

DISCUSIONES XV

Contratos:
entre el derecho
y la justicia



Director

Hernán G. Bouvier (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Secretarías de redacción

Daniela Domeniconi (UNC), Samanta Funes (UNC)

Comité Editorial

Macario Alemany (Universidad de Alicante, España)

Federico José Arena (CONICET)

Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)

Damiano Canale (Universidad Bocconi, Milán, Italia)

Laura Clérico (Universidad de Buenos Aires, CONICET)

Sebastián Elías (Universidad de San Andrés, Buenos Aires)

Rafael Escudero Alday (Universidad Carlos III, Madrid, España)

Horacio Etchichury (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Paula Gaido (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Paul Hathazy (CONICET)

Giulio Itzcovich (Universidad de Brescia, Italia)

Juan Iosa (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Matías Irigoyen Testa (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca)

Guillermo Lariguet (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Laura Manrique (CONICET)

Giorgio Maniaci (Universidad de Palermo, Italia)

Diego Papayannis (Universidad de Girona, Cataluña, España)

José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Francesca Poggi (Universidad de Milán, Italia)

Giovanni B. Ratti (Universidad de Génova, Italia)

Andrés Rosler (Universidad de Buenos Aires, CONICET)

Rodrigo Sánchez Brígido (Universidad Nacional de Córdoba)

Hugo Seleme (Universidad Nacional de Córdoba, CONICET)

Aldo Schiavello (Universidad de Palermo, Italia)

Tobías Schleider (Universidad Nacional de Mar del Plata)

Sebastián Torres (Universidad Nacional de Córdoba)

Giovanni Tuzet (Universidad Bocconi, Milán)

Sección *Discusiones: Cortes*

Responsables: Sebastián Elías, Paula Gaido, Rodrigo Sánchez Brígido

Sección *Discusiones: Libros*

Responsable: Pau Luque Sánchez

Las sugerencias o colaboraciones deben enviarse

a la siguiente dirección:

samantaborz@gmail.com (Samanta Funes)

y danidomeniconi@gmail.com (Daniela Domeniconi)

Diagramación interior y tapa: Fabián Luzi

DISCUSIONES XV
“Contratos: entre el derecho y la justicia”

Lucas S. Grosman (Editor)

ÍNDICE

SECCIÓN I: DISCUSIÓN

Introducción: Filosofía del Derecho Contractual	07
LUCAS S. GROSMAN (<i>Universidad de San Andrés, Buenos Aires, Argentina</i>)	
Razonabilidad y responsabilidad: Rawls, Kant y la Teoría del Derecho Contractual	15
MARTÍN HEVIA (<i>Escuela de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, Argentina</i>)	
Teoría del contrato, libertad y determinismo social: la posición incompatible	49
MAURICIO RENGIFO GARDEAZABAL (<i>Profesor asociado de Derecho Civil, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia</i>)	
Razonabilidad y responsabilidad: a propósito de la Teoría del Derecho Contractual del profesor Martín Hevia	85
ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI (<i>Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, Chile</i>)	
La insoportable levedad de la justicia correctiva en el Derecho Contractual	101
DIEGO PAPAYANNIS (<i>Universidad de Girona, España</i>)	
Respuesta a las críticas	145
MARTÍN HEVIA (<i>Escuela de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, Argentina</i>)	

SECCIÓN II: **DISCUSIONES: CORTES**

La unión entre personas del mismo género: ¿cuán importantes son los textos y las instituciones?	171
VIRGILIO AFONSO DA SILVA (<i>Profesor Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, Brasil</i>)	

SECCIÓN III: **DISCUSIONES: LIBROS**

Comentario: Liberalismo, sanción y reproche en <i>Motivos reprochables</i> , de J. M. Peralta.....	207
MATÍAS PARMIGIANI (<i>Universidad de Girona, CONICET</i>)	

SECCIÓN IV: **BALANCE DE UNA DISCUSIÓN**

Derechos sociales y liberales. Un balance sobre la discusión de 2004.....	247
MARÍA BEATRIZ ARRIAGADA CÁCERES (<i>Universidad Diego Portales, Santiago, Chile</i>)	
Instrucciones para los autores	295

Sección I
Discusión

Filosofía del Derecho Contractual

Lucas S. Grosman*

Recepción y evaluación de propuesta: 20/7/13

Aceptación: 15/10/2013

Recepción y aceptación final: 30/12/14

Resumen: Los cuatro trabajos que componen este número se embarcan en una discusión sobre el mejor modo de entender y justificar el derecho de los contratos. El trabajo de Martín Hevia sintetiza las principales ideas de su libro *Reasonableness and Responsibility*, donde usa como plataforma las ideas centrales de John Rawls sobre la organización básica de la sociedad y la teoría del derecho contractual de Kant.

Palabras clave: derecho de los contratos, voluntad individual y seguridad jurídica.

Abstract: The four essays that compose this issue treat about a discussion on which is the the best way of understanding and justifying the contract law. The work of Martín Hevia synthesizes the main ideas of his book *Reasonableness and Responsibility*, where he uses the leading John Rawl's ideas about the basic organization of society and Kant's contract law theory.

Keys words: contract law, individual will and legal security

Los editores de esta revista me han honrado con la tarea de coordinar y prologar este número dedicado a discutir el trabajo de Martín Hevia “Razonabilidad y Responsabilidad: Rawls, Kant y la teoría del derecho contractual”, que sintetiza las principales ideas de su libro

* Universidad de San Andrés (Buenos Aires, Argentina).

Email: lgrosman@udesa.edu.ar

Reasonableness and Responsibility. Tres expertos en derecho contractual y filosofía del derecho privado han tenido la enorme gentileza de sumarse a la discusión: Mauricio Rengifo, Íñigo de la Maza y Diego Papayannis.

Los cuatro trabajos que componen este número se embarcan en una discusión fascinante y sofisticada, que nos invita a reflexionar sobre el mejor modo de entender y justificar el derecho de los contratos. Como el lector podrá advertir, aunque los ángulos desde los cuales los tres comentaristas se aproximan al texto de Hevia son diferentes, existe un terreno común que permite reconstruir un diálogo multidireccional, y no meramente radial, entre todos ellos.

El propósito de Hevia es usar como plataforma las ideas centrales de John Rawls sobre la organización básica de la sociedad para abordar un área que ese filósofo político no trató de manera específica: el derecho de los contratos. En esta tarea, Hevia apela a la teoría del derecho de los contratos de Kant, autor en cuya tradición cabe inscribir a Rawls y que, por ende, puede resultar de relevancia a la hora de complementar su obra.

De la Maza, siguiendo a Smith¹, sugiere que la teoría de Hevia es interpretativa. Hevia acepta de buen grado esta caracterización, y explica que su teoría procura darle sentido al derecho o iluminarlo, tarea esta sin dudas más compleja, pero también mucho más interesante que la de describirlo y que, indefectiblemente, deberá dar cuenta del punto de vista interno de los agentes que participan en la práctica en cuestión.

Los tres comentaristas se muestran escépticos, aunque en grados variables, acerca de la posibilidad de reconstruir la práctica del derecho contractual a partir de un modelo rawlsiano-kantiano, en donde la voluntad individual ocupa un lugar central como fuente de normatividad. Aunque no es el objeto principal de su crítica, Rengifo plantea sus resquemores al respecto de manera más general y desliza que Hevia incurre en una inconsistencia importante: mientras que la

¹ Smith, S. <A., *Contract Theory*, New York, Oxford University Press, 2004.

filosofía kantiana del derecho está comprometida con la idea de una voluntad libre y es, por ende, subjetivista, la noción de expectativas razonables que sostiene Hevia tiene un elemento claramente objetivo.

Para entender el punto, vale la pena plantear un ejemplo. Supongamos que una persona A tiene la voluntad de celebrar un contrato con un contenido X, pero su contraparte B entiende que el contenido es Y. Las palabras utilizadas por A han generado en B una expectativa razonable de que el contenido es Y, no X. Dicho de otra manera, A subjetivamente quería X, pero un análisis objetivo de su manifestación de la voluntad lleva a concluir que sus palabras razonablemente deberían ser interpretadas en el sentido Y, que es lo que B hizo. En un caso así, el derecho positivo tiende a favorecer la interpretación Y. Hevia favorece el mismo resultado, lo cual, a juicio de Rengifo, podría ser contradictorio con su visión kantiana.

En respuesta a esta crítica, Hevia señala que, en realidad, es inevitable que el derecho recurra a un estándar objetivo cuando no coincide lo que subjetivamente entienden las dos partes de un contrato. Al fin y al cabo, en este caso son dos las subjetividades y ellas están en conflicto. ¿Nos compromete esto con un criterio consecuencialista, como cree Rengifo? No necesariamente. Aunque, sin dudas, existen razones de esa índole para privilegiar aquella interpretación subjetiva que más se acerca a la “objetiva” —en esencia, consideraciones de seguridad jurídica, tal como señala De la Maza—, entiende Hevia que también hay razones de índole kantiana que avalan que nos apoyemos en la idea de expectativas razonables.

En cualquier caso, la crítica que Rengifo desarrolla de manera más acabada se centra en un aspecto específico del derecho de los contratos y se nutre de un punto de vista histórico, vinculado con la evolución del derecho contractual, aunque con claras implicancias conceptuales o interpretativas. En tal sentido, sostiene Rengifo que la visión de Hevia no logra capturar dos desarrollos fundamentales de la práctica contractual: las condiciones generales de contratación o contratos por adhesión y las situaciones de hecho. En el caso de los contratos por adhesión, una parte, típicamente una empresa, predispone las cláusulas contractuales y la contraparte, en general un consumidor, decide

solo si contrata o no, pero si lo hace no podrá cambiar ni una coma. En las llamadas situaciones contractuales de hecho, el contrato nace a partir de la realización de determinada conducta típica, como por ejemplo subir a un colectivo o ingresar a una playa de estacionamiento.

Tanto en el caso de los contratos por adhesión como en el de las situaciones contractuales de hecho, la libertad contractual se ve limitada de manera sustancial, ya que no existe negociación alguna sobre el contenido del contrato. La respuesta estatal ante estos fenómenos ha sido una intensa regulación mediante cláusulas imperativas, lo cual puede lograr que los contratos sean más equitativos o justos, pero no restablecer la libertad contractual perdida. Como dice De la Maza, en estos casos se apela a una noción de justicia que no surge de los términos del contrato, como presupone el modelo kantiano, sino que es externa a él. Dado que la teoría de Hevia no incluye un criterio para establecer el contenido de esta justicia externa al contrato, en este punto, dice De la Maza, “nos deja a ciegas”.

Papayannis alude al mismo problema, aunque lo hace desde un ángulo distinto: para él, la prevalencia de normas regulatorias de los contratos de adhesión es un signo de que el derecho de los contratos es un ámbito regido, al menos en buena medida, por reglas de justicia distributiva, más cercanas al derecho público que al privado, mientras que la teoría de Hevia presupone el imperio de la justicia correctiva. Otro tanto puede decirse en relación con las normas que dejan de lado la voluntad de las partes por considerar que ella llevaría a situaciones injustas, aunque ello dependa no ya del aprovechamiento de una por otra, sino de circunstancias objetivas sobrevinientes, como ocurre en el caso de la teoría de la imprevisión. Incluso el efecto relativo de los contratos —que ellos sean obligatorios solo para las partes— es, a juicio de Papayannis, un principio menos absoluto de lo que la teoría de Hevia parece presuponer.

Los tres comentaristas, entonces, plantean que la teoría de Hevia no logra capturar de manera adecuada áreas importantes del derecho de los contratos, en particular en aquellos supuestos en los que no existen instancias de negociación y la relación tiende a regirse por normas imperativas. Coinciden también en que Hevia no puede alegar

que las relaciones en cuestión no sean verdaderos contratos ni que prescindan de ellas en su teoría, pues se trata de un fenómeno central, no meramente marginal, dentro de la práctica contractual actual.

El desafío para Hevia no es menor: debe rescatar el poder interpretativo de una teoría basada en la libertad contractual en un mundo en el que esa libertad se ha visto notablemente relativizada. En su respuesta incluida en el quinto y último texto de este volumen, Hevia se hace cargo de este desafío. A su juicio, las objeciones referidas a las situaciones contractuales de hecho y a los contratos por adhesión merecen respuestas diferentes. Contrariamente a lo afirmado por Rengifo, Hevia entiende que las primeras sí pueden ser capturadas por su teoría. Ello es así por dos razones distintas. En primer lugar, la voluntad de contratar, aunque en estos casos no se vea plasmada de manera expresa, puede inferirse de acciones u omisiones típicas: “si el agente no quisiera vincularse contractualmente, se hubiera comportado de otra manera”, dice Hevia. Estas acciones u omisiones serían un consentimiento tácito, pero consentimiento al fin.

Cabe aventurar que Rengifo no se sentiría satisfecho con esta respuesta. Como él explica, “el significado social de la conducta típica prevalece incluso por encima de las declaraciones de voluntad del agente (...) incluso en contra de la protesta del agente mismo”. Supongamos, por ejemplo, que yo realizo la conducta “típica” (por ejemplo, subir al ómnibus), pero dejo asentado de manera fehaciente que no pretendo con ello sujetarme a las tarifas exhibidas en un letrero, que considero excesivas, sino a otras distintas, más razonables que aquellas. En un caso así donde mi voluntad expresa se contraponen a lo que Hevia consideraría mi voluntad tácita, tenderá a prevalecer la segunda, lo cual parece problemático para la respuesta que él nos ofrece. En efecto, no se trata aquí de inferir mi voluntad, sino de dar preeminencia a ciertos hechos que reflejan de manera imperfecta mi voluntad por sobre otros que lo hacen de manera más acabada. Tiendo a creer, en consecuencia, que el recurso a una voluntad tácita no termina de responder satisfactoriamente a la objeción de Rengifo.

Como segunda respuesta a este problema, Hevia explica que los servicios masivos en el marco de cuya prestación se producen

las situaciones contractuales de hecho no podrían brindarse de otra manera. Los costos de transacción derivados de recurrir a mecanismos tradicionales de negociación y celebración de contratos serían prohibitivos. En tales condiciones, resulta razonable que las personas se vean vinculadas contractualmente de este modo, pues de lo contrario no podrían gozar de los servicios en cuestión, o lo harían a un precio mucho más alto. Por ello, concluye Hevia, “es justo que aceptemos estos términos de interacción social”.

Creo que el argumento de Hevia es esencialmente correcto, pero resulta difícil de conciliar con su teoría. En algún punto, sigue las líneas generales del famoso planteo de Calabresi y Melamed relativo a las reglas de propiedad y responsabilidad como mecanismos alternativos para proteger derechos². En el esquema propuesto por estos autores, cuando un derecho está protegido por una regla de propiedad, su titular solo puede ser privado de él si así lo consiente y al precio por él aceptado. En cambio, si un derecho está protegido por una regla de responsabilidad, el titular puede ser privado de él de manera compulsiva a cambio del precio colectivamente determinado a tal efecto. Mi derecho sobre mi casa está protegido en general por una regla de propiedad pero frente al riesgo de expropiación por causa de utilidad pública solo está protegido por una regla de responsabilidad. Para Calabresi y Melamed, el mecanismo de protección por defecto es la regla de propiedad, que garantiza que ambas partes en la transacción estarán mejor que antes, pero se justifica pasar a una regla de responsabilidad cuando los costos de transacción tornarían la regla de propiedad inviable³. Es decir, la justificación para no exigir el consentimiento es que si lo hiciésemos, una actividad socialmente valiosa se perdería por tornarse inviable, en perjuicio de todas las

² Calabresi, G. y Melamed, A. D., *Property rules, liability rules and inalienability: One view of the cathedral*, Harvard Law Review, 1972.

³ En el ejemplo de la expropiación, los costos de transacción involucrados se vinculan con problemas de coordinación tanto del lado de la oferta (problemas de *hold out*) como de la demanda (problemas de *free rider*) del bien en cuestión.

partes involucradas. Esto es, como vimos, precisamente lo que señala Hevia en el caso de ciertas relaciones contractuales.

Sin embargo, como adelanté, no creo que esta línea argumental esté disponible dentro del marco de la teoría general del contrato que propone Hevia. Si aceptamos que prescindir o apartarse del consentimiento real está justificado siempre que eso sea algo que, *ex ante*, un individuo racional debería aceptar porque es en su propio beneficio, la centralidad del consentimiento real plasmado en el contrato se desdibujaría de manera significativa. De hecho, no estaría claro por qué no deberíamos prescindir del consentimiento de manera más general, y no solo en los particulares casos en los que exigirlo sería inviable. Al fin y al cabo, en un sinnúmero de casos puede parecer razonable dejar de lado el consentimiento de las personas en procura de su bienestar, pero tal consideración debería ser insuficiente o incluso irrelevante para un kantiano. Creo que, necesariamente, la respuesta de Hevia tiene que ser más acotada; tiene que explicar por qué en estos casos, y no en otros, se justifica prescindir del consentimiento.

Entiendo que los mismos reparos podría generar la respuesta que Hevia brinda a las objeciones referidas a los contratos por adhesión. En este caso, Hevia opta por conceder de entrada que su teoría debe ser revisada para poder capturar este tipo de situaciones contractuales. Sin embargo, su concesión es más general ya que recoge las críticas al presupuesto de la racionalidad instrumental del agente que hacen distintos autores, en especial aquellos que escriben desde disciplinas que procuran analizar de manera realista la conducta humana, como *behavioral law and economics*. Hevia incluso admite que esta relativización de la importancia de la voluntad permitiría abrir la puerta a consideraciones de justicia distributiva, como promueve Papayannis.

La permeabilidad de Hevia a este tipo de críticas es de carácter preliminar y, sin dudas, podrá ser revisada más cuidadosamente. Sin embargo, me temo que, como en el caso de las situaciones contractuales de hecho, existe un riesgo importante de que, con las revisiones que Hevia parece dispuesto a efectuar, su teoría se desdibuje y se convierta en algo muy diferente a lo que aquí ha presentado. No parece, en

tal sentido, que una teoría inscripta en la tradición kantiana tenga demasiado margen para soslayar la centralidad del consentimiento autónomo.

Tal vez sea muy pronto para decirlo; habrá que esperar a que las críticas sedimenten y a que Hevia las asimile y las procese. Por ello, no me animo a predecir el impacto sustantivo que, finalmente, tendrá este ejercicio en la teoría contractual de Hevia. Pero de algo estoy seguro: esta discusión ha enriquecido de manera formidable nuestra comprensión del fenómeno jurídico que estos cuatro autores han abordado. Solo me resta, entonces, agradecer a todos ellos por sus iluminadoras contribuciones e invitar al lector a sumergirse, tras la demora que han significado estas reflexiones introductorias, en las profundas aguas de la teoría del derecho contractual.

Bibliografía

- Calabresi, G. y Melamed, A. D., *Property rules, liability rules and inalienability: One view of the cathedral*, Harvard Law Review, 1972.
- Smith, S. A., *Contract Theory*, New York, Oxford University Press, 2004.

Razonabilidad y responsabilidad: Rawls, Kant y la Teoría del Derecho Contractual

Martín Hevia*

Resumen: En este trabajo me centraré en algunas de las ideas expuestas en *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law*, donde presento una teoría del derecho contractual que pretende completar la idea de Rawls en el sentido de entender las interacciones contractuales como interacciones razonables, esto es, interacciones basadas en términos públicos e interpersonales de interacción. Por otro lado, para completar la obra de Rawls, hago uso de la teoría jurídica contractual que Kant desarrolló en *La Metafísica de la Moral* y que muchos filósofos del derecho han estudiado recientemente para explicar las doctrinas fundamentales del derecho contractual.

Palabras clave: derecho contractual, justicia distributiva, responsabilidad.

Abstract: In this paper I focus on some ideas exposed in *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law*, where I present a theory of contractual law that pretends to complete Rawls' theory by understanding contractual interactions as reasonable interactions, that is, interactions based on public and interpersonal terms of interaction. On the other hand, to complete Rawls' work, I use the contractual theory of law that Kant developed in *The Metaphysics of Morals*, that

* Escuela de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella. Email: mhevia@utdt.edu. Este artículo está basado en una serie de artículos, publicados antes y después de la publicación del libro. Ver "Justicia Distributiva, Justicia Correctiva y Derecho Contractual", en *Teoría y Crítica del Derecho Civil y Comercial*, compilado por Martín Hevia. México D. F.: Ediciones Fontamara, 2012.

has been recently studied by many law philosophers in order to explain the main doctrines of contractual law.

Key words: contractual law, distributive justice, responsibility.

I. Introducción

Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law (Dordrecht: Springer Law & Philosophy Library, 2012) presenta una teoría del derecho contractual. El punto de partida del libro es una pregunta: si, como sostiene John Rawls, la justicia es la virtud fundamental de las instituciones sociales, ¿cómo debemos entender el derecho contractual? Mi respuesta es que la justicia requiere que entendamos las reglas contractuales en función de la idea de “términos de interacción justos”. La idea subyacente es la de reciprocidad, es decir, la idea de que es injusto que las personas puedan establecer unilateralmente las condiciones de interacción con los demás. Ello, a su vez, requiere concebir a las partes de un contrato como personas libres e iguales que consienten vincularse bajo condiciones que no se imponen unilateralmente.

El libro está inspirado en las ideas de John Rawls y de Immanuel Kant. Por un lado, presenta un enfoque rawlsiano del derecho contractual. John Rawls es uno de los filósofos políticos más influyentes de los últimos tiempos. Este estaba principalmente preocupado por lo que llama “la estructura constitucional esencial”, es decir, no buscaba una justificación para el uso de la coerción para hacer ejecutables los acuerdos entre los individuos. Tal vez es por eso que no se concentró en los principios que animarían al derecho privado¹. En *Reasonableness*

¹ En mi contra, podría señalarse que algunos pasajes de *A Theory Of Justice* están dedicados a explicar la institución de la promesa. Rawls explica que “[p]rometer es una acción definida por un sistema público de reglas” que son como las “reglas de los juegos”. Los filósofos morales pueden explicar por qué, si alguien toma ventaja de una institución *justa*, aquel deberá cumplir con sus reglas. Desde esta visión, la razón por la cual debemos mantener nuestras promesas es que la institución social de la promesa es valiosa para la sociedad. Si no cumplimos con nuestras promesas, hacemos algo inco-

and Responsibility, tomo su idea de una división de responsabilidad entre la sociedad y los individuos para ofrecer un enfoque normativo rawlsiano del derecho contractual. En el modelo de la división de responsabilidad, la justicia requiere que usemos la coerción solo para hacer cumplir los términos justos de interacción. Por ello, mi argumento es que las interacciones contractuales son interacciones razonables, esto es, interacciones basadas en términos públicos e interpersonales de interacción. En algún sentido, entonces, el libro es un intento de completar la obra de Rawls. Por otro lado, para completarla, hago uso de la teoría jurídica contractual que Kant desarrolló en *La Metafísica de la Moral*² y que muchos filósofos del derecho han estudiado recientemente para explicar las doctrinas fundamentales del derecho contractual³. El libro, también, utiliza como ejemplo las teorías del derecho contractual de la tradición del *common law*, aunque sugeriré que también explican las doctrinas fundamentales de la tradición continental europea —de

recto, a saber, socavamos una práctica socialmente valiosa. Ver Rawls, J., *A Theory Of Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 1999, págs. 344-48. En el capítulo 8 de *Reasonableness and Responsibility*, al discutir *Contract as a Promise. A Theory of Contractual Obligation* de Charles Fried (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981) explico por qué el enfoque basado en las promesas no nos ayuda a entender el derecho contractual.

En *Justice as Fairness: A Restatement*, Rawls menciona que no discutirá los problemas de lo que él llama “justicia local”. Presumiblemente, los principios y reglas del derecho contractual formarían parte de la justicia local. Ver *Justice as Fairness: A Restatement*. Cambridge: Harvard University Press, 2001, pág. 11.

² Kant, I., *The Metaphysics of Morals*, trad. de Mary Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

³ Es plausible explicar el interés de los filósofos del derecho por desarrollar teorías de este tipo como consecuencia de una reacción de filósofos del derecho provenientes de jurisdicciones de *common law* al auge del análisis económico del derecho —que justifica y/o explica las instituciones jurídicas apelando al criterio de maximización de la utilidad—. Desde la década de 1970, entonces, los filósofos del derecho han tomado las ideas de Aristóteles, Hegel y Kant, en particular, la idea de autonomía, para desarrollar teorías de diferentes ramas del derecho —incluyendo al derecho privado—. Ver Spector, H., “Fairness versus Welfare from a Comparative Law Perspective”, *Chicago-Kent Law Review* 79, 2004, pág. 525.

hecho, en este artículo, usaré ideas de *Reasonableness and Responsibility* para explicar algunas doctrinas de esta última tradición—.

El libro tiene 10 capítulos, pero en este artículo me concentraré en los siete primeros. El artículo está organizado del siguiente modo. La sección 1 sitúa la teoría que propongo en el contexto de la filosofía política. Primero, introduzco la visión de quienes creen que el derecho contractual debe diseñarse de modo tal que promueva la justicia distributiva. Luego, explico la visión de los libertarios, que sostienen que el derecho contractual es la institución principal de nuestra sociedad y que la redistribución viola derechos. Finalmente, explico los defectos de ambas posiciones. Mis críticas son la puerta de entrada a la sección 2, en la que introduzco la “división de la responsabilidad” y explico la distinción entre “deberes relacionales” y “deberes no relacionales”. Explico que la división de la responsabilidad presupone, a su vez, una concepción de la “persona razonable”, es decir, un sujeto capaz de desarrollar planes propios y de actuar en conformidad con principios de justicia públicos. En la sección 3, conecto la división de la responsabilidad, la idea de persona razonable y los deberes relacionales con la teoría del derecho privado de Kant. Allí explico la distinción entre personas y cosas y los diferentes modos en que las personas razonables pueden interactuar. Uno de ellos es intercambiando bienes y servicios a través de contratos. La sección 4 discute tres preguntas desde la perspectiva desarrollada en las secciones anteriores: ¿qué puede ser objeto de un contrato? ¿Cuáles son las acciones por incumplimiento contractual? ¿Qué criterios determinan cuándo se ha celebrado un contrato? Finalmente, en la sección V, ofrezco una conclusión.

II. Filosofía política y Teoría del Derecho Contractual (capítulos 2, 3 y 4)

En esta sección sitúo la teoría propuesta en *Reasonableness and Responsibility* en el contexto de las discusiones de filosofía política sobre el fundamento del derecho contractual, en particular, la distinción entre lo que llamo posiciones “monistas” y posiciones “dualistas”. El dualismo sostiene que los principios prácticos aplicables al diseño

institucional, por un lado, y los principios prácticos aplicables a la conducta individual de las personas, por el otro, deben ser principios diferentes. El monismo, en cambio, niega dicha tesis. Por ejemplo, para un monista como Liam Murphy, Rawls es dualista porque, según Rawls, hay una “división del trabajo” entre los principios de justicia que rigen el diseño de las instituciones sociales y aquellos que los individuos deben seguir en sus conductas particulares. El monismo rechaza esta idea y sostiene que los principios de justicia que los individuos deben poner en práctica en sus conductas son los mismos que deben usarse para diseñar las instituciones sociales. En el libro me concentro en dos posiciones monistas. En primer lugar, discuto la posición que sostiene que todas las cuestiones de justicia sean cuestiones de justicia distributiva —me referiré a esta posición como el “enfoque distributivista”—. En segundo lugar, discuto la posición que sostiene que no existen cuestiones de justicia distributiva —identifico esta posición con el libertarismo de Robert Nozick—. Ambas posiciones se parecen al utilitarismo porque el utilitarismo utiliza el principio de utilidad para evaluar tanto las instituciones como las conductas personales —el utilitarismo establece que los individuos tenemos la obligación moral de maximizar la utilidad global en cada acción que realizamos—. Si bien ni el distributivista ni el libertario necesariamente son utilitaristas, ambas posiciones aceptan una idea que los utilitaristas aceptarían, a saber,

El argumento general de que toda posición moral/política debe, al nivel fundamental, evaluar cuán justas son las instituciones en función de principios normativos que también se aplican a las decisiones de los individuos⁴.

En un extremo del espectro ideológico está el enfoque distributivista. Un ejemplo de este enfoque es la posición que Liam Murphy adopta en “Institutions and the Demands of Justice”. En tal ensayo, Murphy sostiene que

⁴ Murphy, L., “Institutions and the Demands of Justice” *Philosophy & Public Affairs* 27, 1998, pág. 251.

no deberíamos pensar a las instituciones jurídicas, políticas y a otras instituciones sociales como si constituyeran dominios normativos separados que requieren principios normativos fundacionales diferentes sino fundamentalmente como los medios que las personas utilizan para cumplir con sus objetivos morales colectivos⁵.

Murphy sostiene que, si los individuos estuviesen capacitados para poner en práctica en su vida cotidiana los principios morales que suscriben, entonces tendrían una obligación de hacerlo. El problema es que, en realidad, los individuos no pueden imaginar o contemplar todas las consecuencias distributivas de cada curso de acción que deciden realizar. Para Murphy, solo una vez que tomamos conciencia del hecho de que somos “malos calculadores de consecuencias” podemos entender por qué diseñamos instituciones que son más eficaces para hacer el trabajo de asegurar que haya justicia en un modo más sistemático. Por ello, la división del trabajo entre instituciones e individuos es la segunda mejor opción. Murphy sostiene que

Una división del trabajo que deja en manos de la justicia de fondo la tarea de asegurarse de que haya una distribución justa en la sociedad y que hace responsable a las personas solamente por un conjunto de obligaciones negativas nos permitiría comer nuestra torta y también preservarla. Cumpliríamos con nuestros objetivos igualitarios sin hacer que nuestra vida sea miserable en el proceso⁶.

Según el enfoque distributivista, no es del todo claro si realmente debemos tener una institución que sea como aquello que llamamos derecho contractual. Nuestra decisión de tener o de no tener derecho contractual dependerá de información empírica contingente acerca de cuál es el mejor modo de cumplir con nuestros objetivos distributivos. En caso de que consideráramos necesario tener derecho de los

⁵ Murphy, *op. cit.*, pág. 253. Thomas Nagel tiene una posición similar. Ver *Equality and Partiality*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

⁶ Murphy, *op. cit.*, pág. 258.

contratos, tendríamos que diseñar sus reglas de un modo tal que, en última instancia, estas promuevan nuestra concepción de la justicia distributiva. Por supuesto, este enfoque asume que los principios que se aplican a la conducta del Estado son los mismos que rigen las transacciones privadas. También podría ocurrir que los principios sean diferentes, pero ello sería así simplemente en virtud de una cuestión de “competencia institucional” —por ejemplo, tal como mencioné antes, porque somos malos calculando los efectos distributivos que nuestras decisiones pueden tener y, por ello, preferimos aliviar a los individuos de la carga de tener que hacerlo y dejamos los problemas de justicia distributiva en manos del Estado—. El punto central de Murphy puede resumirse del siguiente modo: para él, no existen los contratos genuinamente privados porque, en el fondo, cualquier contrato es un modo de promover la justicia distributiva.

En la literatura filosófica más específica sobre el derecho contractual, Anthony Kronman adopta un enfoque distributivista en su ensayo seminal, “Contract Law and Distributive Justice”⁷. Los juristas generalmente sostienen que el principio de autonomía personal es el que justifica la existencia del derecho contractual. Todos parecen estar de acuerdo en la naturaleza voluntaria de los contratos. La posición de Kronman es llamativa porque sostiene que la voluntariedad de los contratos debe entenderse *completamente* en función de la justicia distributiva. Para Kronman, todos los aspectos esenciales de los contratos deben justificarse en función de la justicia distributiva. Dado que sostiene que el derecho de los contratos debe entenderse de este modo, Kronman adopta la posición monista y comparte con Murphy la idea de que la división del trabajo solo puede estar fundada en cuestiones pragmáticas.

En el lado opuesto del espectro ideológico, es decir, en la posición de aquellos que niegan que la justicia requiera poner en práctica alguna concepción de la igualdad distributiva, se encuentran Robert Nozick y otros libertarios. Ellos también rechazan la idea de que hay principios especiales para el diseño institucional, aunque la rechazan

⁷ *Yale Law Journal* 89 (1980).

por razones que no son las mismas que las de Murphy. Los libertarios entienden todas las cuestiones de justicia como cuestiones de justicia correctiva. Según creen, el estado no es diferente de cualquier otra asociación privada: para los libertarios, los poderes y las obligaciones que tiene el Estado no pueden ser diferentes de los poderes que los individuos poseían antes de que el Estado existiese. Una organización como el Estado es legítima solo en la medida en que sea consecuencia de acuerdos voluntarios entre personas que consienten crear una institución de ese tipo en la que “tercerizan”, por decirlo de un modo gráfico, la provisión de ciertos servicios que necesitan, tales como seguridad y tribunales para dirimir controversias entre las personas.

En términos generales, los libertarios creen que hay una presunción *prima facie* en contra de cualquier interferencia con la libertad de los individuos. Ello quiere decir que, a menos que haya consentimiento, la redistribución de la propiedad de unos a otros es impermissible. El cobro de impuestos con fines redistributivos, por ejemplo, es una redistribución ilegítima de recursos. Todavía más, los libertarios creen que no hay algo así como la justicia (re)distributiva porque todas las cuestiones de justicia tienen que ver con las relaciones interpersonales.

Finalmente, Nozick también sostiene que un defecto central de las teorías de la justicia distributiva igualitarias (a las que llama teorías “pautadas” o “de estado final”) es que, si bien se comprometen con la libertad, para mantener el patrón de igualdad, tienen que restringirla: una vez que se deja a las personas utilizar *sus* recursos como más lo prefieran, la distribución resulta irremediabilmente alterada. En consecuencia, para mantener vigente un principio de justicia pautado o de estado final se requieren continuas interferencias a la libertad de las personas, tales como prohibirles transferir sus recursos a otros.

La teoría de Nozick es una teoría de “justicia procedimental pura”: dada la existencia de reglas procedimentales justas, cualquiera sea el resultado de la aplicación de las reglas, este será justo. Así, para Nozick, si las personas transfieren voluntariamente sus derechos de propiedad a otras personas, el resultado de esa transferencia será un estado de cosas justo —sin que importe que, como resultado de la acumulación de transferencias, algunos tengan mucho más y otros

mucho menos—. Las teorías pautadas, en cambio, son teorías de “justicia procedimental perfecta”, es decir, teorías que cuentan con un criterio que determina qué resultados son justos y un procedimiento diseñado para garantizar que se satisfaga el criterio de justicia.

Si pensamos en el libertarismo de este modo, el contraste con la posición de Murphy se aclara más: mientras que para Murphy, realmente, los contratos no tienen nada de privado, los libertarios piensan que, en definitiva, todas las instituciones son esencialmente privadas.

Ahora bien, en los capítulos 3 y 4 del libro explico por qué tanto los distributivistas como los libertarios están equivocados. En primer lugar, sostengo que los distributivistas como Kronman no pueden explicar el sentido en el que los contratos son interacciones entre individuos que privadamente ejercen su libertad para intercambiar bienes y servicios: las interacciones contractuales son excusas para promover la justicia distributiva. Si hubiera una manera mejor de hacerlo, entonces no tendríamos derecho contractual. Los acuerdos entre las personas, así como también la responsabilidad por incumplimiento, son meras herramientas que pueden o no ser útiles para promover la justicia distributiva⁸. En el capítulo 4 explico que, a diferencia de los distributivistas, dado el énfasis que hacen en la idea de libertad, los libertarios sí pueden explicar por qué los contratos son interacciones privadas. También tienen razón cuando sostienen que, en principio, los individuos deben tener libertad para interactuar intercambiando bienes y servicios. Sin embargo, cometen el error de pensar que tienen el monopolio de la idea de que “justicia procedimental pura”. A partir

⁸ Quizá, Kronman podría presentar su posición de un modo diferente, por ejemplo, basándose en alguna forma de utilitarismo de reglas. Sin embargo, debido a las objeciones presentadas por diversos autores, el utilitarismo de reglas enfrenta problemas serios: si las reglas que adoptamos son meras reglas de buen cubero, entonces, debería estar permitido hacer excepciones. Cuantas más excepciones hacemos, el utilitarismo de reglas más se acerca al de actos. Esta objeción podría no funcionar contra interpretaciones más complejas del utilitarismo como la de David Brink. Ver Brink, D., *Moral Realism and the Foundations of Ethics*. Nueva York: Cambridge University Press, 1989. No discutiré aquí esta posibilidad, que la contemplo en *Reasonableness and Responsibility*.

del capítulo 5, desarrollo la teoría de la justicia de Rawls, una teoría de la “justicia procedimental pura” que no requiere interferencias constantes en la libertad de las personas. Según explicaré en la sección siguiente, para Rawls la justicia requiere que las personas tengan acceso a determinados bienes. Sin embargo, una vez que las personas los tienen y que siguen las reglas de la cooperación justa, la distribución que resulte será justa. Veamos.

III. La división de la responsabilidad y el Derecho Contractual (capítulo 5)

El punto de partida de la teoría de la justicia de John Rawls es la idea de una “sociedad bien ordenada”. En ella, en primer lugar, las personas aceptan y saben que todos los demás aceptan la misma concepción política de la justicia (aunque no necesariamente deben compartir una concepción comprehensiva del bien, por ejemplo, pueden tener diferencias políticas o pertenecer a diferentes religiones). Ello significa que todos aceptan los mismos principios públicos de justicia. En segundo lugar, las principales instituciones políticas y sociales de una sociedad bien ordenada están organizadas de acuerdo a esos principios públicos de justicia, independientemente de cuáles sean. Finalmente, los ciudadanos entienden y ponen en práctica esos principios públicos de justicia⁹.

La sociedad bien ordenada incluye lo que Rawls llama una “división de la responsabilidad”. En “Unidad social y Bienes Primarios”, Rawls explica esta idea del siguiente modo:

La sociedad, los ciudadanos como un cuerpo colectivo, aceptan la responsabilidad de mantener la igualdad de las libertades fundamentales y la igualdad de oportunidades justas mientras los ciudadanos (como individuos)... aceptan la responsabilidad de revisar y ajustar sus fines y aspiraciones en vista de todos los medios que sirven para perseguir fines que puedan esperar, dada su situación presente y previsible. Esta división

⁹ Rawls, *Justice as Fairness. A Restatement*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of The Harvard University Press, 2001, pág. 9.

de responsabilidad confía en la capacidad de las personas de asumir la responsabilidad respecto de sus fines y moderar los reclamos que realizan ante sus instituciones sociales de conformidad con el uso de bienes primarios. Los reclamos de los ciudadanos frente a las libertades, oportunidades, y todos los medios necesarios para perseguir fines están protegidos de las demandas irrazonables de los demás¹⁰.

Este pasaje sugiere la existencia de dos dimensiones de la división de la responsabilidad. La primera dimensión de la división de la responsabilidad es su dimensión pública, que da lugar a determinados tipos de deberes. En primer lugar, las personas tienen el deber de apoyar instituciones justas. Es un deber que tienen con la sociedad en general, y no con alguien en particular. Estos deberes son, entonces, deberes “no relacionales”. Al mismo tiempo, la sociedad tiene el deber de asegurar que las personas tengan la *oportunidad* de llevar una vida que consideren exitosa: los individuos deben tener aquellos recursos y oportunidades que les permitan establecer y perseguir sus planes. Rawls se refiere a esos medios como “bienes primarios”, que son medios que sirven para perseguir cualquier fin. En este marco, el contenido específico de los planes que adopta cada persona es irrelevante: mientras no interfieran con las elecciones de otros, las personas deben ser libres de hacer lo que crean adecuado¹¹.

¹⁰ John Rawls, “Social Unity and Primary Goods”, *Utilitarianism and Beyond*, editado por Amartya Sen y Bernard Williams. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, pág. 170.

¹¹ Ripstein, A., “Private Order and Public Justice: Kant and Rawls”, *Virginia Law Review* 92, 2006, pág. 1391. T. M. Scanlon explica la división de responsabilidad del siguiente modo: “La idea es la siguiente. La “estructura básica” de la sociedad es su sistema legal, político y económico, cuya función es definir las posiciones en que los diferentes poderes y los beneficios económicos se adjuntan. Si una estructura básica hace esto de un modo aceptable —si los ciudadanos no tienen quejas razonables respecto de su acceso a distintas posiciones dentro de este esquema o al paquete de derechos, libertades, y oportunidades frente a recompensas económicas que presentan ciertas posiciones en particular— entonces la estructura es justa. Corresponde a las personas, operando dentro de este esquema, elegir sus

La división de la responsabilidad incluye otra dimensión, que puede explicarse en términos de las responsabilidades entre personas. Los individuos deben tomar responsabilidad por aquello que hacen con sus propias vidas. Dado que las personas son libres para perseguir sus propios fines, solo pueden hacerlo en la medida en que permitan a otras perseguir sus propios planes al mismo tiempo. Esta es una idea de *igual libertad*: si mi vida es mi responsabilidad, entonces otros no deberían interferir en ella. Pero, al mismo tiempo, no debería desplazar los costos de mis actividades a otros: debo hacerme responsable de mi propia vida, y ellos deben hacerse responsables de la suya —pero no por mis hechos¹²—. Esta segunda dimensión da nacimiento a “deberes relacionales” entre las personas.

Las diferentes dimensiones de esta división de la responsabilidad reflejan una concepción normativa de la persona, que presupone que los individuos tienen los dos siguientes poderes morales¹³:

- a. Una capacidad para desarrollar una concepción del bien: capacidad de formar, revisar y perseguir racionalmente una concepción de lo bueno. Esta capacidad está asociada con la racionalidad instrumental, es decir, con el *homo economicus*: las personas racionales elijen los medios más efectivos para perseguir sus

propios fines y hacer uso de las oportunidades dadas y recursos para perseguir esos fines lo mejor que puedan. El éxito o el fracaso, la felicidad o la infelicidad será un resultado de su propia responsabilidad”.

Ver Scanlon, T. M., *What We Owe to Each Other*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1998, pág. 244.

¹² Noten que, hasta ahora, solo hice referencia a planes de vida de los individuos. Ello no significa que tales planes sean necesariamente individualistas: las personas pueden elegir perseguir sus planes afiliándose a diferentes grupos y asociaciones. Ver Rawls, J., “Fairness to Goodness”, en *John Rawls: Collected Papers*, editado por Samuel Freeman. Cambridge: Harvard University Press, 1999, pág. 273.

¹³ Estos dos poderes deben ser complementados con lo que Rawls llama “poderes de la razón”. Estos poderes son aquellos del juicio, el pensamiento y de la inferencia. Son poderes que son esenciales a los dos poderes y requeridos para su ejercicio. Rawls, J., *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia University Press, 1993, pág. 19.

- planes, cualesquiera sean. El modo en que las personas forman sus preferencias, o si estas son buenas o malas —desde alguna concepción del bien es—, desde esta perspectiva, irrelevante. Este poder, a su vez, conlleva la capacidad de revisar su concepción de lo bueno en la medida en que lo consideren necesario¹⁴.
- b. Una capacidad de desarrollar un sentido de justicia: capacidad de entender, de poner en práctica y de actuar motivado por —y no solo de conformidad con— los principios de justicia política que especifican los términos justos de cooperación social. Por ello, Rawls sostiene que, además de ser racionales, las personas son *razonables*: están dispuestas a actuar sobre la base de un principio que otros puedan aceptar —y que por lo tanto, puedan encontrarlo justificable—.

Lo razonable tiene un carácter público que lo racional no tiene. Como explica Rawls, “la razonabilidad lleva a los agentes al mundo de los otros, donde se convierten en iguales, listos para proponer o

¹⁴ Rawls se refiere a la capacidad y no a su realización. Esto significa que incluso si, como una cuestión de hecho, la capacidad no se desarrolla, todos los seres son tomados como poseedores de esta capacidad y, en consecuencia, con el derecho a reclamar su parte justa de sus instituciones sociales y políticas. Además, algunas personas pueden tener una mayor capacidad para el sentido de justicia —les puede resultar más fácil aplicar los principios de justicia— pero esa mayor capacidad es “un activo natural como cualquier otra habilidad”.

También es importante notar que incluso si las personas cambian su concepción del bien, su identidad pública o legal como personas libres no se ve afectada por esos cambios. La gente puede cambiar su afiliación política o religiosa. Por ejemplo, como dice Rawls, “[e]n ruta a Damasco Saúl de Tarso se convierte en Pablo el Apóstol”. Sin embargo, sus derechos y deberes básicos no se ven afectados. Además, incluso si cambian de religión o inclinación política, están facultados para hacer los mismos reclamos que podían hacer antes de que esos cambios tuvieran lugar. Ver John Rawls, *Justice as Fairness. A Restatement*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of The Harvard University Press, 2001, pág. 23.

aceptar términos justos de interacción”¹⁵. Estos términos de interacción justa son términos que los agentes comparten y reconocen públicamente frente a otros. Así, las personas razonables se ven con el derecho a presentar reclamos en sus instituciones sociales para que puedan seguir su propia concepción de lo bueno, pero también reconocen el derecho de los demás a hacer lo mismo¹⁶.

Lo racional y lo razonable se muestran en ambas dimensiones de la división de la responsabilidad. Cada persona es responsable de su vida, pero para que todos podamos perseguir nuestros planes al mismo tiempo se requieren límites recíprocos a nuestra libertad. Si usted y yo decidimos interactuar, nuestra interacción debe ser completamente voluntaria. No es aceptable que alguien use a otro para perseguir sus planes sin haber obtenido su consentimiento, y viceversa; no puedo hacer uso de sus bienes sin su autorización ni imponerle costos que usted no haya consentido. Para garantizar que esto sea así es necesario contar con un sistema de reglas que establezcan límites recíprocos a la libertad que el Estado haga valer. Este sistema se refleja en las categorías fundamentales del derecho privado, del derecho romano y del derecho civil y el *common law*. Veamos.

IV. Deberes relacionales y la teoría kantiana del derecho privado (capítulo 6)

He argumentado que las personas racionales tienen sus propios fines que perseguir. Las personas están interesadas en tener recursos y oportunidades precisamente porque pueden establecer y perseguir

¹⁵ Rawls, *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia University Press, 1993, pág. 53.

¹⁶ *Ibidem*. En cambio, las personas irrazonables son oportunistas: “pueden planear participar en planes de cooperación, pero no están dispuestos a honrar, o incluso a proponer, con excepción de una necesaria pretensión pública, ningún principio general o normas para especificar los términos justos de interacción. Están dispuestos a violar los términos que se adaptan a sus intereses cuando las circunstancias lo permitan” Rawls, *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia University Press, 1993, pág. 50.

las diferentes concepciones de lo bueno que puedan adoptar. Por eso, deben ser capaces de hacer lo que quieran con sus vidas bajo los requerimientos de igual libertad: no tendría sentido darles recursos y luego no permitirles que dispongan de ellos de acuerdo a sus planes. Tómese estas ideas de la división de responsabilidad de Rawls. Sin embargo, Rawls no desarrolló una teoría del derecho privado; más bien, se concentró en la organización institucional más básica, es decir, en los lineamientos que debe seguir una constitución. Pero las ideas de Rawls tienen continuidad con las de Kant, que sí desarrolló una teoría del derecho privado. Por empezar, como explica Ripstein, los dos poderes morales que introduje antes son parte de lo que Kant llama el “derecho innato de humanidad” sobre uno mismo¹⁷. La capacidad para desarrollar una concepción del bien propia es equivalente a la noción de “independencia” de Kant: cada uno de nosotros, y no los demás, determina qué planes adoptará. La capacidad para desarrollar un sentido de lo justo es la capacidad para reconocer los derechos de los demás, así como la de hacer valer los derechos propios. Esta noción de “independencia” es el punto de partida de la teoría del derecho privado que Kant desarrolló en *La Metafísica de la Moral*, en la sección llamada “Doctrina del Derecho”. Veámosla con más detalle.

Para empezar, la independencia no es una característica de los agentes aislados, sino que es una idea relacional: A es independiente de B en la medida en que no esté sujeto a las decisiones de B. Así, si una persona fuera el único habitante del mundo, si tuviera a su alcance un conjunto de acciones valiosas para hacer, e incluso si pudiera realizarlas, no tendría sentido decir que esa persona es “autónoma”. Tampoco es una idea aplicable universalmente: no todo ente puede ser autónomo. La independencia presupone la distinción entre personas y cosas. Para Kant, las personas tienen una capacidad para determinar cuáles son sus propios planes. Las cosas, en cambio, son meramente

¹⁷ Ripstein, A., “Private Order and Public Justice: Kant and Rawls”, *Virginia Law Review* 92, 2006, pág. 1399.

medios para perseguir esos objetivos. Por eso, es habitual que los filósofos morales sostengan que “las personas son fines en sí mismos”.

Para que las personas puedan establecer sus propios planes necesitan de medios. Los medios incluyen el dominio sobre el cuerpo propio, que tenemos en virtud del mero hecho de ser personas: no es necesario que hagamos nada para tener derecho a usar nuestro cuerpo. Los poderes externos, a los que Kant llama “cosas”, son los medios que tenemos para perseguir los planes que podemos adoptar en virtud de nuestra condición de personas. Decir que una persona es dueña de ciertos medios es decir que las cosas que posee están sujetas a su decisión.

Las personas independientes son las que pueden determinar a qué fines afectar los medios que poseen. Esta idea de independencia es la que lleva a que Kant rechace la esclavitud: el esclavo depende completamente de las decisiones de su amo, que no tiene la obligación de justificar sus decisiones ante su esclavo.

Dada la distinción entre personas y cosas, la pregunta que surge es:

Cómo una pluralidad de personas separadas, con fines separados, puede ser libre de perseguir sus planes al máximo, cualesquiera sean, en la medida en que sean compatibles con la libertad de las demás personas de ejercer la misma libertad. La persecución de planes separados, a su vez, requiere de límites recíprocos a la libertad que reflejan las maneras diferentes en las que interactúan las personas. Para que los límites sean recíprocos, deben obligar a todos del mismo modo, es decir, deben concordar con una ley universal¹⁸.

La distinción entre personas y cosas lleva a la idea de que hay tres modos en que las personas pueden interactuar y, al mismo tiempo, tres modos en que se puede interferir con la capacidad de las personas para perseguir sus planes. Cada una de estas interferencias dará lugar a una reacción del derecho. Esas reacciones estarán justificadas porque la idea de límites recíprocos a la libertad implica que es permisible restringirla para protegerla. Así, si al perseguir mis planes,

¹⁸ Ripstein, A., “Authority and Coercion”, *Philosophy. & Public Affairs* 32, 2004, pág. 10.

violo sus derechos, lo privo de su derecho a usar sus medios para fines con los que usted concuerde (al violar sus derechos uso sus medios sin su consentimiento). En consecuencia, para Kant, está justificado restringir mi libertad para obligarme a que lo deje en situación de ser el amo de sus medios nuevamente.

Los modos posibles de interacción entre personas son los siguientes¹⁹:

1. Podemos perseguir nuestros planes de modo independiente, lo que requiere de derechos de las personas y de propiedad. Veamos. Los derechos de propiedad son derechos a tener a disposición las cosas para poder establecer y perseguir los planes de vida propios. Dado que las cosas son necesarias para establecer y determinar planes de vida propios, deben ser protegidas. Así surge la idea de derechos de propiedad, es decir, el poder de controlar las cosas propias y de excluir a los demás de su uso si así lo queremos. En consecuencia, si alguien interfiere con mi propiedad, por ejemplo, si usa mis cosas sin pedirme permiso, viola mis derechos, es decir, me priva de mi poder de decisión sobre mis cosas. El derecho de la responsabilidad extracontractual y el enriquecimiento sin causa (o *unjust enrichment* en la terminología del *common law*) son el reflejo de la responsabilidad que surge como consecuencia de las relaciones entre personas que persiguen sus planes de manera independiente. El derecho de la responsabilidad extracontractual se ocupa de los casos en los que una persona daña a la persona o la propiedad de otra sin el consentimiento de esta última. En esos casos, obliga al demandado a indemnizar al demandante por los daños que le haya causado. A su vez, el enriquecimiento sin causa existe cuando una persona se queda con la propiedad de otra sin el consentimiento de aquella.

¹⁹ Para una discusión excelente de la clasificación de las obligaciones en la obra de Kant, ver Weinrib, J., "What Can Kant Teach Us About Legal Classification?", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 23, 2010, págs. 203-231. Tomo la descripción de los tres modos posibles de interacción de Ripstein, A., "Kant on Law and Justice", *The Blackwell Guide to Kant's Ethics*, editado por Thomas E. Hill Jr. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009.

2. Una persona puede actuar en nombre de otra, lo que da lugar a reglas jurídicas sobre status. En las relaciones fiduciarias, las personas actúan de un modo interdependiente, pero no consensualmente. Este tipo de interacción da lugar a relaciones que son similares a los derechos sobre las cosas: son relaciones de status en virtud de las que una persona puede actuar y tomar decisiones en nombre de la otra. En estos escenarios, los intereses del beneficiario dependen de las decisiones del fiduciario. El fiduciante no tiene capacidad para consentir o estar en desacuerdo con las decisiones que toma el fiduciario; es un límite estructural de este tipo de relaciones. Pero el fiduciario tiene la obligación de promover los intereses del fiduciante, es decir, no puede hacer lo que se le antoje. El ejemplo fundamental de este tipo de relaciones es la de la relación entre padres (o tutores, según el caso) e hijos menores de edad. Los padres deben actuar de modos que promuevan los intereses de sus hijos. Es decir, los padres no pueden tratar a sus hijos como meros medios para promover sus fines; los hijos no son cosas, aunque la incapacidad estructural para consentir hace que los padres tengan esta relación fiduciaria con sus hijos.

3. Finalmente, podemos perseguir nuestros planes conjuntamente de un modo voluntario, intercambiando bienes o servicios o haciendo donaciones. Ello requiere un sistema de derecho contractual. También, las personas deben ser capaces de transferir los derechos antes de la entrega efectiva de la cosa o antes de que el servicio en cuestión se realice. Eso les permitirá planificar con antelación. El derecho contractual es un modo de hacer todo esto: es un modo de subordinar nuestros bienes a nuestra propia concepción del bien²⁰.

Cuando la gente celebra contratos coopera en proyectos particulares, de manera que cada persona pone sus competencias a disposición de otros. Esta es una característica importante de la idea rawlsiana de “establecer y perseguir” una concepción de lo bueno. El hecho de que las personas puedan tener la conducta futura de otras a su disposición es otra forma de permitirles establecer sus propios

²⁰ Arthur Ripstein, “Private Order and Public Justice: Kant and Rawls”, *Virginia Law Review* 92, 2006, pág. 1838.

objetivos. Visto de esta manera, la posibilidad de celebrar contratos aumenta su capacidad para alcanzar los objetivos que se fijaron. Al mismo tiempo, cuando las personas persiguen sus propios planes de este modo, la idea de igual libertad requiere que cumplan los términos de sus acuerdos. Si no lo hicieran, no estarían tomando responsabilidad por su propia vida. Además, si A incumple un contrato que tiene con B y no se exige que pague un costo por su incumplimiento, A estaría estableciendo los términos de la relación contractual unilateralmente porque estaría privando a B de algo a lo que este tiene derecho —esto es, el cumplimiento de A—. La sección siguiente se concentra en la teoría kantiana del derecho contractual.

V. El Derecho Contractual

V.1. ¿Qué puede ser objeto de un contrato? (capítulo 6)

Según Kant, con la excepción de las personas independientes, todo puede ser objeto de un derecho adquirido. Por consiguiente, las acciones de otras personas también pueden adquirirse. Podemos transferirnos contractualmente el uso de determinados poderes. Esto da lugar a los derechos oponibles a otras personas, propios del derecho contractual. Los contratos generan derechos y obligaciones correlativas. Así, al momento de la formación del contrato, y antes del cumplimiento de la obligación, el acreedor adquiere del deudor la posesión de algo, pero no de algo material: el acreedor obtiene un *crédito* contra el deudor. El contenido de tal crédito es el cumplimiento de la obligación del deudor, esto es, un hecho (o una omisión, según el caso) del deudor. La obligación de cumplir con el contrato es una obligación de darle al demandante algo a lo que tiene derecho, a saber, el cumplimiento del deudor tal como está especificado en los términos del acuerdo entre el deudor y el acreedor.

Esto no quiere decir que, al momento de la celebración del contrato, el acreedor se convierta en dueño del deudor (como si este fuera esclavo del acreedor), sino que el acreedor tiene un derecho para exigirle al deudor que cumpla con su obligación de entregar el

bien prometido o de cumplir con el servicio prometido, dependiendo del contenido del contrato que hayan celebrado. Kant lo explica del siguiente modo:

Mediante un contrato adquiero algo externo. Pero, ¿qué es lo que adquiero? Puesto que se trata simplemente de la causalidad de la decisión de otro en relación al acto que me prometió, lo que adquiero directamente por un contrato no es una cosa externa sino su acción mediante la que la cosa queda en mi control de modo tal que la hago mía. Por un contrato, entonces, adquiero la promesa del otro (pero no lo que me prometió) y aun así algo se agrega a mis pertenencias externas; me enriquecí (*locupletior*) al adquirir una obligación activa sobre la libertad y los medios de otro²¹.

El acreedor, entonces, adquiere del deudor lo que el derecho llama un derecho *in personam*, esto es, un derecho que un individuo puede hacer valer frente a una persona en particular que, a su vez, tiene la obligación correlativa de cumplir con su obligación.

La dimensión transaccional de los contratos explica el tipo de derecho que el acreedor adquiere contra su deudor. En los términos del derecho, el acreedor tiene un derecho *in personam* oponible a su deudor. Como mencioné anteriormente, estos derechos son derechos que una persona puede oponer a otra persona en particular, y no al resto del mundo; en cambio, los derechos reales, o derecho *in rem*, son oponibles *erga omnes*. Por supuesto, los derechos reales pueden tener origen transaccional, es decir, pueden adquirirse mediante la interacción entre personas; por ejemplo, cuando usted me transfiere la propiedad de un bien de su propiedad. Pero el derecho real subsecuente es oponible *erga omnes*, es decir, es oponible incluso a aquellos que no participaron de

²¹ Ver Kant, *op. cit.*, 6:723. Son las normas de la libertad las que requieren que sea posible poseer la acción de otro. Si el hecho de que yo posea la posibilidad de exigirle que haga algo es compatible con su libertad, con la mía y con la de todos los demás, entonces ello tiene que estar jurídicamente permitido. Para este punto, ver: Byrd, S. y Hrushka, J., “Kant on ‘Why Must I Keep My Promise’”, *Chicago Kent Law Review* 81, 2006, págs. 47-58.

nuestra transacción. En cambio, el derecho personal solamente puede adquirirse de la persona ante quien puede oponerse.

Es importante resaltar que en los contratos que obligan al deudor a la entrega de un bien, dado que el acreedor adquiere un derecho personal oponible a su deudor, este no adquiere la propiedad del bien en cuestión. Este hecho nos lleva a la pregunta: si no es al momento de la celebración del contrato, ¿cuándo es que el acreedor se convierte en el dueño del bien prometido? Esta pregunta surge respecto de los contratos en los que la entrega del bien no tiene lugar al momento de la celebración del acuerdo. Pensemos en el ejemplo de la compraventa de un caballo, diferida en el tiempo. Kant sostiene que, antes de la entrega del caballo, si las partes no se ponen de acuerdo acerca de quién debe tener la posesión del caballo y el comprador lo deja en manos del vendedor, el primero no es el dueño del caballo²². El comprador se convierte en su dueño solamente después de que tenga el caballo en su posesión y realice un acto independiente de la celebración del contrato que establezca el derecho *in rem* sobre el caballo. Tanto en la tradición continental como en la del *common law* estos actos llevan el nombre de “actos posesorios”.

En la mayoría de los contratos que no son de cumplimiento inmediato, las partes se pondrán de acuerdo respecto de la fecha en la que la entrega del bien debe tener lugar. Antes de la entrega del bien, dado que el comprador no es todavía dueño del bien, es el vendedor, y no el comprador, quien debe hacerse cargo si se materializa cualquier daño que sufra el bien en cuestión. Ello es así en virtud de que el acreedor solamente tiene un derecho a exigir que el deudor cumpla con su obligación de poner al acreedor en la posición en la que puede obtener la posesión del caballo²³. Ahora, si las partes se ponen de acuerdo respecto de una fecha en la que el acreedor debe buscar el caballo para obtener la posesión y este no se hace presente, se justifica que el

²² Para una discusión de este punto, ver Benson, P., “The Basis for Excluding Liability for Economic Loss in Tort Law”, en *Philosophical Foundations of Tort Law*, editado por David G. Owen. Oxford: Oxford University Press, 1995, págs. 455-456.

²³ Kant, *op. cit.*, 6:275.

deudor transfiera al acreedor cualquier riesgo que podría enfrentar el bien en cuestión.

V.2. ¿Cuáles son las acciones en caso de incumplimiento? (capítulo 6)

En el *common law*, la acción estándar por incumplimiento contractual es la indemnización por las expectativas frustradas (*expectation damages*), es decir, una indemnización que tiene por objetivo dejar al demandante en la misma situación en la que estaría si el demandado hubiese cumplido con el contrato. Ahora bien, si una vez que celebramos un contrato, el acreedor es dueño de una acción del deudor y si, según Kant, dicha acción es un medio del acreedor, ¿cómo se explica el hecho de que el acreedor no tenga derecho al cumplimiento específico y forzoso de la obligación?²⁴ Si la libertad no exige cumplimiento específico, ¿qué exige?

Una respuesta posible es que, si bien idealmente los acreedores tienen derecho al cumplimiento específico de la obligación, una vez que el deudor incumplió, se torna imposible cumplir con la obligación tal como había sido pactada originalmente. Como explica Smith, “por definición, lo que prometió hacer para un tiempo en particular ya no se puede hacer... lo mejor que el deudor puede hacer es actuar de un modo similar al de la obligación original”²⁵.

Otra posible respuesta podría asociarse con la sugerencia de Holmes: “La obligación de cumplir con un contrato significa... que... usted debe pagar daños y perjuicios en caso de que lo incumpla —y nada más que eso—”²⁶. Otro modo posible de entender las obligaciones contractuales es de modo tal que sean promesas “disyuntivas”

²⁴ Tomo este punto y la pregunta de Hodgson, L-P., “Collective Action and Contract Rights”, *Legal Theory* 17, 2011, págs. 209-226.

²⁵ Smith, S.A., *Contract Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pág. 54.

²⁶ Wendell Holmes, O., “The Path of the Law”, *Harvard Law Review* 10, 1897, pág. 462.

de o bien cumplir con lo prometido, o bien pagar una indemnización por los daños y perjuicios²⁷.

De acuerdo con esta segunda posibilidad, en verdad, la indemnización no sería consecuencia del incumplimiento porque las partes del contrato originalmente habían acordado que el deudor podía elegir pagar los daños, en lugar de cumplir específicamente. En algunos casos, podría ser cierto que las partes entendieron que su contrato era una promesa disyuntiva. Sin embargo, no es el modo en que habitualmente las partes consideran los contratos que celebran. Por consiguiente, estas explicaciones no son satisfactorias porque no capturan la naturaleza pública del lenguaje del derecho contractual²⁸.

Veamos qué explicación podría ofrecer el teórico kantiano. Hodgson lo explica del siguiente modo:

Si la justificación última de los derechos contractuales es la libertad, entonces el objetivo del derecho al conceder la indemnización debe ser asegurar que la libertad de la víctima del incumplimiento no esté amenazada por el incumplimiento. La compensación, entonces, solo será adecuada en la medida en que sea equivalente al cumplimiento como medio con el que la víctima puede perseguir su plan. En otras palabras, para determinar qué califica como compensación adecuada, debemos preguntar qué pondrá a la víctima en la posición que habría tenido, con respecto a la persecución de sus planes, si el deudor hubiese cumplido el contrato. En circunstancias normales, ello exige que la compensación se base en el valor de mercado del cumplimiento esperado. Una visión de los derechos contractuales basada en la libertad requiere que la acción estándar sea la indemnización por la frustración de las expectativas²⁹.

²⁷ Gold, A. S., "A Property Theory of Contract", *Northwestern University Law Review* 103, 2009, pág. 54.

²⁸ Smith, *op. cit.*, pág. 54.

²⁹ Hodgson, *op. cit.*, págs. 224-225.

Como explica Hodgson, la provisión “con respecto a la persecución de sus planes” tiene un rol fundamental en el argumento. Los demandantes no tienen un derecho a sentirse tan contentos o satisfechos como se sentirían si el deudor hubiese cumplido con el contrato³⁰. Su derecho es a tener a su disposición nuevamente los medios. La felicidad o satisfacción, como tales, no son medios para que las personas establezcan y persigan sus planes. Del mismo modo, en la responsabilidad extracontractual, si alguien meramente hace infeliz al lector, pero no lo daña físicamente o no daña su propiedad, usted no tiene derecho a ser compensado³¹ (probablemente, este es el caso con lo comentaristas de este artículo).

Es importante mencionar, también, que el teórico kantiano tiene en sus manos una explicación del alcance de la indemnización por responsabilidad por incumplimiento. El incumplimiento de nuestro contrato lo priva a usted de algo que le pertenece. Al incumplir el

³⁰ Hodgson, *op. cit.*, págs. 224-225.

