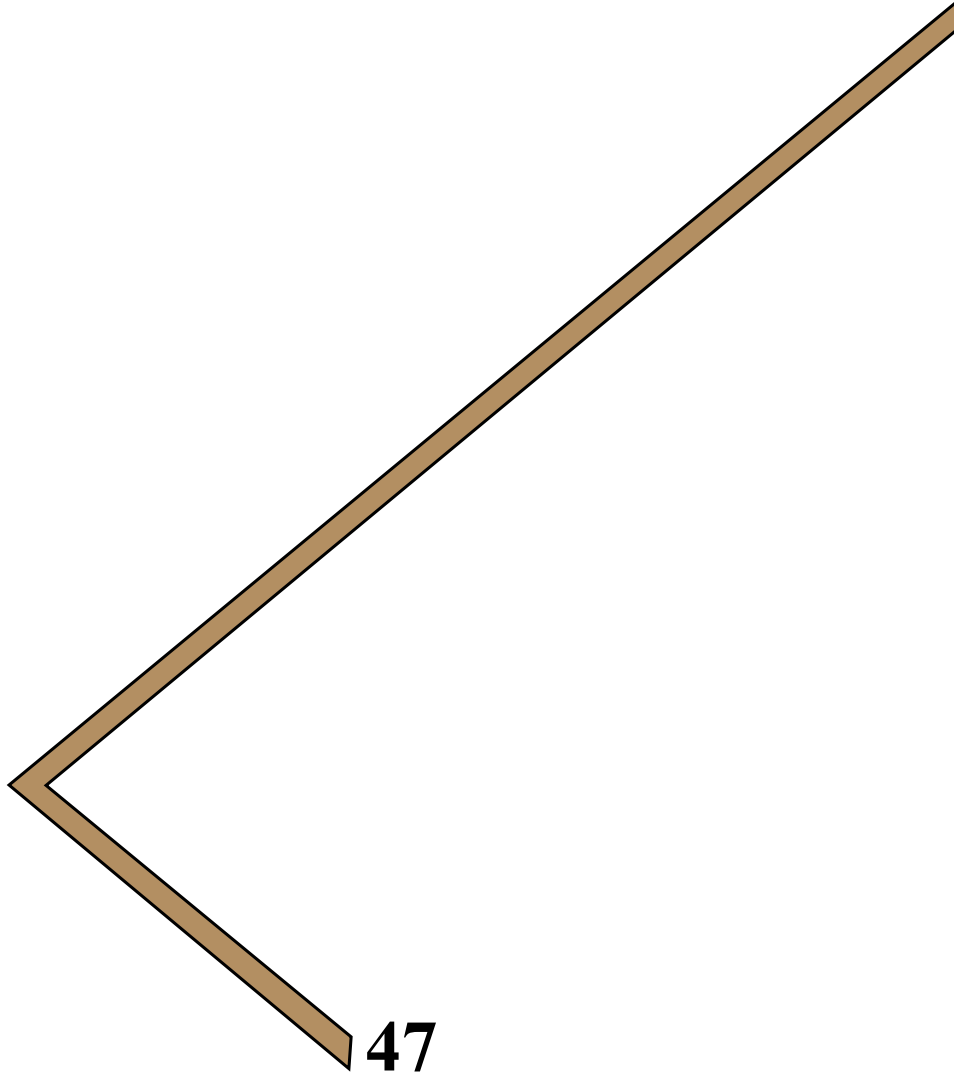


D

O

X

A



47

D

O

X

A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

<https://doxa.ua.es>

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho es una publicación de carácter anual que, desde 1984, trata de servir como vehículo de comunicación e intercambio entre los filósofos del Derecho latinoamericanos y los de Europa latina.

Esta edición de *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* ha contado con una ayuda económica del Vicerrectorado de Investigación y Transferencia del Conocimiento de la Universidad de Alicante.



Universitat d'Alacant
03690 Sant Vicent del Raspeig
Web Doxa: <https://doxa.ua.es>
Web Revistas UA: <https://revistes.ua.es>
Teléfono: 965 903 480

© los autores, 2023
© de esta edición: Universitat d'Alacant

ISSN: 0214-8676
e-ISSN: 2386-4702
Depósito legal: M-27.661-1989

Diseño de cubierta: María Chana
Composición: Marten Kwinkelenberg

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho ha sido reconocida con el Sello de Calidad de la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT) y está recogida e indexada en CARHUS PLUS+, Dialnet, InDICEs-CSIC, DOAJ, ESCI (*Web of Science*), Google Scholar, Latindex, MIAR, Dimensions, CIRC, Periodical Index Online (PIO), REDIB, Scopus y Scimago Journal & Country Rank (SJR).

Scopus[®]



Los contenidos están bajo una licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional. Esta licencia permite que los contenidos de los artículos de *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* se puedan copiar y redistribuir en cualquier medio y formato, así como su adaptación (remezclando, transformando o construyendo a partir del material) para cualquier propósito, incluso para un uso comercial. En cualquier caso, el usuario que utilice sus contenidos debe citar de forma adecuada, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. Los términos de la licencia se encuentran disponibles en: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>

Departamento de Filosofía
del Derecho
Universidad de
Alicante

Alicante, 2023

ÍNDICE

Artículos

- José Juan Moreso
Bruno Celano, *sine quo non* 13
Bruno Celano, sine quo non
- Alfonso Ruiz Miguel
El Rousseau de Norberto Bobbio 19
Bobbio's Rousseau
- Pablo Bonorino
¿Existen los argumentos visuales? Sobre el uso de fotografías en la argumentación jurídica 45
Are there Visual Arguments? On the use of Photographs in Legal Argumentation
- Pedro Caballero Elbersci
Metateoría pragmatista para una teoría de las normas jurídicas 73
Pragmatist Metatheory for a Theory of Legal Norms
- Roberta Simões Nascimento
El argumento de la intención del legislador: usos y propuesta normativa 105
The Legislator's Intent Argument: use and Normative Purpose
- Isabel Victoria Lucena Cid
La constitución ontológica de la realidad virtual 135
The Ontological Constitution of Virtual Reality
- Santiago Truccone-Borgogno
La dimensión temporal de la justicia compensatoria: Sobre la reparación de injusticias históricas 163
The Temporal Dimension of Compensatory Justice: Redressing Historical Injustices

Humberto Luis Cuno Cruz
**Razón (teórica y práctica), racionalidad y razonabilidad.
De sus límites, semejanzas y diferencias** 183
*Reason (Theoretical And Practical), Rationality and Reasonableness.
On Limits, Similarities and Differences*

Pablo Gres Chávez
Dialéctica y Derecho: apuntes para una teoría jurídica crítica 221
Dialectics and Law: Notes toward a Critical Legal Theory

Diego M. Papayannis
**No tan distintos: el derecho privado redistributivo frente al mito de
la superioridad del derecho público. Parte II** 253
*Not so Different: Redistributive Private Law versus the Myth of the
Superiority of Public Law. Part II*

Juan Manuel Pérez Bermejo
**La interpretación histórica o subjetiva del derecho: una historia de
pervivencia práctica y problemas teóricos** 283
*On Historical or Subjective Interpretation of Law: a Story of Survival and
Theoretical Debts*

Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz
El principio de publicidad y la publicidad de los principios 313
The Principle of Publicity and the Publicity of Principles

Silvina Alvarez Medina
La sexualidad y el concepto de consentimiento sexual. 349
Sexuality and the Concept of Sexual Consent

Sobre la proporcionalidad

Horacio Spector
Proporcionalidad constitucional y el teorema Alchourrón-Makinson . . . 383
Constitutional Proportionality and the Alchourrón-Makinson Theorem

Horacio Spector y otros	
Sobre el principio de proporcionalidad. Una discusión con Horacio Spector	403
<i>On the Principle of Proportionality. A Discussion with Horacio Spector</i>	

Notas

María Cristina Redondo	
Sobre el positivismo jurídico interno. Algunas respuestas	429
<i>On Internal Legal Positivism. Some Responses</i>	

Yohan Molina	
Un dilema para el enfoque de Rodríguez-Blanco del seguimiento intencional de reglas	469
<i>A Dilemma for Rodriguez-Blanco's Approach to Intentional Rule-Following</i>	

Sobre la «Filosofía del Derecho»

Rafael Ramis Barceló	
La noción de «filosofía del derecho» desde la historia conceptual	485
<i>The Notion of «Philosophy of Law» from the Conceptual History</i>	

Manuel Atienza	
Un comentario a Ramis Barceló	503
<i>A comment to Ramis Barceló</i>	

Jesús Vega	
El nacimiento de la Filosofía del Derecho y sus problemas	509
<i>The Birth of the Philosophy of Law and its Problems</i>	

Rafael Ramis Barceló	
¿Por qué ciertos juristas quieren ser filósofos?	547
<i>Why do Certain Jurists Want to be Philosophers?</i>	

Entrevista

Manuel Atienza	
Entrevista a Paolo Comanducci	571
<i>Interview to Paolo Comanducci</i>	

No tan distintos: el derecho privado redistributivo frente al mito de la superioridad del derecho público. Parte II

Not so Different: Redistributive Private Law versus the Myth of the Superiority of Public Law. Part II

Diego M. Papayannis*

*Look into your book of rules
and tell me what you see
Am I all that different?
Are you just the same as me?*

Luca Prodan, 1987

Autor:

Diego M. Papayannis
Universidad de Girona, España
diegomartin.papayannis@udg.edu
<https://orcid.org/0000-0002-0857-0580>

Recibido: 30/8/2022

Aceptado: 14/10/2022

Citar como:

Papayannis, Diego M. (2023). No tan distintos: el derecho privado redistributivo frente al mito de la superioridad del derecho público. Parte II. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 253-281. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.10>

Licencia:

Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).



© 2023 Diego M. Papayannis

Resumen

Este trabajo es una defensa de las competencias del derecho privado para contribuir en la redistribución del ingreso. En particular, se centra en la crítica de arbitrariedad. Las posiciones más tradicionales acusan al derecho privado redistributivo de ser arbitrario en, al menos, dos sentidos. Primero, el derecho privado redistributivo es *ilegítimo*, ya que traslada a los particulares una carga que es esencialmente colectiva. Segundo, estas normas llevan a resultados distributivos *aleatorios*. Argumentaré que la crítica de ilegitimidad descansa sobre una concepción equivocada del derecho privado, como distributivamente neutral y ajeno a las políticas públicas, y una noción muy cuestionable de lo que cuenta como una «respuesta colectiva» a un problema social. A su turno, respecto de la aleatoriedad, mostraré que toda objeción que pueda presentarse contra la arbitrariedad distributiva del derecho

* Profesor Serra Hünter de filosofía del derecho, Investigador de la Cátedra de Cultura Jurídica, Universidad de Girona, y miembro Senior del Barcelona Institute of Analytic Philosophy (BIAP). Con apoyo de los proyectos PID2020-114765GB-I00 y CEX2021-001169-M, financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MCIN, España). Agradezco los comentarios de Hugo Acciarri, Carolina Fernández Blanco, Esteban Pereira Fredes, Lorena Ramírez Ludeña, Henry M. Reyes Garcés y Alexander Vargas Tinoco a un borrador previo de este trabajo.

privado es aplicable con igual fuerza al derecho tributario y el gasto público. Por lo tanto, si ambos instrumentos comparten los mismos defectos, entonces, ¿por qué sería el derecho tributario y el gasto público siempre mejor para redistribuir recursos? Más sensato es reconocer que la tarea redistributiva debe ser llevada a cabo mediante una combinación de reglas de derecho público y de derecho privado, aprovechando sus fortalezas relativas, y evitando sus debilidades, en diferentes contextos.

Palabras clave: derecho privado; justicia distributiva; redistribución del ingreso; ilegitimidad; aleatoriedad.

