

UNIVERSITAT DE GIRONA
MÁSTER EN DERECHO DE DAÑOS
TRABAJO DE FIN DE MÁSTER
CURSO ACADÉMICO 2021-2022

***INTERPRETACIÓN JUDICIAL EN EL DERECHO PRIVADO:
UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.***

AUTOR: JORGE ALBURQUENQUE ALARCÓN

TUTOR: PROFESOR DOCTOR MANUEL VIAL-DUMAS
CATEDRÁTICO DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA

2023

RESUMEN

La discusión sobre la determinación del sentido y alcance de las reglas y principios se erige como uno de los grandes temas al interior de la ciencia jurídica, un debate apasionado abordado en distintas épocas y desde diversas perspectivas, que tiene como característica desplegarse sobre los contenidos más íntimos del Derecho delineando el modo en que este se conceptualiza a sí mismo. Este trabajo tiene como objetivo plantearse como una lectura posible respecto de la relación existente entre derechos fundamentales, justicia correctiva y distributiva en el marco de la hermenéutica del Derecho privado. Desde una perspectiva institucional, se plantea una conjetura acerca de la esfera de discrecionalidad del juez para efectuar consideraciones redistributivas a la relación de Derecho privado mediante la interpretación de los principios constitucionales, y se examina el límite de dicha actividad hermenéutica. Así, se busca deducir una fisonomía de aplicación de los derechos fundamentales en la relación de Derecho privado.

Palabras claves: Interpretación jurídica — Justicia correctiva — Justicia distributiva — Derechos fundamentales — Derecho privado.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
1. LEY Y CONSTITUCIÓN	5
1.1 El Estado legislativo.....	6
1.2 El Estado constitucional.	8
2. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO.	10
2.1 Los paradigmas de interpretación en el Derecho.	11
2.2 La indeterminación de los principios en el Derecho	17
3. DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIÓN.....	21
3.1 La constitución política y los derechos fundamentales.	21
4. DERECHO PRIVADO	24
4.1 La autodeterminación individual en el Derecho privado.....	25
4.2 Críticas a la noción tradicional de Derecho privado	30
4.3 La interrelación entre justicia correctiva y distributiva en la interpretación jurídica.	35
5. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO PRIVADO.	36
5.1 Aplicación vía interpretación de los derechos fundamentales al Derecho privado.....	37
5.2 Los derechos fundamentales como defeaters en el Derecho privado.....	41
5.3 Distribución ex ante y distribución ex post.	46
6. CONCLUSIONES	55
BIBLIOGRAFÍA.	56
JURISPRUDENCIA.	59

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo «Interpretación judicial en el Derecho privado: un análisis a la luz de los derechos fundamentales», está enfocado en la relación existente entre la interpretación jurídica y el Derecho privado, en específico respecto de los dilemas y desafíos que representa para los paradigmas de justicia correctiva y distributiva la aplicación de los derechos fundamentales. Cabe destacar que la interpretación jurídica por sí misma es uno de los grandes temas dentro de la ciencia jurídica. Desde ella, es posible situarse de manera directa en aspectos altamente controvertidos del Derecho, por ejemplo, la relación que este sostiene con la verdad, con la moral y si la interpretación es parte o no constitutiva del Derecho. En el sentido si este se encuentra terminado previamente o su concreción y, por ende, su compleción, depende de la actividad interpretativa.

Como se puede advertir de la sola enumeración de los temas donde la interpretación tiene alcance directo, se puede concluir que el desarrollo y conceptualización de la interpretación jurídica ha suscitado a lo largo de la historia del Derecho grandes controversias y discusiones. En específico, en la Modernidad, la discusión entre posturas formalistas y posturas interpretativistas ha sido especialmente productiva, pero en un sentido especial en el que es posible señalar que ninguna ha sido totalmente refutada ni otra ha resultado totalmente confirmada. Esto ha configurado una especie de dialogo interno dentro de la disciplina que ha permitido su complejización y desarrollo.

Este trabajo pretende desde una perspectiva que se podría denominar como «institucional» en contraste con las perspectivas «conceptuales» y «realistas», abordar la complejidad que reviste la interpretación dentro del marco del Derecho privado y como la actividad interpretativa se interrelaciona con las dinámicas de justicia correctiva y distributiva dentro de dicho campo, cuales son los eventuales límites para la aplicación de derechos fundamentales, o la forma institucionalmente inteligible para que estos se hagan efectivos. Ciertamente, es una propuesta, una conjetura inicial cuya finalidad, ante la magnitud de la empresa, consiste en abrir nuevas interrogantes antes que zanjar temas de modo definitivo o declarar derrotadas a algunas posturas para consignar a otras como correctas.

El trabajo se estructura en cinco apartados. En los dos primeros titulados «Ley y Constitución» e «Interpretación del Derecho», preponderan los elementos históricos-descriptivos, los que funcionan respecto del aspecto más crítico del esfuerzo investigativo a modo de contexto general. En ellos se describe como la actividad interpretativa y su conceptualización han adquirido especial relevancia tanto dentro del Derecho como la ciencia jurídica y como, finalmente, esta relevancia de la interpretación estaría configurando la transición de un Estado legislativo, caracterizado por el carácter contingente de la ley, hacia un Estado constitucional en el que la

actividad interpretativa del juez, guiado por la constitución, resultaría fundamental para efectos de la validez de las reglas jurídicas. Asimismo, se aborda como la impugnación del binomio claridad/oscuridad de las normas en el que se sustentaban las posturas más formalistas de la interpretación, habría dado paso a cierto principialismo en la actividad interpretativa, el que no habría sido exitoso en proponer pautas de interpretación que delimiten de modo efectivo la indeterminación que afecta a las reglas jurídicas.

El apartado tercero, titulado «Derechos Fundamentales y Constitución», de breve extensión, contiene aspectos más críticos y opera como un marco de transición hacia el contenido específico de la discusión referido al Derecho privado. En este apartado, se toma postura siguiendo a C. Schmitt y F. Atria y se circunscribe a los derechos fundamentales como «conceptos» que permiten estructurar una comunidad política. Se efectúa la distinción schmittiana entre «constitución» y «ley constitucional», proponiéndose que esta distinción otorgaría inteligibilidad institucional a la parte dogmática de la constitución al diferenciarla conceptualmente en razón de su funcionalidad respecto de la ley. Esta última es remitida como la declaración de la voluntad soberana que proviene de un previo ejercicio democrático de carácter institucional que produce la distinción entre lo jurídico y lo político, al constituirse como condición de posibilidad para la adjudicación de un pleito de un modo institucionalmente imparcial.

En el apartado cuarto, titulado «Derecho Privado», se realiza un ejercicio de contraste entre dos posturas. Por una parte, aquellas que denomino «tradicionales» o no «instrumentalistas», reacias a la justicia distributiva por su carácter político, en contraposición a las que denomino como «complejas» que plantean la interrelación entre justicia correctiva y distributiva. Frente a las posturas tradicionalistas, que circunscriben al Derecho privado a la interrelación entre dos agentes, se sostiene que estas no tendrían en consideración a la ley respecto a la justicia distributiva, la cual cumpliría un rol mediador esencial. Por lo tanto, sería difícil sostener que la justicia distributiva sea simplemente una expresión política, ya que la ley, al medicar dicho fenómeno, permitiría la imparcialidad institucional.

Finalmente, el apartado quinto, titulado «Los Derechos Fundamentales en el Derecho Privado», es el de mayor contenido crítico y opera como la concreción de todos los apartados previos. En este apartado, se plantean interrogantes sobre cuál es el margen que tiene el juez, en cuanto intérprete privilegiado del Derecho, para recomponer un contrato mediante la aplicación de la constitución y como también, en sede extracontractual, mediante los derechos fundamentales, puede sensibilizar el estándar exigible de cuidado a través del mismo ejercicio interpretativo.

Se propone que en el ámbito del Derecho privado, el juez debería estar sujeto a conceptualizar a la constitución como un marco de resolución de conflictos que informa las técnicas del Derecho privado, en lugar de soslayar a este último y remitir el pleito directamente al registro de la colisión de derechos constitucionales. De esta manera, las técnicas del Derecho privado, que propenden a la abstracción de los agentes a fin de hacer efectiva la autonomía de la voluntad, ostentarían cierta primacía, incluidos sus aspectos redistributivos como la lesión enorme, onerosidad sobreviniente, abuso del Derecho, buena fe, equidad, etc.

En el caso de que, mediante la aplicación de la constitución, se produzca una derrota masiva y uniforme de las reglas del contrato en sede judicial, es decir, que la injusticia de estas reglas revista tal gravedad que afecten la inteligibilidad institucional del contrato, toda vez que el contenido ético de la igualdad de prestaciones no se presume de sus cláusulas, se propone un reconocimiento institucional del legislador a dicha interpretación y la absorción de dicho criterio mediante la ley, con el fin de otorgar seguridad a la actuación de los particulares en el tráfico social. Dicha situación otorgaría énfasis al Derecho como un hecho primordialmente institucional, antes que uno estrictamente conceptual. Finalmente se incluyen una serie de fallos judiciales de Chile, Alemania y España que permiten dar cuenta del tipo de dinámicas esbozadas en el trabajo investigativo.

1. LEY Y CONSTITUCIÓN

Desde la segunda mitad del siglo XX en el Derecho ha comenzado una transformación: la aplicación directa de los valores recogidos en los derechos fundamentales tal como se aplican las leyes positivas. Este fenómeno, denominado como «constitucionalización», ha sido el proceso más relevante que le ha ocurrido al Derecho en el siglo XX e implica la conceptualización de la constitución, ya no solo como un texto que erige la forma básica de la organización del Estado y enuncia ciertos derechos individuales, en cuanto criterios demarcatorios que resguardarían la esfera de la individualidad ante la potencia regulatoria de la ley general producida por el legislador, sino como un conjunto de principios que recogen ciertos valores jurídicos de carácter metapositivo, cuyo contenido es de aplicación directa y obligatoria. Los derechos fundamentales se estarían configurando paulatinamente como normas jurídicas plenas, establecidos con el mismo criterio de operación y aplicación.

Esta aplicación como norma jurídica ordinaria de la parte dogmática de la constitución, conllevaría, en los términos de L. Ferrajoli (2001), un proceso de cambio de paradigma desde un Estado legislativo hacia un Estado constitucional, lo cual implicaría que la validez de las leyes dependería no solo de la forma en la que se han producido, sino también de su coherencia con los principios constitucionales. La ciencia jurídica, con base en esto, podría ahora incluso imponer obligaciones de contenido al legislador. Asimismo, se habría producido una reconceptualización

de la jurisdicción, en el sentido de que la ley solo se debería aplicar si es constitucionalmente válida.

Para L. Ferrajoli, esta cuestión conllevaría que el juicio por parte del juez ya no solo se encuentre circunscrito a los hechos, sino que sea «también, un juicio, respecto de la ley misma» (2001, p. 34). Con todo, si bien los cambios que implica el paradigma de Estado constitucional son profundos, toda vez que afectan los criterios de validez y la aplicación de las normas (como en toda dinámica procesual), es necesario advertir que esos cambios se caracterizan por ser graduales y paulatinos.

1.1 El Estado legislativo.

Vale mencionar que, con anterioridad al advenimiento del Estado legislativo, es decir, antes del advenimiento de la codificación y de la primacía de la ley como fuente formal, el criterio de validez del Derecho estaba anclado en el ajuste de las reglas positivas al concepto de razón. Las reglas entonces eran resúmenes de una sabiduría histórica acumulada mediante la costumbre, y su valor consistía en ser una indicación para el juez. De este modo, para M. Vial-Dumas:

«Los ordenamientos jurídicos se le presentan al juez como resúmenes de experiencia, en principio justos, pero no necesariamente aplicables. En otras palabras, cuando el juez conoce los hechos no aplica sobre ellos una norma que le viene impuesta, antes realiza un juicio a las reglas (plurales y en ocasiones contradictorias) que se le presentan para resolver el caso. Ese juicio a las reglas implica que el juez no esté sujeto del todo a ellas, pues, si en ese juicio determina que no es equitativa la aplicación, puede restringir o incluso suprimir esa norma respecto del caso concreto» (Vial-Dumas, 2019, p. 27).

Bajo este paradigma anterior al Estado legislativo que tanto L. Ferrajoli como M. Vial-Dumas y F. Atria han consignado como premoderno, «el jurista (...) no podría entender la famosa frase de Austin, el grito de batalla del positivismo jurídico: “la existencia del derecho es una cosa, su mérito o demérito otra”» (Atria, 2016, p. 59).

De acuerdo con M. Vial-Dumas (2019), el advenimiento del Estado legislativo se produjo mediante la pérdida de la bidimensionalidad y de pluralismo jurídico que ostentaba el paradigma del antiguo Derecho premoderno, transitando este a un Derecho monodimensional y estatal, el cual encuentra sentido con el paso del iusnaturalismo racionalista al positivismo como teoría dominante. Así se configura un Derecho del Estado «que es voluntad política de la nación que dicho Estado representa, de ahí que su expresión sea monolítica y no admita revisión por el juez» (Vial-Dumas, 2019, p. 31). Con relación a esta figura se podría considerar cómo antaño fuera una fuente viva del Derecho, y que en este nuevo registro pasa a ser un instrumento de la ley del Estado, de modo que debe sujetar su actuar al poder de esta.

De este modo, en el Estado legislativo es posible constatar que la primacía de la ley es una de sus observables, porque esta era:

«La expresión más perfecta del Derecho (...) (y que luego Bobbio llamaría, inaugurando una incomprensión de la tradición positivista que nos persigue hasta hoy, “positivismo teórico”) y que lo era por la ley, y solo la ley, podía ser entendida como: «Una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la constitución, manda, prohíbe o permite» (art 1 CC)»¹ (Atria, 2016, p. 52).

Por consiguiente, es posible enunciar que «las leyes que pueden ser creadas a voluntad por el soberano constituyen y no describen el derecho, este se hace contingente (vale porque se ha decidido que valga)» (Atria, 2016, p. 52). Bajo este impulso y esta actitud de confianza en la potestad legislativa es que encuentra sentido la célebre frase de Von Kirchmann: «Tres palabras rectificadoras del legislador, pueden convertir en escombros bibliotecas enteras»². En este contexto, ante la pregunta sobre qué es lo que estaría detrás del Derecho positivo, entendiéndolo como la verdad racional escondida en la apariencia de la ley (su sentido ordenador profundo detrás del fenómeno legal), H. Kelsen, en una especie de fórmula hegeliana³, sostuvo: «Quien levante el velo, verá venir a su encuentro la mirada fija de la cabeza de la Gorgona del poder»⁴.

Creo, entonces, quizá sin mucha novedad, que es posible sostener que el Estado legislativo, con su «legislador», esa despersonalizada versión contemporánea del Leviatán que todo lo sabe y, que sobre todo, puede proyectar la luz de la ley donde sea, ancla su doctrina en el positivismo jurídico «que hace de la voluntad legalmente expresada del legislador legalmente competente la única fuente del Derecho» (Kervegan, 2007, p. 31). En este sentido, según F. Atria, «esta comprensión moderna del Derecho llamada positivismo jurídico, permitiría la comprensión de la dicotomía legislación/jurisdicción, como también permitiría entender otra característica del Estado moderno: la administración, distinciones que no podrían siquiera formularse en el derecho premoderno» (Atria, 2016, p. 55).

Con la prevención de que no es objeto del trabajo solucionar el antiguo debate de la relación entre la moral y el Derecho, cabe consignar que el positivismo jurídico buscó la instauración de un sistema de reglas formales cuyo criterio de validez fuera autofundado y autorreferido. Este fue un verdadero proyecto político formulado como superación del antiguo

¹ Artículo 1 del Código Civil chileno.

² Citado en Atria (2016 p. 53). Citado en Kervegan (2007).

³ En la *Fenomenología del Espíritu*, como conclusión de la sección “Conciencia”, Hegel señala que, ante la dualidad sujeto-objeto y la presunta interioridad sustantiva que tendrían los objetos como verdad independiente de un observador, quien pretenda descubrir la verdad detrás del telón verá «*que no hay nada que ver, a menos que penetremos nosotros mismos tras él, tanto para ver, como para que haya algo que pueda ser visto*». En lo que puede ser denominado como un humanismo radical que postula que detrás de la objetividad se encuentra la acción humana, en el sentido de que no hay un sentido trascendente que sea exterior a esta (Hegel, 1807, p. 104).

⁴ Kelsen, tal como aparece citado en Herrera (1994, p. 226).

paradigma del Derecho premoderno, en el cual la razón se constituía como criterio de validez. El positivismo, entonces, propuso una diferenciación entre Derecho y moral, lo que permitía a su vez concebir al Derecho de modo autónomo e instaurar un impersonal gobierno de leyes. Para que dicho proyecto fuese posible se requería como condición de posibilidad la interdicción expresa de las funciones legislativas del juez. El origen de estas formulaciones es rastreable hasta J. Bentham y su crítica al criterio de validez del *Common Law*, al que acusó de arbitrario y de constituir un estándar insuficientemente público:

«In the sense that they are base on judgments of plausibility, coherence, and background morality the criteria of which cannot be made sufficiently public; and that this provide a screen for arbitrariness, prejudice, and bias, and thus introduce further uncertainty into the law» (Postema, 1980, p. 362).

1.2 El Estado constitucional.

El carácter contingente del Derecho moderno —que toma forma en el positivismo jurídico— encarnaría en su desarrollo un problema, en razón a que la posibilidad horrible de «que el derecho sea contingente quiere decir que siempre puede ser de otro modo. El derecho nazi mostró cómo “de otro modo” incluye “del peor modo posible”» (Atria, 2016, p. 81). Es decir, el poder omnímodo del legislador, respecto al cual P. Laband llegó a sostener que «no hay un solo pensamiento del cual no se pueda hacer una ley» (citado en Kervegan, 2007, pp. 13-14), puede devenir, ante la ausencia de límites, en la «legalización» del crimen contra la condición humana. La respuesta del Derecho ante este desafío se configuró en la forma de un Estado constitucional,⁵ paradigma que propone una restauración de la bidimensionalidad entre ley y valores universales, pero ahora recogidos en la forma de derechos fundamentales. Así, M. Vial-Dumas, quien ha tratado el advenimiento de una segunda dimensión universal del Derecho, ha consignado que este nuevo derecho (al que podría denominarse como «posmoderno») contendría elementos «premodernos»:

«Los juristas contemporáneos se enfrentan a las constituciones y en general al catálogo de derechos fundamentales que, hoy por hoy, en su núcleo central es común a la mayoría de los países occidentales, y partir de ahí elaboran una construcción jurídica que tiene las mismas características que la ciencia jurídica premoderna: es universal (...) igual

⁵ El positivismo ya se encontraba cuestionado desde antes, con el avenimiento de los conflictos sociales en Europa a principios del siglo XX. En este sentido H. Heller advertía: *«el problema del derecho injusto, que el positivismo, con la irreflexiva seguridad que en sí mismo tenía, pretendía haber eliminado junto con el derecho natural de la Ilustración, volvió a plantearse con las complicaciones sociales del siglo XX. Sin embargo los dos caminos, el de la moralización y el de la amoralización del derecho, con los que algunos teóricos eluden el problema, pretendiendo superar el positivismo (...) Su fundamental error consiste en que toman del derecho natural justamente aquello que nuestra época tiene que rechazar sin condiciones, a saber, la ficción de una comunidad jurídica completamente homogénea dominada por principios unitarios de justicia»* (Heller, 1942, p. 251).

que esa segunda dimensión premoderna, la de hoy, de la mano del jurista, es capaz de modificar, restringir o incluso suprimir el alcance de una norma legal que forma parte de la primera dimensión» (Vial-Dumas, 2019, p. 33).

En consecuencia, mediante la bidimensionalidad del Estado constitucional se produce la revigorización de la figura del juez, con la consecuente primacía de la jurisdicción sobre la ley. Según F. Quintana (2015), esto ocurre porque las reglas jurídicas que están en el ámbito de disponibilidad del legislador son actualmente solo una de las «caras» del Derecho. La exigencia ahora es hacerla «concordar» con la otra cara, la de los principios contenidos en la Constitución, y la satisfacción de esta exigencia recae en la jurisdicción (p. 248). Así, el advenimiento de esta segunda dimensión permite que sea posible modificar las normas de todo rango que sean inferiores a la constitución cuando se opongan a los principios que esta contiene, lo cual significa que las constituciones ya no son ahora simplemente el texto base del Estado, sino la puerta para esta segunda dimensión (Vial-Dumas, 2019).