³¹ Tomo este punto de Ripstein, A., “As It Had Never Happened”, *William & Mary Law Review* 48, 2007, pág. 1984.

Andrew Gold propone una explicación diferente: “En los casos contractuales en los que el deudor decide no cumplir a pesar de haber transferido un interés de propiedad en el cumplimiento de la promesa, el incumplimiento infringe los derechos del acreedor. Ello implica cometer daño y la justicia correctiva requiere que se rectifique la pérdida que sufre el acreedor. Sin embargo, a la luz del rol que la autonomía tiene en la circunscripción del interés del acreedor en el cumplimiento, el incumplimiento es una violación permisible del derecho de propiedad del deudor.” Gold, *op. cit.*, nota 24, págs. 57-58. Gold agrega que “el pago de la indemnización es un ejercicio de justicia correctiva dentro de los límites establecidos por el valor de la autonomía. Puede que sea injusto que el deudor no reconozca el derecho de propiedad del acreedor al cumplimiento, pero sería más injusto todavía no reconocer el valor de la autonomía del deudor.” No creo que sea necesario recurrir a la idea de violaciones permisibles al derecho de propiedad porque, si los derechos contractuales son medios, el acreedor víctima del incumplimiento tiene derecho a los medios de los que el deudor lo priva al incumplir. Según creo, la indemnización por las expectativas frustradas no es una compensación por la infracción a un derecho de propiedad cuyo contenido es el cumplimiento; la indemnización, más bien, devuelve al acreedor los medios que debería tener a su disposición. Gold, *op. cit.*, pág. 58.

contrato, lo estoy privando no solamente de sus medios, sino también de los usos posibles que usted habría dado a sus medios. Si bien no tiene a su disposición los usos posibles que habría dado a sus medios con la misma certeza que tiene los medios en cuestión (no tiene necesariamente certeza del uso que podría darle a los medios), de todos modos, tiene derecho a que se lo compense por la pérdida de los usos posibles de esos medios (con mi incumplimiento, usted ya no tiene la posibilidad de usarlos en el mismo sentido en que la tenía antes del incumplimiento)³². Sin embargo, no cualquier destino que usted podría haberle dado a sus medios cuenta por igual. Para determinar el alcance de la responsabilidad del deudor por el incumplimiento, y si esta alcanza a los daños que en el *common law* llevan el nombre de *consequential damages*, debemos mirar al momento de la celebración del acuerdo. De acuerdo con la doctrina del famoso *Hadley v. Baxendale*, que mencioné en la primera sección de este artículo, es necesario determinar si, al momento de la celebración, es razonable asumir que las partes podían o debían haber contemplado el uso que el acreedor le daría a lo adeudado. Consideremos ahora otro ejemplo del *common law*, el caso *Security Stove & Mfg. Co. v. American Railway Express Co*³³. En el caso citado, un fabricante de estufas esperaba un modelo nuevo de estufas que tenía que ser enviado por barco a una feria de comercio. En la feria, el fabricante esperaba obtener clientes nuevos. El fabricante había invertido en la feria; por ejemplo, el presidente de la fábrica y sus empleados habían viajado para estar presentes en la feria. El problema fue que no tuvieron nada para mostrar allí: como la empresa encargada de enviar la estufa incumplió con su obligación, el fabricante perdió la chance de intentar ganar clientes nuevos. Por supuesto, era imposible saber con certeza cuánto dinero habría ganado el fabricante si hubiese podido mostrar en la convención el producto en cuestión. Sin embargo, había certeza respecto del uso que el fabricante le iba a

³² Ver Ripstein, A., *Force and Freedom. Kant's Legal and Political Philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, pág. 21.

³³ 227 Mo. App. 175, 51 S.W. 2D 572 (1932).

dar al bien: su intención era utilizarlo para atraer clientes nuevos, que podrían ser fuente de ganancias en el futuro.

En resumen, la indemnización por los daños causados por la frustración de expectativas redime el derecho del acreedor al cumplimiento de la obligación porque le da al acreedor los medios a los que este tenía derecho en virtud del contrato.

V.3. Razonabilidad y formación de los contratos (capítulo 7)

Hasta ahora, he echado mano de la teoría del derecho contractual de Kant. Ahora bien, Kant no explica qué criterios deben utilizarse para determinar si se ha celebrado un contrato entre dos —o más— personas. Sin embargo, algunas de sus ideas de *Doctrina del Derecho* pueden ser útiles para explicar cómo puede determinarse cuándo se ha celebrado un contrato. Kant sostiene que al derecho le concierne solamente lo que él llama “el principio universal del derecho”, o la coexistencia de la *libertad* de todos de acuerdo con la ley universal. Según Kant,

[e]l concepto de derecho... tiene que ver... con la relación externa... de una persona con otra, en la medida en que sus acciones, como hechos, puedan tener influencia (directa o indirecta) en cada una de ellas³⁴.

En este pasaje, Kant invitaba a pensar el derecho como independiente de la virtud. El derecho solo debería ocuparse de lo que los individuos hacen o dicen (en algunos casos, también, de lo que no hacen cuando tienen la obligación de actuar), más allá de si los motivos para actuar de una forma u otra sean los correctos (sin perjuicio de que los motivos sean relevantes en el ámbito de la filosofía moral). ¿Cómo se refleja ello en el derecho contractual? Veamos. Una visión posible de los contratos es que estos involucran un “encuentro de las mentes” de las partes, es decir, la idea de que, para que se celebre un contrato, los contratantes deberían coincidir en aquello que tienen en mente. Si

no fuera así, obligar a una persona a que cumpla con aquello a lo que no quiso comprometerse sería una imposición inaceptable. Así, las teorías “subjetivistas” de los contratos sostienen que los contratos se forman sobre la base de lo que las partes realmente quisieron hacer, es decir, lo que tenían en mente al contratar. En cambio, en *Reasonableness and Responsibility* defiende una concepción objetiva de la formación de los contratos. En esta concepción, el examen para determinar si se celebró o no un contrato se basa en lo que una persona razonable hubiera querido decir por cada cosa que las partes dijeron o hicieron. Es más, sostengo que una sociedad en donde las interacciones entre individuos están gobernadas por condiciones justas de interacción *requiere* un examen objetivo para determinar si se han creado obligaciones vinculantes y exigibles. Veamos.

Dado que los contratos crean obligaciones vinculantes y exigibles para las partes, tienen que ser consistentes con su igual libertad, esto es, tienen que ser consistentes con otros individuos con derechos en un sistema de igual libertad. En el modelo de la división de responsabilidad, el uso de la coerción solo está justificado cuando es compatible con un sistema de igual libertad. Para ilustrar el punto, consideremos una analogía con el derecho de daños. En el derecho de daños, la adopción de un estándar subjetivo favorecería a los demandados porque, como defensa, un infractor podría alegar algo así como “no quise hacer eso” o “no sabía que estaba haciendo eso”. Esto implicaría la aplicación de términos unilaterales de acción, incompatibles con la igual libertad: los demandados estarían imponiendo los términos de interacción al demandante. En un contrato, la situación es diferente. Presumiblemente, cada una de las partes en el contrato tiene una comprensión propia, subjetiva, del acuerdo. Si es así, entonces, un estándar subjetivo no es realmente una opción disponible: en un contrato, habría dos subjetividades compitiendo. Pero si el derecho hace cumplir el deseo de una de las partes por sobre el de la otra, estaría imponiendo términos unilaterales de interacción, que permiten a la parte cuyo deseo prevalece dominar aquel de la otra parte. El uso de la coerción para cumplir tal contrato, entonces, sería incompatible con un sistema de igual libertad.

Los contratos involucran a dos o más partes que consienten. En este modelo, el consentimiento tiene una naturaleza pública. Tratar a las partes como iguales implica que adoptemos estándares públicos. Desde una aproximación objetiva, los pensamientos “internos” de las partes no son definitivos para determinar la existencia o el contenido de un contrato. Este estándar objetivo para la formación del contrato está atado a la noción de lo *razonable*, que mencioné al introducir la concepción de la persona. El estándar apropiado para la formación del contrato es un estándar de comportamiento que resulta justo para los individuos *en interacción con otros*. Así, si una persona acepta una oferta mediante la firma de un contrato, pero en secreto piensa que no ha consentido al contrato, entonces, contra lo que pueda pensar, ha consentido. Del mismo modo, la persona que rechaza una oferta, digamos, diciendo “no” a la otra parte, y, mentalmente, piensa que ha consentido, no lo ha hecho. Este será siempre el caso a menos que ambas partes sepan que, cuando el oferente dice “sí”, significa “no”, y cuando dice “no”, realmente quiere decir “estoy de acuerdo”.

Este enfoque de las personas es familiar para los abogados: es lo que en el *common law* se conoce como el estándar de la persona razonable.

Oliver Wendell Holmes Jr. es famoso —entre otras muchas razones— porque promovió este estándar en el derecho privado, que ejemplificó con responsabilidad en el derecho de daños. Para Holmes, el estándar es el estándar objetivo de los vecinos razonables:

Si... un hombre nace torpe y apresurado, si siempre tiene accidentes y se lastima o lastima a sus vecinos, no hay duda de que sus defectos congénitos estarán permitidos en los tribunales del Cielo, pero sus golpes y caídas no serán menos problemáticos para sus vecinos que si surgen de su negligencia culpable. Sus vecinos le exigen en consecuencia, a su propio riesgo, que se acerque a su estándar, y los tribunales que los vecinos establecen se oponen a tomar en cuenta la ecuación personal de riesgo de dicho individuo³⁵.

Es importante mencionar que, si bien defendiendo un enfoque objetivo del derecho de los contratos, no todos los sistemas legales están pensados desde un enfoque similar. Por ejemplo, los juristas franceses generalmente sostienen que el derecho privado francés es mucho más subjetivo que el del *common law*. Los tratados franceses de contratos dicen que la base de las obligaciones contractuales es la *autonomía de la voluntad*. Para los juristas franceses, solo importa la voluntad interna y subjetiva del individuo —la *volonté psychologique* (“voluntad psicológica”)—. Este papel fundamental de la noción de autonomía como fundamento de las obligaciones legales voluntarias es, posiblemente, un producto del individualismo económico y filosófico del siglo XIX³⁶. Según creo, la gran mayoría de los tribunales de los sistemas jurídicos de tradición continental, que siguen la tradición francesa, utilizan un discurso jurídico que los acerca a esta tradición. Sin embargo, si bien el enfoque de los juristas franceses es subjetivo, los tribunales franceses y, en general, las jurisdicciones que siguen la tradición continental hacen uso de la concepción objetiva. Por ejemplo, cuando discuten cuestiones de formación de contratos, esto es, si hay una escisión entre las declaraciones de las partes y sus intenciones subjetivas, los tribunales franceses tienden a no mirar las intenciones subjetivas: adoptan argumentos de construcción de la voluntad de las partes. En la doctrina del error, un entendimiento subjetivo de los contratos usualmente libera a la parte equivocada: la voluntad subjetiva de la parte equivocada prevalece sobre su declaración externa y objetiva. Por el contrario, un enfoque objetivo del derecho contractual ataría a la parte equivocada a sus obligaciones: su declaración externa prevalecería por sobre su voluntad subjetiva. En la práctica, cuando los tribunales franceses analizan si un determinado error de

³⁶ Tomé esta idea de Valcke, C., “Comparative Law as Comparative Jurisprudence. Objectivity and Subjectivity in The English, French, and German Law of Contractual Mistake” (Trabajo presentado al Special Workshop on Ethics, Economics and the Law en el XXII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Mayo de 2005) [Sin Publicar]. Para puntos similares, ver también Hauser, J., *Objectivisme et Subjectivisme Dans L’Acte Juridique*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1971.

una de las partes vicia su consentimiento y, consecuentemente, anula el contrato, adoptan un enfoque objetivo: no cualquier error, por más sincero que sea, puede dar lugar a la nulidad de un acuerdo. Para que proceda la nulidad, el error debe ser excusable y debe estar relacionado con una característica del acuerdo que la otra parte sabía o debió saber que era determinante para la parte que comete el error. La inclusión de estas dos condiciones hace al enfoque francés de los contratos, al menos respecto de los errores, más objetivo que subjetivo: desde una visión subjetiva, solo importa la existencia del error y las circunstancias bajo las cuales el error nace son irrelevantes. Pero esto no es, sin embargo, lo que los tribunales franceses dicen³⁷. Podría objetarse que, como han sostenido algunos juristas franceses, dada la dificultad de descubrir qué es lo que las partes quisieron hacer cuando actuaron de un determinado modo, o cuando dijeron algo, el estándar objetivo es solamente un “segundo mejor”³⁸. Pero ello no es la razón por la que debería adoptarse un enfoque objetivo. Si los contratos son resultado de que dos o más partes se reúnen para lograr algo en común, ¿por qué debería prevalecer la voluntad de una de las partes por sobre la voluntad de la otra? No hay dudas de que el consentimiento es el aspecto central de un contrato, es decir, el consentimiento es la “causa fuente” de los contratos. La justificación para contratar es que se trata de una herramienta para los individuos que voluntariamente participan en cooperación con otros. El consentimiento, sin embargo, también es objetivo. Supongan que una de las partes en un acuerdo dijera que no quiso decir algo, o que no quiso hacer algo que hizo porque “pensó” que estaba haciendo otra cosa, o que no pudo imaginar que sus palabras serían entendidas del modo en el que la otra parte lo hizo. Si en estos casos, y meramente por estos pensamientos internos de la parte “equivocada”, se garantiza el perdón, entonces no habría nada de malo en dejar que una de las partes en un contrato establezca los términos de interacción unilateralmente. Sin embargo,

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Chabas, J., *De la déclaration de volonté en droit civil française* 81-81, Syrey, 1931, citado en Valcke, *supra* nota 39.

desde la perspectiva rawlsiana que adopto en este ensayo, permitir a una de las partes establecer los términos de interacción unilateralmente resulta *irrazonable*. Eso sería problemático porque dejaría a una de las partes totalmente a merced de los caprichos de la otra. A la luz de esto, en el modelo rawlsiano, el derecho privado se preocupa por lo que es apropiado como estándar de comportamiento con individuos *en interacción con otros* en lugar de lo que los individuos por separado consideran justo. Esto es así porque los estándares públicos reflejan la idea de que individuos iguales interactúan en términos de condiciones justas de interacción. Desde este punto de vista, por supuesto, el consentimiento importa, pero se lo entiende en términos públicos³⁹.

VI. Conclusión

Mi pregunta inicial —¿cómo debemos entender el derecho contractual?— da lugar a otras subpreguntas. En este artículo me dediqué a discutir algunas de esas preguntas, pero otras tantas quedan sin responder. Discuto algunas de ellas en los capítulos 8, 9 y 10 del libro —¿qué distingue a un contrato de una mera promesa? ¿Por qué los terceros no pueden exigir el cumplimiento de un contrato, así como tampoco las partes pueden contratar para violar los derechos de los terceros? ¿Cuánta información deben revelarse las partes entre sí antes de celebrar un contrato?—. En este artículo, sin embargo, mi intención ha sido presentar las bases de una teoría del derecho contractual inspirada en Rawls y en Kant. Espero que *Reasonableness and Responsibility* sea una contribución para enriquecer la comprensión del derecho contractual, una de las instituciones fundamentales de nuestra sociedad.

³⁹ En un artículo reciente, explico cómo el enfoque objetivo se utiliza para la interpretación contractual y para llenar lagunas en los contratos. Este análisis no es parte de *Reasonableness and Responsibility*, pero utiliza el mismo argumento. Ver Hevia, M., “¿Cómo deben completarse los contratos incompletos?: Un desafío a la tesis de Coleman”, en: Papayannis, Diego M. (ed.). *Derechos de daños, principios morales y justicia social*. Madrid: Marcial Pons, 2013, págs. 153-165

Bibliografía

- Benson, P., “The Basis for Excluding Liability for Economic Loss in Tort Law”, en *Philosophical Foundations of Tort Law*, David G. Owen (ed). Oxford: Oxford University Press, 1995.
- Brink, D., *Moral Realism and the Foundations of Ethics*. Nueva York: Cambridge University Press, 1989.
- Byrd, S. y Hrushka, J., “Kant on ‘Why Must I Keep My Promise’”, *Chicago Kent Law Review* 81, 2006.
- Gold, A. S., “A Property Theory of Contract”, *Northwestern University Law Review* 103, 2009.
- Hauser, J., *Objectivisme et Subjectivisme Dans L’Acte Juridique*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1971.
- Hevia, M., “¿Cómo deben completarse los contratos incompletos?: Un desafío a la tesis de Coleman”, en: Papayannis, Diego M. (ed.). *Derechos de daños, principios morales y justicia social*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Hodgson, L-P., “Collective Action and Contract Rights”, *Legal Theory* 17, 2011.
- Holmes, O. W., *The Common Law*. Boston: Little Brown, 1963.
- Kant, I., *The Metaphysics of Morals*, trad. de Mary Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- Murphy, L., “Institutions and the Demands of Justice” *Philosophy & Public Affairs* 27, 1998, pág. 251.
- Rawls, J., *A Theory Of Justice*, ed. Rev. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- Rawls, J., “Fairness to Goodness”, en *John Rawls: Collected Papers*, Samuel Freeman (ed). Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- Rawls, J., *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia University Press, 1993.
- Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- Ripstein, A., “As It Had Never Happened”, *William & Mary Law Review* 48, 2007.

- Ripstein, A., "Authority and Coercion", *Philosophy & Public Affairs* 32, 2004.
- Ripstein, A., "Kant on Law and Justice", *The Blackwell Guide to Kant's Ethics*, Thomas E. Hill Jr (ed). Oxford: Wiley-Blackwell, 2009.
- Ripstein, A., "Private Order and Public Justice: Kant and Rawls" *Virginia Law Review* 92, 2006, pág. 1391.
- Ripstein, A., *Force and Freedom – Kant's Legal and Political Philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- Scanlon, T. M., *What We Owe to Each Other*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1998.
- Smith, S. A., *Contract Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Spector, H., "Fairness versus Welfare From a Comparative Law Perspective", *Chicago-Kent Law Review* 79, 2004.
- Valcke, C., "Comparative Law as Comparative Jurisprudence – Objectivity and Subjectivity in The English, French, and German Law of Contractual Mistake" [Sin Publicar].
- Weinrib, J., "What Can Kant Teach Us About Legal Classification?", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 23, 2010.
- Wendell Holmes, O., "The Path of the Law", *Harvard Law Review* 10, 1897.

Teoría del contrato, libertad y determinismo social: la posición incompatibilista

Mauricio Rengifo Gardezabal*

Resumen: Rengifo se propone demostrar que los cambios históricos sociales producidos en el último siglo han afectado profundamente la noción tradicional de contrato. La existencia de condiciones generales de contratación y la aparición de las situaciones contractuales de hecho han recortado gravemente las libertades contractuales de conclusión y configuración. En efecto, el profesor Martín Hevia ha propuesto una nueva teoría del contrato fundada en la teoría de la justicia de John Rawls. Se trata de terminar una tarea inconclusa ya que Rawls solo se ocupó de la justicia en el marco de la estructura constitucional básica. Para llenar este vacío Hevia recurre a la filosofía kantiana del derecho, lo que según Rengifo, lo hace incurrir en una profunda inconsistencia.

Palabras clave: contrato, justicia, autonomía.

Abstract: Rengifo proposes to demonstrate that the historical social changes produced in the last century have deeply affected the traditional notion of contract. The existence of general conditions of contracting and the appearance of the contractual situations of fact, they have cut away seriously the contractual freedoms of conclusion and configuration. In effect, the teacher Martin Hevia has proposed a new theory of the contract been founded on the theory of John Rawls's justice. It is a question of finishing an incomplete task since Rawls only dealt with the justice in the frame of the constitutional basic structure. To fill this emptiness he resorts to the Kantian philosophy of the right, which according to Rengifo, makes it incur a deep inconsistency.

Key words: contract, justice, autonomy.

* Profesor asociado de Derecho Civil, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Email: mrengifo@uniandes.edu.co

I. Introducción

El profesor Martín Hevia ha propuesto una nueva teoría del contrato fundada en la teoría de la justicia de John Rawls. Se trata de terminar una tarea inconclusa ya que Rawls solo se ocupó de la justicia en el marco de la estructura constitucional básica. Para llenar este vacío Hevia recurre a la filosofía kantiana del derecho, que por obvias razones, es la filosofía que más parece ajustarse al constructivismo de Rawls. En este contexto, el contrato es una institución que permite a cada individuo razonable perseguir la realización de sus propias metas sin vulnerar la autonomía de los demás. Es una forma de interacción social basada en expectativas razonables.

Me temo que en la propuesta de Hevia hay una profunda inconsistencia. Por una parte, retoma algunas nociones básicas de la filosofía kantiana del derecho que están claramente comprometidas con la idea del contrato como manifestación de una voluntad libre, concepción claramente subjetivista, y por otra, rechaza esta tradición para defender una idea de contrato fundada en expectativas razonables, concepción claramente objetivista que poco o nada tiene que ver con la idea de una sociedad organizada como un reino de fines. La idea de expectativa razonable parece estar basada en el postulado de un hombre promedio, en el concepto utilitarista del observador imparcial que actúa con base en información más o menos completa. A menos que el universalismo kantiano y el consecuencialismo utilitario puedan combinarse en una nueva filosofía, sospecho que la concepción del contrato de Hevia se ha erigido sobre fundamentos poco seguros.

En cualquier caso, en este breve escrito no me propongo refutar directamente a Hevia. Más bien quisiera explorar un problema que, según creo, afecta no solo al profesor Hevia sino a todos los teóricos contemporáneos del contrato de origen kantiano. Este problema reside en el carácter histórico-social del concepto y, por ende, en la inevitable transformación de lo que entendemos por contrato. El olvido de estas transformaciones ha conducido a que los teóricos contemporáneos del contrato se extravíen en discusiones cuyos supuestos

han sido gravemente socavados por la aparición de nuevas formas de interacción social. En particular, sostengo que el contrato como institución social, si bien no ha muerto como lo han proclamado algunos, al menos sí ha cambiado tanto en algunos contextos que ha dejado de ser un instrumento al servicio de la libertad.

Recuérdese que la libertad contractual es de dos clases: la libertad de conclusión y la libertad de configuración. La primera consiste en el derecho a decidir si se celebra o no un contrato. El contrato se forma de un intercambio libre de oferta y aceptación. Pero el destinatario de la oferta tiene la libertad de aceptarla o rechazarla. La segunda consiste en el derecho a definir el alcance y el contenido de las cláusulas contractuales. La libertad de configuración supone que la mayoría de las normas contractuales son de derecho dispositivo, lo cual significa que los ciudadanos tienen derecho a derogarlas mediante acuerdos particulares. Esto hace que buena parte de las normas civiles y comerciales tengan un carácter supletorio. Pues bien, todo parece indicar que las transformaciones históricas y sociales han limitado seriamente la libertad contractual.

Para probarlo me valdré de dos ejemplos clásicos. En primer lugar, explicaré la aparición de las denominadas ‘condiciones generales de contratación’ que han supuesto una profunda limitación a la idea de que el contrato permite alcanzar libremente las metas que se han propuesto individuos independientes y razonables. Sostengo que el uso extendido de las condiciones generales, si bien ha reducido significativamente los costos de la negociación en algunos sectores de la economía, también ha supuesto una seria limitación a la libertad de configuración contractual. Las condiciones generales han derogado el derecho dispositivo para sustituirlo por una reglamentación imperativa.

En segundo lugar, explicaré el surgimiento de las célebres ‘situaciones contractuales de hecho’, que suponen un concepto de contrato muy diferente del que se encuentra en la tradición. Las situaciones contractuales de hecho serían relaciones sociales necesarias en la que no se da la supuesta coordinación de intereses de hombres libres y razonables sino una limitación seria tanto de la libertad de conclusión como de la libertad de configuración contractual. Las situaciones

contractuales de hecho han mutado el derecho dispositivo en derecho imperativo.

Espero que los ejemplos contribuyan a demostrar que ni el modelo kantiano ni el modelo supuestamente neokantiano de las expectativas razonables se adaptan claramente a las nuevas realidades contractuales.

Mi argumentación es en cierto sentido muy similar a la empleada por algunos filósofos en contra de la libertad de la voluntad. Si es verdad que las leyes físicas determinan el curso de los acontecimientos futuros, el libre albedrío es imposible. Algo similar es lo que he intentaré demostrar aquí. Si es verdad que muchas relaciones sociales se organizan por medio de las condiciones generales de contratación, la libertad de configuración contractual es imposible. Si es verdad que hay situaciones contractuales de hecho, la libertad de conclusión contractual es imposible. Si estoy en lo cierto, una concepción neokantiana del contrato deberá enfrentar estos problemas. Pero ¿qué son las condiciones generales de contratación y las situaciones contractuales de hecho?

II. Las condiciones generales de contratación

En lo que sigue, explicaré brevemente qué son las condiciones generales, para qué sirven, cómo se han regulado (haciendo especial énfasis en el principio de la incorporación, principal herramienta de control contra los abusos de las condiciones) y qué efectos producen. Finalmente, intentaré demostrar que el uso extendido de las condiciones generales no puede conciliarse fácilmente con la teoría del contrato de Hevia, ni con ninguna teoría kantiana o neokantiana sobre la materia.

II.1. Concepto, naturaleza y función

La práctica de fijar de antemano ciertas reglas para la asistencia a espectáculos masivos (teatro, ópera, salas de concierto) o para el acceso a servicios muy concurridos (clubes, bares, restaurantes, baños) parece

ser el antecedente inmediato de las condiciones generales de contratación. Piénsese en un guardarropa ubicado en una sala de ópera a cuya entrada se pone un cartel con las reglas para dejar en depósito o retirar los abrigos. Un cartel de esta naturaleza normalmente establecería reglas sobre los abrigos abandonados, sobre la pérdida de bienes preciosos en los bolsillos, sobre la responsabilidad ante los eventuales daños derivados de la pérdida o deterioro de las prendas consignadas en el guardarropa. No hay duda de que el reglamento así diseñado tiene una gran utilidad práctica, al precaver las distintas eventualidades que pueden presentarse durante la prestación del servicio.

Con la aparición de los grandes servicios públicos (teléfono, acueducto, alcantarillado, iluminación, energía, transporte masivo) y el surgimiento de los servicios financieros modernos (banca, seguros, valores), se hizo necesario celebrar contratos en masa con los clientes y usuarios. En efecto, para atender rápida y eficazmente a una clientela numerosa, las grandes empresas empezaron a fijar unilateralmente algunas condiciones generales para la celebración de contratos: condiciones de pago a los proveedores o asalariados, condiciones de entrega para los clientes, plazos de entrega de los productos y servicios, lugar de cumplimiento, etc. Las condiciones generales se daban a conocer por medio de letreros en los locales, circulares y ejemplares impresos, reglamentos escritos al reverso de las constancias del servicio (boletos, fichas, tiquetes), formularios con cláusulas predisuestas, entre otros.

Las condiciones generales de contratación se extendieron rápidamente en todos los ámbitos del mercado. Como era de esperarse, muy pronto surgieron dudas sobre su naturaleza jurídica. Inicialmente se consideró que las condiciones generales constituían verdaderas normas jurídicas dado que habían sido pensadas como reglamentos que tenían aplicación para un número importante de ciudadanos. Un reglamento de transporte diseñado por una empresa pública o privada tendría validez para toda una ciudad. Cientos de miles de pasajeros tendrían que conducirse de acuerdo con los dictados de un empresario que había decidido por sí solo como debían ser las cosas. Surgió así la *teoría normativa* de las condiciones generales. Es preciso advertir que la teoría normativa no tenía pretensiones meramente académicas. Si las

condiciones generales fuesen verdaderos reglamentos, actos administrativos de carácter general, su eventual control jurídico escaparía a la jurisdicción ordinaria.

Pero una reflexión más detenida nos revela que desde el punto de vista técnico, las condiciones generales no son normas del derecho objetivo. Para empezar, el empresario que las fija no tiene la autoridad que corresponde a los funcionarios o servidores públicos. El procedimiento para crear las condiciones no sigue las normas legales y administrativas previstas para leyes y decretos. Además, el control al que se someten es muy distinto del que rige para las verdaderas normas del ordenamiento jurídico. Es cierto que las condiciones son *generales* como lo son también las normas, pero esta generalidad es relativa, ya que solo aplica para quienes celebran los contratos en masa. Mientras las normas legales tienen fuerza vinculante desde que son promulgadas, las condiciones generales solo la adquieren con la celebración del contrato. También se ha dicho que las condiciones generales son costumbres normalizadoras del tráfico, es decir, costumbres que ordenan el mercado, como hacer fila en los bancos, esperar los trenes o buses en los paraderos, poner carteles con los precios de los productos, entre muchas otras. Sin embargo, para los usuarios de los servicios públicos o financieros, las condiciones generales no se entienden como costumbres, dado que su contenido es más bien técnico y específico: hacer los pagos en ciertos horarios, realizar las entregas en determinados lugares, presentar ciertas constancias, etcétera. Las costumbres están grabadas en la mente de los seres humanos, son una cuestión de hábito, mientras que las condiciones generales tienen que informarse debidamente para que puedan ser conocidas y obedecidas por los ciudadanos. Lo que sí resulta ser una costumbre es que en ciertos negocios se usen condiciones generales (por ejemplo, los negocios que emplean taquillas, ventanillas de atención al público, cajas registradoras).

La interpretación normativa ha sido sustituida en la mayoría de países por la *teoría contractualista*. De acuerdo con esta teoría, las condiciones generales hacen parte del derecho privado de los contratos. Se trata de cláusulas contractuales predispuestas por una de las partes

con dos propósitos fundamentales: primero, hacer parte de una pluralidad de contratos futuros, lo cual ahorrará un tiempo valioso para las partes, más interesadas en la pronta prestación del servicio que en el conocimiento de sus detalles concretos, y, segundo, derogar el derecho dispositivo (o derecho supletorio) para sustituirlo por normas más acordes con las necesidades del negocio.

Quizás la mejor aproximación al concepto de condiciones generales la encontramos en el Derecho civil alemán. El Código Civil Alemán¹ (en adelante BGB) define con gran acierto las condiciones generales de contratación como ‘todas las cláusulas contractuales predispuestas para una pluralidad de contratos, que una parte contractual presenta a la otra parte en la conclusión del contrato’². Para que un conjunto de cláusulas sean condiciones generales es necesario que se den dos requisitos: existencia de cláusulas predispuestas (principio de predisposición) y destinación para una pluralidad de contratos (principio de generalidad). El principio de predisposición establece que las condiciones deben haber sido concebidas y redactas por una de las partes. Si llegare a ocurrir que las cláusulas han sido negociadas por las dos partes, obviamente, no estamos ante condiciones generales. El principio de generalidad señala que solo son condiciones generales las cláusulas que, tras haber sido predispuestas por una de las partes, serán empleadas en la conclusión de un número indefinido de contratos. Por tanto, no hay condiciones generales cuando se ha diseñado un formulario que solo será utilizado eventualmente con unos cuantos clientes.

Pero hay más principios a tener en cuenta. Para que un conjunto dado de cláusulas predispuestas sean condiciones generales no es necesario que hagan parte del documento contractual principal (principio de la independencia). Son condiciones a pesar de estar en otros documentos, trátase de formularios separados o anexos, carteles, tiquets, circulares, volantes, etc. Tampoco es necesario que tengan una extensión determinada, por muy corta o muy larga que sea (principio

¹ En alemán *Bürgerliches Gesetzbuch*.

² Código civil alemán. Art. 305.

de la extensión). Un libro de reglamentos o un simple cartel con dos o tres reglas pueden constituir condiciones generales. Asimismo, es irrelevante la forma del contrato, trátase de contratos verbales o escritos, consensuales, solemnes o reales, siempre pueden concurrir las condiciones generales (principio de la forma). Finalmente, es indiferente la forma de redacción, si se presenta como una advertencia al público, como información importante o de interés, como reglamento técnico o como un recordatorio (principio de la equivalencia).

La rápida expansión de las condiciones generales de contratación en el mundo de los negocios se debe a su gran utilidad práctica. Para empezar, las condiciones sirven para unificar los productos contractuales en un solo modelo, lo cual contribuye a simplificar las relaciones con un número elevado de clientes. Además, las condiciones generales sirven para estandarizar los productos y servicios de la empresa al unificar los plazos de entrega, las condiciones de pago y suministro, las garantías ofrecidas, las reglas de responsabilidad, los términos para presentar reclamaciones, etc. Las condiciones generales también pueden servir para adaptar las normas de derecho dispositivo a las características especiales de cada negocio. En muchas ocasiones, las normas dispositivas previstas por la legislación civil son demasiado abstractas y es necesario apartarse de sus lineamientos. Hay que recordar que los particulares tienen libertad para configurar sus propios contratos mediante la derogatoria del derecho dispositivo. Piénsese, a manera de ejemplo, en una nueva modalidad de contrato fiduciario cuyo régimen de responsabilidad debe orientarse por parámetros menos exigentes a los concebidos por la ley. E igualmente, imagínese un nuevo tipo de contrato de transporte combinado en el que resulta indispensable establecer la responsabilidad del organizador del viaje. En el mismo sentido, el predisponente sabe que las condiciones generales pueden servir para exigir al público garantías suplementarias en operaciones de crédito (pactos de reserva de dominio, retención de los bienes del deudor) o para establecer un régimen de garantías que sea menos oneroso para la empresa.

II.2. La regulación de las condiciones generales

La rápida difusión de las condiciones generales en la contratación moderna no estuvo exenta de graves reparos e inconvenientes. Es apenas natural que algunas empresas quisieran sacar provecho de la reglamentación unilateral de los contratos. Aparecieron entonces las condiciones generales que vulneraban los derechos fundamentales de una de las partes o que reducían o eliminaban completamente las responsabilidades del predisponente. En lo que sigue examinaremos las diferentes justificaciones de la intervención judicial o administrativa en la presentación de condiciones generales.

II.2.1. Fundamento de la regulación

El uso de condiciones generales puede resultar particularmente lesivo para la libertad de contratación. En muchas ocasiones, las grandes empresas logran controlar porciones significativas del mercado, instaurando un poder monopólico. Cuando una empresa poderosa fija condiciones generales para el público, los ciudadanos no tienen más opción que someterse a las reglamentaciones ante la perspectiva de quedarse sin el servicio. No hay otras empresas a las que pueda acudir en busca de condiciones más favorables. En tales circunstancias las compañías más poderosas pueden aprovecharse de su enorme poder para diseñar cláusulas abusivas, que prácticamente dejen al cliente sin acciones para reclamar sus derechos.

Los abusos en las condiciones generales también pueden presentarse en mercados competitivos. El simple hecho de que los servicios ofrecidos por las empresas tengan un carácter técnico y que los clientes no tengan ni el tiempo ni la formación para entenderlos, se presta para que el predisponente defraude al cliente con cláusulas leoninas. Un buen ejemplo de esta situación la encontramos en el ramo de los seguros. Las condiciones generales que suelen acompañar a las pólizas de seguros son tan complejas que una recta comprensión de sus disposiciones requiere de prolongados estudios. Infortunadamente, algunas empresas se valen de la dificultad de la materia para incluir cláusulas abusivas que hacen prácticamente imposible ganar una reclamación.

La famosa letra menuda de los contratos del sector financiero y asegurador se presta para este tipo de prácticas contrarias a la buena fe.

Las condiciones generales derogan el derecho dispositivo contenido en los códigos civiles. Esta derogación hace parte de la libertad de configuración contractual y se justifica por la necesidad de adaptar los contratos a las particularidades de cada ramo de los negocios. Sin embargo, la libertad de configuración se usa sin que exista una justificación legítima. En muchas ocasiones, la desviación no tiene otro propósito que someter a la parte más débil a los dictados de los más fuertes. La libertad de configuración se usa entonces en forma abusiva, porque pretende dejar todas las ventajas para una de las partes y todas las cargas para la otra.

Pero la problemática que plantean las condiciones generales no depende únicamente de la existencia de desigualdades económicas en el mercado. Tampoco se explica por los desiguales conocimientos de las partes sobre el objeto del negocio. El problema también es de tiempo. Los consumidores y usuarios simplemente no tienen el tiempo para sentarse a estudiar las condiciones generales. Las empresas tampoco disponen del personal suficiente para diseñar contratos a la medida de cada cliente. La urgencia de celebrar un número masivo de contratos impide un diálogo prolongado entre las partes. Exigir negociaciones detalladas y contratos a la medida supone costos prohibitivos para ambas partes, siendo necesario recurrir a los formularios y a las cláusulas predispuestas. Por razones de eficiencia se hace indispensable el uso de condiciones generales. Naturalmente, por tratarse de condiciones prefijadas por una sola de las partes, se pierde lo que los juristas alemanes denominan el ‘control de exactitud’ propio de los contratos que resultan de una verdadera negociación. Cuando dos partes realmente participan en una negociación contractual tienen la oportunidad de controlar la redacción de las cláusulas, revisando que realmente se ajusten a sus deseos e intereses. Cuando hay condiciones generales, los tratos preliminares se reducen al mínimo, no hay control de exactitud, lo cual hace que la brecha entre la declaración y la voluntad se amplíe considerablemente.

En conclusión, existen buenas razones para pensar que las condiciones generales de contratación deben ser reguladas por las autoridades estatales. La desigualdad de las partes por motivos económicos (monopolios, poder dominante en el mercado) o informacionales (información técnica o privilegiada que solo posee el predisponente) hace necesario la protección de la parte más débil. Pero también, a causa de los altísimos costos de transacción que supondría operar con contratos a la medida de las partes, se hace imposible que las partes expongan sus necesidades y construyan acuerdos totalmente satisfactorios para sus intereses. La falta de un control de exactitud expone a los clientes a todo tipo de injusticias (cláusulas de exoneración de responsabilidad, períodos de sospecha, prescripciones muy largas, permisos para ejercer los derechos contractuales, etc.). La urgencia en la conclusión del contrato hace que las partes renuncien a investigar condiciones más favorables o propuestas alternativas. En el mundo de los contratos en masa el mercado es imperfecto, así que corresponde a los jueces y a los funcionarios públicos corregir sus fallas.

El uso de condiciones generales no solo es frecuente entre empresarios y consumidores, entre fuertes y débiles, sino también entre los mismos empresarios y comerciantes. La urgencia de realizar transacciones comerciales sin recurrir a largas negociaciones explica esta práctica. Como bien podrá suponerse, también entre empresarios es necesaria la regulación de las condiciones generales de contratación. El fundamento para esta intervención no es tanto la desigualdad de las partes, no tan frecuente entre empresas, como la falta de un control de exactitud, ya que el clausulado no se discute en tratos preliminares.

La doctrina civil francesa ha reconocido la aparición de contratos sometidos a condiciones generales. Raymond Saleilles, padre del derecho civil europeo, en su célebre obra *De la declaración de voluntad* (1901) denominó al nuevo fenómeno jurídico “contratos de adhesión”³. Años más tarde, Louis Josserand⁴, en su *Curso de derecho*

³ Saleilles, R., *De la déclaration de volonté*, Paris, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, 1929. Art. 133. 89 y 90, págs. 229-230.

⁴ Josserand, L., *Curso de derecho positivo civil francés*, Buenos Aires, Bosch, 1950.

positivo civil francés (1939) clasificó los contratos en dos grandes categorías: contratos de adhesión y contratos paritarios —*gré à gré*—. Al respecto escribe:

En el tipo tradicional y clásico del contrato, se pesan, discuten y establecen en el momento del trato las cláusulas y las condiciones, y a esta tarea ambas partes cooperan igual y libremente. Este tipo no ha desaparecido completamente; lo volvemos a encontrar en la venta de inmuebles, en la venta de géneros en un mercado. Se entabla una discusión, más o menos larga, más o menos animada; se disputa palmo a palmo el terreno; es posible un *regateo*; las cosas se hacen con igualdad; no parece que una de las partes imponga su ley a la otra; el contrato es verdaderamente la obra de dos voluntades; se prepara y se termina de *igual a igual*; se podría calificar de contrato *paritario*. Al lado de este tipo de contrato, en que triunfa la *autonomía de la voluntad*, ha hecho su aparición en el siglo último, y ha tenido una rápida fortuna, otro contrato que excluye toda discusión, todo *regateo* entre las partes. Se presenta por una de ellas un proyecto de convención; se ofrece este hecho al público, al primero que llega; cualquiera puede acogerse a él, pero con la condición de aceptarlo tal cual es: *tomarlo o dejarlo*. (...) En estas condiciones, no es igual la situación entre las partes que desempeñan papeles de importancia desigual; una de ellas hace un reglamento, una *redacción por anticipado*, emite una tarifa, mientras que la otra se limita a acogerse a ella, a aceptar sus disposiciones sin tener la posibilidad de discutir las; se limita a dar su *adhesión*, o, más correctamente, se trata de contratos *por adhesión*⁵.

En realidad, la distinción debería plantearse entre contratos de libre discusión y contratos de adhesión. Recuérdese que las condiciones generales también se pueden fijar entre partes iguales, como sucede entre empresarios. Nótese que bajo esta concepción, un contrato puede ser de adhesión sin que contenga condiciones generales. Basta con que

⁵ Jossierand, L., *Curso de derecho positivo civil francés*, Buenos Aires, Bosch, 1950.

una parte haya predispuesto las cláusulas pensando en usarlas en un solo contrato particular y no en una pluralidad de ellos. Esta distinción es importante porque las cláusulas abusivas pueden darse tanto en condiciones generales como en contratos de adhesión particulares.

II.2.2. Desarrollo de la regulación

La regulación de las condiciones generales de contratación se remonta al siglo diecinueve en Alemania. La teoría suscitada por la aparición de la contratación en masa es sumamente vasta. Podemos distinguir al menos cinco etapas en su desarrollo. En la primera etapa, los tribunales intervienen para corregir algunos abusos en la redacción de las llamadas condiciones generales (*Allgemeinen Geschäftsbedingungen*). La intervención ocurre con frecuencia cuando las condiciones generales han sustituido el *ius dispositivum* por normas que parecen favorecer exclusivamente los intereses del predisponente. Sin embargo, en los inicios, la intervención de los tribunales se restringe a los casos de oscuridad de las cláusulas. Frente a las disposiciones oscuras los jueces se valen del principio general de la *ambiguitas contra stipulatorem*. De acuerdo con este principio, la cláusula ambigua o indeterminada debe interpretarse contra aquel que la redactó. La acción de los jueces, aunque oportuna, es todavía muy tímida. La segunda etapa, empieza en 1906 cuando el tribunal supremo del Reich alemán decide declarar la nulidad de todas aquellas cláusulas de las condiciones que sean el resultado de un abuso de poder por parte de empresas que ocupen una posición dominante en el mercado. El fundamento de esta intervención es el régimen de la licitud del objeto del contrato. Al respecto dispone el BGB:

Art. 138. Un negocio jurídico que atente contra las buenas costumbres es nulo. Es en especial nulo un negocio jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o se procure para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, unas ventajas patrimoniales que sobrepasen de tal forma el valor de la

prestación, que según las circunstancias estén en manifiesta desproporción con dicha prestación.

Como puede apreciarse, la tendencia jurisprudencial de aquel entonces fundamentaba las decisiones sobre la idea de desigualdad económica de las partes y discrepancia entre las condiciones generales y las buenas costumbres. La tercera etapa se inaugura con los pronunciamientos del Tribunal Federal de mediados de los años cincuenta. A partir de esta época, el fundamento de las decisiones cambia y el acento pasa de las normas sobre ilicitud del objeto al principio de la buena fe. En adelante, se entendió que los abusos en las condiciones generales no siempre estaban asociados a la desigualdad de las partes sino al hecho de que habían sido fijadas unilateralmente, sin la discusión propia de los tratos preliminares. El fundamento normativo de la nueva jurisprudencia estaba en el principio de la buena fe, según el cual 'el deudor está obligado a cumplir la prestación según las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico'⁶. Para que los jueces declararan la nulidad de una cláusula era necesario que se encontrara una desviación injustificada del derecho dispositivo o una restricción a los derechos y deberes fundamentales del contrato. La cuarta etapa, surge con la expedición de la ley sobre condiciones generales de contratación (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*) de 1976, más conocida como la AGBG. Esta ley recoge los principios y reglas establecidos por la jurisprudencia alemana a lo largo de un siglo. Es también la ley que ha servido de modelo básico y fuente de inspiración para muchas otras leyes sobre la materia tanto a nivel europeo como latinoamericano. La principal característica de esta ley está en su marcada orientación hacia la protección de las partes que no han tenido la oportunidad de conocer y discutir el contenido de las cláusulas. Aunque la ley no usaba la categoría concreta, es clara también su pretensión de defender al consumidor, entendido como aquella persona que realiza una transacción por fuera de su ámbito profesional. La AGBG hace parte de toda una serie de leyes de protección a los consumidores en el contexto de la

creación de un mercado único europeo. El problema con estas leyes es que no estaban integradas en el derecho contractual clásico y resultaban carentes de sistematicidad en el cuerpo del derecho civil alemán. La última etapa, inaugurada en los años noventa, precisamente es una respuesta a la problemática de conciliar el derecho de las obligaciones tradicionales con las normas de protección de los consumidores. Esta problemática parece haberse resuelto con la ley de reforma al derecho de las obligaciones del 2002. En esta reforma finalmente se incorporaron al BGB, en un interesante equilibrio, las leyes de protección de los consumidores, incluida la AGBG.

En el resto de Europa, la positivización de la regulación sobre las condiciones generales tiene como principal antecedente el Código Civil italiano. En efecto, el *Codice* trae dos artículos (1341 y 1342) que desarrollan principios parecidos al Derecho civil alemán. Pero ha sido la Unión Europea la que más ha hecho por impulsar el tema en la región. Con la expedición de la directiva 93/13 del Consejo de la Comunidad Económica Europea (en adelante CEE) de 5 de abril de 1993 se dio impulso a la regulación generalizada de las condiciones generales. En España, por ejemplo, se promulgó la ley 7 de 1998 sobre condiciones generales. En Francia se promulgó toda una regulación completa sobre la materia en el Código del consumo. Se trata de un régimen relativamente uniforme destinado a la protección de los consumidores e incluso de los empresarios que negocian entre sí. La regulación interviene en forma decisiva en la etapa de formación del consentimiento.

II.3. El principio de la incorporación

La protección de los adherentes a contratos sometidos a condiciones generales se logra mediante una serie de reglas básicas que regulan su incorporación al cuerpo del contrato. Recuérdese que no es necesario que el contrato contenga el tenor literal de las condiciones o un resumen de las mismas. Si el contrato ya contiene las condiciones, su vigencia depende de la sola aceptación por parte del adherente. El problema se plantea, como es usual en los negocios masivos, cuando

las condiciones están en un documento separado del contrato. En esta situación, el principio fundamental establece que las condiciones generales solo hacen parte del contrato si y solo si el predisponente ha informado al adherente sobre la existencia de las condiciones (principio de la incorporación). Sin la indicación de su existencia, la aceptación no puede extenderse a las condiciones generales dado que el destinatario de la propuesta no habría tenido la oportunidad de conocerlas. En consecuencia, el contenido del contrato se limitaría al clausulado realmente ofrecido al destinatario, y, en caso de lagunas o vacíos, se aplicaría el derecho dispositivo.

En el sistema alemán, la incorporación tiene requisitos diferentes según se trate de contratos escritos o verbales. En los contratos escritos, se requiere que en el documento conste una cláusula expresa en la que se informe de la existencia de las condiciones generales, circunstancia que el destinatario debe aceptar con su firma (BGB art. 305). Además, es preciso que el predisponente, como paso previo a la celebración del contrato, entregue un ejemplar que contenga las condiciones. Esta hipótesis se conoce como *incorporación expresa*. En la incorporación expresa no es necesario que el adherente las haya leído o las conozca de hecho, cosa por lo demás difícil cuando se trata de un reglamento extenso y de gran complejidad técnica (como sucede con muchos de ellos). Es suficiente con que el adherente tenga apenas la posibilidad de conocerlas. En los *contratos verbales*, si llegare a existir una dificultad práctica para mencionarlas, basta con que el predisponente anuncie la existencia de condiciones generales por cualquier medio que garantice conocerlas (BGB art. 305). Por ejemplo, mediante la ubicación de carteles en un lugar visible de las oficinas, por medio de su inserción en la documentación anexa al contrato verbal, e incluso, a través de la entrega de un libro explicativo de las mismas, etc. Esta segunda hipótesis se conoce como *incorporación tácita*. Las dificultades prácticas pueden resultar de la necesidad de atender rápidamente a una clientela numerosa en cajas, taquillas, etc. En caso de que el adherente tenga alguna discapacidad física (ceguera, sordera, etc.) la conducta desplegada por el predisponente deberá adecuarse a esta circunstancia.

En el comercio internacional se admiten circunstancias que suplen la necesidad de informar sobre la existencia de las condiciones generales. Se trata de supuestos de incorporación tácita que tienen su fundamento en la *lex mercatoria*. Por ejemplo, en ciertas compraventas internacionales se admite que ciertas condiciones de venta o de compra hacen parte del contrato a pesar de que no hay cláusula que mencione su existencia. Un uso o costumbre reguladora del tráfico es suficiente para que ocurra la incorporación tácita. Igualmente, cuando dos comerciantes han tenido tratos frecuentes, se admite que las condiciones de venta o de compra predispuestas por las partes hacen parte del contrato sin necesidad de la mención expresa en los contratos futuros. Nadie podría alegar la no incorporación cuando en los negocios pasados se había admitido la vigencia de las condiciones generales. Los supuestos de incorporación tácita basados en costumbres mercantiles o en negocios precedentes son de dudosa aceptación en las legislaciones internas de los países. La protección de los consumidores exige que solo se permita la incorporación mediante información expresa o, al menos, mediante avisos o carteles claramente visibles.

En el sistema español se exigen requisitos similares. En los contratos escritos, para que la incorporación se produzca es necesario que el predisponente informe al adherente sobre su presencia y le entregue un ejemplar. Acto seguido, es preciso que el adherente manifieste con su firma su aceptación de las condiciones (Incorporación expresa. Ley 7/1998. Art 5. Núm. 1). En los contratos verbales, al igual que en el sistema alemán, es suficiente con que el predisponente las anuncie por cualquier medio que garantice que el adherente conocerá su existencia (Incorporación tácita. Ley 7/1998. Art. 5. Núm. 2).

La incorporación de las condiciones generales en el contrato no siempre es automática. En algunos países, se exige que las condiciones no contengan *cláusulas sorpresivas*. Para entender este punto es preciso recordar que la incorporación no exige que el adherente conozca efectivamente el contenido de las condiciones generales: es suficiente con que tenga la posibilidad de conocerlas. Esta regla vale tanto para las condiciones presentes en el contrato como para las condiciones elaboradas en documento separado. Ciertamente, exigir un conocimiento

real y efectivo de las cláusulas le restaría toda utilidad a la predisposición de condiciones generales. Pero también es cierto que muchísimos adherentes no aprovechan la oportunidad que se les brinda para estudiar las condiciones. De hecho, muchos de ellos solo vienen a leer el clausulado cuando se ha presentado alguna inconformidad con la transacción. Esta situación se presta nuevamente para abusos por parte del predisponente.

Para remediar esta situación, algunos países europeos como Alemania o Italia han establecido una regla adicional sobre cláusulas sorprendentes. De acuerdo con esta regla, acogida por el derecho civil alemán, quien adhiere a un contrato no lo hace respecto de las cláusulas que sean consideradas sorprendentes (BGB art. 305 c). Son cláusulas sorprendentes aquellas que de acuerdo con el contenido del contrato o con su redacción son tan inusuales que el adherente no podía razonablemente contar con ellas. Hay muchos casos sobre cláusulas sorprendentes por el contenido del contrato. Por ejemplo, en un contrato de seguros contra incendios sería sorprendente una cláusula que excluyera como riesgo asegurable el fuego hostil y se limitara a asegurar los daños provenientes del humo o del calor intenso. Igualmente, en un contrato de transporte de cosas sería sorprendente una cláusula que negara todo tipo de responsabilidad proveniente de la pérdida o avería de las mercancías. En los paquetes turísticos, sería sorprendente una cláusula que eximiera de toda responsabilidad por los servicios ofrecidos en el viaje. Las cláusulas sorprendentes por la redacción también son frecuentes, por ejemplo, cuando el predisponente emplea cláusulas con letra pequeña, o simplemente cuando redacta el reglamento con cláusulas oscuras o ambiguas. El uso de términos técnicos o de idiomas desconocidos puede también confundir al adherente. La solución en estos casos es entonces la no incorporación. Pero incluso si la incorporación estuviese probada, el adherente todavía podría recurrir al principio de la interpretación contra proferente según el cual, las cláusulas ambiguas se interpretan contra aquel que las redactó.

Sin lugar a dudas, la regla sobre cláusulas sorprendentes es un desarrollo de la teoría de las expectativas razonables, tan importante para el profesor Hevia. De acuerdo con esta teoría, quien adhiere a

un contrato con condiciones generales solo extiende su aceptación a aquellas cláusulas que según las expectativas razonables de un hombre promedio cabe esperar en el contrato celebrado. Esta garantía permite al juez, en caso de litigio, excluir del contenido del contrato aquellas cláusulas de las condiciones generales que consagren disposiciones que nadie habría aceptado de haber tenido la oportunidad de conocerlas o negociarlas.

Cuando el principio de la incorporación no se cumple, el contrato entre el proponente y el aceptante de todas maneras se forma, solo que las condiciones generales no tendrán ninguna eficacia jurídica. En caso de presentarse lagunas o vacíos en el régimen del contrato, simplemente se aplicará el derecho dispositivo. Sin embargo, si la aplicación del derecho dispositivo hace sumamente difícil exigir el cumplimiento del contrato a una de las partes, se considerará ineficaz (BGB art. 306).

En materia de comercio internacional los principios de *Unidroit* también regulan las condiciones generales, denominadas en este contexto 'cláusulas estándar'. Los principios de Roma definen cláusulas estándar como 'aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin ser negociadas con la otra parte' (art. 2. 21). Además, se reitera que las cláusulas que han sido negociadas por ambas partes no son cláusulas estándar. En una interesante norma se regula lo que sucede cuando un mismo tema ha sido regulado por dos cláusulas distintas, una de ellas redactada por ambas partes, y la otra, predispuesta en un formulario. El artículo 2.21 dispone que 'en caso de contradicción entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última'. Los principios de Roma no contienen el principio de incorporación exigido en la mayor parte de las leyes europeas, quizás porque en el comercio internacional hay mayor flexibilidad respecto de las condiciones. Sin embargo, sí consagra toda una disposición sobre estipulaciones sorprendentes. En efecto, su artículo 2.20 establece que '(1) carecerá de eficacia toda estipulación incorporada en cláusulas estándar cuyo contenido o redacción, material o formal, no fuese razonablemente previsible por la otra parte, salvo que dicha parte la acepte

expresamente. (2) Para determinar la existencia de dicha estipulación, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación'. Nótese que la solución de los principios de Roma es distinta a la concebida en el Derecho civil europeo. Mientras que en las normas europeas las cláusulas sorprendidas no hacen parte del contrato por contravenir las expectativas razonables, en los principios se declaran ineficaces.

II.4. Efectos jurídicos

La incorporación de las condiciones generales en los contratos tiene dos efectos importantes. Primero, las cláusulas adquieren plena vigencia para las partes de acuerdo con el principio de normatividad del contrato. Segundo, el contrato con condiciones generales no debe contener cláusulas abusivas so pena de nulidad, y en especial, aquellas que están expresamente prohibidas por la ley. Sobre este punto es preciso realizar una breve digresión sobre el concepto de 'cláusulas abusivas'. Naturalmente, se puede hablar de cláusulas abusivas en un sentido amplio para hacer referencia a cualquier cláusula injusta o contraria a la buena fe, como puede serlo una cláusula leonina en un contrato de sociedad. Sin embargo, el concepto de cláusula abusiva ha adquirido un sentido más técnico, que es el que predomina actualmente en la doctrina civil. Dicho concepto técnico está estrechamente relacionado con la protección de los consumidores en los contratos con cláusulas predispuestas.

De acuerdo con la directiva 93/13/CEE de 1993, para que una cláusula sea abusiva deben cumplirse dos requisitos: (1) debe tratarse de una cláusula predispuesta sea en condiciones *generales* de contratación o en contratos de adhesión *particulares*; (2) pese a las exigencias de la buena fe, deben causar, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. El primer requisito establece que solo las cláusulas que no han sido negociadas por ambas partes pueden ser abusivas. Por el contrario, las que sí han sido negociadas y convenidas por ambas partes no pueden ser tenidas como tales. El segundo requisito señala que las cláusulas deben causar un desequilibrio importante en los

derechos y obligaciones del consumidor. El concepto central aquí es el de ‘desequilibrio contractual importante’. Hay desequilibrio contractual importante cuando una de las partes goza de pocos derechos y contrae muchas obligaciones en comparación con la situación de su contraparte. Si el adherente a un contrato considera que este contiene cláusulas abusivas tiene derecho a solicitar la declaratoria de nulidad absoluta. En este caso el juez deberá examinar las circunstancias y el contenido del contrato de adhesión para determinar si existe o no un desequilibrio. Este examen es sumamente complejo ya que supone un examen crítico de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato así como de las prestaciones que corresponden a cada una de las partes. Un buen método de decisión sobre la materia es comparar las cláusulas predisuestas con el derecho dispositivo preestablecido en la legislación civil. El propósito de la comparación es determinar si hay o no una separación injustificada entre ambos regímenes. De cualquier forma, el resultado del examen es incierto y requiere de una elaboración jurisprudencial más concreta.

Ahora bien, si las cláusulas abusivas hacen parte de las condiciones generales de contratación, la revisión del juez no da lugar a tantas incertidumbres. Las diferentes legislaciones sobre la materia contienen una lista de cláusulas abusivas. El control de las cláusulas abusivas incluidas en condiciones generales es en ese sentido prácticamente automático. De cualquier forma, ninguna de las listas es taxativa. Si un consumidor considera que una cláusula es abusiva a pesar de que no está en la lista, el juez deberá aplicar los criterios generales ya señalados. En resumen, si una cláusula abusiva aparece en un contrato de adhesión particular, la validez o nulidad debe resultar de un examen de todo el contrato. Si aparece en las condiciones generales es suficiente con que la cláusula sea de las comprendidas en una lista específica consagrada en la ley.

II.5. Implicaciones para las teorías neokantianas del contrato

La omnipresencia de las condiciones generales es innegable. Las condiciones generales se usan ampliamente en los sectores financiero,

bursátil, asegurador y de servicios públicos. Prácticamente todas las empresas formales emplean condiciones generales en sus contratos de trabajo. Lo mismo puede decirse de los contratos de suministro. Para todos los efectos prácticos, el ingreso de un nuevo socio a una persona jurídica presupone la aplicación de condiciones generales bajo la forma de los estatutos de la compañía. Las empresas regidas por convenciones colectivas en realidad emplean condiciones generales para sus nuevos trabajadores. Incluso en la compra de un apartamento los reglamentos de copropiedad hacen las veces de condiciones generales. Pocos campos de la vida social se encuentran a salvo de las reglamentaciones contractuales. Sin querer caricaturizar las teorías neokantianas, parecería que por ninguna parte se encuentran esos dos hombres libres que se dan a sí mismos leyes, derogando el derecho dispositivo. En realidad, es solo una parte la que impone la reglamentación, el nuevo derecho privado, a un número considerable de ciudadanos.

Sostengo entonces que la existencia de condiciones generales de contratación *es incompatible* con la visión del contrato como herramienta para alcanzar las metas personales sin vulnerar los derechos de los demás. El contrato con condiciones generales es una herramienta pensada para que *las empresas*, principales agentes sociales, puedan conseguir sus metas particulares, sin que necesariamente se tengan en cuenta las metas de la contraparte. Para que el contrato sometido a condiciones generales pueda funcionar es fundamental que la libertad de configuración del contrato quede abolida en la práctica, siempre en función de los intereses empresariales.

Los defensores de la visión neokantiana del contrato probablemente intentarán alguna de estas respuestas: 1. los contratos con condiciones generales no son contraejemplos para nuestra teoría porque no son contratos; o 2. los contratos con condiciones generales son peligrosos para la libertad pero las herramientas de regulación creadas a lo largo del siglo pasado han permitido corregir estos problemas. La primera respuesta me parece sumamente difícil de sostener. Implicaría reducir el campo de los contratos a los casos que resultan favorables a la teoría liberal kantiana. Sería tanto como negarse a aceptar la

evidencia disponible. Una posición parecida es la que han asumido algunos doctrinantes de derecho privado que ante la legislación de carácter imperativo prefieren expulsar de la disciplina los contraejemplos (como el derecho laboral, el derecho administrativo, etc.). La segunda respuesta es más interesante. Ciertamente, las legislaciones europeas y latinoamericanas han intentado proteger a la sociedad de los abusos asociados por las condiciones generales. La regla de la incorporación y el régimen de control de las cláusulas abusivas son claros ejemplos en ese sentido. Sin embargo, la regla de incorporación solo sirve para minimizar el impacto de la falta de tratos preliminares en la contratación masiva. El cliente recibe un anexo que contiene las condiciones generales para que al menos se entere del contenido del contrato, pues de lo contrario se correría el riesgo de los contratos secretos. De ninguna manera, el sistema de la incorporación revive el contrato de libre discusión tan anhelado por los neokantianos. El régimen de las cláusulas abusivas permite eliminar las injusticias más graves pero tampoco restituye la libertad de configuración perdida. Ambas herramientas hacen ‘más aceptables’ las condiciones pero no reintegran la libertad contractual usurpada a los ciudadanos hace ya tanto tiempo. Lo mismo habría que decir *mutatis mutandi* de la teoría de las cláusulas sorprendentes, fundada en la teoría de las expectativas razonables.

III. Las situaciones contractuales de hecho

En esta sección explicaré qué son las situaciones contractuales de hecho, qué tipos de situaciones existen y cuál es su régimen jurídico. Finalmente, intentaré probar que las situaciones contractuales de hecho suponen una concepción del contrato que no resulta conciliable con la teoría de Hevia y con ninguna otra teoría de tipo kantiano.

III.1. Concepto y clasificación

La teoría de las relaciones contractuales de hecho hizo su aparición en un contexto histórico muy especial de la historia europea. En

lo político, el estado de bienestar parecía extenderse por todos los ámbitos de la sociedad. En lo económico, se habían consolidado las grandes empresas estatales de servicios públicos, y en lo social, la despersonalización de las relaciones sociales se había convertido en la regla general. En muchos ámbitos de la vida social resultaba necesario aumentar la velocidad de las transacciones, simplificar los tratos y disminuir los litigios. Los contratos en masa con cláusulas predispuestas y las condiciones generales de contratación facilitaron enormemente esta tarea. Pero incluso estas innovaciones parecieron insuficientes ante las transformaciones del tráfico jurídico. En muchas ocasiones las transacciones comerciales adquirieron un carácter mecánico, automático e impersonal. Piénsese en la persona que aborda un metro tras haber adquirido un boleto en una máquina dispensadora. No solo no negocia las cláusulas del contrato de transporte sino que ni siquiera habla con nadie. Simplemente ingresa en el vagón y toma asiento tranquilamente en un lugar vacío, mientras se dirige confiadamente a su destino. Considérese también una persona que ingresa a un estacionamiento tras haber presionado un botón. El conductor recibe una tarjeta de una máquina dispensadora para luego parquear su auto. Nadie le ha comunicado que ha celebrado un contrato especial, ni siquiera ha sido informado de la existencia de un contrato de adhesión. En ambos casos, el pasajero de metro y el conductor de un auto han celebrado contratos, pese a que no han hablado con nadie e incluso, a pesar de que no estuvo en su voluntad el deseo de obligarse. Ni siquiera la protesta del pasajero o del conductor evitará la formación del contrato. A juicio de muchos civilistas, estas situaciones requieren de una teoría distinta que permite comprender las particularidades de esta nueva realidad social.

Como respuesta a esta problemática, el civilista alemán Günter Haupt (1904-1946), profesor de la Universidad de Leipzig, escribió su célebre artículo *Sobre las relaciones contractuales de hecho* (1941)⁷. En este texto desarrolló, como su mismo título lo indica, la célebre teoría

⁷ Haupt, G., “Über faktische Vertragsverhältnisse”, en Hattenauer, H., *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Barcelona, Ariel, 1987.

de las relaciones contractuales de hecho (*Lehre vom faktischen Vertragschluss*). Esta teoría establece que en las sociedades contemporáneas existen relaciones sociales en las que resulta necesario suministrar o recibir prestaciones y servicios de otras personas sin que previamente se haya dado un consentimiento expreso. El contrato se gesta por la relación social de hecho y no por declaraciones de voluntad. Haupt pensaba especialmente en los servicios públicos domiciliarios (acueducto, alcantarillado, recolección de basuras, electricidad, teléfono, etc.). Al respecto escribe:

En la moderna organización de la convivencia, el individuo es el más imperativamente obligado a dar prestaciones o recibirlas sin elegir al otro contratante, o sin poder determinar con él individualmente el contenido del contrato (...). En tal dislocación del estado de cosas, la coincidencia de voluntades de los afectados pierde su importancia constituyente, reconocida en nuestro sistema de leyes civiles. Así, una compañía de tranvías está obligada a transportar a todo el mundo sin que el viajero tenga que concluir un contrato para que se atienda su demanda de transporte (...). A fin de no originar confusión con una terminología rebuscada, quisiera aplicar a todas estas situaciones de hecho la denominación de ‘relaciones contractuales de hecho’, expresando así que estas no se basan en la conclusión de un contrato, sino únicamente en precedentes factuales. Se diferencian del resto de los contratos civiles en su proceso de gestación y son fundamentalmente idénticos en su existencia.