Abstract

This paper offers a defense of the ability of private law to contribute to the redistribution of income. In particular, it focuses on the criticism of arbitrariness. The most traditional views criticize redistributive private law as being arbitrary in at least two senses. First, such views claim that redistributive private law is *illegitimate*, since it places on individuals a burden that is essentially collective. Second, the views state that these norms lead to *random* distributive outcomes. I will argue that the illegitimacy objection rests on a misconception of private law as distributionally neutral and unrelated to public policy, and a highly questionable notion of what counts as a ‘collective response’ to a social problem. Regarding randomness, I will demonstrate that any objection that can be raised against the distributive arbitrariness of private law is applicable with equal force to tax law and public spending. Then, if both instruments share the same flaws, why would tax law and public spending always be better at redistributing? It would be more sensible to acknowledge that the redistributive task should be carried out through a combination of public law and private law rules, leveraging their relative strengths and avoiding their weaknesses, in different contexts.

Keywords: Private Law; Distributive Justice; Income Redistribution; Illegitimacy; Randomness.

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo forma parte de un trabajo más amplio en el que intento mostrar que el derecho privado no está en particular desventaja respecto del derecho público para implementar políticas redistributivas. La tesis que se sostiene es que el derecho privado puede contribuir de modo significativo en la redistribución del ingreso. Esta tesis es modesta, en cierto sentido, ya que no afirma que el derecho privado sea superior –ni siquiera equivalente– al derecho público como mecanismo general de redistribución. Aboga más por el reconocimiento de lo que el derecho privado *puede aportar* en este ámbito. Las implicaciones de esta tesis, sin embargo, no son para nada triviales, ni modestas. Si el derecho privado tiene esa capacidad, entonces, es una herramienta más con la que se cuenta en el diseño de políticas públicas redistributivas y, por ello, el legislador está racionalmente compelido a considerarla. La idea de que todo lo relativo a la justicia distributiva pertenece exclusivamente a la esfera del derecho público –y lo redistributivo, en particular, al derecho tributario y al gasto público– debe ser abandonada.

En efecto, el creciente debate sobre las funciones del derecho privado evidencia que sus distintas áreas pueden perseguir, con mayor o menor éxito según el caso, una

multiplicidad de propósitos¹. Asimismo, la sociedad tiene un fuerte interés en fiscalizar el contenido del derecho privado, ya que este puede causar graves problemas distributivos y de igualdad, pero también puede prevenirlos. Una buena política pública adopta una perspectiva desprejuiciada al respecto y se vale de todos los instrumentos a su alcance, aprovechando al máximo las virtudes de cada rama del derecho (sea público o privado) para el logro de los objetivos sociales planteados.

Estas ideas contrastan fuertemente con la tradición *iusprivatista* que, con pocas excepciones, no escatima esfuerzos al enfatizar que el derecho privado es incapaz de redistribuir el ingreso sin incurrir en costes sociales inadmisibles. Concretamente, se ha afirmado que las normas de derecho privado redistributivo son ineficaces, en tanto fracasan en su aspiración de beneficiar a los sectores a quienes se pretende favorecer, e incluso que en muchos casos son contraproducentes, pues empeoran la posición de los grupos desaventajados. De igual forma, se ha señalado con vehemencia que el derecho privado genera grandes ineficiencias cuando se inmiscuye con ostensible torpeza en labores redistributivas, propias del derecho público. Por último, se ha dicho que los efectos de la redistribución del derecho privado son arbitrarios, *ergo*, distributivamente injustificables. En suma, según la posición tradicional, el derecho privado redistributivo tendría una tasa de éxito muy limitada, en cualquier caso a un coste económico excesivo y siempre mediante normas de dudosa moralidad, en la medida en que sus resultados distributivos no pueden ser justificados con los mismos principios que rigen la tributación justa y, por lo tanto, la distribución equitativa de las cargas y los beneficios de la cooperación social.

En la Parte I de este trabajo, ofrecí una respuesta a las objeciones de ineficacia e ineficiencia (Papayannis, 2022a). Procuré mostrar que el derecho privado no es particularmente ineficaz o ineficiente en comparación con el derecho público (que debe lidiar con sus propias fuentes de ineficacia e ineficiencia) y, además, que en algunos casos podría tener un rendimiento redistributivo superior. En el presente escrito, completaré el argumento brindando una respuesta a la crítica de arbitrariedad.

Las posiciones más conservadoras acusan al derecho privado redistributivo de ser arbitrario en, al menos, dos sentidos. En primer lugar, el derecho privado redistributivo es *ilegítimo*, ya que traslada a los particulares una carga que es esencialmente colectiva. No son los particulares quienes deben garantizar que sus conciudadanos gocen de un mínimo de recursos para llevar adelante su vida, sino el Estado. En segundo lugar, estas normas llevan a resultados distributivos *aleatorios*: no logran que participen en la redistribución todos los agentes relevantes, ni del lado de los aportantes, ni del lado de los beneficiarios; solo participan de la redistribución quienes tienen la *buena o mala* fortuna de verse involucrados en una interacción (como un contrato o un accidente), siempre que satisfagan las condiciones en las que sería apropiado realizar un ajuste

1. Este debate es especialmente álgido y nutrido de argumentos en la teoría de la responsabilidad civil. Véase Papayannis, 2022b.

distributivo entre las partes. Adicionalmente, el derecho privado redistributivo no puede evitar que se tome de los obligados más o menos de lo que deben aportar, ni que los beneficiarios reciban más o menos de lo que les corresponde percibir, según el criterio de justicia distributiva colectivamente acordado. A fin de cuentas, el derecho privado redistributivo no solo es ilegítimo sino que impacta aleatoriamente sobre los miembros de la comunidad. En conjunto, estas normas son moralmente inadmisibles. Por ello, el derecho privado debería regular las relaciones entre particulares con independencia de que las condiciones sociales en las cuales se desenvuelven e interactúan sean justas. Si estas condiciones fuesen injustas, incumbe al derecho público, no al derecho privado, subsanar la injusticia de fondo. Esta es la posición tradicional que intentaré rebatir aquí.

En lo que sigue argumentaré que el derecho privado no excede sus competencias institucionales cuando se implica en tareas redistributivas, ni sus resultados son particularmente aleatorios. En la sección 2, reconstruiré la objeción de arbitrariedad con más detalle. Luego, en la sección 3, disiparé las dudas sobre la legitimidad del derecho privado para involucrarse en la redistribución del ingreso. Para completar el argumento, en la sección 4, expondré las razones por las cuales el derecho público no está en mejores condiciones para superar los problemas de aleatoriedad. En esta sección pretendo llamar la atención sobre el hecho de que tampoco podrían justificarse los resultados del derecho público si evaluásemos su desempeño redistributivo con la misma vara que se utiliza para juzgar al derecho privado. Concluyo el trabajo con una reflexión general sobre la manera en que la doctrina tradicional ha negado el carácter público del derecho privado, lo que nos ha impedido apreciar hasta qué punto este es un instrumento más a disposición de las políticas públicas, incluyendo las políticas redistributivas.

2. LA CRÍTICA DE ARBITRARIEDAD

Una buena presentación de la crítica de arbitrariedad puede encontrarse en el análisis de Charles Fried de las normas que permiten anular o revisar los términos de un contrato abusivo o lesivo. Pensemos en dos supuestos que discute Fried (2015, pp. 103-104).

Caso 1: un comerciante de electrodomésticos situado en un barrio pobre descubre que la única manera económicamente rentable de otorgar crédito a sus clientes es cobrando una tasa de interés alta y predisponiendo una cláusula de devolución de *todos* los bienes adquiridos, aun en caso de incumplimiento trivial. De esta manera, si un consumidor compra una lavadora, una secadora y un refrigerador a pagar en 48 cuotas mensuales, y luego de la cuota 47 es incapaz de hacer frente a la última cuota, el vendedor tiene derecho a recuperar los tres electrodomésticos en virtud de esta cláusula.

Caso 2: un empresario de la construcción logra ofrecer trabajo a jóvenes inexpertos pagando un salario muy bajo, sin proveer medidas de seguridad suficientes e incluyendo en el contrato una exoneración de responsabilidad por daños. Los trabajadores están perfectamente informados de estas circunstancias y, aunque no están conformes con ellas, el mercado no les ofrece ninguna alternativa mejor.

En algunos sistemas jurídicos se ha apelado a diversas doctrinas, como el abuso del derecho, el principio de buena fe contractual, la lesión objetivo-subjetiva o, en el *common law*, la *unconscionability*, entre otras², para revisar los términos del contrato en casos como estos, lo que impediría recuperar *todos* los bienes al vendedor del primer caso y haría al empleador responsable por los accidentes laborales en el segundo. Esto equivale a una redistribución desde el comerciante a sus clientes (pues parte de las ventajas que se procuraba mediante este contrato se pierden a favor de estos últimos) y desde el empresario hacia sus trabajadores (en tanto la perspectiva de tener que asumir esa responsabilidad hubiese repercutido en una baja de salario ofrecido o, directamente, en una pérdida de interés por contratar).

Hay al menos dos consideraciones normativas relevantes en estos casos. Una, en la que no me detendré aquí, nos exhorta a evaluar si los contratantes débiles ejercieron una genuina libertad o, por el contrario, fueron explotados³. La otra, que concierne directamente al problema de arbitrariedad, es si esta forma de redistribución es defendible desde los principios que rigen la tributación en un sistema liberal. Observa Fried (2015, p. 106) al discutir estos ejemplos que la redistribución «no es una carga que deba ser soportada de manera aleatoria y *ad hoc* por quienes se encuentran con personas más pobres que ellos mismos». En su opinión, el comerciante minorista y el empresario de la construcción deberían pagar impuestos justos, una suma acorde con sus ganancias, y con esos impuestos el Estado debería mejorar las condiciones de quienes no tienen acceso al crédito o están desesperados por conseguir trabajo. Ello es así, según Fried, porque «no hay razón por la cual el vendedor minorista o el empleador deban asumir una carga mayor a este respecto que, digamos, un cirujano plástico de Beverly Hills con un ingreso diez veces más alto solo porque el cirujano nunca tiene la ocasión de tratar con los pobres y los desempleados» (*ibidem*).

Así, la postura de Fried puede ser planteada a la luz de los principios de capacidad contributiva, igualdad de cargas y progresividad. Los tres principios, en realidad, son

-
2. Todas estas normas han sido receptadas por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de diferentes sistemas jurídicos. Por ejemplo, el art. 7 del Código Civil Español (CCE) y el art. 10 del Código Civil y Comercial argentino (CCyC) se refieren al abuso del derecho; el principio de la buena fe contractual está previsto en innumerables disposiciones, como el art. 1258 CCE, el art. 20, inc. 2, del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) o el art. 961 CCyC. La lesión es más restrictiva en ordenamientos como el derecho español (arts. 1291, inc. 1 y 2, y art. 1293 CCE), aunque bastante amplia en otros como el argentino (art. 332 CCyC). A su vez, la llamada «*unconscionability*» está regulada, por ejemplo, en la sección 2-302 del *Uniform Commercial Code* en los Estados Unidos; el *leading case* que permitió la evolución de esa doctrina es *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965).
 3. Algunas de las cuestiones sobre las que debe reflexionarse son las siguientes: 1) ciertamente, los afectados obraron deliberadamente, pero ¿ejercieron su autonomía? Para ello, debieron contar con un mínimo de opciones valiosas (véase Raz, 1994, p. 119); ¿se satisface esta condición?; 2) ¿es relevante para evaluar la justicia del contrato que el contexto apremiante no haya sido creado por la parte supuestamente explotadora?; 3) ¿cuánto incide el hecho de que quienes ofrecen términos tan duros a la vez son los únicos que hacen algo por los pobres, pues mejoran sus alternativas respecto del *statu quo*?

expresión de una concepción de la igualdad según la cual: a) la aportación exigible debe guardar una adecuada proporción con los ingresos percibidos (es decir, que no debe resultar excesiva); b) quienes tienen ingresos más altos deben contribuir en mayor medida, lo que implica que en cada nivel de ingresos las aportaciones deben ser equivalentes; y c) la dirección de la redistribución debe ser desde los más privilegiados a los más desaventajados⁴.

