will. Moreover, its intellectual roots are found in the process of codification within the continental legal tradition and in the structuring of Enlightenment legalistic legal system that influenced the protection of the self-determination of individuals in their contractual relations, grounding the performance of their obligations in the autonomy of the will they have expressed. In relation to the contract as promise, the promise that a contracting party makes to the other party in their relations of cooperation is grounded on the trust that the first one places in the second. Thanks to the promise of future action in favor of the other, the contracting party produces legitimate expectations of behavior and the moral promise gives normative force to his choice, having a duty to perform what he has promised to do.

1.6. The intellectual context in which the analyses of this research are situated is the philosophy of private law, which has an established place in the English-speaking world and is increasingly gaining prominence in continental studies. On the other hand, a position that has achieved a marked impact in this line of analyses is the internalist one, which seeks to understand the different areas of private law from *within*, in the light of canons --such as corrective justice-- that are endogenous to its rules, and its most distinctive institutions and practices. The purpose of presenting this analysis as an excursus to the first chapter is to carry out a hermeneutical exercise in order to identify retrospectively where the observations on the binding force of the contractual relation come from. As the conceptual analysis that inspired parts of analytic philosophy shows, philosophical reflection on private law is much more common than could be initially estimated, therefore, the strategy was to show, beginning with the binding effect of contracts, an expression of the philosophy of private law before articulating the theory on which it is based. The latter seeks to systematize and refine the *kind* of reflections that we often develop about the identity, the foundations and the goals pursued by the different areas of private law. Without having a thorough knowledge of private law, or having a *theory* about it, it is possible to make explicit the criteria by which it is thought in our daily social practices.

II. Regarding the second chapter, the following conclusions can be drawn:

2.1. The notion of *collapse* used to address the dichotomy between facts and values within analytic philosophy aids the investigation into whether it can be said that in contract law a kind of collapse has occurred regarding the postulates from which it was articulated in the continental legal tradition, from the end of the 19th century and the beginning of the 20th. This would account for the existence of *two* radically different contract laws and would directly affect the issue of the binding force of contracts since it is particularly sensitive to actual contracting conditions and, also, within the current context, notions such as the will and autonomy have lost their prominence. Hence, the apparently *new* contract law constitutes a challenge to philosophical reflection on the binding effect of the contractual relation, since it may be a genuine problem of a previous state of affairs, but not of the current one. To meet this challenge, it is necessary to examine contract law and the understanding that underlies it, which is commonly designated as «classical».

2.2. Contract law has two distinctive elements; namely, its formality and its abstraction. These features permeate the systematization effort that is presented by the general theory of contracts and that is articulated on the basis of these parameters. Formality and abstraction are a response to the strong commitment of contract law with the economic system established by liberalism in early nineteenth century. Both in the common law systems and in the continental legal tradition, people are considered as formally free and equal to engage in legal relations and commercial transactions. It is irrelevant whether they enjoy real freedom to enter into contracts or occupy substantively equal positions to commit to obligations, since the formal prism through which they are seen exhausts the analysis. Abstraction, in turn, can be seen in matters as basic as stating who are able to enter into contracts, on what matters it is possible to be contractually bound, and what must be done to achieve that. The answers to such questions are formulated by resorting to abstract notions such as "parties" and "subject-matter" [*objeto, objet*]. Thus, the abstraction of liberal economics is transferred to the law of contracts in that the particularities of those who enter into contracts and of what they exchange are removed.

2.3. The postulates of the classical understanding of contracts, in turn, can be identified -- with no claim to exhaustiveness-- as the following: (i) the privileged position of the will of the parties as grounding the birth and the effects of the contractual relation; (ii) symmetry in the bargaining power of the contracting parties to define the terms of the contract; (iii) stability of the contractual relation regarding the performance of obligations and its duration; and, finally, (iv) absence of external institutional intervention into the carrying out of the agreement. These postulates have been unsettled by the changes that the law of contracts has gone through, and the ways in which contractual relations manifest on a daily basis, challenging the validity of that understanding of contracts. The issue of whether the postulates of the classical view hold their relevance when faced with the current state of affairs outlines the possibility that it has collapsed and that even the *contract has died*. If that is the case, the notion of collapse correctly represents the loss of validity of the classical understanding and the law of contracts that was forged from it.

2.4. The thesis of the death of contract popularized by GILMORE serves as a theoretical resource from which to reflect philosophically on the contract law, since the eventual fall of the classical view of the contract carries the possibility that the same has happened to the law of contracts that is inspired by it, making its replacement by an eventual *new* contract law plausible. According to the idea of the death of contract, the classical theory of contract law was disappearing to the extent that the different variants of contractual infringements were subsumed under the catalog of "contorts", which superimposes the terms "contract" and "tort". Although the criticism is focused more on the general theory of the contract than on contract itself, the larger interest is centered on whether the contract has died, which will inevitably have an impact on contractual liability and contract law. In this sense, two interpretations were formulated about the death of contract.

2.5. The *external* or *exogenous* death of contract occurs due to the replacement of the notion of contract for that of tort as a result of the impact that the system of non-contractual liability had on the contractual system, starting with the takeover of the latter by the former. The *internal* or *endogenous* death points, instead, to the revelation that the postulates of the classical understanding of contracts fail to capture the features and dimensions that it exhibits, without seemingly conforming to the ways in which contracting actually takes

place. GILMORE exposed the problem following to the first version, but this is not necessarily the most plausible one. The claim that the contract has died reveals *one* specific of understanding the law of contracts that neglects its complex character and, on the contrary, emphasizes a uniformity which it lacks and that simplifies it theoretically.

2.6. The apparent collapse of contract law caused by the fall of the central postulates of the classical view of contracts is accompanied by changes in the sociological conditions of contracting since the beginning of the 20th century and the emergence of different phenomena that influence the notion of contract, the questioning of the relevance of its binding force and, finally, the actual currency of the law of contracts forged due to the codification movement. The possible mismatch between nineteenth-century contracting and the way in which contractual relations currently manifest could buttress the relevance of the term "collapse" when evaluating the present of that way of understanding the contractual domain. The current outlook presents new forms of contracting –adhesion, statutory and compulsory contracts–, the establishing of consumer law and the increase in legislative intervention in contractual relations reinforce the relevance of the collapse of the previous paradigm and the presence of a *new* law of contracts, which departs significantly from the previous one. The relevance of the problem of the binding effect of contracts is lost in this context, since there notions such as autonomy and the will seem to be out of place.

2.7. The position that accentuates the break between both configurations of contract law rests on the assumption that there is *a* homogeneous core of features that characterize contract law. This is closely associated with the classical conception of contracts, excluding and opposing the features that an alternative way of understanding the law of contracts may propose. One of its risks is to present a reductive description of the law of contracts and neglect one of the most distinctive features of this parcel of the legal phenomenon, namely, its complexity and lack of uniformity. The understanding of the law of contracts is bound to the claim of uniformity that goes around in works of legal theory. From this point of view, the contractual scenario is analyzed from *a* single shared criterion that is replicated in its different facets and dimensions. Contract law is unitary and formulated in a coherent manner on the basis of a common canon and, for this reason, parameters other than this appear to be part of a *different* law of contracts.

2.8. HART's warning that the price to be paid for attempting to describe law uniformly, ignoring the diversity of practices, institutions and rules that it comprises is the distortion of the phenomenon to be understood, applies to the law of contracts as well. The latter, in fact, evidences the difficulty that such aim faces, since the law of contracts contains a variety within its structure, functioning and normative commitments which constitutes an insurmountable obstacle to framing it within a single coherent and unitary image. The complexity of contract law is expressed in the diversity of images, the multiplicity of levels of analysis, and the tensions and complements that lie in the framework and functioning of this legal domain. Contract law displays internal fissures and corresponds to a heterogeneous image that can be presented by a list of expressions that in a non-exhaustive way can be traced in the following dimensions: (i) formal and substantive reasons; (ii) individualism and altruism; (iii) contractual solidarism; and (iv) the social function of contracts. Thus, trying to reduce contract law to a common image entails distorting the phenomenon in question, losing sight of its theoretical richness forged thanks to its diversity, the dialogues and interactions between the heterogeneous parts that it comprises. An adequate understanding of private law, then, must admit that it is a set of rules, institutions and practices that can hardly be conceptualized from a single interpretative scheme. Otherwise, and ignoring the complexity that governs its organization, the result will be theoretically reductive.

2.9. The question of whether the contract has died adds to the complexity of contract law and its resistance to placing itself under a unitary scheme of analysis. The thesis of the death of contract fits precisely with an explanatory model along those lines. Therefore, it faces difficulties when the diversity, contrasts and interrelations within the contractual domain are recognized and that they ensure that the contract survives on the basis of such richness. Regarding exogenous death, the death of contract does not seem to have occurred, since the announced fusion between contract law and tort law did not take place, nor is the unification between the domains of contractual and tortious liabilities a settled issue. In relation to endogenous death, meanwhile, this variant of the possible death of contract has not yet been ruled out and appears to be the most plausible alternative. From this perspective, the postulates on the basis of which the classical understanding of contracts was built are challenged or even directly refuted by contractual reality. This version is certainly more interesting, however the eventual death of contract depends on the relevance of a unitary

model of understanding. Its death is stated because the way we participate in contractual practices does not conform to *that* way of thinking about the contract and, in turn, about contract law. If this sphere of law is characterized, on the contrary, by its diversity, diverse image, tensions and supplements to its composition and operation, contract will not necessarily die by failing to fit in with *a* way of understanding it or by not combining it with *one* of its different spheres. The thesis of the death of contract is one of the costs that must be paid for distorting the complexity and richness of contract law, theoretically simplifying this domain because the permanence of the contract depends on its fit with *one* of the many images that coexist in that area. Contract can die to the extent that the law of contracts is uniform and homogeneous, but this area of law falls far from such a description.

2.10. The contrast between uniformity and complexity reveals that the collapse of classical contract law is apparent and is committed to the first of the parameters of analysis. This is an erroneous starting point when reflecting philosophically on the law of contracts; its necessary to transfer the analysis to its complexity. The commitment to uniformity leads to a theoretical simplification of the phenomenon itself that is being studied. The collapse that PUTNAM correctly noticed regarding the dichotomy between facts and values within analytic philosophy cannot be transferred to the interpretation of the structure, operation, and normative commitments of contract law. There are not, in fact, two classes of contract law radically different to the point of appearing strange to each other. Part of the complexity that characterizes it is the presence of a diversity of images, cracks and tensions within it. The *new* law of contracts is not such either. A good understanding of this area of the legal field reveals its complexity and avoids the theoretical and dogmatic losses that occur when the respective concern is situated in *other* way of thinking about contractual reality. The problem of the binding effect of contracts, then, retains its epistemic value for the philosophy of contract law in particular and of private law in general.

III. From the third chapter it is possible to conclude the following:

3.1. The scheme presented in order to address the problem of the binding force of the contractual relation has its place within the first group of those outlined in the first chapter, that is, it corresponds to a moral one. The proposal, therefore, seeks to articulate a substantive

reason to justify the binding effect of contracts. This strategy is in line with the understanding of law that underlies the modern idea of contract and in accordance with which contemporary philosophy of contract law was developed. A modern view on law is particularly sensitive to the reasons and normative criteria on the basis of which legal institutions are based. Perhaps the main one of these is the contract and hence the philosophical reflection on contract law has highlighted the normative dimensions of its analysis, attempting to *justify* the binding effect of contracts based on *evaluative* reasons or considerations. According to the modern understanding, a distinctive aspect of law is its artificial and institutional character and, in this sense, the evaluative considerations that justify collective decisions to establish a certain institution are especially relevant. If contracts are an institutional fact that presupposes an act that institutes it and collective acceptance, this must be justified in evaluative terms. In the same way, this scheme of analysis is reinforced by the normative standard of self-governing, according to which, in contractual relations, people conduct themselves through rules dictated by themselves. Faced with the heteronomy of premodern law, the modern conception of the legal phenomenon highlights the instrumental role of contracts in coordinating individual agencies that deploy their autonomy. This commitment between modern understanding and the type of social institution that the contract is reveals that it is essential for philosophical reflection on the latter or on its binding force to attend to the purpose it serves, thus having to provide a normative justification to reveal its relevance and its recognition by the community. Thus, when it comes to justifying why it is desirable and normatively valuable that contracts bind the parties unconditionally, the evaluative reasons occupy a prominent place to carry out such an undertaking.

3.2. The proposal of justifying the binding of the contractual relation requires a distinction between three notions that have attracted the attention of contract law theorists and traditional studies in this field; namely, promises, the will, and autonomy. Next, it is necessary to reinforce the relevance of the moral criterion of justification of the binding effect for the current contractual landscape in which the complexity that characterizes it has been highlighted. In relation to the fracture between the will and autonomy, based on the doctrinal analysis applied to the principle of the autonomy of the will, the will became more important than autonomy, considering it as one of the essential elements and necessary requirements for the existence of any legal transaction. However, the relevance of the will is especially

sensitive to the manner in which contractual practices actually take place. It is evident that the will does not play a role analogous to the one it did prior to the 20th century and, therefore, it is a bold bet to insist on it in order to justify the binding effect of contracts. Despite this, doctrinal studies placed the manifestation of the will at the birth of the contractual bond and, at the same time, they accepted that such will could determine the binding nature of the contract. This strategy conflates two different issues: the formation of the contract and its bindingness. The will may be necessary in the first area --even if it is a mere glimpse of it-- but it does not have to play a role in the second order of things. In this sense, the will faces difficulties to successfully fulfill the justifying role of the *pacta sunt servanda* principle, and is in tension with the Kantian roots that legal dogmatics itself recognizes as the source of its investigations. There the will does not by itself constitute a normative value and only possesses moral merit when it has been autonomously determined by the agent. Hence, only autonomy can validly ground obligations. The will, on the contrary, is subject to degrees of heteronomy and has been weakened due to the changes that have occurred in the forms of contracting, but that has not reached personal autonomy. The difference between the will and autonomy is substantive and can be put in terms of the contrast between formal reasons and substantive reasons in contract law.