Poco tiempo después, el jurista alemán Karl Larenz⁸ (1903-1993), profesor de Kiel, propuso la teoría de la conducta social típica (*lehre vom sozialtypischen Verhalten*) como generadora de contratos. Se trata de un planteamiento muy similar al de Haupt, ya que establece que una serie de conductas sociales típicas dan lugar a contratos sin que sea necesario realizar una declaración de voluntad. Al respecto, Larenz escribe:

⁸ Larenz, K., “Derecho de Obligaciones”. Madrid, *Revista de derecho privado*, 1958, pág. 58.

El moderno tráfico en masa trae consigo que en algunos casos, de acuerdo con la concepción del tráfico, se asuman deberes, nazcan obligaciones, sin que se emitan declaraciones de voluntad encaminadas a tal fin. En lugar de las declaraciones surge la oferta pública, y de hecho de una prestación y la aceptación de hecho de la prestación, no suponen (a falta de la correspondiente conciencia de declaración) declaraciones de voluntad, pero sí implican una conducta que por su significado social típico tienen los mismos efectos jurídicos que la actuación jurídica negocial.

E inmediatamente explica:

Tal es, p. ej., el caso de la utilización del tranvía, del autobús, de una balsa o de un vehículo análogo del transporte público. Es ficticio el considerar, como se intentó antes, que la marcha del tranvía encierra una oferta idéntica y continuada para concluir contratos de transporte, cuya aceptación reside en el hecho de tomar el tranvía. El que utiliza el tranvía está, según el criterio del tráfico, obligado al pago del precio del trayecto según la tarifa y tiene derecho a ser transportado de acuerdo con las condiciones de la tarifa, sin tener en cuenta si su intención consistía en emitir una declaración de voluntad de tal contenido, si tiene o no capacidad negocial, e incluso si conoce o no la tarifa. El suponer que concurre, en tales casos, la conclusión de un contrato encuentra, a mi juicio, un obstáculo en el hecho de que quien utiliza un medio cualquiera de transporte público no está desde luego en la situación de aquel a quien se ha hecho una oferta contractual, y que solo ha de pensar si ha de aceptarla, rechazarla o acaso ha de hacer una contraposición. Se encuentra más bien en la situación general de toda persona que toma parte en el tráfico y piensa si ha de hacer uso de un medio de transporte que está al servicio de todos. Si hace uso de ese medio de transporte, entonces en la consecuencia jurídica de su modo de obrar reside el que con ello haya nacido una relación jurídica, un contrato de transporte, y no porque esa consecuencia jurídica se haya querido o declarado, sino porque, de acuerdo con los puntos

de vista generales del tráfico, su conducta esta indudablemente unida a esa consecuencia. No podrá alegar la excepción de que creía que el transporte era gratuito, impugnando así su declaración por error, o la de que es limitadamente capaz y su representante legal no estaba conforme en que utilizase el tranvía. La admisibilidad de tales objeciones no se ajustaría a la esencia de la cuestión, a su significado social típico⁹.

Larenz sigue las ideas de Haupt pero se cuida de no utilizar la expresión ‘relación contractual de hecho’ por considerarla inconsistente: si una relación es jurídica no puede ser al mismo tiempo de hecho. Por esa razón, emplea la expresión ‘conducta social típica’ para hacer referencia a situaciones sociales que implican por sí solas la conclusión de un contrato. Nosotros conservaremos ambas expresiones por considerar que reflejan bastante bien las ideas de la teoría.

La teoría de las relaciones contractuales de hecho es una teoría sobre la formación del contrato. Sus defensores sostienen que algunos contratos nacen de la realización de una conducta social típica, sin que sea necesaria una declaración de voluntad. Por ‘conducta social típica’ debe entenderse una conducta voluntaria, consciente y libre de una persona, que se adecúa a un marco social preestablecido. Por ejemplo, subir a un autobús, ingresar a un vagón del tren, hacer uso de instalaciones eléctricas, etc. Cuando se dice que la conducta es voluntaria, consciente y libre, se quiere recalcar que no es necesaria la capacidad de ejercicio propia de los mayores adultos. Es suficiente con tener la capacidad de actuar de la que también gozan los menores que ya tienen uso de razón. Pero no cualquier conducta libre da lugar a un contrato. Tiene que tratarse de una conducta típica, es decir, de una conducta cuyo significado social esté absolutamente determinado. Así, subir al metro o al autobús implica que la persona tiene la intención de transportarse, aunque en su interior esté pensando otra cosa. En términos de la dogmática alemana tradicional, tales afirmaciones equivalen a sostener que algunos contratos pueden nacer de

⁹ *Ídem*, págs. 58-59.

actos jurídicos típicos (conductas conscientes, voluntarias y libres) y no solamente de negocios jurídicos (declaraciones de voluntad).

Lo interesante es que en este tipo de situaciones, la conducta social típica tiene prelación sobre cualquier declaración de voluntad que se le oponga. Si, por ejemplo, una persona sube al tren y toma asiento, tal hecho implica *per se* la celebración de un contrato de transporte. Si el pasajero alega que no era su intención celebrar el contrato, sino tan solo ingresar al vagón para tomar unas fotos, tal declaración no valdrá porque prevalece su conducta exteriorizada socialmente sobre su voluntad interior. Con mayor razón, si el pasajero expresa que no está acuerdo con el costo del pasaje o simplemente no lo ha pagado, de todas formas quedará obligado al pago. Ni siquiera podrá alegar error o dolo, quedándole solo la fuerza para exonerarse. Por ejemplo, podrá alegar que fue obligado contra su voluntad a subir al tren de pasajeros, en dicho caso no hay conducta voluntaria y no podría hablarse de contrato.

Las relaciones contractuales de hecho (conductas sociales típicas) pueden clasificarse en cuatro grandes grupos: relaciones contractuales derivadas de deber social de prestación, relaciones contractuales generadas por la inserción en una comunidad organizada, relaciones contractuales nacidas por contacto social y relaciones contractuales nacidas de la interacción con mecanismos automatizados.

Las relaciones derivadas de un *deber social de prestación* serían aquellas situaciones en las que una persona, natural o jurídica, en lugar de solicitar expresamente la suscripción, hace uso de un servicio público domiciliario (acueducto, electricidad, gas, teléfono, recolección de basuras, etc.). En este caso, la conducta tipificada implica el sometimiento a una relación contractual de suministro, en las condiciones y tarifas preestablecidas por las autoridades. El uso regular del servicio no podría ser interpretado de otra manera incluso a pesar de las protestas o declaraciones contrarias del consumidor. Dado que las condiciones y requisitos del contrato pueden haber sido predispuestas por una sola de las partes, el adherente podrá denunciar la existencia de cláusulas abusivas según las reglas generales sobre la materia.

Las relaciones contractuales generadas por la *inserción en una comunidad organizada* corresponden a aquellas situaciones en las cuales una persona cumple un rol socialmente reconocido en el interior de un grupo humano. Es el caso de las personas que empiezan a trabajar junto a otras en la realización de una empresa o que trabajan bajo la dirección de otras, sin que sea necesario que entre ellas haya existido la intención expresa de crear una sociedad legalmente constituida o de celebrar un contrato de trabajo estable. Esta situación abarca también aquellos casos en los cuales se ha declarado la nulidad de un contrato de sociedad o de trabajo. El efecto *ex nunc* de las sentencias de nulidad implica el reconocimiento pleno por parte del ordenamiento jurídico de la relación fáctica establecida por las partes. En cualquier caso, las sociedades de hecho o los contratos de trabajo de hecho son los casos más citados.

Las relaciones contractuales nacidas por simple *contacto social* consisten en situaciones de interacción humana que si bien no están expresamente regidas por un contrato, están reglamentadas como si lo estuviesen. Hay dos casos: situaciones que no son claramente contractuales, como el transporte benévolo o los tratos preliminares y los contratos declarados nulos solo hacia el futuro, como el arrendamiento o el suministro de hecho. El transporte benévolo acontece cuando el conductor de un vehículo hace el favor de llevar o acercar a una persona a cierto destino y no cobra ninguna tarifa por el viaje. Para los defensores de la teoría, pese a que ninguna de las partes ha tenido la intención de contratar, de todas formas se genera un contrato gratuito y surgen obligaciones especiales para ambas partes. El conductor debe mirar por la seguridad de su acompañante y este, a su turno, no debe impedir el buen desarrollo del viaje. En los tratos preliminares, los participantes de una negociación contractual deben cumplir con varios deberes como la información, la reserva, la seguridad, etc. Por esa razón, el simple contacto social generaría obligaciones de carácter contractual. Pero el caso más sobresaliente de contacto social es el de los contratos nulos de tracto sucesivo: suministro, renta vitalicia, arrendamiento, entre otros. Dado que la nulidad no produce efectos retroactivos, el ordenamiento jurídico reconoce

que las partes estuvieron obligadas en el pasado, pese a las irregularidades en la formación del contrato.

Las relaciones contractuales nacidas por *interacción con mecanismos automatizados* son las más frecuentes en nuestro tiempo. Se trata de situaciones en las cuales una persona acciona voluntariamente una máquina que ha sido predispuesta por su dueño para brindar un servicio. Es el caso de las dispensadoras de productos (alimentos, bebidas, tabaco, periódicos) o servicios (cambio de divisas, boletos de tren o autobús, etc.). También son ejemplos las cabinas telefónicas, los parqueaderos automatizados, entre muchos otros. La interacción supone que el usuario, valiéndose de ciertas instrucciones muy simples, active los dispositivos de suministro o haga uso del servicio. Los contratos que nacen de estas relaciones son, por lo general, compraventas, suministros o prestaciones de servicios. Hay una relación contractual porque se sobreentiende que la predisposición de las máquinas en cuestión tiene como propósito directo la realización de una transacción económica.

La teoría de las relaciones contractuales de hecho ha tenido una amplia recepción en el Derecho civil italiano. En especial, desde que Lorenzo Campagna presentó la teoría en su libro *I 'negozi di attuazioni' e la manifestazione dell'intento negoziale*¹⁰ (1958). El trabajo de Campagna se centra en demostrar que las categorías alemanas de acto y negocio jurídico son difusas y no siempre se pueden separar. El caso típico de situación híbrida se daría en las relaciones contractuales de hecho, que el autor prefiere denominar con la expresión *negocios jurídicos de actuación*. Los negocios de actuación son actos jurídicos que por su tipicidad social cumplen la misma función que las declaraciones de voluntad (negocios jurídicos). La teoría italiana de los negocios jurídicos de actuación no plantea grandes diferencias que la separen de la doctrina alemana. Hay un punto que sí reviste particular interés. Me refiero a la forma mucho más general como suelen clasificar las situaciones. Los negocios de actuación serían regulares e irregulares.

¹⁰ Campagna, L., *I 'negozi di attuazioni' e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milán, 1958.

Los *negocios de actuación irregulares* abarcarían las hipótesis de contratos nulos de tracto sucesivo (contratos de trabajo de hecho, sociedades de hecho, etc.). Los *negocios de actuación regulares* se subdividen en dos: negocios regulares unipersonales y negocios regulares pluripersonales. Ejemplos de *negocios de actuación unipersonales* serían la ocupación, la derelicción, la destrucción del testamento ológrafo, el retiro del testamento secreto, la transformación de la cosa legada, el pago de la deuda prescrita, el cumplimiento del contrato anulable, entre otros. Ejemplos de *negocios regulares pluripersonales* serían las aceptaciones a través de conductas tácitas, como sucede con la tácita reconducción, el mandato tácito y, de manera más general, con la aceptación mediante ejecución directa del contrato ofrecido.

La teoría italiana de los negocios jurídicos de actuación es importante porque le permitió a los civilistas darse cuenta de que las relaciones contractuales de hecho no constituían situaciones aisladas o marginales como inicialmente lo habían supuesto los doctrinantes alemanes. El caso de los negocios de actuación unipersonales ilustra este punto. En los países en los que es válido el testamento ológrafo (hecho a mano), la destrucción del documento equivale a una retractación expresa por parte del testador. Igualmente, el testador que transforma la naturaleza de la cosa legada (funde el reloj o separa los materiales de un anillo) se retracta de su disposición a través de su conducta voluntaria. En el ámbito de los derechos reales, quien ocupa un bien sin dueño o que ha sido abandonado expresa su intención de adquirirlo e, inversamente, quien abandona un bien voluntariamente expresa su propósito de renunciar a su dominio.

III.2. Régimen jurídico

Expuesta la teoría de las relaciones contractuales de hecho nos resta por examinar sus implicaciones prácticas. De acuerdo con los defensores de esta teoría, en las relaciones contractuales de hecho el contrato no se forma a través de un intercambio de declaraciones de voluntad, es decir, a través de una oferta seguida de una aceptación. La mera conducta social típica es suficiente para que la ley impute

la generación de una relación jurídica contractual. En consecuencia, consideran estos autores, no es necesario que las personas que realizan los actos tengan capacidad legal de ejercicio (unánimemente concedida a partir de la mayoría de edad). Esto quiere decir que únicamente se exige la capacidad natural, es decir, la edad suficiente para realizar acciones voluntarias y racionales. Esta capacidad natural es la que tienen los infantes que ya gozan del uso de razón y que la mayoría de los sistemas jurídicos conceden a partir de los siete años. De suerte que, por ejemplo, un niño de ocho años que accione una máquina dispensadora de alimentos estaría celebrando una compraventa válida, sin que sea necesario acudir a la ficción de una autorización tácita de su representante legal. En igual situación estaría el menor de once años que ha adquirido un boleto de tren en una taquilla automática y que luego ha subido al vagón de pasajeros.

Como la formación de las relaciones contractuales de hecho nace de conductas sociales típicas, sin necesidad de un intercambio de declaraciones, no es predicable de estas situaciones ni el error ni el dolo. En efecto, quien hace uso de un servicio público o quien interactúa con un mecanismo automatizado no puede argumentar que desconocía lo que estaba haciendo ni, mucho menos, que fue engañado por la contraparte. El hecho de que estemos ante conductas sociales típicas permite inferir que quien las ejecute sabe perfectamente las implicaciones de su actividad: emplear los servicios públicos de una casa, subir a un tren, marcar un número telefónico en una cabina pública, introducir una moneda en una máquina dispensadora, etc. El único vicio que podría alegarse en contra del surgimiento del contrato es la fuerza. Una persona que ha sido secuestrada y luego transportada en un tren no tiene que pagar la tarifa. En estos casos no hay conducta voluntaria, negocio de actuación y, por tanto, tampoco hay contrato. En resumen, las relaciones contractuales de hecho no deben cumplir todos los requisitos de validez que son propios de las declaraciones de voluntad. Es apenas suficiente con que exista una conducta voluntaria, consciente y libre.

Además, hay que señalar que el significado social de la conducta típica prevalece incluso por encima de las declaraciones de voluntad

del agente. En otras palabras, si una persona realiza una conducta social generadora de una relación contractual de hecho, el contrato nacerá incluso en contra de la protesta del agente mismo. Un caso citado frecuentemente por los defensores de la teoría es el de un ciudadano alemán que decidió parquear su automóvil en un lugar público. Las autoridades locales habían entregado la concesión del lugar a un particular para que este se encargara de administrarlo y cobrara una tarifa de parqueo. El ciudadano alemán dejó en varias ocasiones su auto en el sitio pero haciendo la advertencia de que no aceptaba celebrar contrato alguno y mucho menos pagar la tarifa establecida. A pesar de la protesta, los tribunales alemanes afirmaron que se había producido una relación contractual de hecho que obligaba al ciudadano a pagar la tarifa previamente fijada por las autoridades locales.

Por último, en las relaciones contractuales de hecho rige fundamentalmente el derecho dispositivo, es decir, las normas de carácter subsidiario que el legislador ha establecido para los contratos que no han sido completamente configurados por las partes. No podría ser de otra manera ya que estamos ante contratos que se han formado por la conducta de las partes, sin intercambio informacional alguno. Así, en caso de realizarse la conducta social típica de un contrato de suministro de servicios públicos domiciliarios, aplicará el régimen legal previsto para esta tipología. Dado que en este tipo de contratos siempre se aplica el derecho dispositivo, ya que nunca puede ser derogado por acuerdos entre particulares, se sigue que el derecho dispositivo se torna en una especie de derecho imperativo que reduce notablemente la libertad de configuración contractual. De hecho, solo habría una forma de derogar el derecho dispositivo: cuando una empresa predispone condiciones generales de contratación. En caso de que una de las partes emplee condiciones generales de contratación, el requisito de la incorporación tendrá que cumplirse por medio de carteles o avisos ubicados en lugares públicos. Sin el cumplimiento de este requisito las condiciones generales quedarían por fuera del negocio de actuación. No hay duda de que una situación contractual de hecho reglamentada por medio de condiciones generales es todo lo contrario de lo

que las concepciones neokantianas del contrato han imaginado en sus paraísos libertarios.

III.3. Implicaciones para las teorías neokantianas del contrato

Al igual que las condiciones generales, las situaciones contractuales de hecho son una realidad social innegable. Encontramos situaciones contractuales en contextos tan disímiles como los servicios públicos domiciliarios (agua, luz, teléfono, celular, acueducto, alcantarillado, gas, servicios de internet, televisión prepaga), el transporte público (metro, tren, bus, taxi), los contratos celebrados a través de máquinas automatizadas (autoservicios, máquinas dispensadoras de productos y servicios) y operaciones de comercio electrónico, entre muchos otros. Pero quizás, el mejor caso de situación contractual de hecho es aquel en que se encuentran los trabajadores informales que luchan porque su situación de subordinación sea reconocida por las empresas e implique la afiliación obligatoria a los sistemas de seguridad social y protección de la salud.

Sostengo entonces que la existencia de situaciones contractuales de hecho es incompatible con la visión del contrato como herramienta para alcanzar las metas personales sin vulnerar los derechos de los demás. El contrato entendido como situación contractual de hecho, como negocio de actuación, supone que la conducta social está tipificada de tal forma que no cabe deducir de ciertas conductas nada más que el deseo de obligarse. En este marco, la conducta social típica no puede interpretarse como una propuesta de diálogo sobre los términos de un servicio o producto ya que no hay espacio para la discusión. Actuar es ya contratar, es tomar la decisión de contratar, sin el más mínimo espacio para la libertad de no contratar. Si la libertad de no contratar es inexistente, mucho menos puede haber libertad contractual. Y sin embargo, hay contrato de contenido imperativo desde la primera palabra hasta la última, pero contrato al fin y al cabo. Contrato sin ninguna de las características que los neokantianos le atribuyen: como herramienta para conseguir las metas individuales sin contrariar las metas ajenas. En este ámbito no existe interacción

de individuos razonables que dialogan, negocian, ceden un punto a cambio de otro, hasta construir una esfera justa de libertades. Lo único que hay es el efecto jurídico inmediato, la obligación imperativa a la que no es posible sustraerse.

Con seguridad, los defensores de las teorías neokantianas del contrato argumentarán que: 1. Las situaciones contractuales de hecho no son verdaderos contratos; o 2. Las situaciones contractuales de hecho están reguladas de tal forma que no atentan verdaderamente contra la libertad. La primera opción, al igual que en el caso de las condiciones generales, no resulta muy atractiva como respuesta teórica a las objeciones. Afirmar que las situaciones contractuales de hecho no son verdaderos contratos es tanto como negar la evidencia desfavorable. La segunda opción es la más interesante pero la considero igualmente falsa. Sin duda, para que un contrato de hecho se forme es necesario que preexista una conducta libre y consciente, requisito predicable de una persona normal, mayor de por lo menos ocho años. También es preciso reconocer que si una persona es sometida a violencia física o moral puede solicitar la anulación del contrato. Hay pues un reducto de libertad en las situaciones contractuales, reducto que podemos denominar 'libertad mínima'. Sin embargo, estas condiciones mínimas de libertad requeridas para las situaciones contractuales de hecho no reviven la verdadera libertad contractual, cuyo contenido pretende ser una verdadera autorregulación de la autonomía privada. Es lo que podemos llamar 'libertad máxima'. Nada hay en las situaciones contractuales de hecho que permita pensar en la libertad contractual máxima, constituida por la libertad de conclusión y la libertad de configuración. Tan cierta es esta conclusión que no cabe pensar aquí en la posibilidad de anulación del contrato por error, pues el ciudadano no recibe ningún margen de libertad para regular su conducta, para perseguir sus metas individuales como quisiera.

En resumen, se ha intentado demostrar aquí que los cambios históricos sociales producidos en el último siglo han afectado profundamente la noción tradicional de contrato. La existencia de condiciones generales de contratación y la aparición de las situaciones contractuales de hecho han recortado gravemente las libertades contractuales

de conclusión y configuración. Hay una incompatibilidad irreconciliable entre las nuevas instituciones presentadas y la concepción tradicional del contrato. En efecto, el contrato de nuestro tiempo continúa siendo un importante sistema de coordinación de la acción individual y colectiva pero no es necesariamente un espacio de autonomía privada. Si estoy en lo cierto, las reconstrucciones kantianas o neokantianas de esta institución deberán ser abandonadas, o al menos, sometidas a una revisión profunda.

Bibliografía

- Campagna, L., *I 'negozi di attuazioni' e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milán, Giuffrè, 1958.
- Código Civil Alemán.
- Haupt, G., "Über faktische Vertragsverhältnisse", en Hattenauer, H., *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Barcelona, Ariel, 1987.
- Josserand, L., *Curso de derecho positivo civil francés*. Buenos Aires, Bosch, 1950.
- Larenz, K., "Derecho de Obligaciones". *Revista de derecho privado*, Madrid, 1958.
- Saleilles, R., *De la déclaration de volonté*, Paris, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, 1929. Art. 133. 89 y 90.

Razonabilidad y responsabilidad: a propósito de la teoría del derecho contractual del profesor Martín Hevia

Íñigo de la Maza Gazmuri*

Resumen: En este trabajo me dedicaré a la idea del profesor Hevia según la cual las relaciones contractuales se basan en “términos de interacción justos”, fundados en la reciprocidad y en la injusticia de la imposición unilateral de las condiciones de contratación. Expondré las dificultades que giran en torno a dicha expresión y a sus supuestos, y analizaré el problema que suscita para cierto tipo de contratos (por ejemplo, los contratos de adhesión) la adopción de las tesis que sostiene Hevia. Además, cuestionaré algunas ideas de Hevia con respecto al objeto de los contratos y a la racionalidad instrumental ínsita en la actividad contractual.

Palabras clave: derecho contractual, reciprocidad, razonabilidad.

Abstract: In this paper, I will focus on the professor Hevia's idea according to which the contractual relations are based on “fair interaction terms”, founded on reciprocity and unfairness of the unilateral imposition of the terms of contract. I will expose the difficulties that this expression brings, and I will analyze the problem that the adoption of Hevia's thesis generates for certain type of contracts (for example, standard-form contracts). Besides, I will question some of Hevia's ideas concerning to the object of the contracts and instrumental rationality inherent in contractual activity.

Key words: contractual law, reciprocity, reasonableness.

* Abogado; Doctor en Derecho. Profesor Investigador Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Profesor de Derecho Civil. Dirección postal: República 105, Santiago de Chile.
Correo electrónico: inigo.delamaza@udp.cl.

I

El profesor Martín Hevia nos ofrece una teoría del derecho contractual. Se trata de una empresa poco frecuente en el mundo del *civil law*, generalmente, más preocupado de explicar el derecho de contratos que de justificarlo. Y esta es una razón para agradecerse.

El profesor Lucas Grossman me ha pedido que comente esa teoría, tal y como está planteada en un artículo de Hevia que aparece en esta misma publicación¹. Aprovecho, entonces, para agradecer a Lucas la gentileza de considerarme.

En fin, aunque resultará evidente a partir de mi comentario, comienzo aclarando que la disciplina en que me he especializado es Derecho Civil, particularmente daños y obligaciones. Y me he especializado, digámoslo así, desde una perspectiva doctrinaria². Por lo mismo es que desde ese lugar es donde me siento más cómodo para cumplir con este encargo.

Ante todo, diré que el trabajo del profesor Hevia me resulta atractivo. Considero que su teoría es no solo inteligente, sino además elegante, y eso no es poco. Sospecho, sin embargo, que cuando se le solicita a alguien un comentario bajo estas condiciones no es exactamente para que se limite a reconocer el talento de autor, sino, más bien, para avanzar el diálogo académico o, si se quiere, las ideas; en definitiva, en este caso, para ver si es posible agudizar nuestra comprensión del derecho de contratos.

Dirigiré, entonces, este comentario desde donde pienso (espero no equivocadamente) que puede resultar más útil en esta tarea, es decir, desde mi formación como civilista y, en general, prescindiré —no obstante lo elegante que me parece— del tratamiento de Rawls y su articulación con Kant.

¹ Hevia, M., "Razonabilidad y responsabilidad: Rawls, Kant y la teoría del Derecho", *Discusiones*, XV, 2014, págs. 15-47.

² Sobre el uso de la expresión "doctrina" puede consultarse Jeztaz, J., *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.

II

Forzado a presentar de la forma más sintética mi comentario diría que mi principal observación es que la presentación de la teoría en el artículo que nos interesa se encuentra excesivamente comprimida y esta circunstancia, desde luego, dificulta su lectura.

Creo que, en primer lugar, resulta posible —y útil— descomprimirla respecto del mismo uso de la expresión “teoría”. ¿En qué sentido, exactamente, se emplea? La pregunta, según me parece, no constituye una frivolidad analítica, por dos razones. La primera de ellas es que, como muestran Smith³ y Eisenberg⁴, con esa expresión pueden designarse cosas que son diferentes entre sí. La segunda razón —que, en verdad es una consecuencia de la primera— es que únicamente podemos juzgar el éxito de la teoría si sabemos qué es lo que pretende.

Como yo la entiendo, la teoría del profesor Hevia no es ni histórica (no pretende informarnos acerca de cómo y por qué tenemos las reglas que tenemos), ni descriptiva (no pretende hacerse cargo monográficamente del derecho contractual del *common law*), ni prescriptiva (no aspira a decirnos cómo deberían ser las reglas), sino interpretativa, en el sentido que da Smith⁵ a esa expresión, en la medida en que nos sugiere una idea a partir de la cual resulta posible agudizar nuestra comprensión del derecho de contratos, pues nos revela un orden inteligible que subyace al diseño de sus normas.

Pues bien, si esto es correcto, nuestra atención debe dirigirse hacia *esa* idea. Y esto nos lleva a la primera página del trabajo que toca comentar. Al centrar nuestro interés en el primer párrafo nos encontramos con la siguiente pregunta: ¿Cómo debemos entender el derecho contractual? La respuesta del profesor Hevia es:

³ Smith, S., *Contract Theory*, Oxford University Press, 2004.

⁴ Eisenberg, M., “The Bargain Principle and Its Limits”, *Harvard Law Review*, Vol. 95, 4, 1982, págs. 741-801.

⁵ Smith, S., *op. cit.*, págs. 4-6.

... que la justicia requiere que entendamos las reglas contractuales en función de la idea de “términos de interacción justos”. La idea subyacente es la de reciprocidad, es decir, la idea de que es injusto que las personas puedan establecer unilateralmente las condiciones de interacción con los demás. Ello, a su vez, requiere concebir a las partes de un contrato como personas libres e iguales que consienten vincularse bajo condiciones que no se imponen unilateralmente.

Por lo tanto, deberemos entender que la idea matriz es “términos de interacción justos”. En segundo lugar, no resulta justo que los términos de interacción sean establecidos unilateralmente. Finalmente, a esta idea subyace la asunción de que debemos considerar a las personas como libres e iguales.

Pues bien, probablemente, haríamos bien en realizar un segundo intento de descompresión aquí.

El primer interrogante que deberíamos formularnos es qué es lo que designa la expresión “términos de intercambio justos” pues es en función de esta idea que debemos entender las reglas contractuales.

Descompongamos la expresión en “términos de intercambio” y “justos”. ¿Qué son los términos de interacción? A mí, he de confesarlo, esto me resulta un poco enigmático. No porque no pueda darle sentido, sino más bien porque no estoy seguro acerca de *qué* sentido darle.

Me surgen dudas acerca de a qué corresponden exactamente los “términos de interacción” y si significan lo mismo o algo diverso de las “condiciones de interacción”. Teniendo en cuenta que lo que el profesor Hevia nos pide que entendamos, en función de la idea de términos de intercambio justos, son las reglas contractuales, supongo que habrá que entender que “reglas contractuales”, “términos de interacción” y “condiciones de interacción” vienen a ser lo mismo. Sin embargo, utilizar tres expresiones distintas complica las cosas. Por otra parte, si significan cuestiones distintas (y es mi torpeza la que me lleva a confundirlas), probablemente, sería bueno explicarlo.

Ahora bien, supongamos que son lo mismo, lo que tenemos, en principio es que la justicia exige que los términos de intercambios sean justos. Para aligerar esta frase de un cierto sabor circular, debemos

detenernos en la idea subyacente de reciprocidad. Y tendremos que entender que esa idea de reciprocidad exige considerar que es injusto que las personas puedan establecer unilateralmente las condiciones de interacción con los demás.

De esta manera, podremos afirmar que los términos de interacción justos son aquellos que respetan la reciprocidad y esto significa que las condiciones de interacción no hayan sido impuestas unilateralmente.

Llegados a este punto convendrá advertir que la teoría propuesta puede querer significar dos cosas distintas. La primera es que los términos de interacción son justos en la medida en que no hayan sido impuestos unilateralmente. La segunda es que *un* requisito que debe satisfacerse para que los términos de interacción sean considerados justos es que no hayan sido impuestos unilateralmente.

Antes de explicar cada una de estas cosas, creo conveniente advertir que, cualquiera sea la decisión que tomemos, va a resultar necesario explicitar qué queremos decir con “impuesto unilateralmente”. Creo que esta idea se aclarará al tratar las dos cosas que puede querer significar la teoría.

Consideremos, en primer lugar la teoría como justo igual no impuesto unilateralmente. Nuestra distinción sería la siguiente: los términos del contrato fueron impuestos al otro contratante o los aceptó. Si le fueron impuestos, son injustos; si los aceptó, son justos. Pues bien, hay algo obvio en la importancia que tiene la aceptación de los términos por las partes de un contrato. Lo que no es tan obvio es la relación que existe entre la aceptación del contrato y la justicia de sus términos.

Comencemos con lo obvio. En general, tanto tratándose del *common law* como del *civil law*, el contrato es algo que requiere de la voluntad de las partes. En el lenguaje del derecho civil diríamos que si no hay voluntad de una de las partes, según se quiera, el contrato es inexistente o nulo. De esta manera, según me parece, sobre la imposición unilateral el problema, no se trata —al abrigo del derecho de los contratos— si es justo o no; sino, más bien, si hay contrato o no.

Pero, quizás lo que el profesor Hevia quiere decir es algo más sutil. Ya no es la cuestión suficientemente obvia según la cual el contrato

necesita de las voluntades de quienes quedan obligados por él, sino que, más bien, se trata de aquello a lo que las partes quedan obligadas en el contrato. Y es que, desde un enfoque objetivo del derecho de contratos como el que utiliza el autor⁶, una parte no puede imponer a otra su comprensión de los términos del contrato, sino que el significado de esos términos ha de ser el que le hubieran dado personas razonables. Esta lectura es, desde luego, más sugerente que la anterior. Sin embargo, mi impresión es que conlleva otros problemas.

El enfoque objetivo que nos propone el profesor Hevia nos presta utilidad —y mucha— cuando se suscitan dudas respecto de la debida inteligencia del contrato ya sea respecto del error o de cuestiones relativas a la interpretación cuando existen vacíos. Sin embargo, no parece prestar demasiada utilidad cuando no se suscitan estos problemas. Por lo mismo, si ha existido voluntad y si no existen cuestiones relativas al error o dudas frente a la interpretación, deberemos aceptar que los términos del contrato son justos, y esto tiene que ver con que las personas que consintieron en vincularse deben ser tratadas como libres e iguales⁷. Se trata, entonces, de una vieja idea que expresó con elegancia Alfred Fouillée: “Qui dit contractuel, dit juste”.

Ahora bien, aquí me gustaría apropiarme de una crítica de Sandel a Rawls y es que el haber acordado un contrato no garantiza la justicia de sus términos⁸. Particularmente si el contrato no es hipotético, sino real.

Creo que esto es particularmente importante tratándose de una enorme parcela del derecho de contratos, aquella referida a las relaciones de consumo. Si no me equivoco, tratándose de la contratación en materia de consumo, la frase ya no es “quien dice contractual dice justo”, sino, al revés: “quien dice justo dice contractual”. Y esto tiene que ver con que la métrica de la justicia no tiene que ver con el acuerdo, sino que se encuentra fuera del acuerdo.

⁶ Hevia, M., *op. cit.*, pág. 41.

⁷ *Ibidem*, pág. 17.

⁸ Sandel, M., *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, Debate, 2011, pág. 167. Debo esta idea a la profesora Beatriz Arriagada y le agradezco su gentileza de haberla compartido conmigo.

¿Por qué sucede esto? La respuesta está asociada a la racionalidad instrumental, o si se quiere, más bien, a la falta de racionalidad instrumental⁹. Esto resulta particularmente obvio en lo que se denomina contratos por adhesión (*standard form contracts*), frente a los cuales (1) solemos asumir que los consumidores no se comportarán racionalmente y (2) por lo mismo, no utilizamos el acuerdo como métrica de la justicia de los términos, sino que nos servimos de una métrica externa¹⁰.

Pues bien, esta situación nos deja con un problema pues encontramos una parcela realmente importante del derecho de contratos (la correspondiente a los contratos por adhesión) en que el acuerdo y la justicia de los términos se encuentran disociados. Y esta disociación se explica porque falla uno de los poderes morales propios de la concepción normativa de la persona sustentada por el profesor Hevia¹¹: la racionalidad instrumental.

¿Qué hacer frente a esa parcela de la actividad contractual? Las posibilidades, creo, son dos. La primera de ellas consiste en señalar que la contratación con los consumidores bajo esas peculiares condiciones de asimetrías informativas y deficiente racionalidad que suelen imponer los contratos por adhesión no forma parte del derecho de contratos en el sentido en que lo entiende esta teoría. Sin embargo, esa respuesta tiene dos problemas. El primero de ellos es que, atendida la enorme importancia de la contratación con consumidores, no es muy evidente que una teoría describa adecuadamente el estado de la cuestión si simplemente prescinde de esta área. Creo que, de esa manera, arriesgaría uno de los requisitos que Smith¹² ha planteado

⁹ Sobre este punto la literatura es particularmente copiosa, a guisa de ejemplo puede consultarse Hanson, J. y Kysar, D., "Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation, *New York University Law Review*, vol. 74, 1999, págs. 630-749; Trebilock (1993, 147-164) y Eisenberg (1995).

¹⁰ De la Maza, I., "Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿por qué el Estado y no solamente el mercado?". *Revista Chilena de Derecho Privado, Fernando Fuego Laneri* N° 1, 2003, págs. 109-148, y De la Maza, I., "El control de las cláusulas abusivas y la letra g", *Revista Chilena de Derecho Privado, Fernando Fuego Laneri* 3, 2004, págs. 35-68.

¹¹ Hevia, M., *op. cit.*, págs. 26-27.

¹² Smith, S., *op. cit.*, pág. 10.

para las teorías de áreas derecho como esta: su adecuación (*fit*). En sus palabras:

A theory of contract fails the fit criterion if its rejects as an exception or as misclassified so much of contract law that those familiar with the law would not recognize what remains as "contract" law (though such an account might qualify as a good theory of *something else*).

Ahora bien, se podría cuestionar que la parcela del derecho de contratos que queda excluida sea tan importante como para tornar irreconocible el derecho de los contratos. Sin embargo, aquí viene el segundo problema, si se desea excluir esta área, habría que explicarlo, y el trabajo, hasta donde llega mi comprensión, no lo hace.

La segunda posibilidad consiste en sostener que, bien pensadas las cosas, la teoría no necesita excluir a los contratos por adhesión porque se trataría de un supuesto en el que, en verdad, las condiciones se han impuesto unilateralmente pues, en realidad, el consumidor no tenía forma de conocer realmente el contenido del contrato.

Esta me parece una buena salida, sin embargo, el problema que tiene —este es el segundo problema de la respuesta— al interior del trabajo es que carecemos de una explicación acerca de qué significa “imponer unilateralmente”.

Consideremos ahora la segunda posibilidad, y es que *un* requisito que debe satisfacerse para que los términos de interacción sean considerados justos es que no hayan sido impuestos unilateralmente. Sin embargo, tratándose de un requisito necesario, no es suficiente, pues, como ha quedado dicho, la métrica de la justicia podría resultar externa al acuerdo.

Esta segunda posibilidad nos llevaría a lo que Eisenberg¹³ ha denominado una “teoría multivalórica del derecho de contratos”. En sus palabras:

¹³ Eisenberg, M., “The Theory of Contracts”, en Benson (ed.), *The Theory of Contract Law. New Essays*, Cambridge University Press, 2001, pág. 240.

In contract law, as in life all meritorious values must be taken into account, even if those values may sometimes conflict, and even at the expense of determinacy. Single-value, metric theories of the best content law must inevitably fail precisely because they deny the complexity of life¹⁴.

El punto, sin embargo, es que la teoría del profesor Hevia no nos ofrece otros valores que el respeto del acuerdo de personas libres e iguales o, si se quiere, racionales y razonables. Y esto puede ser problemático porque nos deja a ciegas respecto de ciertos límites y respecto del tipo de colaboración que las personas pueden regular a través de un contrato. Para hacer el punto más general, una teoría multivalórica considera que el acuerdo es importante, pero no es una condición suficiente del valor del contrato¹⁵.

III

Quisiera ahora dirigir mi atención a otro punto, a la pregunta acerca de qué puede ser objeto de un contrato¹⁶. Y aquí quiero discutir dos cuestiones. Ambas surgen de la respuesta del profesor Hevia¹⁷ a la pregunta recién planteada: “con la excepción de las personas independientes, todo puede ser objeto de un derecho adquirido”.

Me detengo primero en “con la excepción de las personas independientes, todo (...)”. Sin embargo, esa respuesta no parece correcta. No sin una importante cualificación al menos. Desde luego, de acuerdo con la teoría del profesor Hevia, podemos descontar aquellos objetos de un contrato que dañen derechos o intereses protegidos de terceros, pues de esta manera se les estarían imponiendo los términos del contrato a terceros sin que los aceptaran. Se violaría, de esta manera,

¹⁴ *Ibidem*, pág. 241.

¹⁵ Gordley, J., “Contract Law in the Aristotelian Tradition”, en P Benson (ed.) *The Theory of Contract Law. New Essays*, Cambridge University Press, 2001, pág. 283.

¹⁶ Hevia, M., *op. cit.*, pág. 33.

¹⁷ *Ídem*.

la exigencia kantiana de tratar a las personas como libres e iguales. Pero sucede que las limitaciones que se imponen a los contratos respecto de aquello que pueden contratar exceden con generosidad los derechos de terceros. Así, por ejemplo, pasa con ciertas drogas o con los casos de lesión enorme en el derecho continental o los límites a los *liquidated damages*¹⁸ y los límites frente al pacto de renuncia al cumplimiento específico en el *common law*¹⁹.

Por lo tanto, la respuesta correcta sería más bien que puede ser objeto del contrato todo lo que el Derecho permite. El punto, sin embargo, es que esta cualificación acerca de lo que puede ser objeto de un contrato nos fuerza a pensar qué es lo que el Derecho prohíbe y por qué lo prohíbe. Y ninguna de estas preguntas llega, si quiera, a formularse en el trabajo²⁰.

A continuación quiero prestar atención a lo segundo: “puede ser objeto de un derecho adquirido”. En la lógica del derecho continental los contratos constituyen fuentes de obligaciones, es decir, su estructura suele correlacionar un crédito con un deber de prestación. Esta estructura es perfectamente consistente con la idea de Kant según la cual aquello que adquiero no es una cosa externa, sino la promesa del otro contratante

El problema, sin embargo, es que no necesariamente sucede así. Por lo pronto, no sucede de esta manera en lo que podríamos denominar contratos reales, en que el negocio se perfecciona por la entrega de la cosa, de manera que ningún crédito ingresa al patrimonio de aquella parte que se obliga a restituir la cosa. Tampoco sucede, si se considera el derecho francés, en el caso del contrato de compraventa pues, como resulta bien sabido, sus efectos son reales.

De esta manera, el punto es que del hecho de que, generalmente, los contratos transfieran créditos no se sigue que necesariamente lo hagan, pues, como acabamos de ver, existen casos en que lo que se

¹⁸ Farnsworth, A., *Contracts*, Aspen, New York, 1999, pág. 844.

¹⁹ Treitel, G., *The Law of Contract*, 11th ed., Sweet & Maxwell, 1999, pág. 995.

²⁰ Sobre el tema creo que el trabajo de Radin resulta particularmente interesante, en Radin, M., *Contested Commodities*, Harvard University Press, 1996.

transfiere son cosas distintas a los créditos. Como sea que fuere, se trata de un punto menor, la verdad es que la regla general (y extremadamente) es que los contratos transfieran créditos.

IV

La siguiente cuestión que quisiera considerar brevemente se refiere a las acciones en caso de incumplimiento. La pregunta que se formula el texto es cuáles son las acciones en caso de incumplimiento²¹.

Ante todo, la respuesta que nos entrega el texto no es completamente leal con la pregunta porque, si bien es cierto que en el *common law*²² la indemnización por las expectativas frustradas es la acción estándar, no es la única. Sin embargo, también es verdad que los *equitable remedies* resultan más bien excepcionales, que la *restitution* obedece más a la lógica del enriquecimiento sin causa y que el único al que realmente se presta atención en los textos de contratos es el cumplimiento específico (*specific performance*).

Ahora bien, al concluir su tratamiento de las acciones el profesor Hevia señala²³:

En resumen, la indemnización por los daños causados por la frustración de expectativas redime el derecho del acreedor al cumplimiento de la obligación porque le da al acreedor los medios a los que este tenía derecho en virtud del contrato.

El punto, sin embargo, es que no necesariamente lo redime y, quizás, sería conveniente advertir que, cuando no lo redime, bajo ciertos requisitos, se puede solicitar el cumplimiento específico de lo prometido²⁴.

²¹ Hevia, M., *op. cit.*, pág. 36.

²² La cuestión es más problemática en el *civil law* donde resultaría inexplicable que no se considerara la resolución, la suspensión del cumplimiento ni la adecuación del precio.

²³ Hevia, M., *op. cit.*, pág. 40.

²⁴ Treitel, G., *op. cit.*, págs. 949-958.

V

Mi último comentario se refiere a la formación del consentimiento. Yo creo que el profesor Hevia lleva razón cuando defiende un estándar objetivo para determinar el contenido del contrato²⁵. Tengo mis dudas, sin embargo, respecto del uso que hace de las ideas de Holmes.

Será conveniente transcribir el párrafo que utiliza:

Si... un hombre nace torpe y apresurado, si siempre tiene accidentes y se lastima o lastima a sus vecinos, no hay duda de que sus defectos congénitos estarán permitidos en los tribunales del Cielo, pero sus golpes y caídas no serán menos problemáticos para sus vecinos que si surgen de su negligencia culpable. Sus vecinos le exigen en consecuencia, a su propio riesgo, que se acerque a su estándar, y los tribunales que los vecinos establecen se oponen a tomar en cuenta la ecuación personal de riesgo de dicho individuo.

Comencemos considerando por qué, en mi opinión, Hevia lleva razón. Al señalar que el derecho se preocupa de la apariencia objetiva en los contratos, Treitel²⁶ nos señala que la razón que justifica esta opción es la protección de la seguridad jurídica, pues:

Considerable uncertainty would result if A, after inducing B reasonably to believe that he (A) had agreed to certain terms, could then escape liability merely by showing that he had no “real intention” to enter that agreement.

La función del test objetivo no es, entonces, digámoslo así, responsabilizar a una parte por su torpeza, sino proteger a quien confió en la apariencia creada por la persona torpe.

De esta manera, estoy de acuerdo con el profesor Hevia, simplemente creo que, al considerar las ideas de Treitel, podemos añadir un matiz. Señala Hevia²⁷ que ‘los pensamientos ‘internos’ de las partes

²⁵ Hevia, M., *op. cit.*, pág. 41.

²⁶ Treitel, G., *op. cit.*, pág. 1.

²⁷ Hevia, M., *op. cit.*, pág. 41.

no son definitivos para determinar la existencia o el contenido de un contrato”. Esto, me parece, es correcto. El matiz, sin embargo, es que pueden serlo. Y pueden serlo porque, hemos de recordar, la función del test objetivo no es sancionar a quien se comporta de manera negligente, sino proteger a quien confía en la declaración.

Imaginemos un ejemplo que ilustre lo que quiero decir. Con su conducta torpe A puede crear una falsa apariencia —esta sería la apariencia objetiva— de querer celebrar un contrato, imaginemos que, por alguna razón B sabe que esa apariencia objetiva no se compadece con la realidad, que el pensamiento interno de A es que no desea celebrar el contrato. Imaginemos, sin embargo, que B manifiesta su aceptación respecto de esa apariencia objetiva, ¿Se ha formado el contrato? La respuesta es, desde luego, que no. El pensamiento interno de A resultará definitivo para determinar la inexistencia del contrato pues preferimos proteger a quien se comporta negligentemente que a quien busca aprovecharse de esa negligencia.

Como digo, sin embargo, se trata de un matiz con el cual, estoy seguro, el profesor Hevia estaría de acuerdo conmigo. Por lo mismo, no tiene sentido insistir.

Bajo la formación del consentimiento me interesa, aún, hacer otra prevención que se refiere al uso de las ideas de Holmes por parte del profesor Hevia. Comenzaré por la cita de Holmes de la que se sirve el autor²⁸:

Si... un hombre nace torpe y apresurado, si siempre tiene accidentes y se lastima o lastima a sus vecinos, no hay duda de que sus defectos congénitos estarán permitidos en los tribunales del Cielo, pero sus golpes y caídas no serán menos problemáticos para sus vecinos que si surgen de su negligencia culpable. Sus vecinos le exigen en consecuencia, a su propio riesgo, que se acerque a su estándar, y los tribunales que los vecinos establecen se oponen a tomar en cuenta la ecuación personal de riesgo de dicho individuo.

²⁸ *Ídem.*

Ahora bien, Holmes parece estar en lo correcto cuando afirma que, tratándose de responsabilidad extracontractual, los tribunales no toman en cuenta la ecuación personal de riesgo de la persona, digamos, torpe. Una conclusión semejante se puede defender respecto del mundo del *civil law*²⁹. El punto, sin embargo, es que, al menos a mí, no me resulta tan evidente que en materia contractual no se tome en cuenta la ecuación de riesgo personal de las personas torpes. Por supuesto que se toma respecto de quienes consideramos incapaces, pero esto no es novedad respecto de la responsabilidad extracontractual y no parece ser lo que quiere decir Holmes. Este autor parece referirse a quienes han traspasado un cierto umbral de capacidad que los torna imputables en términos civiles.

En materia contractual, la ecuación de riesgo puede tomarse en cuenta más allá del umbral de la capacidad, en aquellos casos que Eisenberg³⁰ ha agrupado bajo el rótulo “*doctrine of transactional capacity*”. En sus palabras:

The doctrine of transactional capacity is not limited to cases where a promisor lacks capacity to understand the value of the performances to be exchanged; it also applies to cases in which the promisor can understand the value of the performance called for but lacks capacity to understand the meaning of contractual provisions governing the parties' rights in the event of nonperformance. This application is most likely to occur in transactions involving form contracts prepared by relatively sophisticated sellers who deal regularly with relatively unsophisticated buyers.

De esta manera, creo que la idea de personas racionales y razonables y el test del consentimiento objetivo constituyen dispositivos muy útiles para enfrentar un número importante de problemas que genera el derecho de contratos, pero deben ser matizadas para enfrentar adecuadamente los problemas que estas mismas ideas pueden generar.

²⁹ Barros, 2006, pág. 78.

³⁰ Eisenberg, M., *The Bargain... op cit.*, pág. 771.

En fin, al concluir con estas palabras, quisiera felicitar al profesor Martín Hevia por este trabajo y el libro del cual proviene. Tengo la amarga sospecha de que buena parte de los comentarios que he hecho se debe no a insuficiencias de la teoría, sino a mi torpeza. Si es así, aprovecho la ocasión para dar las disculpas del caso al autor y expresarle mi confianza en que alguna vez nos reunamos para que me libere del error.

Bibliografía

- De la Maza I., “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿por qué el Estado y no solamente el mercado”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fernando Fueyo Laneri, 1, 2003, págs. 109-148.
- De la Maza I., “El control de las cláusulas abusivas y la letra g)”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fernando Fueyo Laneri, 3, 2004, págs. 35-68.
- Eisenberg M., “The Theory of Contracts”, en P Benson (ed.) *The Theory of Contract Law. New Essays*, Cambridge University Press, 2001, págs. 206-264.
- Eisenberg M., “The Bargain Principle and Its Limits”, *Harvard Law Review*, 95, 4, 1982, págs. 741-801.
- Farnsworth, A., *Contracts*, Aspen, New York, 1999.
- Gordley, J., “Contract Law in the Aristotelian Tradition”, en P Benson (ed.), *The Theory of Contract Law, New Essays*, Cambridge University Press, 2001, págs. 265-334.
- Hanson, J. y Kysar, D., “Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation”, *New York University Law Review*, 74, 1999, págs. 630-749.
- Hevia, M., “Razonabilidad y responsabilidad: Rawls, Kant y la teoría del Derecho”, *Discusiones*, XV, 2014, págs. 15-47
- Jeztaz, J., *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.
- Radín, M., *Contested Commodities*, Harvard University Press, 1996.
- Sandel M., *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, Debate, 2011.
- Smith, S., *Contract Theory*, Oxford University Press, 2004.

Íñigo de la Maza Gazmuri

Trebilcock, M., *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, 1999.

Treitel, G., *The Law of Contract*, 11th ed., Sweet & Maxwell, 1999.

La insoportable levedad de la justicia correctiva en el Derecho Contractual

Diego Papayannis*

Resumen: Papayannis enfoca sus objeciones en dos puntos primordiales de la Escuela de Toronto —a la que pertenece Martín Hevia y sostiene en su libro *Reasonableness and Responsibility*—. El primero es el énfasis en la bilateralidad de las relaciones de derecho privado; y el segundo es que las normas referidas a la celebración y el cumplimiento de los contratos o a la compensación de los daños que nos causamos unos a otros expresan un modo de ordenación adecuada para los asuntos privados. En conclusión, Papayannis sostiene que Hevia no logra mostrar que su teoría se distinga de modo relevante de las concepciones libertarias *en lo que hace al derecho contractual*.

Palabras clave: contratos, bilateralidad, obligaciones.

Abstract: Papayannis focuses his objections in two basic points of the School of Toronto —to which Martin Hevia belongs and supports in his book *Reasonableness and Responsibility*—. The first one is the emphasis in the bilaterality of the relations of private right; and the second one is that the procedure referred to the celebration and the fulfillment of the contracts or to the compensation of the hurts that we cause to others express a way of arrangement adapted for the private matters. In conclusion, Papayannis holds that Hevia does not achieve to show that his theory differs in a relevant way from the libertarian conceptions in what it does to the contractual right.

Key words: contracts, bilateralism, obligations.

* Profesor Agregado de Filosofía del Derecho, Universidad de Girona. Este trabajo fue realizado en el marco del proyecto DER2014-52130-P, del Ministerio de Economía y Competitividad (España).
Email: diegomartin.papayannis@udg.edu

I. Introducción

Reasonableness and Responsibility es un libro excelente. Es una profunda reflexión filosófico-política sobre el derecho de los contratos. Debo decir que simpatizo con muchas de las ideas allí expresadas por Martín Hevia. De hecho, una parte importante de las críticas que ofreceré a continuación no están lejos de tener impacto sobre mi propia visión del derecho privado. Por ello, este ensayo constituye un ejercicio interesante para mí, en tanto me exige tomar distancia de mi trabajo y volver de manera desprejuiciada sobre algunas tesis hasta ahora ubicadas en el centro del esquema con el cual he pensado la responsabilidad en el ámbito del derecho civil.

Enfocaré mis objeciones en dos puntos que para la escuela de Toronto —a la que Hevia pertenece intelectualmente— son casi sagrados. El primero es el énfasis en la bilateralidad de las relaciones de derecho privado. Se dice usualmente que las partes de un contrato están normativamente vinculadas de un modo muy especial. Las obligaciones que surgen de los contratos son obligaciones que uno debe a su contraparte exclusivamente. Nadie más que la contraparte tiene derecho a exigir el cumplimiento y a nadie más que a la contraparte se debe la prestación. En este sentido, los contratos tienen efecto relativo y, por consiguiente, nadie que no sea parte puede demandar con base en las obligaciones que surgen de ellos¹.

La segunda cuestión, íntimamente vinculada con la anterior, es que las normas referidas a la celebración y al cumplimiento de los contratos o a la compensación de los daños que nos causamos unos a otros expresan un modo de ordenación adecuada para los asuntos privados. Típicamente, se trata de instituciones de justicia correctiva. Las consideraciones de justicia distributiva quedan al margen de estas relaciones, pues la inferencia que lleva a un juicio de responsabilidad (contractual o extracontractual) solo toma en cuenta a las partes de la interacción, concebidas como agentes morales libres e iguales,

¹ Hevia, M., *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law*. Dordrecht, Springer, 2013.

capaces de autodeterminarse². Aunque Hevia intenta mostrar cómo estas interacciones privadas tienen lugar en un trasfondo de justicia distributiva, las interacciones en sí mismas no deben ser comprendidas como parte de ella. En otras palabras, ni los contratos ni los remedios contractuales pueden ser vistos como una manera de lograr una distribución justa de los recursos entre los miembros de la comunidad. Son, en cambio, una manera de lograr justicia entre particulares.

Combinando estas ideas, tenemos que las razones que el derecho contractual parece expresar son *relativas* a los agentes, en contraste con las razones *neutrales* a los agentes, como las que surgen en contextos distributivos. Si Axileas celebra un contrato con Xenofonte, solo Axileas tiene razones para cumplir ese contrato. Sería inapropiado exigir a Telémaco, si este no se obligó como fiador, la prestación debida por Axileas. Pero ello no es así para las razones de la justicia distributiva. Estas razones no son específicas para un agente. Este contraste es útil para comprender el modo de ordenación del derecho privado y su diferencia con algunas relaciones establecidas en el derecho público. La estructura bilateral del derecho privado, el hecho de que brinde razones específicas o relativas para los agentes es un rasgo del cual toda teoría debe dar cuenta.

Esta imagen está bastante arraigada en la teoría del derecho civil, pero con el tiempo he llegado a pensar que podría ser una exageración dogmática más que una necesidad conceptual o un presupuesto normativo de una interpretación liberal de estas instituciones, tal como asumen la mayoría de los autores. Por ello, intentaré argumentar que hay varias formas de entender el derecho contractual entre las cuales la justicia distributiva supone mucho más que un trasfondo en el que se desenvuelven las partes. Asimismo, las doctrinas que conforman el llamado carácter bilateral de los contratos, al menos en el derecho continental, admiten más de una excepción importante, por lo que difícilmente pueda tratarse de una cuestión esencial para comprender la “racionalidad inmanente” de las relaciones del derecho privado.

² Weinrib, E., *The Idea of Private Law*, Cambridge-Mass, Harvard University Press, 1995.

En definitiva, sostendré que el énfasis exagerado en la bilateralidad supone una distorsión descriptiva del derecho contractual, por una parte, y, por otra, un escoyo al momento de apreciar las múltiples formas en que el derecho privado puede abordar cuestiones públicas, más propias de la justicia distributiva.

Presentaré mi argumento en el siguiente orden: en la sección 2 ofreceré un panorama de las ideas que considero centrales en teoría de Hevia. En la sección 3, sostendré que Hevia es incapaz de ofrecer una verdadera alternativa a la concepción libertaria del derecho contractual. En la sección 4, esgrimo una defensa contra las críticas de Hevia a las teorías que, como la de Anthony Kronman, entienden las reglas del derecho de los contratos como una cuestión de justicia distributiva. En las secciones 5 y 6 elaboro argumentos adicionales para aceptar que la mayor parte de la regulación contractual es una cuestión de justicia distributiva y no de justicia correctiva. En la sección 7, discuto el mito de la bilateralidad y el efecto relativo de los contratos. Finalmente, en la sección 8, señalo dónde radica el carácter *privado* del derecho privado.

Para el lector que no nos conoce vaya esta advertencia: tengo la mayor estima personal y académica por Martín Hevia. Lo considero un amigo y, justamente por ello, no dejaría de criticarlo como merece. Dicho esto, cualquier cortesía adicional estaría fuera de lugar.

II. El argumento principal de *Razonabilidad y responsabilidad*

Hevia comienza desestimando dos maneras igualmente incorrectas, en su opinión, de concebir la justicia. Ambas posturas son monistas, en el sentido de que consideran que los principios que rigen el diseño de las instituciones sociales son los mismos que regulan la conducta individual de las personas³. Así, algunos teóricos entienden el fundamento

³ Murphy, L. B., *Institutions and the Demands of Justice, Philosophy and Public Affairs*, 1999; Hevia, M., *Razonabilidad y responsabilidad: Rawls, Kant y la teoría del derecho contractual*, 2014.

último de todas las instituciones, incluido el derecho contractual, en términos de justicia distributiva, mientras que para otros se halla en la justicia correctiva.

El problema de estas posturas extremas es que no logran captar cómo las sociedades liberales se organizan mediante una división de la responsabilidad entre la comunidad y los individuos. Para Hevia, veremos más adelante, la comunidad en su conjunto se encarga de establecer un contexto distributivo razonable en el cual las personas pueden interactuar y perseguir su plan de vida. El derecho de los contratos es el mecanismo que los individuos tienen a su disposición para utilizar los bienes a los que tienen derecho, enajenándolos gratuitamente o a cambio de otros bienes, según lo requiera su proyecto de vida. Una vez que la comunidad cumple con su parte y establece un contexto distributivo justo, la distribución que resulte de los acuerdos privados será también justa, en tanto los individuos tienen que asumir la responsabilidad por las decisiones que toman, y ello exige soportar las consecuencias de esas decisiones. Al ignorar el principio de división de responsabilidad, los distributivistas se ven forzados a interpretar las transacciones privadas también a la luz de la justicia distributiva. Pero si las razones de justicia distributiva no son específicas para los agentes, estas posturas serán incapaces de explicar el efecto relativo de los contratos o el hecho de que las obligaciones contractuales sean obligaciones debidas *por* y *a* personas determinadas.

En el extremo opuesto, los libertarios como Robert Nozick han entendido que las teorías de la justicia distributiva son incompatibles con la idea de libertad individual. La libre interacción humana generará necesariamente desigualdades distributivas. Las partes en cada uno de sus acuerdos negociarán una distribución del excedente cooperativo y ello hace imposible para el Estado garantizar un patrón de distribución específico. Para lograrlo, deberían impedirse ciertos acuerdos básicos, como las donaciones y muchos tipos de contratos, o poner en funcionamiento instituciones eminentemente redistributivas, como el derecho tributario y el gasto público. Con cualquiera de estas herramientas, la distribución preferida socialmente podría lograrse solo a costa de coartar la libertad de las personas. La única

regulación admisible es la de los acuerdos privados. Todas las instituciones sociales están justificadas en la medida en que respeten los principios fundamentales de la interacción individual. Contra los libertarios, Hevia intenta mostrar que la justicia distributiva es compatible con la libertad de las personas cuando se advierte cómo funciona la división de la responsabilidad. En un momento veremos exactamente la manera en que este principio se plasma en las sociedades liberales contemporáneas.

Las posiciones monistas, entonces, son distorsivas por dos razones opuestas. Los distributivistas se ven forzados a interpretar el mundo de la interacción privada como una instancia de la ordenación pública, mientras que los libertarios interpretan el mundo de la ordenación pública como un producto agregado de la interacción privada. La división de la responsabilidad, en cambio, preserva la intuición de que en las sociedades liberales algunas cuestiones son públicas y otras privadas.

En líneas generales, Hevia adhiere al desarrollo de Arthur Ripstein. Explica este autor que la clave para comprender la relación entre la justicia distributiva y la justicia correctiva está en la idea de división de la responsabilidad a la que Rawls hizo referencia, casi al pasar, en *Social Unity and Primary Goods*⁴. La división de la responsabilidad implica que la sociedad, como agente colectivo, asuma el compromiso de sostener un sistema de libertades básicas y de igualdad de oportunidades, a la vez que los individuos acepten la responsabilidad de revisar y adecuar sus planes de vida teniendo en cuenta los bienes primarios que tendrán a su disposición. Los bienes primarios son bienes que todas las personas racionales desean, tales como los derechos, las libertades y las oportunidades, el ingreso y la riqueza, entre otros; por su naturaleza, los bienes primarios son funcionales a cualquier plan de vida que uno escoja⁵. La división de la responsabilidad supone que los individuos toman responsabilidad por el plan de vida que llevan

⁴ Rawls, J., "Social Unity and Primary Goods", en Sen, A. y Williams, B. (eds.): *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge, Cambridge University Press, 1982; Ripstein, A., *The Division of Responsibility*, Fordham Law Review, 2004.

⁵ Rawls, J., *A Theory of Justice*, (Revised Edition) Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999.

adelante y, en ese sentido, moderan sus exigencias a las instituciones sociales. En síntesis, los individuos solo pueden exigir a las instituciones sociales aquello que es razonable esperar de ellas. La comunidad no se responsabiliza por los errores de juicio de los individuos que conciben y emprenden proyectos desproporcionados en relación con los bienes primarios que constituyen su porción distributiva justa. Semejante exigencia escapa a la idea de razonabilidad.

De aquí se sigue que las obligaciones de la sociedad se limitan a que cada uno tenga una porción equitativa de bienes primarios. Una vez satisfecha esta obligación, corresponde a los individuos particulares aceptar su responsabilidad por cómo resultan las cosas. Cada uno llevará adelante su vida de acuerdo con su propia concepción de lo bueno. Dado que el individuo internaliza los beneficios de un plan exitoso, no puede trasladar los costes del fracaso al resto de la sociedad. Es decir, no puede exigir de las instituciones más bienes de los que constituyen su porción equitativa cuando esta resulta insuficiente para el plan que ha elegido. Ahora bien, señala Ripstein, para que tenga algún contenido la idea de que cada persona es responsable por cómo resulta su vida, debe comprendérsela en términos de *la responsabilidad entre los ciudadanos privados*. Carece de sentido afirmar que cada uno es responsable por lo que hace con su vida, si tuviese que soportar los daños que otros le causan o pudiese externalizar los costes de sus cursos de acción infligiendo daños a otros⁶.

En este marco, el derecho contractual es un conjunto de estándares públicos de comportamiento. Los individuos deben ser capaces de perseguir sus planes de vida de manera compatible. Por ello, reconocen límites recíprocos a su libertad. La interacción privada ha de ser voluntaria, ya que lo contrario violaría el imperativo categórico kantiano según el cual las personas deben ser tratadas como fines en sí mismos y no como medios. Existe una asociación conceptual entre las personas y sus fines, por una parte, y las cosas y los medios, por la otra. En cualquier caso, las personas deben tratarse recíprocamente como *personas* y no como *cosas*. De ahí que nadie deba imponer

⁶ Ripstein, A., *The Division of Responsibility*, Fordham Law Review, 2004.

unilateralmente los términos de la interacción a su contraparte. No hay mucho más que pueda decirse sobre el derecho de los contratos a partir de la idea de división de la responsabilidad. Por ello, Hevia completa su teoría con elementos de una interpretación rawlsiana de la teoría del derecho privado de Kant. No es necesario por ahora ahondar en mayores detalles al respecto. Con lo que he dicho hasta aquí es suficiente para evaluar si está realmente justificado el rechazo de las dos visiones monistas que Hevia critica inicialmente.

III. Las teorías libertarias y el trasfondo de la justicia

Tengo la impresión de que *Razonabilidad y responsabilidad* no ofrece realmente un argumento contra la interpretación libertaria del derecho contractual. Dicho rápidamente, la razón de ello es que tanto la teoría libertaria de los contratos como la que se deriva del principio de división de la responsabilidad conciben al derecho contractual como un mecanismo para disponer de aquellos bienes (o derechos) que los individuos tienen la potestad de transferir a otros. Permítaseme explicar.