En los ejemplos tratados por Fried, parece dudosa la satisfacción de alguno de estos requisitos. Un sistema de derecho privado redistributivo no puede garantizar que las contribuciones sean proporcionadas, ni que se incluya a todos los contribuyentes de manera igual, ni tampoco que el peso de la redistribución recaiga necesariamente sobre los grupos privilegiados. Finalmente, el mecanismo redistributivo no es *neutral* respecto de la manera en que los contribuyentes obtienen sus ingresos. En estos ejemplos, es claro que el negocio de proveer bienes y servicios a los pobres termina siendo *gravado* mucho más que el negocio de realizar retoques estéticos a las personas de altos ingresos. Por otra parte, se ha de añadir, una crítica análoga es pertinente respecto de la recepción de los beneficios de la redistribución. Estas normas no aseguran que todos los que necesitan asistencia la reciban, ni tampoco que la reciban en la proporción correcta, de modo consistente con los principios mencionados en el párrafo anterior.

De estas apreciaciones, aclara Fried, no debe inferirse que el derecho contractual *liberal*, que rechaza las reglas de revisión del contrato, sea insensible con la situación de la parte débil. Tiene perfecto sentido reconocer que en las circunstancias descritas hay un problema distributivo de fondo que debe ser remediado, y a la vez propugnar que la solución sea *colectiva*. El punto es que la redistribución es un objetivo social legítimo, siempre que sea perseguido por la comunidad en su conjunto. Por ello, es inapropiado trasladar a los agentes económicos individuales una responsabilidad que es compartida (Fried, 2015, p. 106). En términos de la teoría de la legislación racional, podría decirse que emplear el derecho privado con fines redistributivos constituye una *irracionalidad ética* (Atienza, 1997, pp. 36-39), aunque de carácter *relativo* (Papayannis, 2021a, p. 63): no es que el fin perseguido sea moralmente objetable –al contrario, es loable redistribuir el ingreso de modo que nos aproximemos al ideal de justicia distributiva–; sin embargo, es ilegítimo perseguir *ese fin con esos medios* en concreto.

En síntesis, la formulación que considero más clara e interesante de la crítica de arbitrariedad consiste en las siguientes afirmaciones:

- 1) Ilegitimidad: la redistribución mediante el derecho privado es ilegítima porque traslada injustificadamente una carga colectiva a los agentes individuales.
- 2) Aleatoriedad: la participación en la redistribución mediante el derecho privado es ocasional y azarosa, porque depende de que la persona celebre un contrato o tenga un accidente con alguien más pobre que él; esto implica:

4. Un análisis detallado de estas ideas puede encontrarse en Murphy & Nagel, 2002, pp. 12-39.

- c) Parcialidad: no participan de la redistribución todos los que deben aportar al fondo común, ni tampoco todos los que deben recibir;
- d) Imprecisión: de aquellos que sí participan, nada garantiza que aporten exactamente lo que deben aportar según su nivel de ingresos (riqueza, consumo o cualquier factor que se tome como relevante), ni que reciban exactamente lo que deben recibir según sus necesidades⁵;
- e) Regresividad: dado todo lo anterior, la satisfacción del principio de progresividad es muy improbable⁶.

En mi opinión, la crítica de ilegitimidad descansa sobre 1) una concepción equivocada del derecho privado, como si se tratase de un área del derecho neutral a los problemas distributivos y ajena a las consideraciones de política pública; y 2) una noción muy cuestionable de lo que cuenta como una «respuesta colectiva» a un problema social. A su turno, respecto de la aleatoriedad, argumentaré que toda objeción que pueda presentarse contra la arbitrariedad distributiva del derecho privado es aplicable en igual medida al derecho público, en particular a las normas del derecho tributario y del gasto público. Por lo tanto, si ambos instrumentos comparten los mismos defectos, entonces, ¿por qué sería el derecho tributario y el gasto público siempre mejor para redistribuir recursos? Más sensato es reconocer que la tarea redistributiva debe ser llevada a cabo mediante una combinación de reglas de derecho público y de derecho privado, aprovechando sus fortalezas relativas, y evitando sus debilidades, en cada contexto.

3. LA ILEGITIMIDAD DEL DERECHO PRIVADO PARA REDISTRIBUIR RECURSOS

Un aspecto crucial del argumento es que la utilización del derecho privado para redistribuir recursos traslada indebidamente a los agentes individuales una responsabilidad colectiva. Al hacerlo, no solo grava en exceso a algunos desafortunados que terminan sufragando un coste que pertenece a la sociedad en su conjunto, sino que desnaturaliza la relación entre las partes, en la medida en que el marco de interacción interpersonal queda subordinado a la satisfacción de fines sociales. Sin importar cuán valiosos sean esos objetivos, canalizarlos por el derecho privado altera el esquema normativo que permite a las partes relacionarse de igual a igual.

Dicho en otros términos, el derecho privado redistributivo trastoca la *horizontalidad* típica de las relaciones entre particulares y, con ello, destruye la división del

5. Este punto en concreto es introducido por Keren-Paz, 2007, pp. 62-63.

6. La misma idea sostiene Shavell (2004, p. 653) cuando afirma que los resultados de la distribución mediante reglas del derecho privado son difusos, pues no incluyen a todos los sujetos relevantes ni tampoco garantiza que la dirección de la transferencia sea de ricos a pobres. De ahí se sigue la recomendación de gestionar la redistribución por el sistema de impuestos, tal como ya se ha mencionado. Véase también Kaplow & Shavell, 2002, pp. 33-34.

trabajo entre las instituciones que procuran que el trasfondo social o distributivo sea equitativo y aquellas pensadas para que las personas se relacionen con otros en libertad, guiadas fundamentalmente por la persecución de los fines que consideren valiosos (Rawls, 1993, pp. 268 y ss.). La única manera de distinguir lo que debemos a otros en nuestras relaciones interpersonales y lo que debemos a la sociedad es con un derecho privado que sea indiferente a las cuestiones de justicia distributiva. Estas últimas –sigue la objeción–, aunque es fundamental abordarlas en una sociedad liberal igualitaria, no deberían depender de que las interacciones privadas nos empujen azarosa y arrebatadamente hacia resultados más favorables para los desaventajados, sino que merecen una respuesta colectiva.

La crítica presentada tiene varias aristas que conviene examinar por separado, así que estructuraré mi respuesta en tres partes.

3.1. La distinción público/privado

La acusación de ilegitimidad asume que el derecho privado redistributivo quiebra la racionalidad subyacente del derecho privado, asociada exclusivamente con la justicia correctiva. No obstante, se ha de observar, la división público/privado está lejos de ser pacífica. Así, se ha señalado, en mi opinión con acierto, que lo público y lo privado se manifiestan en distintos grados en todas las áreas del derecho (Velasco Caballero, 2014, pp. 21 y ss.). Esto no significa que trazar la distinción público/privado sea del todo desacertado. Puede resultar útil hacer la distinción con ciertos propósitos teóricos, pero no debe caerse en dogmatismos que nos impidan ver que toda decisión sobre la manera de diseñar el derecho privado tiene una dimensión pública innegable, en tanto el derecho privado a menudo es una de las causas de serios problemas sociales y, como intento mostrar, puede también contribuir en las correspondientes soluciones. La decisión de utilizar o no el derecho privado para objetivos de justicia social es una decisión eminentemente *política* y, por ello, compete a la comunidad en su conjunto (Papayannis, 2016, pp. 17 y ss.).

Aun aceptando que uno de los fines principales, o el fin distintivo, del derecho privado es permitir a los particulares relacionarse en términos de libertad e igualdad –y no resolver injusticias sociales de carácter global–, todavía queda por discutir cómo se definen esos términos de interacción privada. Cuando se alude a la libertad y la igualdad con cierto nivel de abstracción, estos valores son ampliamente aceptados. Las desavenencias comienzan al extraer consecuencias concretas de estos valores para el diseño institucional⁷. Lamentablemente, el debate filosófico-político muestra que

7. La discusión política está normalmente enmarcada en un acuerdo superficial sobre los valores relevantes y un desacuerdo profundo relativo a cómo entenderlos. Sobre esto puede consultarse Dworkin, 1986, pp. 70 y ss.

no es nada sencillo determinar qué normas nos permiten relacionarnos como personas genuinamente libres e iguales.

La concepción convencional del derecho privado considera que la libertad y la igualdad tienen un carácter puramente formal. De hecho, este es uno de los presupuestos fundamentales de los teóricos de la justicia correctiva más tradicionales (Weinrib, 1995, pp. 86 y ss.) y también del movimiento codificador decimonónico que en su origen dio contenido al derecho privado en los sistemas de tradición continental (Bobbio, 1998, pp. 85 y ss.). Esta parece ser la única perspectiva que honra la división del trabajo institucional, mencionada más arriba, y la idea de que nuestras responsabilidades (o deberes) hacia otros son distinguibles de las que tenemos respecto de la comunidad. Sin embargo, esta posición teórica ha sufrido un fuerte cuestionamiento, sobre todo, desde mediados del siglo xx. La evolución del derecho privado en la regulación de la vida familiar es particularmente ilustrativa al respecto. Las paulatinas reformas que se han sucedido y que van desde la derogación de normas que exigían la autorización del marido para que la mujer casada pudiese ejercer el comercio⁸ hasta la instauración del divorcio incausado, la desaparición de las consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad y la posibilidad de optar por un régimen de separación de bienes, entre muchas otras⁹, no pueden ser entendidas sino como la implementación de una determinada *política pública de derecho privado*¹⁰.

Lo mismo puede afirmarse del desarrollo de las normas de defensa del consumidor que, en evidente tensión con el dogma de la autonomía de la voluntad, brindan una protección robusta a la parte débil del contrato¹¹, y de la responsabilidad civil extracontractual, en la que la culpa ha sido destronada como fundamento de imputación exclusivo para dar lugar a factores de atribución objetivos –como el riesgo o la garantía–, a la vez que se han extendido los catálogos de daños indemnizables y se han flexibilizado las reglas sobre nexo causal, todo con el sentido de salvaguardar el bienestar de las víctimas de accidentes¹². La transformación del derecho privado en

8. Sobre la evolución legislativa y jurisprudencial en España, véase Gete-Alonso y Cabrera & Solé Resina, 2014, pp. 794 y ss.

9. Véase, por ejemplo, los arts. 431, 437 y 505 y ss. CCyC.

10. Entiendo por «política pública» el conjunto de decisiones y acciones, intencionalmente coherentes, tomadas por diversos actores, en principio estatales (aunque no siempre), con el propósito de resolver o prevenir un problema definido políticamente como «colectivo». Las políticas públicas se implementan fundamentalmente mediante normas jurídicas generales, mas su desarrollo requiere también la realización de actos jurídicos concretos, como la celebración de contratos administrativos o –más pertinente para nuestro objeto de análisis– el dictado de normas individuales, como las sentencias judiciales. Sobre esto, véase Fernández Blanco, 2021, pp. 11 y ss. Puede discreparse sobre si en los ejemplos mencionados en el texto las normas dictadas han sido todas favorables a la igualdad de los cónyuges, pero eso no cambia el hecho de que constituyen una política pública.

11. Para un buen recuento de la manera en que el derecho se adecuó a fin de contrarrestar la debilidad contractual, puede consultarse en Rezzónico, 1987, pp. 447 y ss.