3.3. Regarding the relation between promises and autonomy, the latter finds in the former a major rival for the role of justification of the binding force of the contract, since FRIED's thesis of the contract as promise occupies a gravitating place in the philosophical reflection on contract law. When a promise is made to carry out a future conduct in favor of the other party, the promisor legitimately generates trust in the recipient that his conduct will be carried out. For this reason, breaching the agreement means breaking the promise, defrauding the trust placed. The promises made by the contracting parties do seem to constitute a suitable candidate to ground the binding nature of the contract. There are two kinds of considerations that can be offered in this regard. On the one hand, the connection between contracts and promises can be put into question and, on the other, it is not entirely clear that promises ultimately do ground the binding effect of the contractual relation. Regarding the first point, although it can be said that every contract is, at least fundamentally, a promise, the relation does not go the other way since there are countless promissory obligations that do not constitute contracts. However, in the philosophy of contract law it is possible to find different

critical approaches to the relation between contracts and promises, plainly advocating for their separation, as is the case with SHIFFRIN and KIMEL.

3.4. Due to the difficulties of distinguishing both notions, a useful strategy is to approach the second issue without making it dependent on the discussion about the identity, or not, between contracts and promises. On this second issue, then, it is necessary to differentiate between the diagnosis that follows from the thesis that assimilates both notions from the one that differentiates them. In FRIED's thesis there are passages in which the obligation to keep a promise is explicitly based on respect for individual autonomy. But if it is the binding effect of the contract, a *general* basis is required and it can be said that *not all* of the binding force can be found in the promise that the contracting parties make and, in turn, that the general bindingness of the contract comes from respect for the autonomy of the person. Its position is logically prior and its demands are normatively more general than promises. As regards the criterion of normative justification of bindingness, contracts and promises are, in fact, on different levels. Promises find normative support in the individual autonomy of the person who utters them and not the other way around. This connection is entrenched both on legal dogmatics and philosophy.

3.5. From the point of view of the position that highlights the contrast between contracts and promises based on the different intrinsic functions of each institution, the basis for the binding nature of the contract must also be found in the function of the personal distancing that contracts offers the parties. If promises invoke personal trust allowing close bonds between persons, contracts give the contracting parties the option to relate without having to enter into personal relations between them. Again, personal autonomy grounds the binding force of the contract and the parties are bound to observe what has been agreed to for the time they deem it convenient to maintain the contract in effect. Given that the distinctive function of the contract makes it possible to reinforce the personal autonomy of the contracting parties, it is on this normative value that the justification of the binding effect of contracts should be placed.

3.6. KIMEL's understanding of personal autonomy outlined in his liberal contract theory constitutes a welcome justificatory understanding of the *pacta sunt servanda* principle in light of the observance of it. This normative ideal of self-creation and control of persons over

their lives has advantages when facing the apparent *new* law of contracts in which legislative intervention has increased its presence to the detriment of the will of the contracting parties. This is not the only value at stake in the contractual field and it is a matter of degree that prevents the evaluation of autonomy in terms of *all or nothing*. This is seen in its tense relation with the contractual freedom of the parties. Respect for personal autonomy does not always imply more contractual freedom since reducing the number of options available to the parties does not necessarily affect their autonomy. The legislative interventions found in the contractual landscape are precisely legitimized *because of* the protection of the autonomy of the contracting party. In certain cases, the intervention is required out of respect for the autonomy of the individual, as when there is a significant asymmetry in bargaining power between the parties. In light of Raz's work, this view that conceives of personal autonomy as a dense, complex and flexible value that fits in with the evolution of contractual practices reveals the need to reread the traditional interpretation of autonomy that presents it as excessively rigid, strict and demanding, thus making easier the possibility of resorting to it in order to articulate the proposal of justification of the contractual bindingness.

3.7. The proposal of justifying the binding effect of contracts is articulated, then, in terms of respect for the personal autonomy of the contracting parties. One consideration that supports this choice is that the moral criterion on the basis of which such a task is carried out must be relevant within the context in which the contracting actually takes place, since its operation is especially sensitive to that framework. For this reason, personal autonomy presents advantages over the will and over the promises of the contracting parties. The three notions do not perform similarly when faced with the conditions described in the second chapter and this is conspicuously reflected in the increase in mechanisms of legislative intervention. Personal autonomy does not experience insurmountable difficulties when face with this kind of phenomena and, on the contrary, its demands are strengthened there. While the will and promises are weakened in this context, the value of personal autonomy is strengthened. The point of these interventions shows that the law of contracts is not necessarily committed to *an* image associated with the classical understanding of contracts and the nineteenth-century postulates on contractual practices, but rather the internal tensions and fissures that characterize it were gradually becoming transparent and more accentuated. On the other hand, personal autonomy shows greater flexibility to face the challenges related to the

complexity of contract law, since it admits that there are other values at stake and that it is not subject to categorical *all or nothing* demands. Finally, this perspective fits comfortably within the Kantian intellectual roots that are recognized in the analysis of the binding force of contracts and, in addition, it preserves the dimension of sociability that promises provide, revealing the autonomous decision of the contracting party to do things and to live together with others, as claimed by Arendt.

3.8. The view personal autonomy as justification of the principle of *pacta sunt servanda* presented yields a variety of second-order considerations regarding the identity of private law. Such normative criterion can be connected to two lines of philosophical reflection on this area of law. Firstly, the perspective from which private law must be understood and, secondly, the kind of rules that it mainly comprises and the distinctive social functions that they perform. Regarding the first issue, the internal point of view indicates that private law must be understood from within its rules, institutions, and practices. Because of this, the question arises whether the internal dimension is relevant to the problem of the binding force of the contractual relation and if, in case it were, it is necessary to inquire into whether personal autonomy is relevant with for that prism of analysis. The internal point of view is essential to understand private law, but the version presented by Weinrib is not the most appropriate one to do so. This dimension of analysis places the personal autonomy of the participants among its main concerns and to address contractual bindingness, the position of those who are part of the contractual relation takes on special importance. Contract law and private law display a substantive commitment with personal autonomy and its conceptual and institutional components are at the service of respecting and promoting this normative value. In order to capture that importance, it is essential to pay attention to those who are familiar with the protection of their personal autonomy and their experience confirms that this is the value at stake in the binding force of the contract.

3.9. Regarding the second issue, the secondary rules that, according to Hart, confer powers on individuals occupy a privileged place within private law and embody its goal of protection and encouragement of personal autonomy. The justification of the binding effect of the contractual relation on that normative value is also based on the function that the secondary rules fulfill by enabling people to carry out their wishes by complying with certain

requirements or procedures. This class of legal rules constitutes an institutionalized mechanism in virtue of which agents in private law relations can deploy their autonomy. In the same way, the internal point of view of rules makes it clear that there are reasons for which participants accept the rule that establishes the principle of *pacta sunt servanda* as a genuine legal rule, and respect for their personal autonomy is the *reason* for the bindingness of their agreements. The binding force means for the contracting parties the assurance of their autonomous deployment within the legal relations that they form. In this way, the binding effect of the contract serves to instantiate in contractual relations one of the most important values in the system of modern private law, namely, personal autonomy.

3.10. By weaving together the binding force of the contract with respect for the personal autonomy of the parties, we have moved into a second order of analysis related to contract law and private law. The general commitment that they express toward respecting and promoting the autonomous actions of the participants within their practices is instantiated in the normative value that justifies the bindingness of contractual relations. At this point, it could be considered that the concerns of this research have been met, yet, on the contrary, a path of further reflections about the normative foundation *of* contract law and *of* private law opens. The philosophical analysis of the binding force of contracts does not end *in* private law, but opens the door for guiding considerations to a second level. Personal autonomy is committed to a model of normative foundation of social relations, namely philosophical individualism. For this reason, it could be thought that putting personal autonomy as the justification of the binding force of contracts entails the assertion that contract law –and private law– are uniformly grounded upon the individualistic prism. But this would call into question the complexity of contract law, which may correspond to general private law as well. According to this feature, there is not only *one* normative foundation, and it is not the case that all the demands of contract law are uniformly grounded upon the individualist canon. That personal autonomy justifies the binding effect of contracts, then, does not mean that the normative foundation of contract law is homogeneously individualism.

IV. Regarding the fourth chapter the following conclusions can be drawn:

4.1. The traditional view of contract law considers that it is exclusively based on individualism and, therefore, that its normative structure is structured in a unitary way,

reproducing a general commitment of private law with individualistic parameters. However, the complexity of contract law is in direct tension with this point of view, since the existence of a single evaluative foundation is not consistent with the presence of a diversity of modalities and heterogeneous images that are part of the theoretical richness of the law of contracts and on which the feature of complexity throws light. The possibility that altruism also occupies a place within the normative composition of this field has not been a matter of concern for doctrinal studies or the philosophy of contract law. In order for it to be so, it is necessary to elucidate the senses in which both individualism and altruism can be understood. There is no one way to understand both normative parameters.

4.2. In the normative realm, individualism can be understood according to at least two views. On the one hand, *selfish* individualism according to which personal interest is predominant over the interest of others and the agent must act so as to achieve their interests in the best possible way. This understanding does not place the interests and expectations of others as limits to the exercise of their actions and the pursuit of self-interest. This prism can be traced, for example, to Hobbes' works. On the other hand, *disinterested* individualism accepts the difference between one's own interests and those of others and, in turn, the normative predominance of the former over the latter. However, it manages the interests of others differently from the selfish scheme, since that preference is compatible with respecting the interests of others, ensuring a coexistence of interests. Thus, the prevalence of self-interest does not entail the legitimacy of causing harm to third parties, even if it is to achieve the former. This way of interpreting individualism embraces Mill's harm principle and finds its appeal in personal autonomy, which demands from the agent a respect for the interests of other individuals. Expressions of this form of individualism can be found in Kant, Rousseau, and certainly in Kennedy's treatment of these matters. Faced with these two ways of understanding the individualist prism, the most significant version is found in the disinterested one. Conceiving the law of contracts as unitarily founded solely on selfish individualism does not conform to the meaning of contractual practices and, consequently, its disinterested version offers greater potential and constitutes a stronger rival for altruism.

4.3. Altruism has remained foreign to research on contract law and a good part of this omission is explained by the way it is usually understood, making it too demanding to govern

behavior between contracting parties. It is crucial to delineate between possible readings of it in order to give altruism a place within the normative structure of contract law. Now, when it comes to models on which to ground altruism, it is possible to make use of Parfit's model, which, without explicitly defending altruism, shows the insufficiency of the theory of self-interest, and defends moving away from a non-reductionist model of personal identity, as well as to make use of Nagel's which reveals the existence of objective reasons for caring about the interests of others from an impersonal point of view, considering that one's own interests are, in fact, those *of someone*.

4.4. Altruistic philosophy can also be understood in at least two different versions. On the one hand, a *strong* altruism that corresponds to the ideal of the Good Samaritan and requires the agent to act in favor of the interest of others, sacrificing the attainment of his own. On the other hand, a moderate altruism whose propositional content can be expressed in the following terms: (i) the predominance of personal interest is not necessarily effective; (ii) it is a permanent requirement for the agent to take into consideration and to concern himself with the interests of others; and finally, (iii) it is necessary that, on certain occasions, the agent act positively in favor of other people. Both readings put into question the predominance of self-interest, but they disagree with respect to the intensity and limits of the demands in favor of the interest of others. The idea of sacrifice is on the margins of moderate altruism and has been progressively decoupled *from* altruism, no longer being considered as a defining element of this philosophy. Although the way in which altruism is frequently interpreted corresponds to its strong meaning, it is not the one that has the best fit with contractual practices and legal relations in general. Moderate altruism offers a stronger claim to place itself within the normative structure of contract law. Furthermore, its behavioral nature emphasizes the outcomes of actions rather than the true motives of those who perform them. For this reason, it is not necessary for the contracting parties to be altruistic, but to act *as if* they were, making it possible for indirect results of an altruistic nature to be achieved in contractual relationships.

4.5. It is possible to track at least three strategies for putting the presence of altruistic components within the foundation of contract law, challenging the place that individualism homogeneously occupies. One of them starts from autonomy, offering an understanding of it

that seeks to advance space for the autonomous action of others, the second is found in private law adjudication where altruistic considerations have an impact on decision-making and, finally, within the institutions of this legal domain that are underlay with altruistic observations. This last one is the modality implemented in order to unravel the altruistic components that are present within the normative structure of contract law. In this sense, the institutions that were analyzed were that of supervening excessive onerousness and, in particular, the duty of renegotiation of the party that has not suffered changes in relation to the original contracting conditions; the preliminary duties of information when these are deployed solely for the good of the other party, aimed at obtaining their contractual interest; good faith and, lastly, the abuse of rights. The last one shows that, even if the interests of others are attended to, this does not necessarily imply the presence of altruism, since the demands related to the limits of the exercise of a right fall under the postulates of disinterested individualism on account of its prohibition of injuring the interests or rights of others. In the first two institutions, on the other hand, there are effectively altruistic demands when they involve *something more* than not harming the other.

4.6. Good faith constitutes one of the most relevant institutions in contract law within the continental legal tradition. The relation that exists between good faith and altruism involves the question of what the grounds for the different duties of good faith behavior are. By breaking down the duties that arise from it, it is possible to find a *fundamental duty* that involves keeping the interests of the other party in mind; a (i) *negative sub-duty* not to harm the interests of the other contracting party; and, finally, a (ii) *positive sub-duty* to act directly in favor of the other contracting party. While the fundamental duty and the negative sub-duty are permanently in force in contractual relations, the positive under-duty holds in certain cases. By combining these duties with the revised models of justification, disinterested individualism covers the fundamental duty and the negative sub-duty, but it fails to establish the positive sub-duty because it challenges the preeminence of the agent's self-interest. Moderate altruism, in turn, comfortably justifies the positive sub-duties of acting of the good faith contracting party since they align with its propositional content and, in turn, it highlights the character of the contracting party's behavior, who acts *as an altruistic person would*, without necessarily embracing this moral view. Similarly, contractual good faith is *objective* insofar as the contracting party must *act* in good faith but does not to *be* of good faith. Thus,

good faith has a two-sided normative structure that is related to the complexity of contract law, which in terms of normative foundations requires at least a duality of them. The foundations of good faith replicate the coexistence between parameters of disinterested individualism and moderate altruism, making clear the validity of the canon of complexity. Not even individualism in its disinterested version *tells the whole story* of the foundations of contract law.