Nozick objetó que las teorías de la justicia distributiva requieren interferir constantemente con la libertad de las personas a fin de mantener el patrón distributivo deseado. Veamos un ejemplo sencillo. Tomemos una teoría de la justicia distributiva como la de Aristóteles⁷. Toda distribución implica un *objeto* a repartir entre dos o más *personas* con algún *criterio*. Las distintas teorías sustantivas difieren en cuanto al criterio relevante. Algunas entienden que la necesidad es el criterio distributivo adecuado, otras la capacidad, etc. Para nuestros propósitos no es necesario especificar qué criterio determina el mérito de las partes, sino solo asumir que existe un criterio que lo determina. Así, una distribución es justa si el objeto está repartido entre los individuos respetando su mérito relativo de acuerdo con el criterio relevante. Si el objeto a distribuir son 100 dracmas y las partes de la distribución son Axileas y Xenofonte, una distribución será justa entre ellos si las porciones que tocan a cada uno guardan una correlación

⁷ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, Madrid, Editorial Gredos, 1985.

proporcional con sus respectivos méritos. Si Axileas tiene $1/3$ del mérito de Xenofonte (tiene un tercio de la capacidad o un tercio de la necesidad, etc.), entonces, la distribución justa es que Axileas tenga 25 y Xenofonte 75, pues la porción que cada uno recibe mantiene la misma proporción que su mérito: $25/75 = 1/3$.

Evidentemente una teoría de la justicia de este tipo está sujeta a las objeciones de Nozick, puesto que las nociones de libertad y responsabilidad tienen escaso lugar en ella. Imaginemos que el mérito está dado por la capacidad. En ese contexto, si Xenofonte es 3 veces más capaz que Axileas es justo que tenga el triple de los recursos. Pero si Xenofonte deseara donar 10 dracmas a Axileas el patrón distributivo se vería alterado. Ahora ese contrato de donación debe ser objetado por la justicia distributiva, ya que de ser válido las porciones asignadas dejarían de guardar relación con el mérito de cada individuo: $1/3 \neq 35/65$. Asimismo, si Axileas destruye 10 dracmas de Xenofonte y algún principio rectificatorio le ordena compensar, la responsabilidad de Axileas es incompatible con el patrón deseado, ya que $1/3 \neq 15/75$.

Como alternativa, Nozick propuso una teoría que consta de tres principios fundamentales: un principio de adquisición legítima, un principio de transferencia y un principio de rectificación de las injusticias. Las posesiones de los individuos serán justas si todos tienen derecho a ellas según los dos primeros principios. Por tanto, un individuo tiene derecho al recurso si lo adquiere legítimamente, ya sea de manera originaria o por transferencia voluntaria de alguien que a su vez lo adquirió legítimamente⁸. No me interesa analizar el problema de la adquisición originaria legítima, ni las posibles limitaciones de Nozick en este punto, sino solo mostrar que una teoría como esta no tiene las dificultades de las teorías de la justicia distributiva para hacer lugar a la libertad y responsabilidad individuales. Sin embargo, la razón por la cual no tiene dificultades es que para Nozick la justicia distributiva, cuando se la concibe del modo en que lo hizo Aristóteles, es un concepto engañoso que nos lleva a pensar que existe una distribución central de *recursos comunes*... pero según su visión no existe tal

⁸ Nozick, R., *Anarchy, State, and Utopia*. Oxford, Blackwell Publishers, 1974.

cosa: “lo que cada uno tiene, lo obtiene de otro a cambio de algo, o como obsequio”⁹. No existe nada común que distribuir. De hecho, el argumento principal de *Anarchy, State and Utopia* intenta mostrar de qué manera podría nacer el Estado sin violar los derechos de ningún individuo, lo que exige siempre que el acuerdo sea voluntario. En este esquema no son los individuos los que tienen derecho a una parte del acervo común, sino que el acervo común lo conforman los individuos con sus contribuciones (en última instancia voluntarias) a fin de que ciertos servicios, básicamente de seguridad, puedan ser brindados. Por ello, el mundo de Nozick es un mundo dominado casi por completo por la justicia de las transacciones privadas. La justicia de las posesiones que cada uno tiene depende simplemente de que se haya observado el procedimiento justo para la adquisición y transferencia de los recursos (o derechos).

Hevia ofrece un argumento para mostrar que Nozick asume injustificadamente que tiene el monopolio de la idea de “justicia procedimental pura”¹⁰. La teoría de Rawls requiere que la estructura básica de la sociedad, aquellas instituciones que distribuyen los bienes primarios, sea justa. Con un trasfondo de justicia distributiva, las personas son responsables por el plan de vida elegido y deben asumir las consecuencias de sus decisiones. De esta forma, si en un contexto distributivo justo Xenofonte se empobrece lícitamente en un contrato con Axileas, el resultado distributivo final también será justo. Lo mismo si Axileas es obligado a compensar los daños que causa a Xenofonte. Al existir una división de la responsabilidad entre la sociedad y los particulares, Axileas no puede demandar a la comunidad más recursos una vez que sus malas decisiones lo llevaron a sufrir pérdidas considerables.

Lo importante a nuestros efectos es observar que los contratos en la teoría libertaria definen las condiciones en las que los individuos pueden transferirse mutuamente recursos o derechos. Como afirma Barnett,

⁹ *Ídem.*

¹⁰ Rawls, J., *A Theory of Justice*, (Revised Edition) Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999.

el derecho contractual es aquella parte del sistema de derechos que identifica las circunstancias en las que los derechos pueden ser válidamente transferidos de una persona a otra mediante su consentimiento, y es este último componente de carácter moral el que distingue las transferencias válidas de derechos enajenables de las inválidas¹¹.

En otras palabras, el derecho contractual depende de un sistema general de derechos —solo puede funcionar en ese esquema— y el contenido del sistema general de derechos está justificado por una teoría de la justicia. La única diferencia entre la concepción libertaria y la que ofrece Hevia es que para los primeros el derecho natural sobre el propio cuerpo y el fruto de su trabajo determina que la distribución sea un paso previo a la cooperación —no hay cooperación si no se acuerda primero en una distribución de los excedentes—, mientras que para los rawlsianos la cooperación social tiene prioridad conceptual y, por ello, debe implementarse un esquema razonable para repartir los beneficios de esa cooperación.

Sea como fuere, los libertarios pueden dar cuenta del derecho de los contratos en los mismos términos que Hevia, puesto que sus diferencias se remontan a la teoría subyacente de los derechos que cada corriente asume. Para los libertarios, el contexto en el cual tienen sentido las interacciones privadas es aquel en el cual nadie es coaccionado, todos disfrutan de su autopropiedad y pueden determinar su vida autónomamente. Para los rawlsianos como Hevia, el trasfondo que garantiza la razonabilidad de las interacciones privadas es uno en el cual la comunidad asume la responsabilidad social de establecer una estructura básica justa. Dicho de otro modo, los libertarios entienden que los individuos tienen derecho a los bienes que adquieren legítimamente por apropiación justa o transferencia voluntaria, mientras que en la teoría de Hevia los individuos tienen los recursos que la estructura básica les garantiza. Para ambos enfoques, el derecho contractual

¹¹ Barnett, R., *A Consent Theory of Contract*, Columbia Law Review, 1986, citada por la traducción de Haymes, G. I. y Papayannis, D. M., *La teoría consensual del contrato, Lecciones y Ensayos*, 2006.

tiene por función regular la transferencia legítima de esos bienes. Sea cual fuere el caso, las decisiones que tomen los individuos sobre qué bienes transferir y a quién transferirlos son su exclusiva responsabilidad. Por lo tanto, Hevia comparte con los libertarios mucho más de lo que sugiere en *Razonabilidad y responsabilidad*¹² y, si tengo razón, ello hace que su rechazo general de las teorías monistas para comprender el derecho contractual no esté del todo justificado.

IV. Primer argumento distributivo: la sugerente teoría de Kronman

En lo que hace a los distributivistas, Hevia toma la teoría de Kronman como representante paradigmático y elabora una serie de objeciones contra ella. Como es bien sabido, Kronman sostuvo que el rol del consentimiento en el derecho contractual no puede tener ningún valor justificatorio si se lo entiende con independencia de consideraciones distributivas¹³. Ello es así por una sencilla razón. Existe un sentido trivial en el cual incluso quien acepta obligarse a punta de pistola consiente la obligación. El director de orquesta al que Luca Brasi apuntó en la cabeza “consintió” liberar a Johnny Fontane de su contrato a cambio

¹² Hevia es claro respecto de su propósito: intenta mostrar simplemente que los libertarios se equivocan al asumir que la libertad de contratación y las consideraciones distributivas son incompatibles (Hevia, M., *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law*. Dordrecht, Springer, 2013). Mi argumento es que la teoría del derecho contractual que Hevia articula no sería rechazada por ningún libertario, pues ellos asignan a esta rama del derecho las mismas funciones que Hevia. Para decirlo de otro modo, los libertarios entenderían que la teoría del derecho contractual de Hevia es correcta, pero incompatible con su marco rawlsiano. Hevia muestra que en ese punto los libertarios se equivocan, pero no muestra que tiene una teoría del derecho contractual diferente de la libertaria. Tampoco muestra que la teoría de la justicia libertaria sea incorrecta (solo que las críticas libertarias a Rawls no funcionan). Entonces, ¿qué debemos concluir del debate con los libertarios? A fin de cuentas, parece que todo el debate tiene poca incidencia para la teoría del derecho contractual.

¹³ Kronman, A., *Contract Law and Distributive Justice*, Yale Law Journal, 1980.

US\$ 1.000. No obstante, la intención o volición expresada en actos de este tipo tienen escaso valor moral. Kronman, por tanto, concluye que la justificación de los contratos no puede radicar meramente en el carácter deliberado de los actos de celebración. Afirma que es necesario algún criterio para distinguir los actos deliberados realmente voluntarios de los involuntarios, y ese criterio está dado por las formas aceptables e inaceptables en que los individuos pueden aprovecharse de su contraparte en el contrato. ¿Qué formas de aprovechamiento están justificadas? Kronman defiende que el principio de paretianismo, que es eminentemente distributivo, puede realizar la labor normativa que se requiere en la teoría del derecho contractual.

De acuerdo con el paretianismo, un acto concreto de aprovechamiento es aceptable si, y solo si, pertenece a la clase de actos que en el largo plazo mejoran la situación del explotado respecto del mundo en el cual ese tipo de aprovechamiento no está permitido. Es muy importante comprender que en un acto concreto el aprovechamiento puede perjudicar al explotado; pero, en la medida en que ese tipo de acto esté permitido por *una regla que en el largo plazo incrementa los beneficios también de la persona perjudicada*, el aprovechamiento termina siendo aceptable en el caso particular¹⁴.

La teoría de Kronman no es utilitarista, aunque su principio lleve un nombre que irremediablemente lo vincula con esta posición. Kronman mismo intenta distinguirse del utilitarismo, y explica que la maximización del bienestar general podría arrojar un resultado diferente del paretianismo cuando en las sociedades existen ciertos grupos bien identificados que siempre sufren los perjuicios de la explotación. Para el utilitarismo, ese perjuicio en el largo plazo puede quedar compensado por el amplio beneficio que obtienen los grupos aventajados de la comunidad. En segundo lugar, y todavía mucho más importante, en las transacciones “uno a uno” las formas más difundidas de utilitarismo recomiendan todo intercambio en el cual el excedente total sea positivo en el largo plazo y prohíben los intercambios con excedente negativo. El paretianismo, por el contrario, no permite

¹⁴ *Ídem*.

que nadie se beneficie a costa de otro, pues están vedados los aprovechamientos que no mejoran a largo plazo la posición del explotado¹⁵.

La vinculación del paretianismo con el principio de Pareto es obvia. Según Pareto, el cambio de un estado social E1 a un estado E2 es recomendable si en E2 todos están mejor que en E1. Esta es la versión fuerte de Pareto. En la versión débil, el paso a E2 está recomendado si en E2 nadie empeora su situación respecto de E1, pero al menos una persona está mejor. El paretianismo parece garantizar que en el largo plazo ambas partes estarán mejor, ya que quien se aprovecha, evidentemente, obtiene beneficios de cada acto de aprovechamiento y, si se respeta el paretianismo, también el explotado en casos concretos termina estando mejor de lo que estaría si esos intercambios no se hubiesen permitido. Sin embargo, el paretianismo *no* es el principio de Pareto aplicado a las relaciones contractuales. Pareto exigiría contemplar el bienestar de toda la comunidad para evaluar si el paso de E1 a E2 está justificado por sus efectos positivos. Así, la validez del contrato entre Axileas y Xenofonte dependería de que luego de su celebración tanto los individuos como Axileas y Xenofonte vayan a estar mejor en el largo plazo si se permiten esos contratos, pero también de que individuos como Telémaco, Olympia y Perséfone, que no son parte del contrato, no empeoren su situación. Es decir, el principio de Pareto no limita el análisis a la clase de personas que consienten la obligación. El paretianismo de Kronman sí lo hace. Aplica al perjudicado un estándar que el mismo agente aceptaría racionalmente para regular sus interacciones privadas, pues es el que mejora sus perspectivas en el ciclo completo de vida.

Creo que esta reconstrucción es bastante fiel al pensamiento de Kronman. Hevia, por su parte, lo interpreta como si fuese un utilitarista y, por esta razón, sus objeciones son menos efectivas de lo que necesita para descartar al menos esta versión del distributivismo. En particular, Hevia atribuye a la teoría Kronman los siguientes defectos¹⁶:

¹⁵ *Ídem*.

¹⁶ Hevia, M., *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law*. Dordrecht, Springer, 2013.

- i) La interacción contractual entre las partes es solo un medio para promover la justicia distributiva.
- ii) No puede dar cuenta de la noción misma de obligación o vinculación contractual.
- iii) Es incompatible con el efecto relativo de los contratos.

Los defectos enumerados como ii y iii están claramente relacionados. En realidad, se trata de la misma objeción presentada desde distintos puntos de vista. Hevia expone los problemas por separado, pero entiende que todos integran una misma objeción fundamental: Kronman es incapaz de explicar la bilateralidad de las interacciones privadas y, consiguientemente, la estructura normativa del derecho contractual. El hecho de que el consentimiento sea condición necesaria para obligar a ambas partes recíprocamente, y que nadie más que no haya consentido está vinculado por ese contrato, constituye el núcleo básico del derecho contractual que en el esquema de Kronman se torna ininteligible o misterioso.

Creo que el paretianismo tiene una fuerza mayor que la que Hevia le reconoce, y en breve mostraré cómo pueden eludirse las objeciones de Hevia. Antes permítanme analizar el defecto enumerado como *i*.

IV.1. Los contratos son un mero instrumento distributivo

Hevia puede tener buenas razones para atribuir a Kronman la idea de que los intercambios contractuales solo son un medio para realizar la justicia distributiva. En efecto, Kronman sostiene claramente que el derecho privado podría ser utilizado con fines redistributivos¹⁷.

¹⁷ También sostiene que el carácter igualitario del paretianismo asume que todos los bienes pertenecen a un fondo común. Creo que esta afirmación de Kronman complica innecesariamente las cosas y puede justificar lecturas como la de Hevia. Así, es posible que las críticas que Hevia no sean incorrectas a la particular postura de Kronman, pero a fin de evaluar el enfoque *distributivista* debemos tomar la mejor versión posible; y, en mi opinión, ella excluye esta afirmación. Kronman, A., *Contract Law and Distributive Justice*, Yale Law Journal, 1980.

En lugar de emplear exclusivamente el derecho tributario para lograr el ideal social en la distribución de los recursos, el derecho contractual podría estar diseñado para contribuir impidiendo ciertos estados distributivamente injustos que luego requerirían rectificación mediante la acción pública. El establecimiento de precios máximos o salarios mínimos son buenos ejemplos de este tipo de regulación¹⁸. Hay además una ventaja innegable al hacerlo de este modo, dado que la prevención de la distribución indeseable evita los costes de corregir la situación *ex post*.

Pese a todo, creo que esta tesis de Kronman, que no parece controvertida, puede distinguirse de su primera tesis según la cual el paretianismo es el principio que dota de fuerza normativa a la expresión de consentimiento. Es decir, una cosa es afirmar que el fundamento normativo del derecho de los contratos debe buscarse en las normas que regulan los intercambios de modo que los aprovechamientos recíprocos de las personas sean siempre aceptables, y otra muy distinta es afirmar que el derecho contractual podría ser diseñado para lograr ciertos *objetivos sociales* (distributivos, expresivos, de eficiencia, etc.). Hevia parece proyectar la segunda tesis de Kronman sobre la primera. Del hecho de que el derecho de los contratos pueda ser utilizado con fines distributivos, Hevia parece inferir que el paretianismo justifica los contratos solo en la medida en que contribuyan a alcanzar un estado social distributivamente justo. Pero esto sería un *non sequitur*. Como he dicho, el paretianismo simplemente determina qué actos de explotación son aceptables y esto es necesario, según Kronman, para que los efectos vinculantes del consentimiento tengan alguna plausibilidad moral. El paretianismo no puede indicarnos cuál es la distribución deseada a nivel social. Esa es una decisión política que debe ser adoptada en sede colectiva. Por tanto, la única relación que puede establecerse entre las dos tesis de Kronman es que ciertos contratos pueden ser prohibidos toda vez que interfieran con los objetivos distributivos de la comunidad. Por cierto, ello no equivale a afirmar que el derecho contractual está justificado por los patrones de distribución

¹⁸ Kronman, A., *Contract Law and Distributive Justice*, Yale Law Journal, 1980.

social que genera. Lo que se justifica por la distribución es una limitación a la autonomía de la voluntad. Ahora bien, las obligaciones que surgen de los contratos celebrados válidamente en ese esquema limitado por la justicia distributiva obtienen su fuerza moral del *partianismo*, del hecho de que en el largo plazo incluso la parte explotada mejora su situación con una regla que permite el tipo de intercambio que él celebró. En ningún caso, la justificación de por qué Axileas debe la prestación a Xenofonte depende de que ello contribuya a un estado social distributivamente justo. La justificación de esa obligación en concreto depende de que la regla que impone el cumplimiento beneficie en el largo plazo al propio obligado, y no de que sea funcional a las políticas sociales.

En síntesis, Hevia atribuye a Kronman la tesis de que los contratos son un mero medio para realizar aspiraciones distributivas en el nivel social. Si esta lectura de Kronman fuese correcta, Hevia sin duda tendría razón en que la teoría difícilmente sea capaz de justificar la estructura bilateral del derecho contractual. He argumentado, en cambio, que para Kronman los contratos no son un instrumento de la distribución colectiva, aunque su plausibilidad moral depende de que no se permitan los aprovechamientos inaceptables de una parte sobre la otra. Asimismo, Kronman sostiene una segunda tesis, según la cual el derecho contractual puede ser utilizado con fines redistributivos. De estas dos tesis, se implica que los intercambios privados pueden ser limitados de modo que no obstaculicen el logro de objetivos sociales. Esta tesis derivada no pretende fundamentar la obligación contractual, sino justo lo contrario: la ineficacia del consentimiento para generar obligaciones contractuales. Al igual que los contratos que vulneran los derechos de terceros o que son celebrados bajo coacción son inválidos, también lo son aquellos que interfieren con la moral social o los objetivos políticos distributivos, expresivos, etc. No debería ser controvertido que el consentimiento privado puede ser limitado, y en todas las jurisdicciones que conozco este es el caso, por el llamado orden público. Más adelante, retomaré esta cuestión.

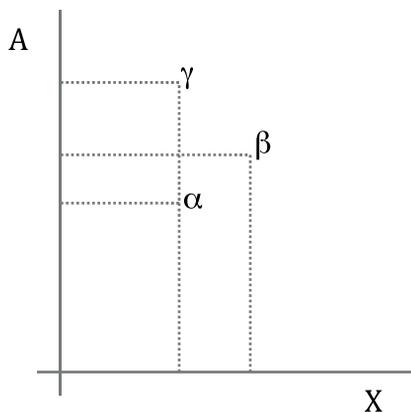
IV.2. El paretianismo y la estructura bilateral de los contratos

Entre otras cosas, Hevia acusa al paretianismo de no poder explicar la importancia del consentimiento en la obligación contractual, ni el efecto relativo de los contratos. Respecto de lo primero, sostiene que no es claro por qué una posición como la de Kronman, asociada en su opinión con el criterio utilitarista de Pareto, debería negar el derecho de arrepentimiento al individuo que luego de celebrado el contrato experimenta un cambio de preferencias. Hevia plantea el problema en estos términos:

Suponga que A y B firman un contrato en virtud del cual B contrae un determinado deber con A. Imagine también que, en el momento en que el cumplimiento es debido, B se arrepiente de su decisión, digamos, porque le surgen nuevas oportunidades. A fin de determinar si la transacción es Pareto superior o no, debemos determinar qué conjunto de circunstancias han de tomarse en cuenta: si hemos de considerar el conjunto de preferencias previo o el nuevo. Ahora bien, ¿por qué debemos priorizar el acuerdo inicial a pesar del arrepentimiento? [...] Ciertamente, si estuviésemos preocupados por la satisfacción de preferencias —como parece ser el caso en las teorías de la eficiencia— elegiríamos respetar el segundo conjunto de preferencias por sobre el primero. Ello nos llevaría a excusar la mayoría de los incumplimientos contractuales. Pero la única diferencia entre estos dos conjuntos de preferencias es temporal, es decir, el mero hecho de que un conjunto antecede al otro. Necesitamos, entonces, algo que pueda explicar por qué, pese a su arrepentimiento, B debe algo a A, o por qué no habría problemas en que B incumpliese su deber y aprovecharse la nueva oportunidad. El estándar de Pareto, por sí mismo, no nos ayuda a resolver esta cuestión¹⁹.

¹⁹ Hevia, M., *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law*. Dordrecht, Springer, 2013.

El punto que plantea Hevia en este párrafo es complejo y tiene un calado que excede la teoría del derecho contractual. En efecto, si el criterio de Pareto tuviese este problema, sería realmente inútil como estándar evaluativo. En este sentido, la mejor interpretación de la propuesta de Kronman, la más caritativa, no puede concebirlo como un utilitarista de acto que adhiere al criterio de Pareto, tal como asume implícitamente Hevia en su crítica. Por mi parte, ya he sostenido que no creo que Kronman sea un utilitarista, y mucho menos un utilitarista de acto. El pilar fundamental del paretianismo se ubica en la prevención de la explotación injustificada en el largo plazo, no en la maximización de la utilidad general o en las preferencias de las partes en cada caso concreto. La importancia del consentimiento, entonces, solo se justifica por aquella regla que respeta la libertad de las personas, entendida en los términos distributivos del paretianismo: nadie debe mejorar su posición mediante intercambios que en el largo plazo perjudican a su contraparte en el contrato. Con esto creo que es suficiente para cuestionar la efectividad del argumento de Hevia. Pero incluso un paretianismo de acto resistiría la existencia de un derecho general de arrepentimiento. Imaginemos que en el momento T1, el bienestar de Axileas y Xenofonte está representado por el punto α del siguiente gráfico.



El derecho contractual en T1 permite a Axileas y Xenofonte transferirse mutuamente las obligaciones (de dar, hacer o no hacer) que, teniendo objeto lícito, consideren conveniente transferirse. Si ambos procuran desarrollar su plan de vida de manera que maximice sus posibilidades, solo intercambiarán las obligaciones que mejoren su situación. Supongamos, entonces, que celebran un contrato que los ubica en el punto β . Estando β al noreste de α , el intercambio ha sido eficiente, pues ha incrementado el bienestar de ambas partes. Así, el momento posterior a la celebración del contrato (T2) es preferido por Axileas y Xenofonte que el momento anterior (T1). El paretianismo de Kronman dirá que este contrato es válido porque las partes consintieron obligarse en unas condiciones distributivas moralmente defendibles: los dos mejoran con el acto y, por tanto, nadie explota al otro de manera indebida. La libertad genuina expresada en ese contrato va acompañada de la responsabilidad por los propios actos. Ello justifica el uso de la coacción estatal para hacer cumplir los términos acordados. Ahora, como sugiere Hevia, digamos que en T3, un momento posterior a la celebración de contrato pero anterior al cumplimiento, Axileas descubre que Telémaco le ofrece una oportunidad mejor, aunque incompatible con el cumplimiento del contrato que celebró con Xenofonte. Si Axileas incumpliese el contrato con Xenofonte y contratase con Telémaco, el bienestar de Axileas y Xenofonte se ubicaría en el punto γ . Nótese que el hipotético nuevo arreglo impuesto mediante el arrepentimiento beneficiaría a Axileas *a costa de* Xenofonte. La razón por la cual Xenofonte adquirió un crédito contra Axileas era que Axileas prestó su consentimiento y de esa manera *cambió sus relaciones normativas* de un modo admisible: transmitió a su contraparte un derecho sobre sus acciones futuras, un derecho que antes del contrato Xenofonte no tenía. Además, el consentimiento tiene fuerza vinculante porque en el mismo acto las partes obtuvieron un beneficio mutuo, por tanto, no hay una explotación indebida.

Para que tenga sentido afirmar que las personas son capaces de planificar su vida intercambiando sus recursos según su conveniencia, deben tener la autoridad normativa de tomar responsabilidad, y ello implica colocarse en una posición de vulnerabilidad frente a las

pretensiones del otro. Si las partes no pudiesen ser demandadas por incumplimiento, entonces, perderían la facultad de obligarse mediante el contrato. La posibilidad de que Axileas pueda obligarse a realizar ϕ depende de que el derecho reconozca la fuerza moral del consentimiento. Para que exista la obligación contractual de hacer ϕ , el consentimiento debe ser capaz de convertir a la acción ϕ en no optativa para Axileas, y ello supone que está justificado que su contraparte exija a Axileas que haga ϕ , que sería adecuado criticar a Axileas por omitir ϕ cuando se comprometió a ello, etc. La única restricción que impone el paretianismo a estas ideas es que la facultad de los individuos para obligarse se limita a los intercambios que mejoran su bienestar²⁰. Para el paretianismo, es irrelevante que las preferencias de las partes cambien luego de la celebración del contrato. El pacto al que han llegado ha modificado sus relaciones normativas de un modo admisible (es decir, sin explotación), y el nuevo mundo normativo, posterior a la celebración del contrato, solo puede ser alterado por las partes mediante un consentimiento también distributivamente plausible, o por razones de orden público (nulidades, causas legales de rescisión o resolución, imprevisión, frustración del fin del contrato, etc.).

Veamos ahora si el paretianismo puede dar cuenta del efecto relativo de los contratos. Dice Hevia:

²⁰ Dos aclaraciones son importantes. En primer lugar, los contratos gratuitos también mejoran la posición de las partes en un sentido relevante, pues muchas veces el bienestar de una persona depende del bienestar de otra. En segundo, esta tesis no afirma que los individuos siempre obtengan beneficios en todos los contratos que celebran. En ocasiones, las personas erran en sus estimaciones o simplemente ven alteradas sus preferencias a poco de celebrado el contrato. Esto no afecta al paretianismo como teoría, ya que al momento de contratar las partes mejoraron su situación, en tanto adquirieron unas perspectivas que antes no tenían. Que las perspectivas se frustren en algún grado no muestra que el contrato en realidad era poco ventajoso. Tal como era el mundo en T1, el contrato podría haber sido la mejor alternativa para ambos. Siempre y cuando el error o la frustración posterior no superen cierto umbral, el contrato es válido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

Supongamos un caso en que hemos determinado que está permitido que A obtenga una ventaja de B y, por tanto, hemos establecido que mediante su interacción B tiene un deber respecto de A. En este contexto, si B incumple su deber, no es necesariamente el caso que él deba compensar a A. Según el principio paretiano, si la víctima de un incumplimiento tiene derecho a ser compensada, no es claro quién tiene el deber correlativo de proveer la indemnización. Podría ser el caso que, de acuerdo con el principio de Pareto, C, D o E estén en mejor posición de asumir la responsabilidad por el incumplimiento de B. Esto es problemático precisamente porque ni C, D o E tenían un deber contractual con B. El principio paretiano no puede acomodar el hecho de que si solo A y B son parte del contrato, su acuerdo no es vinculante para terceros como C, D o E, quienes no intervienen en la transacción. Además, no puede explicar el hecho de que, en el marco de las interacciones bilaterales, la parte que incumple, y nadie más, debe tener la responsabilidad de compensar a la víctima del incumplimiento. De acuerdo con la concepción de Kronman, simplemente no hay razones para limitar la clase de los demandados y los actores a los promitentes que incumplen y las víctimas perjudicadas. Asimismo, para Kronman, el promitente y el beneficiario de la promesa no parecen tener ninguna relación normativa importante entre sí: lo que parece importar es su relación con el ideal distributivo²¹.

Aquí Hevia reproduce la crítica de la bilateralidad que autores como Jules Coleman y Ernest Weinrib han dirigido con incuestionable éxito contra el análisis económico del derecho²². La objeción resulta efectiva, en realidad, contra cualquier teoría agregativa, ya sea económica o no económica. El problema es que Kronman no es un partidario de la escuela económica, ni sostiene una visión agregativa

²¹ Hevia, M., *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law*. Dordrecht, Springer, 2013.

²² Coleman, J. L., "The Structure of Tort Law", en *Yale Law Journal*, 1988, Weinrib, E., "Understanding Tort Law", en *Valparaiso University Law Review*, 1989.

de los contratos. Sin importar cuán cercano sea al principio de Pareto, el paretianismo es un principio distinto del empleado por la teoría económica. A la vez, con independencia del énfasis que coloca Kronman sobre la distribución, el paretianismo es claramente distinguible de las teorías de la justicia distributiva que establecen patrones (que es el tipo de distribución que Hevia toma en cuenta para formular su objeción). Veámoslo.

Hevia sostiene que una vez que dos individuos celebran un contrato y uno incumple, no es claro quién tiene el deber de compensar a la víctima del incumplimiento. Si Axileas incumple su contrato con Xenofonte, el derecho contractual impone a Axileas el deber de indemnizarlo. Pero, argumenta Hevia, conforme con el principio de Pareto, es posible que la distribución global mejore cuando es Telémaco o Perséfone quien tiene el deber de compensar. Evidentemente, Hevia está pensando en un principio diferente del criterio de Pareto. Recordemos que de acuerdo con Pareto, un cambio social es eficiente o recomendable solo si mejora la posición de todos los involucrados (o mejora a algunos sin empeorar a nadie). Pues bien, ¿cómo la obligación de compensar podría mejorar (o no empeorar) a Telémaco o a Perséfone, quienes al no ser parte del contrato tampoco obtuvieron los beneficios de la transacción? No existe posibilidad lógica de imponer la obligación de indemnizar a un tercero sin a la vez perjudicarlo. Por lo tanto, el criterio de Pareto objetaría la imposición de la obligación de compensar a alguien diferente de la contraparte del contrato. El paretianismo, no el criterio de Pareto, también resuelve la cuestión del mismo modo. Si el contrato fue válidamente formado, entonces, no hubo aprovechamiento indebido. Si no hubo aprovechamiento indebido, entonces, el consentimiento tiene fuerza moral suficiente para obligar a las partes. De ahí se sigue que Kronman presupone que los contratos solo obligan a quienes consienten. Los terceros pueden tener obligaciones no contractuales respecto de algunas de las partes del contrato, mas no obligaciones que por su naturaleza requieren de consentimiento. Sin embargo, Kronman no cree que tenga sentido hablar de “consentimiento” sobre lo que es injustificable que alguien acepte. Y por ello impone restricciones distributivas a lo que se puede

consentir. Ahora bien, si el tipo adecuado de consentimiento tiene plausibilidad moral, y solo el consentimiento adecuado puede fundar las obligaciones *contractuales*, ¿cómo podría un contrato obligar a un tercero que no ha consentido?

Hevia tiene en mente, creo yo, las teorías estáticas de la justicia distributiva, para las cuales el consentimiento es puramente instrumental al patrón distributivo deseado socialmente y puede ser desechado cuando no promueve ese patrón. Por esta razón, piensa que Telémaco o Perséfone podrían estar en mejores condiciones que Axileas para indemnizar a Xenofonte. No obstante, este tipo de consideraciones son incompatibles con el paretianismo de Kronman e incluso con el criterio de eficiencia paretiano, que exige que nadie empeore su situación con ningún cambio social. La reconstrucción de Hevia priva al consentimiento de toda significación moral en la teoría de Kronman, dado que el contrato puede obligar incluso a quien no consintió. Pero ello va en contra del propósito que explícitamente se propone lograr Kronman: definir las condiciones en las cuales el *consentimiento* (no la distribución general) justifica la fuerza vinculante de los contratos. Por tanto, el paretianismo no puede traer como consecuencia la obligatoriedad de los contratos para terceros que no participan de la interacción; y, si esto es así, el paretianismo puede dar cuenta perfectamente del efecto relativo de los contratos.

V. Segundo argumento distributivo: el carácter público del derecho privado

En este apartado no pretendo defender el paretianismo de Kronman, sino elaborar un argumento más general a favor del monismo que sea inmune a las objeciones de Hevia. Explica Hevia que de acuerdo con el monismo los principios empleados para evaluar la justicia de las instituciones son los mismos que se aplican a la conducta privada de los ciudadanos. El ejemplo más conocido de este tipo de teorías es el utilitarismo. Para esta corriente, la pregunta referida a cómo debemos actuar en cada caso concreto no tiene una respuesta distinta de la pregunta relativa a cómo debemos diseñar nuestras instituciones

sociales básicas. En ambos casos, debemos intentar maximizar el bienestar social en el largo plazo. Siguiendo a Liam Murphy, Hevia sostiene que para el monismo hay un continuo entre el dominio normativo privado y el dominio normativo público, y la separación entre ambos está justificada porque los individuos enfrentamos deficiencias cognitivas serias al momento de calcular los efectos de nuestras decisiones particulares. Si tuviésemos una capacidad mayor para prever cuáles serán las consecuencias distributivas de nuestras acciones, entonces, tendríamos la obligación de aplicar los mismos principios morales que rigen el diseño de las instituciones. Evidentemente, el monismo tiene una fuerte confianza en la deliberación colectiva, puesto que asume que el diseño de las instituciones sí puede estar guiado por el ideal de justicia distributiva, en cambio, los individuos, aun los de buena fe, son incapaces de guiar su vida tomando los mismos principios como pauta de comportamiento.

A partir de aquí, Hevia concluye que según el monismo no es claro que debamos tener un derecho contractual como el que tenemos. Dice:

Nuestra decisión de tener o de no tener derecho contractual dependerá de información empírica contingente acerca de cuál es el mejor modo de cumplir con nuestros objetivos distributivos. En caso de que consideráramos necesario tener derecho de los contratos, tendríamos que diseñar sus reglas de un modo tal que, en última instancia, estas promuevan nuestra concepción de la justicia distributiva. [...] El punto central de Murphy puede resumirse del siguiente modo: para él, no existen los contratos *genuinamente privados* porque, en el fondo, cualquier contrato es un modo de promover la justicia distributiva²³.

¿En qué sentido los contratos son *genuinamente privados* para Hevia? Sin duda, incumplir un contrato no es como incumplir una simple promesa. Se parece bastante, en tanto quien incumple un contrato hace algo que también es incorrecto para quien cree que

²³ Hevia, M., “Razonabilidad y responsabilidad: Rawls, Kant y la teoría del derecho contractual”, *Discusiones*, XV, 2014, págs. 15-47.

se deben cumplir las promesas²⁴. Pero los contratos no son meras promesas, pues el incumplimiento de un contrato justifica el uso de la coerción estatal, mientras que esto no ocurre con el incumplimiento de cualquier promesa²⁵. La obligación de cumplir con una promesa no contractual forma parte de la moral privada. Es plausible asumir que existe un conjunto de principios morales que se aplican a los individuos, pero que no justifican la coerción del estado. Por ejemplo, ¿debe dejar de fumar un padre que promete a sus hijos que dejará de fumar?, ¿debe uno preocuparse por el bienestar de sus amigos en el mismo grado en que ellos se preocupan por el bienestar de uno?, ¿debe uno cultivar la amistad o debe solo entablar relaciones basadas en el puro interés económico o estratégico?, ¿debe uno formar una familia?, ¿es incorrecto mantener una relación sentimental asimétrica para no estar solo mientras se busca una pareja que realmente colme sus expectativas?, ¿debe uno hacer caridad o satisface sus obligaciones morales relativas al bienestar de otros si lleva sus impuestos al día? Me inclino a pensar que algunas de estas cuestiones tienen una respuesta correcta en materia moral, pero en ningún caso se entiende justificado que el Estado imponga forzosamente estos principios. Estos asuntos son estrictamente privados.

A diferencia de las cuestiones recién mencionadas, la obligatoriedad de cumplir con un contrato y su correspondiente ejecución en los tribunales tienen un componente público. Ello es así porque pretendemos que todo el derecho, aun el que está diseñado para que los particulares ordenen sus relaciones de manera privada, sea públicamente justificable. Si hemos de aplicar la fuerza del Estado para hacer cumplir los términos acordados por las partes, debemos asegurarnos de que esos términos satisfagan un mínimo de justicia. Por consiguiente, sea cual fuere la forma de justicia que está implementada en el derecho privado, ella tiene una dimensión pública. Con esto quiero decir que la validez del contrato entre Axileas y Xenofonte,

²⁴ Fried, C., *Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge-Mass, Harvard University Press, 1981.

²⁵ Barnett, R., *Some Problems with Contract as Promise*, Cornell Law Review, 1992.

su fuerza vinculante, no depende exclusivamente de que Axileas y Xenofonte lo acepten de forma voluntaria (ejerciendo una libertad moralmente defendible). Qué contratos son válidos y cuáles no, cuál será el remedio en caso de incumplimiento, qué tipo de responsabilidad (por culpa u objetiva) es aplicable a cada caso, todo ello debe ser decidido en la arena pública. En efecto, si el derecho contractual fuese una cuestión estrictamente privada, no se entendería por qué ciertos contratos que no afectan los derechos de terceros son, de todas formas, jurídicamente inválidos.

Siendo esto así, existe el mundo de lo privado y el mundo de lo público. El derecho siempre pertenece al mundo de lo público. ¿Cómo podría ser una cuestión privada la ejecución compulsiva de un contrato si el demandante pide al Estado que emplee la coerción contra el demandado? Sin embargo, el derecho reconoce que existen ámbitos en los cuales la autonomía de la voluntad tiene más presencia que en otros. En el derecho penal la autonomía de la voluntad es muy restringida, y en el derecho contractual suele ser más bien amplia. Parece que el derecho privado tiene ese nombre (*derecho privado*) porque pretende expresar la idea de que el resultado final en la asignación de castigos (mediante cláusula penal en los contratos y los daños punitivos en la responsabilidad extracontractual, por ejemplo) y la distribución de recursos (mediante la negociación) quedará librado a la ordenación espontánea de los particulares. Dado que las partes pueden decidir autónomamente contratar o no contratar, con quién contratar, sobre qué objeto, a qué precio y, también, pueden disponer libremente de la acción por incumplimiento, serán los mismos particulares quienes determinarán la asignación final de algunos recursos.

La dimensión pública del derecho contractual no puede ser negada sin asimilar las obligaciones que surgen de los contratos a otro tipo de obligaciones que surgen de prácticas morales informales, como las promesas o las relaciones de confianza en grupos reducidos de cooperación iterada, u otros principios de la moral privada. Ahora bien, si el monismo negase esto sería una postura muy implausible. En cambio,

lo que el monismo puede negar es que exista una pluralidad de principios *públicos* de justicia: justicia hay una sola, y es distributiva²⁶.

A favor de esta postura puede decirse que no es claro el estatus de un principio como la justicia correctiva, que pretende ser privado a la vez que reclama un reconocimiento y respaldo público. Es cierto que cuando Xenofonte demanda a Axileas por incumplimiento contractual, en el litigio no se discute, ni el tribunal considera, nada relativo al objeto de una distribución, ni al criterio con que se repartirán los costes del incumplimiento. La decisión judicial no tiene los atributos típicos de una distribución. Más bien, se discute la incorrección de la acción, la relación de causalidad con el perjuicio sufrido por el demandante y la magnitud de la pérdida reclamada. En tanto pueda establecerse que el agente infringió un deber correlativo con un derecho de su contraparte, el análisis del caso transita los carriles habituales de la justicia correctiva, dado que la pretensión es que se rectifique el incumplimiento de las obligaciones que uno tenía respecto del otro. Pese a ello, ¿cuál es la justificación para que el Estado reconozca el valor normativo de la justicia correctiva?

Bien, en una teoría de la justicia distributiva *dinámica*, como la que asume Hevia siguiendo a Rawls, la responsabilidad personal por las consecuencias de las propias decisiones es un elemento esencial, ya que es lo único que hace posible que los sistemas sean de justicia procedimental pura, y esto último es importante para que las aspiraciones distributivas no coarten la libertad individual. Recordemos que para Rawls, una vez que las personas tienen garantizados ciertos bienes básicos, la asignación de recursos que resulta del ejercicio de su libertad es justa. En este sentido, los individuos pueden contratar unos con otros y, como son responsables de sus propios asuntos, es irrazonable que objeten el resultado distributivo de esas operaciones. Así, parece que la justicia correctiva, que hace responsables privadamente

²⁶ Aunque no es la estrategia que estoy siguiendo en este apartado, existen argumentos conceptuales para poner en duda la distinción entre justicia correctiva y justicia distributiva. Véase Gardner, J., “Justicia correctiva” (corr.), en Papayannis, D. M. (de.), *Derecho de daños, principios morales y justicia social*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2013.

a las partes, es *necesaria* para la realización plena de la justicia distributiva. Por consiguiente, el derecho contractual con sus remedios característicos ante el incumplimiento es una parte de la justicia distributiva, entendida dinámicamente. En un orden liberal, los individuos pueden asociarse y planificar su vida juntos, emprender proyectos en común, intercambiarse bienes según su conveniencia, beneficiarse gratuitamente incluso, si ello mejora sus perspectivas, entre muchas otras facultades. Todo esto requiere que exista un derecho contractual similar al que conocemos, pero la justificación última de esta institución es pública y distributiva. A fin de que las personas sean responsables de cómo resulta su vida una vez que reciben una cuota equitativa de bienes primarios, los contratos deben generar obligaciones y derechos correlativos para las partes. Si Axileas contrata con Xenofonte, a nadie más que a su contraparte puede exigir que cumpla con el contrato y nadie más tiene derecho a demandar con base en él. La introducción de terceros que no forman parte del contrato alteraría el procedimiento distributivo, de acuerdo con el cual las personas son responsables de la distribución resultante cuando operan con un trasfondo en el cual la distribución es justa.

Supongamos que Axileas incumple su contrato con Xenofonte y que el sistema jurídico otorga a Xenofonte un derecho de exigir la prestación a un tercero que no formó parte de él, digamos Telémaco (o el Estado mismo). En ese caso, Axileas no estaría tomando responsabilidad por sus actos, puesto que su compromiso sería saldado en última instancia por Telémaco. Al mismo tiempo, si Xenofonte tuviese derecho a demandar a cualquier otra persona cuando su contraparte incumple, tampoco estaría tomando responsabilidad por sus decisiones. Él decidió contratar *con* Axileas, y debió tener en cuenta su seriedad, su patrimonio, su fiabilidad, etc. Si Xenofonte pudiese quedar cubierto con independencia de que Axileas cumpla, entonces, no estaría asumiendo la responsabilidad ligada al hecho de que él eligió contratar con Axileas y no con Telémaco o con el Estado. Tampoco estaría asumiendo la responsabilidad de no tomar un seguro contra el incumplimiento. Asimismo, si alguien distinto de Xenofonte pudiese exigir a Axileas el cumplimiento del contrato se

estaría interfiriendo en la decisión de Xenofonte de no demandar a Axileas y de ese modo beneficiarlo. Una parte importante del orden privado, dije, es que los individuos pueden decidir a quién beneficiar con sus acciones. La intervención de un tercero, en este caso, estaría coartando la libertad de Xenofonte de liberar a su contraparte.

En toda esta explicación, no parece haber ninguna razón realmente *privada* capaz de justificar que el Estado haga cumplir forzosamente los términos acordados por las partes; más bien, parece haber una razón *pública* detrás de ello: la división de la responsabilidad es esencial para que el sistema implementado sea de justicia procedimental pura y, por tanto, compatible con la libertad individual. En conclusión, el principio de división de la responsabilidad al que adhiere Hevia tiene un fundamento distributivo y, por ello, mal puede separar las aguas de la justicia distributiva y la justicia correctiva, como piensa Ripstein²⁷. Dividimos la responsabilidad y reconocemos que ciertos reclamos son un asunto que deberán gestionar los privados con la asistencia pública mínima de los tribunales y los agentes de seguridad solo por razones distributivas²⁸.

VI. Tercer argumento distributivo: la insuficiencia de la justicia correctiva

De inicio, Hevia afirma que las reglas del derecho contractual deben ser entendidas en términos de justicia correctiva y no en términos de justicia distributiva²⁹. Dejemos de lado los argumentos anteriores y asumamos, como Aristóteles, que la justicia correctiva y la justicia distributiva son dos principios mutuamente irreductibles. Digamos que son dos formas de justicia conceptual y normativamente independientes. Aun en este caso, la mayoría de las reglas del derecho

²⁷ Ripstein, A., *The Division of Responsibility*, Fordham Law Review, 2004.

²⁸ Ahora puede advertirse que mi argumento no pretende negar la distinción entre justicia correctiva y justicia distributiva, sino solo que el principio de división de la responsabilidad sea suficiente para trazarla.

²⁹ Hevia, M., *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law*. Dordrecht, Springer, 2013.

contractual no pueden ser explicadas como una cuestión de justicia correctiva. La justicia correctiva ordena rectificar las interacciones injustas, aquellas en las que una parte vulnera los derechos de la otra³⁰. Es un principio subsanador y, por su naturaleza, presupone una distribución de derechos previa. Solo pueden ser vulnerados y rectificadas los derechos que han sido definidos con un principio independiente de la justicia correctiva. Para que el derecho de los contratos sea una institución *privada*, entonces, los términos del intercambio válido deberían establecerse exclusivamente por la voluntad de las partes. Pero la autonomía de la voluntad tiene un protagonismo cada vez menor en el contrato moderno. La contratación masiva, mediante formularios predispuestos y condiciones generales de contratación, se ha impuesto sobre el contrato discrecional³¹, e incluso los contratos discrecionales están fuertemente regulados por normas de orden público. En este sentido, gran parte de los derechos que tienen las partes en una relación contractual no dependen de su voluntad, es decir, no han sido creados por la autoridad normativa de los individuos ni cuentan ellos con la potestad de dejarlas de lado. Entonces, ¿cómo podría la justicia privada explicar este conjunto de derechos y deberes?

El modelo de Hevia parece detenerse en la abstracción que impulsaba el primer movimiento codificador francés. Al presentar el primer proyecto de código civil en 1793, Cambacérès manifestó que debían satisfacerse las necesidades del hombre en la sociedad: ser dueño de sí mismo, contar con bienes suficientes para llevar adelante su vida y poder disponer de esos bienes en su propio interés³². Estas ideas coinciden en lo fundamental con la concepción de la justicia liberal que expone Hevia en términos de una división de la responsabilidad entre

³⁰ El contenido del principio de justicia correctiva es sumamente controvertido entre los filósofos. Aquí utilizo una formulación muy simple que se ajusta a la caracterización de Hevia, M., *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law*. Dordrecht, Springer, 2013.

³¹ Rezzónico, J. C., *Contratos con cláusulas predispuestas*, Buenos Aires, Astrea, 1987.

³² Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, Madrid: Debate, 1998.

los individuos y la sociedad. Los ideales de libertad e igualdad que inspiraron la Revolución francesa requerían un conjunto de normas muy simples que garantizaran 1) ciertos derechos de propiedad bien definidos; 2) una buena cuota de libertad personal, de modo que cada uno pueda poner su fuerza de trabajo al servicio de su plan de vida, y 3) un derecho contractual, también muy simple, para maximizar la asignación de los recursos y las posibilidades de acción conjunta. En este marco, el derecho contractual está prácticamente dominado por la autonomía de la voluntad. El art. 1134 del Código de Napoleón establecía la norma de oro que fue replicada luego en la mayor parte del derecho continental: “Los contratos legalmente concluidos tienen fuerza de ley entre las partes que los han celebrado”³³. El único límite para la autonomía de la voluntad se encontraba en una serie de normas relativas a los vicios del consentimiento (error, dolo, violencia o intimidación) y en el orden público que hace ilícita la contratación sobre ciertos objetos (objeto inmoral o contrario a las buenas costumbres, cosas que están fuera del comercio, etc.).

En este marco, la teoría de Hevia funciona perfectamente. Tanto la regla de oro como los remedios ante el incumplimiento pueden ser comprendidos a la luz de los principios que regulan las interacciones privadas. Pero el derecho contractual moderno está altamente regulado. La mayoría de las cláusulas no son producto de la negociación de las partes. En ciertos contratos, como los de provisión de servicios públicos domiciliarios, el consumidor puede poco más que decidir contratar o no contratar, y la empresa proveedora ni siquiera puede decidir no contratar³⁴. Salvo que existiese alguna causa de orden público que le autorice a no prestar el servicio, está obligada a proveer cada vez que un consumidor lo requiere. Todas las condiciones en que se presta el servicio, incluyendo el precio, están establecidas de antemano por un ente regulador. Las partes solo pueden adherir a las modalidades previstas. Uno podría pensar que este nivel

³³ En el derecho argentino, esta norma está expresada en el art. 1197 del Código Civil.

³⁴ Sobre la llamada obligación de contratar y sus condiciones, véase Alterini, A. A., *Contratos*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998 .

de regulación se debe a que en general los servicios públicos domiciliarios son monopolios naturales, y ello exige que el Estado establezca las condiciones de provisión del servicio. Pero otros contratos, como el contrato de seguro, tienen lugar en un contexto competitivo, y no por ello la regulación es más sencilla³⁵. Las leyes sobre contrato de seguro suelen restringir fuertemente la autonomía de la voluntad. Estas intervenciones están justificadas en tanto se asume que los sistemas de seguros también abordan un problema social: gestionar los riesgos de modo que los ciudadanos cuenten con un nivel razonable de indemnidad y estabilidad en su bienestar personal.

Hevia no puede decir que estos contratos no son genuinos contratos. Una vez formalizados, la estructura de derechos y deberes es perfectamente bilateral. El documento contractual establece cláusulas que las partes no pudieron modificar y, sin embargo, ellas establecen derechos y deberes recíprocos, exclusivamente exigibles a la contraparte. Es decir, al igual que en cualquier contrato, las partes están vinculadas normativamente entre sí, y solo entre sí. El efecto relativo de los contratos también es una característica esencial. No obstante, estas reglas que forman la mayor parte del derecho contractual moderno no pueden ser explicadas por la justicia correctiva. Mi idea, obviamente, es que son una cuestión de justicia distributiva.

Como dije, esta no es una característica exclusiva de la contratación masiva. La limitación de la autonomía de la voluntad en el derecho moderno operó progresivamente. En el derecho argentino, por ejemplo, el primer gran cambio tuvo lugar con la reforma del Código Civil en el año 1968, aunque la jurisprudencia anterior ya anticipaba muchas de las “novedades”. En lo que hace a los contratos, el eje de la reforma está conformado por la introducción de la lesión subjetiva-objetiva (art. 954 CC), el abuso de derecho (art. 1071 CC) y la imprevisión (art. 1198 CC). Sin entrar a analizar cada figura, puede apreciarse fácilmente que los tres institutos tienen algo en común: intentan preservar la equivalencia de las prestaciones, y esta es una

³⁵ Alterini, A. A. y López Cabana, R., *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989.

preocupación distributiva. Por cierto, para que haya un intercambio con sentido, las partes deben estimar que aquello que reciben es más valioso para su plan de vida que aquello que dan a cambio. Pero el derecho intenta evitar que mediante el contrato se obtenga algo mucho más valioso de lo que se cede a la contraparte, y el criterio para juzgar el valor ya no es subjetivo, relativo a cada plan de vida, sino objetivo. En la mayoría de los casos, el control racional de la equivalencia depende de que exista un precio de mercado por el bien o servicio intercambiado. Más allá de las dificultades para estimar el valor objetivo de las prestaciones, es claro que el propósito de estas normas es vedar la explotación y, en algunos supuestos, poner un límite a la inequidad distributiva. Es decir, el derecho no se preocupa meramente por prevenir el aprovechamiento, puesto que un contrato que mejora a ambas partes, que es Pareto superior, también puede ser anulado si implica un desequilibrio importante. Conforme con el art. 954 CC, el contrato puede ser anulado o revisado si una de las partes, aprovechando la necesidad, la inexperiencia o la ligereza de la otra, obtiene una ventaja desproporcionada, aunque el sujeto explotado al momento de contratar haya preferido la situación poscontractual de explotación antes que el estado del mundo en la cual el contrato no se celebra. Esta limitación de la autonomía de la voluntad solo puede entenderse apelando a los principios de la distribución justa en los intercambios contractuales³⁶. Lo mismo vale respecto del llamado ejercicio abusivo del derecho de contratar, mediante el cual se prohíbe la imposición de cláusulas que perjudican a la otra parte sin que se aprecie una razón o un beneficio compensatorio en otro aspecto del contrato. En lo que hace a la teoría de la imprevisión, la norma pretende evitar

³⁶ En consonancia con la postura de Kronman, algunos autores señalan que “el consentimiento debe ser valorado con prolija minuciosidad a fin de poder darle viabilidad jurídica plena al negocio que se ha concretado”. Esto supone adherir claramente a una tesis de acuerdo con la cual el consentimiento es normativamente significativo solo en el marco de las interacciones que generan una distribución justa entre las partes. Véase Zago, J. A., *El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1981.

que una parte se empobrezca excesivamente cuando una contingencia no anticipada supera cierto umbral de onerosidad. En principio, las partes al negociar un contrato acuerdan un precio teniendo en cuenta los riesgos futuros. Cada uno debe considerar la posibilidad de que haya variaciones en el coste de producción, de que se modifique la estructura del mercado, de que aparezcan nuevas oportunidades que hacen inconveniente cumplir con el contrato, de que cambien sus preferencias, etc. Los riesgos de esta naturaleza corren a cargo de cada una de las partes, pues la idea misma de celebrar un contrato es que la palabra empeñada es inmune frente a estas contingencias. Pero si el riesgo que se concreta no estuvo específicamente previsto (y, por lo tanto, no estaba contemplado en el precio) y ello hace que la prestación devenga excesivamente onerosa, en tanto supone un desequilibrio distributivo severo, el derecho suele otorgar a la parte afectada la facultad de solicitar la resolución del contrato. No veo cómo estas restricciones pueden ser interpretadas sin referencia a la justicia distributiva. En definitiva, estas normas no pueden ser explicadas por la justicia privada, por dos razones: a) porque resultan aplicables con independencia de la voluntad de las partes; b) porque conforman el trasfondo en el cual ciertas interacciones están permitidas.

La cuestión es todavía más clara en las leyes de defensa del consumidor. En el derecho argentino, la Ley 24.240 y sus enmiendas posteriores asumen que el presupuesto inicial es la desigualdad de las partes, no su igualdad. Estas leyes vienen a proteger a la “parte débil” del contrato, que ya no *consiente* sino que *asiente*, adhiriendo a los términos del intercambio preconcebidos por el oferente. Entre las medidas protectoras, por mencionar algunas, se encuentra un sólido deber de información a cargo del oferente (art. 4 LDCU), cuyo incumplimiento conlleva la obligación de compensar los perjuicios causados e incluso la posibilidad de solicitar la anulación total o parcial del contrato, según el caso (art. 37 LDCU); un plazo mínimo de garantía obligatoria (es decir, irrenunciable), durante el cual todo gasto de traslado necesario para proceder a la reparación del bien en cuestión corre a cargo del vendedor (art. 11 LDCU); el establecimiento de un período de reflexión para las ventas realizadas fuera del establecimiento

comercial, en cuya vigencia el consumidor puede revocar su aceptación sin coste alguno de su parte (arts. 32 a 34 LDCU); la tipificación de cláusulas abusivas, cuya consecuencia es que se las tiene por no escritas (art. 37 LDCU); y el reconocimiento de estándares de diligencia distintos para consumidores y profesionales (art. 18.b LDCU). Todas estas normas guardan una gran coherencia bajo el presupuesto de que el oferente es un profesional y el consumidor un profano.

Los arts. 37 y 18 son especialmente esclarecedores. De conformidad con el art. 37, sin perjuicio de la validez del contrato, se declara la nulidad de pleno derecho de diversas cláusulas, como aquellas que desnaturalizan las obligaciones³⁷, las que limitan la responsabilidad por daños, las que importan una renuncia o restricción de derechos del consumidor, o las que invierten la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. Asimismo, las cláusulas vagas o ambiguas deben interpretarse del modo más favorable para el consumidor. Los efectos distributivos de estas disposiciones son innegables más allá de su conveniencia³⁸.

En cuanto al art. 18, muchas veces se pasa por alto que en combinación con otras normas produce efectos *progresivos* al atenuar el deber de diligencia a cargo del consumidor. Piénsese que el juego de los arts.

³⁷ La doctrina ha entendido que se trata de una amplia gama de cláusulas que quiebran la equivalencia en las prestaciones de las partes. Véase Alterini, A. A., *Contratos*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

³⁸ Creo que es natural entender que todas estas normas son explicables por la justicia distributiva y no por la justicia correctiva o privada. No obstante, podría cuestionarse la conveniencia de algunas de ellas. Así, por ejemplo, es sabido que la obligación de ofrecer un plazo mínimo de garantía puede en ciertos contextos incrementar los precios de los productos y servicios, por lo tanto, el beneficio neto para los consumidores como clase es incierto, sobre todo cuando algunos de ellos no tengan la capacidad económica de adquirir los bienes a su nuevo precio. Lo mismo ocurre con la prohibición de limitar la responsabilidad por daños. El oferente simplemente contratará un seguro y trasladará ese coste adicional al precio. En general, puede esperarse que estas medidas sean positivas por varias razones, como la dispersión entre todos los consumidores del coste de la compensación, entre otras cosas. Pero aquí solo quiero señalar el aspecto distributivo de estas normas, con independencia de su sabiduría distributiva.

4, 18 y 37 hace que el consumidor no tenga el deber de conocer las características básicas del producto que está adquiriendo, pues en caso de no ser informado al respecto tendrá la facultad de exigir la nulidad total o parcial del contrato. En cambio, según el régimen general del Código Civil, el error que se produce por negligencia del adquirente no puede ser alegado para anular el contrato (art. 929 CC). A la vez, en lo que hace a los vicios redhibitorios, el proveedor no puede alegar que el consumidor, por su profesión, los conocía o debía conocerlos. La ley permite al consumidor aquello que el Código Civil impide a los profesionales: demandar por los vicios ocultos que debido a su oficio estaban al alcance de su conocimiento. Así, el art. 18 inc. b. LDCU establece un estándar *diferente*, ya que el mismo profesional, que tiene el deber de conocer, en ciertos casos deja de tenerlo si actúa como consumidor. Los teóricos de la justicia correctiva siempre han negado la posibilidad de que el estándar de diligencia sea variable según las particularidades de los agentes o la posición que ocupen en el mundo. Ello atenta contra la igualdad formal que la justicia privada intenta preservar³⁹.

En suma, todas estas normas reseñadas muestran que una parte esencial del derecho contractual solo puede ser explicada por la justicia distributiva, no por la justicia correctiva. En el esquema de la justicia privada de Hevia, el contenido de estas normas es muy difícil de acomodar. Si mi argumento fuese correcto, Hevia podría explicar únicamente la facultad de las partes de auto-obligarse, entendiendo por esto la facultad de entrar en un régimen de intercambio en el cual muchas de las pautas son dictadas por la justicia distributiva y no por la justicia correctiva. Una vez que las partes adhieren al sistema de intercambio, el incumplimiento y los remedios sí pueden ser explicados por la justicia correctiva. Pero ello limita significativamente el carácter privado de los contratos que Hevia se propone enfatizar desde la primera página de su libro.

³⁹ Weinrib, E., *The Idea of Private Law*, Cambridge-Mass, Harvard University Press, 1995. Para los argumentos a favor de los estándares variables véase Keren-Paz, T., *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*. Hampshire, Ashgate, 2007.

VII. El vigoroso consensualismo kantiano y el (no tan) estricto efecto relativo de los contratos

Para finalizar este comentario a la obra de Hevia, quisiera llamar la atención sobre dos cuestiones no relacionadas directamente con el aspecto distributivo del derecho contractual, pero que pueden terminar teniendo alguna incidencia sobre esto. La primera tiene que ver con que el carácter dominante del consensualismo en la teoría kantiana de los contratos hace difícil explicar la exigencia de formas para la validez de algunos contratos⁴⁰. Asimismo, estrechamente vinculado con esto, los llamados contratos reales son el contraejemplo típico de la insuficiencia del consentimiento para generar obligaciones jurídicas. Todas estas normas socavan la función que la teoría kantiana asigna al consentimiento. La segunda cuestión que deseo señalar es que el efecto relativo de los contratos que Hevia toma como un dogma inquebrantable admite al menos dos excepciones notables y normativamente muy razonables: la acción subrogatoria y la acción directa.

En la teoría de Hevia el consentimiento es condición necesaria y suficiente para la formación de un contrato válido. Tal como concibe Hevia los contratos, ellos son el instrumento necesario con el cual los individuos pueden disponer de sus bienes según convenga a su plan de vida. Digo “necesario” porque para Hevia no tendría sentido que las personas tuviesen recursos sin la facultad de disponer de ellos, lo que incluye la facultad de transferirlos o ponerlos al uso de un plan común con otros individuos⁴¹. Cuando las personas persiguen su plan de

⁴⁰ Sobre el principio de consensualismo y la exigencia de formas, véase Rezzónico, J. C., *Principios fundamentales de los contratos*, Buenos Aires, Astrea, 1999.

⁴¹ Hevia, M., “Razonabilidad y responsabilidad: Rawls, Kant y la teoría del derecho contractual”, *op. cit.* No criticaré esta idea en el texto principal, pero me parece muy controvertido afirmar que el sentido de contar con recursos dependa de poder intercambiarlos. Es perfectamente concebible un sistema en el cual los individuos tengan derechos de propiedad limitados al uso, pero carezcan de la facultad de disponer libremente de sus bienes. Podrían tener facultades de excluir a otros y de destinar el recurso como mejor les venga en gana, sin por ello contar con la alternativa de dejarlo al

vida celebrando contratos con otros, la idea de igual libertad requiere que se cumplan los términos del acuerdo. En la teoría kantiana, la voluntad común de las partes debería ser suficiente para vincularlas jurídicamente. No obstante, los contratos formales *ad solemnitatem*, como la donación de inmuebles en el derecho argentino, son nulos si no se celebran respetando la forma establecida por el legislador (art. 1810 CC), con independencia de cuán clara haya sido la voluntad común de que ese acto produzca efectos vinculantes. También podemos relacionar esta cuestión de la forma con el problema de los contratos reales, que solo se perfeccionan con la entrega de la cosa. El contrato de mutuo, por ejemplo, solo produce efectos desde la *traditio*. Axileas y Xenofonte pueden haber pactado que el día 8 de enero de 2014 Axileas prestaría a Xenofonte una suma de dinero, por ejemplo, que Xenofonte la restituiría de tal y cual manera, etc., pero el contrato no se perfecciona si el día 8 de enero Axileas no entrega el dinero a Xenofonte. La respuesta jurídica para estos casos es bien diferente de la consensualista, pues si la promesa fue gratuita Xenofonte carece de acción para exigir el cumplimiento, mientras que si fue onerosa solo tendría derecho a demandar en el plazo de 3 meses una indemnización por los daños sufridos (art. 2244 CC), pero no por la expectativa, que es el remedio natural en la teoría kantiana, como pone de manifiesto Hevia en reiteradas ocasiones⁴². Estos casos muestran que

uso ajeno a cambio de algo o gratuitamente. No veo por qué un derecho como este carecería de sentido. El derecho contractual no es un instrumento imprescindible en este esquema. Después de todo, en cualquier sistema hay proyectos de vida prohibidos. Así, los recursos son útiles únicamente para los proyectos permitidos, lo que no incluye (en este sistema hipotético) emprender planes conjuntos con los bienes provistos por el Estado. No hay nada incoherente en esto, por lo tanto, Hevia no puede afirmar que el derecho contractual es una necesidad conceptual para la coherencia de un sistema que reconoce a los individuos ciertos recursos. Lo único que puede afirmar es que un sistema como este sería normativamente implausible, y esto tampoco me parece incontrovertible.

⁴² Hevia, M., *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law*. Dordrecht, Springer, 2013; Hevia, M., “Razonabilidad y responsabilidad: Rawls, Kant y la teoría del derecho contractual”, *op. cit.*

el consensualismo no es un principio inquebrantable, sino que tiene muchas excepciones que han de ser explicadas con principios externos a la autonomía de la voluntad. Cuando Axileas y Xenofonte acuerdan el mutuo a ejecutarse el 8 de enero de 2014, ejercen su libertad autónomamente y deben asumir su responsabilidad por ello⁴³. Si la teoría kantiana fuese correcta, las categorías de los contratos reales o los contratos formales no existirían, dado que la única “formalidad” necesaria y suficiente debería ser la expresión del consentimiento.