12. He realizado una particular lectura de la evolución de la responsabilidad civil en Papayannis, 2014, capítulo 3.

el último siglo responde visiblemente a una demanda de más igualdad en los tratos interpersonales.

Esta tendencia puede ser racionalizada desde las dos perspectivas que aquí nos interesan. Desde el punto de vista de la *justicia interpersonal*, es importante apreciar que el contenido de los derechos y deberes que tienen las personas en sus interacciones es sensible al contexto en que se relacionan, lo que supone que la determinación de su extensión depende, al menos parcialmente, de la situación social de injusticia distributiva (Bagchi, 2008, pp. 117 y ss.; 2014, pp. 197 y ss.). De manera coincidente, pero con una argumentación diferente, también Dagan & Dorfman (2018, pp. 172-173 y 189; 2022, pp. 6 y ss.) sostienen que la justicia interpersonal no puede limitarse a respetar la libertad e igualdad de las partes en términos puramente formales. Antes bien, puede conllevar exigencias sustantivas que tomen en consideración la situación particular en que se encuentran al momento de definir los derechos y deberes que tienen recíprocamente. De lo contrario, sería imposible mantener una relación plenamente respetuosa con otros. Así, las exigencias de igualdad sustantiva (no meramente formal) alcanzan a la justicia interpersonal y no se confinan a la justicia distributiva. Esta manera de concebir la justicia interpersonal hace imposible que podamos responder en abstracto cómo debe Axileas tratar a Xenofonte, sin valorar el contexto distributivo en que sus relaciones tienen lugar¹³.

A su turno, desde el punto de vista de la *justicia distributiva*, también puede interpretarse la transformación del derecho privado como un intento de eliminar aquellas reglas de juego que generan un patrón distributivo indeseable en el cual, entre otras cosas, los contratantes débiles son explotados sistemáticamente y las personas de bajos recursos resultan infracomensadas cada vez que son víctimas de un accidente. Estas tendencias tienen sentido. ¿Por qué deberíamos siempre permitir que la operación ordinaria del derecho privado cause un empeoramiento de los más desfavorecidos y confiar luego en que el derecho público sea capaz de revertir el problema? Más allá de si el derecho privado debe en cada oportunidad posible procurar una neutralización de resultados regresivos, lo relevante para mi argumento es que en ambas perspectivas (justicia interpersonal y justicia distributiva) las consideraciones de igualdad y la evaluación de la manera en que las reglas del derecho privado impactan en la asignación final de los recursos son parte ineludible del análisis.

13. En otros trabajos argumenté que la fuerza normativa de la justicia correctiva dependía en última instancia de que el marco de interacción fuese distributivamente justo. Véase Papayannis, 2014, pp. 213 y ss.; y 2016, p. 248.

3.2. La ilusión de un derecho privado neutral o indiferente a los problemas distributivos

A la luz de lo anterior, la posición tradicional podría proponer que el derecho privado permanezca al margen de las operaciones distributivas o, cuando esto sea imposible, que sea indiferente a ellas. Lo primero, se vera enseguida, no es más que una ilusión, ya que todas las normas distribuyen derechos y deberes entre las partes y estos derechos y deberes generan transferencias implícitas de recursos en un sentido u otro. Lo segundo (es decir, permitir que el derecho privado agrave las desigualdades e intentar remediar esto *a posteriori* con el derecho público) es muchas veces inconveniente.

¿Por qué es falso que el derecho privado pueda ser neutral? Como han señalado muchos autores, el derecho privado tiene inevitablemente efectos distributivos¹⁴. En la primera parte de esta investigación (Papayannis, 2022a, pp. 110 y ss.), se pudo observar cómo la elección entre las reglas de responsabilidad objetiva o culpa, el estándar de diligencia exigible, la imposición de un deber de información o una garantía obligatoria supone optar, entre otras cosas, por una determinada transferencia implícita de recursos de un grupo de personas a otro. Por ejemplo, si Axileas tiene un deber de información en su contrato con Xenofonte, entonces Axileas soporta el coste de obtener y transmitir eficazmente esa información a Xenofonte (y, además, asume los riesgos derivados de que la información no se transmita correctamente). En caso de no existir ese deber, para contar con esa misma información, Xenofonte tendría que invertir sus propios recursos en obtenerla. La misma idea se aplica a todas las reglas mencionadas más arriba.

Sin duda, los grupos afectados por estas normas son heterogéneos, pero ello no es obstáculo para realizar evaluaciones intergrupales e intragrupalas, tomando en cuenta el criterio relevante en cada caso. De esta manera, es posible que una norma sea progresiva desde el punto de vista intergrupala, si favorece a los trabajadores en lugar de ampliar las ventajas de los empleadores, y que a la vez sea regresiva en el plano intragrupal, por ejemplo, si dentro de los trabajadores los hombres acumulan los beneficios de la redistribución en mayor proporción que las mujeres o si favorece a los ya contratados dificultando el ingreso al mercado laboral de los desempleados. La norma estaría justificada desde el punto de vista de la justicia intergrupala, pero no intragrupal¹⁵.

Evidentemente, que los efectos distributivos del derecho privado sean inevitables no significa que sean incontrolables. Se puede crear o suprimir una determinada transferencia de un grupo a otro o, también, modular su intensidad. Lo que es claro es que un derecho privado *distributivamente neutral*, que elimine todas las transferencias, es conceptualmente imposible. Si Olympia está sujeta a una regla de responsabilidad

14. Entre otros, Keating, 1996; Cane, 1997; Calnan, 1997; Dagan, 1999; Keren-Paz, 2007.

15. Véase Keren-Paz, 2007, pp. 63-64. La idea de distinguir entre transferencias intergrupales o intragrupalas depende de un criterio clasificatorio. Por lo tanto, el primer ejercicio evaluativo consiste en seleccionar las categorías de personas que serán consideradas relevantes para el análisis.

objetiva por los daños que causa a Cleo en el desarrollo de su actividad empresarial y deseamos eliminar esa transferencia, supongamos, por considerarla excesiva, en realidad estaremos permitiendo un subsidio de Cleo a Olympia y sus clientes. Los daños que Olympia causa a Cleo son condición necesaria de su proceso productivo. Sujetar a Olympia a una regla de culpa le permite externalizar parte de esos costes y, al no tener que asumirlos en forma de indemnización, puede ofrecer un precio más bajo a los consumidores. La transferencia no ha sido eliminada con el paso a un régimen subjetivo, sino que simplemente ha cambiado de orientación.

La crítica de ilegitimidad es miope a estas consideraciones, aunque son de suma relevancia para apreciar que la verdadera *responsabilidad colectiva* consiste en controlar que los efectos redistributivos inevitables del derecho privado vayan en la dirección correcta, es decir, que sean progresivos y que respeten los principios de igualdad de cargas y de capacidad contributiva tanto como sea posible. Alternativamente, el legislador puede detectar que para un subgrupo de casos las reglas de derecho privado son regresivas y optar por solucionar el problema mediante normas del derecho público. Así pues, el legislador no está obligado a resolver todas las inequidades con reformas del derecho privado, sino a considerar el derecho privado como un instrumento jurídico más para abordarlas, sopesando las ventajas y desventajas de recurrir a otros mecanismos. Ello requiere comparar los efectos (los costes y beneficios, el grado de efectividad, los aspectos simbólicos implicados, etc.) de una determinada política pública de derecho privado progresiva con los de una de derecho privado tradicional en combinación con una respuesta de derecho público que sea paliativa de la inequidad generada por el normal funcionamiento de las reglas de trato interpersonal vigentes.

Como anticipé, la opción de dejar que un derecho privado ordenado por el ideal de igualdad formal opere sin restricciones, generando las desigualdades que sean, y luego encomendar al derecho público la totalidad de la tarea redistributiva es poco atractiva. En otro trabajo, expliqué que los destinatarios de las políticas redistributivas son normalmente las personas más vulnerables de la sociedad, razón por la cual cuentan con una menor capacidad de espera. Sus necesidades suelen ser de las más urgentes. Las consecuencias de un derecho privado injusto bien podrían ser irreparables para ellos; o incluso siendo reparables, la asistencia pública podría nunca llegar, en tanto estas medidas dependen de programas estatales cuya implementación varía según el signo político del gobierno y el clima económico-social de cada país. Durante una fuerte crisis económica, por ejemplo, incluso un gobierno bienintencionado, que desee responder con medidas paliativas a las inequidades generadas por el derecho privado, seguramente se encontrará con recursos insuficientes para ello. Un derecho privado atento a la cuestión distributiva previene esta clase de inequidades, lo que hace innecesario subsanarlas *a posteriori* (Papayannis, 2021b, pp. 89 y ss.).

Insisto, pese a todo, en que emplear el derecho privado para evitar injusticias sociales no es una exigencia estricta para el legislador racional. Esto en modo alguno implica que no existan límites a las inequidades que pueden tolerarse en el derecho privado. Si

un apego extremo a la igualdad formal permitiese que algunas personas fuesen tratadas indignamente, esas reglas de derecho privado serían en sí mismas injustificables con independencia de cualquier medida subsanadora que el Estado pretendiese implementar en compensación¹⁶.

En definitiva, el derecho privado, aun el más conservador que podamos imaginar, impone transferencias de recursos a los agentes individuales en sus operaciones diarias. El sistema es regresivo cuando esas transferencias perjudican a las partes más débiles, ya sea porque las desprotege frente a las potestades negociales de quienes están mejor situados, les asigna riesgos (y cargas de precaución) o establece pautas de organización familiar opresivas, entre otros supuestos. En contraste, es progresivo si procura que las transferencias no tengan esos efectos o que se produzcan en la dirección contraria. El diseño del derecho privado debe tener en cuenta en qué medida sus normas contribuyen a la realización de un estado de cosas distributivamente defendible, en atención a los efectos esperados de la totalidad del sistema, integrado por el resto de las normas típicamente catalogadas como de derecho público. Qué derecho privado debemos tener no es una cuestión que pueda decidirse aisladamente.

3.3. Una noción imprecisa de respuesta colectiva

En tercer lugar, la objeción de ilegitimidad hace un uso retórico de la idea de «respuesta colectiva» que es desconcertante. Se reconoce que la justicia distributiva es un objetivo social legítimo, aunque la única manera de implementarlo, se afirma, es mediante una respuesta colectiva como el derecho tributario y el gasto público. Ahora bien, ¿qué hace que el derecho tributario y el gasto público sean una respuesta colectiva y el derecho privado no lo sea? En realidad, si deseásemos utilizarlo como instrumento para la justicia distributiva, el derecho privado sería una solución tan colectiva como los impuestos y las transferencias. Es decir, el derecho privado es una creación de la comunidad; no resulta de la interacción espontánea entre los agentes, sino que es producto de una legislación cuya función es crear las condiciones para que *cierto orden* emerja espontáneamente¹⁷.

Tal vez, por «repuesta colectiva» quiera decirse que la carga debe recaer sobre el total de las personas de la comunidad y no sobre algunos pocos desafortunados captados por el sistema de derecho privado¹⁸. Así, bien conceptualizado, el problema no es que la respuesta del derecho privado no sea colectiva, sino que la contribución individual

16. Piénsese en las reglas que permiten un derecho de admisión irrestricto a favor de los propietarios de establecimientos abiertos al público. He analizado este supuesto en Papayannis, 2021b, p. 116 y ss.

17. Shapiro, 2011, p. 134. Enfatizo «cierto orden» para dejar espacio a que ese resultado sea condicionado en un sentido u otro. Como he explicado más arriba, una regulación mínima permitirá patrones de distribución en los cuales los agentes más fuertes imponen términos que les son favorables. Una regulación más robusta neutralizará los efectos del desequilibrio de fuerzas.