V. In relation with the fifth chapter it is possible to state the following:

5.1. Within theoretical reflection on contract law there are at least five possible models that compete with moderate altruism, according to which the pertinence of this view of altruistic philosophy as a foundation for contract law can be put into question. Not all of these models compete *vis-à-vis* moderate altruism as other possible candidates to serve as a normative foundation, but rather they challenge it since some of its demands, considerations, or effects can be achieved with those other models. Thus, the achievements of moderate altruism were compared with the relational theory of the contract; contractual solidarism and solidarity; the detachment thesis; the protection of the legally weaker; and finally, the theory of exploitation.

5.2. Regarding Macneil's relational theory contract, moderate altruism has a difference in *scope* as compared to it. The altruistic foundation does not depend on the kind of contract in question since its considerations underlie certain contractual institutions. If it is the *weak* thesis of the relational theory, its impact on the contractual spectrum is peripheral in nature since it only affects contracts that are effectively relational, while moderate altruism is one of the normative foundations of contract law. The relevance of Macneil's *strong* thesis is seriously bound to demonstrating that all contracts are relational. Moderate altruism does not depend on such a demanding commitment and only needs to show the place that it actually occupies in certain distinctive institutions of contract law, rather than implanting its parameters in a strained way. Another contrast is that both models are not really on the same *level* of analysis. The relational theory of the contract is one that seeks to account for part of the contractual phenomenon by a common feature and, based on this, recommend its expansion to all contractual relationships. Moderate altruism, on the other hand, is a normative foundation of contract law. Finally, moderate altruism does not make the assumptions of the relational theory of the contract, since for the latter it is essential that a

genuine *relationship* be formed between the parties, but that personal bond is not necessary for moderate altruism to be operative. Thanks to its behavioral aspect, the overlap between the personal sphere and the strictly contractual one is avoided, strengthening the position of moderate altruism.

5.3. Regarding contractual solidarism, it is necessary to differentiate between this doctrinal position within contract law and solidarity, which is the regulative ideal that underlies this way of seeing contractual practices. The latter can be positioned *vis-à-vis* both disinterested individualism and moderate altruism regarding the normative foundation of contract law. When contractual solidarism is compared to moderate altruism there is a profound conceptual discrepancy and a partial difference regarding the effects of each scheme. From the *conceptual* point of view, solidarism constitutes a doctrinal view whose objective is to neutralize the abuses that the better-placed party in a contractual relation executes against the party that is in a disadvantaged situation, while moderate altruism is a model of normative foundation of the rules, institutions and practices of contract law. The theoretical reach is also different, moderate altruism's being broader and more generous than that of contractual solidarism. Furthermore, the starting point is different as moderate altruism has been set against disinterested individualism, while contractual solidarism is intellectually committed to the selfish individualism embodied by the 19th century codification. Regarding their *effects*, the difference is less marked since both offer counterpoints to the traditional vision of contract law, focusing their attention on the judge's position and favoring his acting in cases of imbalance or when there are altruistic considerations that urge his involvement. In the latter case, the judge will be involved in the contractual relation due to the presence of altruistic considerations, regardless of whether or not there is asymmetry in that bond.

5.4. Paradoxically, contractual solidarism has not made use of the justifying potential of solidarity as an alternative normative parameter to the individualist prism. A review of some of the main investigations into solidarity that covers the works of Duguit, Comte, Durkheim and Rorty, allows us to argue that the demands of solidarity represent a core of shared interests, since the relationship of solidarity is formed out of the continuity of interests between like parties. Beyond the specifics and differences that inevitably exist between persons, solidarity is based on a communion of traits and considerations that articulate the

idea of *us* for which Rorty advocated. Hence the attempt made to reconcile the relational theory of the contract with the parameters of solidarity, since in this type of contract the confluence of interests that constitutes the *relationship* between the contracting parties takes place. When the fruits of moderate altruism are compared those of solidarism, the latter normative standard is compatible with a scheme of disinterested individualism, and this can be illustrated by its inclusion within Rawls' original position. It is not an obstacle that individuals be mutually disinterested because, strictly speaking, in solidarity there are no *foreign* interests. This is also expressed in cooperative enterprises in which it is accepted that the interests of the contracting parties have a continuous dimension between them. Moderate altruism --as well as the strong one—cannot be reconciled with the original position since the interest of others is necessarily relevant. Put against the individualistic foundation, only altruism is in real competition with that normative parameter since they are philosophies incompatible with each other. Another aspect that contributes to tipping the balance in favor of moderate altruism is the greater impact that it has on solidarity. Moderate altruism does not prejudice the continuity or discrepancy between the interests of the contracting parties. Unlike solidarity, moderate altruism can be perfectly adopt the difference between their interests, and the bulk of contractual practices conforms to this model and, in some cases, there are directly opposed interests between the parties. The domain for moderate altruism to act is ampler than that of solidarity, because the former does not presuppose what the latter assumes and the former fits better with contractual relations in general.

5.5. Regarding Kimel's detachment thesis, moderate altruism is in controversy with the intrinsic value of the contractual relation being the distancing between the contracting parties. This thesis cannot be correctly linked to selfish individualism since it is based on respect and on the promotion of personal autonomy, and the latter is typical of disinterested individualism. Nonetheless, Kimel's thesis fits with the individualistic normative foundation in its dimension of disinterest according to which the predominance of the contracting party's personal interest is compatible with respect for the interests of others. If detachment is the distinctive value of contracts, it must operate on both individualistic and altruistic grounds. However, contractual duties based on moderate altruism do not entail going beyond the contractual setting and into personal relationships. Rather than delving into the law of contracts, it is necessary to unravel the space that this normative foundation in fact occupies

in the legal domain. When the duties not only involve taking into account the interests of the other party, but also directly demand that they be benefited, the detachment thesis does not succeed in grounding all the duties because the logic of «*just business*» is insufficient to account for them. The intrinsic value of contracts, in fact, can only conform to an individualistic foundation.

5.6. Regarding the protection of the weaker party, moderate altruism is on a different level, since the former constitutes a reorientation of the law of contracts structured considering those who are situated in a position of structural weakness and the latter, in turn, is one of the evaluative foundations of contract law. The principle of the protection of the weaker party operates to safeguard and protect the interests and the position of the parties placed in a disadvantaged position, acting preventively or in a repressive manner against abuses by one party on the other. The altruistic foundation, on the other hand, operates prospectively since it is aimed at obtaining certain actions in the future related to the relevance of the interests of others. There are no repressive aspects to moderate altruism. On the other hand, the operation of each the two schemes is different because the protection of the weaker party does not entail placing demands for action on the contracting parties, but moderate altruism establishes behavioral duties that urge them to take into account the interests of others and, on some occasions, to act positively in order to achieve them. Finally, the aim of the principle of the protection of the weaker party can fit perfectly with an individualistic model in its disinterested dimension according to which it is prohibited to harm the interests of others in the pursuit of one's own. Moderate altruism occupies, then, a different space and its scope is greater since it does not imply the weakness of those who are favored by the altruistic behaviors that are required of the other party. The altruistic foundation does not prejudge the position of the benefited party in the contractual relation.

5.7. Finally, the theory of exploitation presents the prohibition of unfairly taking advantage of one party that is in a vulnerable condition, reconciling the procedural and the substantive justice of the agreement, in Atiyah's terms. Faced with this demand, moderate altruism does not play the same role since it operates as a general normative foundation of contract law and not only to prevent instances of taking advantage of the weakness of the other party. The scope of the theory of contractual exploitation is rather limited since it presupposes a situation

of vulnerability of one of the contracting parties and the taking advantage of this by the other. The scope of altruism, on the other hand, is broader since it does not presuppose such considerations. On the other hand, exploitation is important to protect a contracting party from being taken advantage of when in a disadvantaged situation and from this a *duty to abstain* from taking advantage of the vulnerability of the other party can be formulated. This makes it possible to reconcile the prohibition of unfair exploitation with the negative sub-duty of contractual good faith, since taking advantage of the vulnerability of another in order to obtain a benefit contradicts basic demands of good faith. However, in relation to contractual exploitation there are no positive demands of acting in favor of the other party, but only those of respect and attention for the interests and the situation of vulnerability of the other party. For this reason, when there are behavioral demands on one party to the benefit of the other, these cannot be founded on the prohibition of exploitation. Moderate altruism remains necessary. The requirement for not exploiting the disadvantage of the other party fits with the prohibition of harming the interests and rights of the other party, making it clear that a model of disinterested individualism can provide a justification for the theory of contractual exploitation.

VI. Regarding the sixth chapter, the following conclusions can be drawn:

6.1. Although the greatest impact of placing moderate altruism within the foundational structure of contract law is certainly normative, it is also possible to reveal its impact on the theoretical dimension of contract law, since only an understanding that is not committed to the goal of uniformity will be safe from insurmountable difficulties when accounting for that feature of this legal domain in which the complexity manifests. This diagnosis holds also for private law, since the explanatory capacity of an understanding of private law that captures the diversity within the foundations of its normative structure will be superior to that which fails to account for it due to its ambition for unity and internal coherence. The possibility of forging the idea of a *robust* private law begins with the placing moderate altruism as one of its normative parameters, since this way of understanding private law rests on the recognition of a plurality of foundations and purposes. Its articulation challenges Weinrib's *The idea of private law* which is *weak* in opposition to the image of a vigorous

private law that manages to capture its complexity and theoretical richness. In this way, it is possible to weave together the theory of contract law with the theory of private law.

6.2. The plausibility of extending moderate altruism to other spheres of private law is crucial for developing the theoretical impact that it would have on the understanding of the private legal phenomenon. In order to do this, *property* is a useful element, since together with contract law, they are the spheres of private law that seem to be homogeneously founded on the individualistic prism. Given the central place that both spheres occupy within private law, the inclusion of the altruistic foundation provides good reasons to transfer it to private law as a whole. The result in the case of property is two-faced. In relation to the concept of property as the powers granted to the owner, that can be adjusted to the parameters of disinterested individualism, to the extent that self-interest prevails, but the interests of other individuals in the community are protected. When it is established that the «right of others» constitutes a limit to the exercise of the powers of the owner, the concern of disinterested individualism for the interests of others is reinforced, considering it as a limit for the pursuit of one's own interests. That does not constitute a genuine image of moderate altruism. The scenario is different when the institution of servitudes is analyzed since the servient estate must bear a burden established exclusively for the benefit of the dominant estate. The action of the former—usually an omission—is carried out only for the benefit of the respective advantage or resource. Underlying servitudes is a justification formulated in altruistic terms in a moderate sense, insofar as the duties of the servient estate are based exclusively on the interest of the dominant one. Hence, all the postulates of moderate altruism are verified, with the peculiarity that the action in favor of the other property is generally an omission. By managing to place moderate altruism within both contract law and property law, it is possible to say something relevant about private law and lay the groundwork for rethinking private law.

6.3. The exercise in self-understanding that draws the attention of private law theorists runs into the formalist approach that Weinrib established within philosophical reflection on this area of law. This view is based on the relevance of the coherence displayed by private law and from which it is possible to provide a single justification integrated into the system. Such structure is provided by corrective justice, which is *the* only goal that can be pursued by private law, without there being valid space in its rules, institutions and practices for purposes

other than corrective justice. *The idea of private law* is strongly committed to a methodological monism from which the different areas of private law are understood based on a shared and unitary parameter. Weinrib's formalism is unable to account for the role of moderate altruism within the normative foundations of private law, which displays the diversity of supporting values in which part of its complexity is reflected. Such theoretical incapacity reveals that, in reality, it is a *weak* idea of private law in which the goal of uniformity entails the theoretical simplification of its object of analysis. For the exercise of self-understanding to be carried out successfully, it is crucial that the object of study be adequately described and that its explanation cover its different characteristics and dimensions of analysis. If it is correct that private law is characterized by its complexity, from which the absence of homogeneity and the presence of a diversity of images follow, then Weinrib's approach fails to offer a vigorous version of private law. In order to preserve the internal coherence of the system, the phenomenon of private law is simplified to the point of obtaining a unitary and compact image of this legal domain, but which distorts its composition, operation and distinctive practices.

6.4. Weinrib's approach, however, presents an internal perspective for understanding private law that is adequate to carry out the exercise of self-understanding of this legal sphere. The way in which it presents the internal dimension faces various difficulties, but philosophically approaching private law *from within* is a relevant perspective to recognize the importance of the position occupied by the participants in private law relations and thus take into account the experience of who are part of its legal practices. Thanks to this point of view, it is also possible to capture the feature of complexity that characterizes private law. Weinrib's internalism, in turn, is excessively strict when considering only the conceptual and institutional architecture of private law, neglecting the position of the participants in these relations and who should have the leading role in determining the identity and aspirations of this area of the law. At the same time, the strong emphasis that the author puts on the correlative rights and duties of the parties neglects notions such as the interests and needs of the participants in private law relations, even though it seems natural that these may contribute to refining the understanding of private law *from within* and, even more, to delineate the aspirations to which it must tend and the challenges that it must face. Based on revisions of this kind, it is possible to maintain the relevance of an internal prism of analysis

to carry out the exercise of self-understanding of private law, but detaching it from the restrictive commitments of monistic formalism. The kind of perspective Weinrib used serves this time to show *a different* private law: a robust one.

6.5. Placing moderate altruism within the normative structure of contract law and private law makes it possible to draw guidelines for the idea of robust private law. The theoretical repercussion of placing moderate altruism among the philosophical foundations of private law lies in shedding light on the complexity of this area and the inability of a theory of private law that assumes as its starting point the uniformity of the phenomenon as the only explanatory canon. While the weak idea of private law assumes a monistic prism that conceives the unity of this field as of value, the idea of robust private law rescues the complexity and the features of diversity and heterogeneity that are present in private law, recovering the depth of its explanatory value. This does not seem to correspond with the parameters of homogeneity and coherence that Weinrib assumes and, on the contrary, reflects a different internal composition, functioning and normative commitments. Its weakness is shown in theoretical terms as it lacks the aptitude to account for the features and dimensions of private law that do not fit with the unitary description that is defended. The insistence on explaining and justifying all private law according to *a* common parameter reduces the complexity of private law to a simple and basic image of it. So the goal of uniformity that is understood as a strength of the monistic approach paradoxically explains its theoretical weakness.