Este tipo de jueces, premunidos de nuevos poderes, porque «son cada vez más libres para adoptar decisiones guiadas por la doctrina y la jurisprudencia, incluso en contra de la ley» (Quintana, 2015, p.199), son quienes se alzan como garantes principales de los derechos fundamentales. Ahora bien, a pesar de estos avances en sus prerrogativas, debe recordarse que estos poderes no son absolutos ni discrecionales, en tanto en la actualidad, después de avances de siglos en casi todas las áreas del conocimiento y el quehacer humano, es difícil concebir la idea de abandonar el saber positivo. Toda vez que en el siglo XIX se produjo una emancipación de los saberes efectivos respecto a la filosofía especulativa o racional, proceso que se tradujo para el campo del Derecho en la supremacía del positivismo jurídico y del cual se ve difícil una reversión total y absoluta de sus propuestas fundamentales, como, por ejemplo, la contingencia del Derecho y la separación conceptual entre Derecho y moral.

Para J. Kervegan (2007), la idea de una positividad que funda un espacio de racionalidad autónomo adquirió derecho de ciudadanía en los dominios más variados, mientras la filosofía, con Husserl, desplegó este paradigma en todas sus posibilidades (p. 14) Así, hoy en día, contrastando las dinámicas «premodernas» de juzgamiento, se pregunta aquél autor «qué juez osaría invocar en apoyo de una decisión, como lo preveían las primeras codificaciones inspiradas por la *Aufklärung*, en particular el *Allgemeines Landrecht* prusiano no sólo la muy vaga equidad, sino incluso, directamente, el derecho natural» (Kervegan, 2007, p. 14).

Esto ocurre porque aún persiste la idea de que la definición del Derecho para la Modernidad se efectúa apelando a la ley, «aunque sabemos, pues, que finalmente en uno y otro caso es el juez quien define qué es el derecho, pero no es lo mismo viajar en un barco con billete o como polizón, aunque en ambos casos se viaje» (Vial-Dumas, 2018, p. 193). Como se ha

mencionado, y porque estamos en un momento de transición entre paradigmas, aún no llega el momento de la expresión madura y totalmente en forma del llamado «Estado constitucional». Por esto, a pesar del avance conceptual y de aplicación de los derechos fundamentales, los jueces todavía deben fundarse en la ley o esgrimir un catálogo de muy buenas razones en el caso de no aplicar un mandato del legislador al caso concreto.

Sin el ánimo de tomar posición ni de considerar que existe un criterio firme que zanje la discusión entre el tipo de relación que ocurre entre moralidad y Derecho —lo cual dudo que pueda ser efectuado—, creo que el cambio de paradigma del Estado legislativo al Estado constitucional —y como se conceptualiza de modo consecuente a la ciencia del Derecho— se yergue sobre aquella discusión. Ello se puede verificar en el impacto que ha producido en la ciencia jurídica la discusión entre H. Hart y R. Dworkin respecto al rol de la Constitución y su eventual lectura moral, en el sentido de si el Derecho es un sistema de reglas y su conexión con la moral es contingente o, por el contrario, si este es una forma específica del discurso moral⁶.

2. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO.

Según J. García A. (2003), preguntarse sobre cómo interpretar de modo correcto la ley es un ejercicio persistente en la historia del derecho moderno. En el comienzo de la codificación, a fines del siglo XVIII, se confiaba tanto en la racionalidad inmanente de los códigos que se tenía la idea de que la interpretación apenas sería necesaria (p. 200). La instauración de un sistema unitario, coherente, que llevara los mandatos del legislador directamente a los ciudadanos, a la vez que jerarquizaba y ordenaba sectorialmente el Derecho, soslayó la labor interpretativa. A su vez, generó una reacción posterior, de modo que si bien «el siglo XIX fue el siglo de la codificación y su subproducto, una comprensión “mecánica”, rigurosamente “formalista” de la adjudicación, el siglo XX fue el de la reacción contra el formalismo» (Atria, 2016, p. 100).

De hecho, desde el advenimiento de la codificación también se enarbolaban críticas al movimiento de la emancipación de los saberes positivos sin horizonte especulativo. A modo de ejemplo, Kant ya pensaba a finales del siglo XVIII que la pregunta sobre el sentido del Derecho

⁶ F. Atria (2016), respecto a cierto positivismo que se podría denominar como «suave», el que propugna que la separación conceptual del binomio derecho/moral se sostiene de modo autoevidente, y que por ello esgrime que no existen problemas teóricos al respecto. En específico, respecto a J. Moreso, quien ha señalado que es imaginable un Derecho sin relación conceptual con la moral (Derecho romano), por lo que la moral en definitiva no sería un rasgo definitorio de los sistemas jurídicos, ante lo cual la preocupación al respecto sería irrelevante. Retrucando, expone que esta postura sería implausible, a la vez de definirla como poco interesante, en tanto “*no importa que la referencia a conceptos morales sea una de las características centrales de todas las prácticas jurídicas que conocemos: tampoco importa (porque es “conceptualmente” indiferente) que esas consideraciones no basadas en fuentes hayan aumentado considerablemente su relevancia jurídica en las últimas décadas*” (Atria, 2016, p. 44). Para este autor, este tipo de posturas revestirían el carácter de ser una especie de metafísica de lo posible, lo que es contradictorio en un positivista como J. Moreso, en el sentido que este se debería preocupar de lo que el Derecho es efectivamente como práctica social, o como el Derecho es posible en una dimensión empírica o sociológica y no solamente en cómo sería imaginable una práctica jurídica sin conexión con la moral.

era compleja de responder para el jurista, porque «una doctrina jurídica únicamente empírica es (como la cabeza de madera en la fábula de Fedro) una cabeza, que puede ser hermosa, pero que lamentablemente no tiene seso» (Kant, 1797, p. 38).

2.1 Los paradigmas de interpretación en el Derecho.

Al andar el siglo XX fue claro que en el campo del Derecho no podía existir una forma de aplicación directa de la ley sin mediar interpretación de la norma, ya que no hay forma de verificación en términos naturalistas de la verdad de dicha aplicación y su correspondencia. «Este es el problema crucial de la interpretación. No se puede verificar la verdad de una interpretación conforme la metodología que emplean las ciencias naturales o matemáticas» (Quintana, 2015, p. 264). A modo de digresión, y con la prevención de que la correspondencia entre verdad e interpretación excede el marco del presente trabajo, me parece relevante señalar que la verdad como correspondencia es un parámetro que se encuentra en disputa actualmente en una serie de campos del conocimiento humano (Ciencia, Sociología, Filosofía), del cual no es ajeno el Derecho. Hoy, se ha dado paso a nuevas formas de aplicación basadas en la racionalidad y la verdad, que entendidas como forma del consenso y la coherencia emergen en el trasfondo filosófico que produce la crisis actual de la razón ilustrada (Quintana, 2015).

De esta manera, en el ámbito de la ciencia jurídica existe un arco de autores que podrían ser denominados como «hermenéuticos», quienes criticaron los métodos de interpretación formalistas. En específico, dirigieron sus críticas al concepto de subsunción, entendida esta como un método de aplicación sin mediaciones de la ley. Sostienen algunos de ellos —por ejemplo, E. Betti (2015)— que sería necesario salir del logicismo del positivismo legalista, el cual entiende la interpretación como una repetición mecánica y una traducción literal de normas abstractas en un proceso de una «subsunción», desconociendo la adaptación evolutiva que la interpretación en el campo del Derecho exigiría (p. 318).

Cabe mencionar que la subsunción es, a su vez, el método de aplicación del silogismo jurídico, el cual presupone que la premisa mayor resulte ya preparada por el sistema legal a fin de que la premisa menor sea incorporada al marco predeterminado por la premisa mayor. No obstante, según F. Quintana (2015), K. Engisch mostró que la premisa mayor del silogismo es siempre construida porque presupone la interpretación del sistema. Así, «la aplicación mecánica, que se pensaba como posible para vincular al juez a la ley ya no resulta admisible» (Quintana, 2015, p. 196).

Considero, al igual que F. Quintana (2015), que el concepto de subsunción se encuentra lejos de una aplicación mecánica, porque entender la subsunción de esta forma presupone la

«claridad» como propiedad objetiva de las reglas⁷; sin embargo, aquella condición de inteligibilidad de las normas es el resultado de un proceso interpretativo que no se colige de modo objetivo de los enunciados gramaticales. Para que la subsunción efectivamente pueda operar sin interpretación, debería existir un campo semántico autoevidente que fije de modo objetivo la premisa mayor del silogismo, lo que no es posible, toda vez que la claridad de un concepto está intrínsecamente vinculada a la subjetividad de cada intérprete. De esta manera, respecto a la subsunción no se puede «saber por anticipado a cuáles casos se extiende, y este es precisamente el problema, que no se puede saber previamente a cuáles casos determinados se extiende el concepto o enunciado de que se trata» (Quintana, 2015, p. 172).

La «claridad» de un determinado concepto presupone por definición la ausencia de la duda, pero la duda es un estado mental del intérprete, «un estado psicológico, que se presenta por mecanismos internos, imposibles de prever y controlar» (Quintana, 2015, p. 177). Por esto, en razón de su carácter estrictamente subjetivo varía de intérprete a intérprete.

Ante esta situación de indeterminación, que pareciera dramática porque invita al nihilismo de las reglas, la obra más refinada del positivismo, representada por H. Hart, en palabras de M. Atienza y J. Ruiz Manero (2007) descartó la noción de un derecho aplicable automáticamente, en consideración a que el lenguaje natural se encuentra naturalmente indeterminado. H. Hart consideró que «el formalismo y el escepticismo ante las reglas son el Escila y el Caribdis de la teoría jurídica; son grandes exageraciones, que resultan saludables cuando se corrigen entre sí» (1963, p. 183). Como estrategia para encontrar una vía media entre ambos polos formuló el concepto de «textura abierta», porque «cualquiera que sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta (...) en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán indeterminadas» (Hart, 1963, p. 159). De esta manera, se admite que el Derecho puede resultar en cierta medida incierto, porque «las reglas jurídicas son expresadas en lenguajes naturales la textura abierta de los segundos se comunica, por así decirlo, a las primeras» (Atria, 1999, p. 381).

D. Ramírez (2019) señala que, bajo la lógica hartiana, la actividad de interpretación quedaría restringida a la zona de penumbra del significado de las clasificaciones en el Derecho, porque al aplicar el núcleo de significado a las palabras el intérprete aplica la ley «como es»; sin embargo, las palabras también tienen una penumbra en su significado que varía de contexto a contexto, lo que fuerza al juez a asumir un rol creativo y, para ello, deberá por primera vez emprender una interpretación (p. 407). En consecuencia, habida cuenta de este núcleo primario de significado de las palabras (el que viene predeterminado de antemano), el juez asumiría una especie de rol creativo a través de la interpretación, pero solo en los que se podrían denominar

⁷ Al respecto, consúltese Guastini (2015).

como «casos difíciles», los cuales a su vez son marginales respecto a la masa de casos ordinarios. Según H. Hart, «la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho» (Hart, 1963, p. 159).

Así, los casos «difíciles» serán aquellos en los cuales «la demanda por certeza es, en el caso, superada por la demanda por adecuación, es decir, si la solución ofrecida por la regla es suficientemente inadecuada como para ser derrotada en el caso» (Atria, 1999, p. 387). Nótese que aquella situación ocurrirá en la zona de penumbra, el ámbito en el que existe mayor incertidumbre y el juez ostenta mayores poderes creativos; por el contrario, en los núcleos de significados no existe discusión: la norma es clara, así como su subsunción. En consecuencia, «cualquier decisión tomada en la zona de penumbra, por definición, no puede considerarse de “aplicación”, ya que al fin y al cabo termina siempre siendo más o menos discrecional» (Bisogni, 2015, p. 19).

H. Hart propone una indeterminación estructural del Derecho en la zona de penumbra puesto que al no existir —en estricto rigor— una regla aplicable, el juez debe crearla mediante un ejercicio discrecional para, de esa manera, concretizar el Derecho. Para el positivismo más estricto la conclusión es interesante porque «desde este punto de vista la cuestión de qué es el derecho no puede ser completamente distinguida de la cuestión de qué debe ser el derecho» (Atria, 1999, p. 387). Así, la pregunta sobre lo que «debe» ser el Derecho tiene un fuerte componente moral, lo que no deja de ser curioso porque en esta zona de indeterminación se disuelve, de alguna forma, la separación conceptual entre Derecho y moral — concepto central del positivismo—.

Para los hermenéuticos el problema es que el concepto de textura abierta, el cual puede ser inscrito en el positivismo analítico —por su énfasis en el lenguaje—, sigue reproduciendo el binomio claridad/oscuridad de la ley. El conflicto consiste en que no hay claridad sin mediación interpretativa, de lo cual se sigue que la noción de penumbra que sirve de soporte al caso difícil y da pie a la interpretación es difícil de sostener bajo esta lógica.

Asimismo, dentro de las posturas críticas del positivismo se objetará la discrecionalidad judicial propuesta por la concepción hartiana como respuesta al caso difícil, al no existir pauta que permita resolver para el juez. M. Atienza y J. Manero exponen que en este registro «la resolución jurídicamente correcta de casos llamados difíciles se limitarían a expresar sus puras preferencias personales, sin que ninguna de ellas pudiera pretender estar jurídicamente mejor fundada. No habría, pues, en puridad, tales controversias» (Atienza, Manero, 2007, p. 17). En este mismo registro, E. Betti (2015) recalca que la reducción de la jurisdicción en el nivel discrecional no estaría justificada por la presencia de un momento axiológico, en cuanto la apreciación interpretativa siempre queda vinculada a la línea de coherencia y axiológica, la cual es inmanente al ordenamiento jurídico considerado en su totalidad orgánica (p. 273).

Parece ser que la ley efectivamente requiere de interpretación y aquél ejercicio contiene una tensión entre el caso particular y la ley general, lo que descartaría a la subsunción como concepto satisfactorio, puesto que este presupone la ausencia de conflicto entre lo general y lo particular⁸. Una aplicación normativa mediante subsunción es por sí misma un proceso complejo que implica, a su vez, la revisión del criterio general desde el punto de vista del criterio particular. Resulta extraño que se pueda alterar el mismo marco general del caso que se pretende subsumir, o encontrarlo porque este es difuso *prima facie*, ya que dicho marco general —bajo esta lógica— debiera encontrarse determinado de antemano. Pues bien, si hay que determinar el marco general —verificar su coherencia, la no contradicción con otras normas— al aplicar el caso particular, entonces la subsunción pareciera ser que no sería aplicación; además, aunque se defienda que la subsunción es el hallazgo de la razón particular respecto a la razón general⁹, la diferenciación conceptual respecto a la actividad interpretativa se vuelve difícil de sostener.

Considero que es correcto incluir la tensión como elemento caracterizador de la interpretación jurídica, especialmente la que es descrita como la tensión entre la voluntad de una regla dictada por el legislador del pasado —la que se desprende del tenor literal— y el contexto social actual en el que se encuentra inmerso el operador jurídico que interpreta la regla, puesto que el supuesto de hecho que la origina ha cambiado, como también ha variado la orientación del ordenamiento jurídico en general¹⁰. En esta esquema de temporalidad, «el texto literal del código funciona como una entablatura o una armazón, o un esqueleto, en fin, que no se articula ni se reanima si no es a través del contacto con la vida de la sociedad nacional» (Betti, 2015, p. 281). Por eso, «la interpretación cumple la tarea de darle eficiencia a las leyes y hacerlas vivir en la realidad histórica y social» (Betti, 2015, p. 316). Sin perjuicio de la tensión, cabe mencionar que es posible establecer distinciones respecto a las interpretaciones y el grado de conjetura que se puede alcanzar partiendo desde la literalidad de la regla, en el sentido que no todos son casos difíciles¹¹. Para B. Leiter, desde una perspectiva realista¹², si «el sistema jurídico de la sociedad moderna no colapsa abrumado por el peso de la disputas es precisamente porque la mayoría de

⁸ Si el concepto de subsunción en ciertos casos individuales requiere de elementos que escapan del ámbito de la norma considerada singularmente, en el sentido que la subsunción no debe contrariar a otras normas, considero que ese ejercicio, en sí, es interpretativo e implica la valoración y la coherencia del sistema jurídico como un todo orgánico.

⁹ Véase Atria (2016).

¹⁰ J. García A. propone desde el positivismo —y en la disputa con Alexy— no solo un criterio de interpretación, sino también en casos excepcionales una especie de derrotabilidad de la regla basada en la convencionalidad de determinadas orientaciones sociales de carácter general, las cuales adquirirían el carácter de normas jurídicas, porque “solo una regla puede derrotar a otra regla”. En esto coincide parcialmente con E. Betti, quien sostiene que la interpretación es la forma en la que se hace efectiva la regla en la acción de permearla con el contexto cultural de la época, en el cual la regla será aplicada, pero de alguna manera es reacio a la derrota *ex profeso* de la regla mediante vía interpretativa.

¹¹ En este sentido, F. Quintana (2015) propone que el tenor literal es la primera conjetura que permite la apertura al sentido de la regla y puede tener un sentido fuerte o débil.

¹² El análisis de B. Leiter se encuentra referido al sistema judicial de los EE. UU.

los casos que son presentados a los abogados nunca llegan más lejos del despacho de abogados» (Leiter, 2012, p. 86). Por consiguiente, de acuerdo con este autor, «existe un acuerdo masivo y dominante en todos los estratos del sistema sobre el derecho» (Leiter, 2012, p. 86).

Las posiciones que le otorgan mayor peso a la interpretación otorgan a su vez un mayor espacio intermedio al juez, quien tiene un rol activo en la (re)creación de la regla. J. García A. (2003) caracteriza estas posiciones como hermenéuticas, en el sentido que, para ellas, entre el enunciado legal y la sentencia habría un amplio espacio en el que el juez tiene un espacio central mediante la actividad interpretativa, de modo que la interpretación pasaría de ser la excepción bajo esta noción a convertirse en la regla (p. 195). Así ocurrirá entonces una diferencia entre quienes creen que el Derecho está «hecho antes de que entre en juego quien lo interpreta y lo aplica a los casos; para los otros, la interpretación y aplicación es parte de la producción misma del objeto llamado derecho, de su realidad constitutiva» (García A., 2003, p. 193).

Las posturas con mayor peso hermenéutico traen aparejado un rol más activo a los principios, porque en aquellos el juez escapa del tenor literal del enunciado y puede indagar sobre el sentido de la regla. Creo que también remiten de un modo más intenso a la moral, puesto que los principios direccionan la interpretación a consideraciones sobre lo que el Derecho «debe ser», mientras el registro del «deber ser» del Derecho, como se mencionó, contiene en sí mismo un fuerte componente moral. D. Ramirez, a propósito de R. Fuller, sostiene que para este último:

«La cuestión de la interpretación es una oportunidad para que la moral juegue un papel importante ya que gracias a ella en la aplicación del derecho se responden interrogantes tales como: ¿para qué puede servir esta regla? ¿Qué mal evita? ¿Qué bien intenta promover? Así, puede colegirse que en aras de determinar lo que la regla “es”, Fuller realiza preguntas de “deber ser”» (Ramírez, 2019 p. 407).

Para R. Guastini, de hecho, sostener lo contrario al día de hoy, es decir, defender que la interpretación del Derecho no sería una actividad permeada por la moral, es lo que revestiría el carácter de ser una posición extravagante. Este autor pregunta si «existe alguien hoy en día que piensa, en serio, que la interpretación es una actividad *wertfrei*» (Guastini, 2006, p. 293). En la actividad interpretativa se habría suscitado para F. Quintana (2015) una ruptura entre sentido y tenor literal, la cual marcaría el fin de los supuestos exegéticos del siglo XIX, lo que conllevaría también el fin del autor infalible. El sentido entonces habría que establecerlo en relación con otras dimensiones de la ley, mediante la búsqueda del contexto, la unidad del sistema jurídico y los principios y conceptos generales del Derecho, reformulando el modelo de claridad y oscuridad que constituye el doble modelo de aplicación y búsqueda de sentido de la ley (p. 177).