Respecto del efecto relativo de los contratos, a mi parecer Hevia pone demasiado énfasis en que “solo las partes del contrato pueden invocar los derechos y deberes que surgen de él”⁴⁴. Las obligaciones contractuales pertenecen a la clase de las obligaciones en general, y el régimen común de las obligaciones suele incluir normas sobre subrogación para lidiar con el problema de los deudores que al mismo tiempo son acreedores inactivos (aquellos que no ejercen los derechos que tienen contra otros simplemente para no responder frente a sus propios acreedores). Así, la doctrina entiende que los acreedores que ejercen la llamada acción oblicua tienen a su alcance todos los derechos del deudor, como

solicitar medidas cautelares; interrumpir la prescripción; pedir la anotación y reinscripción de prendas e hipotecas; oponer la prescripción; *pedir el cumplimiento, la resolución, la rescisión o la revocación de contratos celebrados por el deudor, y reclamar daños que hayan derivado de su incumplimiento*; etcétera⁴⁵.

En estos casos, el demandado solo puede oponer las defensas que hubiesen sido válidas contra su acreedor (es decir, el deudor subrogado).

A la vez, el derecho también suele admitir la acción directa mediante la cual el acreedor demanda a un tercero que debe una prestación a su deudor. La explicación de esta figura puede resultar confundente, por

⁴³ Al menos, esto es lo que debería afirmar Hevia (Hevia, M., “Razonabilidad y responsabilidad: Rawls, Kant y la teoría del derecho contractual”, *op. cit.*).

⁴⁴ Hevia, M., *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law*. Dordrecht, Springer, 2013.

⁴⁵ Alterini, A. A., *Contratos*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

lo que conviene ilustrar con un ejemplo. Imaginemos que Xenofonte alquila un bien inmueble a Telémaco, y que este a su vez lo sub-alquila a Axileas. En estas circunstancias, si Telémaco debe alquileres a Xenofonte, Xenofonte tiene la facultad jurídica de exigir el pago del alquiler directamente a Axileas, sin tener que demandar a Telémaco. La cuestión es que entre Xenofonte y Axileas no existe vinculación contractual alguna, pero Xenofonte cuenta con la potestad jurídica de invocar el contrato que Axileas tiene con Telémaco para cobrar del primero lo que el segundo le debe⁴⁶.

Tanto la subrogación, pero especialmente la acción directa, quiebran la lógica del efecto relativo de los contratos de modo importante. Los derechos y deberes que surgen de los contratos, como cualquier otro derecho o deber, pueden ser invocados en las condiciones descritas por terceros que no forman parte del negocio jurídico. La estructura bilateral del derecho privado y el carácter puramente voluntario de las obligaciones contractuales parecen ser un dogma orientado a ocultar que el derecho privado también puede ser utilizado para perseguir políticas sociales. En el caso de la acción directa, la norma parece bastante razonable y apunta a minimizar los costes de la satisfacción del crédito, por una parte, y a mejorar las perspectivas de cobro del acreedor, por la otra. No veo en el derecho privado nada sagrado, nada que pueda ser desnaturalizado, ni ninguna tragedia en el uso de este conjunto de normas para la promoción de directrices de política pública. La exaltación de estos dos mitos relacionados (la autonomía de la voluntad y el efecto relativo de los contratos) podría no hacer más que alejarnos de la verdadera “naturaleza” del derecho privado que, como todo el derecho, es un instrumento que puede ser utilizado para el fin social que consideremos conveniente.

⁴⁶ Véase la explicación de Alterini, A. A., *Contratos*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

VIII. Recapitulación y palabras finales

En el desarrollo precedente he seguido el siguiente orden. En primer lugar, he sostenido que Hevia no logra mostrar que su teoría se distinga de modo relevante de las concepciones libertarias *en lo que hace al derecho contractual*. Por supuesto, mantiene un desacuerdo profundo con los libertarios en el nivel de la teoría de la justicia, pero no termino de ver con claridad qué impacto tendría ello para la manera en que Hevia concibe las interacciones contractuales. Al parecer, tanto Hevia como los libertarios asumen que los contratos son el modo legítimo que los individuos tienen a su disposición para transferirse mutuamente derechos y deberes, según lo requiera el plan de vida escogido por cada uno. En segundo término, he afirmado que las razones que Hevia tiene para rechazar las visiones distributivistas del derecho contractual no son concluyentes. He elaborado un argumento para mostrar que la teoría de Kronman es inmune a las dificultades explicativas apuntadas por Hevia. El paretianismo de Kronman, que debe distinguirse del criterio utilitario de Pareto, puede dar perfectamente cuenta del rol del consentimiento en las interacciones privadas y también del efecto relativo de los contratos. Alternativamente, he sugerido un modo de interpretar el derecho contractual de acuerdo con el cual existe un fuerte componente público en las razones para ejecutar forzosamente los términos de los acuerdos privados. En esta lectura, el principio de división de la responsabilidad, que tanto Hevia como Ripstein invocan para trazar los límites de la justicia distributiva y la justicia correctiva, se fundamenta en consideraciones distributivas. La justicia correctiva, como principio de justicia parece diluirse en las teorías dinámicas como una parte necesaria de la justicia procedimental pura. Aunque estos argumentos no fuesen del todo convincentes, los partidarios de la justicia privada todavía deberían explicar cómo es posible que la mayoría de los derechos y deberes que surgen para las partes una vez que celebran un contrato no emanan de la autonomía de la voluntad. Su acuerdo solo regula un aspecto de la relación, pero en realidad el consentimiento funciona más como un mecanismo de entrada al mundo de las interacciones entre particulares, y este es un mundo

fuertemente regulado, tanto en el régimen del Código Civil como en el estatuto de defensa de los consumidores y usuarios.

Por último, he llamado la atención sobre el hecho de que la caracterización de Hevia del derecho contractual como bilateral, estrictamente privado, fundado en la justicia correctiva, compatible con la justicia distributiva pero sin incorporar esta forma de justicia en la justificación de las obligaciones que surgen del contrato es descriptivamente inadecuada. Acabo de mostrar que existen excepciones importantes a la autonomía de la voluntad y al principio de consensualismo, y también que el supuesto efecto relativo de los contratos no es tan estricto como a veces se sostiene. Es indudablemente cierto que la responsabilidad que surge de los contratos es particular y, con pocas excepciones, limitada a quienes los celebran, pero tal vez por esta razón la levedad de la justicia correctiva en este ámbito del derecho sea insoportable para los teóricos de orientación kantiana. Del mismo modo en que Hevia se esfuerza por compatibilizar la libertad con la justicia distributiva, me he propuesto compatibilizar la justicia distributiva con la responsabilidad personal. Si mi argumento es plausible, habrá que entender que el derecho privado es *privado* porque deja en manos de los particulares el establecimiento de responsabilidades personales en mayor medida que el llamado derecho público, sin que ello vaya en desmedro de reconocer que el problema que se aborda desde el derecho privado tiene una importante e innegable dimensión *pública*.

Bibliografía

- Alterini, A. A., *Contratos*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- Alterini, A. A. y López Cabana, R., *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989.
- Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, Madrid, Editorial Gredos, 1985.
- Barnett, R., *A Consent Theory of Contract*, Columbia Law Review, 1986, citado por la traducción de Haymes, G. I. y Papayannis, D. M., *La teoría consensual del contrato, Lecciones y Ensayos*, 2006.
- Barnett, R., *Some Problems with Contract as Promise*, Cornell Law Review, 1992.

- Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1998.
- Coleman, J. L., “The Structure of Tort Law”, en *Yale Law Journal*, 1988.
- Fried, C., *Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge-Mass, Harvard University Press, 1981.
- Gardner, J., “Justicia correctiva” (corr.), en Papayannis, D. M. (de.), *Derecho de daños, principios morales y justicia social*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2013.
- Hevia, M., *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law*. Dordrecht, Springer, 2013.
- Hevia, M., “Razonabilidad y responsabilidad: Rawls, Kant y la teoría del derecho contractual”, *Discusiones*, XV, 2014, págs. 15-47.
- Keren-Paz, T., *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*. Hampshire, Ashgate, 2007.
- Kronman, A., *Contract Law and Distributive Justice*, Yale Law Journal, 1980.
- Murphy, L. B., *Institutions and the Demands of Justice, Philosophy and Public Affairs*, 1999.
- Nozick, R., *Anarchy, State, and Utopia*. Oxford, Blackwell Publishers, 1974.
- Rawls, J., “Social Unity and Primary Goods”, en Sen, A. y Williams, B. (eds): *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge, Cambridge University Press, 1982.
- Rawls, J., *A Theory of Justice*, (Revised Edition) Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999.
- Rezzónico, J. C., *Contratos con cláusulas predisuestas*, Buenos Aires, Astrea, 1987.
- Rezzónico, J. C., *Principios fundamentales de los contratos*, Buenos Aires, Astrea, 1999.
- Ripstein, A., *The Division of Responsibility*, Fordham Law Review, 2004.
- Weinrib, E., “Understanding Tort Law”, en *Valparaiso University Law Review*, 1989.
- Weinrib, E., *The Idea of Private Law*, Cambridge-Mass, Harvard University Press, 1995.
- Zago, J. A., *El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1981.

Respuesta a las críticas

Martín Hevia

Resumen: El texto responde a críticas realizadas por Diego Papayannis, De la Maza Gazmuri y Rengifo Gardeazábal en esta misma revista al artículo: “Razonabilidad y Responsabilidad: Rawls, Kant y la teoría del derecho contractual”.

Palabras clave: derecho contractual, responsabilidad, razonabilidad.

Abstract: the article answers the critics advanced by Diego Papayannis, Íñigo de la Maza Gazmuri y Mauricio Rengifo Gardeazábal in this review to the essay “Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law”.

Key words: contractual law, responsibility, reasonableness.

I. Palabras preliminares

Agradezco muchísimo la oportunidad de discutir en este foro mi artículo, que trata los puntos centrales de mi libro *Reasonableness and Responsibility*. En especial, quisiera agradecer a Diego Papayannis por proponer a los editores de *Discusiones* este intercambio y por el esfuerzo para que se hiciera real. Agradezco a Lucas Grosman por coordinar y editar este intercambio. Me siento honrado por los comentarios de los profesores De la Maza Gazmuri, Papayannis y Rengifo Gardeazábal, cuyo trabajo admiro¹. Sus trabajos abordan diferentes aspectos de mi

¹ Diego Papayannis y yo hemos conversado mucho, en los últimos años, acerca de la teoría del derecho privado. Nos hemos hecho amigos después de tantas conversaciones. Sus trabajos sobre la metodología de la filosofía del derecho privado y del análisis económico del derecho han tenido una fuerte influencia

artículo. Sin dudas, me han hecho pensar nuevamente tanto en los fundamentos como en los detalles de mi teoría. En este artículo espero ser justo con los comentarios. El lector notará que algunos de ellos me han llevado a revisar mi trabajo y, finalmente, a proponer un alcance nuevo a mi posición.

II. Introducción

Quisiera comenzar mi respuesta partiendo de uno de los comentarios de De la Maza Gazmuri, quien² se pregunta en qué sentido empleo la expresión “teoría”³. Esta observación es una oportunidad para poner en contexto algunas de las objeciones presentadas por los tres comentaristas.

En el comienzo de su artículo, De la Maza Gazmuri sigue la taxonomía propuesta por Stephen Smith en *Contract Theory* y explica que, a su juicio, mi teoría no es ni histórica, ni descriptiva, ni prescriptiva; que, en cambio, mi teoría es “interpretativa” porque “nos sugiere una idea a partir de la cual resulta posible agudizar nuestra comprensión del

en la metodología que sigo en mis trabajos. Ver, por ejemplo, Papayannis D., “Teorías de la Responsabilidad Extracontractual”, en Hevia, M., *Teoría y Crítica del Derecho Civil y Comercial*, Fontamara, México, 2012. Los trabajos de Íñigo de la Maza Gazmuri sobre los contratos de adhesión me han ayudado a comprender mejor un área del derecho; sus textos, de hecho, son lectura obligatoria en los cursos de contratos que he dictado. Ver, en particular, De la Maza Gazmuri, I., “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿por qué el estado y no solamente el mercado? *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, 2003. A su vez, Rengifo Gardeazábal es autor de *Teoría General de la Propiedad*, una obra en la que el lector encontrará el análisis más iluminador que conozco sobre el concepto de propiedad en la tradición continental de derecho privado. Ver Rengifo Gardeazábal, M., *Teoría General de la Propiedad*. Bogotá, Temis, 2011.

² Smith, S., *Contract Theory*, Cambridge, Oxford University Press, 2004, pág. 4. El libro de Smith es una de las obras esenciales e imperdibles de la teoría del derecho contractual.

³ De la Maza Gazmuri, I., “Razonabilidad y responsabilidad: A propósito de la teoría del derecho contractual del profesor Martín Hevia”. *Discusiones*, XV, 2014, págs. 85-100.

derecho de contratos, pus nos revela un orden inteligible que subyace al diseño de sus normas”⁴. La observación es muy acertada; de hecho, ni en mi libro ni en el artículo de esta discusión, expliqué qué sentido le otorgaba a la expresión “teoría”. El comentario, entonces, es una oportunidad para explicar mejor el alcance de mi trabajo.

Por empezar, en efecto, mi teoría no es histórica, es decir, no tiene por objetivo explicar cuáles son las causas de la existencia del derecho contractual y de cómo se ha desarrollado. Así, por ejemplo, como explica Smith, un autor que explique las instituciones del derecho contractual como consecuencia de fuerzas de producción cambiantes en los siglos XVIII y XIX adoptaría una explicación histórica. Muy probablemente, este enfoque es el que adoptaría un historiador del derecho. James Gordley, por ejemplo, sostiene que el derecho contractual que hoy tenemos es consecuencia de las preocupaciones de los juristas medievales por desarrollar un sistema jurídico virtuoso⁵. Mi teoría tampoco es meramente descriptiva, es decir, no es como la mayoría de los manuales de derecho contractual que, en general, carecen de vocación crítica o normativa. Una teoría prescriptiva presenta un ideal acerca de cómo debería ser el derecho. Así, entonces, si un jurista sostiene que el derecho debe promover la eficiencia y, por lo tanto, que las instituciones jurídicas deben diseñarse en función de ese ideal, estamos ante una teoría normativa del derecho contractual⁶. Así, por ejemplo, un defensor de dicho ideal podría proponer la eliminación de alguna norma porque genera un estado de cosas ineficiente —por ejemplo, podría proponer modificar

⁴ *Ídem*.

⁵ Smith, S., *op. cit.*, pág. 4. De hecho, la obra de Gordley como historiador del derecho privado es muy iluminadora. Por ejemplo, Gordley explica magistralmente el origen aristotélico del concepto de “causa”, que utilizan los sistemas de derecho privado de raíz continental-europea. En mi calidad de profesor de derecho privado, los textos de Gordley me han sido de mucha utilidad para comprender y explicar mejor el derecho privado. Ver, por ejemplo, Gordley, J., *Foundations of Private Law*, Cambridge: Oxford University Press, 2006 y Gordley, J., *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Cambridge: Oxford University Press, 1991.

⁶ Smith, S., *op. cit.*, págs. 4-5.

la norma que obliga a celebrar por escrito determinados contratos, o la regla de la *consideration* del *common law*—. Finalmente, como explica Gazmuri, mi teoría es interpretativa porque se propone iluminar o encontrarle un sentido al derecho contractual⁷. Así, por ejemplo, la idea de que las doctrinas fundamentales del derecho de los contratos reflejan una concepción de la reciprocidad es parte de una teoría interpretativa. Smith también explica que defender una teoría interpretativa no implica una crítica de otros tipos de teorías; los historiadores y los filósofos del derecho tienen proyectos de investigación con objetos diferentes. Es más, para “encontrarle un sentido al derecho” (*make sense of law*) las teorías interpretativas deben incluir elementos históricos, descriptivos y prescriptivos. Por ejemplo, si sabemos que, al resolver controversias contractuales, los jueces no tienen en cuenta consideraciones económicas —o, al menos, que no las manifiestan por escrito en sus sentencias—, entonces no tendría mucho sentido sostener que el derecho contractual vigente puede entenderse mejor a la luz del valor “eficiencia económica”. Una teoría del derecho contractual debe reflejar lo que famosamente H.L.A. Hart llamó “el punto de vista interno” de los agentes que participan en la práctica. Smith también explica la relación entre las teorías prescriptivas y las interpretativas. Por un lado, para reformar el derecho desde alguna perspectiva que se quiera promover, es necesario entender el derecho que se desea reformar. Por otro lado, al diseñar las reglas del derecho contractual, los legisladores presuntamente piensan que el derecho debe tener una justificación moral. Esa justificación puede ser incorrecta, pero es razonable asumir que, al menos en teoría, el derecho vigente debería parecerse a lo que idealmente debería ser el derecho⁸.

En este trabajo, identificaré dos tipos de objeciones desarrolladas por mis comentaristas, relacionadas con la naturaleza interpretativa de mi teoría. Por un lado, Papayannis y Rengifo Gardeazábal presentan dudas acerca de la filosofía política que sirve de base a la teoría del derecho contractual que propongo. En la primera parte de este trabajo

⁷ De la Maza Gazmuri, “Razonabilidad y responsabilidad...”, *op. cit.*

⁸ Smith, S., *op. cit.*, pág. 6.

me concentraré en ese tipo de objeciones. Por otro lado, los tres comentaristas sostienen que mi teoría no da cuenta del derecho contractual como lo conocemos actualmente. Dado que mi teoría es una teoría interpretativa, si las objeciones son correctas, la teoría debe revisarse. En la segunda parte de este trabajo me concentro en responder a estas objeciones. Concluiré que algunas de ellas son apropiadas. Por consiguiente, servirán como puntapié para revisar aspectos fundamentales de la teoría que desarrollo en *Reasonableness and Responsibility*.

III. Primera parte. Derecho contractual y filosofía política: respuesta a Papayannis y a Rengifo Gardeazábal

III.1. Libertarismo y derecho contractual

La primera objeción de Papayannis es que mi rechazo general de las teorías monistas para comprender el derecho contractual no está justificado. Según Papayannis, las diferencias con los libertarios “se remontan a la teoría subyacente de los derechos...”, pero mi teoría del derecho contractual no sería rechazada por los libertarios: tanto para mi teoría como para los libertarios, “los contratos... definen las condiciones en las que los individuos pueden transferirse mutuamente recursos o derechos”⁹. Así,

[L]a única diferencia entre la concepción libertaria y la que ofrece Hevia es que para los primeros el derecho natural sobre el propio cuerpo y el fruto de su trabajo determina que la distribución sea un paso previo a la cooperación... mientras que para los rawlsianos la cooperación social tiene prioridad conceptual y, por ello, debe implementarse un esquema razonable para repartir los beneficios de esa cooperación¹⁰.

⁹ Papayannis, D., “La insoportable levedad de la justicia correctiva en el derecho contractual”. *Discusiones*, XV, 2014, págs. 101-144.

¹⁰ *Ídem*.

En respuesta a Papayannis, podría decir que mi argumento no es que si “concepción del derecho contractual” se refiere al conjunto de normas y doctrinas propias del derecho de los contratos, mi concepción del derecho contractual es diferente de la libertaria. Es cierto que muchos libertarios bien podrían estar de acuerdo con mi teoría. Ciertamente, como bien explica Papayannis, compartirían la visión del derecho contractual como una herramienta de la que disponen las personas para intercambiar bienes y servicios mediante su consentimiento. De hecho, en mi contribución a este número, sostengo que “a diferencia de los distributivistas, dado el énfasis que hacen en la idea de libertad, los libertarios sí pueden explicar por qué los contratos son interacciones privadas”. Aprovecharé esta oportunidad para extenderme más en la crítica al libertarismo que desarrollo en el capítulo 3 de *Reasonableness and Responsibility*.

Como bien explica Papayannis, mi crítica no está dirigida a la teoría libertaria del derecho contractual, sino a la defensa que los libertarios —o, al menos, Robert Nozick— hacen de la libertad contractual como elemento distintivo de su filosofía política. Los libertarios sostienen que su teoría es consistente con tomar en serio la autonomía de las personas para utilizar *sus* recursos del modo en que prefieran hacerlo; para ellos, las teorías de la justicia igualitarias, como la de Rawls, no toman en serio a las personas porque, para mantener la igualdad, deben interferir con las transferencias voluntarias para que estas no pongan en peligro el estado del mundo deseable —es decir, el estado de cosas en el que hay una cierta forma de igualdad, según la métrica de igualdad preferida—.

Para Nozick, cualquier principio pautado o de estado final que se adopte acabará por ser alterado por las elecciones libres de las personas: una vez que se deja a las personas utilizar *sus* recursos como más lo prefieran, se alterará la distribución ideal. En consecuencia, para mantener vigente un principio de justicia pautado o de estado final es necesario interferir constantemente con la libertad de las personas, por ejemplo, prohibiéndoles transferir sus recursos a otras personas.

Dado que no requiere interferir constantemente con las transacciones privadas de los individuos, el libertarismo resulta “más

amigable” con la libertad. Como dice Nozick, “no está claro cómo aquellos que apoyan concepciones alternativas de la justicia distributiva podrían rechazar la concepción intitular de la justicia en las pertenencias”¹¹.

Mi objeción a la crítica de Nozick es que si “amigable con la libertad” significa que “no interfiere constantemente con el ejercicio de la libertad”, entonces es falso que su teoría de la justicia —y, por ende, del derecho de los contratos— sea la única “amigable con la libertad”. La teoría de la justicia de Rawls no requiere interferencias constantes en la libertad de las personas porque es “dinámica.” Las teorías de la justicia dinámicas son compatibles con diversos esquemas distributivos. Así, según este tipo de teorías, en la medida en que estén en funcionamiento las instituciones apropiadas, el resultado debe ser justo. Por consiguiente, no habría nada de malo si, como consecuencia de intercambios voluntarios, una persona resulta más rica que las demás porque, como explica Rawls, las personas que participan del esquema de cooperación saben que la justicia distributiva opera en otra dimensión del sistema social de cooperación. Las personas sabemos que, eventualmente, nuestro deber de contribuir al sistema de cooperación social puede requerir el pago de impuestos. Pero ello no obsta a que dispongamos libremente de nuestros bienes¹².

La objeción de Nozick es aplicable a las teorías de la justicia “procesalmente perfectas”, es decir, a las teorías que disponen de un criterio independiente para determinar qué estados de cosas o del mundo es el justo y que, sobre esa base, establecen un procedimiento que garantiza que se satisfaga el resultado deseado desde el comienzo. En cambio, las teorías libertarias de la justicia, así como también la teoría de la justicia de Rawls, son teorías “procesalmente puras”: diseñan un procedimiento que ven como justo; el resultado que se siga de respetar el procedimiento será necesariamente justo, cualquiera sea el resultado.

¹¹ Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, Nueva York, 1973, pág. 160.

¹² Hevia, M., "Razonabilidad y responsabilidad...", *op. cit.*

En suma, Papayannis tiene razón cuando sostiene que los libertarios podrían compartir el diseño del derecho contractual que propongo en el libro. No obstante, como bien lo explica, el fundamento que propongo es diferente del propuesto por los libertarios; es más, si tengo razón, la objeción de los libertarios al tipo de teorías de la justicia distributiva que sirven de base a mi propuesta fracasa.

III.2. Distributivismo y derecho contractual

La segunda objeción de Papayannis se concentra en mi interpretación de la teoría distributivista de Anthony Kronman. Según este autor, Kronman defiende dos tesis:

1. Para ser válidos, los aprovechamientos recíprocos deben ser moralmente aceptables (los contratos conllevan siempre un aprovechamiento recíproco).
2. El derecho contractual puede ser diseñado para promover objetivos sociales (de distribución, eficiencia u otros posibles). Según Papayannis, esta segunda tesis se reflejaría en las restricciones impuestas a la libertad para establecer el objeto de un contrato que los sistemas jurídicos llaman “de orden público”.

Para Papayannis, mi interpretación de Kronman es que la segunda tesis es la más importante de las dos y que los contratos solamente pueden justificarse en la medida en que contribuyan a un estado de cosas socialmente justo. Papayannis sostiene que interpreto a Kronman como si fuera un utilitarista, es decir, como si el paretianismo de Kronman no limitara el análisis paretiano a la clase de personas que consisten la obligación contractual. La lectura que Papayannis hace de Kronman es plausible. En este comentario, no responderé directamente a la cuestión de si su interpretación es más apropiada que la mía. Efectivamente, al revisar mi propia interpretación, entiendo que está basada en la idea de que el carácter igualitario del paretianismo asume que todos los bienes pertenecen a un fondo común. Más adelante en el artículo, me tomaré de la interpretación

de Papayannis para sugerir que, para dar cuenta de los contratos de consumo, mi propia teoría debe acercarse a la interpretación de Kronman propuesta por Papayannis, en particular, a la primera tesis de Kronman.

Con respecto a la segunda tesis de Kronman, si esta es equivalente al “orden público”, entonces también en este contexto es apropiado discutir la idea del Profesor De la Maza Gazmuri, quien en su comentario sostiene que no puede ser cierto que, con la excepción de las personas independientes, todo pueda ser objeto de un contrato. A tal fin, ofrece ejemplos de restricciones habituales al objeto de un contrato, tales como la prohibición de compraventa de ciertas sustancias, o los límites impuestos a la autonomía de las partes por la doctrina de la lesión enorme, o los límites a los *liquidated damages* en el *common law*¹³. Podría responder a esta objeción explicando mejor el fundamento de la teoría que propongo. En el libro explico que algunos bienes están fuera del comercio y no pueden ser objeto de obligaciones contractuales. Así, las libertades básicas no pueden intercambiarse ni regalarse¹⁴. Son “bienes primarios” inalienables. El diseño del derecho contractual debe contemplar este tipo de restricciones. Si ello

¹³ De la Maza Gazmuri, I., "Razonabilidad y responsabilidad...", *op. cit.*

¹⁴ En la teoría de la justicia de Rawls, que es la base de mi teoría del derecho contractual, las libertades básicas son “bienes primarios”. La lista de bienes primarios es la siguiente:

- las libertades básicas: libertad de pensamiento y libertad de conciencia; libertad de asociación; y la libertad definida por la libertad e integridad de la persona, así como también por el estado de derecho; y, finalmente, las libertades políticas;
- libertad de movimiento y elección de ocupación contra un trasfondo de oportunidades diversas;
- poderes y prerrogativas de oficinas y posiciones de responsabilidad, particularmente aquellas en las principales instituciones políticas y económicas;
- ingresos y riquezas (teniendo un valor de cambio) que se necesitan para alcanzar los diferentes fines que las personas puedan aprobar; y
- las bases sociales del auto-respeto a sí mismo (es decir, cosas como la realidad institucional de que las personas tienen derechos básicos iguales y que todos apoyan las instituciones sociales).

significa aceptar la segunda tesis de Kronman, entonces, en mi teoría, el derecho contractual efectivamente tiene una dimensión distributiva en el sentido de Kronman.

Como diré más adelante, no obstante, mi teoría no se refiere a otro tipo de restricciones, como las que establece la doctrina de la lesión, que permite que la parte más débil en una relación contractual pueda pedir su nulidad invocando que su contraparte se aprovechó de la situación de inferioridad. Creo que la mayoría de los casos para los que originalmente estaba prevista la doctrina de la lesión hoy quedarían comprendidos en las normas de defensa del consumidor —en general, son casos en los que hay asimetría de información entre oferente y aceptante—. Con independencia de si ello es o no, el punto relevante es que mi teoría debería también aceptar la posibilidad de que las personas puedan invocar lesión y que los tribunales les den la razón y anulen o modifiquen las cláusulas de un contrato: al permitir que las víctimas de aprovechamiento puedan pedir la nulidad o la modificación de un contrato, como explica Papayannis, el derecho contractual incluye consideraciones de naturaleza distributiva. Abordaré este punto más adelante al tratar los contratos de consumo.

III.3. El reino de los fines y las expectativas razonables

Rengifo Gardezabal sostiene que mi posición es profundamente inconsistente porque la concepción objetivista del contrato basada en expectativas razonables “poco o nada tiene que ver con la idea de una sociedad organizada como un reino de fines”¹⁵. Para Rengifo Gardezabal, la idea de expectativa razonable se asocia, más bien, a la idea del “hombre promedio o a la idea del espectador imparcial que actúa con información completa”¹⁶. Si bien Rengifo Gardezabal no concentra su crítica en este aspecto de mi teoría —sino en otros

Ver Rawls, J., *Justice as Fairness - A Restatement*, The Belknap Press of The Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2001.

¹⁵ Rengifo Gardezabal, M., “Teoría del contrato, libertad y determinismo social: la posición incompatibilista”. *Discusiones*, XV, 2014, págs. 49-84.

¹⁶ *Ídem*.

aspectos que discutiré más adelante—, es interesante responder a esta objeción. En primer lugar, el estándar de la persona razonable no es un estándar fáctico sino normativo. Eso significa que no representa a la persona ordinaria o promedio. La idea de la persona razonable está basada en una concepción de la igualdad. En mi trabajo, defendiendo la idea de que las personas razonables son iguales en el sentido de que, como explica Rawls, todos tenemos los dos poderes morales, lo que nos permite ser parte de un esquema social de cooperación. Ahora bien, dado que, finalmente, los tribunales son los encargados de poner en práctica este estándar, podría ocurrir que interpretaran “lo razonable” en base a “lo ordinario”. Aunque ello fuera así, en cualquier caso, este hecho en principio no constituiría una objeción al estándar; más bien, se trataría de una objeción al trabajo de los tribunales¹⁷.

En segundo lugar, el reino de los fines es el de la racionalidad instrumental, el de la capacidad de formar, revisar y perseguir racionalmente una concepción de lo bueno. Para que las personas podamos interactuar en una sociedad organizada como un reino de fines, necesitamos reglas públicas que nos permitan coordinar. El reino de lo subjetivo debe exteriorizarse para que podamos coordinar nuestras acciones. En el derecho de los contratos, quizá cada una de las partes en el contrato tenga un entendimiento subjetivo del acuerdo. Si ello es así, en caso de que las partes tuvieran algún desacuerdo en un contrato, siempre habría dos subjetividades compitiendo por imponerse. Sin embargo, los contratos son esfuerzos cooperativos de dos o más partes. Por ello, para determinar si existe un acuerdo, o cuál es el contenido del acuerdo, el derecho generalmente adopta un estándar objetivo, basado en cómo puede interpretarse la conducta o las palabras de las partes en el contexto particular en el que interactúan. Por ejemplo, en algunas circunstancias, la conducta de una persona puede ser tomada por otra como indicativa de la expresión de la voluntad de vincularse contractualmente. Como explico en el libro, mi propuesta no niega que el consentimiento sea el aspecto central de un contrato. No obstante, el consentimiento también es objetivo.

¹⁷ Hevia, *Reasonableness... op. cit.*

El consentimiento de las partes no depende de que las partes hayan pensado que habían celebrado un contrato. Más bien, tanto la existencia como el contenido de los acuerdos se determinan a través, y solo a través, de la interacción entre las partes. Así, para interpretar si A y B tienen un contrato, el derecho se pregunta si, en el contexto específico de la interacción entre las personas involucradas, es razonable para A —o para B respecto de A— asumir que la contraparte se ha comportado de un modo tal que su conducta ha generado la expectativa razonable de vincularse contractualmente. Ahora bien, si tengo razón, contra la sugerencia de Rengifo Gardeazábal, este modo de entender las interacciones contractuales no me compromete con una visión utilitarista: no es que solo habrá contrato cuando la interacción pueda considerarse socialmente valiosa; hay contrato cuando las partes hacen —o dejan de hacer— aquello que pueda razonablemente ser interpretado como la expresión de voluntad de vincularse jurídicamente.

IV. Segunda parte: el derecho contractual vigente

En esta segunda parte, me ocuparé de las objeciones que comparten los tres comentaristas: mi teoría no explica una parte importante del derecho contractual: los contratos de adhesión y las cláusulas generales de contratación; tampoco explica las diversas ocasiones en las que el derecho contractual obliga a los jueces a realizar consideraciones de justicia distributiva —por ejemplo, cuando los tribunales se enfrentan a casos que presentan un supuesto de lesión enorme o lesión subjetiva/objetiva—. Papayannis, por ejemplo, como mencioné antes, sostiene que los derechos y obligaciones de las partes de un contrato no son siempre resultado de la autoridad normativa de las partes: si las partes quieren contratar, deben aceptar algunas reglas de orden público, de las que no pueden apartarse¹⁸. En la misma línea, Rengifo Gardeazábal concentra sus objeciones en las teorías contractuales en general; a su juicio, los contratos no son más un instrumento al servicio de la libertad de las partes porque la aparición y el desarrollo

tanto de las condiciones generales de contratación como de las situaciones contractuales de hecho ha limitado la libertad de elegir el contenido de las cláusulas contractuales. Para Rengifo Gardeazábal, “ni el modelo kantiano ni el modelo supuestamente neokantiano de las expectativas razonables se adaptan claramente a las nuevas realidades contractuales”¹⁹. Por su parte, De la Maza Gazmuri sostiene que mi teoría no explica la existencia de los contratos de adhesión: en la contratación moderna, el derecho tiene en cuenta la asimetría de información entre las partes, que pone en peligro el ejercicio de la racionalidad instrumental que mi teoría presupone. Esta circunstancia ha llevado al desarrollo de los contratos de adhesión, que suelen estar regulados para evitar el abuso a los consumidores. Al mismo tiempo, ya no es cierto que los contratos sean fruto de una negociación entre las partes: los términos de los contratos de consumo son impuestos unilateralmente por una de las partes; el consumidor puede aceptar o rechazar los términos, pero si los rechaza, no habrá contrato. En todo caso, podría ser cierto que existe la libertad para contratar, pero no la de elegir el contenido de las cláusulas del contrato²⁰.

Sobre la base de estas objeciones, Rengifo Gardeazábal sostiene que, si son honestos intelectualmente, los teóricos neokantianos del derecho contractual —entre quienes estoy incluido— o bien deben aceptar que su teoría no explica la realidad contractual moderna, o bien deben revisar sus teorías²¹. Pienso que estas observaciones son muy pertinentes pues, en efecto, la teoría que desarrollo en *Reasonableness and Responsibility* no da cuenta ni de los contratos de adhesión ni de las cláusulas generales de contratación, aunque sí podría explicar las relaciones contractuales de hecho. Comenzaré con este último punto relacionado con las relaciones de hecho. Luego, en respuesta a las objeciones, aprovecharé la ocasión para esbozar en la sección siguiente una respuesta, que conlleva revisar los fundamentos de la teoría. Veamos.

¹⁹ Rengifo Gardeazábal, M., *op. cit.*

²⁰ De la Maza Gazmuri, I., “Razonabilidad...”, *op. cit.*

²¹ Rengifo Gardeazábal, M., *op. cit.*

IV.1. Las relaciones contractuales de hecho

Rengifo Gardeazábal sostiene que las teorías neokantianas no pueden dar cuenta de las relaciones contractuales de hecho, que comprenden los servicios públicos domiciliarios, el transporte público, y las operaciones de comercio electrónico, entre otros. Estos contratos no surgen como consecuencia de una decisión de personas que *deciden* contratar para promover sus fines; tampoco hay una negociación entre personas que eligen los términos de un acuerdo que les resultan más convenientes. Antes bien, en estos contratos, las obligaciones de las partes surgen como consecuencia de conductas sociales típicas, sin necesidad de intercambio de información entre las partes. Es más, en estos escenarios, el contrato ni siquiera puede anularse por error; basta con la conducta típica para que tengamos contrato²². Rengifo Gardeazábal explica muy bien que las relaciones contractuales pueden surgir como consecuencia de: 1. un deber social de prestación (como en el uso de un servicio público domiciliario, con tarifas preestablecidas por las autoridades); 2. por la inserción en una comunidad organizada (como en las sociedades de hecho); 3. por el contacto social (como el transporte benévolo); o 4. por la interacción con mecanismos automatizados (con dispensadoras de productos o servicios como compra de boletos de tren). En estos escenarios, según Rengifo Gardeazábal, aunque sin duda estamos ante contratos, no hay libertad de no contratar y, en consecuencia, no tiene sentido sostener que hay libertad contractual²³.

Ante esta realidad, no tiene sentido para el teórico neokantiano negar que las situaciones contractuales de hecho no son contratos porque ello significaría negar la evidencia que no favorece su posición, lo que sería deshonesto de su parte²⁴. Alternativamente, los neokantianos podrían sostener que, en verdad, dado que presuponen conductas libres y conscientes, la regulación de las situaciones requiere del reconocimiento de un “reducto de libertad mínima” —de hecho, si hubiese violencia física o intimidación moral, la víctima

²² *Ídem.*

²³ *Ibidem.*

²⁴ *Ibidem.*

podría solicitar la anulación del contrato—. No obstante, Rengifo Gardeazábal responde que ello no representa el tipo de libertad entendida como regulación de la conducta propia con la que es habitual asociar la libertad contractual, es decir, la libertad de conclusión y la libertad de configuración de un contrato²⁵.

Ahora bien, contra la objeción de Rengifo Gardeazábal, entiendo que mi teoría podría dar cuenta de las situaciones contractuales de hecho. Estas presuponen una declaración tácita de la voluntad. El agente se comporta de una cierta forma y, sobre la base de esa conducta, el derecho asigna una voluntad de vincularse contractualmente. Esto no está muy alejado de sostener que los contratos pueden concluirse tácitamente, es decir, no es necesario que, en todos los casos, exista una negociación entre las partes. Tradicionalmente, los sistemas jurídicos han reconocido que es posible inferir de una acción o incluso de una omisión, según el contexto, una voluntad de vincularse contractualmente²⁶. Mi teoría de los contratos no supone que todos los contratos requieren de una negociación entre las partes; estos también pueden surgir como consecuencia de conductas que, en un contexto determinado, pueden interpretarse razonablemente como expresión de una voluntad de vincularse. En esos casos, el derecho infiere que, si el agente no quisiera vincularse contractualmente, se hubiera comportado de otra manera. En el caso de las situaciones contractuales de hecho, es todavía más sencillo entender por qué determinadas conductas pueden vincularnos contractualmente: las conductas libres que dan lugar a situaciones contractuales de hecho —es decir, a contratos— son conductas típicas, cuyo significado social está determinado (por ejemplo, subir a un autobús o ingresar a un vagón de tren: aunque la persona involucrada suba a un transporte público sin la intención de ser transportado, debe pagar el boleto

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ La conducta de las partes tiene un papel tan importante que puede ser utilizada como criterio para interpretar la voluntad de las partes. Algunos tribunales en la Argentina han reconocido que las interacciones anteriores a la celebración del contrato también pueden ser utilizadas como criterio para interpretar el contrato.

como el resto de los pasajeros). Mi teoría podría dar cuenta de las situaciones contractuales de hecho como las sociedades de hecho o el transporte benévolo. También, a mi juicio, podría dar cuenta de las situaciones contractuales de hecho que surgen como consecuencia de un deber social de prestación o de la interacción con mecanismos automatizados. Veamos.

En la sociedad moderna, el hecho de que muchos bienes y servicios se ofrezcan de un modo masivo es una oportunidad para las personas que desean perseguir ciertos planes. Los costos de transacción involucrados en las negociaciones contractuales harían que, si no pudieran ofrecerse de este modo, muchos bienes y servicios no se ofrecerían. En este contexto, es razonable asumir que las personas deban aceptar que, en ciertas circunstancias, su conducta pueda vincularlos contractualmente, aun cuando no haya habido posibilidad de negociar las cláusulas del contrato. Es también razonable asumir que una persona que sube a un autobús o a un vagón de tren lo hace para ser transportado y que, por ello, debe pagar el boleto correspondiente. Es justo que aceptemos estos términos de interacción social o, caso contrario, resultaría muy difícil coordinar las interacciones sociales.

Rengifo Gardezabal podría objetar que mi teoría también debe explicar por qué en las situaciones contractuales de hecho las personas no pueden invocar dolo o error, algo que sí pueden hacer cuando el contrato se forma como consecuencia de una negociación entre partes. Pues bien, es cierto que el consumidor no puede alegar dolo o error si compra la bebida equivocada en una máquina dispensadora de bebidas, o que el pasajero no puede alegar que no conocía que el transporte público era pago. No obstante, las normas de defensa del consumidor protegen a los consumidores en las circunstancias en las que razonablemente puede asumirse que la asimetría de información entre las partes pone al consumidor en una situación de inferioridad en relación con el proveedor de un servicio. Esta inferioridad podría derivar en errores razonables del consumidor (por ejemplo, por no leer la letra chica de un contrato de prestación de un servicio de telefonía celular) o en aprovechamiento (como cuando ocurre cuando la prestadora incluye multas por retrasos en el cumplimiento de la obligación

de pago a cargo del consumidor). En ese tipo de casos, la razonabilidad podría utilizarse como criterio, del mismo modo en que, a mi juicio, se utiliza en los códigos civiles cuando se trata de determinar si un determinado tipo de error puede dar o no lugar a un pedido de nulidad de la parte que cometió el error (así, por ejemplo, no cualquier error es causa de nulidad; debe tratarse de un error excusable. Para determinar si el error es excusable, los tribunales se preguntan si es *razonable* que, en las circunstancias en que el agente se encuentra, pueda cometer un error).

En suma, las herramientas teóricas de *Reasonableness and Responsibility* permitirían dar cuenta de las situaciones contractuales de hecho. Esta respuesta y, en especial, mi referencia a los contratos de consumo, no obstante, podría no ser satisfactoria. En la sección siguiente me concentraré en los contratos de adhesión con consumidores y en si mi teoría dispone de herramientas para explicarlos.

IV.1.1. Racionalidad y contratos de consumo

El punto de partida de mi teoría en *Reasonableness and Responsibility* es la concepción de la persona. Según expliqué, siguiendo a Rawls, mi teoría presupone que las personas somos tanto racionales como razonables. La racionalidad hace referencia a la capacidad de formar, revisar y perseguir racionalmente una concepción de lo bueno. Esta capacidad está asociada con la noción de racionalidad instrumental, es decir, con el *homo economicus*, que siempre elige los medios más efectivos para perseguir sus planes, cualesquiera sean. Por su parte, la razonabilidad de las personas implica una capacidad de entender, de poner en práctica y de actuar motivado por —y no solo de conformidad con— los principios de justicia política que especifican los términos justos de cooperación social. Según expliqué, el derecho contractual refleja ambas capacidades o poderes morales. Así, los contratos son herramientas para perseguir nuestros planes, intercambiando bienes o servicios. Dada nuestra racionalidad, si no deseáramos celebrar un determinado contrato porque no nos resulta conveniente, por ejemplo, no lo haríamos. A su vez, según expliqué, dado que también somos

razonables, aceptamos sujetarnos a reglas comunes que regulan nuestras interacciones. El derecho contractual es el conjunto de reglas que establece tanto las condiciones en las que nos obligamos jurídicamente a intercambiar bienes o servicios, como los efectos de incumplir los acuerdos que celebramos. Como bien señala De la Maza Gazmuri, mi teoría está en problemas porque la existencia de los contratos de adhesión que suelen celebrar consumidores y proveedores o vendedores pone a prueba la idea de racionalidad instrumental. En este tipo de contratos no hay una negociación; el consumidor o bien acepta las cláusulas ofrecidas por el proveedor, o bien no lo hace y entonces no se celebra el contrato²⁷. Para el consumidor, obtener información para tomar una decisión racional implica costos²⁸. De acuerdo con la idea de racionalidad instrumental, el consumidor debería obtener información antes de celebrar un contrato cuyos términos no puede negociar. Así, antes de comprar un coche o un inmueble, el comprador se informará acerca de la calidad del bien, sobre la garantía, etc. Informarse no es gratis: requiere invertir tiempo y, en algunos casos, recursos. La cantidad de información que obtendrá y el tiempo que invertirá para obtenerla dependerán del valor esperado de la inversión que realizará para obtener el bien²⁹. Los contratos de adhesión involucran dos tipos de productos, a saber, la prestación y el contrato en sí mismo. Si el agente es racional, debería acumular información sobre ambos. No obstante, los consumidores no invierten en entender el contenido del contrato porque el costo de hacerlo es superior al beneficio que obtienen con la celebración del contrato. Es decir, la decisión de no leer el contrato es racional. Hasta allí, no se presentan desafíos porque, en todo caso, el agente que no lee el contrato lo hace intencionalmente. Podría defenderse la idea de que el consumidor debería hacerse cargo de su decisión de no invertir tiempo en leer y en entender las cláusulas que no negoció. Es probable que, debido a esta decisión, los oferentes puedan incluir cláusulas que el consumidor no aceptaría si hubiese

²⁷ De la Maza Gazmuri, I., “Razonabilidad...”, *op. cit.*

²⁸ En este punto, sigo a De la Maza Gazmuri, I., *Contratos Por Adhesión...*, *op. cit.*

²⁹ *Ibidem*, págs. 15-21.

leído el contrato. La doctrina llama “cláusulas abusivas” a este tipo de cláusulas, que son desfavorables al consumidor de un modo exagerado. Este tipo de cláusulas pueden pasar desapercibidas³⁰. Los consumidores, de hecho, apelarán a la información menos costosa para elegir entre los productos, es decir, probablemente apelarán al precio. Los proveedores, entonces, no aumentarán el precio, pero incorporarán cláusulas que trasladen riesgos hacia el consumidor, que elegirá productos con el precio más bajo, pero sin saber que el contrato para adquirirlos incluirá cláusulas que lo perjudican. Ante esta realidad, los sistemas jurídicos reaccionan protegiendo al consumidor. En algunas jurisdicciones existen leyes de defensa al consumidor que establecen que las cláusulas “abusivas” deben interpretarse a favor del consumidor, que el proveedor está obligado a otorgar garantías —incluso si el producto es usado—, y así. En otras jurisdicciones, por ejemplo en Francia, los contratos de adhesión están sujetos a un control administrativo. Así, como explica De la Maza Gazmuri, existen catálogos de cláusulas abusivas que sirven como herramientas para que los tribunales puedan examinar y modificar, si correspondiese, las cláusulas abusivas en base a la idea de buena fe³¹.

Como explican De la Maza Gazmuri y Rengifo Gardeazábal en sus comentarios, una alternativa sería sostener que este tipo de contratos, en realidad, no son contratos. Esa respuesta, no obstante, no sería apropiada, especialmente teniendo en cuenta que, en la actualidad, la mayoría de los contratos que celebramos casi diariamente son contratos de este tipo³². Dada la pretensión de que mi teoría es una teoría interpretativa, si quiere dar cuenta de esta práctica contractual, debe explicarla. Al hacerlo, como explica Papayannis en su comentario, si acepto que los tribunales están facultados a modificar las cláusulas de un contrato invocando consideraciones externas a la relación entre las partes, parecería necesario renunciar a mi idea de que el derecho contractual es el ámbito de la justicia correctiva y no

³⁰ *Ibidem*, pág. 32.

³¹ *Ibidem*, pág. 32.

³² De la Maza Gazmuri, I., “Razonabilidad...”, *op. cit.* y Rengifo Gardeazábal, M., *op. cit.*

de la justicia distributiva: al evitar que los proveedores se abusen del hecho de que los consumidores contarán con menos información y que no podrán negociar términos alternativos, el derecho contractual incluye consideraciones de naturaleza distributiva³³.

Quizá en la misma línea de objeción, podría sumarse la crítica formulada por Sunstein y Thaler en su famoso libro *Nudge*³⁴: la idea de racionalidad instrumental —que mi teoría asume— es defectuosa porque asume que las personas son “*econs*”, que pueden acumular cantidad infinita de información, que la usarán apropiadamente al tomar decisiones y que tienen un poder de voluntad inquebrantable que les permite, en todos los casos, actuar racionalmente. En el mundo real, no obstante, las personas son “*humans*”: cometen errores a diario y, muchas veces, aunque sepan cuál es la decisión y el curso de acción correcto en función de sus intereses, no tienen la fuerza de voluntad para ponerlos en práctica. Por ejemplo, ya sean porque son vagos, por miedo o por distracción, las personas elegirán el curso de acción que les demande menos esfuerzo. Sunstein y Thaler sostiene que nuestras instituciones deberían tener especialmente en cuenta el hecho de que los *humans* cometen errores. Así, desarrollan la idea de “arquitectura de la decisión” —“*choice architecture*”—: al diseñar instituciones y legislar, deberíamos tener en cuenta nuestra falibilidad para tomar decisiones racionales. De hecho, los proveedores de servicios ya son muy conscientes de la naturaleza humana. Por ejemplo, un contrato de suscripción a una revista podría incluir una cláusula de renovación automática de la suscripción —muchas gente que no lee la revista se suscribiría por tiempo indefinido—. Los legisladores deberían diseñar normas que ofrezcan incentivos para que las personas tomemos decisiones informadas. Sunstein y Thaler llaman a su visión “paternalismo libertario” porque, si bien es respetuoso de la autonomía de las personas, entienden que las normas deberían incentivar de diferentes

³³ Papayannis, D., *op. cit.*

³⁴ Sunstein, C.S. y Thaler, R. H., *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, Yale University Press, 2008.

formas a los consumidores a que se informen antes de tomar decisiones que podrían perjudicarlos³⁵.

Todas estas observaciones llevan a la conclusión de que, para dar cuenta de la práctica del derecho contractual, mi teoría debe ser revisada. En la siguiente sección, presento algunas observaciones al respecto.

V. Racionalidad, razonabilidad y teoría del derecho contractual

A la luz de la discusión en la sección anterior, resulta difícil sostener una teoría del derecho contractual basada exclusivamente en la mera y formal manifestación de la voluntad. Según expliqué, el reconocimiento de la existencia de asimetría de información entre las partes lleva a la regulación de los contratos de adhesión con los consumidores (y podría explicar, también, la lesión). Ello significa que, para resolver controversias acerca de este tipo de acuerdos, los tribunales están autorizados a revisar el contenido de los contratos apelando a consideraciones externas a los valores de las partes. Ahora bien, ¿qué consecuencias conlleva este reconocimiento para mi teoría del derecho contractual?

Quizá, este modo de ver el derecho contractual me acerque a la lectura de Kronman propuesta por Papayannis, en particular, a su primera tesis: la plausibilidad moral del derecho contractual depende de que los contratos no representen un aprovechamiento inaceptable de una parte a la otra³⁶. Kronman usa esta idea para explicar qué es lo que dota de fuerza normativa a la expresión de la voluntad de las personas, es decir, qué condiciones deben satisfacerse para que podamos sostener que dos o más personas han celebrado un contrato. Quizá también esta idea pueda usarse para evaluar la validez de cláusulas específicas de los contratos de consumo, sin que ello signifique la invalidez del contrato completo. Como he mostrado, nuestra racionalidad nos lleva en muchos casos a no adquirir información, o a hacer

³⁵ *Ídem*.

³⁶ Papayannis, D., *op. cit.*

cálculos equivocados con la información que disponemos, lo que puede ser aprovechado por la contraparte en una interacción. En otras palabras, una teoría del derecho contractual que toma como presupuesto la racionalidad instrumental debería derivar en instituciones de derecho contractual diseñadas teniendo en mente el hecho de que antes que *econs*, las personas somos *humans*. Por supuesto, el derecho contractual también debería dar incentivos para que los proveedores ofrezcan productos. Por ejemplo, quizá el derecho contractual no deba permitir que los tribunales puedan modificar por razones de justicia distributiva el precio de un bien; el consumidor bien podría elegir otro. Si no fuera así, probablemente los oferentes de bienes y servicios dejarían de ofrecerlos debido a la incertidumbre que les generaría la posibilidad de que el precio sea modificado. No obstante, tal como sucede en las leyes sobre defensa del consumidor, dada la probabilidad de que los proveedores se aprovechen de la racionalidad limitada de los consumidores, quizá dichas normas no deban permitir que las personas puedan aceptar contratos en los que renuncian a la facultad de presentar una demanda civil por defectos en el producto. Alternativamente, quizá ese tipo de cláusulas de renuncia no deba aceptarse porque no deseamos que los consumidores pierdan la opción de presentar demandas civiles. Ello también puede comprometerme con la segunda tesis de Kronman: el derecho contractual puede ser utilizado para promover fines distributivos o redistributivos, aunque sea de un modo modesto. Ahora bien, como explica Papayannis, “una vez que las partes adhieren al sistema de intercambio, el incumplimiento y los remedios sí pueden ser explicados por la justicia correctiva. Pero ello limita significativamente el carácter privado de los contratos...”³⁷.

VI. Palabras finales

En esta respuesta a mis críticos he seguido el siguiente orden. Siguiendo la sugerencia de De la Maza Gazmuri, comencé clasificando a mi teoría como teoría interpretativa del derecho contractual.

Este tipo de teorías tienen por objetivo explicar el derecho vigente a la luz de ideales normativos. Los artículos de mis críticos se concentran tanto en el fundamento normativo de mi teoría como en el hecho de que esta no explica el derecho contractual vigente. En la primera sección del trabajo, me concentré en las críticas de Papayannis y Rengifo Gardezabal al fundamento normativo de mi teoría. En mis respuestas, expliqué en qué sentido mi teoría es diferente de la de los libertarios; también intenté mostrar que el énfasis en el reino de los fines kantiano no es incompatible con una concepción objetivista de la formación contractual. En la segunda parte del trabajo traté la crítica compartida por los tres comentaristas: la teoría que desarrollo en *Reasonableness and Responsibility* no da cuenta del derecho contractual vigente, en particular, de las relaciones contractuales de hecho y de los contratos de adhesión. En mi respuesta, sugerí que la teoría sí puede dar cuenta de las relaciones contractuales de hecho. En cambio, mi énfasis en el carácter privado y de justicia correctiva del derecho contractual me priva de la posibilidad de dar cuenta de los contratos de adhesión. En el caso de los contratos de adhesión, nos preocupa si, dado que los consumidores no leemos todas sus cláusulas, la asimetría de información entre proveedores y consumidores pueda derivar en un escenario de “aprovechamiento injusto sistémico” de la situación de los consumidores. Como explica Papayannis, mi teoría, en definitiva, debería tener que aceptar que, si bien el derecho contractual es derecho privado porque deja en mano de los particulares la decisión de vincularse contractualmente o de no hacerlo, puede al mismo tiempo ser utilizado para promover objetivos sociales valiosos —este caso, es un objetivo social valioso permitir que las personas puedan intercambiar bienes y servicios, pero sin que haya un aprovechamiento abusivo basado en la asimetría de información—. Agradezco nuevamente a mis comentaristas por sus valiosos análisis y espero en el futuro poder honrar sus comentarios desarrollando en más detalle el fundamento del derecho contractual.

Bibliografía

- De la Maza Gazmuri, I., “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado? *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fernando Fueyo Laneri, 2003.
- De la Maza Gazmuri, I., “Razonabilidad y responsabilidad: A propósito de la teoría del derecho contractual del profesor Martín Hevia”. *Discusiones*, XV, 2014, págs. 85-100.
- Gordley, J., *Foundations of Private Law*, Cambridge: Oxford University Press, 2006.
- Gordley, J., *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Cambridge: Oxford University Press, 1991.
- Hevia, M., *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law*, Dordrecht, Springer, 2012.
- Nozick, R., *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, Nueva York, 1973.
- Papayannis, D., “La insportable levedad de la justicia correctiva en el derecho contractual”. *Discusiones*, XV, 2014, págs. 101-144.
- Papayannis, D., “Teorías de la responsabilidad extracontractual”, en Hevia, M., *Teoría y Crítica del Derecho Civil y Comercial*, Fontamara, México, 2012.
- Rawls, J., *Justice as Fairness - A Restatement*, The Belknap Press of The Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 2001.
- Rengifo Gardeazábal, M., “Teoría del contrato, libertad y determinismo social: La Posición Incompatibilista”. *Discusiones*, XV, 2014, págs. 49-84.
- Rengifo Gardeazábal, M., *Teoría General de la Propiedad*, Temis, Bogotá, 2011.
- Smith, S., *Contract Theory*, Cambridge, Oxford University Press, 2004.
- Sunstein, C. S. y Thaler, R. H., *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven: Yale University Press, 2008.

Sección II

Discusiones:
Cortes

La unión entre personas del mismo género: ¿cuán importantes son los textos y las instituciones?

Virgílio Afonso da Silva*

Recepción: 18/11/14.
Revisiones: 2/3/2015.
Aceptación: 19/3/15.

Resumen: A la par de la tendencia internacional, el Supremo Tribunal Federal (STF) de Brasil ha decidido, por unanimidad, permitir que dos personas del mismo género celebren una unión de hecho. En este texto, defiendo que, aunque haya alcanzado importantes e innegables progresos sustantivos, el fallo del STF sobre la unión de hecho entre personas del mismo género suscita diversas objeciones formales e institucionales. Por un lado, en el ámbito normativo, Brasil tiene la regulación sobre matrimonio y unión de hecho más específica en lo que se refiere al género de todos los países aquí analizados. Por otro lado, en el ámbito institucional, Brasil es el único país en el cual el

* Profesor Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo. Email: vas@usp.br

Este artículo fue parcialmente escrito durante mi estadia de investigación en la Universidad Humboldt de Berlín. Quiero expresar mi agradecimiento a Dieter Grimm, mi anfitrión académico en Berlín, y a la Fundación Humboldt, que me concedió una Humboldt Research Fellowship for Experienced Researchers. También me gustaría agradecer a Kai Möller, David Bilchitz, Conrado H. Mendes, Octávio Ferraz, Carlos Bernal Pulido, Ligia Fabris Campos y Daniel Sarmento por sus comentarios a una versión preliminar de este artículo. Finalmente, me gustaría agradecer a Paula Gaido por haber sugerido mi nombre para colaborar, y a los comentarios de Sebastián Elías y el referee anónimo de la revista.

poder legislativo fue completamente ignorado durante todo el proceso. Si el STF hubiese tomado en serio el valor del texto legal y de las instituciones, el desenlace probablemente habría sido mucho mejor para la Corte en sí, para el Congreso, para la sociedad civil como un todo y especialmente para las parejas de mismo género, que aún hoy no tienen los mismos derechos atribuidos a las parejas de género diferente.

Palabras clave: género, unión civil, marriage.

Abstract: Together with the international trend, the Federal Supreme Court (STF) of Brazil has decided, unanimously, to allow the fact that two people of the same gender can celebrate a civil union. In this paper, I affirm that although the sentence of the STF has reached important and undeniable substantive progresses on the civil union between people of the same gender, it brings different substantive formal and institutional objections. On one hand, on the normative scope, Brazil has the most specific regulation on marriage and civil union referred to gender matters of all the states analyzed here. On the other hand, on the institutional scope, Brazil is the only country in which the legislative power was completely ignored during the whole process. If the STF had taken seriously the value of the legal text and the institutions, the outcome probably would have been much better for the Court itself, for the Congress, for the civil society as a whole and specially for the same gender couples, who still today do not have the same rights that the couples of the different gender have.

Key words: gender, civil union, marriage.

I. Introducción

A la par de la tendencia internacional hacia una expansión de los conceptos de matrimonio y unión de hecho que incluya a las parejas de un mismo género, el Supremo Tribunal Federal ha decidido, por unanimidad, que el artículo 1723 del Código Civil brasileño, el cual define el concepto de unión de hecho como la unión entre un hombre y una mujer, debe interpretarse de tal forma que permita que dos personas del mismo género celebren una unión de hecho. En este texto, mi intención es analizar ese fallo. No pretendo, sin embargo, analizar los aspectos sustantivos del matrimonio entre personas del

mismo género, ya sea en abstracto o en el caso concreto de Brasil. El enfoque del presente artículo es más bien *formal y procedimental*. Defiendo que, desde una perspectiva formal y procedimental, el caso brasileño se distingue de las demás experiencias de ampliación del concepto de matrimonio o de unión de hecho en las últimas décadas y presenta varias cuestiones problemáticas.

Se debe enfatizar, desde ya, que el hecho de que el enfoque se haya desplazado de un análisis sustantivo a uno formal y procedimental no implica, de cualquier manera, una estrategia elaborada para atacar los matrimonios entre personas del mismo género por otros medios. Al contrario, quedará evidente a lo largo de este artículo que, en lo que se refiere al desenlace sustantivo del fallo brasileño, no hay divergencias relevantes entre mi posición sobre el tema y la que suscribe el Supremo Tribunal Federal. En realidad, si hay alguna discrepancia, es porque considero que no solo la unión de hecho, sino también el matrimonio debería haber sido ampliado a fin de incluir a las parejas del mismo género¹. Desde una perspectiva sustantiva, considero que limitar tanto el matrimonio como la unión de hecho a parejas de género diferente es incompatible con diversos principios constitucionales, de los cuales el más obvio es el de la igualdad ante la ley. Dicho eso, acepto, como premisas sustantivas del presente artículo, los principales argumentos sustantivos presentados en decisiones tomadas por parlamentos, así como en los fallos de algunas cortes constitucionales en los últimos años.

A fin de sustentar que el caso brasileño, no obstante exhibir semejanzas sustanciales, se distingue de los casos de otros países, este artículo ha sido organizado de la siguiente manera: en los tópicos 2 y 3, presento un breve resumen de las acciones de inconstitucionalidad presentadas y del fallo del Supremo Tribunal Federal. Luego, en los tópicos 4 a 6, propongo establecer una conexión entre dos dicotomías: (1) parlamentos y cortes; y (2) normas e instituciones. A seguir, en el tópico 7, procuro analizar de qué manera el Supremo Tribunal Federal generalmente articula la idea de deferencia. En el tópico 8 me valgo

¹ Con todas las consecuencias que un matrimonio tradicional implica, especialmente la posibilidad de adopción.

de ejemplos de derecho comparado, especialmente de África del Sur y de Colombia, para ofrecer una alternativa al discurso de deferencia puramente retórico de esa Corte. Los ejemplos de derecho comparado demuestran que la estrategia utilizada por el Supremo Tribunal Federal —la cual denomino “atajo institucional” (*institutional bypass*)— no solo era innecesaria, sino que también generó diversos problemas que analizo en el tópico 9. El tópico 10 es la conclusión del artículo.

II. Las acciones de inconstitucionalidad

Dos acciones de control concentrado de constitucionalidad distintas, pero muy semejantes, sobre uniones de hecho entre personas del mismo género fueron presentadas ante el Supremo Tribunal Federal. La primera de ellas, la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental 132 (ADPF 132), fue enjuiciada por el gobernador del estado de Río de Janeiro el 27 de febrero de 2008 y la segunda, la Acción Directa de Inconstitucionalidad 4277 (ADI 4277)², fue enjuiciada por la Fiscalía General de la República en 2 de julio de 2009. Debido a sus semejanzas, ambas fueron juzgadas conjuntamente.

En resumen, en las dos acciones se argumentaba que restringir la unión de hecho a parejas de género diferente es incompatible con varios principios constitucionales, en especial: la protección de la dignidad humana (artículo 1, apartado III de la Constitución Federal de Brasil), la prohibición de cualquier forma de prejuicio (artículo 3, apartado IV), la igualdad ante la ley (artículo 5, *caput*), la libertad (artículo 5, *caput*) y la seguridad jurídica (artículo 5, *caput*).

Las dos acciones también manejaban de modo semejante el hecho de que la Constitución brasileña estableciera explícitamente que las uniones de hecho existen entre “el hombre y la mujer” (artículo 226,

² Para detalles sobre las diferentes acciones de control de constitucionalidad en Brasil, cf. Silva, V.A., “Supremo Tribunal Federal”, en E. Ferrer MacGregor (org.), *Crónica de tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Buenos Aires/México, Marcial Pons/UNAM, 2009, págs. 85-106.

párrafo 3)³. Defendían que esa disposición debería interpretarse “teleológicamente”, con lo que se afirmaba, en síntesis, que como había sido incluida con el objetivo de *expandir* la protección de personas que prefirieran tan solo convivir, en lugar de casarse, sería contradictorio utilizarla ahora para *restringir* la protección de parejas únicamente porque el texto se refiere al “hombre y la mujer”.

Además, el requirente de la ADI 4277 argumentaba que, como la acción trataba de varios derechos constitucionales básicos, no sería posible esperar hasta que la cuestión se resolviese por vía legislativa. De modo similar, la requirente de la ADPF 132 sostenía que la ausencia de regulación de la unión de hecho entre personas del mismo género debería ser sanada por medio de la aplicación (judicial) analógica del artículo 1723 del Código Civil brasileño, el cual regula la unión de hecho entre personas de género diferente.

III. El fallo

Redactar el resumen de un fallo del Supremo Tribunal Federal o encontrar su *ratio decidendi* es una tarea muy difícil. Debido al estilo de tomar decisiones mediante la declaración de votos en serie y dado que, en rigor, no hay una opinión de la corte, sino solo una secuencia de once votos escritos, es casi siempre difícil y muchas veces imposible identificar claramente cuáles fueron las razones subyacentes de un determinado fallo, si bien es posible llegar al resultado por medio de un esquema binario del tipo “constitucional/inconstitucional”. Los únicos productos finales de ese proceso decisorio son el sumario (*ementa*) y la resolución (*acórdão*). El sumario es una síntesis del fallo (en general, no más que algunas frases). A su vez, la resolución es una especie de “resultado definitivo”, un texto muy conciso (de uno o dos párrafos, en general) que indica si el fallo fue por unanimidad o

³ Constitución de Brasil, artículo 226, párrafo 3: “Para los efectos de la protección del Estado, se reconoce la unión de hecho entre el hombre y la mujer como entidad familiar, para lo cual la ley debe facilitar su conversión en matrimonio”.

por mayoría de votos y si la ley fue considerada parcial o totalmente constitucional o inconstitucional.