6.6. The idea of robust private law embraces a pluralistic methodology to philosophically reflect on private law and to capture its complexity, being adequate for accounting for its contrasts, tensions and multiple modalities of the phenomenon. This also affects the core of the concerns of private law, broadening its research agenda and thereby favoring the process of self-understanding of the philosophy of private law. Methodological pluralism reveals the claim that private law can and should shift its emphasis from unity to diversity, encompassing both its normative foundations and its purposes. Thus, this approach calls into question the monistic belief that there is only *one* shared foundation for the different concerns of private law and, in turn, *a* single goal which can validly be pursued. In relation to the normative foundation, and although the traditional reading maintains that private law is uniformly

founded on individualism, the thesis defended claims that this is not entirely correct, since a certain way of understanding altruism is also present in both contract law and property law. Not even the disinterested version of the individualistic prism manages to ground certain demands that underlie institutions of private law and that challenge the predominance of personal interest over that of others. The idea of robust private law is articulated on the basis of the complexity of this legal domain and, from the point of view of its normative foundation, this is explained starting from the presence of at least two differentiated evaluative grounds.

6.7. Regarding the purposes of private law, this theoretical proposal rejects the belief that corrective justice constitutes the sole purpose of private law and that its internal coherence depends on that. Therefore, the introduction of other possible aspirations threatens the coherence exhibited by private law. The idea of robust private law, by contrast, underscores the fact that corrective justice considerations are as relevant to private law as are the parameters of distributive or punitive justice, both in its retributive and dissuasive aspects. Even though these are not presented with the same clarity as claims of corrective justice, they are not at all unrelated to private law. When speaking of distributive or punitive concerns in this legal area, reference is made to goals that, according to the way in which its participants understand private law practices, take into consideration and in fact pursue. From the point of view of those who participate in private law relations, purposes other than corrective justice are part of the meaning and significance that they give to the practices of private law. By making it clear that private law does not seek only one objective, its coherence does not suffer since it does not have a single purpose within its concerns. Since it is not possible to achieve all these aspirations together and in their entirety, the best possible combination of all of them must be sought.

6.8. The admission of *more* than one normative foundation and *more* than one goal to be pursued by the concerns of private law does not prejudge the status of the relation that exists between the various normative foundations and the different kinds of justice that private law houses. There is no attempt to question the preeminent position occupied by the individualistic foundation in the normative structure of private law, nor the privileged place that corrective justice considerations have in the purposes it pursues. The questioning refers

to the legitimacy of dispensing with other possible models of foundation and other aspirations, reducing all private law to individualistic canons and demands for corrective justice. The idea of robust private law departs from this possibility because it considers it essential to strive for a plurality of foundations and purposes in order to achieve an adequate philosophical understanding of private law. This is compatible with preserving the privileged status of individualism and corrective justice.

6.9. The articulation of the idea of robust private law makes it possible to take advantage of the complexity of this field and broaden its agenda of concerns regarding problems which it has traditionally been relegated. This is conspicuously the case with poverty. The adoption of the parameters of formalism, monism, and individualism has conspired against the possibility of private law dealing with issues such as solving poverty and a concern for disadvantaged groups. For Weinrib's idea of private law, poverty does not constitute a genuine concern of this branch of the legal phenomenon. Here again he reflects his weakness in being prevented from addressing matters that do not fit those assumptions. The idea of a robust private law, on the other hand, does not embrace those parameters and, therefore, does not face difficulties in including poverty among its concerns. The pluralistic method of analysis of foundations and purposes contributes because it gives place to the altruistic foundation, as well as the ends of distributive justice, which have a better fit with poverty issues. In the same way, the excessive formalism must be tempered with the admission of certain substantive dimensions concerning the freedom and equality of persons.

6.10. The proposal of the idea of robust private law contributes to the exercise of self-understanding of private law. These contributions are expressed both in a theoretical dimension and in a normative one. Regarding the first aspect, the rereading of the traditional understanding of private law leads to a vigorous version of private law whose explanatory breadth is greater given that it does not present restrictions for addressing issues unrelated to its standard agenda. The idea of robust private law can account for poverty issues. Regarding the second point, in turn, this way of rethinking private law allows us to introduce concern about poverty and the condition of disadvantaged groups in society, which provides a prospective sense to private law, outlining a path along which to travel in the future in our social relations and in the philosophical reflections about this legal domain.

In accordance with all of the above, then, the idea of robust private law offers an answer to the question whether it is possible to rethink private law based on contract law. The transit started in the contract, moved to contract law and from there to private law, shedding light on a way of channeling the exercise of self-understanding of private law that today draws the attention of theorists in this field. The issue that needs to be noted is that philosophical reflection on contract law is only the starting point for an even more profound, arduous and larger task; namely, the rereading of private law. Hence, then, the theory of the contract is strongly linked to the theory of private law. Despite the constant preoccupation with the theory of tort law, it is a good state of affairs to find a place within the philosophy of contract law. This investigation, to be sure, constitutes an open suggestion in this regard.

BIBLIOGRAFÍA

A

- ABELIUK MANASEVICH, R., 2014: *Las obligaciones*, tomo I, 6ta. ed. actualizada. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- ACCATINO SCAGLIOTTI, D., 2015: «La ‘teoría clásica’ del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial», *Revista Chilena de Derecho*, 42 (1): 35-56.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., 2009: *De los contratos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., SOMARRIVA UNDURRAGA, M. y VODANOVIC HAKLICKA, A., 2005: *Tratado de los derechos reales*, tomo II, 6ta. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- ALEXANDER, L., 1996: «The Moral Magic of Consent (II)», *Legal Theory*, 2 (3): 165-174.
- ALMANZA TORRES, D. y PEREIRA RIBEIRO, M., 2014: «La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y la función social del contrato en el derecho brasileiro», *Revista de Derecho Privado*, N° 26: 267-293.
- ALPA, G., 2017: *¿Qué es el derecho privado?* (trad. C. E. MORENO MORE). Puno: Zela.
- , 2018: «Autonomía negocial», en ALPA, G., FUSARO, A. y GRONDONA, M., *Instituciones de derecho privado*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- ALTERINI, A. A. y LÓPEZ CABANA, R. M., 1989: *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- ÁLVAREZ MEDINA, Silvina, 2014: «El umbral de autonomía. La concepción relacional y la construcción de las opciones», en HIERRO, L. I. (coord.), *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons: 53-79.
- , 2018: *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C., 2009: «No siendo contra derecho ajeno: hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil», *Revista Chilena de Derecho*, 36 (3): 505-525.
- , 2019: «Límites de la propiedad e interés privado», en PEREIRA FREDES, Esteban (ed.), *Fundamentos filosóficos del derecho civil chileno*. Santiago de Chile: Rubicón Editores: 43-54.
- ARAMAYO, R. R., 2018: «Solidaridad», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Nº 15: 169-175.
- ARENDT, H., 2005: *La condición humana* (trad. R. GIL NOVALES). Paidós: Barcelona.
- ARISTÓTELES, 1985: *Ética Nicomáquea* (trad. J. PALLÍ BONET). Madrid: Gredos.
- ARNESON, R., 2001: «Exploitation», en BECKER, L. C. y BECKER, C. B. (eds.), *Encyclopedia of Ethics*, Volume I, 2da. ed. New York & London: Routledge: 515-517.
- ATIENZA, M. y RUÍZ MANERO, J., 2000: *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta.
- ATYIAH, P. S., 1986a: «Contract and Fair Exchange», en su *Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press: 329-354.
- , 1986b: «Form and Substance in Contract Law», en su *Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press: 93-120.
- , 1986c: «The Liberal Theory of Contract», en su *Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press: 121-149.
- , 1986d: «The Modern Role of Contract Law», en su *Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press: 1-9.
- ATRIA LEMAITRE, F., 2002: *On Law and Legal Reasoning*. Oxford: Bloomsbury Publishing.
- , 2015: «Derechos sociales, socialismo y contrato social», en VV.AA., *SELA 2014: 20 años de SELA*. Buenos Aires: Editores del Puerto: 63-80.
- , 2016: *La forma del derecho*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

- AUSTIN, J. L., 1999: «Emisiones realizativas», en VALDÉS VILLANUEVA, L. M. (comp.), *La búsqueda del significado* (trad. A. GARCÍA SUÁREZ). Madrid: Tecnos: 419-434.
- AUSTIN, J., 1994: «Primera lección de ‘La delimitación del ámbito de la teoría del derecho’» (trad. P. CASANOVAS), en CASANOVAS, P. y MORESO, J. J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona: Crítica, Grijalbo: 178-201.
- , 2002: *El objeto de la jurisprudencia* (trad. J. R. DE PÁRAMO ARGÜELLES). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

B

- BAENA RUIZ, E., 1994: «Problemática general del derecho real de servidumbre», en BAENA RUIZ, E. (dir.), *Las servidumbres*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial: 11-72.
- BAGCHI, A., 2014: «Distributive Justice and Contract», en KLASS, G., LETSAS, G. y SAPRAI, P. (eds.), *Philosophical Foundations of Contract Law*. Oxford: Oxford University Press: 193-211.
- BAIER, K., 1995: «El egoísmo», en SINGER, P. (ed.), *Compendio de ética* (trad. J. VIGIL RUBIO y M. VIGIL). Madrid: Alianza: 281-290.
- BARCIA LEHMANN, R., 2005: «¿Es posible construir la teoría general del contrato desde la excepción: la revisión judicial del contrato?», en MARTINIC, M. D. y TAPIA, M. (dirs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación*, tomo I. Santiago de Chile: LexisNexis, pp. 685-719.
- BARNETT, R. E., 2006: «La teoría consensual del contrato» (trad. G. I. HAYMES y D. M. PAPAYANNIS), *Lecciones y ensayos* (82): 125-185.
- BARROS BOURIE, E., 2006: *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- BAR-TAL, D., 1986: «Altruistic Motivation to Help: Definition, Utility and Operationalization». *Humboldt Journal of Social Relations*, 13 (1/2): 3-14.

- BAYERTZ, K., 1999: «Four Uses of ‘Solidarity’», en BAYERTZ, K. (ed.), *Solidarity*. Dordrecht: Kluwer: 3-28.
- BECK, U. y BECK-GERNSHEIM, E., 2003: *La individualización. El individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas* (trad. B. MORENO). Barcelona: Paidós.
- BENATTI, F., 2010: *Le Forme della Proprietà. Studio di Diritto Comparato*. Milano: Dott. A Giuffrè - Editore.
- BENETTI TIMM, L., 2010: «La función social del derecho contractual en el Código Civil brasileño: justicia distributiva vs. eficiencia económica», *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, (52): 5-51.
- BENÍTEZ CAORSI, J. J., 2013: *Solidaridad contractual. Noción posmoderna del contrato*. Madrid: Reus.
- BENSON, P., 1995: «The Idea of a Public Basis of Justification for Contract», *Osgoode Hall Law Journal*, 33 (2): 273-336.
- , 2001: «The Unity of Contract Law», BENSON, P. (ed.), *The Theory of Contract Law. New Essays*. Cambridge: Cambridge University Press.
- , 2004: «Philosophy of Property Law», en COLEMAN, J. L. y SHAPIRO, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press: 752-814.
- , 2010: «Contract», en PATTERSON, D. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2nd ed. Oxford: Blackwell: 29-63.
- , 2019: *Justice in Transactions. A Theory of Contract Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- BERLIN, I., 1974: «Dos conceptos de libertad», en su *Libertad y necesidad en la historia* (trad. J. BAYÓN). Madrid: Revista de Occidente: 133-182.
- BERNAL-FANDIÑO, M., 2007: «El solidarismo contractual –especial referencia al derecho francés–», *Vniversitas*, (114): 15-30.

- , 2013: *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- , 2015: «La contratación proactiva dentro de las nuevas visiones del contrato», *Vniversitas*, (130): 21-52.
- , 2016: «El principio de solidaridad como límite a la autonomía privada», *Revista Jurídicas*, 13 (2): 60-70.
- BETTI, E., 1969: *Teoría general de las obligaciones* (trad. J. L. DE LOS MOZOS). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- BIANCA, C. M., 2007: *Derecho civil. 3. el contrato* (trad. F. HINESTROSA y É. CORTÉS). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BIRKS, P., 2000: «Lionel Cohen Lecture: The Content of Fiduciary Obligation». *Israel Law Journal*, 34 (1): 3-38.
- , 2005: *Unjust Enrichment*, 2nd. ed. Oxford: Oxford University Press.
- BIX, B. H., 2008: «Contract Rights and Remedies, and the Divergence between Law and Morality», *Ratio Juris*, 21 (2): 194-211.
- , 2012: *Contract Law. Rules, Theory, and Context*. Cambridge: Cambridge University Press.
- , 2017: «The Promise and Problems of Universal, General Theories of Contract Law», *Ratio Juris*, 30 (4): 391-402.
- BLASCO GASCÓ, F. de P., 2017: «Prólogo a Grant Gilmore, *La muerte del contrato*». Cizur Menor (Navarra): Civitas: 11-21.
- BLUM, L. A., 2001: «Egoísmo», en CANTO-SPENBER, M. (dir.), *Diccionario de ética y de filosofía moral*, tomo I (trad. F. J. RAMOS). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica: 487-493.
- BOBBIO, N., 1989: *Liberalismo y democracia* (trad. J. F. FERNÁNDEZ SANTILLÁN). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

- BOMMARITO, N., 2016: «Private Solidarity», *Ethical Theory and Moral Practice*, 19 (2): 445-455.
- BOSCH CAPDEVILLA, E., DEL POZO CARRASCOSA, P. y VAQUER ALOY, A., 2016: *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- BOURGEOIS, L., 1896: *Solidarité*. Paris: Armand Colin et Cie, éditeurs.
- BRAHM GARCÍA, E., 1996: «El concepto de propiedad en el Código Napoleónico. Una nueva interpretación de su artículo 544 en la historiografía jurídica alemana», *Revista Chilena de Derecho*, 23 (1): 7-12.
- BRANCO, G., 2011: «Libertad contractual y su funcionalización: orientación metodológica y lenguaje utilizados por la comisión elaboradora del Código Civil brasileño», *Vniversitas*, (123): 347-372.
- , 2012: «Solidariedade social e socialidade na disciplina da liberdade contratual», *RIDB*, Nº 1: 113-141.
- BRATMAN, M. E., 1993: «Shared Intention», *Ethics*, 104 (1): 97-113.
- , 1999: «Shared Cooperative Activity», *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency*. Cambridge: Cambridge University Press: 93-108.
- BRAUCHER, J., 1995: «Afterlife of Contract», *Northwestern University Law Review*, 90 (1): 49-88.
- BROAD, C. D., 1949: «Egoism as a Theory of Human Motives», *Hibbert Journal*, 48: 105-114.
- BRUDNER, A. y NADLER, J. M., 2013: *The Unity of the Common Law*, 2nd ed. rev. Oxford: Oxford University Press.
- BYRD, S. y HRUSCHKA, J., 2006: «Kant on Why Must I Keep my Promise», *Chicago-Kent Law Review*, 81 (1): 47-74.