Como se ha mencionado, al entrar la actividad interpretativa en el terreno de los principios jurídicos también se entra en el ámbito de la moralidad. Sin embargo, y con la

prevención de que no pretendo abordar completamente el debate sobre Derecho y moralidad, ya que aquello sobrepasa el objetivo del presente trabajo, puede ser relevante tratar muy brevemente la distinción entre reglas y principios.

En esta perspectiva, cabe mencionar a R. Dworkin, quien postulando la relevancia central de los principios dentro del Derecho se convirtió en uno de los más grandes críticos del positivismo jurídico. Dicho autor definió los principios como «un estándar que ha de ser observado debido a que es una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad» (Dworkin, 2012 p. 72). De esta manera, los diferencia explícitamente con relación a las reglas, en consideración de su cumplimiento, que en el caso de las reglas sería binario, toda vez que una regla se aplica al caso o no se aplica, a diferencia de un principio que, dada su naturaleza, puede ser cumplido en mayor o menor medida. E. Betti, en un registro similar al de R. Dworkin, considera que los principios generales «no son ellos mismos normas sino sumas valoraciones, sumas de presupuestos axiológicos, las cuales han encontrado en las normas del derecho positivo solamente una parcial acogida» (2015, p. 317); asimismo, estos principios «están caracterizados por un exceso de contenido deontológico (o axiológico, como se quiera decir) en contraposición con cada norma, también reconstruida en su sistema» (2015, p. 339).

Cabe mencionar que, ciertamente, para autores como A. Restrepo la diferenciación estructural entre principios y reglas no sería posible en razón a que los principios deben ser construidos interpretativamente y no son autónomos respecto del sistema jurídico. «Entonces la afirmación de su diferencia estructural con las reglas, entendiendo por esta una diferencia en los términos de su estructura lingüística o normativa, es imposible de sostener» (Restrepo, 2018, p. 128). Esta es una postura interesante porque desliga los binomios tradicionales de interpretación/principio y aplicación/regla.

Para M. Atienza y J. Manero (2007), en cambio, en el paradigma del Estado constitucional los principios tienen prevalencia axiológica sobre las reglas positivas, en virtud de las cláusulas de derrotabilidad moral (p. 20). Como se postuló en líneas anteriores, las posiciones que otorgan énfasis a la interpretación generalmente remiten a la prevalencia de los principios, porque estos se configuran como la razón subyacente a la regla que permite descartar la deriva de interpretaciones y admitir «una interpretación como la única aceptable, por razón del principio que le sirve de base, entonces se deja la apariencia y la multiplicidad» (Quintana, 2015, p. 331).

En un registro constitucional, R. Alexy planteó que los principios contenidos en las cartas fundamentales son mandatos de optimización, concepto consistente en que la consecución de estos se efectúa conforme un criterio de maximización en concordancia con la realidad jurídica. Aquello es lo que los distingue de las reglas, cuyo criterio de consecución está fundado en su validez, es decir, son aplicables o no lo son a un determinado caso. Por esta razón, según R. Alexy,

en caso de colisionar los derechos fundamentales con otros derechos, la forma de aplicación de los principios se pondera mediante su proporcionalidad, es decir, se pesan en razón de su contenido, pero ambos derechos son válidos; por tanto, el conflicto no es de validez, «los hechos normativos fundados en un principio van a depender de qué otros principios se encuentren en juego en una situación y qué posibilidades existan de optimización del principio» (Alvarado, 2015, p. 396). R. Alexy ha tenido un impacto en todo el mundo con su propuesta interpretativa para el caso de colisión de los derechos fundamentales. A modo de ejemplo, «en Chile la interpretación proporcionalista ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional desde 2006 y ha sido aducida en 128 casos» (Alvarado, 2015, p. 396).

Considero que, hoy en día, las posturas positivistas de la adjudicación, más allá de la razonabilidad de sus propuestas, fueron severamente impugnadas, puesto que parece difícil sostener que el sentido literal de las reglas esté contenido dentro de un campo semántico autoevidente. De ello se puede concluir entonces que el binomio claridad/oscuridad de la norma fue licuado. La respuesta intermedia de H. Hart de la textura abierta que buscó resolver el esquematismo más formalista también incurrió —aunque de modo sofisticado— en dicho binomio. En consecuencia, han quedado dentro del campo del Derecho dos posiciones delineadas hoy en día: una más formalista, y otra de carácter más principialista o interpretativista; la primera, «heredera de la concepción del Derecho del siglo XIX, con el concepto de seguridad jurídica que le es propio, otra no formalista, que opone la seguridad de la defensa de principios, más que el apego irrestricto a las reglas» (Quintana, 2015, p. 248). Una especie de salida otorga G. Bisogni (2015), quien dando cuenta de la distinción hartiana entre el punto de vista externo e interno del Derecho ha señalado que la teoría de la interpretación jurídica hartiana es una teoría más adecuada para explicar la relación directa entre el ciudadano individual y las normas, antes que para explicar la relación más compleja que los funcionarios tienen con ellas (p. 19).

2.2 La indeterminación de los principios en el Derecho

Planteadas la crítica a los presupuestos de la claridad/oscuridad de la norma, de inmediato se produjo el problema de la indeterminación de las reglas y de los principios, desafíos ya pesquisados por autores que incluso se encuentran dentro del campo hermenéutico como E. Betti (2015), quien advierte que la complejidad y las relaciones masivas de las sociedades contemporáneas requieren grados de certeza con cierta homogeneidad antes que una justicia diferenciada por la vía interpretativa. En consecuencia, la soberanía estatal debería quedar reservada a la vía normativa ordinaria y la formación de normas en régimen de autonomía debería ser excepcional. Señala este autor que la pérdida de la diferencia entre la máxima de decisión y la norma jurídica habría llevado a calificar como fuente del derecho a la actividad interpretativa de la jurisprudencia, lo que desconocería las diferencias estructurales que existirían entre la Modernidad y la Roma antigua (pp. 357-358).

J. García A. (2003) ha señalado que las posturas hermenéuticas, si bien han logrado plantear críticas profundas a los métodos de adjudicación de corte más formalista, han fracasado en proponer criterios interpretativos sostenibles respecto a las reglas que logren despejar la indeterminación semántica de los principios. Pues bien, estimo que el Derecho necesita distinguir y construir un criterio de inteligibilidad de las reglas y los principios que permita separar la convicción privada del juez respecto de la regla y su respectiva interpretación. R. Brandom ha formulado:

«Insofar as legal concepts are (whether for global, systematic reasons or local, contingent ones) semantically indeterminate in a way that precludes their functioning appropriately in justifications of legal decisions, one would be obliged to adopt a form of legal realism about those decisions that is indistinguishable from legal nihilism» (Brandom, 2013, p. 20).

Porque ante la indeterminación semántica y la superioridad de la jurisdicción para cautelar los principios constitucionales, tal como señaló J. Bentham, se corre el riesgo de la arbitrariedad, se requiere, entonces, la posibilidad de demarcar y justificar los conceptos a los que apela la ley. En este mismo sentido R. Brandom señala:

«For the idea that there is a difference between exercising normative authority by appeal to law and simply exercising power in its name depends on the possibility of distinguishing applications of the law that are rationally justifiable in virtue of the meanings of the concepts that articulate the law and those that are not» (Brandom, 2013, p. 20)

La solución respecto a los principios con base en lo que se denominaría como «la fuerza del mejor argumento», que serviría al propósito de lograr el mejor acuerdo «para caracterizar el modo en que se decide uno a favor de una u otra composición de lugar es simplemente dedicarse a una lisonja gratuita» (Rorty, 2010, p. 107). Así, entonces, se han levantado voces críticas respecto a la ponderación como estándar de interpretación de normas constitucionales y su capacidad de alcanzar cualquier tipo de conflicto jurídico. F. Atria (2016), por ejemplo, recalca que si las palabras indican que no hay ponderación respecto a un derecho, entonces la constitución, correctamente entendida, exigirá ponderación. Pero la constitución no contiene normas que manden, prohíban o permitan, sino un intento no necesariamente exitoso de describir, por ejemplo, la dignidad del ser humano. Cuando las expresiones describan mal no tendrán valor, serán falsas, porque la constitución no fluiría de las disposiciones constitucionales, sino las disposiciones constitucionales de la constitución (p. 70). Pareciera ser que el principalismo fue exitoso en la crítica, pero no en proponer alguna pauta interpretativa.

Prosiguiendo con la descripción de las críticas a estas doctrinas que algunos denominan como «neoconstitucionales», F. Zúñiga señala que « el vector común del neoconstitucionalismo es, superando o intentando superar el (paleo)positivismo, materializar la Constitución, destruir la constitución formal, asignándole crecientemente poder a los jueces» (Zúñiga, 2014, p. 74). De acuerdo con este autor y R. Cárcamo, «se produce así una paradoja, la democracia contemporánea avanza en controles de poder, de los poderes democráticos, para trasladar más poder a sus castas de funcionarios, togados (jueces) o no (tecnoburócratas); reforzando unas variopintas “autonomías constitucionales» (2015, p. 268).

No obstante las críticas, el renovado protagonismo de los jueces también puede ser defendido. Así, por ejemplo, M. Atienza (2011) califica como «activismo tolerable» el hecho de que los jueces latinoamericanos sean más activos que los europeos en el momento de reconocer o crear derechos sociales, y que esto se justificaría porque si ellos no lo hacen no hay instancia estatal que lo efectúe (p. 85). Según D. Duquelsky (2018), habría un truco discursivo de los sectores mayoritarios de la justicia y la academia, los cuales atribuyen al activismo judicial los riesgos del «decisionismo» para posteriormente tildar de activistas a los jueces que pretenden poner freno a poderes económicos, mediáticos, policiales, patriarcales etc. (p. 207). De acuerdo con este autor, estos sectores se presentan de modo técnico-neutral e invocan la independencia judicial «para oponerse a medidas ampliatorias de los derechos fundamentales en tiempos de gobiernos populares, olvidando que la independencia de los magistrados implica también independencia del poder económico y otros poderes privados» (Duquelsky, 2018, p. 207).

Puesta la situación de la interpretación jurídica en una encrucijada entre las acusaciones cruzadas de principialismo y esquematismo, ¿hay alguna salida respecto al que pareciera ser un juego de suma cero en el que la interpretación o es aplicación inmediata de la voluntad del legislador y el juez es la boca de la ley, o la indeterminación semántica y la superioridad de los derechos fundamentales posibilita y, en algún sentido, también obliga a los jueces a luchar contra las reglas que consideren injustas? Es decir, en un escenario en el que las diferencias en los cánones de interpretación son acentuadas, incluso por posiciones políticas, creo que quizá no se otorga la importancia debida al hecho de que solo por compartir un lenguaje los seres humanos tenemos profundos acuerdos. Además, que el Derecho, a pesar de todo, funciona y es estable. Según R. Rorty (2010), dos seres cualesquiera que utilicen el lenguaje entre sí han de compartir, de modo necesario, una enorme cantidad de creencias y deseos. La idea según la cual la gente vive en mundos separados a causa de las diferencias culturales, la posición social o las fortunas sería incoherente, puesto que siempre hay un entrelazamiento, un depósito de creencias y deseos comunes para recurrir (p. 106). De igual manera, D. Davidson plantea —desde una perspectiva epistemológica intersubjetiva— que «el desacuerdo como el acuerdo son inteligibles sólo dentro de un marco de amplio acuerdo» (1984, p. 148).

Por su parte, G. Bisogni también arriba a una conclusión similar: «si el lenguaje ordinario cumple su función comunicativa sin la necesidad de una mediación autoritativa y decisionista en el nivel particular y concreto, no se entiende por qué razón el derecho debería funcionar de modo distinto» (2015, p. 28). Previendo que el asunto excede el objeto de la investigación y que la aceptación o rechazo de eventuales correspondencias entre derecho, moral y verdad parece ser un asunto dialógico que permite dar cuenta de cómo el Derecho se piensa a sí mismo y posibilita su desarrollo antes que posiciones evidentemente falsas o verdaderas. Preliminarmente, me parece productiva la idea de R. Brandom (2013) del reconocimiento sincrónico y diacrónico de carácter autoritativo como una forma *institucional* de abordar el dilema interpretativo en sede judicial.

El autor en comento, teniendo en cuenta que no es posible interpretar las disposiciones del derecho de manera aislada en razón a la dinámica inferencial que este tiene¹³, y puesto que los conceptos jurídicos adquieren significado mediante un razonamiento interpretativo de contexto, es decir, holístico, y no de un modo atomista, considera que —siguiendo a R. Dworkin— los jueces se reconocen normativamente a sí mismos mediante una cadena de autoridad temporal de razonamientos que dan estabilidad a los precedentes, situación que puede explicar que el derecho exhiba como sistema una relativa estabilidad y que, al mismo tiempo, ostente la capacidad de sostener cambios prudenciales:

«The currently deciding judge is also responsible to (and held responsible by) future judges, who can (by their practical attitudes) either take the current decision (and rationale) to be correct and precedential, or not. For the current judge actually to exercise the authority the decision implicitly petitions for recognition of, it must be recognized by future judges» (Brandom, 2013, p. 33).

Esta idea, como se puede apreciar, se ajusta de un modo preciso al *Common Law* y su regla de *stare decisis*. Al respecto, O. de la Fuente (2022) propone que es posible exportar esta formulación al sistema jurídico en general, dándole autoridad normativa a los teóricos del Derecho en cuanto sean reconocidos por la jurisprudencia en esta cadena recíproca de reconocimientos.

¹³ R. Brandom (2013) sostiene que el razonamiento inferencial consiste en que la verdad de la norma y su lógica dependen de proposiciones materiales previas que las condicionan, las cuales no son lógicas, a diferencia de la física y las matemáticas. Por ejemplo, A está al este de B; ello depende del lugar en que se encuentre A respecto a B, pero este y oeste no son conceptos lógicos. Se puede, mediante la vía inferencial, condicionar las conclusiones tenidas por verdaderas alterando las premisas materiales. Siempre en los razonamientos inferenciales las consideraciones son consideradas derrotables. En este sentido, el desacuerdo interpretativo en el campo del Derecho, para R. Brandom, es quizá posible leerse como un desacuerdo no en el contenido de los conceptos, o en la precisión semántica de estos, sino que podría radicar en las inferencias jurídicas y las distintas premisas materiales que las sostienen como justificación.

Personalmente, considero que la noción de reconocimiento sincrónico y diacrónico autoritativo puede ser reconceptualizada en el sistema continental, en una especie de reconocimiento institucional entre la ley y la judicatura, en cuanto los jueces son responsables por el Derecho y ante el Derecho, lo que incluye una forma primigenia de reconocimiento institucional que, eventualmente, podría ser virtuosa en tanto se reconozcan desde la ley los criterios jurisprudenciales que se utilizan en su aplicación. Para ello se requiere un reconocimiento del legislador en los casos de derrotabilidad¹⁴ de la norma exhibidos como práctica uniforme y coherente por la jurisprudencia. Aquello considero que le otorga a la interpretación jurídica un cierto carácter y una práctica institucional antes que conceptual, si bien para que aquello ocurra debe existir una conciencia en el sistema institucional que estructura al Estado moderno acerca de las funciones propias de la ley, la jurisdicción y la administración, así como de la interacción entre estas. Al parecer dicha dinámica le otorga inteligibilidad *institucional* al Derecho.

3. DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIÓN

3.1 La constitución política y los derechos fundamentales.

Tal como se mencionó respecto a la bidimensionalidad del Derecho que busca restaurar el paradigma del Estado constitucional, las actuales constituciones «suelen ser entendidas como documentos que exceden con amplitud la función clásica de dar forma al gobierno del Estado y poner límite normativo al ejercicio del poder. Se atribuye a los Estados constitucionales contemporáneos una dimensión ético sustantiva» (Marquisio, 2018, p. 1108). Al contener un carácter ético sustantivo, la constitución no ha logrado un concepto unívoco ni formal, toda vez que el propio concepto no es neutro y depende de las concepciones ideológicas de los distintos autores. A manera de ejemplo, J. P. Beca¹⁵ (2008) ha encontrado hasta veintiséis conceptos distintos de constitución, declarando la imposibilidad de una construcción científica al respecto.

Ante esta imposibilidad conceptual, para efectos de este trabajo considero provechoso el concepto de constitución formulado por C. Schmitt, puesto que es claro al efectuar una distinción entre lo que es propiamente una constitución en el sentido absoluto, entendida como la unificación política de una comunidad que permite establecer una dimensión existencial de su identidad institucionalizada —en lo que coincide con Hegel—, y la constitución en sentido relativo, a la que identifica con la ley constitucional, que para este autor es una ley «supralegal» cuya característica distintiva consiste en que es una ley procedimentalmente más difícil de modificar. Pues bien, según C. Schmitt (1982) la unidad del *Reich* alemán no descansaría en la constitución de Weimar y su validez, sino en la voluntad del pueblo alemán, es decir, una dimensión existencial sería la

¹⁴ Más allá de la abundante literatura respecto al concepto de derrotabilidad, tomada en este caso como la expresión impropia del legislador que es corregida por el juez mediante una reconstrucción sistemática que hace explícita la excepción que estaría implícita en la regla a fin de que esta cumpla su fin normativo. Véanse Atria (2016), Guastinni (2006) y Moreso (2019).

¹⁵ Revísese Beca (2008, p. 330).

que fundaría la unidad política y jurídica, más allá de las contradicciones sistemáticas, las incongruencias y las oscuridades de las leyes constitucionales concretas (p. 35).

Dicha distinción —constitución, ley constitucional— me parece fundamental porque otorga una inteligibilidad institucional al propio concepto de *constitución* al concebirlo de modo cualitativamente distinto a la ley. Asimismo, J. F Kervegan en su estudio de C. Schmitt postula que para este autor « la Constitución, lejos de reducirse al conjunto de disposiciones positivas que son las leyes constitucionales o leyes fundamentales, se identifica con el Estado mismo» (2007, p. 70) En este orden de ideas, J. F Kervegan cree que para C. Schmitt las actuales constituciones «yuxtaponen una componente política, esencialmente decisionista (por ejemplo: la decisión en favor de un orden democrático), y una componente liberal-individualista-*rechtsstaatlich*, esencialmente normativa (por ejemplo: la proclamación de los derechos fundamentales y las disposiciones que aseguran su protección)» (2007, p. 40).

Considero que siguiendo a F. Atria¹⁶ se puede afirmar que los derechos fundamentales contenidos en la constitución son conceptos polémicos y, en ese sentido, políticos, porque «los conceptos no aparecen en el conflicto político normal: el conflicto político normal es el conflicto sobre cómo hemos de entender nuestros conceptos comunes (es decir, sobre concepciones). El que no comparte nuestros conceptos no participa de nuestras prácticas políticas» (Atria, 2016, p. 275). Los derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la igualdad o a la educación, surgen bajo este prisma entonces como conceptos comunes que permiten la construcción de una comunidad política, en cuanto delimitan a quienes son parte de ella porque, precisamente, comparten estos mismos conceptos; la comunidad política es, de este modo, el compromiso con estos conceptos.

En este vector surge una consecuencia relevante: los derechos fundamentales se erigen como uno de los componentes políticos de la constitución «política». Son distinguibles por esto de las normas jurídicas ordinarias, en el sentido de que en razón de su naturaleza:

«Son normas cuya aplicación imparcial no adjudica el conflicto. Para dirimir el conflicto los conceptos que aparecen en el art. 19 de la constitución deben ser complementados por concepciones. Pero esa concepción no está en la constitución» (Atria, 2016, p. 276).

La distinción entre lo jurídico y lo político consiste, por tanto, en la adjudicación no polémica de un conflicto por parte de un tercero imparcial que invoca un cuerpo normativo

¹⁶ Contrario a C. Schmitt respecto al carácter político de los derechos fundamentales, en el sentido que para C. Schmitt el liberalismo reniega de la dimensión conflictiva de la política y el carácter constitutivo de la distinción amigo/enemigo al proponer sujetos abstractos e individuados, permeados por una lógica económica que no permite la construcción democrática de un pueblo; en ese sentido las garantías individuales como expresión liberal se constituirían en una especie de racionalidad antipolítica.

abstracto, entendido como normas objetivadas «que no puede decirse que sean reglas ajenas a las partes» (Atria, 2016, p. 270). Este tercero no tiene por qué estar de acuerdo en su fuero interno con el criterio de resolución del pleito que impone la norma, puesto que dicho criterio de resolución fue producido por el legislador democrático, es decir, «una o más decisiones abstractas que ya han sido tomadas por otros y a las que él debe lealtad» (Atria, 2016, p. 296); esto es lo que se corresponde con la dimensión jurídica del conflicto.