18. Véase Morgan, 2013, p. 156; Fried, 2015, pp. 71-72.

en la satisfacción de este deber público es desigual, caprichosa y, en última instancia, distributivamente injusta, cuando se la implementa mediante las normas del derecho privado; es tan distributivamente injusta como lo sería un sistema tributario en el que se decidiese *por sorteo* quiénes estarán exentos de impuestos cada año y quiénes soportarán una carga agravada para mantener estable el nivel de recaudación. La crítica, entonces, es que aun en el escenario más optimista, *la redistribución por medio del derecho privado solventa una injusticia distributiva, generando otra.*

Esta interpretación de la crítica de ilegitimidad es mucho más interesante, pero colapsa con la crítica de aleatoriedad que responderé en detalle en el apartado 4. De momento, anticiparé que la objeción transmite una falsa representación del derecho privado como *parcial* y del derecho público como *global*. Es decir, asume que la política tributaria y de gasto público está planificada, en tanto calcula de antemano qué grupos serán beneficiados y cuáles no por las decisiones legislativas, mientras que el derecho privado sigue teniendo un carácter caótico, azaroso, *ad hoc*, que hace depender sus efectos exclusivamente de quiénes tengan la buena o la mala suerte de encontrarse en un litigio. Nada más lejos de la verdad. El enfoque que defiendo recomienda una u otra norma de derecho privado sobre la base de sus efectos distributivos, pero en todo caso se trata de normas *generales* formuladas *ex ante* por el legislador, cuyos efectos también pueden ser calculados. El derecho privado redistributivo no propone que los jueces decidan en cada caso aceptar o rechazar una demanda según ello se adecúe o no a la justicia distributiva¹⁹. Se trata de elegir normas que a nivel agregado orienten la distribución en la dirección deseada²⁰.

A la vista de estas consideraciones, no se aprecia por qué el derecho privado sería más aleatorio o parcial que el derecho público. Es verdad que la identidad de quienes vayan a ser beneficiados o gravados con las consecuencias de estas normas de derecho privado está indeterminada, pero lo mismo ocurre con una deducción fiscal por nacimiento de un hijo o con el gravamen sobre la transferencia de inmuebles, pues se desconoce qué personas concretas terminarán siendo afectadas por ellas. Por otra parte, tampoco debe asumirse que el derecho tributario incide sobre todas las personas abarcadas por el hecho imponible de modo uniforme. El propio comerciante minorista del ejemplo discutido por Fried podría estar exento de algunos impuestos que sí son aplicables a

19. Como apuntan Goldberg & Zipursky (2020, p. 279), que las reglas del derecho privado tengan efectos distributivos y su aplicación de ocasión a la redistribución no implica que los jueces deban decidir sus casos por razones distributivas.

20. Exista una diferencia, señalada tempranamente por Rawls (1955, pp. 6 y 16), entre justificar una institución y justificar las acciones llevadas a cabo en el marco de ella. En este sentido, el diseño *legislativo* del derecho privado podría estar sujeto a lo que Scheffler (2015, p. 222) denominó distributivismo débil. Esto supondría que, cualquiera sea su configuración, sus normas no podrán trasgredir los principios de justicia relevantes. Una concepción rawlsiana, por ejemplo, requeriría que las normas del derecho privado sean respetuosas de las libertades básicas, de la igualdad de oportunidades y, por último, del principio de la diferencia, conforme con el cual las desigualdades solo pueden estar justificadas si resultan ser beneficiosas para los grupos menos favorecidos en la sociedad.

otros comerciantes, o podría pagar un porcentaje más bajo, si el Estado desease impulsar la compra de electrodomésticos por parte de las familias pobres. Las posiciones críticas exageran los defectos del derecho privado a la vez que idealizan las virtudes del derecho público, incurriendo en lo que se conoce como «falacia del Nirvana».

En suma, no hay razones conceptuales para afirmar que el derecho privado redistributivo siempre incurrirá en un grado de aleatoriedad (parcialidad, imprecisión o regresividad) mayor que el derecho tributario y las políticas de gasto público. Ello dependerá de qué reglas de derecho privado y qué impuestos y programas de redistribución específicos se estén comparando. En mi opinión, la evaluación de qué mecanismos son mejores para redistribuir en un contexto u otro depende de consideraciones empíricas. Por ello, lo realmente *arbitrario* es excluir de pleno la participación del derecho privado en la tarea redistributiva.

Con estas nociones preliminares en mente, creo que la mejor respuesta a la crítica de aleatoriedad es una que Keren-Paz advierte, pero que no desarrolla en detalle. La clave de su argumento es que «al analizar los patrones distributivos del sistema de impuestos y transferencias, solo podemos concluir que su redistribución es aleatoria en ambas partes de la ecuación –cobro y transferencia»²¹. ¿Cuál es la idea detrás de esta afirmación? Que el derecho privado redistributivo aleatorio no tiene realmente como alternativa un buen derecho público exento de este problema. El derecho público, para decirlo claramente, también es aleatorio en un grado considerable. Con esto no quiere insinuarse que el derecho privado sea tan apto como el público para redistribuir los recursos. Más bien, intento argumentar que la capacidad del derecho privado, al igual que la capacidad del derecho público, para redistribuir el ingreso con una aleatoriedad tolerable es contingente. Por tanto, en las circunstancias apropiadas, una buena combinación de normas de derecho privado y de derecho público podría ser la mejor manera de afrontar la tarea redistributiva. La idea es que el legislador racional debe aprovechar las capacidades variables de cada instrumento a fin de lograr una compensación mutua de sus respectivas debilidades.

4. PARCIALIDAD, IMPRECISIÓN Y REGRESIVIDAD: EL MITO DE LA PRECISIÓN QUIRÚRGICA DEL DERECHO PÚBLICO

En esta sección, argumentaré que la crítica de aleatoriedad fija un estándar de competencia institucional muy elevado para el derecho privado. Siendo ese el nivel de precisión exigido, parece que el derecho privado bien haría en mantener su discurso al margen de la política pública, tal como recomienda la corriente tradicional. Pese a todo, tomada

21. Keren-Paz, 2007, p. 60. El trabajo de Keren-Paz ofrece varias respuestas más contra la crítica de aleatoriedad, aunque en mi opinión son menos persuasivas. Por ello, he preferido concentrarme en la comparación con el derecho público, que es la vía más promisoría y ha recibido menos atención.

en serio, esta aproximación crítica también podría revelar que la imagen del derecho público usualmente presupuesta en este debate no es más que un mito bien asentado. Los resultados redistributivos del derecho público son también aleatorios y, por coherencia con la propia crítica, injustificables. No existiendo un mecanismo redistributivo que sea inmune a la objeción de aleatoriedad, el impacto de las críticas provenientes de la doctrina tradicional se ve notablemente debilitado. Veámoslo.

¿Qué condiciones deberían satisfacer el derecho tributario y las políticas de gasto público para evitar la crítica de aleatoriedad? En primer lugar, deberían ser comprensivos. Esto significa que, una vez consensuados políticamente los criterios que definen el deber de aportar y el derecho a recibir, *todas* las personas que satisfacen los criterios deberían estar abarcadas como contribuyentes y/o beneficiarios. En segundo lugar, estas normas deberían tomar de los aportantes una *cantidad precisa*, ni superior ni inferior a la justificada según su *capacidad* contributiva y el principio de igualdad de cargas, y transferir a los beneficiarios también una cantidad precisa, ni superior ni inferior a la justificada por su *necesidad*. En tercer lugar, el sistema de tributos y transferencias debe ser *progresivo*: los impuestos deben incidir en mayor medida sobre los ricos que sobre los pobres, y las transferencias deben ir desde los primeros a los segundos²².

¿Se ajustan el derecho tributario y el gasto público a estas pautas? Hay varias razones que impiden al derecho tributario y del gasto público tener la clase de desempeño redistributivo que los haría inmunes a la objeción de aleatoriedad.

4.1. La redistribución en competencia con una pluralidad de objetivos

En primer lugar, las críticas al derecho privado redistributivo se han basado siempre en la idea de que a efectos de redistribuir es mejor contar con un instrumento especialmente diseñado para ello, como el derecho tributario²³. Sin embargo, no es verdad que la principal fuerza motora del derecho tributario sea la redistribución. Como he expuesto en la introducción de la Parte I (Papayannis, 2022a), aunque es amplio el consenso respecto de que redistribuir es un objetivo legítimo del Estado, la propia discusión política sobre si es legítimo redistribuir la riqueza y el grado o la manera en que debe hacerse muestra que en ningún caso se trata del propósito fundante o prioritario del derecho tributario²⁴.

De hecho, mediante los impuestos y las políticas de gasto público suelen perseguirse varios objetivos que desplazan la prioridad de la redistribución a un segundo plano. Para empezar, el Estado debe financiar su propia existencia. La actividad reguladora,

22. Esta caracterización asume que los mismos principios que rigen la tributación son aplicables al gasto público. En efecto, es difícil que la justificación de ambos extremos pueda realizarse de modo independiente. Véase Corti, 2018, p. 432 y ss.

23. Véase Fried, 2015, p. 72.

24. Véase Murphy & Nagel, 2002, pp. 4 y 5.

que tiene un carácter constitutivo, y los complejos esquemas de gobierno que requieren nuestras democracias contemporáneas conllevan una serie de gastos bastante obvios en los que huelga profundizar aquí. A la vez, el Estado debe velar por la provisión de algunos bienes públicos más explícitos (pues la propia legislación recién mencionada es un bien público), como la seguridad nacional, interna y externa, o las vías y carreteras públicas, entre muchos otros. También los Estados necesitan incurrir en los denominados «gastos productivos», conducentes a favorecer el desarrollo de la economía y la competitividad. Esto, en un nivel muy general y abstracto. Los impuestos y el gasto público satisfacen una multiplicidad de necesidades estatales y la redistribución ha de encontrar un espacio entre ellas.

En un nivel más específico, los distintos impuestos no tienen por única finalidad recaudar fondos para financiar estas actividades, o incluso políticas redistributivas, sino que muchas veces son implementados con el propósito explícito de desalentar conductas consideradas indeseables. Por ejemplo, el gravamen sobre la propiedad inmueble persigue (en algunos países con escaso éxito) la finalidad de evitar concentraciones excesivas de tierra en pocas manos; los impuestos especiales sobre las bebidas alcohólicas, el tabaco o las bebidas azucaradas apuntan a reducir su consumo por razones de salud pública²⁵; algunas tasas y contribuciones especiales no se imponen y mantienen en el tiempo necesariamente para financiar la obra pública sino para controlar la demanda de los usuarios, ya que una concurrencia excesiva generaría colapsos y arruinaría las ventajas de haberla realizado; etc.²⁶.

En definitiva, al decidirse los lineamientos del derecho tributario y del gasto público, la redistribución compite con muchos otros objetivos legítimos y fundamentales del Estado. La concreta forma del entramado de impuestos vigente es la resultante de un conjunto de valores y propósitos no siempre coincidentes y, por lo tanto, es imposible afirmar *a priori* que la distribución final nunca será arbitraria o, menos aún, que siempre será progresiva. Muy a menudo será aleatoria y regresiva, como veremos a continuación²⁷. Por otra parte, los efectos de las miles de normas tributarias y las acciones de gasto público no pueden ser medidos con suficiente precisión como para afirmar ni siquiera *ex post* que la redistribución operó con la precisión quirúrgica que se exige al derecho privado. La evaluación del éxito de estas políticas suele basarse en estimaciones y cálculos realizados a trazo grueso. Aun cuando las mediciones empíricas sobre un programa concreto de transferencias establezcan con alguna precisión sus efectos en

25. Véase Jarach, 1996, p. 293.

26. Véase Jarach, 1996, p. 240.

27. Los objetivos redistributivos y los disuasorios pueden entrar fácilmente en conflicto. Por ejemplo, disuadir el consumo de tabaco es un objetivo defendible; sin embargo, el mayor porcentaje de fumadores se encuentra en las clases sociales más bajas (véase Bardach, *et al.*, 2016). Como la disuasión no es total e inmediata, en el corto plazo los pobres destinan un porcentaje mayor de su ingreso a sustentar su adicción.

los más desaventajados, por ejemplo, mediante ensayos controlados aleatorizados²⁸, la medición debería realizarse sobre todas y cada una de las múltiples normas que afectan a los grupos de referencia, y los costes de estas mediciones son prohibitivos.