En el Supremo Tribunal Federal, las sesiones plenarias son, en general, “sesiones de lectura de votos”, en vez de “sesiones deliberativas”. Eso significa que, especialmente cuando el caso despierta gran interés, los once magistrados ya han redactado sus votos al abrirse la sesión. En otras palabras: los magistrados redactan sus votos sin conocer el voto del ponente (*relator*) o de cualquier otro magistrado⁴.

Por lo tanto, aunque dictada por unanimidad, el fallo con respecto a la unión de hecho entre personas del mismo género sigue ese modelo, lo que vuelve imposible identificar claramente sus razones subyacentes, aun cuando se pueda conocer el contenido del fallo por medio del resultado final, pues todos los magistrados votaron a favor de permitir la unión de hecho entre personas del mismo género en Brasil. En los párrafos que siguen, trataré de resumir los argumentos invocados por el ponente del pleito, el magistrado Ayres Britto, y a lo largo del artículo también mencionaré los argumentos de otros magistrados.

El magistrado Ayres Britto argumentó que el artículo 1723 del Código Civil brasileño (que regula las uniones de hecho en Brasil) debería ser objeto de una “interpretación conforme a la Constitución”, lo que, en su opinión, implicaría prohibir cualquier interpretación que negase el *status* de familia a parejas del mismo género. Además, el reconocimiento de parejas del mismo género como entidades familiares debería seguir las mismas reglas y tener las mismas consecuencias que las uniones de hecho entre personas de género distinto⁵. Como ocurre frecuentemente en el Supremo Tribunal Federal, el voto del magistrado Ayres Britto se aproxima más a un raciocinio de estilo enciclopédico que a una resolución judicial. Después de dedicar varias páginas a la citación de filósofos y juristas (así como de poetas y compositores), el magistrado resume su justificación en las siguientes etapas: la

⁴ Cfr. Silva, V.A., “Deciding Without Deliberating”, *International Journal of Constitutional Law*, 11, 2013, págs. 569-570.

⁵ Supremo Tribunal Federal, ADI4277/ADPF132, voto escrito del magistrado ponente (Ayres Britto), pág. 656 (el fallo está disponible en <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=628635>>).

constitución brasileña prohíbe expresamente cualquier tipo de prejuicio, incluso de género. En su opinión, de ahí se deduce que cualquier forma de prejuicio basada en la orientación sexual también debe considerarse constitucionalmente prohibida⁶. Acto seguido, analiza el concepto de familia. Su argumento es que la porción más importante del artículo 226 es su parte inicial (“La familia, base de la sociedad, goza de especial protección del Estado”), no sus párrafos. Por consiguiente, aunque los párrafos mencionen “hombre y mujer”, la parte inicial se refiere únicamente a la “familia”, y es la familia —y no uno u otro tipo de matrimonio o unión de hecho— la que goza de protección especial del Estado⁷. De acuerdo con el razonamiento del magistrado, la familia es un hecho cultural y no biológico. Por lo tanto, es irrelevante que sea constituida formal o informalmente y lo es aún más que se componga de parejas de igual o distinto género⁸. En otras palabras, el magistrado argumentó que el concepto de familia debería guiar la interpretación de los demás párrafos y artículos de ese capítulo de la Constitución, y no lo contrario.

Aunque las reclamaciones de los requirentes se refirieran al concepto de unión de hecho, el magistrado Ayres Britto prácticamente ignoró la disposición constitucional acerca del tema (artículo 226, párrafo 3). Se limitó a argumentar que dicha disposición no puede interpretarse de manera reduccionista⁹ y que, si bien la constitución menciona que la unión de hecho es entre un hombre y una mujer, no prohíbe otros tipos de unión de hecho que puedan aparecer en el futuro. En los tópicos siguientes, pretendo analizar el fallo del Supremo Tribunal Federal a fin de establecer una conexión entre dos dicotomías: (1) parlamentos y cortes; y (2) normas e instituciones.

IV. Parlamentos, cortes y constituciones

Uno de los principales problemas procedimentales que subyacen tras el debate sobre el matrimonio o la unión de hecho entre personas del

⁶ *Ibidem*, pág. 640.

⁷ *Ibidem*, pág. 644.

⁸ *Ídem*.

⁹ *Ibidem*, pág. 653.

mismo género es una discusión sobre competencia y legitimidad. Esa discusión asume la forma de una dicotomía entre parlamentos y cortes: ¿la decisión acerca de la posibilidad de permitir que parejas del mismo género contraigan matrimonio o formen una unión de hecho debe ser tomada por el legislativo, por motivo de su *pedigrí* democrático, o se trata de una cuestión de interpretación constitucional y legal, así como de un problema de protección de un derecho de minorías, que no solo permite la actuación de las cortes, sino que *exige* su participación?¹⁰

Aunque dicho debate sea de una importancia fundamental, ha sido conducido sin tener en cuenta los textos constitucionales y sus contextos. La dicotomía parlamentos vs. cortes ignora el hecho de que, a depender, entre otras cosas, de *si* y *cómo* una determinada constitución define los conceptos de matrimonio o de unión de hecho, escoger una u otra vía institucional para ampliar esas definiciones de tal modo que abarquen a las parejas de personas del mismo género puede ser una cuestión que no admita una elección plenamente libre.

En este artículo, presupongo que existe una relación bastante directa entre la regulación constitucional del matrimonio (y de la unión de hecho) y la posibilidad de que las cortes decidan *por sí solas* si las parejas del mismo género pueden casarse o formar una unión de hecho. Esa relación puede establecerse de la siguiente manera: cuanto más detallada sea la regulación del tema y más específica en lo que se refiere al género, menos libertad tienen las cortes para resolver el asunto ellas mismas. Dos sencillos ejemplos son suficientes para ilustrar lo que eso significa.

La Constitución del país *A* declara que “todos son iguales ante la ley” y no contiene ninguna regla con respecto al matrimonio o a la unión de hecho. Una ley ordinaria en el país *A* (un

¹⁰ No es necesario decir que esas dos alternativas (legislativo vs. corte) no son mutuamente excluyentes. En realidad, activistas y litigantes (en ambos los lados de la controversia) utilizan estratégicamente esas dos posibilidades institucionales. Sobre el caso de Brasil, cfr. Schulenberg, S. “Policy Stability without Policy: The Battle over Same-Sex Partnership Recognition in Brazil”, in J. Pierceson et. al. (eds.), *Same-Sex Marriage in the Americas*, Lanham, Lexington Books, 2010, págs. 93-128.

Código Civil, por ejemplo) establece que el matrimonio es la “unión entre el hombre y la mujer”.

La Constitución del país *B* no solo establece que “todos son iguales ante la ley”, sino también que el matrimonio y la unión de hecho son uniones “entre el hombre y la mujer”. Una ley ordinaria en el país *B* (un Código Civil, por ejemplo) contiene un artículo con idéntica redacción, el cual establece que el matrimonio y la unión de hecho son uniones “entre el hombre y la mujer”.

Parece plausible sostener que la Corte Constitucional del país *A* tiene más libertad interpretativa que la del país *B*. Entre otras cosas, eso significa que la Corte Constitucional del país *A* puede declarar más fácilmente la inconstitucionalidad e invalidez de los artículos del Código Civil que restrinjan el matrimonio y la unión de hecho a parejas de género distinto, pues puede sostener que son incompatibles con el principio constitucional de la igualdad.

Por el contrario, le resultaría difícil a la Corte Constitucional del país *B* declarar inconstitucional e inválido un artículo del Código Civil que fuese una copia perfecta de un artículo de la propia Constitución. Si el control de la constitucionalidad de la ley significa verificar la compatibilidad de las leyes ordinarias con la constitución de un país, es difícil que haya algo más compatible que una copia exacta del texto constitucional.

Si mi suposición es correcta, entonces —por lo menos desde la perspectiva del derecho constitucional— vale la pena saber de qué manera una determinada constitución regula el tema antes de definir los caminos que se pueden seguir al buscar la igualdad ante la ley¹¹.

Para los fines de este artículo, se puede establecer una simple clasificación de textos constitucionales en tres grandes categorías: (i) constituciones sin ninguna disposición sobre el matrimonio o la unión de hecho; (ii) constituciones con disposiciones sobre el matrimonio y/o la unión de hecho que sean neutras en lo que se refiere al género; (iii)

¹¹ La observación “desde la perspectiva del derecho constitucional” es importante aquí para enfatizar que mi objetivo no es analizar desenlaces sustantivos. Por lo tanto, desde otras perspectivas (el más obvio ejemplo sería la perspectiva de la litigación estratégica) lo que se considera legítimo puede ser muy distinto.

constituciones con disposiciones sobre el matrimonio y/o la unión de hecho en las cuales los géneros estén expresamente determinados¹². Con base en esa clasificación, es posible organizar en las dos tablas que siguen las constituciones o documentos constitucionales de los países en los que se permite el matrimonio o la unión de hecho entre personas del mismo género¹³:

Tabla 1. Regulación constitucional en países que permitieron el matrimonio entre personas del mismo género.

Ninguna disposición	Disposiciones neutras en lo que se refiere al género	Disposiciones específicas en lo que se refiere al género
África del Sur, Argentina, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Francia, Islandia, Luxemburgo, Noruega, Suecia, Países Bajos, Uruguay.	Portugal (art. 36).	España (art. 32).

¹² Además de esas posibilidades, podría haber otras más extremas, por ejemplo una constitución que no solo contuviera disposiciones específicas respecto del género en los matrimonios, sino que también prohibiera expresamente el casamiento entre personas del mismo sexo, como es el caso de diversas constituciones estatales en los Estados Unidos. Esa categoría, no obstante, no será considerada en este artículo.

¹³ En las dos tablas he incluido tan solo países en los cuales el matrimonio o la unión de hecho entre personas de un mismo género son permitidos nacionalmente. Por lo tanto, han quedado excluidos los países en los que el matrimonio o la unión de hecho entre personas de un mismo género son permitidos únicamente dentro de ciertas entidades subnacionales, tal como los estados de una federación.

Tabla 2. Regulación constitucional en países que permitieron tan solo la unión de hecho entre personas del mismo género.

Ninguna disposición*	Disposiciones neutras en lo que se refiere al género	Disposiciones específicas en lo que se refiere al género
Alemania, Andorra, Austria, Croacia, Eslovenia, Finlandia, Hungría, Irlanda, Liechtenstein, Malta, República Checa, Suiza.	Colombia (art. 42**), Ecuador (art. 68).	Brasil (art.226,§3).

* Además de los países mencionados en esa columna, Nueva Zelandia y el Reino Unido también deberían ser mencionados como países que permitieron la unión de hecho entre personas de un mismo género. No obstante, no los he incluido en esa tabla porque en esos casos no es posible establecer una verdadera relación de jerarquía entre documentos constitucionales y las leyes ordinarias.

** La Constitución colombiana regula tanto el matrimonio como la unión marital de hecho exactamente en la misma disposición (artículo 42). Por lo tanto, es una cuestión de interpretación saber si la mención de “hombre y mujer”, vinculada al concepto de matrimonio, se refiere únicamente al matrimonio o también a la unión marital de hecho. Para una breve discusión sobre esa cuestión, cfr. el voto del magistrado Araújo Rentería en la sentencia sobre la unión de hecho entre personas de un mismo género en Colombia (Sentencia 29/2009, de 29.jan.2009, disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-029-09.htm>>).

Las tablas muestran que 12 de los 14 países en los que la definición de matrimonio fue ampliada de tal forma que abarcara las parejas de un mismo género tienen constituciones sin ninguna disposición sustancial sobre el matrimonio. Por otro lado, de los países que extendieron la unión de hecho, pero no el matrimonio, a las parejas de un mismo género, 12 tienen constituciones sin ninguna disposición sobre ese tipo de unión, dos tienen disposiciones neutras en lo que se refiere al género¹⁴ y solo uno —Brasil— tiene disposiciones sobre la unión de

¹⁴ Los dos países son Colombia y Ecuador. El caso de Colombia es un poco más complejo que el de Ecuador. Sobre aquel, cfr. la nota 15, arriba; sobre este último, cfr. la nota 32, abajo.

hecho (así como sobre el matrimonio) que son específicos en lo que se refiere al género.

Las dos tablas pueden reforzar las suposiciones que afirmé más arriba. Es difícil que sea una coincidencia que todos los países que más garantizaron la protección y el tratamiento igualitario de parejas de géneros diferentes y de un mismo género tengan constituciones que no regulen el tema.

Sin embargo, se podría argumentar que la tabla 2 debilita mi suposición, ya que plantea la cuestión de por qué los países en la primera columna extendieron la definición de unión de hecho a las parejas de un mismo género, pero no la del matrimonio. En otras palabras, si la constitución guarda silencio sobre ese asunto, ¿por qué no avanzaron más, mediante la ampliación no solo de la definición de la unión de hecho, sino también de la del matrimonio?

Tal tipo de objeción, no obstante, resulta de una malinterpretación de mi suposición. No afirmo que la ausencia de regulación constitucional del matrimonio (o de la unión de hecho) *fomente* la ampliación de la definición de matrimonio (o de la unión de hecho) a fin de incluir a las parejas de un mismo género. Tal suposición no solo es inverosímil e ingenua, sino que sería fácilmente refutada, ya que las constituciones de la mayoría de los países donde no se permiten el matrimonio ni la unión de hecho entre personas del mismo género no contienen ninguna disposición sobre el tema. Mi argumento es algo menos ambicioso: cuanto más detalladamente el tema es regulado en la constitución, menos libertad interpretativa tienen las cortes para extender la definición de matrimonio y de unión de hecho a parejas de un mismo género.

Pero todavía se puede hacer una objeción. A pesar de que mi suposición —como acabo de sostener— no considere que los silencios constitucionales tengan un efecto fomentador, claramente atribuye algún efecto a las normas de jerarquía constitucional, pues presupone que si una constitución regula el tema minuciosamente, y lo hace de manera específica en lo que se refiere al género, hay menos margen para que las cortes extiendan la definición de matrimonio a las parejas de un mismo género. Pero si eso fuera verdad, ¿cómo se explicaría el

caso de España, un país cuya Constitución contiene una disposición sobre el matrimonio específica en lo que se refiere al género y que, no obstante, amplió su definición de tal forma que incluyese a las parejas de un mismo género? Hablaré de ese tema más adelante¹⁵.

No ignoro el hecho de que, para muchos autores, mi suposición parece atribuir mucha importancia a la dimensión textual de la interpretación constitucional. De hecho, en el debate académico, antes e incluso después del fallo del Supremo Tribunal Federal, cualquier intento de enfatizar la carga argumentativa establecida por el artículo 226, párrafo 3 de la Constitución brasileña (“... la unión de hecho entre el *hombre* y la *mujer*...”) fue rápidamente rotulado como formalismo¹⁶ o positivismo¹⁷.

Sin embargo, aunque pueda ser verdad que no toda disposición constitucional se deba interpretar con la misma literalidad en todos los casos —pues existen innumerables razones para tomar el significado de las palabras más o menos literalmente, según el contexto— también es verdad que se deben mencionar expresamente las razones por las cuales en algunos casos se toman las palabras menos literalmente. El uso indiscriminado de rótulos como “formalismo” y “positivismo” está lejos de ser suficiente.

La objeción relativa al formalismo o textualismo suena aún más fuera de lugar en el debate brasileño debido a un argumento adicional utilizado no solo en el contexto académico, sino también en el ámbito judicial. De acuerdo con la parte actora en la ADI 4277, la prevalencia del principio de la igualdad ante la ley frente a la disposición que restringe la unión de hecho a parejas de género diferente “caería por tierra si hubiera una prohibición textual a la unión entre personas del mismo

¹⁵ Cfr. tópico 5.2.

¹⁶ Cfr., por ejemplo, Moreira, A.J., “We Are Family! Legal Recognition of Same-Sex Unions in Brazil”, *American Journal of Comparative Law*, 60, 2012, págs. 1025 y 1036. En portugués, cfr. Farias, C.C. & Rosenvald, N., *Direito das famílias*, 2.ª ed, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, pág. 64.

¹⁷ Cfr., por ejemplo, Vecchiatti, P.P.I., “União estável homoafetiva e a constitucionalidade de seu reconhecimento judicial”, *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, 14, 2010, pág. 68.

género”¹⁸. Un argumento semejante fue presentado por Sarmento: “Si hubiera una determinación constitucional expresa que excluyera la unión entre personas de un mismo género del catálogo de las entidades familiares, habría necesidad de renunciar al debate hermenéutico y recurrir al poder de reforma constitucional”¹⁹. Los propios magistrados han afirmado repetidamente que la ausencia de una disposición constitucional explícita que prohibiera que parejas de un mismo género celebraran uniones de hecho era un requisito de su fallo²⁰.

No obstante, ¿qué ocurriría si hubiera una disposición expresa? Poco después de sostener que enfatizar la carga argumentativa establecida por el artículo 226, párrafo 3 de la Constitución brasileña es un tipo de formalismo, suena extraño, como mínimo, afirmar que si la disposición fuera un poco más explícita y declarase, por ejemplo, que “*solo* la unión de hecho entre el hombre y la mujer serán reconocidas como entidad familiar”, entonces el debate no podría llevarse adelante. La inconsistencia de dicho razonamiento quedaría aún más evidente si, en lugar de “mismo género”, se mencionase “diferentes religiones” o “piel de color distinto”. Es decir, ¿qué se debería hacer si una constitución prohibiese expresamente el matrimonio o la unión de hecho interracial o interreligiosa? ¿Sería necesario aceptar esa premisa y aguardar tiempos mejores? ¿No sería eso un tipo de formalismo o textualismo también?²¹

V. Tomar el texto en serio

El texto es importante. Aun cuando no nos ofrezca, la mayoría de las veces, razones conclusivas y definitivas para decidir de una u otra

¹⁸ ADI 4227, petición de la procuradora general de la república, pág. 29, § 105.

¹⁹ Sarmento, D., “Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais”, en D. Sarmento *et al.* (eds.), *Igualdade, diferença e direitos humanos*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2008, pág. 651. Cfr. también Vecchiatti, “União estável homoafetiva”, págs. 69-70.

²⁰ Cfr. por ejemplo los votos de los magistrados Gilmar Mendes (pág. 788) y Marco Aurélio Mello (pág. 820).

²¹ Volveré a esos asuntos más adelante (cfr. tópico 9.2).

forma, el texto establece límites interpretativos o deberes argumentativos. Si la Constitución brasileña no solo declara que “todos son iguales ante la ley”, sino también que el matrimonio y la unión de hecho ocurren “entre el hombre y la mujer”, la relación entre esas dos disposiciones debe ser adecuadamente analizada. Algunas posibilidades básicas son: (i) entre ambas disposiciones hay una relación “regla especial vs. regla general” o una relación “regla vs. principio”; (ii) ambas disposiciones son completamente independientes entre sí.

V.1. Regla general vs. regla especial o principio vs. regla

En el ámbito jurídico, el conflicto entre una regla general y una regla especial de igual jerarquía se resuelve mediante la aplicación de una metarregla formal: *lex specialis derogat legi generali*, es decir, la regla especial prevalece sobre la regla general. La aplicación de esa metarregla conduce a la siguiente conclusión: si una constitución establece que todos son iguales ante la ley y la misma constitución introduce una excepción a esa regla general, entonces dicha excepción es válida y aplicable. La justificación de esa metarregla es simple: resolver el conflicto de modo inverso necesariamente despojaría la regla especial de todo sentido posible. Ese tipo de relación —“regla general vs. regla especial”— es muy común en una constitución. Hay varias otras reglas en la constitución brasileña que establecen excepciones a la cláusula general de igualdad (así como a otras cláusulas generales).

Sin embargo, se podría argumentar que el caso de la unión de hecho entre personas de un mismo género no supone un conflicto entre dos reglas, sino una tensión entre un principio y una regla. No obstante, si se sigue la conceptualización de principios y reglas más difundida en los ámbitos académico y judicial brasileños —la teoría de los principios desarrollada por Robert Alexy²²—, la estrategia tampoco producirá mejores resultados, por lo menos no por sí sola. Como tanto el principio (igualdad) como la regla (unión de hecho = hombre y mujer)

²² Cfr. Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, 2.^a ed, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994.

tienen *status* constitucional, la estrategia de sostener que el principio prevalece sobre la regla también despoja a esta última de todo sentido posible. Por lo tanto, es forzoso concluir que la regla prevalece sobre el principio y no a la inversa²³.

Es fácil percibir que mi descripción de las dos estrategias (regla especial vs. regla general y regla vs. principio) presupone que la disposición: “se reconoce la unión de hecho entre el hombre y la mujer como entidad familiar” significa que el Estado reconoce la unión de hecho si y tan solo si es entre un hombre y una mujer. Esa es la interpretación más estricta posible del texto y necesariamente lleva a la conclusión de que cualquier acto estatal que reconozca la unión de hecho de parejas de un mismo género debería ser considerado inconstitucional. En otras palabras: ni una ley ordinaria ni un fallo judicial podrían extender ese concepto a parejas de un mismo género.

V.2. Sin relación necesaria

Aun así, todavía sería posible argumentar que el hecho de que la disposición sobre la unión de hecho (o sobre el matrimonio) en la constitución brasileña mencione “hombre y mujer” no impide la creación de otras formas de unión de hecho y matrimonio. Sin embargo, difícilmente eso se debe a las razones invocadas por incontables autores, así como por los magistrados del Supremo Tribunal Federal, en la medida en que sus argumentos se basan en la primacía del principio de la igualdad sobre la regla relativa a la unión de hecho.

Para mantener la validez y la aplicabilidad de la regla constitucional acerca de la unión de hecho (“entre el hombre y la mujer”) y aun así justificar una ampliación del concepto de unión de hecho que abarcase a las parejas de un mismo género, es necesario adoptar una estrategia interpretativa diferente. De acuerdo con esa estrategia, las disposiciones constitucionales que regulan el matrimonio y la unión de hecho (“entre el hombre y la mujer”) significan simplemente que

²³ Para el concepto de reglas como límite de principios, cfr. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pág. 258.

el casamiento y la unión de hecho entre personas de género diferente son incuestionablemente reconocidos por el Estado y exigen que la ley ordinaria los regule. Pero esas disposiciones *no impiden necesariamente la creación de otros tipos de matrimonio por la vía de la ley ordinaria*²⁴. En otras palabras, la constitución no es la única (ni necesariamente la más importante) fuente de instituciones de derecho privado. En realidad, la mayoría de esas instituciones (contratos, responsabilidad civil, fideicomiso, etc.) casi no son mencionadas en la Constitución y son directamente reguladas por el Código Civil. ¿Por qué no podría la unión de hecho entre personas de un mismo género seguir el mismo camino?

De hecho, ese fue el camino elegido por el parlamento español. Conforme se mencionó anteriormente, la Constitución española contiene una disposición sobre el matrimonio que es específica en lo que se refiere al género²⁵. Aun así, el parlamento español aprobó una ley (Ley 13/2005) que extiende el matrimonio a parejas de un mismo género. Entre otras cosas, esa ley le añadió un párrafo al artículo 44 del Código Civil español, el cual declara que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. En su exposición de motivos, el parlamento justifica su decisión exactamente de la manera que presenté arriba, es decir, mediante la afirmación de que el uso de los términos “hombre” y “mujer” en la disposición constitucional que regula el matrimonio tan solo significa que la “garantía constitucional del matrimonio tiene como consecuencia que el legislador no podrá desconocer la institución”, pero que eso “no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva”²⁶. La constitucionalidad de dicha

²⁴ En ese sentido, cfr. Barroso, L.R., “Diferentes, mas iguais”, en D. Sarmiento *et al.* (eds.), *Igualdade, diferença e direitos humanos*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2008, pág. 688; Lobo, P.L.N., “Entidades familiares constitucionalizadas”, *Revista Brasileira de Direito de Família*, 12, 2002, págs. 40-55; Schulenberg, “Policy Stability without Policy”, pág. 101.

²⁵ Cfr. tópico 4, arriba.

²⁶ Boletín Oficial del Estado, 2. jul. 2005, pág. 23632.

ley —así como también la solidez de esa justificación— fue analizada por la Corte Constitucional española, que el 6 de noviembre de 2012 decidió avalarla²⁷.

A estas alturas, sería posible que alguien argumentara que, si se debe aceptar la justificación alegada por el parlamento español, entonces la suposición que presenté arriba²⁸ no puede establecer un efecto bloqueador sobre una disposición constitucional que regula el matrimonio de una manera específica en lo que se refiere al género. De hecho, no puede hacerlo. Mi suposición claramente sigue una lógica “cuanto más..., tanto menos”, es decir “cuanto más específica sea la disposición constitucional en lo que se refiere al género, tanto menos libertad interpretativa tiene la corte”. Pero aunque se entienda que una disposición acerca del matrimonio específica en lo que se refiere al género tiene un efecto bloqueador absoluto (es decir, elimina cualquier libertad interpretativa), eso no significa necesariamente que ese efecto se aplique *al parlamento*. En realidad, mi suposición se refiere *tan solo a las cortes*. Es precisamente en ese punto que la conexión entre normas e instituciones es decisiva.

VI. Hay que conectar normas e instituciones

Tal como argumenté anteriormente, en el debate sobre el matrimonio y la unión de hecho entre personas de un mismo género, una contraposición abstracta entre parlamentos y cortes tiende a ignorar el hecho de que, entre otras cosas dependiendo de *si* y *cómo* una determinada constitución define los conceptos de matrimonio y de unión de hecho, escoger uno u otro camino institucional para ampliar esas definiciones de tal modo que abarquen las parejas de un mismo género puede ser una cuestión que no permita una elección totalmente libre.

La suposición que establecí anteriormente ilustra el argumento y puede ser útil para explicar cómo y por qué el caso brasileño se ha

²⁷ El fallo puede accederse en <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/resolucionesrecientes/Documents/2005-06864STC.pdf>>.

²⁸ Cfr. tópico 4.

desviado de la tendencia generalizada internacionalmente relativa al reconocimiento del matrimonio y/o la unión de hecho entre personas del mismo género. Las tablas 1 y 2, presentadas más arriba, han sido elaboradas con el propósito de indicar las variables normativas. La tabla 3, más abajo, se refiere a los mismos países, aunque aquí están clasificados según una variable institucional definida en función de la institución que reconoció el matrimonio o la unión de hecho entre personas del mismo género²⁹.

La tabla 3 muestra claramente que en casi todos los países en los cuales se reconoció el matrimonio o la unión de hecho entre personas de un mismo género, dicho reconocimiento se obtuvo por vía legislativa. Solo hay una excepción: Brasil³⁰.

A estas alturas, queda claro por qué el fallo del Supremo Tribunal Federal no se puede comparar a otras experiencias internacionales sin las debidas reservas. Por un lado, en el ámbito normativo, Brasil tiene la regulación sobre matrimonio y unión de hecho *más específica en lo que se refiere al género* de todos los países aquí analizados. Por otro lado, en el ámbito institucional, Brasil es el *único país en el cual el poder legislativo fue completamente ignorado* durante todo el proceso. El Supremo Tribunal Federal no mostró ninguna señal de deferencia al legislativo. Sin embargo, en general la Corte declara tener el más profundo respeto por la separación de poderes. Analizaré esa cuestión en el próximo tópico.

²⁹ Es necesario hacer dos explicaciones sobre la tabla 3: (1) si una Corte Constitucional o suprema tan solo confirmó la constitucionalidad de una ley editada, se considera que la decisión fue tomada únicamente por el parlamento y (2) se han considerado tan solo los fallos dictados por cortes constitucionales o supremas, es decir, no se han tenido en cuenta sentencias de tribunales inferiores o de cortes subnacionales.

³⁰ Analizaré los casos intermediarios de Colombia y de África del Sur abajo.

Tabla 3. Institución que reconoció el casamiento o la unión de hecho entre personas de un mismo género.

Parlamento	Parlamento y Corte	Corte
Alemania, Andorra, Argentina, Austria, Bélgica, Canadá, Croacia, Dinamarca, Ecuador*, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Hungría**, Irlanda, Islandia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza, Uruguay.	África del Sur, Colombia***.	Brasil.

* El reconocimiento de la unión de hecho en Ecuador en realidad no se debió ni a una ley ordinaria ni a un fallo judicial. La Constitución de Ecuador contiene una disposición sobre el matrimonio y otra sobre la unión de hecho. Aquella (artículo 67) utiliza los vocablos "hombre" y "mujer"; esta emplea el vocablo "personas". Además, el artículo 68 expresamente establece que tan solo las parejas de género distinto pueden adoptar hijos, lo que significa que el uso de "personas" en el artículo 68(1) es un claro reconocimiento de la unión de hecho entre personas de un mismo género. Como ese reconocimiento tuvo lugar a nivel constitucional, aquí se clasifica como una decisión parlamentaria.

** En Hungría, la Corte Constitucional decidió en 1995 un caso sobre las uniones no registradas (decisión 14/1995). Pero la Corte prorrogó el juicio "para asegurar que el parlamento pueda resolver esa situación inconstitucional" (cfr. Szeibert-Erdős, O., "Same-Sex Partners in Hungary: Cohabitation and Registered Partnership", *Utrecht Law Review*, 4, 2008, pág. 213).

*** El caso colombiano es un poco más complejo y, por lo tanto, más difícil de clasificar en esta tabla. La Corte Constitucional estableció en 2011 que el Congreso debe legislar sobre el asunto dentro de dos años (una decisión semejante a la de la Corte Constitucional de África del Sur en el caso Fourie). En contraste, el reconocimiento de la unión de hecho entre personas de un mismo género, aunque haya sido determinado por la Corte Constitucional de Colombia, solo fue posible porque la ley ordinaria emplea términos neutros en lo que se refiere al género al regular el tema.

VII. El Supremo Tribunal Federal y el Congreso en Brasil: un insólito caso de deferencia

El Supremo Tribunal Federal reiteradamente declara que no tiene el poder de obligar al Congreso a legislar³¹. Aunque la Constitución brasileña prevea una acción directa de inconstitucionalidad específicamente diseñada para controlar la omisión legislativa, esa disposición establece que cuando el Congreso no obedece a una determinación constitucional positiva, la Corte puede tan solo *declarar* que existe una situación de omisión legislativa. A la luz de una opinión muy difundida sobre la teoría de la separación de los poderes, el tribunal ha siempre interpretado esa disposición de forma que no se le permita ir más allá de una mera declaración de omisión. En otras palabras, el incumplimiento por parte del Congreso en esos casos no tendría ninguna consecuencia concreta. Según ese mismo entendimiento acerca de la teoría de la separación de los poderes, la Corte sostiene que carece de poder para establecer un plazo para la promulgación de la legislación en cuestión.

En el caso de la unión de hecho entre personas del mismo género, la Corte, por un lado, se ha apegado a su doctrina (retórica) de deferencia: no impone ninguna medida coercitiva para el cumplimiento de sus fallos o siquiera un plazo para que el Congreso legisle. Sin embargo, por otro lado, con base en una paradójica alteración de su muy peculiar opinión acerca de la deferencia, la Corte, sin más ni menos, decidió regular el tema por sí sola, con lo que ignoró por completo al Congreso. Es muy difícil entender una interpretación acerca de la deferencia y de la teoría de la separación de los poderes según la cual una Corte no puede imponerle al Congreso la obligación de legislar ni tampoco puede establecer un plazo para que legisle, pero puede, por sí sola, hacer todo aquello que, *según su propio entendimiento sobre la teoría de la separación de los poderes*, le compete al Congreso.

La respuesta típica a esa crítica es muy simple: por tratarse de una cuestión relativa a derechos fundamentales, la sociedad no puede

³¹ Cfr., por ejemplo, MI670 (2009) y MI708 (2009).

aguardar eternamente en el supuesto de que la institución competente (el Congreso Nacional) permanezca pasiva e inerte³². Con base en el mismo entendimiento, esa omisión es inconstitucional y fundamenta la legitimidad de la Corte para actuar por sí sola, tal como lo hizo el Supremo Tribunal Federal. Sin embargo, esa justificación tan solo enfrenta —si es que se puede decir que lo haga— la objeción institucional, pero no la textual, ni la combinación de ambas.

Como se analizó arriba, si una constitución declara que todos son iguales ante la ley y, al mismo tiempo, establece que la unión de hecho se forma entre un hombre y una mujer, tal hecho puede interpretarse al menos de dos maneras: (1) una regla especial introdujo una excepción a la regla general (o la regla constitucional limitó la amplitud del principio constitucional), o sea, que aunque todos sean iguales ante la ley, solo las parejas de género diferente pueden formar una unión de hecho, y (2) el hecho de que la disposición sobre la unión de hecho en la Constitución brasileña mencione “hombre y mujer” no constituye un impedimento a la creación de otras formas de unión y de matrimonio. Como mostré arriba, de acuerdo con la segunda interpretación, el uso de los vocablos “hombre” y mujer” en las disposiciones constitucionales que regulan el matrimonio y la unión de hecho implica tan solo que el matrimonio y la unión de hecho entre personas de género diferente son incuestionablemente reconocidos por el Estado y exigen que las leyes ordinarias los regulen. Pero esas disposiciones *no impiden necesariamente la creación de otros tipos de matrimonio* por la vía de la ley ordinaria. En ese punto, la conexión entre normas, interpretación e instituciones es decisiva.

De acuerdo con la primera interpretación, el parlamento, en calidad de legislador ordinario, no puede actuar, y eso se debe a una razón formal y jerárquica: las leyes ordinarias no pueden alterar las normas constitucionales. A su vez, si el parlamento no puede actuar, menos aún lo pueden las cortes. De esa forma, la única autoridad legítima que puede alterar el *status quo* sería aquella que la propia

³² Cfr., por ejemplo, Sarmento, “Casamento e união estável”, pág. 652.

constitución considera competente para enmendar la constitución (en el caso de Brasil, 3/5 del Congreso Nacional).

De acuerdo con la segunda interpretación, el Congreso Nacional, en calidad de órgano legislativo legitimado democráticamente, puede crear nuevas formas de matrimonio y de unión de hecho. En ese contexto, la cuestión que se debe responder es si una Corte Constitucional tiene la misma autoridad y legitimidad, y si por ese motivo está autorizada a ignorar al parlamento. El Supremo Tribunal Federal claramente se consideró tan legitimado como el Congreso. Pero la justificación de la Corte se basa en un *non sequitur*. En otras palabras, aun si se supone que la referencia a “hombre y mujer” en la constitución es tan solo un ejemplo de una posible unión de hecho, y no una característica exigida de todas las uniones de hecho, eso no revela absolutamente nada acerca de la posibilidad de crear otras formas de unión de hecho *por medio de fallos judiciales*³³. Dicha construcción exige argumentos adicionales. Es difícil encontrar, en los votos de los magistrados que dictaron el fallo, un argumento sólido, es decir, un argumento que vaya más allá de la idea ingenua de que “alguien tiene que hacer algo”³⁴.

Ese argumento, por si solo simplista y criticable, podría admitirse, desde la perspectiva del derecho constitucional, solo si fuera imposible constreñir al Congreso a legislar. Es aquí que entra en juego el derecho comparado.

³³ Son buenos ejemplos del razonamiento basado en el *non sequitur* los que se encuentran en los votos de los magistrados Ricardo Lewandowski y Cezar Peluso. Los dos argumentaron que los tipos de familia establecidos en la Constitución son ejemplos tan solo (Lewandowski, pág. 716), no *numerus clausus* (Peluso, pág.874). Por lo tanto, la Corte puede crear otros tipos de familia. Queda evidente que ambos extrajeron una conclusión relativa a la *institución* directamente de un argumento tan solo substantivo. Argumentos semejantes pueden ser encontrados también en la doctrina (cfr. las referencias en la nota 26, arriba).

³⁴ El argumento “alguien tiene que hacer algo” puede ser encontrado en varios de los votos del fallo. Cfr., por ejemplo, los votos de los magistrados Gilmar Mendes (pág. 730) y Celso de Mello (pág. 867).

VIII. Lecciones de derecho comparado

El Supremo Tribunal Federal es extremadamente abierto al uso de fallos de tribunales extranjeros para construir argumentos en sus procesos decisorios. Probablemente pocas cortes en el mundo citen más fallos extranjeros que el Supremo Tribunal Federal³⁵. De forma bastante atípica, en el fallo acerca de la unión de hecho entre personas de un mismo género, esa tendencia no está presente³⁶. Una Corte que cita fallos de otros países tan frecuentemente podría haberse beneficiado mucho del recurso a fallos de otros países como herramienta argumentativa. En particular, los fallos de las cortes constitucionales de África del Sur y de Colombia podrían haber ofrecido un interesante aporte a esa cuestión.

La experiencia de África del Sur es muy conocida. En el fallo del caso Fourie³⁷, la Corte Constitucional de África del Sur declaró que tanto la definición de matrimonio del *common law* como la sección 30(1) del Marriage Act de 1961 eran inconsistentes con la Constitución y por consiguiente inválidas. Sin embargo, la Corte decidió suspender esas declaraciones de invalidez por 12 meses para “permitir que el parlamento apruebe las leyes apropiadas”³⁸. Y el Parlamento lo hizo dentro de los 12 meses establecidos por la corte. Como resultado de esa actitud de deferencia, la decisión de reconocer el matrimonio entre personas del mismo género en África del Sur, aunque haya sido impulsada por un fallo de la Corte, fue tomada por el Parlamento, después de un intenso debate popular³⁹.

³⁵ Para algunas estadísticas al respecto, cfr. Silva, V.A., “Integração e diálogo constitucional na América do Sul”, en A. v. Bogdandy *et al.* (eds.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Río de Janeiro: Lumen Juris, 2010, págs. 515-530.

³⁶ Únicamente el magistrado Gilmar Mendes citó brevemente algunos ejemplos de derecho comparado (de Dinamarca, de los Países Bajos y de Alemania).

³⁷ Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another (CCT60/04) [2005].

³⁸ *Ibidem*, pág.18.

³⁹ Para un buen análisis de todo el proceso judicial y legislativo que resultó a la adopción del Civil Union Act en África del Sur, cfr., por ejemplo, De Vos, P. & Barnard, J., “Same-Sex Marriage, Civil Unions and Domestic Partnerships

En Colombia, un fallo dictado por la Corte Constitucional en 2009⁴⁰ extendió a las parejas del mismo género la mayoría de los derechos asegurados a las parejas de género diferente que conviven. La Corte interpretó que ciertas expresiones neutras en lo que se refiere al género —como “cónyuge”, “compañero” o “compañera permanente”—, usadas en muchas leyes ordinarias, son aplicables tanto a parejas de género diferente como a parejas del mismo género. El fallo no afecta el concepto de matrimonio, que permaneció limitado a las parejas de géneros diferentes. La justificación para extender tan solo el concepto de unión de hecho, pero no el de matrimonio, es tan directa como la lógica del presente artículo: tanto la constitución como las leyes ordinarias usan vocablos específicos en lo que se refiere al género (hombre y mujer) para la regulación del matrimonio.

Es aún más interesante, dados los objetivos del presente artículo, el fallo posterior sobre el matrimonio entre personas del mismo género. En julio de 2011, la Corte Constitucional de Colombia, aunque mantuviera su interpretación anterior —en función del hecho de que tanto el texto de la constitución como el del Código Civil definen el matrimonio como la unión entre el hombre y la mujer—, exhortó al Congreso para que, antes del 20 de junio de 2013, “legisla, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas”⁴¹. Además, la corte

in South Africa”, *South African Law Journal*, 124, 2007, págs. 795-826; De Vos, P., “A Judicial Revolution? The Court-Led Achievement of Same-Sex Marriage in South Africa”, *Utrecht Law Review*, 4, 2008, págs. 162-174. Cfr. también Bilchitz, D. & Judge, M. “For Whom Does the Bell Toll? The Challenges and Possibilities of the Civil Union Act for Family Law in South Africa”, *South African Journal on Human Rights*, 23, 2007, págs. 466-499.

⁴⁰ Sentencia C-029/2009, de 28 de enero de 2009.

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577/2011. Para un análisis de la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional de Colombia sobre el matrimonio y la unión de hecho entre personas de un mismo género, así como sobre la difícil relación entre la Corte, el Gobierno y el Parlamento sobre esa cuestión, cfr. Nagle, L.E., “Giving Shelter from the Storm: Colombians Fleeing Persecution Based on Sexual Orientation”, *Tulsa Law Review*, 48,

decidió que “[s]i el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”⁴². En esa decisión, lo que estaba en juego no era la definición o el uso del término *matrimonio* en sí. La Corte no solo se refirió a un “vínculo contractual”, y no al matrimonio, sino que tampoco exhortó al Congreso a extender el uso del término *matrimonio* a las parejas del mismo género. En realidad, lo que estaba en juego aquí era la posibilidad de construir una familia, ya que, de acuerdo con la jurisprudencia de las cortes colombianas, solo el matrimonio (exclusivamente de parejas de género diferente, por lo tanto) constituye una familia. Ese era el déficit de protección que la Corte insistía que fuera eliminado. El Congreso colombiano no cumplió lo exigido, es decir, no legisló de manera sistemática sobre los derechos de las parejas de un mismo género. Ante esa actitud, la sentencia comenzó a producir los efectos preestablecidos. Aun así, tal como la Corte de África del Sur, la Corte colombiana no ignoró al parlamento.

IX. ¿Cuál es el problema causado por el atajo institucional?

A estas alturas, sería posible preguntarse cuál es el problema causado por el atajo institucional (*institutional bypass*) que describí arriba. Si el resultado es el mismo, ¿por qué debe la Corte aguardar la acción del Congreso? ¿Es relevante quién decide? ¿O es tan solo la expresión de alguna concepción anticuada de separación de poderes? ¿No sería anacrónico insistir en preguntar si las cortes tienen legitimidad para tomar ese tipo de decisiones? Primordialmente, sería posible

2012, pág. 13. Cfr. también Universidad de Los Andes Public Interest Law Group, “National Report: Colombia”, *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 19, 2011. En español, cfr. Sarmiento, J.P., “La modulación de sentencias como medio para articular la oportunidad política de la Corte Constitucional colombiana: El caso de las parejas del mismo sexo”, *Revista de Derecho*, 37, 2012, pág. 302; Ruiz, P.A.C. et al., “El Reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 14, 2012.

⁴² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577/2011.

argumentar que debe haber algún momento a partir del cual se convier- te en disimulación devolverle todo al legislativo, especialmente cuando a este no le queda prácticamente ninguna opción. En tales casos, ¿no sería más honesto que la Corte decidiera por sí sola de una vez?

Esas cuestiones son más que legítimas. De hecho, muchas de ellas fueron repetidamente suscitadas en Brasil antes y después del fallo del Supremo Tribunal Federal en el caso de la unión de hecho entre personas de un mismo género. Trataré de responder esas cuestiones en los tópicos que siguen, al analizar los argumentos con base en el tiempo, el resultado y la equidad.

IX.1. Tiempo

Un argumento relacionado al tiempo ha sido frecuentemente invocado para justificar la estrategia del atajo (*bypass*) adoptada por el Supremo Tribunal Federal. Tal argumento cita la urgencia por resolver el problema. En la medida en que tener una actitud deferente implica conceder más tiempo para que el Congreso actúe, frecuentemente se sostiene que, si el resultado final es el mismo, aguardar la elaboración de leyes atrasa innecesariamente la posibilidad del ejercicio de iguales derechos por parejas de un mismo género. Pero ese argumento no convence. En África del Sur, transcurrieron aproximadamente dos años desde la llegada del caso Fourie a la Corte Constitucional hasta la aprobación de la ley por el parlamento. En Brasil, las parejas de un mismo género tuvieron que esperar más de tres años entre la presentación de la acción ante el Supremo Tribunal Federal y el fallo definitivo⁴³. El caso bien demuestra la inadecuación del argumento “no podemos aguardar eternamente”, que dominó la discusión en Brasil. El argumento supone una perspectiva binaria sin fundamento según la cual o bien la Corte decide por sí sola o tendremos que esperar para siempre. La experiencia de África del Sur demuestra que hay alternativas.

⁴³ Un “fallo definitivo” que dejó varios interrogantes sin respuesta. En otras palabras, para algunas cuestiones (como matrimonio y adopción) el fallo definitivo todavía no se ha dictado.

IX.2. Resultado: el aspecto simbólico

Sin embargo, todavía existe un argumento aún más fuerte para no contornear al Congreso: el valor simbólico de una decisión legislativa. En lo que toca al sistema jurídico, Brasil es un país de tradición continental europea. Aunque las diferencias entre el *civil law* (derecho continental) y el *common law* se hayan vuelto más tenues en muchos aspectos, por lo menos en un punto las diferencias entre ellos todavía son relevantes: el valor simbólico de la legislación. Mantener el texto del Código Civil brasileño intacto tiene un valor simbólico (negativo) que no se debe subestimar. En un país del *civil law*, hay dimensiones simbólicas e incluso educativas inherentes a las palabras de la ley. En Brasil, las ediciones impresas y *online* de la legislación no suelen hacer mención de los fallos judiciales. Eso significa que, hoy en día y más adelante, cualquiera que adquiera un ejemplar del Código Civil, o que lo lea *online*, observará que el matrimonio y la unión de hecho ocurren únicamente “entre el hombre y la mujer”, ya que el texto no habrá sido alterado (ni podría serlo) por el Supremo Tribunal Federal. Al escoger ignorar al Congreso, la Corte simplemente pasó por alto ese aspecto simbólico.

IX.3. Insinceridad

Aún subsiste la objeción según la cual sería mera disimulación devolverle la tarea al legislativo si a este no le queda prácticamente ninguna posibilidad de opción. Esa objeción tampoco es convincente. Especialmente cuando se trata de derechos fundamentales, el combate a la inercia del Congreso por medio del establecimiento de un deber de legislar y de la fijación de un plazo para que el Congreso legisle (en vez de decidir todo por sí sola) puede producir por lo menos dos resultados positivos.

En primer lugar, únicamente una decisión tomada por el legislativo puede alterar el texto de las leyes, lo que llevaría al significativo efecto simbólico mencionado arriba.

En segundo lugar, obliga al Congreso a discutir lo que está en juego: aunque el margen de decisión y discrecionalidad atribuido al

Congreso pueda ser, en ciertos casos, considerablemente limitado, el legislativo no puede hacer oídos sordos indefinidamente a las demandas sociales solo porque se refieren a temas moralmente delicados y, en consecuencia, políticamente arriesgados. Últimamente, diputados y senadores han evitado temas política y moralmente controvertidos para no vincularse a una sola posición y, de esa forma, no perder electores. Al adoptar esa postura, aquellos que han sido elegidos para decidir cuestiones política y moralmente relevantes para el país son precisamente los que han dejado de cumplir su papel, lo que ha hecho que sea el Supremo Tribunal Federal quien lo ejerza cada vez más. Es perfectamente comprensible que la litigación estratégica de los derechos humanos concentre sus esfuerzos exclusivamente en el resultado deseado. Pero lo mismo no se aplica a aquellos cuya función es discutir no solo los resultados, sino también el buen funcionamiento de las instituciones políticas y jurídicas en una democracia. Para estos últimos, aceptar la omisión del Poder Legislativo solo porque alguien (el Supremo Tribunal Federal) ha asumido parte de sus funciones significa permitir la gradual erosión de la democracia representativa. Si al decidir un asunto moralmente relevante como el matrimonio de personas de un mismo género es posible involucrar a todos los poderes estatales e incluso a la sociedad civil, entonces no hay argumentos convincentes para aceptar que un único poder, y justamente aquel que menos admite la participación popular —el Poder Judicial—, decida todo por sí solo.

IX.4. Teorías de la interpretación y separación de los poderes

A lo largo de este artículo, he formulado varias objeciones al fallo del Supremo Tribunal Federal, con base tanto en argumentos de carácter institucional como en argumentos relativos al texto constitucional. He sostenido reiteradamente que el texto es importante, así como las instituciones. Al argumentar que el texto es importante, no estoy defendiendo ningún tipo específico de teoría de la interpretación. Lo que exijo es mucho más directo y menos ambicioso: no podemos ignorar el texto constitucional. En otras palabras, no podemos fingir que no

hay un texto. Debe haber una diferencia —no importa cuán tenue— entre tener una disposición constitucional que declara que el matrimonio y la unión de hecho existen entre un hombre y una mujer y no tener ninguna disposición constitucional al respecto. Como quedó claro a lo largo del artículo, es posible argumentar que esa disposición constitucional no imposibilita la extensión del matrimonio y de la unión de hecho a parejas de un mismo género, pero establece una carga argumentativa que no puede ser ignorada. En este artículo he argumentado que es posible desarrollar una línea de razonamiento que tome esa carga argumentativa en serio y aun así alcance el mismo (o mejor) progreso sustancial con respecto a la protección igualitaria ante la ley para parejas de un mismo género.

En cuanto al aspecto institucional, tampoco estoy defendiendo algún tipo específico de teoría de la separación de los poderes. No es verdaderamente relevante para los fines de este artículo la interminable discusión sobre la legitimidad del derecho creado por los jueces. Las razones aducidas en el artículo no dependen de ese debate. Simplemente supuse que una decisión tomada por la Corte y por el Congreso es, por varias razones, mejor que una decisión tomada por la Corte por sí sola, especialmente —aunque no únicamente— porque la Corte es incapaz de tomar una decisión que sistematice la cuestión, porque la Corte no puede alterar el texto de la ley y porque el atajo institucional (*institutional bypass*) descrito arriba solo contribuye para agravar la inercia, la indiferencia y la insensibilidad del legislativo con relación a asuntos moralmente relevantes pero políticamente arriesgados.

X. Conclusión

En este artículo he pretendido mostrar que, aunque haya alcanzado importantes e innegables progresos sustantivos, el fallo del Supremo Tribunal Federal sobre la unión de hecho entre personas del mismo género suscita diversas objeciones formales y procedimentales. Se podría argumentar que ese sacrificio es inevitable. Ese argumento en general sigue la siguiente fórmula: para alcanzar algún progreso en

la garantía de la igualdad, fue necesario ignorar algunas cuestiones formales y procedimentales. Pero ese argumento no es sólido.

A lo largo de este texto, además de describir las cuestiones problemáticas formales y procedimentales, también procuraré demostrar que la idea de un sacrificio institucional inevitable no es necesariamente aplicable. Frecuentemente, esa idea se expresa a partir de frases como “no podemos aguardar para siempre” o “alguien tiene que hacer algo”. He intentado demostrar que una decisión fomentada por la Corte, pero tomada por el parlamento (como en África del Sur), puede ser *más rápida, más completa y sistemática, más legítima* e incluso *sustancialmente más avanzada* que el fallo del Supremo Tribunal Federal.

Como el Supremo Tribunal Federal fue incapaz de decidir esa cuestión tan compleja de manera sistemática, tuvo que concentrarse únicamente en una cuestión binaria ingenuamente simple: *sí* o *no* a la unión de hecho de personas de un mismo género. Cualquier detalle que vaya más allá de esa decisión binaria (por ejemplo, la conversión de la unión de hecho en casamiento y sobre todo la adopción) no ha sido definido. No porque fuera poco importante, sino en función de las particularidades del proceso decisorio del Supremo Tribunal Federal.

Así, queda aún más claro que lo que está en juego aquí no es solo una concepción anticuada de la separación de los poderes. En realidad, una concepción tradicional de la separación de poderes sería absolutamente incompatible con la tesis central de este artículo: que la Corte debería haber establecido un plazo para que el Congreso legislara al respecto.

En conclusión, puedo tan solo repetir que el texto es importante. Y que las instituciones también son importantes. Si el Supremo Tribunal Federal lo hubiese tomado en serio y no se hubiera negado a establecer un diálogo con el Congreso Nacional, el desenlace probablemente habría sido mucho mejor para la Corte en sí, para el congreso, para la sociedad civil como un todo y especialmente para las parejas de un mismo género, que aún hoy no tienen los mismos derechos atribuidos a las parejas de género diferente.

Bibliografia

- Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, 2.^a ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- Barroso, L. R., “Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil”, *Igualdade, diferença e direitos humanos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, págs. 661-693.
- Bilchitz, D. & Judge, M., “For Whom Does the Bell Toll? The Challenges and Possibilities of the Civil Union Act for Family Law in South Africa”, *South African Journal on Human Rights* 23, 2007, págs. 466-499.
- Ceballos Ruiz, P. A., Ríos Quintero J.V., & Ordoñez Patiño, R., “El Reconocimiento de derechos a las parejas del mismo sexo: El camino hacia un concepto de familia pluralista”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 14:2, 2012, págs. 207-239.
- De Vos, P., “A Judicial Revolution? the Court-Led Achievement of Same-Sex Marriage in South Africa”, *Utrecht Law Review* 4:2, 2008, págs.162-174.
- De Vos, Pierre & Jaco Barnard. “Same-Sex Marriage, Civil Unions and Domestic Partnerships in South Africa: Critical Reflections on an Ongoing Saga”, *South African Law Journal* 124, 2007, págs. 795-826.
- Farias, C. C., & Rosenvald, N., *Direito das famílias*, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- Lobo, P. L. N., “Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus”, *Revista Brasileira de Direito de Família* 12, 2002, págs. 40-55.
- Moreira, A. J., “We Are Family! Legal Recognition of Same-Sex Unions in Brazil”, *American Journal of Comparative Law* 60:4, 2012, págs. 1003-1042.
- Nagle, L. E., “Giving Shelter from the Storm: Colombians Fleeing Persecution Based on Sexual Orientation”, *Tulsa Law Review* 48, 2012, págs.1-26.
- Sarmento, D., “Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais”, en Daniel Sarmento, Daniela

- Ikawa & Flávia Piovesan (orgs.), *Igualdade, diferença e direitos humanos*, Río de Janeiro: Lumen Juris, 2008, págs. 619-659.
- Sarmiento, J. P., “La modulación de sentencias como medio para articular la oportunidad política de la Corte Constitucional colombiana: El caso de las parejas del mismo sexo”, *Revista de Derecho* 37, 2012, págs. 283-320.
- Schulenberg, S., “Policy Stability without Policy: The Battle over Same-Sex Partnership Recognition in Brazil”, en Jason Pierceson, Adriana Piatti-Crocker & Shawn Schulenberg (orgs.), *Same-Sex Marriage in the Americas: Policy Innovation for Same-Sex Relationships*, Lanham: Lexington Books, 2010, págs. 93-128.
- Silva, V. A., “Deciding Without Deliberating”, *International Journal of Constitutional Law* 11, 2013, págs. 557-584.
- . “Integração e diálogo constitucional na América do Sul”, en Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan & Mariela Morales Antoniazzi (orgs.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Río de Janeiro: Lumen Juris, 2010, págs. 515-530.
- . “Supremo Tribunal Federal”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (org.), *Crónica de tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Buenos Aires/México: Marcial Pons/UNAM, 2009, págs. 85-106.
- Szeibert-Erdős, O., “Same-Sex Partners in Hungary: Cohabitation and Registered Partnership”, *Utrecht Law Review* 4:2, 2008, págs. 212-221.
- Universidad de Los Andes Public Interest Law Group. “National Report: Colombia”, *Journal of Gender, Social Policy & the Law* 19:1, 2011, págs. 97-112.
- Vecchiatti, P. R. I., “União estável homoafetiva e a constitucionalidade de seu reconhecimento judicial”, *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões* 14, 2010, págs. 66-88.

Sección III

Discusiones:
Libros

Liberalismo, sanción y reproche en *Motivos reprochables*, de J. M. Peralta [2012, Marcial Pons, Madrid, 341 págs.]

Matías Parmigiani*

“Es evidente que cuando alabamos una acción nos cuidamos solamente de los motivos que la produjeron, y consideramos esa acción como signo o indicación de ciertos principios de la mente y el carácter”.

David Hume, *Tratado de la naturaleza humana*, pág. 643.

Recepción: 01/07/13.

Revisiones: 18/2/2015.

Aceptación: 13/5/15.

Resumen: En el presente trabajo, Parmigiani intentará argüir que la cita a Ferrajoli no solo no es necesaria para dotar de sustento a la argumentación de Peralta –ella sería independiente de lo que dice Ferrajoli– sino que ni siquiera resultaría útil en tanto criterio evaluativo tendiente a poner a prueba *cualquier* teoría penal que se precie de *auténticamente liberal*.

Palabras clave: derecho penal, motivación, penas.

Abstract: In the present work, Parmigiani will try to argue that the appointment to Ferrajoli not only is not necessary to provide sustenance to Peralta’s argumentation -it would be independent from what Ferrajoli says - but that it would not even turn out to be useful as evaluative criterion tending to test any penal theory that boasts of authentic liberal.

Key words: criminal law, motivation punishment.

* Universidad de Girona, CONICET. Email: matiasparmigiani@gmail.com.

I. Introducción: ¿un buen comienzo?

Motivos reprochables, el admirable libro de José M. Peralta que Marcial Pons editara en el 2012, abre con el siguiente epigrafe extraído de *Derecho y razón* de Luigi Ferrajoli: “Y el ciudadano, si bien tiene el deber jurídico de no cometer hechos delictivos, tiene el derecho de ser interiormente malvado y de seguir siendo lo que es”¹. Que el libro no solo comience sino que culmine con esta cita² no obedece a una mera casualidad. El propósito central que impulsa a Peralta consiste en determinar cuán compatible resulta un derecho penal *liberal* con una legislación que grava las penas en virtud de los motivos que pudieron impulsar la comisión de cierto tipo de delitos. En este sentido, la cita de Ferrajoli parece la inspiración perfecta para ensayar una respuesta negativa, pergeñada con el fin de mantener a raya a un Estado con la probada capacidad de extralimitarse y realizar ciertas intromisiones.

No obstante, al menos por dos razones, la cita de Ferrajoli resulta problemática. Lo primero que llama la atención es una suerte de presupuesto en ella encerrado. Al dividir tajantemente la vida humana en una parte interior (digamos, las afecciones, las motivaciones, los sentimientos y las disposiciones del carácter) y otra exterior (básicamente, las acciones), pareciera sugerir que nada que sea exclusivamente localizable en la interioridad del individuo puede ser objeto de intromisión jurídica. Al corresponder esta interioridad a lo que sucede en la esfera privada del individuo y al no perjudicar a terceros, la cita no parece más que una paráfrasis del principio de daño postulado por J. S. Mill³. El detalle es que para que algo evite causar daño a terceros no es necesario que sea relativo al mundo interior que habita una persona; con tal de que sean autorreferenciales, una cantidad nada despreciable de

¹ Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001, pág. 223.

² Peralta, J. M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 312.

³ Mill, J.S., *Ensayo sobre la libertad*, traducción de M. A. Lavilla Navarro, Mestas Ediciones, Madrid, cap. IV, 2006.

acciones humanas –por definición, localizables en el mundo exterior– se verán preservadas de la intromisión que Ferrajoli juzga indeseable.

Dicho esto, lo segundo que llama la atención es la irrelevancia que adquiere la tarea de delimitar lo que pertenece a la vida interior de la exterior de los seres humanos para fijar el área de intromisión legítima de un Estado. Pues, volviendo a emplear el tropo sintáctico de Ferrajoli, con tal de que se abstenga de delinquir, uno también puede adjudicarle al ciudadano el derecho de ser exteriormente malvado y de seguir siendo lo que es. Para el Derecho, el único asunto importante será el de dónde fijar el umbral que ha de permitir circunscribir, en primera instancia, de todo el universo comprendido por las acciones externas, aquella porción específica en la que se constata la producción de un daño; y, en segunda instancia, dentro de esta porción, aquella subsección en la que se constataría la producción de un daño que no resulte moral sino jurídicamente relevante regular a efectos prácticos⁴.

Por estas y otras razones, en el presente trabajo intentará argüirse que semejante apoyo autoritativo no solo no es necesario para dotar de sustento a la argumentación de Peralta –según se sugerirá en unos instantes, ella sería independiente de lo que dice Ferrajoli– sino que ni siquiera resultaría útil en tanto criterio evaluativo tendiente a poner a prueba *cualquier* teoría penal que se precie de *auténticamente liberal*.

II. Reconstruyendo la tesis de Peralta

El texto de Peralta presenta dos estrategias argumentativas claramente diferenciadas. La primera de ellas (cf. partes I y II) se apoyaría en una concepción del liberalismo no necesariamente reducible a la estrecha concepción de Ferrajoli. Viene a decir, puesto brevemente,

⁴ Tratándose del Derecho civil, bastaría con tomar en cuenta estas dos instancias. Tratándose del Derecho penal, en cambio, habría que añadir una tercera. Definida aquella subsección en la que se constataría la producción de un daño que resulte jurídicamente relevante regular a efectos prácticos, dentro de ella habría que definir, a su vez, un área de acciones para las que la mera regulación civil se considere insuficiente. Recién aquí ingresaríamos en el terreno propiamente penal.

que *en tanto* la práctica de agravar las penas en virtud de las motivaciones reprochables comporte una transgresión al principio de legalidad que tan distintivamente caracteriza al Estado liberal de Derecho, esta práctica debería merecer nuestro más enérgico rechazo. Peralta pone al descubierto cómo se transgrede el principio de legalidad, por ejemplo, cuando analiza la relevancia de las motivaciones reprochables desde el punto de vista de una teoría preventiva especial de la pena, particularmente cuando sostiene que dejar en manos del juez una discrecionalidad amplia para decidir qué motivaciones agravarían una pena traería consigo la “pérdida de la previsibilidad y la seguridad jurídica que están detrás del principio de legalidad”⁵. Más adelante vuelve a hacer lo propio cuando se pronuncia sobre el modelo preventivo general, al que le imputa violar “la autonomía de las personas en el siguiente sentido: no se puede hacer un cálculo de las consecuencias del acto”. En efecto, si las necesidades de la pena se determinan *ex post* y, por ende, “no pueden ser calculadas por el autor”, una pena que se agrave *ex post* a tenor de las motivaciones que puedan haberlo impulsado a delinquir no le permitirán a este averiguar con precisión a qué atenerse⁶.

En cuanto a la segunda estrategia, Peralta parte de “la hipótesis de que es posible explicar y justificar la relevancia de los motivos para el Derecho penal de modo compatible con las restricciones” y de las premisas de un Estado liberal y un Derecho penal de acto⁷. Para ello, desarrolla una teoría capaz de “dar cuenta de la variación de la pena basada en los motivos aun sin apartarse de una estructura de análisis exclusivamente dogmática y, en este sentido, liberal”⁸. Una tesis de Müssig le sirve de fuente inspiradora. De tal manera, así como para

⁵ Peralta, J. M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 57.

⁶ *Ibidem*, pág. 133.

⁷ Peralta, J. M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 24.

⁸ *Ibidem*, pág. 25.

este autor era posible dar cuenta de la diferencia de pena entre el homicidio y el asesinato una vez que llegamos a advertir que, en el primero, “el acontecimiento delictivo puede serle atribuido en parte a la víctima porque ella, con su conducta previa, lo ha motivado de algún modo”, para Peralta, “cuando el autor obra por motivos reprochables, o bien la víctima no ha hecho nada en sentido empírico para desencadenar el acontecimiento o lo que ha hecho constituye el ejercicio de un derecho”⁹.

La intuición que ha tenido Peralta para llegar a esta formulación es de una hondura digna de destacarse. A fin de plasmarla, se esfuerza por vincular “el concepto de motivos con otras instituciones del Derecho penal donde las razones también juegan un rol decisivo: las causas de justificación en sentido amplio”¹⁰. Ello le permite tres cosas: “en primer lugar, desarrollar una teoría más abarcadora de la relevancia de los motivos que la haga extensible a otras circunstancias que reducen el ilícito, como por ejemplo el consentimiento o el estado de necesidad”; en segundo lugar, “dar cuenta, bajo la idea de reducción parcial del ilícito, de los motivos que fundamentan el injusto”, “cuestión que –como él mismo aclara– no se encuentra vinculada, por regla general, a la conducta de la víctima”; y, finalmente, explicar “el camino que vincula (de modo en un principio sorprendente) circunstancias, como las causas de justificación, con algo aparentemente subjetivo como los motivos reprochables”¹¹.

Por un lado, sabemos qué impulsa a Peralta a emprender esta cruzada. Como ya ha sido dicho, es aquella intuición de Ferrajoli de que todos tendríamos un derecho a ser interiormente tan malvados como deseemos. En el viejo enfoque dogmático, las motivaciones subjetivas agravaban la pena y esto era incompatible con un derecho penal de acto. Ahora bien, si en lugar de entender las motivaciones reprochables del Derecho penal *como estados internos de las personas*, las interpretamos *como una manera de referirnos a todo aquello que no es*

⁹ *Ibidem*, pág. 311.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 311.

¹¹ *Ibidem*, págs. 311-312.

susceptible de justificación, la intuición de Ferrajoli parece salvaguardarse al mismo tiempo que se dota a la dogmática jurídica de la posibilidad de determinar cómo actuar ante un caso de ‘motivación reprochable’ sin apartarse del espíritu de la ley.