La redacción amplia y polisémica en la que se encuentran desarrollados los conceptos contenidos en los derechos fundamentales permite que estén disponibles para ser reinterpretados cuando las condiciones culturales o políticas cambian. Una cláusula puede significar cosas incluso opuestas si su interpretación se efectúa desde una determinada posición política, algo que es común en la parte dogmática de la constitución, pero inusual tratándose de la ley (Atria, 2016). De este modo, la constitución se configura como «un texto extremadamente abierto y que se ha llenado (o ha tenido que llenarse) de contenido por la jurisprudencia nacional e internacional y por la doctrina» (Vial-Dumas, 2019, p. 31).

Este tipo de redacción en sede constitucional no es casual, no es un elemento de estilo o una tradición. Su indeterminación estructural obedece al hecho de que los derechos fundamentales operan como conceptos que deben ser desarrollados a través de distintas concepciones. Por ello, dependiendo de la postura política que un operador jurídico tenga, este puede defender razonablemente y desde exactamente un mismo texto que el aborto está eventualmente prohibido o autorizado en la constitución. J. Moreso, entre una multiplicidad de autores, ha señalado en este sentido que «habitualmente las decisiones constitucionales reflejan acuerdos sobre cuestiones genéricas, sobre conceptos y sobre concepciones» (Moreso, 2000, p. 98)¹⁷.

¹⁷ J. Moreso (2000) ha propuesto como mecanismo de resolución el concepto de *precompromiso*, consistente en un coto vedado de intangibilidad de las decisiones constitucionales para el legislador futuro, basado en que la deliberación constitucional sería de una mayor calidad a la legislativa como tal, puesto que en aquella existirían altos niveles de acuerdo, a diferencia de la disputa legislativa. A su vez, para hacer efectivo este ámbito de precompromiso los tribunales que ejercen el control de constitucionalidad deberían deliberar con deferencia institucional respecto a la regla concebida por el legislador democrático, en razón de la claridad u oscuridad de la regla que se examina con relación al caso. De esta manera, cuanto más clara la regla, menos espacio a la creatividad y mayor deferencia institucional respecto a su tenor literal. Descartando el binomio claridad/oscuridad en el que se formula la propuesta de J. Moreso, considero que este concepto se asemeja, pero de manera invertida —porque el reconocimiento no es de la legislación a la jurisdicción, sino de la jurisdicción a la legislación— a la reformulación de la propuesta de reconocimiento sincrónico, diacrónico y autoritativo hecha por R. Brandom. Quizá lo objetable del concepto del *precompromiso* es que presupone que la deliberación constitucional es de mayor calidad que la legislativa por su amplio acuerdo, el cual sería un observable de representatividad democrática. Estimo que al día de hoy ese tipo de afirmaciones — al menos en Chile y en el marco de la profunda crisis de representación de los Estados liberales— son dudosas, teniendo a la vista el fracaso de las iniciativas constituyentes recientes. Asimismo, J. Moreso funda la calidad de la deliberación en la idea según la cual la constitución construye básicamente conceptos, los cuales creo que, precisamente por su carácter —construir a la comunidad

Debido a esta indeterminación estructural, los derechos fundamentales considerados de modo singular pueden cumplir una doble función de todo o nada. Es decir, la constitución establece un marco de resolución porque deja muchas preguntas abiertas a causa de su carácter abierto, de modo que requieren ponderación. Pero, al mismo tiempo, es esencial para resolver asuntos de carácter fundamental, porque contiene todo el Derecho, el cual solo requiere concretización mediante la actividad del juez. Para F. Atria esto se traduce en que el «neo-constitucionalismo oscila arbitrariamente entre una Constitución de conceptos y una de concepciones: entre una que no decide nada y otra que decide todo» (Atria, 2016, p. 292).

Considero que en sede constitucional lo jurídico y lo político tienden a confluir, lo que le otorga un carácter especialmente conflictivo a la interpretación. A mi juicio, esta sede es el lugar en donde mejor se expresa la dinámica de indeterminación y discrecionalidad judicial. Me parece necesario —tal como piensa F. Atria— dar cuenta de una explicación institucional, basada en una diferenciación entre la legislación y la jurisdicción, que permita sostener, a su vez, las distinciones entre lo jurídico y lo político, como también entre ley constitucional y constitución, con el propósito de dar cuenta de una manera precisa de la interpretación judicial que aplica derechos constitucionales. Creo que aquel tipo de categorizaciones de corte institucional también posibilitan conceptualizar de un modo preciso los derechos constitucionales al concebirlos de modo funcional y hacerlos inteligibles. Aquí se abre entonces la pregunta que también motiva el presente trabajo: ¿qué ocurre con el Derecho privado cuando este debe someterse a la normativa constitucional?, ¿su configuración interna es autónoma de las discusiones que se han presentado porque se encuentra premunido de una racionalidad inmanente?, o ¿es un instrumento más para concretizar los valores contenidos en la constitución?

4. DERECHO PRIVADO

Tradicionalmente, se ha definido el Derecho privado como aquél campo del Derecho que está caracterizado por la autonomía de la voluntad como elemento normativo preferente para efectos de regular la interacción de los particulares. Desde un nivel filosófico se le ha otorgado a la propiedad —elemento central dentro del Derecho privado— un estatuto coligado con la personalidad, en cuanto ella permite la exteriorización de la volición. «El derecho privado se constituye por ello en un espacio de expresión de la individualidad y, por lo mismo, no puede dejar de ser reconocido por una teoría de la justicia que pretenda seguir siendo tal» (Schwember, 2018, p. 83). En el mismo sentido este autor señala:

política—, ostentan amplia aceptación social. Creo también que la aplicabilidad de estos «conceptos» al caso concreto es problemática, precisamente por revestir el carácter de conceptos y no de concepciones, producto de la profunda indeterminación estructural que revisten. No obstante, considero que es acertado el perfil institucional de la propuesta.

«Usualmente se dice, con razón, que el derecho privado descansa en la autonomía de la voluntad; KANT y HEGEL insistieron en que el derecho privado ofrece una instancia para la expresión legítima del arbitrio en el mundo sensible. Los principios de la teoría del título válido ofrecen un atajo para ilustrar la verdad de ese aserto sin tener que transitar por las teorías metafísicas de estos autores» (Schwember, 2018, p. 78).

4.1 La autodeterminación individual en el Derecho privado.

La autonomía de la voluntad asume la condición de posibilidad para la autodeterminación¹⁸ de los individuos en su desenvolvimiento en el tráfico social, toda vez que «las relaciones personales, que se asumen intrínsecamente valiosas, no pueden desarrollarse sin promesas y sin contratos» (Papayannis, 2018, p. 239). Por lo tanto, el Derecho privado se configuraría como un campo del ordenamiento jurídico de carácter atributivo que otorgaría facultades normativas a los particulares. Para F. Schwember (2018), por ejemplo, no se podría dar cuenta de las instituciones del Derecho privado desde leyes solamente prohibitivas o preceptivas, porque mucho de los actos que les dan origen no se encuentran prohibidos ni prescritos. Los individuos se encuentran autorizados a realizarlos, en tanto cumplan los requisitos legales impuestos para su validez y no perjudiquen a otros (p. 82).

Hago notar que, con miras a los fines conceptuales y de desarrollo de este trabajo, denominaré como «tradicional» o «no instrumentalista» a una posición que concibe al Derecho privado como un campo del Derecho gobernado, fundamentalmente, por la justicia correctiva y la autonomía de la voluntad. Bajo estos vectores, el Derecho privado sería ajeno a fines funcionales. Este concepto lo utilizaré en contraposición a una noción más compleja de Derecho privado, la cual permite una mayor preeminencia tanto de elementos públicos como de la lógica de la justicia distributiva, por lo que consecuentemente también acepta fines instrumentales. Remitiré a la noción tradicional de Derecho privado a dos autores, E. Weinrib y R. Nozick, quienes desde distintas perspectivas (Filosofía del Derecho privado y Teoría de la Justicia) estimo

¹⁸ La autodeterminación como concepto, creo que es un avance central en la historia moderna de la libertad, ya que se erige como la condición de posibilidad de la moral kantiana, al postular desde un punto de vista lógico que los particulares mediante actos de libertad son capaces de determinarse de modo racional y autopropone sus propios fines morales con dimensiones universales. Para postular la posibilidad de la autodeterminación de los particulares. Kant reformuló de modo radical en su «Crítica a la Razón Pura» los presupuestos epistemológicos existentes hasta su época a través de la categoría de «sujeto trascendental» facultad de conocer constitutiva de un sujeto transindividual que «pone» la realidad cognoscible mediante su actividad de «determinación categorial» de la diversidad empírica, la que al mismo tiempo lo constituye. Kant se propuso –y logró– mediante esta vía, superar la dualidad existente en el campo de la filosofía entre la posición atribuible a R. Descartes de una ley racional externa que se conoce mediante la intuición intelectual del sujeto a la cual solo cabe ajustarse y el empirismo escéptico imputable a D. Hume. En ambos casos, la posibilidad de una dimensión moral universal no depende del sujeto moral, sino que es externa a este. En un caso, entregado a una ley inmanente accesible mediante la razón. En el otro, a la contingencia.

que han defendido de modo sofisticado concepciones restrictivas y estrictamente bilaterales del Derecho privado.

El primero de estos elementos de la concepción tradicional de Derecho privado, la justicia correctiva, tiene como característica central unir en una relación jurídica a «las partes directamente, a través del daño que una inflige a la otra» (Weinrib, 2017, p. 103), de modo que operan tanto en la responsabilidad extracontractual como en el derecho de contratos. En ambas sedes, de acuerdo con E. Weinrib, «el demandante alega que se ha violado un derecho que el demandado tenía el deber de cumplir. En ambas, las indemnizaciones compensan la vulneración del derecho del demandante por parte del demandado» (Weinrib, 2017, p. 167).

Tal como se mencionó, E. Weinrib ha defendido una concepción del Derecho privado fuertemente no instrumentalista, es decir, no sujeta a fines externos y de un carácter estrictamente bilateral. Parapetado en la noción de autodeterminación kantiana y de justicia correctiva, propone que estos elementos estructurales del Derecho privado serían coherentes entre sí y habrían configurado una especie de criterio interno formal de carácter esencial, el cual se desplegaría en cada caso en el que el Derecho privado es aplicado. En este sentido, «puesto que el Derecho privado intenta desarrollar doctrinas que expresen su propia coherencia potencial, la estructura es también una idea regulativa. He ahí por qué el objetivo del derecho privado es simplemente ser derecho privado» (E. Weinrib, 2017, p. 54).

Como se puede apreciar, para E. Weinrib el Derecho privado carece de objetivos extrínsecos a su existencia. Su constitución sería una especie de racionalidad inmanente, incluso premoderna, «puesto que la diferenciación entre las formas de justicia es anterior conceptualmente a su expresión en el derecho positivo» (2017, p. 254). Esta se expresa cuando se debe corregir una alteración injusta de las prestaciones bilaterales de las partes que constituyen la relación privada. Concluye entonces que el Derecho privado no admitiría fin externo alguno — prevención, disuasión, eficiencia—, ya que considera que estos serían intromisiones que afectarían la regla de inteligibilidad de este campo del Derecho, en cuanto no lograrían explicar por qué resultan jurídicamente vinculados de modo bilateral, mediante un injusto, un determinado demandado con un demandante.

Criticando al análisis económico del Derecho y su poder explicativo, señala E. Weinrib que esta perspectiva al estar enfocada en la eficiencia, trataría a las partes como sujetas a incentivos separados, por ejemplo, en caso que se otorgue al demandante una indemnización, la transferencia de dinero no necesariamente podría tomarse del demandado, pudiéndose alcanzar la eficiencia «mediante dos fondos diferentes, uno que recibe montos de responsabilidad extracontractual de agentes ineficientes y otro que desembolsa los estímulos señalados a las

víctimas» (2017, p. 79). Esto se debe a que este tipo de justicia busca que efectivamente alguien compense, eventualmente de la manera más eficiente posible.

Del mismo modo, el autor en comento postula, que también es posible descartar a la combinación de prevención y compensación como elementos explicativos, en tanto, la procedencia de una compensación no obedecería a la corrección o incorrección de la conducta del agente, toda vez que pueden existir acciones profundamente incorrectas, pero que si de modo fortuito no producen daño, no originarán una relación de Derecho privado, como pueden existir conductas de menor incorrección que si engendrarán la obligación de compensar al verificarse el daño. Concluye que desde esta óptica, la situación sería una lotería para los demandantes porque en vez, de tratar por igual a las víctimas que padecen daños iguales, su derecho a la indemnización dependería de la conducta culposa del demandado, como también sería una lotería para los demandados, porque la existencia y alcance de su responsabilidad dependería de la naturaleza fortuita del daño resultante. (2017, pp. 73-74).

Acusa de paso al instrumentalismo en el Derecho privado de revestir un carácter meramente contingente, de rehuir de una dinámica efectivamente explicativa. Se pregunta E. Weinrib si «¿es una relación jurídica un agregado de elementos autónomos, contingentemente yuxtapuestos, conectados unos con otros solo como tantos granos en un montón de arena? ¿O son estos elementos los constituyentes interdependientes de un todo internamente coherente?» (2017, p. 58). Como metodología del Derecho privado, E. Weinrib propone el formalismo, el que concibe como aprehensión de esta área del ordenamiento jurídico conforme su propia racionalidad intrínseca, dejando de lado consideraciones funcionales al respecto.

Como se ha mencionado, este ejercicio implica poner en el centro del análisis a la justicia correctiva, que es aquella que une a dos personas en una interacción normativa estrictamente bilateral como criterio de inteligibilidad del Derecho privado. De esta manera:

«Visto como la manera de hacer efectiva la justicia correctiva, el derecho privado ni es un proyecto de ingeniería social ni una oportunidad para el escepticismo moral, sino una exploración sofisticada de lo que una persona puede exigir a otra en derecho» (E. Weinrib, 2017, p. 258).

Por estas razones, el formalismo en el derecho privado sería ajeno a consideraciones distributivas, toda vez que, según E. Weinrib, la justicia distributiva es «el hogar de lo político. En la justicia distributiva la relación entre personas se halla mediada por el criterio que les asigna cosas de acuerdo con una igualdad proporcional» (2017, p. 239).

Al situar las consideraciones distributivas fuera del campo del Derecho privado y sostener que este opera en una dimensión totalmente apolítica, E. Weinrib se emparenta con R.

Nozick, de quien se puede decir que propone una completa teoría de la justicia basada en una noción no instrumental de Derecho privado. En esta, cualquier consideración distributiva se considera un injusto moral, toda vez que la forma de asignación de todos los bienes de la sociedad se da por intermedio de los intercambios espontáneos de títulos de propiedad no susceptibles de ser subsumidos a una determinada pauta. Según R. Nozick, «las cosas surgen ya poseídas (o con acuerdos ya celebrados sobre cómo deben ser poseídas). No hay ninguna necesidad de buscar alguna pauta que satisfacer; para pertenencias no poseídas» (2018, p. 216).

Asimismo, para este autor los intercambios de las «pertenencias» son considerados autosuficientes en términos morales, en función que desde un punto de vista singular se encuentran colmados de sentido subjetivo para los agentes¹⁹:

«No hay distribución central, ninguna persona o grupo facultado para controlar todos los recursos, que decida conjuntamente como deben repartirse. Lo que cada persona obtiene, lo obtiene de otros que se dan a cambio de algo, o como obsequio. En una sociedad libre, diversas personas controlan recursos diferentes, y nuevas pertenencias surgen de las acciones e intercambio voluntarios de las personas» (Nozick, 2018, p. 153)

R. Nozick llega a plantear que la totalidad de la moral de la ordenación social se encuentra radicada mediante el libre intercambio de títulos privados. Para dicho objetivo propone las siguientes reglas:

«1.- Una persona que adquiere una pertenencia, de conformidad con el principio de Justicia de la adquisición, tiene derecho a esa pertenencia.

2.- Una persona que adquiere una pertenencia de conformidad con el principio de justicia en la transferencia, de algún otro con derecho a la pertenencia, tiene derecho a la pertenencia.

3.- Nadie tiene derecho a una pertenencia excepto por aplicaciones (repetidas) de 1 y 2» (Nozick, 1988, p. 154).

Este tipo de reglas, según F. Schwember, contienen en principio el Derecho privado, «al menos en el siguiente sentido: no es posible expresar de modo más conciso, abstracto y universal

¹⁹ En este aspecto, R. Nozick, de quien se puede señalar que se encuentra situado en un espectro político «libertario», se separa específicamente de F. Hayek, en el sentido que R. Nozick aprecia la asignación de bienes desde una perspectiva individual, cuyo fundamento radica de modo exclusivo en los intercambios voluntarios de los agentes a los que les otorga un mérito moral. F. Hayek, por lo pronto, valora el mérito económico de dichos intercambios a los que sujeta a la apreciación de valor que le otorga el agente que recibe el bien o servicio antes que su justificación moral de carácter voluntaria. De esta manera, el criterio de justicia del intercambio queda radicado para F. Hayek en virtud de que estos producen bienestar social general, lo que para R. Nozick constituye una forma de pauta económica. Al respecto, revítese el capítulo VII de *Anarquía, Estado y utopía* (Nozick, 1988).

las reglas conforme a las cuales resulta lícito para los agentes libres adquirir e intercambiar bienes» (Schwember, 2018, p. 84). De esta manera, se puede concluir que las reglas signadas con n.º 1 y 2 contienen el principio de adquisición y transferencia mediante títulos de dominio, mientras que la regla signada con el n.º 3 representa a la justicia correctiva, que permite la rectificación de los intercambios injustos. Por ello, los derechos de la sociedad y los nuevos bienes se producen solo y estrictamente mediante su transferencia válida efectuada por otro agente. Así, la propuesta de R. Nozick se configura como «una teoría histórica de la propiedad: entiende que alguien es dueño de algo porque lo adquirió de modo legítimo del dueño anterior o porque, en su defecto, lo adquirió por sí mismo mediante una adquisición originaria lícita» (Schwember, 2018, p. 85).

Con un Estado mínimo, circunscrito a otorgarle fuerza obligatoria a los contratos, toda vez que es el que ostenta el monopolio de la fuerza, R. Nozick plantea que la sociedad es una colección o agregación de individuos que se rige por la regla moral «*de cada quien como escoja, a cada quien como es escogido*» (Nozick, 1988, p. 163). Esto no deja de ser una especie de provocadora reformulación de la regla ética propuesta por Marx en su «Crítica al Programa de Gotha»: «*de cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades*». Según F. Schwember (2018), R. Nozick no puede menos que proponer una perspectiva del Derecho atomística, en la cual individuos singulares en igualdad formal de condiciones realizan actos particulares—cuyos efectos asumen íntegramente—, y que colaboran con otros regular u ocasionalmente. Una sociedad en la que las interrelaciones moralmente se remiten a interacciones entre individuos, por ende, sus mecanismos de resolución solo pueden ser efectuados mediante las reglas del Derecho privado (p. 100).

Al igual que E. Weinrib, R. Nozick no necesita características particulares respecto de los agentes intencionales. Ellas son contingentes y conceptualmente irrelevantes, porque el Derecho privado de raigambre kantiana, al hacer abstracción de las consideraciones particulares, «le hace a lo particular el cumplimiento de verlo como la expresión de una actividad que se autodetermina» (Weinrib, 2017, p. 160). Ello porque la abstracción y la igualdad se constituyen en la condición de posibilidad para la existencia de la voluntad libre: «La primera consistente en la capacidad del agente de sustraerse de las inclinaciones y circunstancias dadas. (...) La igualdad de las partes corresponde a la irrelevancia para la dimensión normativa de la agencia de los rasgos particulares-deseos, talentos, circunstancias, etc.» (Weinrib, 2017, p. 114).

En consecuencia, se colige que el agente es precisamente «sujeto» en razón que expresa una intencionalidad e interviene el mundo exterior mediante su voluntad de autodeterminarse en ese ejercicio. En este registro, «las particularidades son factores que podrían diferenciar a los individuos y hacerlos desiguales» (Weinrib, 2017, p. 113). Si existe un parámetro igualitario,

aquél solo puede estar referido al ejercicio de la voluntad. Es en este orden de ideas que E. Weinrib nos advierte que la consideración de elementos particulares dentro del marco del Derecho privado no es posible, toda vez que «la interacción inmediata de la justicia correctiva no admite lugar para considerar los diversos grados en que los individuos tienen cualidades que podrían ser la base de una proporción mediadora bajo la justicia distributiva» (Weinrib, 2017, p. 110), lo que nos podría remitir a fines instrumentales, los que por definición y, como se mencionó, serían elementos extrínsecos a la idea del Derecho privado.