C

- CABRILLAC, R., 2019: «El nuevo derecho francés de los contratos», en GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M., HERNÁNDEZ PAULSEN, G., LATHROP GÓMEZ, Fabiola y TAPIA RODRÍGUEZ, M. (eds.), *Estudios de derecho civil XIV. XVI Jornadas nacionales de derecho civil, Coquimbo 2018*. Santiago de Chile: Thomson Reuters: 61-74.
- CAPOBIANCO, E., 2017: *Lecciones sobre el contrato* (trad. C. E. MORENO MORE). Puno: Zela.
- CARRASCO PERERA, Á. y GONZÁLEZ CARRASCO, C., 2017: *Introducción al derecho y fundamentos de derecho privado*, 2da. ed. Madrid: Tecnos.
- CARTWRIGHT, J., 2019: *Introducción al derecho inglés de los contratos* (trad. J. P. MURGA FERNÁNDEZ). Cizur Menor (Navarra): Civitas/Thomson Reuters.
- CERVILLA GARZÓN, M. D., 2020: *Una mirada al derecho civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CHIASSONI, P., 2013: *El análisis económico del derecho. Orígenes fundamentos y métodos del Law & Economics en los EE. UU.* (trad. F. MORALES LUNA). Lima: Palestra.
- CIMBALI, E., 1898: *La nueva fase del derecho civil en sus relaciones económicas y sociales* (trad. F. E. GARCÍA). Madrid: Sucesores de Rivadeneyra.
- CINGOLANI, P. 2015: «Solidarity: History of the Concept», *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, 2da. ed., 23: 1-5.
- CLARO SOLAR, L., 1935: *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, tomo IX. Santiago de Chile: Nascimento.
- COASE, R. H., 1960: «The Problem of the Social Cost», *The Journal of Law and Economics*, (3): 1-44.
- COLEMAN, J. L., 1992: «Tort Law and the Demands of Corrective Justice», *Indiana Law Review*, 67: 349-379.
- , 1994: «Introduction», en COLEMAN, J. L. (ed.), *Private Law Theory*. New York & London: Garland Publishing: IX-XV.
- , 2010: *Riesgos y daños* (trad. D. M. PAPAYANNIS). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- COMTE, A., 1980: *Discurso sobre el espíritu positivo* (trad. J. MARÍAS). Madrid: Alianza.

- COOTER, R. y ULEN, T., 1998: *Derecho y economía* (trad. E. L. SUÁREZ). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- CORRAL TALCIANI, H., 1997: «Nuevas formas de contratación y sistema de derecho privado», *Revista de Derecho. Universidad de Concepción*, (201), Año LXV: 59-71.
- , 2002: «La definición del contrato en el Código Civil chileno y su recepción doctrinal. Comparación con el sistema francés», en *Cuadernos de Extensión Jurídica*, (6): 69-97.
- , 2010: *Contratos y daños por incumplimiento: estudios sobre su régimen jurídico y la responsabilidad por incumplimiento*. Santiago de Chile: AbeledoPerrot/LegalPublishing).
- , 2020: *Curso de derecho civil. Bienes*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- CRASWELL, R., 1989: «Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising», *Michigan Law Review*, 88 (3): 489-529.
- CUADRADO PÉREZ, C., 2014: *La moderna configuración de la doctrina del abuso del derecho*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters/Aranzadi.

D

- DAGAN, H., 1999: «In Defense of the Good Samaritan», *Michigan Law Review*, 97 (5): 1152-1200.
- , 2004: *The Law and Ethics of Restitution*, Cambridge: Cambridge University Press.
- , 2012: «Pluralism and Perfectionism in Private Law», *Columbia Law Review*, 112 (6): 1409-1446.
- , 2013: «Autonomy, Pluralism, and Contract Law Theory», *Law and Contemporary Problems*, 76: 19-38.
- DAGAN, H. y DORFMAN, A., 2016: «Just Relationships», *Columbia Law Review*, 116 (6): 1395-1460.

- DAGAN, H. y HELLER, M., 2017: *Choice Theory of Contracts*. Cambridge: Cambridge University Press.
- DE ALMEIDA RIBEIRO, G., 2019: *The Decline of Private Law. A Philosophical History of Liberal Legalism*. Oxford: Hart Publishing.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., 1985: *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas/Thomson Reuters.
- DE LA MAZA, I., 2010: «Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información», *Revista de Derecho (Valparaíso)*, (34): 75-99.
- DE LA MAZA, I., PIZARRO WILSON, C. y VIDAL OLIVARES, Á. (eds. y coords.), 2018: *Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., 2019: *Validez de normas y de actos jurídicos. Estudios de teoría general desde el derecho privado*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- DE LUCAS, J., 1993: *El concepto de solidaridad*. Ciudad de México: Fontamara.
- DE MARTINO, F., 2005: *Individualismo y derecho romano privado* (trad. F. HINESTROSA). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- DE MERCADO, T., 1975: *Suma de tratos y contratos* (trad. R. SIERRA BRAVO). Madrid. Editora Nacional.
- DE WISPELAERE, J., 2004: «Altruism, Impartiality and Moral Demands», en SEGLOW, J. (ed.), *The Ethics of Altruism*. London and Portland: Frank Cass Publishers: 9-33.
- DETMOLD, M. J., 1989: «Law as Practical Reason», *The Cambridge Law Journal*, 48 (3): 436-471.
- DÍAZ ALABART, S., 2016: «Introducción: la contratación con consumidores», en DÍAZ ALABART, S. (coord.), *Manual de derecho de consumo*. Madrid: Reus: 7-28.
- DÍEZ-PICAZO, L., 1982: Prólogo a F. WIEACKER, *El principio general de la buena fe*. Madrid: Civitas: 9-23.
- , 1996: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Volumen Primero. Introducción. Teoría del contrato, 5ta. ed. Madrid: Civitas.

- , 2007: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Volumen I. Introducción. Teoría del contrato, 6ta. ed. Cizur Menor (Navarra): Civitas/Thomson Reuters.
- , 2012: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, tomo VI. Derechos reales. Cizur Menor (Navarra): Civitas/Thomson Reuters.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., 2012: *Sistema de derecho civil*, volumen 1, 12ª ed. Madrid: Tecnos.
- DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E. y MORALES MORENO, A. M., 2002: *Los principios del derecho europeo de contratos*. Madrid: Civitas.
- DUGATKIN, L. A., 2007: *Qué es el altruismo. La búsqueda científica del origen de la generosidad* (trad. E. MARENGO). Buenos Aires: Katz.
- DUGUIT, L., 1922: *Teoría general del acto jurídico* (trad. G. S. M. O.). Ciudad de México: Editorial Cultura.
- , 2007: «Las transformaciones del derecho privado», en su *Las transformaciones del derecho público y privado* (trad. C. G. POSADA). Granada: Comares: 151-235.
- DURKHEIM, E., 2006: *Sociología y filosofía* (trad. M.ª BOLAÑO). Granada: Comares.
- , 2012: *La división del trabajo social* (trad. C. G. POSADA). Madrid: Minerva.
- DWORKIN, R., 1981a: «What is equality? Part 1: Equality of welfare», *Philosophy and Public Affairs*, 10 (3): 185-246.
- , 1981b: «What is equality? Part 2: Equality of resources», *Philosophy and Public Affairs*, 10 (4): 283-345.
- , 1990: «Retorno al Derecho ‘natural’» (trad. S. ÍÑIGUEZ DE ONZOÑO), en BETEGÓN, J. y DE PÁRAMO, J. R. (dir. y coord.), *Derecho y Moral: ensayos analíticos*. Barcelona: Ariel: 23-45.
- , 1997: *Los derechos en serio* (trad. M. GUASTAVINO). Madrid: Ariel.
- , 1998: «¿Es la riqueza un valor?» (trad. S. COLOMBRES), *Estudios Públicos*, (69): 259-298.

- , 2005: *El imperio de la justicia* (trad. C. FERRARI). Barcelona: Gedisa.
- , 2007: «El Postscríptum de Hart y el sentido de la filosofía política», en del mismo *La justicia con toga* (trad. M. IGLESIAS VILA y I. ORTIZ URBINA GIMENO). Madrid-Barcelona: Marcial Pons: 159-204.
- , 2014: *Justicia para erizos* (trad. H. PONS). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

E

- EISENBERG, M. A., 1995a: «The Limits of Cognition and the Limits of Contract», *Stanford Law Review*, 47: 211-259.
- , 1995b: «Relational Contracts», en BEATSON, J. y FRIEDMANN, D. (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford: Oxford University Press: 291-304.
- , 2000: «Why There Is No Law of Relational Contracts», *Northwestern University Law Review*, 94 (3): 805-822.
- , 2001: «The Theory of Contracts», en BENSON, P. (ed.), *The Theory of Contract Law: New Essays*. Cambridge: Cambridge University Press: 206-264.
- , 2018: *Foundational Principles of Contract Law*. Oxford: Oxford University Press.
- ELSTER, J., 1989: *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad* (trad. J. J. UTRILLA). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- EPSTEIN, R. A., 1976: «Book Review. The Death of Contract by Grant Gilmore», *The American Journal of Legal History*, 20 (1): 68-72.
- , 2005: *Reglas simples para un mundo complejo* (trad. F. CORREA SALAS). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Asociación Ius Et Veritas.
- ESCOBAR ROZAS, F., 2020: *Contratos. Fundamentos económicos, morales y legales*. Lima: Palestra.

F

- FARBER, D., 1995: «Ages of American Formalism», *Northwestern University Law Review*, 90 (1): 89-106.
- FARNSWORTH, E. A., 1992: «Contracts Is Not Dead», *Cornell Law Review*, 77 (5): 1034-1039.
- FARRELL, M. D., 1992: «El egoísmo ético», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (11): 113-179.
- FEINBERG, J., 1990: *The Moral Limits of the Criminal Law Volume 4: Harmless Wrongdoing*. Oxford: Oxford University Press.
- FEINMAN, J. M., 2000: «Relational Contract Theory in Context», *Northwestern University Law Review*, 94 (3): 737-748.
- FERGUSON, B., 2016: «The Paradox of Exploitation», *Erkenn*, 81: 951-972.
- FERREIRA RUBIO, D. M., 1984: *La buena fe. El principio general en el derecho civil*. Madrid: Montecorvo.
- FERRI, L., 2001: *La autonomía privada* (trad. L. SANCHO MENDIZÁBAL). Granada: Comares.
- FIGUEROA, M. A., 1982: «La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista», en *Andrés Bello y el Derecho*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, pp. 77-104.
- FLEW, A. (ed.), 1984: *A Dictionary of Philosophy*, 2.^a ed. rev., New York: St. Martin's. Press.
- FREEMAN, S., 2019: «Original Position», en ZALTA, E. N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/original-position/>>.
- FRIED, C., 1996: *La obligación contractual. El contrato como promesa* (trad. P. RUÍZ-TAGLE). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

———, 2007: «The Convergence of Contract and Promise», *Harvard Law Review Forum*, 120 (1): 1-9.

———, 2009: *La libertad moderna y los límites del gobierno* (trad. E. OTERO). Buenos Aires: Katz Editores.

FRIEDMAN, L. M., 2011: *Contract Law in America: A Social and Economic Case Study*. New Orleans: Quid Pro Books.

G

GABRIELLI, Enrico, 2020: *El contrato. Del tipo contractual a la operación económica* (trad. C. A. AGURTO GONZÁLES). Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.

GALBOIS-LEHALLE, D., 2020: *La notion de contrat: Esquisse d'une théorie*. Paris: LGDJ, Lextenso.

GALGANO, F., 1992: *El negocio jurídico* (trad. F. de P. BLASCO GASCÓ y L. PRATS ALBENTOSA). Valencia: Tirant lo Blanch.

GALSTON, W. A., 1993: «Cosmopolitan Altruism», en PAUL, E. F. *et al.* (eds.): *Altruism*, Cambridge: Cambridge University Press: 118-134.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1987: «La democracia y el lugar de la ley», en su *El derecho, la ley y el juez*. Madrid: Civitas: 17-62.

GARCÍA RUBIO, M. P., 2010: «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos». *ADC*, tomo LXIII, IV: 1621-1642.

GARDNER, J., 1996: «The Purity and Priority of Private Law», *The University of Toronto Law Journal*, 46 (3): 459-493.

———, 2011: «What is Tort Law for? Part 1. The Place of Corrective Justice», *Law and Philosophy*, (30): 1-50.

- , 2017: «Dagan and Dorfman on the Value of Private Law», *Columbia Law Review Online*, 117: 179-201.
- GAUTHIER, D., 1994: *La moral por acuerdo* (trad. A. BIXIO). Barcelona: Gedisa.
- , 1998: *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal* (trad. P. FRANCÉS GÓMEZ). Barcelona: Paidós.
- , 2000: *La moral por acuerdo* (trad. A. BIXIO). Barcelona: Gedisa.
- GEHLEN, A., 1993: *Antropología filosófica: del encuentro y descubrimiento del hombre por sí mismo* (trad. C. CIENFUEGOS). Barcelona: Paidós.
- GENTILI, A., 2015: «Contratto», en RICCIARDI, M. ROSSETTI, A., VELLUZZI, V. (eds), *Filosofia del diritto: norme, concetti, argomenti*. Roma: Carocci: 175-192.
- , 2019: «La scienza giuridica dei civilisti contemporanei», *Diritto e questioni pubbliche*, XIX, 1: 39-49.
- GIERKE, O. F. von, 2015: *La función social del derecho privado y otros estudios* (trad. J. M. NAVARRO DE PALENCIA). Granada: Comares.
- GILMORE, G., 1995: *The Death of Contract*, 2da. ed. Columbus: Ohio State University Press.
- GINÉS CASTELLET, N., 2016: «La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual», *InDret*, 4.
- GOETZ, C. J. y SCOTT, R. E., 1981: «Principles of Relational Contracts», *Virginia Law Review*, 67 (6): 1089-1150.
- GOLD, A. S., 2011: «A Moral Rights Theory of Private Law», *William & Mary Law Review*, (52): 1873-1931.
- GOLDBERG, J. C. P. y ZIPURSKY, B. C., 2014: «Tort Law and Responsibility», en OBERDIEK, J. (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*. Oxford: Oxford University Press: 17-37.
- GÓMEZ CALLE, E., 2018: *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters/Aranzadi.