En realidad, la vuelta de tuerca que encuentra Peralta no habría sido posible si antes no hubiera advertido la incorrección fatal encajada en la idea que afirma “la supuesta independencia entre motivo y hecho”, es decir, la idea de que “los motivos sean algo que se *suma* al hecho típico, antijurídico y culpable y que no *forma parte* alguna de estas tres categorías”¹². Peralta pone al descubierto la manifiesta problematicidad de esta idea a lo largo de la ‘Primera Parte’ de su trabajo, abocada a criticar el modo como desde las distintas teorías de la pena (pero en especial las utilitaristas) pretendió dársele cauce a la posibilidad de agravar las penas en función de la reprochabilidad de los motivos. ¿Y cuál era el problema central? En esencia, que “si la pena se puede agravar gracias a la introducción, como criterio de medición, de factores no vinculados al hecho en sí”, como la supuesta peligrosidad del autor o el grado de irritación social que ciertos motivos generan, nada podría impedir en principio la instrumentalización de ciertos individuos para la prosecución de fines proteccionistas y la consiguiente violación del principio de legalidad.

Contra esta idea, Peralta defiende la hipótesis de que los motivos forman parte del hecho, al hallarse “reflejados” en el acontecimiento externo que permite determinar el grado de antijuridicidad de la acción¹³, así como la gravedad del tipo y la culpabilidad. He aquí, pues, uno al lado del otro, los elementos centrales de la teoría del delito. Cuando estos elementos son empleados por la dogmática jurídica de corte liberal, ellos sirven principalmente al objeto de fijar las garantías de que dispone el individuo frente al poder del Estado. Así, solo por tomar el caso más representativo, esto es lo que ni más ni menos ha acontecido, constata Peralta, “bajo el rótulo general del ‘límite de la culpabilidad’” con el que se ha intentado demarcar “hasta

¹² *Ibidem*, pág. 200.

¹³ *Ibidem*, pág. 203.

dónde el castigo puede ser considerado legítimo” y de qué manera “la culpabilidad debe funcionar o hacer las veces de límite máximo de la responsabilidad penal”. Sin embargo, como queda en evidencia a lo largo de la ‘Segunda Parte’ del libro, no es en ninguna de las principales variantes de la teoría del delito en donde Peralta encuentra la solución tendiente a determinar qué hacer con los motivos. Por lo pronto, porque si volvemos a tomar como ejemplo paradigmático el caso de la culpabilidad –y algo similar podría decirse de la antijuridicidad y del tipo–, lo único que ella le permitirá al juez es realizar una consideración de los motivos que cumplan una función exactamente “opuesta a la sindicada por los ordenamientos jurídicos”, i.e. la de “agrarar la situación del autor” (pág. 193). Dicho de modo alternativo, desde este concepto liberal de culpabilidad, “los motivos efectivamente pueden tener relevancia”, pero “solo en la medida en que puedan significar una disminución” de la misma, o, como dice Paeffgen, “cuando tienen una fuerza tal que dificultan la capacidad de control del sujeto” (pág. 194)¹⁴.

¿Cómo hacer entonces para que la dogmática se mantenga dentro de los márgenes sin que esto implique rechazar el ordenamiento normativo vigente, que agrava la situación del autor a la luz de sus motivaciones reprochables? Como ya se ha adelantado, esta pregunta obtiene respuesta en la tesis de Müssig. Así como resultaba extraño separar los motivos de los hechos (cf. *supra*), “también es extraño –sostiene Peralta– decir que se castigan meros pensamientos o deseos cuando estos han constituido la razón que ha tenido el sujeto para actuar”. Ahora, “¿cómo se reflejan los motivos en un hecho?”, pregunta Peralta. He aquí su respuesta:

La expresión ‘reflejo en el hecho’ es demasiado difusa como para ayudar a resolver este problema con precisión. Más bien parece una confesión de que hay una intuición que no se logra articular. No obstante ello, esa afirmación indica algo. Esa

¹⁴ Sobre lo mismo, véase Al-Hakim, M., “Making Room for Hate Crime Legislation in Liberal Societies”, en *Criminal Law and Philosophy* 4 (3), 2010, págs. 341-358.

expresión tiene algo de verdad. El contenido de verdad puede divisarse cuando se entiende que los motivos tienen la función heurística de señalar un hecho más grave debido a la ausencia de justificación. Los motivos, cuando han sido la razón del sujeto para cometer el ilícito, están indicando la falta total de justificación de la conducta. Por ello, efectivamente, sí se reflejan en el hecho y no se castigan de manera autónoma. Señalan que ante un hecho de gravedad ocho, indicado por el tipo, no se puede reducir la pena a raíz de alguna justificación, pues el hecho está completamente injustificado. Y, efectivamente, el motivo se encuentra 'reflejado' en el hecho, porque este ha sido la razón para cometerlo. Mientras justificaciones totales o parciales también se reflejan en el hecho, cuando el autor obra en virtud de ellas y no realiza así un ilícito o realiza uno menos grave¹⁵.

Y luego añade:

El motivo reprochable significa, así, haberse motivado por algo que no tiene ninguna relevancia eximente o atenuante del ilícito. El legislador, al tipificar los motivos reprochables, no está sancionando las motivaciones de manera independiente del hecho, así como tampoco lo hace cuando tipifica las causas de justificación. Está simplemente definiendo su gravedad según el nivel de (in)justificación (ibíd.).

II.1. Los motivos: ¿metáforas o indicios?

Que los motivos reprochables cumplan una función heurística en el planteo de Peralta resulta un dato más que relevante en todo esto. Existe una disputa sumamente extendida en la historiografía científica a propósito del papel que han de desempeñar las teorías en relación

¹⁵ Peralta, J. M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 208.

a los hechos. Entre las cuestiones disputadas, destaca la del estatuto metafísico que detentarían los términos teoréticos. Dos bandos principales suelen enfrentarse entre sí: de un lado, las distintas variantes del realismo epistemológico y metafísico; del otro, las distintas variantes del instrumentalismo epistemológico (a veces también llamado ‘idealismo’ o ‘anti-realismo’), las cuales sostienen que a los fines de ordenar la realidad y posibilitar un comportamiento predictivo de ciertos fenómenos –las funciones eminentes de la ciencia–, no es necesario postular que términos teoréticos tales como ‘gen’ o ‘campo gravitacional’ tengan un correlato metafísico convencional. Para el instrumentalista, mientras la ciencia logre ofrecer una descripción abreviada del comportamiento espacio-temporal de ciertos objetos, permitiendo salvar las apariencias, no habrá necesidad de efectuar saltos ontológicos adicionales¹⁶.

Las presentes disquisiciones vienen a cuento porque no resulta sencillo descifrar la postura que asume Peralta en relación con el modo en que la dogmática jurídica y la teoría general del delito deberían concebir las motivaciones reprochables. Si ellas han de cumplir el papel heurístico o instrumental de señalar aquellos hechos (delictivos) para los que no es posible hallar razones justificantes, ¿será porque estas motivaciones no hacen referencia a entidades realmente existentes?

Por lo visto, no exactamente. En realidad, lo que dice Peralta es que las motivaciones reprochables que figuran en las legislaciones positivas como elementos agravantes del ilícito, contrariamente a lo que podría imaginarse, no equivalen ni hacen referencia “a una cuestión subjetiva”. Como él mismo aclara:

¹⁶ Feyerabend, Paul, “Realism and Instrumentalism: Comments on the Logic of Factual Support”, en *Realism, Rationalism and Scientific Method. Philosophical Papers, Vol. 1*. Cambridge University Press, Cambridge, 1981, págs. 176-202, pág. 176; Laudan, L., “Realism without the Real”, en *Philosophy of Science*, 51, 1. (Mar.), 1984, págs. 156-162.

Hasta aquí se ha hablado de motivos reprochables como algo subjetivo solo para tornar la discusión más comprensible, así como las causas de justificación son tematizadas normalmente también como casos que deben motivar al sujeto, aunque luego, al analizar los elementos subjetivos requeridos, se diga otra cosa. Los motivos siempre han sido entendidos como algo relativo a la mente del sujeto actuante y, por tanto, para dar cuenta de lo que ellos señalan resultó necesario mostrar que, en efecto, normalmente acompañan una situación de reducción del ilícito. Pero a partir de ahora dicha metodología debe ser abandonada, pues conduce a confusión. El obrar por motivos reprochables no es un caso de injusto máximo, de la misma manera que el obrar por motivos reprochables tampoco es un caso de injusto atenuado. Los motivos solo acompañan regularmente dichas variaciones, pues estas se encuentran justificadas de modo independiente¹⁷.

Al rechazar la manera de hablar que tilda a los motivos reprochables de algo subjetivo o “relativo a la mente del sujeto” y proponer en su reemplazo una nueva modalidad discursiva, Peralta no parece estar asumiendo un anti-realismo negatorio de la existencia de las motivaciones subjetivas. Por el contrario, es porque confía en su existencia y porque, siguiendo a Ferrajoli, les ha conferido un estatuto por demás prominente, que insiste en separar tajantemente las motivaciones subjetivas de aquellas motivaciones a las que se refiere nominalmente el Derecho penal. Más aún, tan poco anti-realista es la postura de Peralta, que en varios pasajes de su trabajo opta por emplear el término ‘real’. Así, por ejemplo, podrá decir al inicio del capítulo IV de la ‘Tercera Parte’ que “los motivos *reales* del autor, en verdad, no son valorados en absoluto bajo esta defensa de su relevancia jurídico penal” y que hablar de motivos no debe constituir “más que una metáfora que describe un epifenómeno que acompaña a un injusto no reducido”¹⁸. Y así también

¹⁷ Peralta, J. M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 269.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 261.

podrá afirmar en el último párrafo de su trabajo que “los motivos *reales* del autor no pueden ser objeto de valoración penal”¹⁹.

Ignoro si en verdad es posible postular una variante no necesariamente anti-realista del instrumentalismo, la cual bien podría atreverse a objetar que las entidades teoréticas postuladas por una teoría en efecto existan, sean cuales sean los criterios que elijamos para fijar su existencia (perceptibilidad pública, el ser mencionado en una ley generalmente aceptada, ser mencionado en una ley ‘causal’, etc.)²⁰. Mientras cierto tipo de entidades permitan salvar las apariencias, una teoría podría considerar su mención como una útil *façon de parler*, sin por eso negar que, llegado cierto momento, a estas entidades pudieran llegar a aplicársele los mismos criterios que determinan la existencia de otras entidades más universalmente reconocidas. Sin embargo, tampoco sería esto lo que propone Peralta cuando decide tratar las motivaciones reprochables como metáforas útiles, ya que su idea parece ser que las motivaciones reprochables que el Derecho penal toma como relevantes no tienen *nada que ver* con los estados subjetivos de conciencia o los motivos reales como la codicia o el odio racial y religioso. Pero entonces, ¿con qué tienen que ver las motivaciones reprochables?

En general, decimos que para comprender la acción de un agente (si este “estaba robando, jugando con un arma u ofreciéndola en venta”)²¹, necesitamos averiguar qué quería hacer, i.e. comprender su intención. Pues bien, si los motivos forman parte de la intención y sucede que, a menos que conozcamos la intención de un agente, no lograremos dilucidar si una acción le era atribuible o imputable, cualquier esquema de atribución de acciones necesariamente se verá obligado a indagar en cuestiones internas como los motivos a fin de imputarle a un sujeto cierta situación objetiva, incluido el esquema empleado por el Derecho

¹⁹ *Ibidem*, pág. 312.

²⁰ Maxwell, G., “El estatus ontológico de las entidades teoréticas”, en Olivé Morett, L. R. y Pérez Ransanz, A. R., *Filosofía de la ciencia: teoría y observación*. UNAM: Siglo XXI Editores, 1989, pág. 136.

²¹ Peralta, J. M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 166.

penal²². Esto no significa que los motivos o las intenciones deban dictaminar cómo medir una pena, ya que esto implicaría efectuar un injustificable salto lógico, como bien advierte Peralta²³. Pero en cualquier caso, estos motivos o intenciones se comportarán a la manera de indicios o pruebas de la imputabilidad de una acción.

Como acaba de constatarse, una motivación posee carácter indiciario o probatorio cuando ella constituye un dato relevante para dirimir la imputabilidad de una acción a un agente. Ahora bien, ¿en qué sentido poseerán un carácter indiciario, no ya las motivaciones subjetivas, sino las motivaciones reprochables?²⁴. En el único sentido en que las motivaciones reprochables podrían reunir cierto carácter indiciario, este ha de ser entendido en tanto prueba (parcial o total) de la imputabilidad de una situación objetiva que el Derecho penal quiere evitar (cf. *ibíd.*). Sin embargo, tan pronto como Peralta establece que las motivaciones reprochables nada tienen que ver con las motivaciones subjetivas o reales, puesto que aquellas constituyen una metáfora conveniente o un mero epifenómeno de casos de reducción del ilícito²⁵, aquel presunto carácter indiciario parece perder su condición de tal. En consecuencia, dado que las motivaciones reprochables no guardan vínculo alguno con las motivaciones subjetivas o reales, aunque sí con la ausencia de causales o razones de justificación (ej. estado de necesidad, auto-puesta en peligro de la víctima, etc.), se abren dos posibilidades interpretativas: o bien aparece como un sinsentido hablar del carácter indiciario de las motivaciones reprochables, o bien este carácter ha de buscarse en otro sitio.

En cierta medida, Peralta parece haber encontrado este sitio cuando sostiene, según se viera, que “los motivos (reprochables) tienen la función heurística de *señalar* –o indicar, como lo dice más abajo– un hecho más grave debido a la ausencia de justificación”²⁶, con lo que el carácter indiciario de una motivación parece entenderse

²² *Ibidem*, pág. 173.

²³ *Ibidem*, págs. 166-173.

²⁴ *Ibidem*, pág. 304.

²⁵ *Ibidem*, págs. 269-270.

²⁶ *Ibidem*, pág. 280.

ahora como su potencialidad de señalar un hecho injustificable. No obstante, observado el mismo fenómeno bajo otro prisma, lo que en realidad se advierte es que en lugar de comportarse ofreciendo una señal de un hecho injustificable, lo único que ofrecen los motivos es una paráfrasis para decir exactamente lo mismo que podría decirse aludiendo a la ausencia de aquellas justificaciones que dotarían al hecho de mayor comprensibilidad. Lógicamente, que esto haya de ser así no es más que una consecuencia de lo que el mismo Peralta advierte: en su concepción, los motivos reprochables han de ser interpretados en tanto metáforas convenientes. Urge ahora preguntarse si esta interpretación no va reñida con la posibilidad de que los motivos reprochables actúen exhibiendo un carácter indiciario.

Ciertamente, no hace falta ser un avezado crítico literario para entender que lo que dota de carácter metafórico a una figura –a saber: la intencionalidad de quien la emplea– puede o no tener que ver con lo que le confiere un presunto carácter indiciario. De demostrarse, esta conexión será, en cualquier caso, un hecho contingente, siendo su verificabilidad deudora de otra clase de constataciones. Una huella en el camino, por ejemplo, puede ser indicio de la presencia de un caminante, aunque alguien pueda aludir a ella para referirse metafóricamente al conocido poema de Antonio Machado. Ahora bien, si las motivaciones reprochables constituyen tan solo una denominación para decir con ciertas palabras lo que podría decirse de otro modo, entonces lo único que cabe inferir es que ellas *no se comportan de forma indiciaria* con respecto a eso que, en efecto, puede decirse de otro modo, i.e. la ausencia de causales de justificación. Pero en realidad ni siquiera es tan solo esto lo que cabe desprender de aquí a modo de corolario provisional. Puestas las cosas en perspectiva, todo parecería funcionar más bien a la inversa del modo como lo concibe Peralta. Veamos por qué.

Dos hipótesis fácilmente contrastables se derivan de aceptar la vuelta de tuerca que propone Peralta. Según la primera de ellas, el nuevo concepto de motivaciones reprochables sería en principio compatible con el modo como han procedido históricamente los jueces penales, pues muchas veces sucedió que quien era sancionado

con una pena agravada en virtud de sus motivaciones era sancionado tan solo ante la ausencia de razones justificantes, más allá de cuál fuere la comprensión que los jueces tuvieran de aquel concepto. De todos modos, como ello no siempre ha sido así y, además, como la aproximación subjetivista a las motivaciones ya no puede considerarse un enfoque aceptable, lo que plantea la segunda hipótesis es que ni los jueces ni la dogmática necesitan prescindir de las motivaciones en la determinación de las penas. Para ello, basta con que se aprecie el contenido metafórico que encierra este concepto. De acuerdo a esta segunda hipótesis, entonces, no sería necesario reescribir las leyes penales a los efectos de que se adecuen a un entendimiento cabalmente liberal del Derecho. Dado el caso de que se consagre el principio de legalidad (cf. *supra*), ellas estarán bien como están, con tal de que los dogmáticos y los jueces adviertan la terminología metafórica que emplean.

En resumidas cuentas, dado que ahora las motivaciones no existen excepto como una simple paráfrasis o metáfora de otra cosa –a saber: de la ausencia de causales de justificación–, será entonces esta ausencia la que señalará indiciariamente la presencia de cualesquiera motivaciones reprochables. Como podrá apreciarse, parecen ser las causales de justificación las que señalan o indican el menor o mayor grado de reprochabilidad motivacional y no a la inversa, como pretendía Peralta. Pero si estas motivaciones no son algo ‘subjetivo’ sino una conveniente ‘herramienta heurística’, surgen al menos dos preguntas importantes:

- 1) ¿En dónde reside la conveniencia del discurso sobre motivaciones reprochables? ¿Qué es lo que él dice que no pueda ser dicho por el discurso sobre causales de justificación sin resto o pérdida de contenido significativo?
- 2) ¿De qué tipos de motivaciones constituyen un indicio las causales de justificación? (cf. *infra*, sec. 7).

En la próxima sección se intentará mostrar que la condición fundamental para que el discurso sobre motivaciones reprochables siga cumpliendo una función indispensable en el Derecho penal es

que ese discurso ya no sea interpretado como una simple metáfora para hablar de otra cosa (las causales de justificación), sino como la cara visible de un enfoque más comprensivo sobre las motivaciones que guarde un vínculo estrecho con el discurso sobre las causales de justificación, al cual deberá remitir –y esto es lo que Peralta habría alcanzado a intuir lúcidamente– de forma obligatoria. Una vez que se advierta esto, seguramente se comprenderá por qué son las causales de justificación las que siempre se comportarán como indicios de la presencia de motivaciones que merecen cierto reproche (jurídico), siendo estas motivaciones no menos *reales* que cualquiera de las motivaciones que suelen suscitar los tipos más comunes de reproche que se constatan, por ejemplo, en el ámbito moral.

III. Hacia un enfoque objetivista de las motivaciones "reprochables" y "reales"

De acuerdo con la postura de Peralta, no resulta legítimo que los motivos reales, entendidos como estados subjetivos de conciencia, sean objeto de valoración penal²⁷. Ahora bien, ¿qué sucedería si las motivaciones reales no fueran equivalentes a estados subjetivos de conciencia? Los dos acápites que integran esta sección se proponen ofrecer un enfoque alternativo de las motivaciones reales que, al tiempo que dé cuenta de lo que Peralta entiende –algo inexactamente– como ‘las motivaciones subjetivas’ que pertenecen al área de la moral, también consiga dar cuenta de las motivaciones que serían de neta incumbencia jurídica.

III.1. Dejando atrás el solipsismo metodológico

Luego de haber manifestado su acuerdo parcial con la tesis de Müssig, este es el modo en que Peralta ilustra su postura:

²⁷ *Ibidem*, pág. 312.

Ahora cabe preguntarse cuál es el caso en el que, por ejemplo, un hecho de robo se encuentra injustificado y así se debe negar cualquier situación de necesidad por mínima y remota que sea. El ejemplo de las razones para un robo es central, porque permite explicar uno de los motivos más extendidos sin tener que agregar argumentos extra: el de la codicia. Lo que por codicia se quiere dar a entender o, mejor dicho, lo que debe entenderse por codicia no es un ‘deseo irrefrenable de obtener ventajas patrimoniales’, sino la ausencia de necesidad de obtenerlas. La codicia implica que aquella ventaja que el autor obtiene con el hecho no es necesaria para satisfacer el ‘sustento propio o el de los suyos’, sino algo superfluo que de ningún modo puede justificar injerencias en derechos de terceros. En efecto, como afirma Streng, en la medición de la pena ‘las circunstancias próximas al estado de necesidad deben atenuar y las cercanas a los motivos reprochables deben agravar’, pero justamente porque estos últimos niegan toda posibilidad de las primeras²⁸.

Al escribir “lo que debe entenderse por codicia no es un ‘deseo irrefrenable de obtener ventajas patrimoniales’, sino la ausencia de necesidad de obtenerlas”, Peralta parece alzarse con la razón al menos en un sentido. Hoy, luego de que el solipsismo metodológico de procedencia cartesiana fuera definitivamente abandonado como un modo de aproximación a los estados mentales²⁹, resultaría un tanto extraño pretender que la codicia –por no hablar de otras tantas motivaciones y/o creencias– no sea más que un ‘episodio interno’ identificable por introspección fenomenológica, algo que hace muchos años resultaba bastante más habitual afirmar³⁰. “Una de las ideas filosóficas más peligrosas –supo decir L. Wittgenstein con respecto a las creencias– es, curiosamente, la de que pensamos con la cabeza o en la cabeza”³¹.

²⁸ *Ibidem*, pág. 251.

²⁹ Putnam, H., “The Meaning of ‘Meaning’”, en *Mind, Language and Reality. Philosophical Papers, Vol. 2*, Cambridge University Press, Cambridge, 1975, pág. 220.

³⁰ Sellars, W., *Ciencia, percepción y realidad*, traducción de V. Sánchez de Zavala. Tecnos, Madrid, 1971, cap. III y IV.

³¹ Wittgenstein, L., *Zettel*, Basil Blackwell, Londres, 1967.

¿Pero no transcurren nuestras motivaciones y creencias efectivamente en la cabeza y en nuestro interior? Aunque esto no podría negarse *a priori*, hoy ya no parece sensato tomarlo como la última palabra. De manera que si este es el sentido que cabe detectar en la apreciación de Peralta (un sentido anti o post-cartesiano, según podríamos bautizarlo), es en este sentido que ella suena convincente.

Como sea, existe una gran diferencia entre sostener por vía negativa que los estados mentales no son identificables tan solo por introspección fenomenológica y decir afirmativamente cómo nos las ingeniamos para identificar un estado mental, más allá de cuál sea el lugar que le corresponde en el orden natural de las cosas (básicamente, si dentro o fuera de la cabeza). Es este paso adicional, entonces, el que uno debe atreverse a dar para completar todo el recorrido. Uno de los problemas centrales suscitados por la aproximación tradicional o *clásica* a los estados mentales, según denominación de Sellars³², fue el de cómo determinar el contenido de verdad de las afirmaciones que atribuyen ciertos predicados mentales a los agentes. En efecto, si el contenido de verdad de afirmaciones tales como ‘X cree que p’ o ‘X desea q’ dependiera solamente de lo que X dijera ‘creer’ o ‘desear’, caeríamos en el más absoluto solipsismo³³.

Pero aún más importante que este, es el problema de la justificación para creer o desear ciertas cosas. Como sabemos, una cosa son los criterios para determinar si lo que X dice creer o desear es efectivamente lo que X cree o desea –problema que podríamos denominar ‘fáctico’ o ‘de atribución’³⁴ – y otra cosa son los criterios para determi-

³² Sellars, W., *Ciencia, percepción y realidad*, traducción de V. Sánchez de Zavala. Tecnos, Madrid, 1971, pág. 190.

³³ Al respecto, véase Moran, R., *Authority and Estrangement. An Essay on Self-Knowledge*, Princeton University Press, Princeton, 2001; Lazos, E., “Autoconocimiento: una idea tensa”, en *Diánoia*, vol. LIII, número 6, 2008, págs. 169-188.

³⁴ Aunque no estrictamente fáctico. Una razón para creer que lo que dice X es verdadero es que X sea sincero. ¿Pero cómo determinamos que X está siendo sincero? A veces, la única forma de hacerlo es evaluando las razones que X tendría para mentir en una situación concreta, aun si su tendencia a la sinceridad fuera una disposición de la que hubiera dado muestras sobradas

nar si a X le asiste el derecho para creer o desear lo que cree o desea, más allá de qué sea esto. A diferencia del anterior, este problema de justificación, como se adivinará, concita un tratamiento auténticamente evaluativo.

Retomando ahora sí el caso de la codicia, resulta natural que concebida en tanto que ‘episodio interno’ o ‘privado’ de un agente, ella haya podido estar durante tanto tiempo asociada a un ‘deseo irrefrenable de obtener ciertas ventajas patrimoniales’. Igualmente natural resulta que ella haya llegado a asumir al menos una doble faceta característica: fenomenológicamente, la de manifestarse como el correlato de un impulso psicológico muy vívido o algo semejante; y, materialmente, la de parecerse a una suerte de descarga eléctrica producida a nivel del córtex cerebral o algo semejante.

Sin embargo, así como solo muy injustamente alguien se arrogará el derecho de negar que esto es, efectivamente, lo que la codicia podría llegar a significar—estando uno facultado para descubrir lo que implica ‘codiciar’ a partir de tener ciertos impulsos o mediante la percepción de ciertas descargas eléctricas en una pantalla de laboratorio conectada a nuestro cerebro por medio de electrodos (pongamos por caso)—, también es cierto que la codicia encierra un contenido proposicional que dista de ser evaluativamente neutro. En esencia, porque al llamar a alguien ‘codicioso’ casi nunca estamos asumiendo una descripción sobre su persona que de una u otra manera no involucre un elemento de desaprobación. Y si lo que está en cuestión es cómo podemos convencer a un observador externo de que cierto episodio interno o privado de nuestra consciencia se trataría de un auténtico ejemplar de codicia, difícilmente bastará con ofrecer una descripción empírica de él; en su lugar, lo que necesitaremos hacer es, como diría Sellars, colocarlo “en el espacio lógico de las razones, de justificar lo que uno diga y ser capaces de justificarlo”³⁵.

a lo largo de su vida (véase Williams, B., *Verdad y veracidad*, trad. Alberto Enrique Álvarez y Rocío Orsi. Tusquets Editores, Barcelona, 2006.).

³⁵ Sellars, W., *Ciencia, percepción y realidad*, traducción de V. Sánchez de Zavala. Tecnos, Madrid, 1971, pág. 182.

Hasta aquí, simplemente parece no haber nada en esta aproximación a la codicia que contradiga la postura de Peralta. Más aún, de darse un paso adicional, se comprobaría que no hay forma de identificar un estado mental como un caso de codicia a menos que verifiquemos que no están dadas las razones justificantes que obligarían a transformar ese caso en otra cosa. Consecuentemente, ¿en qué otra cosa se transformaría ese supuesto estado mental de llegar a concurrir condiciones tales como la imposibilidad de obtener el sustento propio y el de los suyos mediante el cual el Código Penal argentino, por ejemplo, caracteriza la situación de quien, de otra manera, delinquiría injustificadamente?

Uno dirá, naturalmente, que se transformaría en un deseo parcialmente justificado o comprensible de obtener ventajas patrimoniales, sin importar cuán intrínsecamente irrefrenable sea el mismo o cuán poderoso se le aparezca a fuero interno al sujeto que lo detenta. De todos modos, al objeto de demostrar que los motivos, en el sentido jurídico-penalmente relevante, de ninguna manera hacen referencia a una cuestión subjetiva –que es lo que parece querer demostrar Peralta cuando sugiere abandonar la metodología que refiere a los motivos “como algo relativo a la mente del sujeto actuante”³⁶–, las pruebas que hasta ahora hemos cosechado distan de ser suficientes. Y, en cualquier caso, hablar *acerca de deseos reales* (justificados o no, comprensibles o no, etc.) parece ser todavía una cuestión inevitable.

III. 2. En busca de una alternativa metodológica

Según podría resumirse en breves líneas la postura de Peralta, cuando ante un hecho delictivo puntual corresponde una agravante por motivos reprochables, ello se debe a que no se constata la presencia de ninguna de las razones justificantes que permitirían disminuir la ilicitud del hecho y, con esto, el grado de reproche penal. Sin embargo, ¿qué diferencia existe entre afirmar esto y afirmar, por otro lado, que la ausencia de razones justificantes torna más reprochable un hecho,

³⁶ Peralta, J. M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 269.

debido a que son esas razones las que tornan impermissible (o injustificable) la posesión de ciertos motivos o deseos, así como la decisión de actuar sobre la base de los mismos? Al parecer, ninguna en absoluto.

De manera análoga, cuando aquella agravante no corresponde, ello se debe a que ciertas situaciones (estado de necesidad, auto-puesta en peligro de la víctima, dificultad para ganarse el sustento, etc.) tornan comprensible la realización de ciertas acciones, restándole un grado de ilicitud. Sin embargo, ¿qué diferencia existe entre afirmar esto y afirmar, por otro lado, que son estas situaciones las que tornan más permisible la realización de ciertas acciones precisamente porque son estas situaciones las que permiten comprender que se tengan determinados deseos (y/o creencias) y se los utilice como base de ciertas acciones? Al parecer, entre una y otra afirmación tampoco parece haber ninguna diferencia significativa³⁷.

Un razonamiento sencillo será de ayuda para arrojar luz sobre este punto. En los casos de robos movidos por la codicia, ¿qué significa la ausencia de necesidad de obtener ventajas patrimoniales referida por Peralta? ¿Acaso significa que un agente *carecerá absolutamente* de la necesidad de obtener o seguir obteniendo ventajas patrimoniales? Que este no parece ser el caso lo sabemos de constatar cuán contadas son las personas de quienes podría afirmarse algo así. Por ejemplo, ¿qué diríamos de los agentes que a pesar de poseer trabajos bien remunerados y vivir una vida sin grandes privaciones ni percances, aún no han logrado asegurarse el colchón de ahorros que los desvincularía de sus obligaciones laborales? ¿Afirmaríamos que no se hallan bajo la necesidad de obtener (o seguir obteniendo) ventajas patrimoniales? Muy difícilmente. Ergo, todo indicaría que no es en la ausencia de necesidad de obtener ventajas patrimoniales donde habría de buscarse la clave que defina la codicia. En su lugar, ella parece residir en la ausencia de necesidad de obtener ventajas patrimoniales *por medios no permitidos*, ya sea desde el punto de vista moral (medios como el

³⁷ Al respecto, véase Al-Hakim, M., “Making Room for Hate Crime Legislation in Liberal Societies”, en *Criminal Law and Philosophy* 4 (3), 2010, págs. 341-358.

engaño, la mentira, la adulación o –en una ética marxista, pongamos por caso– la plusvalía), ya sea desde un punto de vista estrictamente jurídico (medios como el robo o la estafa).

Por supuesto, semejante comprensión instrumental de la acción no es lo único novedoso que se añade a este esquema explicativo general. Así, una vez que el medio empleado adquiere un papel indiciario en la detección de la motivación, también adquirirá un papel revelador el objetivo de máxima por el que dicho medio se emplee, por lo mismo por lo que habría advertido Aristóteles: bien puede que los medios sean constitutivos de los fines³⁸. Esto se pone de manifiesto tanto en la actitud de quien roba para salir de una situación de apremio económico como en la actitud de quien hace lo propio pero para seguir aumentando su patrimonio, dos objetivos de máxima bastante disímiles que arrojan explicaciones de la acción igualmente discordantes. Medios y fines (u objetivos) son, por ende, estrictamente necesarios para determinar el carácter de una motivación, con lo que muy improbablemente llegaremos a realizar una atribución de ‘codicia’ que resulte creíble a menos que apelemos conjuntamente a estos dos elementos³⁹. Piénsese si no en la siguiente contraposición de deseos, deliberadamente descriptos de forma discreta:

³⁸ Wiggins, D., “Deliberation and Practical Reason”, en *Needs, Values, Truth*, Oxford University Press, Oxford, 1998, págs. 215-238.

³⁹ En consonancia con este planteo, afirma G. H. von Wright en *Sobre la libertad humana*: “Una clase importante de motivos está constituida por las ‘pasiones’ tales como celos, odio, avaricia. Tienden a ‘mover’ a la gente a la acción; bajo su influencia las personas hacen diversas cosas. Que una persona, por ejemplo, odie a otra se plasmará normalmente en varios ‘fines’ de acción que luego esta persona sigue. Puede querer infligir daño al objeto de su odio. Tener tales objetivos no es tanto una ‘consecuencia’ de su pasión como algo ‘constitutivo’ de ella; sus objetivos son los ‘criterios’ de acuerdo con los cuales le atribuimos la pasión en cuestión” (Von Wright, G. H., *Sobre la libertad humana*, traducción de Amparo Gómez. Paidós, Barcelona, 2002, pág. 79). A diferencia de von Wright, quien vincula objetivos y motivos de un modo constitutivo, Peralta cree necesario trazar una distinción un tanto más tajante entre ellos. Escribe al respecto: “Los motivos harían referencia a *por qué* obró el agente, mirando hacia el pasado, y los objetivos a *para*

- (1) Deseo de obtener ventajas patrimoniales por medio de un trabajo legal.
- (2) Deseo de obtener ventajas patrimoniales por medio de un trabajo ilegal.

Así como están referidos, resulta casi imposible determinar cuál de ellos representa un caso de codicia sin traer a colación una cantidad nada despreciable de información adicional relativa a las características personales del portador del deseo, a las circunstancias que lo rodean y tantas otras que podrían mencionarse.

Desde luego, en lo que atañe al terreno estrictamente penal en el que se mueven las reflexiones de Peralta, lo único que parece importar para detectar el tipo de motivación implicada es la determinación de las posibles causales de justificación. Pero ¿cómo hacer para determinar que en un caso concreto de robo, por ejemplo, se verifique la ausencia de necesidad de obtener ventajas patrimoniales y, con esto, una motivación como la codicia, que es la que debe fundar el máximo de pena?

Parece en principio sensato descartar una salida que pretenda versar tan solo sobre el posible valor de los objetivos que perseguiría el agente. En este sentido, la advertencia que formula Peralta es de un valor inconmensurable: por más loables que sean los objetivos que persigue un ladrón de bancos (como donar el dinero robado a los pobres, por ejemplo, a la manera de Robin Hood), si no concurre una causal de justificación jurídicamente prevista en la legislación,

qué realizó su conducta, mirando más bien hacia el futuro. Así, se puede distinguir entre quien obra para ganar dinero, porque quiere salir de su situación de pobreza, de quien delinque para ganar dinero, pero debido a que es codicioso. Ambos tienen el mismo objetivo, pero diferentes motivos. De esta manera, motivos y objetivos de la acción parecen dos cosas diferentes, por lo que, por ejemplo, el ‘fin de lucro’ (art. 176.7 CP ar.; art. 234 CP es.; § 203.5 StGB) no responde exactamente al mismo esquema de explicación y justificación al obrar por codicia” (Peralta, J. M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, págs. 32-33). En lo que sigue, qué pienso exactamente de la relación entre motivos y objetivos espero que se ponga de manifiesto mediante un ejemplo.

la motivación para cometer el robo bancario deberá considerarse por igual como un caso de codicia. De cualquier modo, incluso formulada esta advertencia, ¿quién podría negar que lo que sea que en un agente se encuentre operando no vaya a ser efectivamente un estado subjetivo o real, tan subjetivo o real como la motivación que desde el sentido común se nos suele atribuir?⁴⁰

En este acápite ha intentado formularse una caracterización alternativa de las motivaciones subjetivas o reales capaz de explicar por qué, a los fines de proceder a su identificación en el amplio universo de la moralidad, las denominadas causales o razones justificatorias desempeñarían el mismo papel que desempeñarían para Peralta en el ámbito jurídico.

Ahora bien, si este tipo de caracterización es válido para uno y otro ámbito, ¿por qué no admitir abiertamente que el discurso del sentido común sobre las pasiones y motivaciones humanas no sea más que una metáfora para referirnos a lo que podría decirse de otro modo? Después de todo, tal vez ese discurso no sea sino el olvidable resabio de una aproximación solipsista y cartesiana a la psicología. ¿Pero por qué entonces no atrevemos a ir incluso más allá y reconocer también que este mismo discurso que reprocha o desaprueba la codicia desmedida del avaro, por ejemplo, no sea más que una concatenación de palabras con perfecto sentido aunque sin ningún tipo de referente *real*?

La principal razón para rechazar esta sugerencia remite a la diferencia que existe entre el objeto al que puede estar dirigido un juicio de reproche y los criterios indiciarios que empleamos a los efectos de identificar este objeto. Por cierto, bien puede ser verdad que las causales de justificación constituyan los criterios de identificación eminentes que deberíamos emplear tanto en el ámbito jurídico como en el ámbito moral. Asimismo, igualmente valedero puede ser que sin una manera clara y transparente de concebir estos criterios, la práctica de agravar las penas a tenor de la gravedad de los ilícitos nunca consiga

⁴⁰ Jackson, F. y Pettit, P., “Functionalism and Broad Content”, en Jackson, F., Pettit, P. y Smith, M. (autores), *Mind, Morality and Explanation (Selected Collaborations)*. Oxford University Press, Oxford, 2004, págs. 108-114.

ofrecer un resguardo sólido para el principio de legalidad. Ahora bien, por más claros y cristalinos que resulten estos criterios, ellos nunca nos darán lo que necesitamos a los efectos de fundar un juicio de reproche. Y es que, sin nada que reprochar, sin un objeto a la vista, difícilmente pueda haber un juicio de reproche posible.

Por otro lado, si se opta por un camino alternativo tendiente a admitir sin más que el habla de las motivaciones reprochables relativa a la dogmática pudiera versar sobre el mismo objeto que el de las motivaciones subjetivas o reales, muchos temerán por la probabilidad de que se genere una consecuencia ciertamente peligrosa, cual sería la de que empiecen a levantarse las barreras que de momento impiden que el Derecho –y, con él, el Estado– se inmiscuya en cualquiera de las motivaciones humanas. Es cierto que tal implicancia extrema, según se imaginará, parece francamente irrisoria desde un punto de vista estrictamente burocrático del rol del Estado. Pero suponiendo que algo así se generara y un mundo como el de 1984 se instaurara entre nosotros (por citar un caso realmente extremo), sería evidente que las consecuencias normativas que se seguirían resultarían bastante difíciles de asimilar desde una concepción liberal del Estado, comoquiera se nos ocurra definirla.

No obstante, mientras todavía exista una alternativa viable para diferenciar, dentro del vasto universo de los motivos reales (o morales), aquellos que puedan ser de neta incumbencia jurídica, ninguna implicancia semejante cabría inferir de mi planteo. Resta explicar, entonces, de qué manera podría ser esto posible.

IV. Una nota general sobre los conceptos de pena y reproche

Al inicio de esta recensión se dijo que más allá de cuál sea el liberalismo por el que aboga Peralta, a los fines de abrazar una concepción liberal del sistema jurídico y del poder punitivo en un Estado de derecho, no habría necesidad de buscar apoyo en un dogma como el que capturan las palabras de Ferrajoli. Es verdad que luego de cierto escrutinio filosófico, la tentación parece difícil de resistir. Los defensores del dogma

son poderosos y constituye una tendencia ampliamente difundida entre los filósofos del derecho de tradición liberal la de diferenciar tajantemente entre la supuesta “interioridad de la moral” y la típica “exterioridad del derecho”⁴¹.

Sin embargo, por gravoso que sea el peso de la tradición, hay una razón para repudiar esta diferenciación que ya no puede permanecer oculta durante más tiempo. Sucintamente, lo que ella viene a expresar es que así como la moral y, de modo singular, el reproche moral pueden versar sobre los estados mentales o anímicos de las personas (como asimismo podrían versar sobre sus disposiciones, rasgos del carácter y concepciones del mundo)⁴², también el derecho y el reproche jurídico podrán hacerlo, por lo menos una vez que estos estados pasan a interpretarse en virtud de una aproximación post-cartesiana a la psicología⁴³ ligada a una formulación alternativa de la doctrina liberal.

Dos acotaciones generales son necesarias a propósito del concepto de reproche. La primera de ellas está relacionada con una reflexión que el propio Peralta ensaya en una sección de su libro. “No es curioso ni contradictorio afirmar que se prohíbe algo porque está mal –escriben sin que ese mensaje deba llegar en tono de reproche a alguien”⁴⁴. A lo que agrega: “Por el contrario, el contenido desde el punto de vista del Estado no tiene por qué ser compartido por el destinatario de la pena”⁴⁵. Concedido: no es curioso ni contradictorio afirmar que se prohíba algo porque esté mal sin que ese mensaje deba llegar en tono de reproche a alguien. En efecto, el momento de prohibición

⁴¹ Kant, I., *Metafísica de las costumbres*, traducción de Adela Cortina y Jesús Conill Sancho, Altaya-Tecno, Madrid, 1997, pág. 29.

⁴² Asimismo, véase Sher, G., “Blame for Traits”, en *Noûs* 35:1, 2011, págs. 146-161; Al-Hakim, M., “Making Room for Hate Crime Legislation in Liberal Societies”, en *Criminal Law and Philosophy* 4 (3), 2010, págs. 341-358.

⁴³ Jackson, F. y Pettit, P., “Functionalism and Broad Content”, en Jackson, F., Pettit, P. y Smith, M. (autores), *Mind, Morality and Explanation (Selected Collaborations)*. Oxford University Press, Oxford, 2004, págs. 95-118.

⁴⁴ Peralta, J. M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid, Marcial Pons, pág. 111, 2012.

⁴⁵ *Ibidem*.

es distinto del momento de reproche y no todo aquel que transgrede una prohibición merece un reproche por eso. ¿Quién merece un reproche? Básicamente, quien contravino una prohibición en ausencia de razones justificantes o excusas⁴⁶. Pero incluso si no hubiera razones justificantes o excusas, alguien podría transgredir una prohibición amparado en una razón que podría estar en franca contradicción con la razón que esgrime el Estado para sostener la vigencia de la norma. Esto se torna manifiesto, por ejemplo, en los actos de desobediencia civil o también en algunos actos delictivos por medio de los cuales sus autores pretenden expresar su disconformidad con ciertos valores imperantes. Por eso, bien hace Peralta en remarcar a renglón seguido que el contenido correcto desde el punto de vista del Estado no tiene por qué ser compartido por el destinatario de la pena.

Siguiendo esta misma línea de razonamiento, la segunda acotación podría ensayarse en forma de pregunta: ¿sería curioso o contradictorio afirmar que se sanciona algo porque está mal aunque esta sanción no conllevara un auténtico juicio de reproche? Puesta a la inversa, la misma pregunta dirá: ¿sería curioso o contradictorio afirmar que el reproche que le dirigimos a alguien podría no estar acompañado, después de todo, por una especie de pena o sanción que pretendiera implementarse de modo más o menos formal? Aunque todo dependerá, en última instancia, de cómo entendamos los conceptos de pena y reproche, no parece haber mayores dificultades en contestar ambas preguntas por la negativa. Al menos desde un punto estrictamente lógico, los conceptos parecen ser independientes, más allá de que en la práctica terminen trabajando juntos⁴⁷. Por idéntica razón, en principio no hay nada que impida formularle a alguien un juicio de reproche por sostener ciertas motivaciones sin pretender que eso mismo vaya acompañado de una pena o sanción que implique la inflicción de cierto tipo de sufrimiento, tal como la privación de la libertad.

⁴⁶ Scanlon, T., *Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, pág. 124.

⁴⁷ *Ibidem* pág. 122-123.

Desde luego, para que el reproche tenga sentido, trátase de una reacción que tenemos frente a alguien, trátase de un juicio que le dirigimos, el mismo deberá partir del reconocimiento de que el agente reprochado comparte (o debería compartir) con el agente que efectúa el reproche un núcleo de relaciones y expectativas comunes más o menos estrecho⁴⁸. Paralelamente, si el reproche expresa una defraudación de expectativas, lo lógico es que la estructura motivacional de los agentes reprochados vaya acompañada de una dosis de sufrimiento, la cual, por lo general, tenderá a reflejarse bajo la forma del remordimiento y otras sensaciones análogas⁴⁹. Ergo, no sería del todo cierto, como antes se dijo, que el reproche no comporte alguna idea de sufrimiento. Lo que sí parece más sensato afirmar es que no necesariamente comportará esa dosis de sufrimiento que suelen infligir las modalidades más conocidas de la sanción penal comúnmente entendida.

A priori, estas acotaciones calzarían a la perfección con algo que desliza Peralta inmediatamente a continuación del pasaje anterior: “La idea de que la pena deba expresar censura a modos de ver el mundo –escribe– no se sigue de la definición de pena, sino que es un postulado valorativo que se agrega al de la definición de pena como un fin que esta debe cumplir”⁵⁰. En esta cita, según se advertirá, el concepto de reproche pareciera hallar su equivalente en la expresión ‘censura a modos de ver el mundo’, que no pasa de ser ni más ni menos que una de las tantas caracterizaciones que podríamos ofrecer del concepto de reproche a tenor de los objetivos que este persigue⁵¹.

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 128 y ss. Fricker, Miranda, “What’s the Point of Blame?” (*Draft*), en http://www.ucl.ac.uk/laws/jurisprudence/docs/2013/fricker_2013.pdf, pág. 17, 2013.

⁴⁹ Williams, B., “Internal Reasons and the Obscurity of Blame”, en *Making Sense of Humanity and Other Philosophical Papers*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, pág. 41.

⁵⁰ Peralta, J. M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 111.

⁵¹ Nino, C. S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, EUDEBA, 1987; Williams, B., “Internal Reasons and the Obscurity of Blame”, en *Making Sense of Humanity and Other Philosophical Papers*,

A los efectos de reprocharle algo a una persona, esta persona debe encontrarse en falta. Ahora, así como “esta falta puede estar vinculada a una acción u omisión” de alguien,

... también puede relacionarse con los motivos, actitudes, disposiciones, o incluso con las creencias del agente reprochado (reprochamos en la gente los aspectos doxásticos de su racismo casi tanto como reprochamos en ella cualquier motivación que lo sostenga), y ciertamente reprochamos a la gente más allá de si los aspectos interiores de su vida se trasladan o no a su conducta⁵².

De cualquier modo, lo importante es que, exprese o no una censura a modos de ver el mundo, Peralta tiene razón en cuanto a que el concepto de reproche es absolutamente independiente del concepto de pena. Si no lo fuera, la consecuencia sería desastrosa, ya que todos podríamos ser penados incluso si los aspectos interiores de nuestra vida no se manifestaran externamente en nuestras conductas.

V. Los conceptos de pena y reproche desde una formulación alternativa a la doctrina liberal

¿Qué se requiere entonces para que este concepto amplio de reproche, lógicamente independiente de la idea de pena aunque compatible por lo demás con la posibilidad de censurar modos de ver el mundo o actitudes internas como los pensamientos y las motivaciones, pueda

Cambridge University Press, Cambridge, 1995, págs. 35-45; Sher, G., “Blame for Traits”, en *Noûs* 35:1, 2001, págs. 146-161; Scanlon, T., *Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame*, Cambridge, Harvard University Press, 2008; Fricker, Miranda, “What’s the Point of Blame?” (*Draft*), en http://www.ucl.ac.uk/laws/jurisprudence/docs/2013/fricker_2013.pdf, 2013.

⁵² Fricker, Miranda, “What’s the Point of Blame?” (*Draft*), en http://www.ucl.ac.uk/laws/jurisprudence/docs/2013/fricker_2013.pdf, pág. 12, 2013; sobre lo mismo, véase Sher, G., “Blame for Traits”, en *Noûs* 35:1, 2001, págs. 156-157.

fundar una aproximación liberal al poder punitivo de un Estado de derecho? Lo que se requiere, en primer lugar, es que nadie sea *penado* solo por el hecho de tener ciertas motivaciones, pensamientos, predisposiciones o rasgos del carácter. Sin embargo, de esto no se infiere que algunas motivaciones, pensamientos, predisposiciones o rasgos del carácter no puedan ser criticados, censurados o directamente *reprochados* desde el Estado, que es aparentemente la conclusión que muchos liberales, incluido Peralta, pretenden inferir.

Peralta sostiene que *la teoría* según la cual sería aceptable permitir que un Estado reproche a sus ciudadanos la infracción de las normas penales en virtud de razones que ese mismo Estado estime como válidas –teoría que él llama ‘de la prevención general positiva’– no es criticable porque pretenda educar a través de la fuerza; es criticable porque pretende inculcar valores más allá del Derecho, se lo haga o no por la fuerza⁵³. Sin embargo, ¿qué sentido tendría amenazar con pena ciertas acciones si lo que estuviera en cuestión no fuera precisamente la vigencia de cierta escala valorativa que debiera ser respetada aun si no fuera más que en virtud de que es lo que ha elegido una ciudadanía mayoritaria expresándose democráticamente en las urnas?⁵⁴ En una economía capitalista, por ejemplo, a menudo no bastará con que el Estado dé por descontado o asuma sin más un valor como el de la propiedad privada. Dado el caso de que un marxista extremo transgrediera este valor y recibiera por ello una pena a cambio, ¿no sonaría ciertamente arbitrario que él no fuera expuesto a las razones que al menos desde el Estado se esgrimen para apoyar esta institución?

Pero más allá de esto, hay una cuestión importante que todavía resta considerar: ¿qué se infiere exactamente del hecho de que de la definición de pena no se siga el que esta deba expresar censura a modos de ver el mundo, sino que esta censura sea, como constata Peralta, “un postulado valorativo que se agrega al de la definición de

⁵³ Peralta, J. M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 112, nota 97.

⁵⁴ Sobre el mismo argumento, véase *ibidem*, pág. 113 y ss.

pena como un fin –extrínseco, según podríamos agregar– que esta debe cumplir”? Por lo pronto, y con independencia de cualquier otra inferencia, nada, absolutamente nada parece inferirse acerca de qué puede tener permitido el Estado hacer o no hacer, no ya en materia de *penas*, sino en materia de *reproches*. Peralta dice que “un Derecho penal que se dedique a tratar de modificar modos de pensar respecto de ciertos valores sociales no es un Derecho penal liberal”. Si esto significa que un Estado no puede estar legitimado desde la doctrina liberal para modificar modos de pensar respecto de ciertos valores por vía del sistema penal y haciendo uso del aparato represivo de que dispone, la afirmación de Peralta es un justo llamado de precaución. Ahora, ¿ha de significar esto que un Derecho que se dedica a tratar de modificar modos de pensar respecto de ciertos valores sociales no puede reclamar para sí las cartas de un Derecho auténticamente liberal?

Esta segunda pregunta es importante porque nos invita a desviar la atención, aunque sea por un momento, del área estrictamente penal que integra el Derecho. Luego, entendiendo el Derecho liberal de modo amplio o liberal (valga la redundancia), ¿será cierto que no puede constituir una misión legítima por parte del Estado la de modificar ciertos modos de pensar? En principio, existen al menos dos maneras claramente diferenciables de respaldar esta pretensión.

Según la primera de ellas, que esto no pueda ser así no ha de significar sino, una vez más, que el Estado tiene vedada la posibilidad de inculcar modos de pensar apelando a herramientas que generen la impresión de que lo que se está haciendo pueda parecerse más a una forma de imposición que a una suerte de práctica persuasiva tendiente a lograr –por ponerlo a la manera de Habermas– el triunfo del mejor argumento. Para que ello suceda y la temida imposición aparezca como una amenaza en ciernes, no es necesario que el Estado pretenda modificar ciertos modos de pensar valiéndose del aparato represivo (esto, como acaba de corroborarse, no es lo que está aquí bajo discusión); la temida imposición también se manifestará cuando el Estado pretenda transformar las creencias de los ciudadanos, por ejemplo, fijando gravámenes o cargas impositivas diferenciales a ciertos medios o canales de difusión de creencias (como programas de radio

o televisión, periódicos, conferencias, congresos, etc.) que sean de una orientación contraria a la instituida oficialmente, o también, por qué no, negándole la personería jurídica a ciertas asociaciones cuyos fines estatutarios resulten tan reprobables moralmente (por ejemplo, promover el racismo y la xenofobia) que se torne necesario pronunciarse desaprobatoriamente sobre ellos. Aunque mucho podría discutirse en torno a este tópico, baste por el momento con asumir como válida esta primera explicación liberal de lo que no puede suceder cuando el Estado pretende transformar ciertos modos de pensar⁵⁵.

Pasando entonces a la segunda explicación, lo que un liberal hará a fin de respaldar la pretensión de que ‘no puede constituir una misión legítima por parte de un Estado modificar los modos de pensar de una ciudadanía’ es definir estos modos de pensar de la forma más restrictiva posible. ¿Cómo podría hacerse esto? Según se ha sugerido en otro sitio⁵⁶, la distinción que aquí resulta crucial tomar en cuenta no es la que se deriva del par ‘interioridad-exterioridad’ –tal la distinción de Ferrajoli– sino la que cabe trazar entre aquellas acciones individuales que generan repercusiones intersubjetivas en las vidas de otros seres humanos y aquellas acciones que forman parte de lo que se considera la moral personal, privada o autorreferente, es decir, aquellas acciones vinculadas, ya sea con la auto-degradación de quien la ejecuta o con la posibilidad de satisfacer un ideal sumamente personalísimo de excelencia humana, como una vida dedicada a las letras o al deporte⁵⁷. Sobre la base de esta distinción, lo que los liberales habrán de argüir no es que no pueda constituir una misión legítima por parte del Estado modificar los modos de pensar, de sentir o de ser de la ciudadanía. En tanto estas actitudes internas y disposiciones estén vinculadas con las

⁵⁵ Para una posición contraria, véase Wall, S., *Liberalism, Perfectionism and Restraint*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, págs. 27-123.

⁵⁶ cf. *supra*, sec. 2; Parmigiani, M., “Liberalismo, sanción y reproche: Una revisión crítica del concepto de reproche en la teoría jurídico-penal de C. S. Nino” [de próxima aparición en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (N.º 39)], 2013.

⁵⁷ Al respecto, véase Nino, C. S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, EUDEBA, 1987, págs. 111-112.

denominadas pautas de la moral intersubjetiva en las que se apoya el Derecho, al Estado le sería perfectamente lícito pronunciarse sobre ellas, ya sea formulando advertencias tendientes a evitar que estas pautas se infrinjan o, cuando eso no sucede, asumiendo una actitud directamente reprochadora⁵⁸. Lo que más bien habrán de argüir es que no puede constituir una misión legítima por parte del Estado modificar aquellos modos de pensar, sentir o ser de la ciudadanía que guarden cualquier tipo de vínculo con lo que atañe a la moral personal o autorreferente de cada uno, e incluso quizá tampoco con aquellas pautas de la moral intersubjetiva que no hayan decantado en principios, normas y disposiciones debidamente codificadas en el Derecho positivo. Este es el coto que el Estado tendrá vedado transgredir bajo cualquier condición⁵⁹.

En cuanto a lo segundo que ha de requerirse a fin de asegurar que este concepto amplio de reproche termine de propiciar una aproximación auténticamente liberal al poder punitivo de un Estado de derecho, una aproximación que no transgreda el coto recién citado, es que la práctica de agravar las penas en virtud de las motivaciones que puedan haber acompañado las conductas delictivas sea una práctica transparente y debidamente reglamentada. De otra forma, el principio

⁵⁸ Sobre el paralelismo lógico existente entre las prácticas de la advertencia y el reproche, véase Williams, B., “Internal Reasons and the Obscurity of Blame”, en *Making Sense of Humanity and Other Philosophical Papers*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, págs. 35-45, pág. 40 y ss. “Si la expresión ‘debió haber’ [*ought to have*] resulta adecuada bajo la modalidad del reproche [*blame*] luego de pasada la ocasión –escribe Williams–, la expresión ‘debe’ [*ought to*] resultaba adecuada durante la ocasión bajo la modalidad de la advertencia [*advice*]” (pág. 40).

⁵⁹ En su interpretación de Mill, quien fuera el primer autor en separar tajantemente estos dos ámbitos de la moral, M. Farrell se muestra incluso menos estricto que yo al definir el coto vedado. Él le atribuye a Mill la visión según la cual tanto el gobierno como la sociedad están autorizados a pronunciarse sobre todo lo relativo a la moral autorreferente de los individuos, siempre y cuando no recurran para ello a la utilización de coacciones legales o amenazas coactivas (Farrell, M. D., *El derecho liberal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 153-154).

de legalidad definitorio del Estado de Derecho se vería vulnerado, tal como la primera estrategia argumentativa de Peralta se encargó fehacientemente de demostrar⁶⁰.

VI. Comentarios finales

A mi juicio, precisamente la gran virtud del trabajo de Peralta consiste en haber señalado el camino para que este segundo requisito pueda verse plasmado. Aquí, el faro que oficia de guía está representado por la dogmática penal, que es la que finalmente consigue ofrendar la tan ansiada reglamentación. De hecho, la mentada serie de justificaciones que vienen a reducir la gravedad del ilícito, disminuyendo con esto el grado de reproche penal, constituyen para Peralta, al menos bajo la interpretación *sui generis* que hace de las mismas (aunque no necesariamente), ni más ni menos que la salida que estaba aguardando para evitar correr el riesgo de que cualquier motivación humana pueda capturar la atención de los funcionarios estatales y/o pueda transformarse en presa fácil de su posible discrecionalidad.

A estas alturas, estamos obligados a notar que semejante formalismo no es baladí. Comparemos si no lo que sucede en los ámbitos más vastos e imprecisos de una moralidad ampliamente entendida⁶¹. Al no existir en estos ámbitos ni una reglamentación formal, ni una casuística que dictamine cómo proceder caso por caso o quién está facultado para hacerlo, los probables candidatos a integrar la lista de acciones, disposiciones, rasgos del carácter, pensamientos o motivaciones que podrían hacerse pasibles de un reproche moral a menudo será tan incierta que uno comenzará a preguntarse si el reproche, en estos ámbitos, puede que todavía tenga algún sentido⁶².

⁶⁰ Cf. *supra*, sec. 2

⁶¹ Williams, B., "Internal Reasons and the Obscurity of Blame", en *Making Sense of Humanity and Other Philosophical Papers*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, pág. 40.

⁶² *Ibidem*, págs. 43-44, asimismo Scanlon, T., *Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame*, Cambridge, Harvard University Press, 2008.

Conforme el esquema heredado de la teoría general del delito, en cambio, sabemos que no habrá reproche penal a menos que haya una acción típica y antijurídica, con lo cual ya se abre ante nosotros un primer gran paraguas protector. El otro gran paraguas, por su parte, es el que se desprende del modo como Peralta (aunque no solo él) concibe la tarea de la dogmática, a la cual se le exige que entienda los elementos del delito “predominantemente como garantías del individuo frente al Estado”, sin que esto implique hacer de ella, por supuesto, un “instrumento destinado a obstaculizar, en lo posible, la actividad punitiva estatal”⁶³.

Es recién luego de sentirse amparado en la protección que le brindan ambos paraguas que Peralta adquiere la confianza para encarar su notable propuesta interpretativa en torno a las motivaciones reprochables. Como se observó, el objetivo de máxima consiste en dotar a la dogmática penal de un formato que también le permita mostrarse liberal en el tratamiento que le otorga a las motivaciones en general. Y es que, en la perspectiva de un análisis estrictamente liberal de la culpabilidad, el cual procura brindar un manto de protección especial a los derechos individuales, los motivos solo podrían tener relevancia en la medida en que significaran una disminución de la misma, no su agravamiento⁶⁴.

¿Cómo conciliar entonces esta perspectiva con lo sindicado por los ordenamientos jurídicos que agravan la situación de un autor por la concurrencia de las motivaciones que podrían invadirlo? Básicamente, interpretando estas motivaciones no como motivaciones propiamente dichas, sino como indicadores de la ausencia de causales de justificación. Claro, si esta propuesta se aceptara, ella permitiría salvaguardar la intuición de que el Estado, después de todo, no debe castigar a las personas por lo que ocurre en el plano interno de su agencia. Sin embargo, aunque este resultado se recibiera con beneplácito, el gran

⁶³ Peralta, J. M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 127.

⁶⁴ Cf. *supra*, sec. 2.

problema que todavía persistiría entre nosotros es que seguiríamos sin ser capaces de entender no ya cómo podría operar el Estado en materia de penas (es decir, si agravándolas o disminuyéndolas) sino, como antes se dijo, en materia de reproches.

El resultado se vuelve especialmente curioso tras constatar que habría sido el propio Peralta quien comenzó a preparar el terreno para que la idea de pena pudiera ser separada de la idea de reproche, con todo lo que de esta separación se deriva. Conceptualmente, semejante separación no solo nos permite llegar a comprender por qué escenarios en los que penamos sin reprochar y/o reprochamos sin infligir pena alguna son mucho menos que meras posibilidades lógicas⁶⁵; asimismo nos permite explicar, por un lado, que *lo que sea* que pretendamos reprocharle a alguien (un carácter, una creencia o una motivación), rara vez alcancemos a lograrlo exclusivamente por medio de la pena; y, por el otro, que *como sea* que penemos a alguien –esto es, más allá de la modalidad penal específica que adoptemos (si prisión efectiva, pago de multas, compensación a la víctima o lo que fuera)–, esa modalidad rara vez alcance a expresar lo que realmente pensamos o sentimos sobre su persona.

Como se echa de ver naturalmente, la posibilidad de concebir escenarios complementarios como estos de ninguna manera trae aparejada una determinada concepción del poder punitivo del Estado. En este sentido, no solo debe remarcarse que ninguna consecuencia de ese calibre se sigue en lo concerniente a cómo fijar los límites que el Estado tendría vedado transgredir so pena de incurrir en prácticas antiliberales. En rigor, tampoco ninguna consecuencia semejante se desprende en lo que atañe a las motivaciones individuales que suelen

⁶⁵ Peralta, J. M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 111; Scanlon, T., *Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame*, Cambridge, Harvard University Press, 2008; Parmigiani, M., “Liberalismo, sanción y reproche: Una revisión crítica del concepto de reproche en la teoría jurídico-penal de C. S. Nino” [de próxima aparición en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (N.º 39)], 2013.

acompañar a los seres humanos, sea que se traduzcan o no en verdaderas acciones delictivas.

Tal cual lo ponen de manifiesto las últimas consideraciones, el hecho de que sea encarcelando a alguien durante x cantidad de años el modo eminente como pretendemos comunicarle que ha sido guiado por una motivación –por ejemplo, la codicia– que merece mayor reprobación que otra –por ejemplo, el apremio económico– que solo le hubiera acarreado una pena de prisión de $x - n$ cantidad de años, no significa que sea exclusivamente por medio de esta pena que podamos expresar nuestra reprobación. Es más, si la pena y el reproche son dos conceptos distintos y separables, a los efectos de comunicar esa reprobación ni siquiera será necesario que una motivación merezca mayor pena que otra. Dos delitos del mismo tipo cometidos por motivaciones distintas bien puede que requieran penas del mismo calibre (i.e., penas cuantitativamente equivalentes), aun si no, como se imaginará, idénticos juicios de reproche.

Bibliografía

- Al-Hakim, M., “Making Room for Hate Crime Legislation in Liberal Societies”, en *Criminal Law and Philosophy*, 4 (3), 2010, págs. 341-358.
- Farrell, M. D., *El derecho liberal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
- Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001.
- Feyerabend, Paul, “Realism and Instrumentalism: Comments on the Logic of Factual Support”, en *Realism, Rationalism and Scientific Method. Philosophical Papers, Vol. 1*. Cambridge University Press, Cambridge, 1981, págs. 176-202.
- Fricker, Miranda, “What’s the Point of Blame?” (*Draft*), en http://www.ucl.ac.uk/laws/jurisprudence/docs/2013/fricker_2013.pdf, 2013.
- Hart, H. L. A., *Obligación jurídica y obligación moral*, traducción de Javier Esquivel y L. Alfonso Ortiz. Cuadernos de Crítica N.º 3, México, 1977.

- Hume, D., *Tratado de la naturaleza humana*, 2.^a edición en español, trad. Félix Duque. Madrid, Tecnos, 1992.
- Jackson, F. y Pettit, P., “Functionalism and Broad Content”, en Jackson, F., Pettit, P. y Smith, M. (autores), *Mind, Morality and Explanation (Selected Collaborations)*. Oxford University Press, Oxford, 2004, págs. 95-118.
- Kant, I., *Metafísica de las costumbres*, traducción de Adela Cortina y Jesús Conill Sancho, Altaya-Tecno, Madrid, 1997.
- Laudan, L., “Realism without the Real”, en *Philosophy of Science*, 51, 1. (Mar.), 1984, págs. 156-162.
- Lazos, E., “Autoconocimiento: una idea tensa”, en *Diánoia*, vol. LIII, número 6, 2008, págs. 169-188.
- Maxwell, G., “El estatus ontológico de las entidades teóricas”, en Olivé Morett, L. R. y Pérez Ransanz, A. R., *Filosofía de la ciencia: teoría y observación*. UNAM: Siglo XXI Editores, 1989, págs. 116-144.
- Mill, J.S., *Ensayo sobre la libertad*, traducción de M. A. Lavilla Navarro, Mestas Ediciones, Madrid, 2006.
- Moran, R., *Authority and Estrangement. An Essay on Self-Knowledge*, Princeton University Press, Princeton, 2001.
- Nino, C. S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, EUDEBA, 1987.
- Parmigiani, M., “Liberalismo, sanción y reproche: Una revisión crítica del concepto de reproche en la teoría jurídico-penal de C. S. Nino” [de próxima aparición en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (N.º 39)], 2013.
- Peralta, J. M., *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- Putnam, H., “The Meaning of ‘Meaning’”, en *Mind, Language and Reality. Philosophical Papers, Vol. 2*, Cambridge University Press, Cambridge, 1975, págs. 215-271.
- Scanlon, T., *Moral Dimensions: Permissibility, Meaning, Blame*, Cambridge, Harvard University Press, 2008.