4.2 Críticas a la noción tradicional de Derecho privado

Como se ha visto, la noción tradicional de Derecho privado es renuente a las consideraciones distributivas, en cuanto la distribución de bienes y derechos se realiza mediante el título de dominio, el que se presume adquirido mediante una transferencia libre y voluntaria, en un ejercicio en el que los sujetos se interrelacionan entre sí, ya mediados por sus títulos de posesión. La distribución, tanto para R. Nozick como para E. Weinrib, es irrelevante entonces en términos conceptuales. Sin embargo, para R. Nozick al expandir la noción tradicional de Derecho privado como regla de justicia en general, la contravención del título no solo reviste el carácter de un ilícito circunscrito en los márgenes del Derecho privado, sino que también es constituye una falta para el Derecho en su totalidad. Además representa una contravención moral, en cuanto es una especie de atentado a los fundamentos de la sociedad.

No obstante, a pesar de lo esclarecedoras que son en ciertos ámbitos,²⁰ estas posturas presentan una serie de dificultades jurídicas. En primer lugar, en relación con la indeterminación del agente que daña y los sujetos dañados en el caso de los daños difusos. «Por ejemplo, la contaminación que causa una actividad productiva o la dificultad para determinar, años o incluso décadas después, a los responsables de los perjuicios ocasionados por injusticias históricas» (Schwember, 2018, p. 101).

En segundo lugar, y en relación con R. Nozick, parece ser improbable que el Derecho privado tenga la capacidad explicativa de todas las reglas de ordenación social. Como también parece ser improbable que las consideraciones distributivas puedan excluirse de una realidad ordenada mediante interacciones contractuales particulares, es decir, que estas no tengan que recurrir a pautas externas.

²⁰ Considero que permitirían trabajar normativamente, en términos cualitativos, sobre el rasgo más prominente de las modernas sociedades occidentales, la distinción entre la «Sociedad Civil» (como un sistema de mediación de las necesidades de los particulares) y el «Estado» (en cuanto hecho institucional general). Asimismo, en alguna medida, creo que es difícil de ser negado que el Derecho privado contiene fuertes elementos bilaterales y correctivos, los que se encuentran interrelacionados normativamente y que la propiedad funge un determinado rol en dicha estructura, porque ella es un estatuto de la personalidad.

F. Schwember pregunta por aquellos casos en los que el mercado expresa de modo sistemático la desigualdad —considero que un caso claro corresponde al contrato de trabajo— y cómo la voluntad mixta expresada en estos instrumentos, por ejemplo, un contrato celebrado en estado de necesidad por una de las partes, tiene la capacidad de abrir vasos comunicantes con las consideraciones distributivas. Según F Schwember, «el Derecho privado no puede más que refrendar la validez de los contratos celebrados con voluntad mixta, o no puede desconocerla más que de modo excepcional, como en el caso de la *laesio enormis*» (Schwember, 2018, p. 101). Si no se reconociera la validez de dichos contratos, en los que el consentimiento no se ha formado libremente, bajo una lógica nozickeana, los particulares podrían solicitar la nulidad de las convenciones. Esto presupondría ciertamente una contravención formal de la teoría de los actos propios, lo que conllevaría, a su vez, la inviabilidad de la totalidad del sistema.

En este registro crítico de posturas de carácter más esencialistas, y en relación con la inteligibilidad del Derecho privado, me interesa especialmente la de D. Papayannis (2016), que es la que se trabajará de manera específica. Considero que este autor asume expresamente la sofisticación explicativa de los argumentos de E. Weinrib respecto a la incapacidad de las teorías funcionalistas de explicar satisfactoriamente la idea del Derecho privado. D. Papayannis, de este modo, intenta articular una perspectiva que integre a la justicia correctiva con las dinámicas distributivas. Plantea, para dichos fines, que dualismos tales como interés general/particular u orden público/autonomía de la voluntad no lograrían dar cuenta del Derecho privado, porque «no todas las áreas del derecho público satisfacen el primer término de estos dualismos, ni todas las áreas del derecho privado se ajustan al segundo» (Papayannis, 2016, p. 446). Consecuentemente, propone una noción de Derecho privado que se podría denominar como «compleja», en la cual las consideraciones distributivas ciertamente juegan un rol primordial:

«La responsabilidad civil distribuye principal, pero no únicamente, derechos y deberes de indemnidad, es decir, derechos a no ser dañado de determinados modos, correlativos con deberes de dañar. A la vez, el derecho de daños rectifica las interacciones injustas. Los derechos y deberes primarios solo pueden comprenderse como una cuestión de justicia distributiva; los derechos y deberes secundarios, como una cuestión de justicia correctiva» (Papayannis, 2016, p. 202).

Esta distribución arquitectónica de lo que él denomina «deberes y derechos de indemnidad» constituye un trasfondo de derechos y deberes distribuidos de antemano. En caso de contravención, son rectificadas conforme al parámetro de la justicia correctiva, la cual, al aplicarse al caso concreto, los define como derechos propiamente tales.

Me parece que mediante esta vía D. Papayannis comienza su conceptualización del Derecho privado desde un criterio propiamente distributivo. Su tesis inicial, por lo tanto, contrasta

con las posturas de R. Nozick y E. Weinrib. Mientras R. Nozick sostiene que no hay nada común que distribuir, E. Weinrib considera que la distribución es conceptualmente irrelevante para el Derecho privado. En este sentido, también existen una serie de autores que plantean la tesis de la inseparabilidad de la justicia distributiva y correctiva desde distintas perspectivas. Así, por ejemplo, G. Fletcher propone la teoría de los riesgos no recíprocos entre los particulares²¹, en la que la responsabilidad y la obligación de compensar surgen cuando un particular asume de modo inexcusable un riesgo desproporcionado y no recíproco respecto a otro en virtud de la actividad desplegada, de lo cual también dependerá el régimen de responsabilidad que el legislador proponga, responsabilidad estricta (objetiva) en el caso en el que la actividad implique un riesgo no recíproco, el que le impone en un vuelo el dueño o el piloto de un avión al pasajero, y responsabilidad por culpa en caso en que ambos particulares se sometan a riesgos mutuos, dos aviones que vuelan en la cercanía con el mismo riesgo de colisionar en el medio del aire (1972, p. 542).

También J. Coleman y A. Ripstein plantean la inseparabilidad de ambos tipos de justicia, en el sentido primario que la justicia correctiva afirma una determinada distribución previa. En este orden de ideas, refieren, que determinar la responsabilidad mediante una teoría neutra de la agencia y control de costos, no sería posible, porque para establecer el contenido de dichas acciones se necesita una especie de índice primario de bienes públicos (el que es remitido al concepto de bienes primarios de J. Rawls), es decir, que la sociedad determine cuáles son las actividades valiosas que despliegan los agentes. Dicho ejercicio de juicio sustantivo, permitiría establecer los costos de los bienes de un modo objetivo con la respectiva distribución y rectificación del infortunio social, la que es remitida por estos autores al estándar de la culpa en sede extracontractual. (1995, pp.129-130).

D. Papayannis señala en su argumentación que detrás del establecimiento de conceptos tan centrales para el Derecho privado, como lo son la configuración de regímenes de responsabilidad por culpa o los regímenes objetivos, se materializa una dinámica de justicia distributiva de riesgos:

«Qué razones puede haber, que no sean de justicia en la distribución de los riesgos que nos imponemos unos a otros en la sociedad, para elegir entre un régimen de culpa y otro de responsabilidad objetiva; entre una responsabilidad absoluta, que ni siquiera admite culpa de la víctima (como en los accidentes nucleares) y un régimen común que admite

²¹ A. Pino propone que este es un ejemplo de inseparabilidad entre justicia correctiva y distributiva. (2013, p.105). C. Rosenkrantz de modo crítico plantea, que esta es una recaracterización de la culpa que desplaza su factor subjetivo centrado en las circunstancias concretas que rodean la conducta del agente hacia una esfera objetiva de comparación de riesgos, desnaturalizándola, toda vez que no permite la liberación del agente de la obligación de compensar cuando se ve enfrentado a circunstancias en las que cualquier persona razonable obraría de la misma forma (1998, p.53).

esas excepciones; entre una regla que solo indemniza el daño emergente, y una que también abarca el lucro cesante; entre una regla que compensa el daño patrimonial exclusivamente y una que también permite recuperar las pérdidas extrapatrimoniales, etcétera» (Papayannis, 2016, pp. 209-210).

Considero que la justicia distributiva, en esta noción compleja, se encontraría en el corazón de la racionalidad del Derecho privado. Sin perjuicio de ello, aquella se articula con la lógica de la justicia correctiva porque, según D. Papayannis, «puede ser verdadero que el propósito de la responsabilidad extracontractual bilateral sea implementar la justicia correctiva, y a la vez ser verdadero que la función de la responsabilidad extracontractual sea reducir el coste de los accidentes» (Papayannis, 2016, p. 102).

Así, a diferencia de E. Werinrib, en la propuesta de D. Papayannis no existe rivalidad entre aspectos funcionales o instrumentales del Derecho privado y la lógica de la justicia correctiva. Para dichos efectos utiliza la distinción hartiana del punto de vista interno y externo del Derecho²². De esta manera, las perspectivas «internistas» son atribuidas a la bilateralidad abstracta de la justicia correctiva, la cual permite erigir el concepto de responsabilidad individual. Por otro lado, las perspectivas «externistas» remiten a conceptos funcionales que pueden ser vinculados al análisis económico del Derecho, tales como la prevención, la eficiencia y la disuasión. «Las primeras intentan mostrar el sentido que tiene la práctica para los participantes; las segundas pretenden revelar los efectos de ciertas instituciones sobre la maximización de la riqueza» (Papayannis, 2016, p. 453).

En el moderno derecho de contratos, según señala D. Papayannis (2016), la autonomía de la voluntad tiene un rol distinto al que se sostenía en el siglo XIX. El advenimiento de una densa capa de regulaciones públicas en las interacciones de los particulares la habría configurado como el «mecanismo de entrada» a «los nuevos paradigmas dominados por las reglas sobre el abuso del derecho, la lesión, la imprevisión y, en general, la protección de la parte débil a través de estatutos de defensa del consumidor» (Papayannis, 2016, p. 367). A través de este tipo de observables es dable concluir que «la distinción público/privado no es una de opuestos lógicos, sino que lo público y lo privado se manifiestan en las diversas ramas del derecho con grados de iuspublicidad y iusprivacidad» (Papayannis, 2016, p. 19).

²² Conforme H. Hart para el estudio del Derecho desde un punto de vista externo, se debe apreciar la capacidad del sistema jurídico para producir un orden social, la adherencia de los particulares a las reglas y la modelación de la conducta social general. Desde un punto de vista interno, en cambio, se aprecian los procesos de declaración de corrección o incorrección por parte de los funcionarios especializados respecto a la validez, la adjudicación y el cambio de las reglas de reconocimiento del sistema jurídico. Un sistema moderno y complejo de Derecho implica para H. Hart la satisfacción de estas dos condiciones y perspectivas.

Asumiendo la distinción propuesta por D. Papayannis de punto de vista interno y externo del Derecho privado, creo que la regla de justicia y, por lo tanto, de inteligibilidad del Derecho de contratos desde un punto de vista interno —el sentido que para los agentes tiene el obligarse recíprocamente— está radicada en los intercambios que se producen por los agentes de manera libre. Esta voluntariedad y capacidad de agencia permiten al Derecho privado establecer un sistema de responsabilidad individual que vincula normativamente a unos determinados demandante y demandado mediante el injusto. Por esto es que estimo que E. Weinrib, a grandes rasgos, está en lo correcto al proponer dinámicas abstractas y gobernadas por la justicia correctiva dentro del marco interno del Derecho privado.

Siguiendo a F. Atria (2016), considero que las instituciones que componen el Derecho tienen determinadas estructuras para hacer probable lo improbable,²³ es decir, su estructura se encuentra en una disposición determinada para cumplir una función y, por ello, permiten hacer el Derecho inteligible. Por ejemplo, las personas buscan interrelacionarse mediante intercambios igualitarios, pero como es altamente improbable verificar el contenido de ese intercambio y dar cuenta de su igualdad en la transacción sin parámetros objetivos, el Derecho, mediante la institución del contrato y su formalidad, posibilita identificar institucionalmente el contenido ético del intercambio y, sin entrar en el fondo de dicho contenido, presupone la justicia de la transacción.

«¿Por qué el derecho reconoce como obligatorios los contratos? Una respuesta posible es: porque son intercambios justos. El derecho de contratos, visto desde esta perspectiva, es una forma institucional para identificar intercambios justos. Un intercambio es justo cuando las prestaciones son suficientemente equivalentes entre sí» (Atria, 2016, p. 155).

La forma de colegir dicha justicia es mediante la estructura que propone el Derecho de contratos —voluntad sin vicios, formalidades habilitantes—. Según de la Fuente (2022), «esto explica que en nuestra vida diaria no nos preguntemos por las condiciones bajo las cuales un intercambio en el mercado sería justo, sino que más bien aplicamos las reglas establecidas en el Código Civil» (596-597). Para de la Fuente (2022), estas reglas obedecen jurídicamente al esfuerzo colectivo por hacer probables los intercambios justos. De esta manera, lo relevante es tomar decisiones libres. Si estas tienen como objetivo la invocación de un determinado estatuto público, conceptualmente no considero que sea de especial importancia en este aspecto —la regla de inteligibilidad—. Sin embargo, si la tendrá para el desarrollo de la relación jurídica y los riesgos que las partes deberán soportar. Lo esencial es la intencionalidad de los agentes de autodeterminarse en relación con dicho estatuto.

²³ F. Atria (2016) propone que el Derecho reviste determinadas funcionalidades que permiten otorgar criterios de inteligibilidad de la vida social. La estructura y la forma de la institución se sigue de su función.

4.3 La interrelación entre justicia correctiva y distributiva en la interpretación jurídica.

Ciertamente, existen límites a la configuración en las relaciones de equivalencia del Derecho privado, toda vez que el intercambio normativo entre particulares y su criterio de equivalencia es regulado también desde una perspectiva pública para desentrañar su contenido. Por ejemplo, parece ser implausible la afirmación de que los elementos redistributivos que imponen los mecanismos correctivos ante el desequilibrio de las prestaciones recíprocas entre las partes revistan el carácter de elementos extrínsecos al Derecho privado.

Ante este tipo de situaciones, la respuesta del Derecho privado consistirá usualmente en que «el criterio para juzgar el valor ya no es subjetivo. En la mayoría de los casos, el control racional de la equivalencia depende de que exista un precio de mercado» (Papayannis, 2016, p. 354). No obstante dicha prevención, debe tenerse en consideración que el mercado, al menos idealmente, presupone el conglomerado de múltiples interacciones descentralizadas efectuadas de modo libre por los agentes racionales. Puesto así, la distinción no sería tan radical entre la faz objetiva y subjetiva del valor intercambiado, en cuanto los criterios de mercado igualmente remiten a elementos voluntarios, los cuales, considerados de manera global, operarían bajo un criterio de mano invisible. Incluso creo que R. Nozick tampoco sustentaría una tesis de separación radical, toda vez que los contratos, dentro de un margen de precaución razonable, no pueden afectar las pertenencias de otros²⁴, por lo que subyace a ellos cierta moral social.

Si bien las consideraciones distributivas contienen criterios políticos de asignación, una perspectiva de carácter universal cuyos objetivos son extrínsecos a la relación privada bilateral implica una valoración centralizada sobre lo deseable. Considero que dicha relación no es inmediata, porque dicha *concepción* es expresada como regla. En consecuencia, no creo que es posible afirmar que dicha consideración distributiva sea la intrusión de la política dentro del Derecho privado, toda vez que dicha consideración, esta máxima de decisión, ha sido procesada previamente en una instancia democrática con el fin de que sea aplicada y adjudicada de modo objetivo como ley.

La adjudicación del conflicto judicial mediante la ley es institucionalmente imparcial, tal como fue expresado al final del apartado tercero. Por ello, considero que la mencionada distinción conceptual entre lo político y el Derecho privado en los términos planteados por E. Weinrib, según la cual lo político es una especie de perspectiva global que reina en la justicia distributiva y el Derecho privado es la racionalidad inmanente que funda relación bilateral entre

²⁴ En el concepto de restricción moral indirecta, derivado del repudio kantiano a la mediatización del individuo, estos deben ser tratados como fines, no como medios. En consecuencia, sus derechos no pueden ser afectados porque se encuentra prohibida la agresión.

los agentes, no es efectiva, porque dicha conclusión esquivada un fenómeno jurídico principal: la ley.

5. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO PRIVADO.

Hasta el momento, siguiendo a autores como F. Atria, M. Vial-Dumas, F. Quintana, J. Moreso, R. Brandom y D. Papayannis, se ha postulado:

- A. Que la transición del paradigma del Estado legislativo al Estado constitucional presupone una paulatina restauración de una bidimensionalidad del Derecho a través de la parte dogmática de la Constitución, conforme lo señala M. Vial-Dumas. Esto conlleva, a su vez, una preponderancia de las posiciones principialistas de la interpretación respecto a las más formalistas, con la consecuente primacía de la jurisdicción sobre la legislación.
- B. Como resultado de la transición entre los paradigmas del Estado legislativo y el Estado constitucional, se ha desplegado una crítica desde posiciones hermenéuticas a la subsunción como método de aplicación de la ley. Esta crítica ha dejado a la subsunción severamente impugnada en sus términos, puesto que es implausible sostener la existencia de un campo semántico autoevidente que sea independiente del intérprete.
- C. Que el principialismo puede producir incertidumbre, pero si se entiende al Derecho como un fenómeno institucional antes que uno estrictamente conceptual; una forma de identificar institucionalmente la actividad jurisdiccional podría ser mediante el concepto de reconocimiento sincrónico, diacrónico, de carácter autoritativo, de R. Brandom. Para esto, en caso de derrota judicial sostenida y uniforme de determinadas reglas o estatutos legales —ampliando e invirtiendo el concepto de R. Brandom—, sostengo que el legislador debería operar mediante una deferencia institucional hacia la judicatura y reconocer la obsolescencia de la norma, derogándola o regulando el asunto en consideración de su conflictividad, otorgando así seguridad jurídica a los particulares.
- D. El carácter polémico de los derechos fundamentales de la constitución, conforme lo plantea F. Atria, entendidos como conceptos amplios y estructuralmente indeterminados cuya función primordial, es decir, su regla de inteligibilidad, consiste en instituir a la comunidad política. Derechos fundamentales cuyo desarrollo se efectúa mediante las concepciones que impregnan la legislación democrática.
- E. La división en el Derecho privado entre una perspectiva interna y externa, como propone D. Papayannis. La perspectiva interna caracterizada por el imperio de la relación bilateral de la justicia correctiva, la cual, mediante su abstracción, permite la responsabilidad individual. La perspectiva externa caracterizada por el imperio de la justicia distributiva, en el sentido que el Derecho privado y los contratos también pueden ser concebidos como

instrumentos de distribución de riesgos y como «estándares públicos de comportamiento» (Papayannis, 2016, p. 312).

5.1 Aplicación vía interpretación de los derechos fundamentales al Derecho privado.

Remitiendo los postulados mencionados al lenguaje del Derecho privado, el cual reviste elementos normativos de carácter atributivos para los particulares, considero que se abren ciertas interrogantes. Por ejemplo: ¿es posible, mediante la aplicación directa de los derechos fundamentales, intervenir la libertad contractual, derribar su presunción de justicia y recomponer constitucionalmente el contrato? A su vez, y respecto a la responsabilidad extracontractual, ¿es posible afectar el estándar de cuidado exigible de los agentes en el tráfico social para situar, sin mediaciones, en la esfera de la previsibilidad del sujeto a los derechos fundamentales?

Estimo que con este tipo de preguntas se está trabajando figuradamente sobre un antiguo problema que permite el desarrollo del Derecho privado, consistente en la tensión entre la libertad individual de los agentes y los objetivos políticos de una determinada sociedad. Para F. Chahuan y B. Flores, en relación con la autonomía de la voluntad, «la existencia de estos espacios de autodeterminación, tan centrales para el derecho privado, plantea la pregunta por la forma de delimitar la libertad de los individuos con la persecución de objetivos colectivos» (Chahuan, 2021, p. 231).