En este sentido, cualquier argumento a favor de una evaluación *parcial* del sistema es aplicable al derecho privado, ya que también es posible evaluar una norma particular, como la garantía legal en los bienes de consumo, analizada en detalle en la Parte I (Papayannis, 2022a, pp. 106 y ss.), y determinar si sus efectos son progresivos o regresivos. En este aspecto, no hay una diferencia sustancial entre el grado de aleatoriedad que pueda tener un específico conjunto de normas del derecho privado en comparación con las del derecho público.

4.2. Las dificultades de diseño en el derecho tributario

Más allá de esta razón general, existen razones *técnicas* que impiden al derecho tributario tener la precisión que los críticos reclaman al derecho privado y, erróneamente, atribuyen al derecho público. Como señala Kaplow, el diseño del derecho tributario plantea serios desafíos que no son nada fáciles de resolver. El legislador se enfrenta invariablemente al siguiente dilema: si se empeña en conseguir resultados perfectamente justos, entonces, debe implementar formas de recaudación más complejas y, naturalmente, más costosas; en cambio, si opta por formas más sencillas de recaudación a fin de reducir los costes administrativos, pronto descubre que estas son menos rigurosas en cuanto a la satisfacción de las aspiraciones distributivas políticamente definidas²⁹. La decisión es difícil porque la mayor justicia distributiva se logra destruyendo una porción de la riqueza que se pretende recaudar, dado que parte de estos recursos se destinan a un despliegue más amplio de la administración tributaria. Estas dificultades afloran tanto en el momento del diseño del tributo como en el momento de su aplicación.

En cuanto al diseño de un tributo óptimo, una complicación fundamental que aqueja al legislador racional tiene que ver con que las normas tributarias, como toda norma, están afectadas por problemas de sub y sobreinclusión³⁰. La técnica del derecho tributario consiste en definir un hecho imponible, es decir, un caso genérico que crea la obligación tributaria. Estos hechos imponibles son diversos. La percepción de una renta, la entrega de un bien o la prestación de un servicio en una actividad empresarial o profesional, ser propietario de un inmueble o ser beneficiario de una herencia o donación son ejemplos de casos que los distintos sistemas jurídicos constituyen como

28. Véase Fernández Blanco, 2019, pp. 149 y ss. De todas formas, aunque los experimentos aleatorizados sin duda aportan información valiosa para el legislador, no están exentos de dificultades en cuanto a la ambigüedad de sus resultados. Véase Abramowicz & Ayres & Listokin, 2011, pp. 948 y ss., 997 y ss.

29. Véase Kaplow, 2008, p. 90-96.

30. Todas las reglas incluyen más y menos casos de los que deberían ser abarcados conforme con su razón subyacente. Véase Schauer, 1991, pp. 89-92.

hechos imponibles a efectos de sujetarlos a gravamen. La cuestión relevante es que el derecho tributario no puede más que establecer categorías más bien amplias que abarcan a grupos de personas bastante heterogéneos. Así, nada garantiza que las personas que son «beneficiarias de una herencia», o «quienes tienen una renta superior a 12.000 euros e inferior a 24.000» vayan a tener la misma capacidad contributiva. Sin embargo, la norma no puede más que crear categorías de este tipo e imputarles la misma obligación tributaria como, por ejemplo, pagar un 17% de impuesto sobre la renta de las personas físicas. Ese porcentaje ciertamente tendrá efectos distintos entre las personas que conforman el colectivo de quienes perciben una renta superior a 12.000 e inferior a 24.000. Esto debería ser bastante obvio, por dos razones. La primera es que los rangos suelen ser bastante amplios. Contar con ingresos ligeramente superiores a 12.000 no es lo mismo que tenerlos ligeramente inferiores a 24.000. La segunda, y más importante, es que en cada nivel de ingresos las situaciones personales pueden ser bien diferentes. Una persona que padece una enfermedad crónica probablemente obtendrá mucho menos provecho de unos ingresos de 20.000 euros anuales que otra perfectamente sana. La capacidad contributiva y la eventual necesidad de recibir por vía de redistribución no serán idénticas en uno y otro caso.

Para evitar este problema, el legislador podría subcategorizar a los contribuyentes, pero al hacerlo se incrementarían rápidamente los costes administrativos³¹. Esto ocurriría no solo porque la implementación de reglas más complejas, con más exenciones, deducciones y desgravaciones, eleva el grado de actividad estatal, sino por la dificultad que entrañan las decisiones en juego y la falta de información para tomarlas sobre una base firme. ¿Cuáles son las subcategorías relevantes? ¿Son el género, la edad, el hecho de ser soltero, casado o vivir con una pareja estable o la religión que se practica características relevantes para definir las excepciones legales en uno u otro impuesto? Decidir esto requiere atender a un conjunto de consideraciones que van más allá de la cuestión distributiva. Entre otras cosas, deben anticiparse los incentivos que las nuevas categorías generarán a los contribuyentes para intentar (allí cuando sea posible) quedar comprendidos en las más beneficiosas³². Como puede apreciarse, el ejercicio necesario para responder estas preguntas es muy exigente y las políticas tributarias y de gasto público que se propongan seguramente serán controvertidas.

Pese a todo, podría pensarse, hay casos claros. Los contribuyentes con personas a cargo (hijos menores de edad, discapacitados o padres que no pueden valerse por sí mismos) indiscutiblemente merecen ser beneficiados de algún modo: deberían pagar menos impuestos o recibir más redistribución. Ambas opciones son equivalentes en el marco de una política de tributación y gasto público³³. Lo mismo vale para quienes

31. Asimismo, la subcategorización generaría nuevos problemas de sub y sobreinclusión, lo que perjudica a los necesitados y beneficia a los privilegiados, respectivamente.

32. Véase Salanié, 2003, pp. 149 y ss.

33. De hecho, las exenciones, deducciones, desgravaciones y los subsidios tienen efectos similares en el contribuyente, aunque los subsidios incurrir en costes de transacción más altos, ya que el Estado cobra

sufren enfermedades crónicas. Pero aun acordando sobre algunos supuestos claros, el legislador habrá de determinar en qué medida debería reducirse la carga de estos grupos de personas, y para ello debería saber, entre otras cosas, cuál es la pérdida social exacta en caso de que su carga no sea aliviada³⁴.

Estas barreras informativas y dificultades evaluativas impiden que el diseño de la tributación sea óptimo. Más bien, se tratará de subcategorizar a coste razonable, con la aspiración de obtener resultados *relativamente* progresivos, es decir, con una precisión aproximada. No obstante, eso es del todo insuficiente para garantizar que estas normas estén efectivamente justificadas por sus resultados distributivos. Adviértase que las exenciones, deducciones, desgravaciones o los subsidios muchas veces operan a petición de parte, y esto supone que quienes tienen mejor asesoramiento legal pueden aprovechar en mayor medida los beneficios que ofrece el sistema³⁵. Si puede establecerse una correlación entre mejor asesoramiento y mayor capacidad contributiva, entonces, los efectos distributivos de estas excepciones no repercutirán sobre los menos aventajados tanto como nos gustaría, ni la determinación *ex post* de su incidencia será sencilla. Es perfectamente posible que quienes más necesiten las exenciones sean quienes menos las disfruten.

Siendo así las cosas, el derecho tributario lejos está de satisfacer el ideal de certeza y precisión necesarios para superar la objeción de arbitrariedad, tal como es planteada en contra del derecho privado.

4.3. Errores en la aplicación de los tributos

Expuestas las dificultades de diseño, corresponde ahora abordar las de aplicación del tributo. A una perspectiva igualitaria le preocupan en particular dos clases de errores: los que benefician a las clases acomodadas y los que perjudican a las más desaventajadas. Estos son especialmente importantes porque implican un alejamiento del principio de progresividad. Pese a todo, los errores no pueden ser eliminados por completo a coste razonable. Por tanto, el legislador debe elegir un nivel *adecuado* de inversión en la prevención de errores. El problema es que, aun siendo adecuado ese nivel, la administración ha de resignarse a que las normas tributarias afecten injustamente a algunas personas de un colectivo desaventajado o beneficien a otras pertenecientes a los grupos más privilegiados. Otra decisión importante es cuánto invertir en la detección y procesamiento de los incumplimientos. Ningún sistema controla a todos los contribuyentes, ni investiga y enjuicia por igual todos los casos de evasión. Ello introduce la decisión

el impuesto y luego lo devuelve selectivamente a quienes desea beneficiar. En todo caso, las decisiones sobre la política tributaria y el gasto público no pueden tomarse separadamente. Véase Burton & Sadiq, 2013, pp. 5, 20-22.

34. Kaplow, 2008, p. 36.

35. Véase Burton & Sadiq, 2013, p. 114.

de implementar –en palabras de Kaplow– un sistema con un grado de *aleatoriedad* óptimo, pero aleatoriedad al fin. Las soluciones más eficientes pueden determinar que, a fin de cuentas, algunos individuos paguen más y otros menos de lo que sería ideal, lo cual refleja una vez más la tensión entre los valores de eficiencia y justicia distributiva³⁶.

El problema del error en la aplicación se relaciona directamente con la complejidad del diseño a efectos de lograr un derecho tributario justo. Mientras más categorías y subcategorías se creen legislativamente para evitar injusticias distributivas, mayor será la cantidad de errores en la aplicación de los tributos. Como acabo de mencionar, interesan en concreto dos clases de errores. La primera clase consiste en aplicar tributos más altos que los que en realidad les corresponden a los más desaventajados. La segunda clase de error es la aplicación de tributos más bajos a quienes tienen una capacidad contributiva mayor. Esta segunda clase de errores estará favorecida por la propia actividad del contribuyente, que intentará ocultar sus manifestaciones de riqueza a fin de ser confundido como una persona con menor capacidad contributiva de la que en realidad disfruta. Ello podría indicarnos que lo más probable es que el Estado aplique a los ricos tributos más bajos que los correspondientes, pero es menos frecuente que aplique tributos más altos a los más desfavorecidos, pues ellos nunca tomarán medidas para confundirse con contribuyentes de mayor capacidad de la que tienen.

Sin embargo, como bien apunta Kaplow, la autoridad tributaria es consciente de los esfuerzos de los ricos por esconder su riqueza y, en consecuencia, inicia investigaciones para detectar estos intentos de defraudación. Estas investigaciones culminan eventualmente con algún falso positivo de evasión, lo cual comporta que algunas personas con baja capacidad contributiva (no necesariamente pobres) sean tratadas como personas de alta capacidad que ocultan su riqueza³⁷.