- GÓMEZ LIGÜERRE, C., 2015: «The Death of Contract (Grant Gilmore, 1974). A propósito de alguna jurisprudencia reciente», *InDret*, 1.
- GORDLEY, J., 1991: *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford: Clarendon Press.
- , 1994: «Myths of the French Civil Code», *The American Journal of Comparative Law*, 42 (3): 459-505.
- , 2002: «The Moral Foundations of Private Law», *The American Journal of Jurisprudence*, 47 (1): 1-23.
- , 2006a: *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. Oxford: Oxford University Press.
- , 2006b: «Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances», *The American Journal of Comparative Law*, 52 (3): 513-530.
- GORDON, R. W., 1985: «Macneil, Macaulay, and the Discovery of Power and Solidarity in Contract Law», *Wisconsin Law Review*, 1985 (3): 565-579.
- GRAYLING, A. C., 2015: *El poder de las ideas: claves para entender el siglo XXI* (J. L. DELGADO PÉREZ). Madrid: Ariel.
- GRONDONA, M., 2004: «Solidarietà e contratto: Una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede» *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Año LVIII, 2: 727-744.
- , 2012: «Derecho contractual europeo, autonomía privada y poderes del juez sobre el contrato», *Revista de Derecho Privado*, (22): 135-147.
- , 2018: «El contrato, el ordenamiento jurídico y la polémica entre Emilio Betti y Giuseppe Stolfi», en ALPA, G., FUSARO, A. y GRONDONA, M., *Instituciones de derecho privado*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik: 35-75.
- GROSSI, P., 2004: «Propiedad y contrato» (trad. M. MARTÍNEZ NEIRA), en FIORAVANTI, M. (coord.), *El Estado moderno en Europa: instituciones y derecho*. Madrid: Trotta: 127-136.

GURVITCH, G., 2005: *La idea del derecho social* (trad. J. L. MONEREO PÉREZ y A. MÁRQUEZ PRIETO). Granada: Comares.

GUTMANN, T., 2013: «Some Preliminary Remarks on a Liberal Theory of Contract», *Law and Contemporary Problems*, 76 (2): 39-55.

H

HARDIN, R., 1993: «Altruism and Mutual Advantage», *Social Service Review*, 67 (3): 358-373.

HAREL, A., 2014: «Public and Private Law», en DUBBER, M. D. y HÖRNLE, T. (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press: 1040-1063.

HART, H. L. A., 1963: *El concepto de derecho* (trad. G. R. CARRIÓ). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

HATTENHAUER, H., 1987: *Conceptos fundamentales del derecho civil. Introducción histórico-dogmática* (trad. G. HERNÁNDEZ). Barcelona: Ariel.

HEDLEY, S., 2009: «Looking Outward or Looking Inward? Obligations Scholarship in the Early 21st Century», en ROBERTSON, A. y TANG, H. W. (eds.), *The Goals of Private Law*. Oxford & Portland: Hart Publishing: 193-214.

———, 2011: «Is Private Law Meaningless?», *Current Legal Problems*, 64 (1): 89-116.

———, 2013: «Courts as Public Authorities, Private Law as Instrument of Government», en BARKER, K. y JENSEN, D. (eds.), *Private Law. Key Encounters with Public Law*. Cambridge: Cambridge University Press: 89-116.

HEGEL, G. W. F., 2001: *Principios de la filosofía del derecho* (trad. J. L. VERMÁL). Buenos Aires: Sudamericana.

HESELINK, M. W., 2014: «Post-Private Law», en PURNHAGEN, K. y ROTT, P. (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation*. Berlin & London: Springer: 31-41.

- HEVIA, M., 2008: «Kronman, el derecho de los contratos y la justicia distributiva», *Isonomía*, (29): 177-191.
- , 2014: «Introducción», *Isonomía*, (41): 11-17.
- HILLMAN, R. A., 1988: «The Crisis in Modern Contract Theory», *Texas Law Review*, 67 (1): 103-136.
- , 1997: *The Richness of Contract Law. An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law*. Dordrecht: Springer.
- HINESTROSA, F., 2014: «Función, límites y cargas de la autonomía privada», *Revista de Derecho Privado*, (26): 5-39.
- , 2015: *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, Vol. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- HOBBS, T., 1992: *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, (trad. M. SÁNCHEZ). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- , 2010: *De cive. Elementos filosóficos sobre el ciudadano* (trad. C. MELLIZO). Madrid: Alianza.
- HOGG, M., 2011: *Promises and Contract Law: Comparative Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press.
- HOLMES, O. W., 2020: *The common law* (trad. F. N. BARRANCOS Y VEDIA). Granada: Comares.
- HONORÉ, T., 1999: *Responsibility and Fault*. Oxford & Portland: Hart Publishing.
- HUME, D., 1992: *Tratado de la naturaleza humana*, 2da. ed. (trad. F. DUQUE). Madrid: Tecnos.
- HURD, H., 1996: «The Moral Magic of Consent», *Legal Theory*, 2 (2): 121-146.

IHERING, R. v., 2018: *Del interés en los contratos* (trad. A. GONZÁLEZ POSADA). Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.

ISLER SOTO, E., 2019: *Derecho del consumo. Nociones fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

J

JENCKS, C., 1990: «Varieties of Altruism», en J. MANSBRIDGE (ed.), *Beyond Self-Interest*. Chicago: The University of Chicago Press: 53-67.

JEREZ DELGADO, C. (coord.), 2015: *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

JIMÉNEZ CASTRO, F., 2014: «¿Autonomía de la voluntad?», en TURNER, S. y VARAS, J. A. (coords.), *Estudios de derecho civil IX. Jornadas nacionales de derecho civil, Valdivia, 2013*. Santiago de Chile: Thomson Reuters: 379-391.

JOSSERAND, L., 2019: *Introducción al derecho civil* (trad. S. CUNCHILLOS y MANTEROLA). Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.

K

KANT, I., 1989: *La metafísica de las costumbres* (trad. A. CORTINA O. y J. CONILL S.). Madrid: Tecnos.

———, 2005: *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (trad. R. R. ARAMAYO). Madrid: Alianza.

———, 2007: *Crítica de la razón práctica* (trad. R. R. ARAMAYO). Madrid: Alianza.

———, 2009: «Respuesta a la pregunta: ¿Qué es Ilustración?», en *¿Qué es la Ilustración?* (trad. A. MAESTRE y J. ROMAGOSA). Madrid: Tecnos.

- KAPLOW, L. y SHAVELL, S., 2002: *Fairness versus Welfare*. Cambridge: Harvard University Press.
- KATZ, A. W., 2014: «Contract Theory—Who Needs It?», *The University of Chicago Law Review*, 81 (4): 2043-2076.
- KELSEN, H., 1982: *Teoría pura del derecho* (trad. R. J. VERNENGO). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- , 2007: *El Contrato y el Tratado. Analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho* (trad. E. GARCÍA MÁYNEZ). Ciudad de México: Coyoacán.
- KENNEDY, D., 1976: «Form and Substance in Private Law Adjudication», *Harvard Law Review*, 89 (8): 1685-1778.
- KESSLER, F., 1943: «Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract», *Columbia Law Review*, 43: 629-642. Citado por la traducción de P. LEPERE, «Contratos de adhesión. Algunas reflexiones sobre la libertad contractual», en LEPERE, P. (ed.), 2015: *Teoría de los contratos*. Buenos Aires: Universidad de Palermo: 184-198.
- KIMEL, D., 2018: *De la promesa al contrato: Hacia una teoría liberal del contrato* (trad. M. PARGA). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- KORTMANN, J., 2005: *Altruism in Private Law: Liability for Nonfeasance and Negotiorum Gestio*, Oxford: Oxford University Press.
- KRAUS, J. S., 2004: «Philosophy of Contract Law», en COLEMAN, J. L. y SHAPIRO, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford, Oxford University Press: 687-751.
- KREBS, D. L., 1970: «Altruism—An Examination of the Concept and a Review of the Literature», *Psychological Bulletin*, 73 (4): 258-302.
- KRONMAN, A. T., 1980: «Contract Law and Distributive Justice», *The Yale Law Journal*, 89 (472): 472-511.

L

- LARENZ, K., 1985: *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica* (trad. L. DÍEZ-PICAZO). Madrid: Civitas.
- , 2019: *Derecho civil. Parte general* (trad. M. IZQUIERDO Y MACÍAS-PIEAVEA). Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- LETELIER, V., 1957: «Los pobres», *Anales de la Universidad de Chile*, (105): 137-144.
- LÍDICE, R., 2018: *El contrato de adhesión* (trad. R. LÍDICE). Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- LÓPEZ DÍAZ, P., 2015: «El principio de equilibrio contractual en el Código Civil chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional», *Revista Chilena de Derecho Privado*, (25): 115-181.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, J., 2010: *Los contratos. Parte general*, 5ta. ed. actualizada por F. ELORRIAGA DE BONIS. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M., 2016: *El derecho civil entre tradición histórica y constitución política*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters/Aranzadi.
- LORENZETTI, R. L., 1994: «El derecho privado como protección del individuo particular», *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, (7): 54-86.
- LUCY, W., 2004: «Philosophy and Contract Law», *University of Toronto Law Journal*, 54: 75-108.
- , 2007: *Philosophy of Private Law*. Oxford: Oxford University Press.
- LUKES, S., 1975: *El individualismo* (trad. J. L. ÁLVAREZ). Barcelona: Provenza.
- , 2013: «Social Theory: An Anti-Individualist Story», *Theory and Society*, 42 (6): 653-657.

M

- MACCORMICK, N., 1986: «Reglas Sociales», *Revista de Ciencias Sociales*, (28) (trad. L. EMILFORK): 297-319.
- , 1990: «Obligaciones voluntarias», en su *Derecho legal y socialdemocracia: ensayos sobre filosofía jurídica y política* (trad. M.^a L. GONZÁLEZ SOLER). Madrid: Tecnos: 155-170.
- , 2011: *Instituciones del derecho* (trad. F. ATRIA y S. TSCHORNE). Madrid: Marcial Pons.
- MACINTYRE, A., 1976: *Historia de la ética* (trad. R. J. WALTON). Barcelona: Paidós.
- , 2004: *Tras la virtud*, 2da. ed. (trad. A. VALCÁRCEL). Barcelona: Crítica.
- MACKIE, J. L., 2000: *Ética. La invención de lo bueno y lo malo* (trad. T. FERNÁNDEZ AÚZ). Barcelona: Gedisa.
- MACNEIL, I. R., 1974: «The Many Futures of Contract», *Southwestern California Law Review*, 47: 691-816.
- , 2000: «Relational Contract Theory: Challenges and Queries», *Northwestern University Law Review*, 94 (3): 877-908.
- , 2001: «Exchange and Co-operation», en CAMPBELL, D. (ed.), *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*. London: Thomson Reuters: 89-124.
- MACPHERSON, C. B., 2005: *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke* (trad. J.-R. CAPELLA). Madrid: Trotta.
- MANTILLA ESPINOSA, F., 2011: «El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia», *Revista Chilena de Derecho Privado*, (16): 187-241.
- MARKOVITS, D., 2004: «Contract and Collaboration», *The Yale Law Journal*, 113: 1417-1518.
- MARKOVITS, D. y SCHWARTZ, A., 2019: «Plural Values in Contract Law: Theory and Implementation», *Theoretical Inquiries in Law*, 20 (2): 571-593.

- MARTÍN BERNAL, J. M., 1982: *El abuso del derecho. (Exposición, descripción y valoración del mismo)*. Madrid: Editorial Montecorvo.
- MARTINS-COSTA, J., 2005: «Reflexões sobre o principio da função social do contrato», *Revista Direito GV*, 1 (1): 41-66.
- , 2015: *A Boa-fé no Direito Privado. Critérios para a sua Aplicação*. São Paulo: Marcial Pons.
- MARTÍNEZ NAVARRO, E., 1999. *Solidaridad liberal: la propuesta de John Rawls*. Granada: Comares.
- MARX, K., 1975: *El capital. Libro I. El proceso de producción de capital* (trad. P. SCARON). Ciudad de México: Siglo Veintiuno Editores.
- , 1982: «Sobre la cuestión judía», en su *Escritos de juventud* (trad. W. ROCES). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica: 463-490.
- MAZEAUD, D., 2003: «Le nouvel ordre contractuel», *Revue des contrats*.
- MENGER, A., 1998: *El derecho civil y los pobres* (trad. A. POSADA). Granada: Comares.
- MERRYMAN, J., 1989: *Sistemas legales en América Latina y Europa. Tradición y modernidad* (trad. E. L. SUÁREZ). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- MESSINEO, F., 2007: *Doctrina general del contrato* (trad. R. O. FONTANARROSA, S. SENTÍS MELENDO y M. VOLTERRA). Lima: Ara Editores.
- MICHELON, C., 2013: «The Public, the Private, and the Law», en MAC AMHLAIGH, C., MICHELON, C. y WALKER, N. (eds.), *After Public Law*. Oxford: Oxford University Press: 83-100.
- , 2016: «The Public Nature of Private Law?», en MICHELON, C., CLUNIE, C., MCCORKINDALE, C. y PSARRAS, H. (eds.), *The Public in Law. Representations of the Political in Legal Discourse*. London & New York: Routledge: 195-204.
- , 2018: «What Has Private Law Ever Done for Justice?», *The Edinburgh Law Review*, 22 (3): 329-346.