He sostenido, siguiendo a F. Atria, que la regla de inteligibilidad del Derecho contractual consiste en la autodeterminación libre del agente, quien ajusta su voluntad a ciertas formalidades habilitantes impuestas por el código civil, ya sea para configurar totalmente la relación de Derecho privado entre las partes, ya sea para someterse a una determinada regulación. La práctica de este ejercicio formal permite identificar institucionalmente la equivalencia de las presentaciones entre los particulares y, por ende, presumir su justicia. Aunque, según F. Atria:

«Es interna al derecho de contratos la idea de que cada agente es autónomo, que lo que alguien quiere es lo que quiere querer. Pero es evidente que este supuesto es demasiado exigente, ya por las condiciones en que vivimos (la objetivación del trabajador o del consumidor) ya por otras formas de opacidad de uno para uno mismo (como es difícil negar después de FREUD)» (Atria, 2016, p. 385).

El Derecho de contratos, qué duda cabe, atribuye a los particulares agencia y autonomía, pero para dichos efectos concibe a los individuos como dotados de una voluntad transparente, en la que la intención declarada se identifica de modo efectivo con el objetivo que busca en el tráfico social. Estimo que este tipo de voluntad estrictamente individual, racional y de carácter ilustrado es improbable que se materialice de modo efectivo, habida cuenta de la complejidad interactiva y la masividad de las relaciones desiguales que puede llegar a

imponer la sociedad moderna. Actualmente, ante mercados masivos y regímenes de contratación que rigen la interacción cotidiana de millones de personas es difícil sostener que la autonomía de la voluntad sea transparente²⁵ de la manera en que fue concebida durante la codificación.

Ante dicha situación, el Derecho ha sido receptivo y ha recogido las diferencias estructurales que no permiten concebir a los individuos como autónomos. En específico, el Derecho del trabajo, en razón a la asimetría entre las partes contratantes, se ha autonomizado del Derecho privado, y el Derecho del consumidor se caracteriza, a su vez, por una extensa regulación pública para efectos de determinar la validez de los contratos, así como las formas de resolución, compensación, indemnización y cumplimiento.

Ante las asimetrías estructurales, se puede concluir que el Derecho, como fenómeno social, cambia el parámetro de la inteligibilidad de la relación subjetiva entre los agentes mediante distintos tipos de técnicas, y se incluyen ciertas reglas interpretativas —prueba indiciaria, formalidad del consentimiento, presunciones— o estatutos públicos más densos. Estimo que en este tipo de casos la autonomía privada de los individuos considerados como sujetos abstractos, es decir, la regla del contrato, retrocede. Los mecanismos para identificar los términos del intercambio justo pasan a revestir, por ende, mayores características públicas.

En el Derecho del trabajo, vale mencionar, se postula la constitucionalización del contrato, habida cuenta de la situación de vida del trabajador y el conjunto de relaciones éticas y derechos fundamentales que aquello conlleva. Se produce entonces una introyección de derechos fundamentales de corte protector del trabajador al esquema de la relación de trabajo, a fin de otorgarle así capacidad de agencia y autodeterminación. La constitución ya no reviste el carácter de un marco general, sino que dirige directamente el contrato, subordinándolo²⁶.

²⁵ Hegel es quizás el primer filósofo que postuló la opacidad constitutiva de la acción de los particulares al concebir una especie de complejidad de la experiencia. Para dichos fines, en la *Fenomenología del Espíritu*, en la introducción a la «Razón Real», expone el concepto de «Reino Animal del Espíritu» en el que desdobra explícitamente la intención del sujeto respecto a la obra efectivamente producida. Además, postula a su vez una teoría de la enajenación que es constitutiva a la sociedad civil. En ella el agente no tiene una voluntad transparente respecto al mundo, porque en relación con la obra que se produjo no se sigue que el resultado final coincida: a) respecto del agente; b) respecto de su intención; c) respecto de su voluntad y; d) respecto de su acción. Porque, de modo individual, estas tres categorías —intención, voluntad y acción— son opacas en su interacción recíproca, como también son opacas respecto del agente. Asimismo, la acción individual ha quedado arrojada al juego de fuerzas de lo social y operan sobre ella una multiplicidad de agentes que tienen otras acciones, otras intenciones y otras consecuencias. Finalmente, el resultado es trágico: el agente no se reconoce en la obra y esta, sometida a la negatividad de lo exterior, lo niega en su resultado.

²⁶ Existen dos técnicas para efectos de la recomposición del contrato en sede laboral: a través de la modulación del poder empresarial, insertándose los derechos fundamentales en el interior del vínculo contractual, de modo que constituyen estos el filtro mediante el cual el empresario ejerce legítimamente su poder de dirección: la sujeción exterior del contrato a los derechos fundamentales, por el que estos lo dirigen desde la superioridad constitucional (las implicancias de las técnicas de interpretación y aplicación radican en la aplicación); y la deferencia de la buena fe contractual, esto es, con cuánta intensidad esta obliga al trabajador en el desempeño del contrato y su deber de fidelidad respecto de la empresa.

En sede extracontractual, el estándar objetivo de diligencia, erigido como criterio abstracto, el que en principio se corresponde con el hombre medio o el cuidado ordinario que el buen padre de familia emplea en sus negocios propios, conforme lo dispone la gradación de la culpa del artículo 44 del código civil chileno y que opera como regla general, soporta en el Derecho privado ante la asimetría estructural ciertas diferenciaciones, las cuales pueden corresponder a la edad de los agentes, a sus capacidades mentales, a ciertos conocimientos técnicos y, eventualmente, quizá de modo más restrictivo, al estado de necesidad al que los agentes se puedan encontrar afectos.

Por el hecho de la abstracción del deber de cuidado exigible es posible afirmar, según D. Papayannis (2016), que «el estándar objetivo de diligencia tiene efectos regresivos, puesto que impacta de manera más dura sobre los más desaventajados» (p. 449). Plantea este autor entonces que, a fin de paliar dichos efectos, se podría «incorporar sin mayores problemas un estándar sensible a las diferencias de ingreso y riqueza» (2016, p. 449). Ahora, con miras al objeto de este trabajo, si conforme a esta racionalidad inmanente es posible subsumir este estándar de conducta no solo a diferencias de ingresos, como plantea D. Papayannis, sino también a las diferencias correlativas de determinados grupos en razón de su pertenencia étnica y cultural, ¿hasta dónde es posible establecer distinciones y diferenciaciones?, ¿hasta dónde un estándar soporta concreciones para proteger las diferencias relativas de diversos grupos sociales?, ¿hasta dónde un estándar es propiamente un estándar?

El juez, como intérprete privilegiado del Derecho y en especial de la constitución bajo el paradigma del Estado constitucional, es el llamado a resolver este tipo de interrogantes sustanciales. Sin embargo, C. Starck (2002) advierte:

«El proceso político en un Estado democrático de Derecho exige que las cuestiones sustanciales permanezcan abiertas a las decisiones de la mayoría y que no todo sea decidido a través de la interpretación de la Constitución. Esto rige especialmente para las relaciones jurídicas entre particulares» (Starck, 2002, p. 78).

La adjudicación de un conflicto jurídico presenta como característica el establecimiento *ex post* de los parámetros de conductas sujetas a ser revisadas. Considero que este elemento particular se encuentra acentuado en la adjudicación en rango constitucional del pleito, porque tiende a la disminución de la seguridad del agente y de su esfera de control en su actuación. Por ejemplo, en relación con los deberes de no discriminación, podría estimarse, como lo hacen F. Chahuan y B. Flores:

«Si resulta exigible medir los impactos de cada decisión, bajo la eventualidad de que pueda ser revisada según parámetros de discriminación, quien carga con ese deber no puede tener la seguridad de estar cumpliendo con la regla de conducta (...). Dicho de

otro modo, si la discriminación es independiente de las razones que tenga el discriminador, la infracción del deber escapa de su esfera de control, lo que resulta incompatible como regla general en un Estado de derecho» (Chahuan, Flores, 2021, p. 243).

F. Chahuan y B. Flores (2021) refieren respecto a los deberes de no discriminación cómo en razón de la forma en que se encuentran estructuradas las relaciones del Derecho privado, las que se constituyen por derechos subjetivos, no sería propio que las partes atiendan más allá de la relación bipolar. Surge entonces la pregunta sobre cómo el Derecho privado podría internalizar un deber de interactuar en distintos ámbitos de la vida con personas diversas, «no para evitar un daño a un individuo, sino destinado, principalmente, a reducir las desventajas relativas de todo un grupo de personas» (Chahuan, Flores, 2021, p. 243).

Cuando los jueces modifican las reglas de responsabilidad vía interpretación, es decir, cuando se sobrepasa el umbral de tensión entre la adecuación de la regla al caso en concreto y el criterio general contenido en la norma jurídica, «ellos realizan juicios distributivos (o al menos juicios capaces de ser evaluados con sentido por la justicia distributiva, y no por la correctiva)» (Papayannis, 2016, p. 246). Esto implica la eliminación o modificación *ex post* de un estándar de conducta, que a su vez cumple la función de ser la concretización de esta pauta evaluativa —su sensibilización—, el que va más allá del riesgo que hayan asumido previamente las partes en el momento de celebrar el contrato o del deber de cuidado en las decisiones del agente en el tráfico social (en el caso de la responsabilidad extracontractual). De este modo, considero que el juez adopta el punto de vista interno de las partes al derribar de alguna manera la ley del contrato en sede contractual, o al ampliar la esfera de previsibilidad del agente en sede extracontractual.

Como se mencionó, es necesario contar con un arco de muy buenas razones para derrotar a la justicia correctiva mediante la interpretación judicial, alterando *ex profeso* la distribución originaria de los derechos y los deberes de indemnidad, ya que este criterio de justicia contiene un valor intrínseco, conforme lo planteado por E. Weinrib y D. Papayannis. La justicia correctiva pretende hacer posible la responsabilidad individual al considerar a las partes como abstractamente iguales, de modo que desde un punto de vista interno «el sujetar la transacción a la justicia correctiva, el tribunal declara el significado de la justicia correctiva en el contexto de la controversia específica entre manos» (Weinrib, 2017, p. 247). En su concepción más estricta de Derecho privado, E. Weinrib señala de un modo polémico:

«Los jueces, que tienen control limitado sobre los fines que persiguen, que ven las disputas desde el prisma de la litigación sobre derechos, que deben canalizar los efectos de sus juicios a través de los litigantes y que se hallan relativamente libres de la rendición

de cuentas frente a la comunidad, no se hallan en una posición adecuada para escoger entre distintas distribuciones» (Weinrib, 2017, p. 240).

Desde mi perspectiva, considero que los jueces están autorizados para efectuar juicios redistributivos respecto de los derechos y deberes de indemnidad en una situación concreta, por lo tanto, no comparto la concepción de intangibilidad de la justicia correctiva tan estricta que sostiene E. Weinrib en este aspecto. Sin embargo, también estimo que en el ámbito constitucional existe una distinción esencial en la forma en la que se concibe el Derecho privado. En un sentido, se le puede conceptualizar como un instrumento más para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, mientras que en otro registro se lo puede entender como un marco para resolver conflictos en consonancia con la ley del contrato. Esto se debe a que el enfoque interno del Derecho privado es bilateral y tiende a abstraerse de las particularidades. En consecuencia, cuando las partes están vinculadas por un contrato específico existe una fuerte presunción de justicia que el juez debe respetar en su rol institucional, toda vez que es su deber identificar las formas colectivas que la sociedad, a través de su práctica democrática e historia institucional, ha establecido para presumir lo que es justo.

Cabe consignar que la aplicación de principios por fuera de la regla del contrato en la resolución de conflictos en el ámbito del Derecho privado no está prohibida, como quizá podría pensarse de lo esbozado en líneas anteriores. De hecho, el Derecho privado cuenta con principios específicos que permiten recomponer los contratos —igualdad, buena fe, sanción al enriquecimiento sin causa—, los cuales en razón de su naturaleza poseen ciertos márgenes de indeterminación. Sin embargo, cabe destacar que la aplicación de estos principios se rige por la técnica propia del Derecho privado, que opera bajo el estándar de igualdad formal, previsibilidad y abstracción.

Por ejemplo, con ocasión de su ejecución, un contrato puede devenir en demasiado oneroso para una de las partes. En este caso, el juez centrará su atención para la adjudicación civil del pleito en el marco de previsibilidad en el momento de contratar, así como la irresistibilidad de la onerosidad sobreviniente a fin de hacer prevalecer la buena fe ante el principio de *pacta sunt servanda*. Incluso existirán referencias a precios de mercado como criterios objetivos para efectos de evaluar la presunción de justicia contenida en el contrato. Así, creo que la posición del juez respecto a las partes en este caso difiere a si aplica de modo directo la constitución, porque en este último escenario el juez tiene un margen mayor para decidir el pleito conforme sus convicciones personales y sus propias consideraciones distributivas.

5.2 Los derechos fundamentales como defeaters en el Derecho privado

J. Moreso (2019), junto con otros autores, plantea que los conceptos indeterminados atenuarían el sub-ideal de precisión en la aplicación del Derecho, «favoreciendo de este modo el

ideal de la justicia formal y, sobretodo, el ideal de la equidad. La introducción de *defeaters* en el Derecho pretende restaurar la equidad» (Moreso, 2019, p. 108). Según este autor, los «*defeaters* pueblan todo el territorio de nuestro Derecho. Así funcionan las causas de justificación en el Derecho penal, las causas de invalidez en los negocios jurídicos privados y, también, los derechos fundamentales reconocidos en nuestras constituciones» (Moreso, 2019, p.108). Subyacerían a estos elementos derrotantes de las reglas positivas las consideraciones distributivas. Comparto con J. Moreso que estos elementos se encuentran en toda la extensión del Derecho y que la indeterminación dentro del Derecho permite la reintroducción de la equidad, aquel antiguo valor jurídico que en el Estado legislativo fue relegado a un rol residual²⁷.

Por su parte, el positivismo ha aceptado la excepción implícita a la regla como elemento derrotante y no la considera como un fenómeno ajeno al campo del Derecho. Esta excepción — que sería implícita— está entregada a la esfera de la interpretación judicial e implicaría la lealtad del juez a la norma, ya que este al no aplicar la regla al caso concreto, manifestaría su adhesión al pensamiento que tuvo el legislador al momento de dictarla, en el sentido que «muestra la operación de un principio que el legislador no expresó, por lo que la falta de una excepción en la regla abstracta debe ser entendida como que el legislador “dejó en suspenso su expresión”» (Atria, 2016. p. 299). Podría decirse, en estricto rigor, que el juez completa una regla que se encuentra contenida en enunciado impropio.

Considero que en el caso específico de la aplicación de los derechos fundamentales a título de *defeater*, se amplía el margen de interpretación y discrecionalidad con el que cuenta el juez para efectos de la resolución del pleito al introducir componentes fuertemente morales, puesto que el intérprete debe abordar la dimensión del «deber ser» del Derecho, el que como se ha recalado en líneas anteriores no puede rehuir de la moral. Para J. Moreso (2019) este ejercicio de derrotabilidad, «es el modo en el cual el Derecho trata de preservar el ideal del imperio de la ley, articulando la precisión, con la justicia formal y la equidad» (Moreso, 2019, p. 109).

Sin embargo, la derrotabilidad genera aprehensiones en ciertos teóricos. «La inquietud que legítimamente puede surgir es si la derrotabilidad, tal como ha sido tímidamente planteada, podría poner en tela de juicio la fidelidad del positivismo a sus dos tesis centrales, separación conceptual y carácter convencional del derecho» (Espinosa, 2019, p. 44). Lo anterior, dado que estos conceptos eventualmente podrían legitimar la introducción de las convicciones personales

²⁷ El título preliminar del Código Civil chileno, en su párrafo 4, relativo a la interpretación de la ley en los artículos 19 a 23, establece el sistema de Von Savigny de los elementos de interpretación (gramatical, histórico, lógico, histórico y sistemático) en un orden de prelación. El artículo 24 dispone que: «*en los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural*». De esta manera, relega la equidad natural a una aplicación residual.

del juez como criterio decisorio del pleito y eliminar las premisas mediante las cuales se sustenta el positivismo.

Los elementos derrotantes de la regla (*defeaters*) vienen a solucionar el concepto de laguna axiológica, el cual se produce porque la aplicación de la ley al caso concreto deviene en injusta. Esto se explica «en que, si bien existe una solución, esta es valorativamente inadecuada, porque el legislador no consideró una distinción que debía haber tomado en cuenta» (Espinosa, 2019, p. 54). El *defeater* vía interpretación adiciona una nueva distinción a la norma, de modo que restringe su alcance²⁸. Pues bien, considero que ese ejercicio colinda, o se hace indistinguible de la situación descrita por M. Vial-Dumas con relación al juicio a las leyes efectuado por el juez y la restauración de la bidimensionalidad del Derecho. Aunque reconozco que F. Atria puede sostener que aquello es una adhesión del intérprete al pensamiento del legislador, en el sentido que lo completa, creo que en esa situación específica (derrota de la regla por expresión impropia), el ejercicio es indistinguible de la moral, porque es implausible que el intérprete haga valer la excepción a la regla considerando que ello no esté en consonancia con lo que el Derecho «debería ser» o suponga que la voluntad del legislador que el completa no tiene como objetivo lo mejor para la sociedad.

Como se mencionó, los jueces, al modificar o complementar una determinada regla de responsabilidad, plantean criterios capaces de ser leídos en un registro distributivo. Creo que es posible esgrimir que el juicio de responsabilidad y la aplicación de los derechos fundamentales a título de elemento derrotante (*defeater*) de la regla del contrato debe vencer a las distribuciones previas efectuadas institucionalmente respecto a los derechos y deberes de indemnidad que asisten a los agentes²⁹. La interacción de estas distribuciones otorga cierto marco de seguridad y previsibilidad a las interacciones de los particulares en el tráfico social y reguladas por el Derecho privado, a saber:

1. La distribución efectuada en el marco legal ordinario: límites de orden público, Derecho público, distribución mediante la regla de la responsabilidad subjetiva u objetiva, causales de exoneración de responsabilidad regladas, culpa infraccional, etc.
2. La distribución efectuada por las partes mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad, posterior a la primera distribución efectuada por el margo legal. Este ejercicio se constituye como la perspectiva interna de la relación de Derecho privado.

²⁸ Revítese Guastini (2006).

²⁹ Se sigue a D. Papayannis (2016).

3. Los criterios redistributivos propios de la técnica del Derecho privado: imprevisibilidad, lesión enorme, estado de necesidad, enriquecimiento sin causa, etc.

Una distribución similar ocurre en casos de responsabilidad extracontractual en caso de seguirse la doctrina chilena y la jurisprudencia nacional,³⁰ la cual sostiene que la previsibilidad del daño es un elemento intrínseco a la culpa, de manera que el autor de un hecho ilícito es responsable por el daño que un agente razonable habría podido prever que se causaría con la acción u omisión. En este escenario, se generaría una distribución de derechos y deberes de indemnidad que se encuentra regulada, en primer lugar, por el marco legal ordinario. Luego, entrarían en juego las relaciones de justicia correctiva como elementos que constituyen la perspectiva interna de la relación de Derecho privado. Por último, se considerarían los elementos redistributivos propios del Derecho privado, como, por ejemplo, el estado de necesidad. En este sentido, se podría argumentar que los derechos fundamentales, al actuar como elementos derrotantes en casos de responsabilidad extracontractual, podrían tener como efecto la sensibilización del parámetro de los deberes de cuidado impuestos al agente, ampliando o restringiendo la esfera de previsibilidad del daño causado.

F. Chahuan y B. Flores (2021) identifican dos vías para la implementación de los derechos fundamentales al Derecho privado: la vía de complementariedad y la vía de subordinación. La complementariedad opera cuando los derechos constitucionales afectan al Derecho privado, no sustituyéndolo, sino informando sus mecanismos de solución de conflictos. En consecuencia, los dispositivos que implementa el Derecho privado no son los de la constitución, sino los del propio Derecho privado. En cambio, la implementación por vía de subordinación se resuelve en la subordinación de estos mecanismos a los derechos fundamentales, de modo que estos últimos no los influyen, sino que los gobiernan (p. 235). Este sistema es similar a las dos formas de recomposición constitucional del contrato de trabajo en materia laboral: la «modulación», que sería propiamente una «interiorización» de los derechos fundamentales al vínculo contractual a fin de hacer valer los derechos inespecíficos, los cuales adquieren una categoría de derechos «contractualizados»; y la irradiación externa, en la que el contenido del contrato de trabajo comienza a ser regido de manera directa por los derechos fundamentales.