Por más diligencia que se emplee en estos procedimientos, habrá una cantidad inevitable de errores, dado que estadísticamente la evidencia disponible en contra de los inocentes no es nula, y por lo general los culpables toman medidas para no dejar rastros de su defraudación. Ello implica que una vez iniciada la investigación, una persona culpable y otra inocente pueden tener la misma apariencia de culpabilidad. La solución para proteger a los más desaventajados podría consistir en establecer estándares de prueba más elevados. Ello reducirá la cantidad de falsos positivos, es decir, de personas con baja capacidad contributiva que serán erróneamente considerados culpables. Como contrapartida, esta decisión beneficiará enormemente a los contribuyentes de alta capacidad³⁸, pues el estándar de prueba exigente facilitará su defensa jurídica y acarreará falsos negativos que repercutirán de forma directa en una recaudación mucho

36. Kaplow, 2008, p. 36.

37. Kaplow, 2008, p. 100.

38. Ello es así en tanto el estándar de prueba distribuye los riesgos del error. Si uno desea reducir los falsos positivos incrementando la exigencia probatoria, favorecerá los falsos negativos, y viceversa. Sobre este tema véase Laudan, 2006, p. 110; Ferrer Beltrán, 2021: 115 y ss.

menor, y cada vez menor³⁹, lo que en última instancia mermará el financiamiento para la política pública progresiva.

Lamentablemente, las dificultades no acaban allí, ya que mientras mayor sea la evasión tributaria, mayor es la necesidad de los gobiernos de incrementar el esfuerzo fiscal de los contribuyentes honestos. A resultas de ello, la repartición de las cargas colectivas es todavía más arbitraria⁴⁰. Si a esto añadimos que una respuesta habitual de los gobiernos para luchar contra la evasión es ofrecer moratorias o amnistías a quienes regularicen su situación, esto supone que los evasores de mayor capacidad contributiva terminan pagando mucho más tarde, en cómodas cuotas y con reducciones en el monto total, que los contribuyentes de bajos recursos. Estos normalmente carecen de asesoramiento profesional en materia tributaria y, además, en los tramos más bajos, destinan la mayor parte de su ingreso a bienes de consumo, por lo que soportan la carga de los impuestos indirectos como el IVA, que tienen un fuerte componente regresivo⁴¹.

Todo esto hace que la carga colectiva de sostener el Estado y de proveer recursos para los más desaventajados se reparta desigualmente entre los miembros de la sociedad. Los ejemplos para mostrar que el derecho público no es superior al derecho privado en cuanto a los problemas de aleatoriedad y progresividad son muy numerosos. Seguramente, todas estas diferencias de trato puedan ser justificadas de muchas maneras, por los incentivos y desincentivos que desean brindarse a los agentes, entre muchas otras cosas, pero desde el punto de vista distributivo son decididamente arbitrarias *cuando* personas con igual capacidad contributiva asumen cargas tributarias dispares.

4.4. Las arbitrariedades del gasto público

Uno podría pensar que la política explícita de gasto redistributivo es capaz de neutralizar todos los efectos negativos de las operaciones recaudatorias, pero esto es imposible que ocurra, en primer lugar, por el déficit informativo y las dificultades evaluativas que he subrayado más arriba: el mismo problema que tiene el legislador para determinar las categorías relevantes a efectos de la contribución también lo tiene para definir las necesidades que merecen ser atendidas. Sin información precisa es imposible tomar medidas para contrarrestar el perjuicio del derecho tributario sobre los desaventajados.

39. La razón es que, al elevarse el estándar de prueba para la condena, los evasores se sienten más seguros. Véase Kaplow, 2011, p. 748. El modelo predice que en esas circunstancias habrá más evasores, por lo tanto, una menor recaudación.

40. Salanié, 2003, p. 155.

41. El carácter regresivo de estos impuestos sobre el consumo puede ser morigerado con algunas medidas como los impuestos especiales sobre los bienes suntuarios, o las excepciones sobre artículos de primera necesidad, como los alimentos básicos, o bienes cuyo consumo no se desea desalentar, como los libros. Véase Jarach, 1996: 789. Pese a ello, los gobiernos no suelen implementar estas excepciones (y cuando las implementan las revocan inmediatamente en tiempos de crisis económica) ya que estos impuestos suponen una fuente de financiamiento muy importante y de fácil recaudación para el Estado.

Adicionalmente, y más importante, la política de gasto público es *típicamente aleatoria*, dada la escasez de recursos públicos. El gobierno a menudo decide otorgar subsidios a ciertos colectivos y no a otros. Las víctimas del terrorismo de Estado pueden recibir un subsidio vitalicio, mientras que los veteranos de guerra no, o podrían recibirlos ambos, pero no en valores equivalentes, con independencia de sus necesidades relativas. Más claro aun es el supuesto en que el gasto público favorece a un barrio con una nueva obra de acueductos, cloacas y drenajes, mientras que el barrio contiguo permanece en la precariedad, siendo sus necesidades idénticas. También en algunos países existen regímenes de promoción industrial, que favorecen impositivamente a los productores de ciertas regiones, lo cual ha generado enérgicas objeciones en tanto consagran «privilegios irritantes», que dependen de la decisión discrecional de los funcionarios estatales⁴². Sea como fuere, aunque estas normas estuviesen justificadas distributivamente, comprenden solo a un subgrupo de los potenciales beneficiarios, excluyendo así a otras personas con igual legitimación para ser receptores.

Tampoco puede obviarse que la decisión del gasto público pertenece inexorablemente a la arena política y, en consecuencia, está sujeta a sus vaivenes. Aun existiendo una preocupación por la redistribución, su intensidad varía según el gobierno de turno. Los gobiernos más conservadores suelen implementar políticas mucho más austeras, con menor efectividad, pues confían en que el mercado resuelva el problema de la justicia distributiva. Postulan que la mejor manera de luchar contra la pobreza es mediante el crecimiento económico y que este solo puede darse en el marco de un libre mercado no distorsionado por la tributación excesiva⁴³; e incluso los gobiernos más progresistas, como ya mencioné, se encuentran limitados por el contexto económico y social.

En este sentido, un derecho privado preocupado por instaurar reglas de interacción que generen efectos distributivos y redistributivos justos no solo puede ser más eficaz, según el caso, sino que puede resultar menos aleatorio, que el derecho público. El derecho privado, al ordenar la vida cotidiana de las personas, tiene una estabilidad mayor que la política de gasto público. Las normas de contratos y responsabilidad civil no son decididas cada año, como sí lo son los presupuestos nacionales. De hecho, un derecho privado que estuviese en constante cambio destruiría la interacción social pacífica y provechosa entre los particulares. Las instituciones del derecho privado requieren cierta persistencia a lo largo del tiempo para funcionar como marco de referencia dentro del cual las personas pueden diseñar un plan de vida que incluye las relaciones con otros; en cambio, las políticas de asistencia estatal pueden ser absolutamente contingentes y, en general, este es el caso: responden a necesidades sociales percibidas como urgentes, lo cual les confiere una alta volatibilidad conforme cambian las circunstancias o las percepciones asociadas con ellas.

42. Véase Spisso, 2007, p. 15.

43. Véase Friedman, 2002, pp. 107, 168-169, 190 y ss.

Por esta razón, un buen diseño del derecho privado puede generar un tipo de redistribución básica más consolidada a lo largo del tiempo y resolver de esa manera algunas de las carencias más apremiantes de los grupos desaventajados o, más claramente, evitar que la interacción con otros (empresas, empleadores, arrendadores, etc.) les resulte ruinoso. Para apreciar en qué medida el derecho privado debe ser considerado como uno de los aspectos relevantes de una política pública redistributiva, basta poner de relieve que es absurdo pensar que una política de gasto público orientada a beneficiar a los desaventajados pueda ser eficaz si no está acompañada por un derecho privado sensible a la distribución. Si Cleo recibe un subsidio –supongamos una asignación monetaria justificada exclusivamente por su situación de pobreza–, pero las normas del derecho contractual permiten a Olympia explotar a Cleo imponiéndole cláusulas abusivas, una parte importante de ese subsidio terminaría directamente en los bolsillos de Olympia. Los beneficios de la política redistributiva se diluirían inexorablemente y la asignación final de recursos sería regresiva. El subsidio solo puede tener eficacia si las normas del derecho privado no permiten el abuso y para ello se requiere que no sean ciegas, como propone la corriente tradicional, a las consecuencias distributivas.

5. PALABRAS FINALES

Para concluir, quisiera hacer alguna reflexión adicional sobre el argumento general de los dos artículos que conforman esta investigación, en relación con la objeción de arbitrariedad tratada en esta Parte II. El pensamiento jurídico tradicional se ha estructurado a partir de una serie de dualismos, como derecho público/derecho privado, justicia distributiva/justicia correctiva, problemas y responsabilidades colectivos (sociales)/problemas y responsabilidades individuales (personales), que sin duda son útiles para comprender inicialmente ciertos aspectos del derecho y las formas de justicia que resultan aplicables. No obstante, han devenido en dogmas que naturalizan una manera específica de regulación social –en la línea del liberalismo clásico– y bloquean toda reflexión crítica al respecto.

Desde distintos ángulos, cada uno de estos dualismos ha sido cuestionado. En lo que hace a la *distinción tajante* entre derecho público y derecho privado, esta es insostenible dado que todos los criterios clasificatorios propuestos (interés general o individual, carácter colectivo o particular del objeto de la regulación, orden público o autonomía de la voluntad, entre otros) enfrentan casos recalcitrantes. Más plausible es reconocer, como mencioné más arriba, que en todo el ordenamiento jurídico lo público y lo privado están presentes en distintos grados.

A su vez, la justicia correctiva o interpersonal no es concebible con total abstracción de un contexto en el cual la justicia distributiva cumple un papel fundamental. No puede haber interacciones injustas sino por infracción de un conjunto de derechos y deberes correlativos cuyo contenido no puede depender de la justicia correctiva misma.

Ese contenido, he argumentado en otros trabajos, está definido principal, aunque no exclusivamente, por la justicia distributiva. Incluso si uno parte de una noción muy básica de justicia interpersonal conforme con la cual nadie debe dañar la integridad física del otro, ni la propiedad ajena, ni el buen nombre y honor (Ripstein, 2016, pp. 7-8, 33 y ss., 79 y 83), queda por definir cuál es el grado de protección de cada uno de estos bienes, es decir, la extensión de cada derecho. Al determinar esta cuestión, las consideraciones de justicia distributiva e igualdad sustantiva son ineludibles (Papayannis, 2014, capítulo 6).

Finalmente, la identificación del derecho privado con los problemas individuales o particulares funciona con relativo éxito únicamente en el momento de la decisión judicial, pero no en la etapa legislativa⁴⁴. Sin duda, que Axileas incumpla un contrato con Xenofonte, en principio, es un problema particular que no incumbe al resto de la sociedad. Una vez judicializado el caso, no deberían introducirse consideraciones de justicia distributiva en el dictado de esa sentencia. Mas en el plano legislativo, cuando estamos decidiendo qué contenido deberían tener las áreas del derecho, no podemos ignorar que todas ellas regulan problemas sociales; o, acaso, ¿no son problemas sociales el fomento del intercambio mutuamente ventajoso, la compensación de los daños que nos causamos unos a otros en nuestras interacciones involuntarias, la definición de un modo adecuado de organización de la vida familiar, reglados por el derecho contractual, la responsabilidad extracontractual y el derecho de familia, solo por mencionar algunos ejemplos? Y, para continuar con cuestiones derivadas de las anteriores, ¿no son también problemas sociales la disparidad en el poder de negociación que lleva a situaciones de explotación, que las víctimas pobres sean infracomensadas cuando sufren un accidente o que los hombres sometan a las mujeres en sus relaciones familiares?

El derecho privado se ha ido adaptando a las circunstancias y transformando paulatinamente para dar respuesta a estos problemas derivados que eran vistos como endógenos al derecho privado. El paso siguiente es admitir que muchos de estos problemas no son atribuibles exclusivamente al derecho privado, sino a un esquema de regulación global en el cual el derecho privado tiene un determinado ámbito de influencia y el derecho público peca por omisión. En mi opinión, esto es de capital importancia para entender por qué el derecho privado puede también dar respuesta a problemas que usualmente se consideran ajenos al propio derecho privado, como la distribución del ingreso. En efecto, es infrecuente que un problema social pertenezca exclusivamente a un área del derecho y, por lo tanto, también será infrecuente que solo un área del derecho en concreto pueda solucionarlo.