- MILL, J. S., 2004: *Sobre la libertad* (trad. P. de AZCÁRATE). Madrid: Alianza.
- , 2007: *El utilitarismo* (trad. E. GUISÁN). Madrid: Alianza.
- MITCHELL, C., 2009: «Contracts and Contract Law: Challenging the Distinction between the 'Real' and 'Paper' Deal», *Oxford Journal of Legal Studies*, 29 (4): 675-704.
- MOMBERG URIBE, R., 2010a: «La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente», *Revista Chilena de Derecho*, 37 (1): 43-72.
- , 2010b: «Teoría de la imprevisión: la necesidad de su urgente revisión en Chile», *Revista Chilena de Derecho Privado*, (15): 29-64.
- , 2014: «El Código Civil brasileiro de 2002: nuevos principios para el derecho de contratos», *Opinión Jurídica*, 13 (26): 159-172.
- , 2015: «Análisis de los modelos de vinculación del Código Civil y la legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de protección de la parte débil en el derecho privado», *Revista Chilena de Derecho*, 43 (2): 739-758.
- MONEREO PÉREZ, J. L., 2006: «Estudio preliminar. Razones para actuar: solidaridad orgánica, anomía y cohesión social en el pensamiento de Durkheim», en Emilio DURKHEIM, *La división del trabajo social*. Madrid: Minerva: VII-LXVI.
- MOORE, G. E., 1959: *Principia Ethica* (trad. H. BATIS). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- MORIN, E., 2005: *Introducción al pensamiento complejo* (trad. M. PAKMAN). Barcelona: Gedisa.
- N**
- NAGEL, T., 1996a: *Igualdad y parcialidad. Bases éticas de la teoría política* (J. F. ÁLVAREZ ÁLVAREZ). Madrid: Paidós.

———, 1996b: *Una visión de ningún lugar* (trad. J. ISSA GONZÁLEZ). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

———, 2004: *La posibilidad del altruismo* (trad. A. DILON). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

NIEMI, M. I., 2010: «Form and Substance in Legal Reasoning: Two Conceptions», *Ratio Juris*, 23 (4): 479-492.

NINO, C. A., 2007: «Las concepciones fundamentales del liberalismo», en MAURINO, G. (ed.), *Derecho, moral y política*, II. *Fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.

NOZICK, R., 1988: *Anarquía, estado y utopía* (trad. R. TAMAYO). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

NUSSBAUM, M. C., 2007: *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión* (trad. R. VILA VERNIS y A. SANTOS MOSQUERA). Barcelona: Paidós.

O

OGUS, Anthony y VAN BOOM, W. H. (eds.), 2011: *Juxtaposing Autonomy and Paternalism in Private Law*. Oxford: Hart Publishing.

OMAN, N. B., 2016: *The Dignity of Commerce: Markets and the Moral Foundations of Contract Law*. Chicago: The University of Chicago Press.

ORDOQUI CASTILLA, G., 2011: *Buena fe en los contratos*. Madrid: Reus.

P

PAPAYANNIS, D. M., 2009: *Fundamentos económicos de la responsabilidad extracontractual*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

———, 2014: *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

- , 2016a: *El derecho privado como cuestión pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- , 2016b: «Internismo y externismo en el derecho privado», en LARIGUET, G. (comp.), *Metodología de la investigación jurídica: propuestas contemporáneas*. Córdoba: Editorial Brujas: 439-448.
- , 2018: «Prometo que cumpliré... (salvo que no me convenga hacerlo). Un análisis del incumplimiento eficiente en el derecho contractual», en PAPAYANNIS, D. M. y PEREIRA FREDES, E. (eds.), *Filosofía del derecho privado*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons: 169-195.
- PAPAYANNIS, D. M. y PEREIRA FREDES, E., 2018a: «Estudio introductorio y análisis crítico de la teoría contractual de Dori Kimel», en Dori KIMEL, *De la promesa al contrato: hacia una teoría liberal del contrato*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons: 13-50.
- , 2018b: «Introducción: sobre la filosofía del derecho privado», en PAPAYANNIS, D. M. y PEREIRA FREDES, E. (eds.), *Filosofía del derecho privado*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons: 15-42.
- PARDUN, J. T., 1998: «Good Samaritan Laws: A Global Perspective», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, 20 (3): 591-613.
- PARFIT, D., 2004: *Razones y personas* (trad. M. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ). Madrid: Antonio Machado Libros.
- PARRA LUCÁN, M. Á., 2018: *La autonomía privada en el derecho civil*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza.
- PATTI, S., 2018: «Luces y sombras en la reforma del *Schuldrecht*» (trad. C. AGURTO GONZÁLEZ y S. L. QUEQUEJANA MAMANI), en BIANCA, C. M., SIRENA, P. y PATTI, S., *Derecho privado moderno*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- PEÑA GONZÁLEZ, C, 1995: «Los desafíos actuales del paradigma del Derecho Civil», *Estudios Públicos*, 60: 327-348.

- PEÑAILILLO ARÉVALO, D., 2003: *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- , 2006: *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, 4ta. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- PEREIRA FREDES, E., 2007: «Strawson y la embestida contra el cientificismo», *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, (25): 343-359.
- , 2009: «Sobre la teoría de la imprevisión», *La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, (1): 1-20.
- , 2010b: «El contrato como promesa y su discusión contemporánea», *Artificium. Revista Iberoamericana de Estudios Culturales y Análisis Conceptual*, Ciudad de México, 1: 49-72.
- , 2012: «La teoría del derecho como posibilidad. Reflexiones sobre la naturaleza y el concepto de derecho», *Revista de Estudios de la Justicia*, (17): 83-104.
- , 2013: «Contra Dworkin. El noble sueño y la nueva pesadilla», *Revista de Derecho y Humanidades*, (22): 291-312.
- , 2014: «Acerca de la fundamentación de la obligatoriedad de los contratos: Autonomía y Derecho Privado», *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, (6): 69-135.
- , 2014: «Dos versiones sobre el fenómeno jurídico», *Revista de Estudios de la Justicia*, (21): 109-151.
- , 2015a: «Tradición analítica de la filosofía del derecho», en VERGARA CEBALLOS, F. (ed.), *Problemas Actuales de la Filosofía Jurídica*. Santiago de Chile: Librotecnia: 283-322.
- , 2015b: «Un alegato a favor de las consideraciones punitivas en el derecho privado», *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, (7): 61-78.

- , 2015c: «Revisitando a Isaiah Berlin», en FIGUEROA MUÑOZ, M. (ed.), *Liberalismo político: problemas y desarrollos contemporáneos*. Santiago de Chile: RiL Editores: 93-135.
- , 2016: *¿Por qué obligan los contratos? Justificación normativa de la obligatoriedad del vínculo contractual*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- , 2017a: «¿Filosofía del derecho privado?», en MARÍN, J. C. y SCHOPF, A. (eds.), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*. Santiago de Chile: Thomson Reuters: 193-261.
- , 2017b: «Fuerza obligatoria y función social del contrato: un estado de la cuestión en Brasil y Chile», *Latin American Legal Studies*, 1: 79-114.
- , 2018a: «Altruismo y derecho contractual», en PAPAYANNIS, D. M. y PEREIRA FREDES, E. (eds.), *Filosofía del derecho privado*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons: 139-168.
- , 2018b: «Derecho privado y pobreza», en VV.AA., *SELA 2016: El Derecho, el Medio Ambiente y las Crisis Actuales en el Capitalismo Mundial*. Buenos Aires: Librería: 126-149.
- , 2019a: «Carrió y la filosofía analítica del derecho», en SIERRA SOROCKINAS, D. (ed.), *Notas (al margen) sobre Derecho y Lenguaje*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 55-104.
- , 2019b: «Muerte del contrato», en PEREIRA FREDES, E. (ed.), *Fundamentos filosóficos del derecho civil chileno*. Santiago de Chile: Rubicón Editores: 261-306.
- , 2020a: «La buena fe y sus fundamentos normativos», *Latin American Legal Studies*, 7: 111-142.
- , 2020b: «Tres formas de mostrar el altruismo en el derecho privado», en GARCÍA AMADO, J. A. y PAPAYANNIS, D. M. (eds.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del derecho privado*. Lima: Palestra: 217-299.

- PERRY, S., 2000: «On the Relationship Between Corrective and Distributive Justice», en HORDER, J. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence Jurisprudence: Fourth Series*. Oxford: Oxford University Press: 237-263.
- PICASSO, S., 2014: «La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación», *La Ley. Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación*: 151-163. Disponible en LegalPublishing: AR/DOC/3926/2014.
- PICO ZÚÑIGA, F. y ROJAS QUIÑONEZ, S., 2013: *El solidarismo contractual. El deber de cooperación y su repercusión en la responsabilidad civil*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/Grupo Editorial Ibáñez.
- PIZARRO WILSON, C., 2004: «Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno», *Revista Chilena de Derecho*, 31 (2): 225-237.
- POSADA, A., 2018: *Teoría social y jurídica del Estado. El sindicalismo*. Granada: Comares.
- POSNER, E. A., 2005: «Contract Theory», en GOLDING, M. P. y EDMUNSON, W. A. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell: 138-147.
- POTHIER, R. J., 1993: *Tratado de las obligaciones* (M. C. DE LAS CUEVAS). Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
- PUTNAM, H., 2004: «El desplome de la dicotomía hecho / valor», en su *El desplome de la dicotomía hecho / valor y otros ensayos* (trad. F. FORNI ARGIMON). Barcelona: Paidós: 21-83.

R

- RACHELS, J. 2007: *Introducción a la filosofía moral* (trad. G. ORTÍZ MILLÁN). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

- RADIN, M. J., 2017: «The Deformation of Contract in the Information Society», *Oxford Journal of Legal Studies*, 37 (3): 505-533.
- RAND, A., 1964: *The Virtue of Selfishness: A New Concept of Egoism*. New York: Signet/New American Library.
- RAWLS, J., 1974: «Dos Conceptos de Reglas», en FOOT, P. (ed.), *Teorías sobre la ética* (trad. M. ARBOLI). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica: 210-247.
- , 1975: «Fairness to goodness», *Philosophical Review*, 84 (4): 536-554.
- , 1995: *Teoría de la justicia* (trad. M.^a D. GONZÁLEZ). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- RAZ, J., 1977: «Promises and Obligations», en HACKER, P. M. S. y RAZ, J. (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press: 210-228.
- , 1982: «Promises in Morality and Law», *Harvard Law Review*, 95 (4): 916-938.
- , 1985: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. (trad. R. TAMAYO Y SALMORÁN). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- , 1986: *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*. (trad. R. TAMAYO Y SALMORÁN). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- , 1986: *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press.
- , 1991: *Razón práctica y normas* (trad. J. RUIZ MANERO). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- , 2001: «La cuestión de la naturaleza del derecho», en su *La ética en el ámbito público* (trad. M. L. MELO). Barcelona: Gedisa: 211-257.
- REALE, M., 2003: «O processo de Reforma do Código Civil», en: http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/07a11_04_03/1miguel_reale1.htm. Fecha de última consulta: 4 de julio de 2020.

- REBOLLEDO VARELA, Á. L., 2002: «Concepto y caracteres», en REBOLLEDO VARELA, Á. L. (coord.), *Tratado de servidumbres*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi: 65-77.
- RENGIFO GARDEAZÁBAL, M., 2016: *La formación del contrato*. Bogotá: Temis.
- RENNER, K., 1949: *The Institutions of Private Law and their Social Functions* (trad. A. SCHWARZSCHILD). Londres y Boston: Routledge & Kegan Paul.
- RIBAS, J. M.^a, 2016: *De la donación al contrato*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- RIVERA LÓPEZ, E., 2001: «Deberes negativos y positivos: ¿hace el resultado la diferencia? Nota crítica sobre un argumento de Osvaldo Guariglia», *Revista Latinoamericana de Filosofía*, 27 (1): 163-169.
- RODOTÀ, S., 1986: *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada* (trad. L. DÍEZ-PICAZO). Madrid: Civitas.
- ROPPA, V., 2009: *El contrato* (trad. E. ARIANO DEHO). Lima: Gaceta Jurídica.
- RORTY, R., 1991: *Contingencia, ironía y solidaridad* (trad. A. E. SINNOT). Barcelona: Paidós.
- ROSENKRANTZ, C. F., 1992: «El valor de la autonomía», en VV. AA., *La autonomía personal, Cuadernos y debates*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- , 1996: «La riqueza no es un valor: Algunas reflexiones acerca de Dworkin y el análisis económico del derecho», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 1 (1): 93-106.
- , 2003: «La pobreza, la ley y la Constitución», en VV. AA., *SELA 2002: El derecho como objeto e instrumento de transformación*. Buenos Aires: Editores del Puerto: 241-257.
- ROSS, A., 1994: *Sobre el derecho y la justicia* (trad. G. R. CARRIÓ), 5ta. ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- ROUSSEAU, J. J., 2007: *El contrato social o principios de derecho político* (trad. M. J. VILLAVARDE). Madrid: Tecnos.

RUSHTON, J. P., 1982: «Altruism and Society: A Social Learning Perspective», *Ethics*, 92 (3): 425-446.

RYAN, A., 1988: «Hobbes and Individualism», en ROGERS, G. A. J. y RYAN, A. (eds.), *Perspectives on Thomas Hobbes*. Oxford: Clarendon Press: 81-105.

S

SALVIOLI, G., 2019: *El derecho civil y el proletariado* (trad. R. OYUELOS). Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.

SAN MARTÍN DEVOTO, D., 2020: *Las servidumbres*. Santiago de Chile: Editorial Libromar.

SAPRAI, P., 2019: *Contract Law Without Foundations. Toward a Republican Theory of Contract Law*. Oxford: Oxford University Press.

SCANLON, T., 2003: *Lo que nos debemos unos a otros. ¿Qué significa ser moral?* (trad. E. WEIKERT GARCÍA). Barcelona: Paidós.

SCHAPP, J., 1998: *Derecho civil y filosofía del derecho. La Libertad en el derecho* (trad. L. VILLAR). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SCHMIDTZ, D., 1993: «Reasons for Altruism», en PAUL, E. F. *et al.* (eds.): *Altruism*. Cambridge: Cambridge University Press.

SCHNEEWIND, J. B., 2009: *La invención de la autonomía. Una historia de la filosofía moral moderna* (trad. J. H. RUIZ). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

SCHULZE, R., 2019: *Ciencia jurídica y unificación del derecho privado europeo* (trad. A. SÁNCHEZ RAMÍREZ). Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.

SCHWARTZ, A. y SCOTT, R. E., 2003: «Contract Theory and the Limits of Contract Law», *The Yale Law Journal*, 113 (3): 541-619. Citado por la traducción de T. SÁNCHEZ, «Teoría y límites del derecho contractual», en LEPERE, P. (ed.), 2015: *Teoría de los contratos*. Buenos Aires: Universidad de Palermo: 35-115.