La solución que se adopte —complementariedad o subordinación— es relevante en relación con la intervención judicial. Una vía de subordinación facultará al juez para efectuar un control de convencionalidad y ponderar directamente la colisión de derechos que se presente. En el caso de la complementariedad se requiere de intervención regulatoria, ya sea a nivel legislativo o administrativo. Es decir, exige un cierto ámbito de legitimidad democrática. Sin perjuicio de ello, considero que el ámbito de la derrotabilidad de la regla de Derecho privado tiene una cierta

³⁰ Revisar Excma. C.S rol 21250-2020. 07-03-2022, E. Barros (2006).

relación con las vías de implementación de los derechos fundamentales mencionadas más arriba, pero se encuentra en un registro diferente. Porque si bien se puede pensar que es más afín a una solución de subordinación, aquí se produce la derrota deliberada de la regla, es decir, su no aplicación consciente, porque no otorga justicia al caso en concreto. En la subordinación la regla es solo un antecedente más en la colisión de derechos, el cual deviene en el criterio decisor del pleito.

Asimismo, la derrotabilidad de la regla tampoco debería estar clausurada por la vía de complementariedad, que propende a la exigencia de normativa ya sea en el nivel reglamentario o en el legal. Ambos criterios —complementariedad y subordinación— parecen ser direccionamientos generales para la interpretación y, de cierto modo, subyacen en la posibilidad justificatoria en relación con la derrotabilidad de la regla. Sin embargo, no creo que la sobredeterminen, porque no siempre se derrotará a la regla en la subordinación, al igual que la derrota no se encuentra prohibida en el caso de la complementariedad.

En el caso de los deberes de no discriminación se dan ejemplos relevantes de la tensión entre objetivos colectivos y autodeterminación individual. Estos deberes implican una tensión directa entre la libertad de escoger con quien contratar o la libertad de excluir que tiene el propietario. Implican también la apreciación concreta sobre los valores sociales de una determinada época y exigen al intérprete con particular intensidad sobrepasar la relación bilateral que impone el Derecho privado. Creo que remiten directamente a una distribución de derechos y deberes de indemnidad que le toca efectuar al operador jurídico, quien deberá resolver el caso observado valorando el orden básico de lo social. Su resolución deberá efectuar, entonces, apreciaciones respecto de los grupos de personas excluidas que componen su sociedad. En este aspecto:

«A diferencia de otros deberes jurídicos, el deber de no discriminar requiere de manera crítica una mirada colectiva sobre qué aspectos de nuestra diversidad pueden ser legítimamente considerados al deliberar y qué aspectos, en cambio, constituyen un menoscabo cuando son usados en nuestra contra» (Chahuan, Flores, 2021, p. 245)

En Latinoamérica, el problema se puede abrir con especial intensidad y fuerza con respecto al acceso a empleos, bienes y servicios a mujeres de sectores populares, personas de origen indígena, por ejemplo, o a migrantes. Asimismo, parece no ser una condición de posibilidad que la relación se verifique desde quien tiene un poder asimétrico respecto de otro contratante, «no solo que el proveedor esté impedido de discriminar al consumidor, sino también, este último al primero (el machista tiene el deber de permanecer en el avión, y no la libertad de abandonarlo, aunque lo pilotee una mujer)» (Chahuan, Flores, 2021, p. 242).

5.3 Distribución ex ante y distribución ex post.

Creo que en este tipo de casos es necesario imponer una agenda legislativa robusta que permita realizar dicha distribución de derechos y deberes de indemnidad de modo previo. De esta manera, se permite que los agentes puedan premunirse *ex ante* con los parámetros de conductas exigibles y, en caso de no aplicarse la carga dispuesta de modo típico y general por el legislador, también permite que puedan justificar su decisión particular con base en elementos propios del Derecho privado ya definidos de antemano. Esto sería una especie de derrota de la regla, aunque invertida en este caso. Estos cuerpos legislativos constituirían el margen público en el que es posible desarrollar las relaciones interpersonales. En fin, considero que es más adecuada una deliberación colectiva como la que garantiza la ley para efectos de determinar la distribución de los bienes colectivos. Por ello, la disponibilidad de este tipo de bienes sociales no puede quedar entregada sin limitación a la actividad jurisdiccional, porque dicha actividad, si bien es esencial dentro de un Estado de Derecho, tiene un déficit de legitimidad democrática, puesto que no constituye la voluntad general.

De este modo, creo que se delimita de una manera más clara el margen de acción de los particulares y se propicia, a su vez, un desarrollo de una política de justificaciones de sus elecciones más coherente y precisa. Por ejemplo, una regulación que exija paridad de género respecto a las contrataciones en los directorios corporativos de empresas públicas o de grandes empresas podría establecer pautas y criterios de resolución para otro tipo de casos dentro del Derecho privado, puesto que el ordenamiento jurídico en su totalidad tendría una nueva máxima de decisión del legislador, una nueva orientación general.

Este ejercicio legislativo podría generar incentivos para que otro tipo de empresas intenten ajustar su conducta y permear de paso el ámbito de la contratación laboral. Pues bien, para efectos de la justificación, ¿hasta dónde es exigible la inclusión de la paridad de género en empresas de menor tamaño o dedicadas a rubros históricamente masculinos, como la seguridad privada? El Derecho como fenómeno no obedece únicamente a una dinámica normativa y de disciplinamiento social, es también una forma de discusión pública y democrática realizada mediante razones jurídicas. Así, nuevas máximas de decisiones permiten ampliar el campo de las argumentaciones que pueden ser sostenidas judicialmente como «nuestras razones», mediante argumentos analógicos, sistemáticos de congruencia, etc.

Tal como a E. Betti (2015), me parece plausible desde un perfil institucional sostener en relación con el Derecho privado la diferencia entre la reconstrucción de la máxima de decisión que efectúa la jurisdicción y la norma jurídica. En este sentido, la máxima de decisión no es una

fuerza del Derecho, como tampoco lo es la actividad jurisprudencial, aunque sí es fundamental para la actividad del intérprete puesto que otorga directivas de interpretación.³¹

En específico, para el desarrollo de los derechos fundamentales el criterio subyacente del legislador que la jurisdicción desentraña opera —si la interpretación es virtuosa— como una especie de orientación general que les otorga sentido y los circunscribe en un determinado registro. De esta manera, en tanto que la jurisdicción los procesa, los hace a su vez efectivos. En el caso del Derecho privado, los derechos fundamentales pueden convertirse en elementos centrales en la tensión que se produce entre los objetivos colectivos y la autonomía de la voluntad. Así:

«Las máximas de decisiones no son normas jurídicas: ellas, como los mismos principios en los cuales se inspiran, restan siempre sujetas a control y revisión crítica. Puede darse, sin embargo, que las máximas de decisiones, una vez afirmadas recojan a continuación la aprobación y consenso de otros jueces en decisiones conformes de casos del mismo género y que, examinada así una interpretación usual, se imponga a la observancia de la generalidad de los coasociados, sea por su espontáneo reconocimiento, sea en virtud de una ley que la haga propia y la codifique» (Betti, 2015, p. 356).

Para E. Betti (2015), las soluciones positivas a casos dudosos, después de un proceso de maduración, de recepción o absorción, las máximas de decisión que hayan tenido buena prueba, vienen a su vuelta convertidas en norma jurídica (p. 357). De esta manera, me parece que se produce una situación similar a la propuesta de reconocimiento sincrónico y diacrónico de R. Broom, en la cual se exige la uniformidad de los criterios jurisprudenciales, siendo posible que dichos criterios sean recogidos por el legislador, en lo que puede describirse como la existencia de una disposición de «deferencia institucional» —en los términos de J. Moreso— del legislador hacia la judicatura.

Este proceso no me parece especialmente complejo de aceptar para el positivismo, en el sentido que solo da cuenta de un cambio en la regla de reconocimiento del Derecho vía interpretación y la posterior absorción legal. Creo que H. Hart fue lo bastante flexible para reconocer que dicho cambio fuese posible, toda vez que la regla de reconocimiento «solo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y

³¹ Reconozco que dicho criterio puede ser altamente controvertido, en la medida en que puede remitir a la discusión conceptual sobre el carácter «cognoscitivo» o «no-cognoscitivo» del Derecho, en el sentido de si los enunciados gramaticales de las normas jurídicas son descriptivos o adscriptivos y el relativo ámbito de la discrecionalidad del intérprete. Revísese Guastini (2008). Asimismo, en una dimensión institucional, puede remitir a la discusión sobre la posibilidad de la distinción entre definitividad e infalibilidad de la interpretación jurisdiccional. Revísese Atria (2016).

particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho» (Hart, 1963, p. 137).

En otro orden de ideas, y en el registro de la responsabilidad extracontractual, podría pensarse que una distinción en el ejercicio de apreciación de la ilicitud respecto de una lesión a los derechos de la personalidad como la dignidad, la igualdad formal y la honra, conceptualizados mediante el paradigma propio del Derecho privado, al igual que la apreciación de la lesión de este mismo tipo de derechos, pero ahora en un registro propiamente constitucional al ser dimensionados como derechos fundamentales, sería inoficiosa. Sin embargo, me parece que es posible plantear diferencias relevantes en el ejercicio de apreciación del ilícito. Así, E. Barros (2006) ha sostenido:

«El sopesamiento de los bienes, que determina el cuidado debido en sede civil, está influido por el valor que ellos tienen en el orden básico de la sociedad. Cuando se llega a esta frontera, los conceptos normativos generales del derecho privado (como el de negligencia) deben ser concretizados en una dirección coincidente con la del derecho constitucional. Al darse este paso, sin embargo, se debe tomar en cuenta que las consideraciones de justicia correctiva, que subyacen tras las relaciones de derecho privado, ceden ante intereses de bien común» (Barros, 2006, pp. 539-540).

Creo que la diferencia de apreciación entre ambas sedes se sostiene en una especie de doble modelo de abstracción y concretización. En el caso de los derechos de la personalidad propios del Derecho privado, el parámetro para apreciar las características personales de los agentes tiende a la abstracción y la formalidad, por ende, reviste menor relevancia el origen étnico, la pertenencia a grupos marginados de la sociedad, el género, etc. De este modo, el criterio privatista centrará su atención en las circunstancias concretas del caso, en las que revisten mayor importancia elementos de previsibilidad tales como la apreciación en concreto de los riesgos recíprocos en la interacción bilateral, porque dichos antecedentes resultan esenciales para desentrañar el significado de la justicia correctiva en el caso particular.

Por el contrario, en un registro constitucional las características personales de los agentes tendrán más peso, por ejemplo, su nivel educacional o su pertenencia a etnias discriminadas, pero las circunstancias concretas y materiales que rodean la relación bilateral será sobrepasada en una perspectiva más global, la cual, si no se encuentra respaldada por la ley, podría considerarse que es un razonamiento que roza lo político.

Esta parece ser la exacta circunstancia que se encuentra controvertida en un dividido fallo dictado por la sala de verano de la Corte Suprema de Chile el 09 de marzo de 2012,³² en el que la

³² 1030-2012. Excma. C.S de Chile 09 de marzo de 2012.

Corte, conociendo de la cancelación de la matrícula de un estudiante menor de edad por parte de un establecimiento educacional privado, declaró que dicho acto vulneraba el «interés superior del niño», contenido en el artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño. Toda vez que los problemas conductuales se producían porque el niño presentaba un trastorno de déficit atencional, respecto al cual sus padres habrían seguido un tratamiento psiquiátrico. La Corte, en los considerandos séptimo y octavo, indicó:

«7.- (...) Cabe esperar de la entidad que en vez de rechazar a uno de ellos por sus problemas conductuales, se adapte a su diagnóstico psicológico ofreciéndole mejores condiciones de estudio y desarrollo personal 8.- (...) La cancelación de su matrícula se ha buscado alejar al menor por quien se ha recurrido, mientras que el actuar debió orientarse a pretender una buena relación de éste con los demás miembros de la comunidad. La medida es esencialmente sancionatoria y no educativa».

En el voto de minoría de dos de sus miembros en los considerandos 1 y 3 se consignó respecto a la sanción.

«1.- (...) Tal decisión aparece sustentada en el Manual o Normas de Convivencia que hace las veces de Reglamento Interno del Colegio, el que no se ha alegado ignorar por parte de la recurrente» 3.- (...) La mantención de la matrícula del estudiante en referencia estaba supeditada al cumplimiento de las disposiciones estatutarias y reglamentarias que aceptó y a las cuales se encontraba sujeto, de manera que habiendo incurrido en las reiteradas faltas que se describen en la sentencia que se revisa, el Colegio se encontraba revestido de la atribución de cancelar la matrícula para el año en curso, tal como lo contempla la normativa que lo rige».

Previamente, cabe aclarar que por una infinidad de razones que exceden el objeto del presente trabajo —reproducción orgánica de la élite, corpus legislativo enfocado en la libertad de enseñanza antes que en el derecho a la educación, modelo de *voucher* como esquema educativo, carencia de instituciones supranacionales y expansión explosiva de la matrícula sostenida por actores privados, entre otras—, en Chile el contrato de servicios educativos se encuentra menos dirigido que en Europa, por lo que la relación educativa reviste mayores ribetes privatistas, ventilándose este tipo de controversias, preferentemente, en sede judicial.

Dicho esto, y efectuada la correspondiente prevención, en el fallo se puede apreciar la disparidad de criterios de los ministros en relación con la medida adoptada por la institución educativa. En el voto de mayoría se aprecia que la Corte sobrepasa la perspectiva estrictamente bilateral y la ley del contrato —en este caso la prestación de servicios educativos entre las partes—, así como considera que la sanción es una vulneración del estatuto que asiste al niño. Asimismo,

exhorta a la institución educacional a ajustarse en sus planes educativos a fin de adaptarse a los diagnósticos psicológicos de sus estudiantes.

En el voto de minoría, en tanto, se hace referencia al ámbito de previsibilidad de las partes y a la distribución de riesgos que estas efectuaron previamente con ocasión de la celebración del contrato, la cual no pueden desconocer. Por ello, la sanción por parte del establecimiento educacional al niño es el legítimo ejercicio de sus prerrogativas contractuales, ya que la distribución de riesgos es abstracta y se encuentra contenida en su totalidad en el reglamento interno del establecimiento educativo, el cual se presume conocido por todos. Al existir la contravención formal de este reglamento no existe, en consecuencia, una distinción que deba ser efectuada.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (BVerfG) revocó sendos fallos de los tribunales de instancia que habían declarado la infracción contractual por parte de unos arrendatarios turcos. Arrendatarios que, contraviniendo expresamente el contrato de arrendamiento, instalaron una antena parabólica en el inmueble arrendado sin el consentimiento del propietario. El BVerfG, en su fallo del 31 de marzo de 2013,³³ determinó la afectación del derecho fundamental a la libertad de información de los arrendatarios. En esa ocasión, el BVerfG consideró desproporcionada la prohibición contractual, ya que la instalación de la antena parabólica era la única forma en que aquellos podían mantenerse actualizados con la información de su país de origen. Además, afirmó que la instalación de dicha antena no causaba un perjuicio sustancial a los derechos de propiedad del arrendador, por lo que primaba el «efecto radiante» de los derechos fundamentales sobre la relación de Derecho privado.

En este caso, en el que a diferencia del anterior se aprecia a primera vista una relación con mayores ribetes privatistas, considero que la sentencia, para efectos de derribar la ley del contrato, se adentra en las circunstancias concretas de los contratantes, a saber, su nacionalidad. Es posible preguntarse si el tribunal habría arribado al mismo razonamiento si los arrendatarios fueran alemanes, o en este caso la nacionalidad habría sido un aspecto trivial para efectos de la resolución del pleito y lo relevante sería la expresión de voluntad de los sujetos en el instrumento contractual. Es decir, si en este caso el criterio decisor se habría circunscrito a la posición contractual formal entre arrendatarios y arrendador y la aplicación de los elementos propios del Derecho privado. Por ejemplo, si de parte de los arrendatarios el cumplimiento de sus obligaciones engendradas por el contrato de arrendamiento se efectuó conforme la buena fe contractual.

³³ 1314/11. BVerfG 31 de marzo de 2013.

En este mismo orden de ideas, si se tiene en cuenta que el daño es el objeto y causa de todo sistema de responsabilidad civil, la ilicitud de la conducta está estrechamente ligada al tipo de daño producido. De esta manera, es muy distinto plantear que en el caso de construcción de una antena de telefonía celular que bloquea severamente las señales de televisión de un vecindario se ha lesionado cierto derecho a la entretención de la población circundante, lesión que es reconducible a las categorías clásicas del daño moral —perjuicio de agrado—, a plantear que el mismo acto ha producido la severa afectación de la libertad religiosa de un grupo de musulmanes observantes, quienes solo mediante la señal de televisión podían obtener acceso a las oraciones que se producían desde la Meca³⁴. La gravedad en uno y otro caso parecen ser, a primera vista, distintas. Como también lo debería ser la forma de apreciación del daño y las eventuales medidas de mitigación exigibles.

Surgen entonces distintas interrogantes: ¿cuál es la esfera de previsibilidad a la cual estaba afecto el agente en el momento de desplegar su conducta?, ¿hasta dónde una circunstancia concreta aleatoria es oponible a un agente que causa un daño?, y ¿si el daño se verifica en un famoso barrio conocido por tener una mayoría musulmana observante? Considero que este tipo de perspectivas son las que debe resolver a futuro el Derecho privado mediante los complejos mecanismos de interacción que presuponen la justicia distributiva, la correctiva y los derechos fundamentales.

En referencia a las consideraciones distributivas vía interpretación judicial. Un tema especialmente complejo en España corresponde al rol de la dación en pago en las ejecuciones hipotecarias como modo de extinción de las obligaciones, puerta que fue abierta por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra el 17 de diciembre de 2010,³⁵ al confirmar la sentencia del tribunal de primera instancia que denegó la prosecución de una ejecución por el saldo insoluto conforme el artículo 579 de la Ley de Ejecución Civil (LEC) con posterioridad a que el ejecutante haya ejercido su derecho a adjudicarse un inmueble por el 60% de su tasación inicial al tenor de lo dispuesto en el artículo 671 LEC

En aquella ocasión, el tribunal de alzada consideró que a la luz de la teoría de los actos propios, la adjudicación del inmueble cubría la totalidad del capital adeudado, toda vez que el ejecutante adquiriría para sí mismo un bien raíz que ya había tasado en una suma superior al momento de suscribirse el mutuo hipotecario. Por ello, la no comparecencia de postores a la subasta sería circunstancial y no afectaría el monto del crédito cubierto por la adjudicación. La

³⁴ Este ejemplo está inspirado en un exámen de profesor Jordi Ribot I. en el marco del desarrollo de programa curricular del Máster en Derecho de Daños de la Universidad de Girona

³⁵ AAPNA N° 111/2010, 17 de diciembre de 2010.

sentencia en comento, en su considerando signado con el literal C, contiene un curioso pasaje en el cual el tribunal se explaya sobre las praxis financieras y efectúa reproches morales a la banca:

«El artículo 3 del Código Civil, en su apartado 1, señala que las normas se interpretarán según la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, y ello nos obliga a hacer la presente reflexión, en el sentido de que, no constituirá un abuso de derecho, pero moralmente es rechazable que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida de valor de la finca que servía de garantía al préstamo, que no se hubiera concedido si no hubiera tenido un valor suficiente para garantizar el préstamo concedido, que fue fijado por la entidad bancaria ahora ejecutante, o cuando menos aceptado, siendo que dicha pérdida de valor es directamente achacable a la crisis económica, fruto de la mala praxis del sistema financiero».

El resultado final de la sentencia consiste en la limitación vía interpretativa de una garantía hipotecaria en principio ilimitada, constriñéndose los efectos del artículo 105 de la Ley Hipotecaria en relación al derecho de prenda de general de los acreedores recogido en el artículo 1911 del Código Civil³⁶ (CCE) y la no aplicación de la regla originaria del artículo 579 LEC al hacer valer a título de *defeater* de esta regla la teoría de los actos propios.