44. Digo con «relativo éxito» porque también en las decisiones judiciales hay espacio, aunque de modo excepcional, para las consideraciones de política social. Esto es claro al menos en tres supuestos: a) cuando el juez debe colmar una laguna normativa; b) cuando enfrenta una antinomia no resuelta por los criterios formales (como *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*); y c) cuando resultan aplicables las normas de indemnización por razones de equidad o, su contractara, la reducción de la indemnización por razones de equidad. Sobre esto véase Papayannis, 2022b, pp. 318-319.

Un ejemplo claro de cómo el derecho privado a veces se adjudica problemas que sería más natural concebir como pertenecientes al derecho público es el deber de alimentos que tienen los hijos respecto de sus padres. Este deber es una respuesta de derecho privado ante un problema social, como es la manutención de las personas mayores que, pese a haber sido miembros plenamente cooperantes de la sociedad durante toda su vida, carecen de medios de subsistencia. La respuesta del derecho puede ser juzgada como más o menos sensata⁴⁵, pero ilustra que el derecho privado no resuelve exclusivamente problemas que les son inherentes. La tradición de entender el deber de alimentos como parte del derecho privado hace que pase desapercibida la *naturaleza pública* del problema en cuestión. En contraste, un ejemplo claro en sentido inverso, es decir, de cómo el derecho público se apropia de un problema típico del derecho privado está dado por los fondos de compensación de accidentes. En lugar de gestionar estos daños mediante la lógica de la justicia interpersonal, el Estado decide ofrecer un mecanismo alternativo para garantizar una base indemnizatoria que se espera que resulte más efectiva⁴⁶. Advertido esto, parece que cualquier instrumento disponible puede ser utilizado si demuestra ser más eficaz, más eficiente o menos aleatorio.

Sobre esta base, puede comprenderse que la visión tradicional erra al formular la crítica de arbitrariedad en su aspecto de ilegitimidad, porque asume que una respuesta solo puede ser genuinamente colectiva si es gestionada de modo centralizado. Si el derecho privado, como todo derecho, es producto de una acción colectiva, entonces habrá que admitir que algunos problemas sociales reciben como respuesta un mecanismo de solución descentralizado, en el cual se espera que cierto orden, cierta tendencia, emerja como consecuencia de la interacción espontánea de los ciudadanos, cuyas conductas están regidas por normas especialmente diseñadas para promover esos fines, aunque no sea exclusivamente. La respuesta no es menos colectiva por ser descentralizada. Emplear uno u otro método es una decisión *política* que toda sociedad está legitimada para tomar. Así, cuando se confía en que el derecho privado contribuya en la tarea redistributiva, se toma en cuenta que *una parte* de la redistribución se producirá de modo atomizado, en cada ocasión en que la norma redistributiva sea respetada voluntariamente o ejecutada judicialmente.

Pese a todo, la doctrina tradicional insistiría en que la redistribución mediante el derecho privado es ineficaz, ineficiente y arbitraria. En la Parte I de este trabajo, expliqué que el derecho privado redistributivo no es necesariamente ineficaz o ineficiente; todo depende del contenido de las normas concretas que se analicen y del contexto social en que serán aplicadas. En esta segunda parte, respondí la crítica de arbitrariedad. Esta crítica consiste en afirmar que es ilegítimo utilizar el derecho privado para estos fines

45. Para una sólida crítica a la incorporación de este deber dentro del ámbito del derecho privado, véase Ribot Igualada, 1998.

46. La ley de Compensación de Accidentes de Nueva Zelanda (1972) es un ejemplo interesante puesto que niega a las víctimas la potestad de demandar al agente dañador si resulta que su daño está comprendido por la cobertura ofrecida por el fondo. Véase Todd, 2016, pp. 22 y ss.

y, además, que produce resultados aleatorios. En cuanto a la ilegitimidad, acabo de decir, existe un equívoco al considerar que una respuesta descentralizada no es colectiva. Respecto de la aleatoriedad, la sección 4 estuvo dirigida a mostrar que no existe una verdadera alternativa de regulación que vaya a ser siempre mejor. El derecho tributario y el gasto público también son parciales, imprecisos y, muchas veces, regresivos. Siendo esto así, no hay razones para descartar *a priori* el empleo del derecho privado con fines redistributivos. La mayor parte de la tarea será normalmente canalizada por normas de derecho público, pero el derecho privado puede contribuir de modo no trivial. Las normas del derecho privado redistributivo tendrán en ocasiones defectos importantes y también los tendrán las del derecho público. A este respecto, el derecho público y el derecho privado no son tan distintos.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOWICZ, M. & AYRES, I. & LISTOKIN, Y. (2011). «Randomizing Law», *University of Pennsylvania Law Review*, (159 (4)), 929-1005.
- ATIENZA, M. (1997). *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas.
- BAGCHI, A. (2008). «Distributive Unjustice and Private Law», *Hastings Law Journal*, (60 (1)), 105-148.
- BAGCHI, A. (2014). «Distributive Justice and Contract», en Klass, G. & Letsas, G. & Saprai, P. (eds.), *Philosophical Foundations of Contract Law*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198713012.003.0011>
- BARDACH A. & GARCÍA PERDOMO, H. A. & RUANO GÁNDARA, R. A. & CIAPPONI, A. (2016). «Niveles de ingreso y prevalencia de tabaquismo en América Latina: revisión sistemática y metaanálisis», *Rev. Panam. Salud Publica*, (40 (4)), 263-271.
- BOBBIO, N. (1998). *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate.
- BURTON, M. & SADIQ, K. (2013). *Tax Expenditure Management. A Critical Assessment*. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511910142>
- CANE, P. (1997). *The Anatomy of Tort Law*. Oxford: Hart Publishing.
- CALNAN, A. (1997) *Justice and Tort Law*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press.
- CORTI, H. (2018). «Los principios comunes del derecho constitucional presupuestario, el gasto público justo y la Teoría General de la Constitución Financiera», *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, (55 (78)), 423-458.
- DAGAN, H. (1999). «The Distributive Foundation of Corrective Justice», *Michigan Law Review*, 98, 138-166. <https://doi.org/10.2307/1290197>
- DAGAN, H. & DORFMAN, A. (2018). «Justice in Private: Beyond the Rawlsian Framework», *Law and Philosophy*, 37, 171-201. [HTTPS://DOI.ORG/10.1007/S10982-017-9309-1](https://doi.org/10.1007/s10982-017-9309-1)
- DAGAN, H. & DORFMAN, A. (2022). «Poverty and Private Law: Beyond Distributive Justice», en SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3637034 (consultado el 21/7/2022).
- DWORKIN, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press.

- FERNÁNDEZ BLANCO, C. (2019). «Current Approaches to the Rule of Law Are Not Enough for Latin America», *Analisi e Diritto*, (19 (2)), 129-158.
- Fernández Blanco, C. (2021). «Una mirada jurídica sobre la efectividad de las políticas públicas», *Diritto & Questioni Pubbliche*, XXI, 2021(2): 7-30.
- FERRER BELTRÁN, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- FRIED, C. (2015). *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780190240158.001.0001>
- FRIEDMAN, M. (2002). *Capitalism and Freedom*. 40th anniversary edition. Chicago: The University of Chicago Press. <https://doi.org/10.7208/chicago/9780226264189.001.0001>
- GETE-ALONSO Y CABRERA, M. & SOLÉ RESINA, J. (2014). «Mujer y patrimonio (el largo peregrinaje del siglo de las luces a la actualidad)», en *Anuario de Derecho Civil*, LXVII, 765-894.
- GOLDBERG, J. C. & ZIPURSKY, B. (2020). *Recognizing Wrongs*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. <https://doi.org/10.4159/9780674246546>
- JARACH, D. (1996). *Finanzas públicas y derecho tributario*. 3ra ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- KAPLOW, L. (2008). *The Theory of Taxation and Public Economics*. Princeton – Oxford: Princeton University Press. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1155194>
- KAPLOW, L. (2011). «Burden of Proof», *Yale Law Journal*, (121 (4)), 738-859. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1954006>
- KAPLOW, L. & SHAVELL, S. (2002) *Fairness versus Welfare*. Cambridge, Mass. – London, England: Harvard University Press. <https://doi.org/10.4159/9780674039315>
- KEATING, G. (1996) «Reasonableness and Rationality in Negligence Theory», *Stanford Law Review*, (48 (2)), 311-384. <https://doi.org/10.2307/1229365>
- KEREN-PAZ, T. (2007). *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*. Hampshire: Ashgate. Citado por la traducción al castellano de Perrota, G., (2016). *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- LAUDAN, L. (2006). *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press. Citado por la traducción de VÁZQUEZ, C. & AGUILERA, E. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons. <https://doi.org/10.2307/jj.2321936>
- MORGAN, J. (2013). *Contract Law Minimalism. A Formalist Restatement of Commercial Contract Law*. New York: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139108171>
- MURPHY, L. & NAGEL, T. (2002). *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/0195150163.001.0001>
- PAPAYANNIS, D. M. (2014). *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- PAPAYANNIS, D. M. (2016). *El derecho privado como cuestión pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- PAPAYANNIS, D. M. (2021a). «El derecho privado como instrumento de la política pública», *Arx Interpretandi*, 2/2021, 57-72.
- PAPAYANNIS, D. M., (2021b). «¿Incumbe al derecho privado la lucha contra la pobreza?», pp. 81-128, en FERNÁNDEZ BLANCO, C. & PEREIRA FREDES, E. A. (eds.), *Derecho y pobreza*. Madrid– Barcelona: Marcial Pons. <https://doi.org/10.2307/j.ctv2zp5023.7>

- PAPAYANNIS, D. M. (2022a). «No tan distintos: el derecho privado redistributivo frente al mito de la superioridad del derecho público. Parte I», *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 45, 99-130. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.04>
- PAPAYANNIS, D. M. (2022b). «Responsabilidad civil (funciones)», *Eunomia*, 22, 307-327. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6818>
- RAWLS, J. (1955). «Two Concepts of Rules», *The Philosophical Review*, (64(1)), 3-32. <https://doi.org/10.2307/2182230>
- RAWLS, J. (1993). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- RAZ, J. (1994). *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198260691.001.0001>
- REZZÓNICO, J. C. (1987). *Contractos con cláusulas predispuestas. Condiciones negociales generales*. Buenos Aires: Astrea.
- RIBOT IGUALADA, J. (1998). «El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes», *Anuario de Derecho Civil*, LI (3), 1105-1177.
- RIPSTEIN, A. (2016). *Private Wrongs*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. <https://doi.org/10.4159/9780674969896>
- SALANIÉ, B. (2003). *The Economics of Taxation*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
- SCHAUER, F. (1991). *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press. Citado por la traducción de ORUNESU, C. y RODRÍGUEZ, J. (2004). *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons.
- SCHEFFER, S. (2015). «Distributive Justice, the Basic Structure and the Place of Private Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, 35 (2): 213-235. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqu030>
- SHAPIRO, S. J. (2011). *Legality*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctvjnrds5>
- SHAVELL, S. (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge, Mass. – London: Harvard University Press. <https://doi.org/10.4159/9780674043497>
- SPISSO, R. (2007). *Derecho constitucional tributario*. 3ra ed. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- TODD, S. (2016). «Accident Compensation and the Common Law», en TODD, S. (ed.), *The Law of Torts in New Zealand*. 7th ed. Wellington: Thomson Reuters.
- VELASCO CABELLERO, F. (2014). *Derecho público más derecho privado* Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- WEINRIB, E. J. (1995). *The Idea of Private Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. Hay traducción al castellano de PÁEZ, E., 2017: *La idea de derecho privado*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