- SCOTT, R. E., 2004: «The Death of Contract Law», *The University of Toronto Law Journal*, 54 (4): 369-390.
- SEARLE, J. R. 2005: «What is an Institution?». *Journal of Institutional Economics*, 1: 1-22.
- , 1997: *La construcción de la realidad social* (trad. A. DOMÈNECH). Barcelona: Paidós.
- SELLARS, W., 1968: *Science and Metaphysics. Variations on Kantian Themes*. London: Routledge & Kegan Paul.
- SEN, A., 1997: *Inequality Reexamined*. Nueva York, Estados Unidos: Russell Sage Foundation/Harvard University Press.
- SERRANO DE NICOLÁS, Á., 2017: *Teoría general del contrato*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- SHAPIRO, S. C., 2014: *Legalidad* (trad. D. M. PAPAYANNIS y L. RAMÍREZ LUDEÑA). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- SHARP, F. C., 1934: «The Ethics of Breach of Contract», *International Journal of Ethics*, 45 (1): 27-53.
- SHAVELL, S., 2005: «Is Breach of Contract Immoral?», *Harvard Law and Economics Discussion*, Paper N° 531: 1-28.
- , 2016: *Fundamentos del análisis económico del derecho* (trad. Y. G. FRANCO). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- SHEINMAN, H., 2011: «Introduction: Promises and Agreements», en SHEINMAN, H. (ed.), *Promises and Agreements. Philosophical Essays*. Oxford: Oxford University Press.
- SHIFFRIN, S. V., 2012: «Is a Contract a Promise?», en MARMOR, A. (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. Nueva York y Londres: Routledge: 241-257.
- SIDGWICK, H., 1981: *The Methods of Ethics*, 7th ed. Indianapolis: Hackett Publishing Company.
- SILVA, J. C. F., 2020: *Antidiscriminação e Contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

- SMART, J. C. C., 1974: «Utilitarismo extremo y restringido», en FOOT, P. (ed.), *Teorías sobre la ética* (trad. M. ARBOLI). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica: 248-265.
- SMITH, S. A., 2004: *Contract Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- , 2011: «The Normativity of Private Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, 31 (2): 215-242.
- SOLARI, G., 1946: *Filosofía del derecho privado. I. La idea individual* (trad. O. CALETTI). Buenos Aires: De Palma.
- , 1950: *Filosofía del derecho privado. II. La idea social* (trad. O. CALETTI). Buenos Aires: De Palma.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, M., 2010: «Algunas consideraciones sobre el principio de la Autonomía de la Voluntad», en TAPIA, M. y FIGUEROA, G. (eds.), *Doctrina civil chilena en el bicentenario 1810-2010*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile: 107-118.
- SORO RUSSELL, O., 2016: *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*. Madrid: Reus.
- SPECTOR, H., 2018: «Argumentos justificativos del derecho laboral», en PAPAYANNIS, D. M. y PEREIRA FREDES, E. (eds.), *Filosofía del derecho privado*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons: 199-214.
- SPEIDEL, R. E., 2000: «The Characteristics and Challenges of Relational Contracts», *Northwestern University Law Review*, 94 (3): 823-846.
- STEEL, S., 2013: «Private Law and Justice», *Oxford Journal of Legal Studies*, 33 (3): 621-628.
- STEIN, P. G., 2001: *El derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica* (trad. C. HORNERO MÉNDEZ y A. ROMANOS RODRÍGUEZ). Madrid: Siglo XXI.
- STOLFI, G., 1959: *Teoría del negocio jurídico* (trad. J. SANTOS BRIZ). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

STRAWSON, P. F., 1997: «La filosofía analítica: dos analogías», en su *Análisis y metafísica* (trad. N. GUASCH GUASCH). Barcelona: Paidós: 43-60.

SUCHMAN, M. C., 2003: «The Contract as Social Artifact», *Law & Society Review*, 37 (1): 91-142.

SUMMERS, R. S., 2006: *Form and Function in a Legal System: A General Study*. Cambridge: Cambridge University Press.

———, 2020: *Las razones sustantivas y la interpretación del derecho en el common law* (trad. G. VILLA ROSAS). Lima: Palestra.

T

TAPIA RODRÍGUEZ, M., 2008: «Conmemoración del sesquicentenario del *Código Civil* de Andrés Bello: un análisis de las razones de su celebridad», *Revista Chilena de Historia del Derecho*, (20): 237-248.

TARELLO, G., 2002: «Ideologías del siglo XVIII sobre la codificación y estructura de los códigos», en su *Cultura Jurídica y Política del Derecho* (trad. J. L. MONEREO PÉREZ). Granada: Comares: 43-64.

TAYLOR, C., 2015: *La era secular* (trad. R. GARCÍA PÉREZ), Tomo II. Barcelona: Gedisa.

TEDESCHI, S. E., 2009: «El Waterloo del Código Civil napoleónico. Una mirada crítica a los fundamentos del derecho privado moderno para la construcción de sus nuevos principios generales», en COURTIS, C. (comp.), *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*, 2da. ed. Buenos Aires: Eudeba: 211-233.

TESTY, K. Y., 1995: «An Unlikely Resurrection», *Northwestern University Law Review*, 90 (1): 219-235.

THAGARD, P. R., 1978: «The Best Explanation: Criteria for Theory Choice», *The Journal of Philosophy*, 75 (2): 76-92.

THIBAUD, P., 2003: «L'autre et le Prochain: Commentaire de la Parabole du bon Samaritain». *Esprit*, N° 295 (6): 13-24.

TOMÁS DE AQUINO, 2001: *Suma de teología*, tomos III, II-II (a), Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España (dir.). Madrid: BAC.

TOULMIN, S., 2001: *Cosmópolis. El trastorno de la modernidad* (trad. B. MORENO CARRILLO). Barcelona: Península.

TREBILCOCK, M. J., 1993: *The Limits of Freedom of Contract*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.

TRUCHERO CUEVAS, J., 2008: «Rorty y la solidaridad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, (25): 385-406.

TUHR, A. v., 2007: *Tratado de las obligaciones* (trad. W. ROCES). Granada: Comares.

U

UNDERKUFFLER, L. S., 2003: *The Idea of Property: Its Meaning and Power*. Oxford: Oxford University Press.

V

VARONA GÓMEZ, D., 2005: *Derecho penal y solidaridad. Teoría y práctica del mandato penal de socorro*. Madrid: Dykinson.

VEITCH, K., 2011: «Social Solidarity and the Power of Contract», *Journal of Law and Society*, 38 (2): 189-214.

VELLUZZI, V., 2012: «Introduzione», en VELLUZZI, V. (ed.), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*. Pisa: Edizioni ETS: 11-17.

———, 2017: *Las cláusulas generales. Semántica y política del derecho* (trad. C. E. MORENO MORE). Puno: Zela.

VIAL DEL RÍO, Víctor, 2003: *Teoría general del acto jurídico*, 5ta. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

VIDAL OLIVARES, Á., 2000: «La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXI: 209-227.

VODANOVIC HAKLICKA, A., 2019: *Tratado de derecho civil. Fuentes de las obligaciones. Parte general*, tomo I, 2da. ed. actualizada. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.

von WRIGHT, G. H. (2010). *La diversidad de lo bueno* (trad. D. GONZÁLEZ LAGIER y V. ROCA). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

VROUSALIS, N., 2018: «Exploitation: A Primer», *Philosophy Compass*, 13: 1-14.

W

WALD, A., 2010a: «El derecho brasileño y el Código Civil de 2002», en MARTINIC, M. D. y TAPIA, M. (dirs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación*, tomo II, 2da. ed. Santiago de Chile: Legal Publishing: 1023-1034.

———, 2010b: «El nuevo Código Civil brasileño y el solidarismo contractual», en MARTINIC, M. D. y TAPIA, M. (dirs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación*, tomo I, 2da. ed. Santiago de Chile: Legal Publishing: 571-610.

WALDRON, J., 2010: «Property Law», en PATTERSON, D. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2nd ed. Oxford: Wiley-Blackwell: 9-28.

WEBER, M., 1964: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, 2da. ed. (trad. J. MEDINA ECHAVARRÍA, J. ROURA PARELLA, E. ÍMAZ, E. GARCÍA MAYNEZ, J. FERRATER MORA). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

WEINRIB, E. J., 1980: «Utilitarianism, Economics, and Legal Theory», *The University of Toronto Law Journal*, 30 (3): 307-332.

- , 1988: «Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law», *The Yale Law Journal*, 97 (6): 949-1016.
- , 2002: «Corrective Justice in a Nutshell», *The University of Toronto Law Journal*, 52 (4): 349-356.
- , 2003: «Poverty and Property in Kant's System of Rights», *Notre Dame Law Review*, 78 (3): 795-828.
- , 2008: “The Normative Structure of Unjust Enrichment”, en RICKETT, C. y GRANTHAM, R. (eds.), *Structure and Justification in Private Law. Essays for Peter Birks*. Oxford & Portland: Hart Publishing: 21-45.
- , 2010: «Legal Formalism», en PATTERSON, D. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2nd. ed. Oxford: Blackwell: 327-338.
- , 2011: «Private Law and Public Right», *University of Toronto Law Journal*, 61 (2): 191-211.
- , 2012: *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- , 2017: *La idea de derecho privado* (trad. E. PAEZ). Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- WHEELER, S., 2017: «Visions of Contract», *Journal of Law and Society*, 44 (1): 74-92.
- WIEACKER, F., 1982: *El principio general de la buena fe* (trad. J. L. CARRO). Madrid: Civitas.
- , 2002: *Historia del derecho privado de la edad moderna* (trad. F. FERNÁNDEZ JARDÓN). Granada: Comares.
- WILHELMSSON, T., 2010: *Critical Studies in Private Law*. Dordrecht: Kluwer.
- WILLIAMS, B., 1973: *Problems of the Self. Philosophical Papers, 1956-1972*. Cambridge: Cambridge University Press.
- , 1998: *Introducción a la ética*, 4ta. ed. (trad. M. JIMÉNEZ REDONDO). Madrid: Cátedra.
- , 2016: *La ética y los límites de la filosofía* (trad. S. ROSELL). Madrid: Cátedra.

WITTGENSTEIN, L., 2002: *Investigaciones filosóficas*, 2ª ed. (trad. A. GARCÍA y U. MOULINES). Barcelona: Crítica.

WOLFE, A., 1998: «What Is Altruism?», en POWELL, W. W. y CLEMENS, E. S. (eds.), *Private Action and the Public Good*. New Haven: Yale University Press: 36-46.

Z

ZAYAT, D., 2012: «Los pobres en el nuevo Código Civil», *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 13: 1-11.

ZIMMERMANN, R. y WHITTAKER, S., 2000: *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

ZIPURSKY, B. C., 2004: «Philosophy of Private Law», en COLEMAN, J. L. y SHAPIRO, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press: 623-655.

ZWOLINSKI, M. y WERTHEIMER, A., 2017: «Exploitation», en ZALTA, E. N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/exploitation/>.

NORMAS CITADAS

Códigos Civiles:

Código Civil de Bolivia [1975].

Código Civil de Brasil [1916 y 2002].

Código Civil de Chile [1855].

Código Civil de Colombia [1887].

Código Civil de España [1889].

Código Civil de Francia [1804].

Código Civil de Italia [1942].

Código Civil de Perú [1984].

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina [2014].

Constituciones Políticas:

Constitución Federal de Brasil [1988].

Constitución Política de Colombia [1991].

Normativa Especial:

Ley N° 19.496 de 1997, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores de Chile.

Ley N° 13.874 de 2019, “Ley de Libertad Económica” de Brasil.

Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios de España, Real Decreto Legislativo 1/2007 – reformada en 2014.

Restatement (Second) of the Law of Contracts.

Textos de Armonización:

Borrador del Marco Común de Referencia [DCFR].

Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

Principios de Derecho Europeo de los Contratos [PECL].

Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos [PLDC].

Principios Unidroit.

JURISPRUDENCIA CITADA

Brasil:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *Caixa Econômica Federal–CEF con Antônio Osmar Teles Monteiro y otros*, 11 de noviembre de 2008, REsp N° 468062/CE (recurso especial), en www.stj.jus.br/SCON/.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *BBV Leasing Brasil S/A Arrendamento Mercantil con Mauro Eduardo de Almeida Silva*, 4 de agosto de 2011, REsp N° 1.051.270/RS (recurso especial), en www.stj.jus.br/SCON/.

Chile:

CORTE SUPREMA, *Inversiones Coihue S.A. con Edwards Braun Jacqueline*, 10 de marzo de 2008, Rol N° 2979-2006. *Westlaw*: CL/JUR/7280/2008.

CORTE SUPREMA, *Servicio Nacional del Consumidor con Ministros de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt*, 14 de mayo de 2020, Rol N° 25068-2019. *Westlaw*: CL/JUR/30813/2020.

CORTE SUPREMA, *Comercializadora Trade Logic Ltda. con Empresa Kraff Foods Chile*, 21 de junio de 2011, Rol N° 4260-2011. *Westlaw*: CL/JUR/10079/2011

CORTE SUPREMA, *Sociedad Comercial Timbres e Impresos Adimel Limitada con Banco Itaú Chile*, 13 de diciembre de 2018, Rol N° 45515-2017. *Westlaw*: CL/JUR/6895/2018.

CORTE SUPREMA, *Glide Diversiones Limitada con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A.*, 19 de mayo de 2008, Rol N° 1287-2008. *Westlaw*: CL/JUR/5837/2008.

CORTE SUPREMA, *Drago Domancic Dragicevic con Lorenzo Bauzá Álvarez*, 5 de enero de 2016, Rol 9475-2014. *Westlaw*: CL/JUR/71/2016.

CORTE SUPREMA, *Gaete Gaete Luis con ORPI S.A.*, 26 de agosto de 2014, Rol 12037-2013. *Westlaw*: CL/JUR/5895/2014

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, *Glide Diversiones Limitada con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A.*, 29 de noviembre de 2007, Rol N° 3073-2003. *Westlaw*: CL/JUR/3963/2007.

CORTE SUPREMA, *Edith Cerón Pérez con Foto Stereo S.A.*, 13 de octubre de 2014, Rol 1821-2014. *Westlaw*: CL/JUR/7281/2014.

España:

TRIBUNAL SUPREMO, 30 de junio de 2014, sentencia N° 333/2014.

TRIBUNAL SUPREMO, 12 de julio de 2002, sentencia N° 718/2002.