Ulteriormente, en un ejercicio más sofisticado, el Tribunal Supremo español, el 13 de enero de 2015,³⁷ revocó vía casación, un fallo de segunda instancia que tuvo por asentado que al adjudicarse la ejecutante el bien raíz conforme el ya referido artículo 671 LEC, se habría producido la solución de la deuda, ya que el valor del inmueble al momento de la adjudicación sería superior al remanente del crédito, por lo que proseguir con la persecución de la acreencia insatisfecha conforme el artículo 579 LEC, consistía en un enriquecimiento sin causa de la entidad bancaria.

Frente a dicho razonamiento, el Tribunal Supremo estimó quebrantado el ya mencionado artículo 1911 del CCE. Sin embargo, matizó su línea jurisprudencial de rechazo al enriquecimiento sin causa en caso que se ejercieran prerrogativas legales y en el considerando 11 de la sentencia de término, razonó lo siguiente:

«El enriquecimiento injusto sólo podría advertirse cuando, tras la adjudicación, y en un lapso de tiempo relativamente próximo, el acreedor hubiera obtenido una plusvalía muy relevante, pues este hecho mostraría que el crédito debía haberse tenido por satisfecho en una proporción mayor, y al no serlo, el acreedor obtiene un enriquecimiento injusto

³⁶ Código Civil español.

³⁷ STS 261/2015, 13 de enero de 2015.

con la plusvalía, o por lo menos con una parte de la misma (...) [porque con la matización pretende] reforzar la justicia contractual que deriva de los principios de buena fe y de conmutabilidad del comercio jurídico, para superar una concepción meramente formalista y rigorista de los esquemas de aplicación del derecho de crédito y la responsabilidad patrimonial derivada».

De ello, es posible concluir, que concurriendo de algún modo, el requisito de un «lapso de tiempo relativamente próximo» en el cual el ejecutante «hubiera obtenido una plusvalía muy relevante» se podría calificar que se ha obtenido un enriquecimiento sin causa. Funda para dicho razonamiento, el hecho que el legislador español mediante la reforma al artículo 579 LEC por la ley 1/2013 autoriza al deudor a beneficiarse proporcionalmente de la posterior plusvalía del inmueble adjudicado, por lo que el enriquecimiento sin causa ya encontraría una previsión legal para el caso.

Me parece que la sentencia en comento, respeta la técnica del Derecho privado y abre una puerta a consideraciones redistributivas de impronte mayor. Es relevante destacar, que esta no es un área donde exista una adjudicación de carácter estrictamente formalista y totalmente precisa, ya que en su propia naturaleza atributiva el Derecho privado contiene numerosas causales de justificación que permiten matizar y efectuar distinciones al momento de interpretar las reglas. Considero relevante la referencia que se efectúa por el Tribunal Supremo respecto de la máxima de decisión del legislador contenida en la reforma del artículo 579 LEC como una especie de orientación interpretativa que permite direccionar los propios principios del Derecho privado, como la buena fe contractual, la sanción al enriquecimiento sin causa, etc. Da cuenta también, de cierto reconocimiento institucional entre jurisdicción y legislación y del hecho que las máximas de decisión del legislador pueden ser esgrimidas como «nuestras razones» para discutir en Derecho.

Resulta interesante también, y ahondando en relación al concepto de «deferencia institucional» y reconocimiento sincrónico, diacrónico, abordado en el presente trabajo, destacar una serie de fallos emitidos en noviembre del 2022 por la Corte Suprema de Chile³⁸. En estos fallos se determinó que los seguros de salud privados o las instituciones de salud previsional (Isapres) habían realizado cobros excesivos en sus planes, ya que la tabla de factores utilizada por estos para reajustar las tarifas de los planes se consideró inconstitucional. Como consecuencia, la Corte declaró que se habían violado las garantías constitucionales de más de tres millones de

³⁸ Excma. C.S, roles: 16630-2022, 25570-2022, 14513-2022 y 13979-2022.

usuarios. En dichas sentencias también se *habría*³⁹ ordenado la devolución de los montos cobrados en exceso a todos los afiliados.

En estos momentos, la situación descrita conllevaría la quiebra del sistema privado de salud chileno y a una migración masiva a la salud pública de más de tres millones de personas, colapsando de paso el sistema en su totalidad. En esta zona híbrida resulta complejo dilucidar si dicha relación es una relación de Derecho privado u obedece a una de Derecho público — prestadores privados cumpliendo funciones típicamente estatales—. Lo que sí se puede observar es la falta de reconocimiento institucional entre ley y jurisdicción, toda vez que el primer fallo⁴⁰ del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional la tabla de factores como fundamento de las alzas de los planes de salud ofrecidos por las Isapres es del año 2010, siendo también de público conocimiento la masividad de las acciones de protección deducidas por este tema⁴¹.

Después de trece años de litigios masivos entre aseguradoras y particulares, el Ejecutivo ha enviado con suma urgencia un proyecto de ley con el único fin de determinar un cronograma para cumplir el reciente fallo que ha ordenado la devolución masiva de los excesos mal habidos. Cabe preguntarse si es legítimo que el Ejecutivo remita proyectos de ley solo para cumplir con determinados y concretos pronunciamientos jurisdiccionales, al igual si aquello constituye una forma virtuosa de deferencia y reconocimiento institucional.

No ha existido en toda esta década una normativa que permita regular o sancionar la masiva irregularidad en los precios de los planes y, eventualmente, modelar mediante un criterio *ex ante* la actuación de los privados, o bien al menos intentar desincentivar su litigio masivo en contra del criterio de las cortes. Estas entidades privadas argumentan que, hasta hoy, actuaron dentro del margen de la legalidad y de la racionalidad de los seguros. En otro orden de ideas, resulta difícil discernir en estos fallos de la Corte Suprema si esta se encuentra ejerciendo su jurisdicción o está dictando también políticas públicas en razón del vacío legal existente. Estimo también que es válido preguntarse cuánta debería ser la sensibilidad de la corte al eventual colapso del sistema de salud que sus fallos eventualmente puedan producir, más aún si tener aquello en cuenta es lícito, dado el carácter concreto y particular del ejercicio las facultades jurisdiccionales.

³⁹ Aún no es claro el sentido y alcance de los fallos de la Excma. C.S, toda vez que existe polémica respecto de quienes serían los beneficiarios de las restituciones, si solamente aquellas personas que recurrieron o la totalidad de los beneficiarios de los planes del sistema de Isapres. Se encuentra en discusión el «efecto relativo de las sentencias» y la interdicción de las facultades para efectuar políticas públicas por parte de la judicatura. La vocera de la Excma. C.S, la ministra Angela Vivanco, expresó a un diario de circulación de nacional con fecha de 4 de junio de 2023 que el fallo solo tenía alcance respecto de quienes habrían recurrido en razón de lo dispuesto en el artículo 3 del Código Civil, el cual establece dicho efecto relativo de la actividad jurisdiccional, pero días después renunció a la vocería. Las Isapres interpusieron sendas aclaraciones respecto de los fallos, las cuales fueron rechazadas por la Corte.

⁴⁰ Rol 1710-2010 Excmo. T.C, 06 de agosto de 2010.

⁴¹ Hubo años desde el 2015 en adelante en los que el 90 % de las causas conocidas por la Excma. C.S consistieron en apelaciones respecto de las alzas de los planes de salud.

Ante un daño generalizado que pueda producir un pronunciamiento jurisdiccional, ¿puede la justicia levantar su venda?

6. CONCLUSIONES

Finalmente, estimo que se pueden plantear las siguientes conclusiones de modo preliminar:

1. La interpretación es inseparable del Derecho: el silogismo jurídico y la subsunción como mecanismos de aplicación de las reglas basados en el binomio claridad/oscuridad de un campo semántico que podría ser autoevidente han sido seriamente impugnados.
2. La interpretación contiene en su ejercicio fuertes elementos morales, rasgo que se ve acentuado con el paradigma del Estado constitucional; la moral se encuentra en el centro de nuestras prácticas jurídicas.
3. Existe una distinción entre entender al Derecho privado como un instrumento para hacer efectivos los derechos fundamentales y entenderlo como un área que tiene una cierta técnica dirigida a hacer efectiva la autodeterminación de los particulares en el tráfico social. En esta relación subyace una tensión entre derechos individuales y objetivos colectivos.
4. Para efectos de aplicar los derechos constitucionales al Derecho privado en un ejercicio de interpretación, el juez debería considerar previamente los órdenes de distribución de deberes y derechos de indemnidad en los que se considera las distribuciones efectuadas por el legislador al construir el margen público de la relación de Derecho privado. Luego debe tener en cuenta el orden determinado por las partes mediante la ley del contrato. Posteriormente, debe considerar las redistribuciones efectuadas mediante las técnicas del propio Derecho privado.
5. En el marco interpretativo del Derecho privado, el juez excepcionalmente debería estar atento a las asimetrías estructurales entre los contratantes que impidan su libre autodeterminación. Aunque en la gran generalidad de casos existe una extensa normativa pública que regula aquellos injustos, en aquellos en que esta no exista el juez debería contar con una mayor discrecionalidad judicial redistributiva respecto de la ley del contrato y, eventualmente, derribarla, en tanto el contrato en sí mismo no logra presumir su contenido ético y, en consecuencia, no es inteligible. Esta consideración puede ser relevante en áreas en que existan contratantes profesionales de carácter masivo y particulares, o en contratantes que puedan imponer medidas disciplinarias a otros.

6. En la responsabilidad extracontractual ocurre una situación análoga, solo por vía excepcional y en casos muy acusados, porque no existen instrumentos de distribución de riesgos como en sede contractual. El juez debería sensibilizar el parámetro abstracto del hombre medio razonable y eventualmente sobrepasar las técnicas propias de sensibilización del Derecho privado —edad, conocimiento experto, estado de necesidad— y atender a circunstancias estructurales de grupos correlativamente marginados de la sociedad —extrema pobreza, inmigrantes excluidos, grupos indígenas—. Dicha sensibilización del estándar de cuidado se encuentra también contemplada en el artículo 4:(102) N°2 de los «*Principles European Tort of Law*» (PETL).
7. En caso de producirse una masividad de casos que impliquen una variación en el criterio de la regla de reconocimiento, en el sentido de la derrota de determinados contratos masivos o de ciertas reglas del código civil, debería producirse un reconocimiento por parte de la legislación respecto de dicha variación jurisprudencial y traducirla en ley, en una situación análoga —aunque invertida— al concepto de la deferencia institucional planteado por J. Moreso, como también análoga al concepto de reconocimiento sincrónico diacrónico y autoritativo de R. Brandom. Ello ayudaría a la configuración de un parámetro *ex ante* más sensible y otorgaría, a la vez, una mayor seguridad para la conducta de los agentes privados.
8. Finalmente, todo este tipo de consideraciones, distinciones, ajustes y actuaciones previas, en el momento y con posterioridad al ejercicio de interpretación, revelarían que el Derecho es un fenómeno primordialmente institucional antes que uno estrictamente conceptual.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1) ATIENZA, M. y MANERO, J. (2007) *Dejemos Atrás el Positivismo Jurídico*. Isonomía N° 27, Instituto Autónomo de México, pp.7-28.
- 2) ATRIA, F. (1999) *H.L.A Hart y la Textura Abierta del Derecho*. Anuario de Filosofía Jurídica y Social, N° 17, pp. 379-393.
- 3) ATRIA, F. (2016) *La forma del Derecho*. Colección Filosofía y Derecho. Editorial Marcial Pons.
- 4) BECA, JP. *La (im)posibilidad de Construir un Concepto Científico de Constitución*. *Revista Ius et Praxis*, año 14, N° 2, pp. 309-330.
- 5) BETTI, E (2015) *Teoría de la interpretación jurídica*. (Comp) VERGARA BLANCO, A. Ediciones Universidad Católica de Chile.

- 6) BISOGNI, G. (2015) *¿Hasta qué Punto Cuentan los Jueces? H.L.A Hart y la Regla de Adjudicación*. PUPPO, A. (traductor) Isonomía N° 42, Instituto Autónomo de México, abril 2015, pp. 9-45.
- 7) BRANDON R. (2013) *A Hegelian model of legal Concept determination, the normative fine structure of the judges' chain novel*. HUBBS, G., LIND, D. (Eds.) *Pragmatism, Law, and Language*. Routledge.
- 8) COLEMAN, J y RIPSTEIN, A. (1995). *Mischief and Misfortune*. McGill Law Journal, 41, Montreal. pp. 90-131.
- 9) CHAHUAN, F y FLORES, B. (2021) *Deberes de No Discriminar en el Derecho Privado*. Revista Chilena de Derecho Privado, pp. 217-253.
- 10) DAVIDSON. D. (1984) *De la Verdad y de la Interpretación, Fundamentales contribuciones a la filosofía del lenguaje Donald Davidson*. Gedisa Editorial.
- 11) DE LA FUENTE, O. (2022) *Positivismo Jurídico, Interpretativismo e Institucionalismo. Comentario al Capítulo IV de Positivismo Jurídico «Interno» de María Cristina Redondo*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), 45, pp. 581-602
- 12) DUQUELSKY, D. (2018) *La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial*. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41. pp. 193-209
- 13) DWORKIN. R. (2012) *Los Derechos en Serio*. Editorial Ariel.
- 14) ESPINOSA, M. (2022) *Derrotabilidad y Razonamiento Jurídico en disputa: Reconstrucción y Proyecciones del (no) debate Alexy-García Amado*. Revista de Derecho N° 58, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pp.23-60.
- 15) FERRAJOLI L. (2001) *Pasado y futuro del Estado Derecho*. Revista Internacional de Filosofía Política, N° 17, pp.31-46.
- 16) FLETCHER, G. (1972) *Fairness and Utility in Tort Theory*, Harvard Law Review, 85, pp. 537-573.
- 17) GARCÍA A, J. (2003) *Filosofía Hermenéutica y Derecho*. Azafea. Rev. Filos. 5, 2003, Ediciones Universidad de Salamanca pp 191-0
- 18) GUASTINI, R. (2006) *Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, Lagunas Axiológicas e Interpretación*. Análisis Filosófico XXVI N° 2 - ISSN 0326-1301. pp.277-293.
- 19) GUASTINI. R (2008) *Una teoría cognoscitiva de la interpretación*. Isonomía, (29), pp. 15-31.
- 20) GUASTINI. R (2015) *Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico* Revus 27, pp. 55–65.
- 21) HART, H. L. (1963) *El concepto de derecho*. (T. d. Carrió, Trans.) Abeledo Perrot.
- 22) HEGEL, G. (1807). *Fenomenología Del Espíritu* (1a. ed.). 4ta reimpression (2012). Fondo de Cultura Económica.

- 23) HELLER, H. (1942) *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica.
- 24) HERRERA, C (1994) *La Polémica Schmitt-Kelsen Sobre el Guardián de la Constitución*. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Epoca), N° 86, pp. 195-227.
- 25) KANT, I (1797) *La Metafísica de Las Costumbres*. (4ta ed.) reimpresión (2008). Editorial Tecnos.
- 26) KERVEGAN, J. F. (2007) *Hegel, Carl Schmitt. Lo político: entre especulación y positividad* Escolar y Mayo Editores.
- 27) LEITER, B. (2012) *Como explicar los desacuerdos entre juristas*. *Acordes y Desacuerdos*. Cómo y por qué los Juristas Discrepan. LUQUE, P, RATTI, G (ed).Editorial Marcial Pons, pp.75-109.
- 28) MARQUISIO, R. (2018) *El Constitucionalismo de Ronald Dworkin y su Teoría del Derecho como Moral Política Institucionalizada*. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 15/N° 48-2018, pp. 1107-1128.
- 29) MORESO, J. (2000) *Sobre el Alcance del Precompromiso*. *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, N° 1, pp 95-107.
- 30) MORESO, J. (2019) *La incorporación de la moral en el razonamiento judicial*. VIALDUMAS, M y MARTÍNEZ ZORRILLA, D (Coords.) *Pensando al juez*, Cátedra de Cultura Jurídica. Editorial Marcial Pons.
- 31) NOZICK, R. (1988) *Anarquía Estado y utopía*. Editorial Fondo de Cultura Económica.
- 32) PAPAYANNIS, D. (2016) *El Derecho Privado como Cuestión Pública*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 75, Universidad Externado de Colombia.
- 33) PAPAYANNIS, D. (2016) *Internismo y Externismo en el Derecho Privado* .Metodología de la investigación jurídica: propuestas contemporáneas / LARIGUET, G. (comp.), 2016, ISBN 978-987-591-778-1, pp. 439-448
- 34) PINO, A (2013) *Entre Reparación y Distribución: La Responsabilidad Civil Extracontractual como Mecanismo de Distribución de Infortunios*. *Revista Chilena de Derecho Privado*. 21, pp. 89-135.
- 35) POSTEMA, G. (1980) *Bentham and Dworkin on Positivism and Adjudication*. *Social Theory and Practice*. N° 5, Florida State University Department of Philosophy, pp 347-376.
- 36) QUINTANA BRAVO, F (2015) *Interpretación y argumentación jurídica*. Editorial Jurídica de Chile.
- 37) RAMIREZ, D. (2019) *Derecho Moral e Interpretación: Correlación entre la Filosofía Analítica de H.L.A Hart y el Pensamiento de Lon Fuller y Ronald Dworkin*. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Universidad Autónoma de México, N° 13, enero-diciembre de 2019, pp 387-418.

- 38) RESTREPO. A. (2018) *De la inexistente distinción entre principios y reglas*. Revista del posgrado en derecho de la UNAM (2018) pp.90-131
- 39) RORTY, R. (2010) *Filosofía como política cultural*. Espasa Libros S.L.U.
- 40) ROSENKRANTZ, C. (1998) *El riesgo y la responsabilidad extracontractual: Algunas consideraciones filosóficas, jurídicas y económicas acerca de una difícil relación*. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, 3, 45-80.
- 41) SCHMITT C. (1982) *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial, S.A.
- 42) SCHWEMBER, F. (2018) *Propiedad, Justicia y Mercado. La Apoteosis del Derecho Privado en la Filosofía de Robert Nozick*. PAPAYANNIS, D. PEREIRA, E. (Eds.) *Filosofía del Derecho Privado*. Marcial Pons, pp. 77-103.
- 43) STARCK. C. (2002) *Derechos fundamentales y Derecho Privado*. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 22. Núm. 66. *Septiembre-diciembre 2002*, pp.65-90
- 44) VIAL-DUMAS, M. (2018). *Los jueces y la ciencia del derecho en el nuevo orden constitucional, una comparación entre el mundo premoderno y la posmodernidad*. Revista Española de Derecho Constitucional, 112, pp. 177-204.
- 45) VIAL-DUMAS. (2019) *Juzgar la ley: el Derecho de los nuevos jueces*. VIAL-DUMAS, M y MARTÍNEZ ZORRILLA, D (Coords.) *Pensando al juez*, Cátedra de Cultura Jurídica. Editorial Marcial Pons.
- 46) WEINRIB, E. (2017) *La Idea de Derecho Privado*. Colección Filosofía y Derecho. Editorial Marcial Pons.
- 47) ZUÑIGA, F y CÁRCAMO, R. (2015) *¿Inconstitucionalidad de Normas Constitucionales? Un Caso de Constitucionalismo Abusivo*. Derecho Público Iberoamericano, N° 7, pp. 219-237.
- 48) ZUÑIGA, F. (2014) *Judicatura y activismo judicial*. Revista de Derecho Público, 73, pp. 59–77.

JURISPRUDENCIA.

Chile.

- Corte Suprema de Chile rol: 21250-2020. 07 de marzo de 2022.
- Corte Suprema de Chile rol: 1030-2012. 09 de marzo de 2012.
- Corte Suprema de Chile rol: 16630-2022. 30 de noviembre de 2022.
- Corte Suprema de Chile rol: 25570-2022. 30 de noviembre de 2022.
- Corte Suprema de Chile rol: 14513-2022. 30 de noviembre de 2022.
- Corte Suprema de Chile rol: 13979-2022. 30 de noviembre de 2022.

Alemania.

- Tribunal Constitucional Federal de Alemania (BVerfG) 1314/11. 31 de marzo de 2013.

España.

- Sección Segunda Audiencia Provincial de Navarra. Auto 111/2010. 17 de diciembre de 2010
- Tribunal Supremo de España. Sentencia 261/2015, 13 de enero de 2015.