- Sellars, W., *Ciencia, percepción y realidad*, traducción de V. Sánchez de Zavala. Tecnos, Madrid, 1971.
- Sher, G., “Blame for Traits”, en *Noûs* 35:1, 2001, págs. 146-161.
- Von Wright, G. H., *Sobre la libertad humana*, traducción de Amparo Gómez. Paidós, Barcelona, 2002.
- Wall, S., *Liberalism, Perfectionism and Restraint*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.
- Wiggins, D., “Deliberation and Practical Reason”, en *Needs, Values, Truth*, Oxford University Press, Oxford, 1998, págs. 215-238.
- Wittgenstein, L., *Zettel*, Basil Blackwell, Londres, 1967.
- Williams, B., “Internal Reasons and the Obscurity of Blame”, en *Making Sense of Humanity and Other Philosophical Papers*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, págs. 35-45.
- , *Verdad y veracidad*, trad. Alberto Enrique Álvarez y Rocío Orsi. Tusquets Editores, Barcelona, 2006.

Sección IV
Balance de una
discusión

Derechos sociales y liberales Un balance sobre la discusión de 2004

María Beatriz Arriagada Cáceres*

Recepción: 31 de julio 2015.

Aceptación: 30 de agosto 2015.

Resumen: El primer objetivo de este trabajo es mostrar que el debate sostenido en el cuarto número de la revista *Discusiones* (2004), particularmente la intervención de Fernando Atria, modificó las coordenadas de la conocida controversia sobre la posibilidad o imposibilidad de equiparar los llamados derechos sociales con los llamados derechos liberales (civiles y políticos), exhibiendo que esta controversia está determinada por la tensión entre el concepto y el fundamento de los derechos fundamentales. Su segundo objetivo es analizar, en términos de sus fortalezas y limitaciones, la propuesta teórica de Fernando Atria y la forma en que esta ha evolucionado a más de una década de su formulación original. Su tercer objetivo es, a partir de este análisis, evaluar la contribución de esta propuesta en el mejoramiento de la situación devaluada en la que se encuentran los derechos sociales e identificar los desafíos que, en esta tarea, todavía se encuentran pendientes.

Palabras clave: derechos sociales, derechos liberales, derechos civiles y políticos.

Abstract: The first objective of this work is to show that the discussion held in the *Discussions* Journal Issue Number 4 (2004), particularly Fernando Atria's intervention, changed the coordinates of the well-known controversy about the possibility or impossibility to equate the so called social rights with the so called liberal rights (civil and political rights), exposing that this controversy is determined by the tension between the concept and the basis of fundamental rights. Its

* Licenciada en Derecho Pontífica Universidad Católica de Chile. Doctora en Derecho Universidad de Chile. Profesora de Teoría del Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.

Correos electrónicos: maria.arriagada@udp.cl; mbeatriz.arriagada@gmail.com.

second objective is to analyze, in terms of its strengths and limitations, Fernando Atria's theoretical proposal and how it has evolved in more than a decade from its original formulation. Its third objective, starting from this analysis, is to assess the contribution of this proposal on improving the undervalued situation in which social rights are and identify the challenges that, in this task, are still pending.

Key words: social rights, liberal rights, civil and political rights.

I. Introducción

Aunque la conocida controversia sobre la posibilidad o imposibilidad de equiparar los llamados derechos sociales con los llamados derechos liberales ha ocupado una parte importante del trabajo de la dogmática constitucional de los derechos fundamentales, la teoría analítica del derecho ha sido la encargada de clarificar los términos de la discusión¹. Este nivel de análisis permite vislumbrar que a la referida controversia subyace una disputa acerca del concepto de derecho subjetivo².

¹ Una de las funciones de esta forma de hacer teoría del derecho es analizar los conceptos utilizados por la dogmática jurídica y, en este sentido, es un metalenguaje acerca del lenguaje de los juristas. Ver por ejemplo Carrió, G., "Nota preliminar", en Hohfeld, W., *Conceptos jurídicos fundamentales*, México D.F., Fontamara, 1992 [1913], pág. 8, Nino, C., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980, págs. 165-168 y Escudero, R., "Estudio preliminar", en Comanducci, P., *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, págs. XXXVII-XLVI.

² Secundariamente, se han esgrimido otras razones para sostener que entre los derechos sociales y liberales existen diferencias que impiden su equiparación y, en consecuencia, otros argumentos que se dirigen a refutar estas diferencias; ver, por ejemplo, Ruiz Miguel, A., "Derechos liberales y derechos sociales," *Doxa*, números 15-16, 1994; Hierro, L., "Los derechos económico-sociales en la teoría de los derechos de Robert Alexy," en Alexy, R. (et.al), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007; Martínez de Pisón, J., "Los derechos sociales: unos derechos controvertidos," en Zapatero, V. y Garrido, M.I. (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Madrid, Cuadernos democracia y derechos humanos, Universidad de Alcalá, 2009 y Rossetti, A., "Algunos

En el entendido de que los derechos fundamentales son una especie de los derechos subjetivos, desde una perspectiva, se sostiene que los llamados derechos sociales no son derechos en sentido estricto porque no son judicialmente exigibles³. Desde la perspectiva opuesta, se afirma que la falta de garantía judicial no es una razón para negarle el carácter de derecho a una posición jurídica, además de que existen otras formas de garantía⁴.

Se puede, entonces, establecer que el argumento de que los derechos sociales son auténticos derechos y, por tanto, equiparables con los derechos liberales se sustenta en el concepto kelseniano de derecho reflejo. De acuerdo con este concepto, un derecho subjetivo no es otra cosa que el reflejo de una obligación de otro u otros⁵, o en términos de Hohfeld, la posición correlativa a la posición de deber⁶, cuyo fundamento jurídico es una norma regulativa que impone una obligación⁷. A su turno, el argumento según el cual los derechos sociales no son derechos en sentido estricto y, en consecuencia, no

mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales”, en Ribotta, S. y Rossetti, A. (eds.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Madrid, Dykinson, 2010.

³ Por ejemplo, Böckenförde, E., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001 [1993], pág. 80 y Hesse, C., “Significado de los derechos fundamentales,” en Benda *et.al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Evap-Marcial Pons, [1994], pág. 98.

⁴ Ver por ejemplo Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007 [1984], pág. 456; Carbonell, M., “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, *Revista de Derecho Público Universidad de Chile*, volumen 70, 2008, pág. 46 y Pérez Luño, A., *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 66 y ss.

⁵ Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, (2ª edición), México D.F., Porrúa, 1991 [1960], págs. 139-143.

⁶ Hohfeld, W., *Conceptos jurídicos fundamentales*, México D.F., Fontamara, 1992 [1913], págs. 47-52. Sobre esta coincidencia entre Hohfeld y Kelsen, ver por ejemplo Cruz Parceros, J., *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007, pág. 37.

⁷ Una norma que obliga a cierta conducta enlazando a la contraria una sanción; Kelsen, H., *Teoría pura, op. cit.*, pág. 140.

son equiparables con los derechos civiles y políticos se sustenta en el concepto kelseniano de derecho subjetivo en sentido técnico, típicamente utilizado en el ámbito del derecho privado. De acuerdo con este concepto, un derecho subjetivo es un derecho reflejo provisto de la potestad de poner en movimiento, mediante una acción, el procedimiento destinado a reconocer la falta de cumplimiento de la obligación por el deudor⁸. Este concepto puede ser descrito como una conjunción de los conceptos hohfeldianos de derecho subjetivo y potestad⁹, y su fundamento jurídico reside, conjuntamente, en una norma regulativa y una norma de competencia¹⁰.

La teoría del derecho también ha puesto de relieve que la disputa acerca de la posibilidad o imposibilidad de equiparar a los derechos sociales con los derechos liberales está determinada por dos visiones ideológicamente opuestas. Mientras desde la mirada conservadora se afirma que entre los derechos sociales y liberales existen diferencias que impiden su equiparación, desde la perspectiva progresista

⁸ O lo que es lo mismo, el poder de participar en la producción de la norma jurídica individual de la sentencia judicial en la que se estatuye una sanción concreta por dicho incumplimiento; Kelsen, H., *Teoría pura, op. cit.*, págs. 146-149 y 152. Desde esta perspectiva, los derechos sociales se consideran derechos sobre el papel y no derechos verdaderos como los derechos civiles y políticos; Guastini, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999 [1996], págs. 185-186 y 188-189. Asimismo de acuerdo con Hart, solo se puede afirmar que los individuos tienen derecho a los beneficios de bienestar que el Estado está obligado a proporcionarles cuando se cumplen dos condiciones: (i) la obligación estatal debe ser condicional, en el sentido que depende de que sea demandada por los beneficiarios; y (ii) el beneficiario que ha sufrido algún daño debe encontrarse en una posición que lo legitime para solicitar a un tribunal la dictación de una orden dirigida a que el organismo oficial pertinente cumpla con su obligación o deje de incumplirla; Hart, H.L.A., "Legal Rights" en *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, New York, Oxford University Press, 1982, págs. 185-186.

⁹ Hohfeld, W., *op. cit.*, págs. 47-52 y 67-81.

¹⁰ En términos de Kelsen, una norma facultativa perteneciente a la categoría de las "normas no independientes" porque solo determina una de las condiciones a las cuales una norma independiente enlaza el acto coactivo; Kelsen, H., *Teoría pura, op. cit.*, pág. 68.

se sostiene exactamente lo opuesto¹¹. En este contexto, las expresiones “conservadurismo” y “progresismo” pueden ser respectivamente sustituidas por las expresiones “centro derecha” y “centro izquierda”¹² o “liberalismo europeo y latinoamericano” (o libertario) y “liberalismo anglosajón” (o igualitario)¹³, en el entendido de que se trata de dos posiciones filosófico-políticas o teorías de la justicia que ofrecen diversas justificaciones para conferir derechos fundamentales.

Lo expuesto permite proponer, cuando menos en principio, la existencia una correlación entre las respuestas que se dan a dos cuestiones diferentes: el concepto y el fundamento de los derechos fundamentales. En particular es posible correlacionar: (i) el concepto de derecho subjetivo en sentido técnico con la justificación conservadora de los derechos fundamentales y (ii) el concepto de derecho subjetivo reflejo con la justificación progresista de los derechos fundamentales. El establecimiento de estas correlaciones está, por así decirlo, en el límite de la teoría analítica del derecho puesto que, al mismo tiempo que ella ofrece explicaciones acerca del modo en que los especialistas utilizan conceptos de aplicación general al interior de su campo, pone de manifiesto las relaciones que existen entre diferentes compartimentos de nuestra vida intelectual y humana¹⁴.

La correlación entre el concepto de derecho subjetivo reflejo y el fundamento progresista de los derechos fundamentales no es, sin embargo, más que un punto de partida. Conscientes de que buena parte del escepticismo sobre los derechos sociales se debe a lo problemática y deficiente que ha sido su protección y cumplimiento, sus

¹¹ Por ejemplo, Ruiz Miguel, A., “Derechos liberales y derechos sociales”, *op. cit.*, págs. 652-654. Sobre la dicotomía “conservadurismo-progresismo” ver Bonazzi, T., “Conservadurismo” en Bobbio, N., Mateucci, N. y Pasquino, G., *Diccionario de política*, México D.F., Siglo XXI, 2007 [1983], págs. 318-323.

¹² Bobbio, N., *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*, Madrid, Taurus, 1996, pág. 163.

¹³ Villavicencio, L., *Las críticas comunitaristas al liberalismo igualitario. Un balance*, Madrid, Dykinson, 2014, págs. 9 y 14.

¹⁴ Sobre esta característica del análisis conceptual, ver Strawson, P., *Análisis y metafísica*, Barcelona, Paidós, 1997 [1992], págs. 47-57.

defensores han procurado encontrar fórmulas para garantizarlos jurídicamente. En este contexto, lo ideal sería encontrar el modo de hacer posible su tutela judicial¹⁵.

La paradoja se vuelve entonces evidente: la defensa de los derechos sociales, inicialmente fundada en el concepto de derecho subjetivo reflejo, termina por disolverse en un alegato a favor de su transformación en derechos subjetivos en sentido técnico. Como los derechos sociales se encuentran devaluados y son tan importantes como los derechos liberales, deben ser, igual que estos últimos, justiciables¹⁶. Esta era ya en el año 2004 la nueva ortodoxia del constitucionalismo¹⁷, cuyo caso paradigmático está constituido por quienes promueven la justiciabilidad de los derechos sociales bajo formas convertidas de derechos liberales que sí cuentan con recursos que garantizan su exigibilidad judicial¹⁸.

La controversia podía entonces ser descrita como una que enfrentaba a juristas de tendencia marcadamente conservadora, que tendían a negar la justiciabilidad de los derechos sociales, con juristas progresistas con una firme tendencia a aceptar que los derechos sociales

¹⁵ Cruz Parceros, J., *El lenguaje de los derechos*, op. cit., pág. 71.

¹⁶ Así por ejemplo, hay quienes consideran que para afirmar la exigibilidad de estos derechos es suficiente el reconocimiento jurídico de algún poder de reclamo aunque este no exista en todos los casos de violaciones; Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004, pág. 38, nota 37 de ese trabajo. También hay quienes afirman que la posibilidad de reclamar existe a partir de la eficacia directa de la norma iusfundamental; Bastida, F., “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos,” en Alexy, R. et al.) *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, págs. 116-119.

¹⁷ Michelon, C., “Introducción: derechos sociales y la dignidad de la igualdad”, *Discusiones*, 4, pág. 8.

¹⁸ Por ejemplo, Rossetti, A., op. cit., pág. 121 (nota 54 de ese trabajo) y Ruiz-Tagle, P., “Un proyecto constitucional para la generación del bicentenario: Igualdad y derechos sociales y económicos en Chile,” *Revista de Derecho y Humanidades*, 15, 2009, pág. 23.

pueden ser directamente utilizados como fundamento para una decisión judicial¹⁹.

El autor chileno Fernando Atria identificó correctamente la paradoja envuelta en el discurso progresista y sus implicaciones. Al retratar la situación en la que se encuentran las demandas socialistas que dieron origen a la idea de derechos sociales, consiguió levantar la venda de optimismo que había cubierto la visión de esta doctrina²⁰. Al defender la imposibilidad de equiparar los derechos sociales con los derechos liberales no solo fue decididamente en contra de todo lo que rápidamente se estaba estableciendo como la ortodoxia constitucional²¹, sino que también logró modificar las coordenadas de la controversia descrita, mostrando que la afirmación de que los derechos sociales son diferentes a los derechos civiles y políticos no implica necesariamente una alineación con la postura conservadora²².

La importancia teórica de su propuesta reside en que consiguió exhibir que la tensión entre el concepto y el fundamento de los llamados derechos sociales no estaba resuelta. Además, inauguró un auténtico discurso contracultural que ha derivado en la propuesta de

¹⁹ Michelin, C., *op. cit.*, pág. 8.

²⁰ Atria, F., “¿Existen derechos sociales?”, *Doxa* 4, 2004.

²¹ Así lo explicita el propio Atria; ver Atria, F., “Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales,” *Discusiones*, 4, 2004, pág. 145.

²² Como apunta Bernal, lo novedoso en la propuesta de Atria es que la negación del carácter vinculante de las disposiciones de derechos sociales se hace compatible con una profunda fidelidad a las doctrinas socialistas; Bernal, C., “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a ‘¿Existen los derechos sociales?’ de Fernando Atria”, *Discusiones*, 4, 2004, pág. 118. Una década más tarde, Atria admite que su tesis de que los derechos sociales no pueden ser judicialmente exigibles parece alinearlo con la constitución chilena de Pinochet (en la que los llamados derechos sociales no son exigibles judicialmente). Su libro (de 2014) pretende ser una explicación de que por qué esto es solo apariencia; Atria, F., *Derechos sociales y educación. Un nuevo paradigma de lo público*, Santiago, LOM, 2014, pág. 35 (nota 13 de ese trabajo).

un nuevo modelo y un cambio de paradigma²³, cuyo análisis crítico es crucial para explicitar la tensión existente entre el concepto y el fundamento de los derechos civiles y políticos y, en esa medida, avanzar en la resolución de la tensión entre el concepto y el fundamento de los derechos fundamentales en general.

Fundamentar los derechos, es decir, responder a la pregunta de cuáles son las razones extrajurídicas que justifican su otorgamiento no es una tarea propia de la teoría del derecho sino de la filosofía política²⁴. A la teoría del derecho le compete resolver el problema conceptual, esto es, responder a las preguntas sobre bajo qué condiciones es posible afirmar que alguien tiene un derecho y qué significa afirmar que lo tiene²⁵, las cuales dicen relación con la estructura normativa de estas posiciones jurídicas subjetivas. Pero ello no significa ignorar que los dos problemas están relacionados. De ahí que pueda hablarse propiamente de una “tensión”²⁶.

La propuesta teórica de Fernando Atria tuvo el mérito de poner al descubierto que la controversia sobre la posibilidad o imposibilidad

²³ Ver Atria, F., Larraín, G., Benavente, J., Couso, J., y Joignant, A., *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Santiago, Debate, 2013 y Atria, F., *Derechos sociales y educación. Un nuevo paradigma de lo público*, op. cit.

²⁴ En este sentido por ejemplo, Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, págs. 17-18 y De Cabo, A., y Pisarello, G., “Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales” en De Cabo, A. y Pisarello, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2007 [2001], pág. 17.

²⁵ Estas dos preguntas pueden denominarse, respectivamente, “pregunta de la identidad” y “pregunta de la implicación”; Shapiro, S., *Legalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2014 [original de 2011], págs. 33-36.

²⁶ Como por un lado, la elucidación conceptual no podría efectuarse con independencia de la elaboración de la teoría normativa en cuyo marco opera el concepto y, por otro lado, la valoración no podría tener lugar sin la previa identificación conceptual de lo que se valora, se requiere de un proceso de ajustes mutuos; Nino, C., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Astrea, Buenos Aires, 1989 [original de 1984], págs. 12-13. Sobre esta tensión ver también Prieto Sanchís, L., op. cit., págs. 17-23 y Baccelli, L., “Derechos sin fundamento” en De Cabo, A. y Pisarello, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2007 [original de 2001].

de equiparar derechos liberales y sociales está determinada por esta tensión entre el concepto y fundamento de los derechos fundamentales. Mostrar esto y analizar esta propuesta y su evolución, en miras de evaluar su contribución en el mejoramiento de la situación en que se encuentran los derechos sociales e identificar los desafíos que, en esta tarea, todavía están pendientes es el sentido de las páginas que siguen.

II. La primera propuesta de Atria

La primera formulación de Atria sobre la diferencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales se presenta en dos artículos publicados en el cuarto número de la revista *Discusiones*. El primero de ellos contiene la formulación original y el segundo complementa esta formulación respondiendo a los comentarios de Bernal, Cruz Parceró y Gargarella publicados en el mismo volumen²⁷. La propuesta puede sintetizarse en las siguientes tres tesis:

Primera Tesis: un derecho subjetivo es una posición de potestad en la que se encuentra un individuo para decidir si la obligación que otro u otros tienen, en interés del primero, será o no coactivamente exigida.

El eje de la primera propuesta de Atria es el concepto de derecho subjetivo típicamente usado en el ámbito del derecho privado, definido en los siguientes términos:

[P]ara que en sentido jurídico podamos hablar de un derecho subjetivo es necesario que una persona (i) tenga una obligación (ii) cuya exigibilidad está jurídicamente mediada por la declaración de voluntad de otra; y (iii) que sea reconocida o creada por el derecho en atención al interés de esa otra²⁸.

²⁷ Atria, F., “¿Existen derechos sociales?”, *op. cit.* y Atria, F., “Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales, *op. cit.*; Bernal, C., Fundamento concepto y estructura de los derechos sociales, *op. cit.*; Cruz Parceró, J., “Réplica a Fernando Atria”, *Discusiones*, 4, 2004 y Gargarella, R., “Derecho y disociación. Un comentario a ‘¿Existen los derechos sociales?’ de Fernando Atria,” *Discusiones*, 4, 2004.

²⁸ Atria, F., “¿Existen derechos sociales?”, pág. 23, *op. cit.*

Desde esta óptica, decir que alguien tiene derecho es más que decir que es lícito, bueno o justo dar, hacer o no hacer algo en favor de ese alguien: “Para el derecho, lo crucial para que podamos hablar de un derecho subjetivo en el sentido jurídico es la posición en la que se encuentra una persona con *potestad* para decidir si la obligación de otro será o no coactivamente exigida”, o lo que es lo mismo, “que la exigibilidad de la obligación del deudor esté mediada por la voluntad del acreedor”²⁹.

Esta característica del concepto jurídico de derecho sería reflejo de una característica moral análoga, a saber, que el derecho (en sentido moral) significa recortar el rango de consideraciones morales aplicables a la determinación de la justicia de una acción, porque dado el contexto en el que en el derecho aparece lo dominante es cómo es servido el interés del acreedor. Jurídicamente esta nota se manifestaría a través de la exigibilidad mediada, puesto que el derecho entendería que, salvo en casos especiales, quien mejor conoce sus intereses es el propio interesado³⁰.

Segunda tesis: los llamados derechos sociales son diferentes a los derechos civiles y políticos porque no pueden expresarse en el lenguaje de los derechos subjetivos.

En palabras de Atria: “Que el discurso jurídico no puede acomodar los derechos sociales como puede acomodar los derechos civiles y políticos no es solo un hecho casual: tiene que ver con el concepto mismo de derecho (subjetivo)”³¹.

²⁹ *Ibidem*, págs. 22 y 25. Dicho con otras palabras: “Que el derecho no reconozca una acción a una determinada pretensión quiere decir, como hemos visto, que esa pretensión no constituye un derecho subjetivo en el sentido propio del término”. “Lo determinante no es la cultura *jurídica* del país del caso, porque para el derecho no hay derechos subjetivos sin acción (en otras palabras: en la ‘cultura jurídica’ occidental la idea jurídica de derecho subjetivo está *siempre y necesariamente*, no contingentemente, vinculada a la acción para exigir el cumplimiento coactivo)”; *ibidem*, págs. 43 y 47.

³⁰ *Ibidem*, pág. 25.

³¹ *Ibidem*, pág. 51.

Los derechos civiles y políticos son, según Atria, derechos subjetivos porque en ellos está implicada la idea liberal de que el interés individual se impone frente a los intereses de la comunidad. Atria admite que la idea de derecho subjetivo propia del derecho privado ha mutado en algo diferente cuando se usa para aludir a los derechos humanos como el derecho a la integridad física o a la participación política. Pero lo importante es, a su parecer, lo que no ha mutado: “[E]l concepto mismo de derecho subjetivo, implica que el interés individual que el derecho protege triunfa, al menos típicamente las aspiraciones comunitarias. Quien reclama un derecho se separa de la comunidad y afirma su derecho aun en contra de ella si es necesario”³².

Los derechos sociales, a su turno, no podrían expresarse en el lenguaje de los derechos subjetivos porque ellos manifiestan una idea socialista opuesta a la que está implicada en el concepto de derecho subjetivo. Atria afirma que estos derechos constituyen una manera más completa de concebir la ciudadanía y son consecuencia de una nueva forma de concebir la asociación comunitaria en la cual cada uno de sus miembros tiene interés en el bienestar del otro³³. Como manifiestan una idea de comunidad fundada en la solidaridad, reciprocidad e igualdad, en la que ciertos aspectos de nuestra existencia son preocupación de todos y no de cada uno, la noción misma de derechos sociales implica una contradicción en los términos que la designan. La idea comunitaria a la que el socialismo apela no puede traducirse a la lengua de los derechos, sobre cuya base se estructura una forma de asociación en la que sus miembros fundan sus relaciones en el interés individual³⁴.

La razón por la cual los derechos civiles y políticos pueden traducirse al lenguaje de los derechos subjetivos es, según Atria, que en su formulación no hay referencia a la vida en comunidad. Estos derechos

³² *Ibidem*, págs. 51-52.

³³ *Ibidem*, pág. 32. Atria sigue en esto a Marshall, T.H., *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza, 1998 [1950].

³⁴ Atria, F., “¿Existen derechos sociales?”, págs. 15, 22, *op. cit.* y Atria, F., “Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales”, págs. 52 y 147, *op. cit.*

(de primera generación) habrían sido originalmente concebidos como derechos del individuo en contra de la comunidad política, de suerte que esta se justificaba justamente por la protección de los derechos que aseguraba. Vinculado con lo anterior, la posibilidad misma de concebirllos como derechos naturales se explicaría por la forma en que se determina su contenido. Para especificar el contenido tanto activo como pasivo de los derechos civiles y políticos sería suficiente atender a la posición del individuo aislado. Del hecho de que alguien tenga un derecho se seguiría que todos y cada uno de los individuos restantes tienen el deber de no interferir con la conducta lícita del otro³⁵.

Como para la tradición socialista, el valor de la comunidad política reside en que ella posibilita una forma de vida en la que sus miembros pueden relacionarse, no mirando exclusivamente su autointerés, sino sobre la base de la solidaridad, los derechos sociales serían completamente ajenos a la idea de que la comunidad política se justifica por la protección de los derechos naturales. Como en los derechos sociales la pregunta sobre quién es el obligado y cuál es el contenido de la obligación solo sería posible cuando los individuos viven en sociedad, la especificación de su aspecto activo no constituiría una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo. La caracterización del contenido de estos derechos solo podría completarse considerando que ellos configuran una forma diferente de comunidad, en la que esta, como un todo, se preocupa del bienestar de cada uno de sus miembros³⁶.

Tercera tesis: no existen derechos sociales. Judicializar una demanda socialista es convertirla en una demanda liberal.

Los intentos de la doctrina progresista por hacer exigibles los derechos sociales están, según Atria, condenados al fracaso, porque la juridificación buscada cobra el precio de desocializar (privatizar) las demandas socialistas, convirtiéndolas en auténticas demandas liberales:

³⁵ Atria, F., “¿Existen derechos sociales?”, págs. 16-17 y 19-20, *op. cit.* y Atria, F., “Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales,” págs. 48-149, *op. cit.*

³⁶ Atria, F., “¿Existen derechos sociales?”, págs. 17-18, 20 y 44, *op. cit.*

Lo que llega al tribunal no es un derecho social, no *puede ser* un derecho social, sino una demanda privada, que expresa ya no la idea de una forma superior de comunidad sino la negación de esta: la pretensión del demandante de que su interés sea atendido, aun a costa del interés de los demás³⁷.

Se debe aclarar que, desde el punto de vista de Atria, hay, junto con la socialista, una manera liberal de entender los derechos sociales. En esta tradición ellos habrían tenido que fundarse en una noción más amplia del autointerés (una capaz de contemplar la existencia de un seguro frente a la posibilidad de que los sujetos se encuentren necesitados), y ser entonces concebidos como derechos a un mínimo de bienestar dirigido a asegurar la satisfacción de necesidades básicas. La distinción entre la eliminación de la pobreza y la eliminación de la desigualdad nos daría una clave para distinguir, respectivamente, entre una concepción liberal y una socialista de los derechos sociales.³⁸

La manera en que los derechos sociales habrían sido entendidos por la tradición liberal se explica, según Atria, porque las demandas socialistas no habrían tenido otra alternativa que formularse en el lenguaje de los derechos. Si se manifestaban en el lenguaje de la aspiración comunitaria no podían competir con los derechos que, en el discurso liberal, en principio, solo conocían como límites otros derechos. Los liberales, por su parte, habrían acogido la idea de derechos sociales, pero no en el sentido socialista (o social-demócrata) sino como derechos a un mínimo dirigido a eliminar la pobreza, no la desigualdad. Y así entendidos, estarían dirigidos a conseguir que los sujetos de mercado desarrollen su propia autonomía en lugar de a obtener ciudadanos iguales³⁹.

³⁷ *Ibidem*, pág. 46.

³⁸ Atria, F., “¿Existen derechos sociales?”, págs. 31-32, *op. cit.* y Atria, F., “Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales”, págs. 146-147, *op. cit.*

³⁹ Atria, F., “¿Existen derechos sociales?” págs. 27-32, *op. cit.* y Atria, F., “Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales”, págs. 147-148, *op. cit.*

La conclusión de Atria es que el derecho no es lo suficientemente neutral o dúctil para expresar sin distorsiones el conflicto político entre liberalismo y socialismo que se traduce en la confrontación entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos sociales, por el otro. A su juicio, en el contexto en cual tiene lugar un consenso cada vez más extendido sobre la idea de que los derechos humanos son parasitarios respecto de los derechos subjetivos y, por consiguiente, un aumento de la importancia política de los tribunales, una manera de explicar por qué el discurso jurídico no podría expresar sin tergiversaciones las pretensiones políticas, es justamente considerar la discusión acerca de la relevancia de los derechos sociales⁴⁰.

El fracaso de los intentos de torcer la forma del derecho para adecuarlo al contenido de los derechos sociales (el hecho que ellos no puedan ser jurídicamente exigibles sino cambiando su significado socialista por uno liberal) evidenciaría la contradicción implicada en la noción misma de derechos sociales⁴¹ y su diferencia con los derechos civiles y políticos.

III. Las fortalezas y limitaciones de la primera propuesta de Atria

Las conclusiones de Atria están correctamente justificadas si tener un derecho significa lo que Atria cree. La constitución tendría la pretensión de permitir la expresión de todas las visiones políticas pero, en lugar de ser neutral, privilegiaría una concepción (liberal) de la ciudadanía y los derechos silenciando a la otra (socialista)⁴². De ahí se concluye que: (i) el derecho no es lo suficientemente dúctil; (ii) los derechos sociales son diferentes a los derechos civiles y políticos porque no pueden traducirse al lenguaje liberal de los derechos

⁴⁰ Atria, F., “¿Existen derechos sociales?”, págs. 33-39, *op. cit.*

⁴¹ *Ibidem*, págs. 40-51.

⁴² Atria, F., “Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales”, págs. 148, *op. cit.*

subjetivos; (iii) los derechos sociales judicialmente exigibles son auténticos derechos liberales; y (iv) no existen derechos sociales.

Se puede sostener que, al alcanzar estas conclusiones, Atria no parece tener suficientemente presente que no hay un solo concepto de derecho subjetivo, no solo porque este ha variado a través del tiempo⁴³, sino también porque, incluso en un mismo momento, coexisten diferentes respuestas a la pregunta de qué es un derecho subjetivo⁴⁴, las cuales compiten por ofrecer un concepto más exacto y apropiado de acuerdo con algún criterio teórico⁴⁵. Este fue, de hecho, uno de los puntos más debatidos en el año 2004, particularmente por Cruz Parceró.

Según este autor, la noción de derecho subjetivo que Atria utiliza responde a una concepción positivista y particularmente kelseniana, según la cual los derechos subjetivos, en sentido estricto, son poderes de un sujeto para demandar al Estado el cumplimiento de un deber jurídico por parte de otro. Ella contrastaría con otras concepciones, como la hohfeldiana, que suelen ver el núcleo del concepto en lo que Kelsen consideraba superfluo: la idea de derecho como reflejo de una

⁴³ Aun cuando su origen moderno haya sido bien fundamentado, la noción de derecho subjetivo ha tenido un campo de significación muy amplio y heterogéneo; ver por ejemplo Villey, M., *Estudios en torno a la noción de derechos subjetivos*, Valparaíso, Ediciones Universitarias, 1976 y Finnis, J., *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000 [1980], págs. 227-259.

⁴⁴ El estudio de los llamados conceptos jurídicos fundamentales o básicos en la teoría del derecho y, en ese contexto, el examen de los diferentes usos de la expresión derecho subjetivo es una prueba de ello; ver por ejemplo Hohfeld, W., *op. cit.*, y Kelsen, H., *Teoría pura, op. cit.*, pág. 138 y ss.

⁴⁵ Aunque como sugiere Bulygin a propósito del concepto de Derecho, si bien hay varios conceptos diferentes, la diversidad de explicaciones también puede ser descrita, siguiendo a Rawls y a Dworkin, como diferentes concepciones del mismo concepto; Bulygin, E., "Raz y la teoría del derecho. Comentarios sobre '¿Puede haber una teoría del derecho?' de Joseph Raz", en Raz, J., Alexy, R. y Bulygin, E., *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007, págs. 106-108. Sobre la diferencia entre concepto y concepción, ver Rawls, J., *Teoría de la justicia*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1995 [original de 1971], págs. 20-24 y Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1998 [1986], págs. 60-62.

obligación. El problema de usar esta noción residiría en que ella identifica los derechos con las acciones procesales para reclamarlos⁴⁶.

La crítica de Cruz Parceró no está bien formulada por al menos dos razones. La primera es que esta forma de entender los derechos subjetivos tiene antecedentes iusnaturalistas muy anteriores al surgimiento del Positivismo jurídico. Podría encontrarse, aunque de forma poco clara, en la cualidad moral del sujeto en virtud de la cual se puede hacer o tener algo lícitamente que Grocio identifica como una de las acepciones posibles que puede adoptar la palabra “*ius*” cuando es extraída del sujeto, la cual en caso de ser perfecta, se denomina facultad. Asimismo Pufendorf, al definir el derecho como una cualidad moral en virtud de la cual algo nos es debido, puntualiza que quien infringe un derecho perfecto hace un mal que da a la parte perjudicada una base para ejercitar, en un tribunal humano, una acción en su contra. Pero sobre todo, Thomasius que, junto con precisar que el derecho y la obligación son conceptos correlativos, sostiene, en contra de la división entre derecho perfecto e imperfecto, que todo derecho es perfecto, aduciendo que la obligación que corresponde al derecho es siempre externa y sujeta a coacción por parte de otros hombres⁴⁷.

La segunda razón consiste en que no es efectivo que la noción de derecho subjetivo empleada por Atria sea atribuible a Kelsen en la forma sugerida por Cruz Parceró. Esta noción corresponde aproximadamente al concepto kelseniano de derecho subjetivo en sentido

⁴⁶ Cruz Parceró, J., “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales. Réplica a Fernando Atria”, págs. 73 y 82, *op. cit.* y Cruz Parceró, J., *El lenguaje de los derechos*, pág. 77, *op. cit.*

⁴⁷ Ver Grocio, H., *Del derecho de presa y Del derecho de la guerra y de la paz. Textos de las obras “De iure Praedae” y “De Iure Belli ac Pacis”*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987 [1625], págs. 53-54 (Capítulo I, III, 1 y 2 y IV); Pufendorf, S., *The Books of Elements of Universal Jurisprudence*, Indianápolis, Liberty Fund, 2009 [1660], págs. 91-92 (libro I, definición VIII, 1 y 2); y Thomasius, C., *Fundamentos de derecho natural y de gentes*, Madrid, Tecnos, 1994 [1705], págs. 212-213 (capítulo V, párrafos VIII, IX, XXI-XXV).

técnico⁴⁸, pero este es solamente uno de los sentidos en que la doctrina tradicional usa la expresión derecho subjetivo que Kelsen identifica. Como es un derecho reflejo unido al poder jurídico de reclamar por el incumplimiento de la obligación⁴⁹, su reconstrucción no solo exige una referencia a la norma que confiere este poder⁵⁰, es también necesaria una referencia a la norma que fundamenta la obligación cuyo correlativo es el derecho reflejo. La superfluidad que Cruz Parceró cree que Kelsen atribuye al concepto de derecho reflejo solo puede explicarse como una errónea interpretación de la superfluidad que Kelsen atribuye a la exposición o descripción de ciertas situaciones jurídicas mediante ese concepto, de cuya importancia no cabe dudar⁵¹.

Al margen de estas consideraciones, lo relevante es que, reivindicando el concepto de derecho de reflejo, Cruz Parceró critica a Atria argumentando que la acción procesal no es más que un instrumento para la protección de los derechos sociales, que no tenemos que ver en ella la única forma de garantizar un derecho, y que quizá, en el caso de los derechos sociales, tampoco sea la más adecuada⁵². Pero a ello puede responderse, como hace Atria, aclarando que: (i) su postura no significa que él no reconozca la diferencia entre el derecho subjetivo y la

⁴⁸ En efecto, cuando Atria afirma que para el derecho lo crucial, para que podamos hablar de un derecho subjetivos es la posición en la que se encuentra una persona con potestad para decidir si la obligación de otro será o no coactivamente exigida, respalda su afirmación haciendo referencia a las páginas 147 y 148 de la “Teoría pura del derecho”, donde Kelsen precisamente reconstruye el derecho subjetivo en sentido técnico; ver Atria, F., “¿Existen derechos sociales?”, pág. 22, *op. cit.* y nota 20 del mismo trabajo.

⁴⁹ Kelsen, H., *Teoría pura*, págs. 147-148, *op. cit.*

⁵⁰ Kelsen afirma que, precisamente, a esa norma jurídica se alude cuando en la terminología tradicional se habla de un derecho subjetivo en sentido técnico, como de un poder otorgado al individuo que en realidad es un derecho reflejo provisto de un poder jurídico; *ibidem*, pág. 148.

⁵¹ *Ibidem*, págs. 140-142 y 147. Sobre la errónea interpretación de Cruz Parceró, ver Arriagada, MB., “Los derechos sociales: únicos derechos fundamentales”, en Aguilar, G. (ed.), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Santiago, Librotecnia, 2012, págs. 73-74.

⁵² Cruz Parceró, J., “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales. Réplica a Fernando Atria”, pág. 85, *op. cit.*

acción judicial para exigir su cumplimiento, sino solamente que para el derecho estas dos cosas van siempre juntas⁵³; y (ii) los derechos sociales serían siempre derechos devaluados puesto que no gozarían de la marca que distingue a los derechos civiles y políticos: la acción procesal⁵⁴.

La propuesta teórica de Atria tiene entonces el acierto de mostrar las consecuencias de adoptar la postura progresista y, junto con ello, que la tensión entre el concepto y el fundamento de los derechos sociales no ha sido resuelta, al punto que hablar de derechos sociales (en los términos del discurso progresista) puede ser considerado una contradicción.

Es efectivo, como sostiene Michelin, que el argumento de Atria no es empírico. Pero lo que Michelin entiende como un intento de demostrar que hay una incompatibilidad conceptual entre el principio de repartición igualitaria de (al menos ciertos tipos de) bienes y la estrategia de garantizar esta igualdad mediante la atribución de un derecho subjetivo justiciable a esos bienes a todos los ciudadanos⁵⁵ no es otra cosa que un intento de exhibir que el fundamento para conferir derechos sociales es incompatible con el concepto de derecho subjetivo, es decir, que en la comprensión de la doctrina progresista hay una tensión no resuelta entre el concepto y el fundamento de los derechos sociales⁵⁶.

⁵³ Atria, F., “Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales”, pág. 162, *op. cit.*

⁵⁴ *Ídem*, pág. 163.

⁵⁵ Michelin, C., “Introducción: derechos sociales y la dignidad de la igualdad”, pág. 9, *op. cit.*

⁵⁶ Atria se refiere a esta tensión en los siguientes términos: “[M]ucho esfuerzo e inteligencia se ha gastado en ofrecer una noción de derechos sociales que sea razonable. Sin embargo, persiste siempre una tensión (...) entre mirar a la *sustancia contingente* del derecho puesto a su *forma necesaria de operación* (...) para explicar la especial (devaluada) posición que ocupan los derechos sociales frente a los derechos de primera generación en los sistemas jurídicos occidentales”; Atria, F., “¿Existen derechos sociales?”, pág. 40, *op. cit.* (Las cursivas son del autor). Bernal interpreta correctamente a Atria cuando señala que la contradicción tiene lugar entre la exigibilidad como modo operativo de los derechos sociales y el fundamento de estos, es decir, la idea de comunidad fundada en el principio de solidaridad; Bernal, C.,

El principal desacuerdo de esta propuesta de Atria consiste en que ella no distingue correctamente el concepto del fundamento de los derechos subjetivos y, por tanto, de los derechos civiles y políticos que son el punto de referencia que permite calificar a los derechos sociales como inexistentes o al menos como derechos devaluados. Este problema se presenta por dos razones.

La primera de ellas es que el concepto de derecho subjetivo que Atria emplea parece estar comprometido, al mismo tiempo, con la teoría del interés y la teoría de la voluntad. Ello enciende una luz de alerta desde el momento que se trata de dos teorías que históricamente se han disputado la mejor explicación de los derechos subjetivos⁵⁷. Aunque Atria reconoce que parece estar suscribiendo una teoría ecléctica (entre voluntad e interés), descarta pronunciarse explícitamente sobre ello⁵⁸, con lo cual el punto queda sin explicación. Y la cuestión es relevante porque la adscripción a una de estas teorías implica una

“Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a ‘¿Existen los derechos sociales?’ de Fernando Atria”, pág. 105, *op. cit.*

⁵⁷ En términos muy sintéticos, de acuerdo con la primera, x tiene un derecho subjetivo frente a y cuando el deber que y tiene hacia x le ha sido impuesto en interés de x . De acuerdo con la segunda, x tiene un derecho subjetivo frente a y cuando x tiene el poder de entablar una acción judicial en el caso de que y deje de cumplir con su deber. Una defensa de la teoría de la voluntad se encuentra en Hart, H.L.A., “Definición y teoría en la ciencia judicial”, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962 [1953], págs. 117-119; “¿Existen los derechos naturales?”, *Revista de Estudios Públicos*, 37, 1990 [1955]; y “Legal rights”, *op. cit.*, págs. 183-188. Algunos de los discípulos de Hart apoyan, en cambio, diferentes versiones de la teoría del interés; ver McCormick, N., “Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 5, Madrid, 1988 [1975] y Raz, J., *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001 [1994], págs. 57-68. Para un resumen de la discusión de estas teorías ver Finnis, J., *op. cit.*, págs. 231-233. Para una descripción de ambas teorías y asimismo de las teorías mixtas, Dabin, J., *El derecho subjetivo*, Granada, Comares, 2006, págs. 67-94.

⁵⁸ Atria, 2004a, pág. 23 y nota 23 en la misma página.

toma de postura acerca del fundamento y no acerca del concepto de derecho subjetivo⁵⁹.

Vinculada con la anterior, la segunda razón consiste en que Atria incurre en una contradicción cuando, al mismo tiempo que admite su aparente adhesión a una combinación de las teorías del interés y de la voluntad, parece creer que el concepto de derecho subjetivo que él emplea coincide con el concepto kelseniano de derecho subjetivo en sentido técnico, además de puntualizar que está utilizando el término potestad en el sentido de Hohfeld⁶⁰. La contradicción se presenta porque tanto el análisis de Kelsen como el de Hohfeld de las posiciones jurídicas subjetivas conducen a rechazar cualquier teoría que, en lugar de poner el foco en la estructura o forma de estas posiciones, lo ponga en los bienes, valores o necesidades sustanciales que ellas protegen y justifican su otorgamiento⁶¹. Esta contradicción no es desde luego relevante por la autoridad de estos autores sino porque evidencia que Atria no solo cree que la estructura o forma de una posición jurídica excluye ciertos contenidos⁶², sino que también cree que ella está necesariamente vinculada con ciertos contenidos o, al menos, con una forma específica de determinación de contenidos⁶³. Desde esta óptica, en la afirmación de que *x* tiene derecho a *y* puesto que *x* tiene la potestad para decidir sobre la exigibilidad de *y* estaría

⁵⁹ Arriagada, MB., “El concepto hohfeldiano de derecho subjetivo”, *Revista de Ciencias Sociales*, 65, 2014.

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 22 y nota 20 en la misma página.

⁶¹ Ver Kelsen, H., *Problemas capitales de la teoría jurídica*, México D.F., Porrúa, 1987 [1923], págs. 510 y 539 y Hohfeld, W., *op. cit.*, pág. 31. Otras aproximaciones estructurales se encuentran, por ejemplo, en Ferrajoli, L., “Derechos fundamentales” en De Cabo, A. y Pisarello, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2007 [2001] y Diciotti, E., “Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica” *Quaderni costituzionali* / a. XXIV, 4, 2004.

⁶² Atria, F., “¿Existen derechos sociales?”, pág. 42, *op. cit.* y Atria, F., “Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales”, pág. 148, *op. cit.*

⁶³ Sin referencia a la vida en comunidad; Atria, F., “¿Existen derechos sociales?”, págs. 16-17, *op. cit.* y Atria, F., “Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales”, págs. 148-149, *op. cit.*

implicada la afirmación de que es lícito, bueno o justo que x reciba y conforme a determinado criterio de justicia.

Finalmente, la propuesta de Atria tiene el defecto de que, una vez establecido que los llamados derechos sociales no pueden expresarse en el lenguaje liberal de los derechos subjetivos, no aprovecha la oportunidad de avanzar en la dirección de mejorar la situación devaluada en la que se encuentran frente a los derechos liberales⁶⁴. Las alternativas posibles parecen ser modificar el concepto de derecho subjetivo utilizado o el fundamento de los derechos sociales, pero Atria se limita a constatar la contradicción entre la forma jurídica de los derechos subjetivos y el contenido de los derechos sociales.

IV. La segunda propuesta de Atria

Una década más tarde, Atria procura mejorar la situación de los derechos sociales sin renunciar a la comprensión socialista de los mismos ni a la crítica a la doctrina progresista. El camino escogido para ello es atribuir a los derechos sociales la misión de transformar el lenguaje que solo permite la expresión de los derechos civiles y políticos.

La nueva propuesta sobre las diferencias entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales puede sintetizarse en las siguientes tres tesis:

Primera tesis: en los derechos subjetivos pueden distinguirse dos caras y dos dimensiones.

El eje de la segunda propuesta de Atria es nuevamente el concepto de derecho subjetivo pero este ya no es entendido del mismo modo que hace una década. La modificación se realiza en dos pasos.

En el primer paso, Atria reitera que la característica principal de los derechos subjetivos es el poder de exigibilidad con que cuenta su

⁶⁴ Como subraya Cruz Parceró, Atria no consigue, ni siquiera a través de la reivindicación del concepto político de derecho subjetivo, mostrar una verdadera alternativa para el socialismo; Cruz Parceró, J., “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales. Réplica a Fernando Atria”, pág. 93, *op. cit.*

titular, pero a ello agrega que en los derechos subjetivos pueden distinguirse dos caras: una emancipatoria, representada por la negación de que un individuo pueda ser usado para beneficio de otro, y otra opresiva, representada por el hombre egoísta separado de otros hombres y de la comunidad⁶⁵.

En el segundo paso, Atria argumenta que, en todos los derechos, pueden distinguirse dos dimensiones. Decir que alguien tiene un derecho a algo es, en principio, lo mismo que decir que: (i) es ilícito que no reciba aquello a lo que tiene derecho; y (ii) cuando es imposible satisfacer todos los derechos, la cuestión de cómo se distribuyen los recursos es una cuestión pública⁶⁶.

Segunda tesis: los derechos sociales son diferentes a los derechos civiles y políticos porque son (i) injertos anómalos, (ii) una subversión del concepto de derecho subjetivo y (iii) un criterio de distribución diferente del mercado.

La idea de los derechos sociales como injertos anómalos aparece, en principio, como una nueva formulación de la idea de que ellos son diferentes a los derechos civiles y políticos porque no pueden expresarse en el lenguaje de los derechos subjetivos. Los derechos sociales habrían surgido como una forma de afirmar la importancia que —en términos de la justicia— tiene la idea de realización recíproca (en contra de una teoría liberal que ve la realización humana como algo fundamentalmente individual). Y así entendidos, solo podrían ser injertos anómalos en el derecho liberal, que precisamente se construye sobre la base de la idea de derecho subjetivo. De hecho, para ser injertos habrían tenido que formularse como derechos⁶⁷.

⁶⁵ Siguiendo en esto a Proudhon, Atria suscribe la idea de que toda institución realmente existente tiene una cara emancipatoria y una cara opresiva; Atria, F., *Veinte años después. Neoliberalismo con rostro humano*, Santiago, Catalonia, 2013, págs. 147-148.

⁶⁶ Atria, F., *Derechos sociales y educación. Un nuevo paradigma de lo público*, págs. 57 y 66, *op. cit.*

⁶⁷ Atria, 2014, págs. 45-46 y 2013, pág. 149.

La novedad reside en que, según Atria, los derechos sociales dejarán de ser anómalos tanto si tienen éxito como si fracasan. En el primer caso, porque habrían sido capaces de transformar el derecho burgués, en el sentido de que, al menos, dejaría de ser un derecho construido sobre la base de la noción de derecho subjetivo, indiferente a la cooperación, y se construiría sobre la idea de deber recíproco, constitutiva de los derechos sociales. En el segundo caso, porque los derechos sociales habrían sido asimilados a las categorías burguesas, produciéndose la normalización del injerto extraño⁶⁸.

La posibilidad de que los derechos sociales tengan éxito está conectada con la segunda idea que debe ser revisada. Como la noción misma de derechos sociales es, según Atria, una subversión del concepto de derecho subjetivo, su sentido es volver la teoría del derecho subjetivo en contra del derecho subjetivo. Por esta razón, sería crucial mantener la distinción entre estos derechos y los derechos liberales, aun cuando reconociendo el esfuerzo de la doctrina progresista, Atria admita que las diferencias que frecuentemente se esgrime que existen entre estas categorías de derechos son superficiales. Para fundamentar esta idea, Atria apela a la idea de que los derechos subjetivos tienen dos caras y argumenta que a la noción de derechos sociales correspondería la tarea de poner la teoría del derecho subjetivo en contra del derecho subjetivo, mediante la radicalización de su cara emancipatoria⁶⁹.

Asumiendo que la denominación misma de derechos sociales muestra ya la subversión del concepto de derecho subjetivo, el primer paso habría sido sustituir la idea de señorío de la voluntad por la de la protección jurídica de un interés de un individuo. Este cambio en la comprensión habría hecho posible expresar en el lenguaje de los derechos la idea socialista de que hay ciertos intereses (aspectos del

⁶⁸ Atria, 2013, pág. 149 y 2014, págs. 46-47.

⁶⁹ Atria, 2014, págs. 38-43 y 45 y 2013, pág. 149. Siguiendo nuevamente a Proudhon, Atria cree que volver la teoría de la institución contra la institución significa utilizar una de sus caras para destacar los déficits de la otra, mostrando que el camino hacia el socialismo no pasa por la abolición de las instituciones liberales sino por la radicalización de su cara emancipatoria; Atria, 2013, págs. 147-148.

bienestar) de cada uno que son responsabilidad de todos, volviendo la teoría del derecho subjetivo en contra del derecho subjetivo⁷⁰.

Dado que los propios defensores de los derechos sociales estarían alentando su privatización o asimilación con los derechos liberales, el paso siguiente en la tarea de subvertir la idea de derechos sería usar la noción de derechos sociales para pensar instituciones que transformen el derecho burgués. La propuesta es que el caso de los derechos sociales mostraría que una idea individualista puede ser subvertida para transformarse en una idea socialista⁷¹.

La capacidad subversiva atribuida a los derechos sociales está, a su vez, conectada con la tercera idea que debe ser revisada: los derechos sociales como un criterio de distribución frente a la escasez diferente del mercado. Atria argumenta que como ellos expresan la idea de que hay ciertos aspectos del bienestar de cada uno que son responsabilidad de todos, porque son demasiado fundamentales en la vida realizada y la realización de uno es cuestión de todos, tales aspectos o intereses deberían ser descomodificados (removidos del mercado). Esto

⁷⁰ Atria, 2013, págs. 148-149. El paso desde la idea de derecho subjetivo como un señorío de la voluntad retratada, por ejemplo, por Hobbes, Spinoza e incluso por Kant a la idea de que se trata de un interés protegido por el derecho puede ser atribuido a Ihering; ver Hobbes, T., *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica civil*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1980 [1651], págs. 106 y 118-119 (Capítulos XIV y XV); Spinoza, B., *Tratado teológico-político*, Madrid, Alianza, 2003 [1670], págs. 334-352 (Capítulo XVI); Kant, E., *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 2005 [1797], págs. 41-42 (párrafo 232); e Ihering, R., *La lucha por el derecho*, Granada, Comares, 2011 [original de 1865], págs. 816 y 821 (Libro II, Segunda parte, Título I). Sobre la evolución del significado del derecho subjetivo ver, por ejemplo, los trabajos de Villey, M., *op. cit.* y Cruz Parceró, J., *El lenguaje de los derechos, op. cit.*, pág. 25.

⁷¹ Atria, 2013, págs. 149-151. La aplicación de esta idea al derecho a la educación se desarrolla en Atria, F., *La mala educación*, Santiago, Catalonia, 2012, págs. 85-104. La idea no es idéntica pero está emparentada con la cuestión que, en la discusión sostenida en 2004, Gargarella planteaba sobre la capacidad de los derechos, así como de otras creaciones humanas, de independizarse de las limitadas aspiraciones de sus creadores; Gargarella, 2004, págs. 62-63.

significa que el servicio que atiende un interés de este tipo se presta como un derecho, es decir, no solo bajo la condición de que quien lo requiera pueda pagar por él y, por tanto, que los recursos necesarios para satisfacer esos intereses deben ser distribuidos conforme a un criterio de ciudadanía: de forma igualitaria entre todos los que tienen derecho⁷².

Para fundamentar esta idea, Atria apela nuevamente al concepto de derecho subjetivo pero este ahora también es aplicable a los derechos sociales. Como en todos los derechos pueden distinguirse dos dimensiones, la prioridad entre ellas se invertiría cuando se trata de derechos sociales: “[L]a principal dimensión de decir que algo es un derecho social no es que de eso se desprenda una especificación precisa de qué es aquello a lo que cada uno tiene derecho, sino la publicación del problema de la distribución”. Como consecuencia, los derechos sociales no podrían ser entendidos como derechos a prestaciones específicas y determinables ex-ante, sino como un criterio de distribución de los recursos disponibles que, a diferencia del criterio de mercado, descansa en el reconocimiento de la igualdad de todos⁷³.

Desde esa perspectiva, los derechos sociales no representan una demanda que pueda ser satisfecha de una vez por todas y en términos universales (respondiendo qué aspecto del bienestar de otro es mi deber) sino una idea que provee un punto de referencia que nos guía lentamente en el aprendizaje de lo que nos debemos recíprocamente. Como en el régimen de lo público, lo que cada uno recibe es aquello a lo que tiene derecho como ciudadano, no es posible mejorar la situación individualmente (pagando más). En cambio, es necesario hacerlo políticamente (alineando el interés de uno con el interés de todos). El contenido de los derechos sociales, entendidos como derechos de ciudadanía, se desarrollaría, por tanto, en la historia y mediante

⁷² Atria, 2013, págs. 34 y 152; Atria, 2014, págs. 51-52 y 57.

⁷³ *Ibidem*, págs. 55-61 y 65-66.

decisiones políticas, enfrentando el hecho de la escasez con un criterio público, no privado⁷⁴.

En este giro, Atria termina por concluir que, en cuanto expresan la idea de descomodificación, los derechos sociales están vinculados a la idea de libertad, y que el socialismo debe ser entendido como el legítimo heredero del liberalismo⁷⁵. La clave del éxito de los derechos sociales podría sintetizarse en los siguientes términos:

Aunque la idea que fundamenta los derechos sociales es opuesta a la que fundamenta el derecho liberal, el lenguaje que utiliza para expresarla no es el de la oposición (el cual no podría ser entendido por la racionalidad del cuerpo receptor), sino el de la continuidad. Pero continuidad transformadora: los derechos sociales como la completa realización de lo que hay de importante en los derechos que son centrales para el derecho liberal (los derechos civiles y políticos)⁷⁶.

A pesar de estos visibles cambios, Atria mantiene la idea de que los derechos sociales son diferentes porque no pueden ser identificados sin referencia a la comunidad, y asimismo por la forma en que se determina su contenido. Mientras los derechos de libertad negativa protegen intereses que pueden ser identificados en el estado de naturaleza, los

⁷⁴ Atria, F., *Veinte años después. Neoliberalismo con rostro humano*, págs. 159-187, *op. cit.* y Atria, F., *Derechos sociales y educación. Un nuevo paradigma de lo público*, págs. 65 y 69-77, *op. cit.*

⁷⁵ Atria, F., *Veinte años después. Neoliberalismo con rostro humano*, págs. 92 y 159, *op. cit.* Dado que el mercado no sería únicamente un criterio de distribución (dimensión opresiva), sino también la forma institucional de un espacio de intercambio no forzado (dimensión emancipatoria), el éxito de los derechos sociales mostraría que la dimensión emancipatoria del mercado puede ser igual para todos y no solo para los privilegiados y, en esa medida, que estos derechos están dirigidos a asegurar la libertad para todos; *ibidem*, págs. 152-159.

⁷⁶ De acuerdo con Atria, esta es la importancia de la afirmación de Marshall según la cual los derechos (civiles, políticos y sociales) aparecen progresivamente en la historia, de suerte que cada paso desarrolla más plenamente el sentido del paso anterior, la idea de ciudadanía; Atria, F., *Derechos sociales y educación. Un nuevo paradigma de lo público*, pág. 46, *op. cit.*

intereses protegidos por los derechos sociales no pueden ser identificados del mismo modo puesto que, en tanto derechos del ciudadano situado, suponen el vínculo de ciudadanía. Consiguientemente, la especificación completa del aspecto activo de los derechos de libertad negativa es inmediatamente una especificación de su aspecto pasivo (quién tiene qué deber), puesto que se trata de derechos naturales y su sujeto pasivo es universal. En contraste, una especificación del aspecto activo de los derechos sociales (del interés al que el derecho sirve) no sería suficiente para especificar su aspecto pasivo (un deber de proteger ese interés)⁷⁷.

Tercera tesis: el fracaso de los derechos sociales es la neutralización de su capacidad subversiva.

Dependiendo de cómo sea salvada la brecha entre el interés del titular y el deber, hay, según Atria, dos maneras diferentes de entender a los derechos sociales que, básica y respectivamente, corresponden a las comprensiones socialista y liberal analizadas en su primera propuesta: (i) T.H. Marshall entiende a los derechos sociales como la sustancia de la ciudadanía pues, al contener la idea de que hay ciertos aspectos del bienestar de cada uno que son responsabilidad de todos, descansan en la idea de realización recíproca y no pueden entenderse como indiferentes a la cooperación; y (ii) la teoría contractualista los entiende como una protección contra la pobreza y, este sentido, como una forma de asegurar que el pobre esté vinculado por el contrato y sujeto entonces a la autoridad del derecho y del Estado⁷⁸.

La primera comprensión, ya revisada es, según Atria, la que conduce al éxito de los derechos sociales. La segunda conduce, en cambio, a su fracaso porque, desde esa perspectiva, no son entendidos como derechos de ciudadanía sino como derechos a un mínimo dirigido a satisfacer necesidades básicas.

Como en la visión contractualista lo políticamente fundamental es la protección de intereses que pueden ser identificados en el

⁷⁷ *Ibidem*, págs. 48 y 51-52.

⁷⁸ *Ibidem*, págs. 48-52.

estado de naturaleza, la capacidad subversiva de los derechos sociales resulta neutralizada como consecuencia de su secuestro por las categorías burguesas. Al ser convertidos en algo que pueda ser protegido y exigido en términos individualistas ellos dejan de ser derechos sociales porque ya no expresan la idea socialista de realización recíproca y de que hay aspectos del bienestar que son responsabilidad de todos, sino la idea individualista del hombre egoísta y de que es necesario asegurarle a todos un mínimo para justificar su obligación de someterse al derecho. El potencial transformador de los derechos sociales es neutralizado como consecuencia del exceso de entusiasmo de sus defensores progresistas que erradamente creen que la principal dimensión que se juega en su reconocimiento es su exigibilidad judicial⁷⁹.

V. Las fortalezas y limitaciones de la segunda propuesta de Atria

La segunda propuesta de Atria no es otra cosa que un intento por mejorar la situación devaluada de los derechos sociales sin renunciar a su comprensión socialista ni a la crítica a la doctrina progresista, y allí parece encontrarse su principal mérito. En efecto, aunque en contra de su propuesta se puede argumentar, como se hizo en el año 2004, que la concepción socialista no es la única fuente a partir de la cual puede ofrecerse una justificación filosófico-política de los derechos sociales⁸⁰, Atria prefiere mantener la comprensión, situada en el nivel

⁷⁹ Atria, F., *Derechos sociales y educación. Un nuevo paradigma de lo público*, págs. 52-53 y 65, *op. cit.* y Atria, F., *Veinte años después. Neoliberalismo con rostro humano*, págs. 149-151 y 180, *op. cit.*

⁸⁰ Ver Bernal, C., “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a ‘¿Existen los derechos sociales?’ de Fernando Atria”, pág. 108, *op. cit.*, quien afirma que también puede invocarse la concepción del Estado Social de Derecho que, al no oponerse como el socialismo al Estado liberal, no niega de ningún modo las libertades; en el mismo sentido, ver por ejemplo Peces-Barba, G., “Los derechos sociales: apuntes políticos y jurídicos,” en Zapatero, V. y Garrido, M.I. (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Madrid, Cuadernos democracia y derechos hu-

de la filosofía política, según la cual los derechos sociales son situaciones de bienestar material en las que, en interés de todos los individuos de la comunidad, cualquier individuo debiera encontrarse.

La consistencia de Atria en este punto permite, al menos en principio, inferir que su afirmación de que los derechos sociales son (i) injertos anómalos que pueden dejar de ser anómalos, (ii) una subversión del concepto de derecho subjetivo, y (iii) un criterio de distribución diferente del mercado, solo da cuenta de un cambio en el modo de entender los derechos civiles y políticos y, por tanto, de definir el concepto de derecho subjetivo. Esta parece ser la estrategia dirigida a mejorar la situación de los derechos sociales.

El primer paso en esta dirección sería matizar la comprensión de los derechos civiles y políticos como equivalentes a los derechos subjetivos privados⁸¹ distinguiendo, en los derechos subjetivos, dos diferentes caras (una opresiva y una emancipatoria)⁸². Este cambio permite

manos, Universidad de Alcalá, 2009, pág. 19. A esto conviene añadir que, incluso en el esquema del Estado Social de Derecho, los derechos sociales pueden fundamentarse de forma independiente o como medios para garantizar el ejercicio real de las libertades; Bernal, C., “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a ‘¿Existen los derechos sociales?’ de Fernando Atria”, pág. 109, *op. cit.* Ejemplos de la primera forma pueden encontrarse en Tugendhat, E., *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 2010 [1993], pág. 335; Garzón Valdés, E., “Cinco consideraciones acerca de la concepción de los derechos sociales de Robert Alexy”, en Alexy R. *et. al.*, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, págs. 156-157 y Pisarello, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pág. 38, entre otros. Respecto de la segunda forma puede verse, por ejemplo, Alexy, R., *op. cit.*, págs. 446-453 y ss; García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, págs. 92-93; Bobbio, N., *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2009 [1999], págs. 113-114, 540-541, 545 y Peces-Barba., “Los derechos económicos sociales y culturales: apunte para su formación histórica y su concepto”, en *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Madrid, Dykinson, 1999, págs. 57-58.

⁸¹ Atria, F., “¿Existen derechos sociales?” , págs. 51-52, *op. cit.*

⁸² Atria, F., *Veinte años después. Neoliberalismo con rostro humano*, págs. 147-148, *op. cit.*

redirigir la crítica hacia el neoliberalismo⁸³, pues solo dejando a salvo al liberalismo resulta posible asignar a los derechos sociales la tarea de transformar el derecho liberal.

El paso siguiente parece consistir en discutir si los derechos sociales serán o no capaces de subvertir el concepto de derecho subjetivo, y la conclusión es, en principio, positiva puesto que Atria cree posible pensar en un concepto que también sea aplicable a los derechos sociales. Desde esta nueva mirada, tener un derecho no solo significa que es ilícito no recibir aquello a lo que se tiene derecho (primera dimensión) sino, además, que cuando es imposible satisfacer todos los derechos, la cuestión de cómo se distribuyen los recursos es una cuestión pública (segunda dimensión)⁸⁴. A través de este cambio, Atria focaliza su crítica en el contractualismo, cuya comprensión de la asociación política no dejaría espacio para los auténticos derechos sociales⁸⁵.

El primer problema de la segunda propuesta de Atria es que ella no clarifica si para afirmar que alguien tiene un derecho (de cualquier clase) sigue siendo necesaria la potestad de decidir sobre la exigibilidad de la obligación correlativa. Como hemos visto, la diferencia entre los derechos de libertad negativa y los derechos sociales reside solamente en la prioridad que corresponde a cada una de las dimensiones presentes en los derechos. Así, mientras de la ilicitud de la vulneración de un derecho del primer tipo se desprende una especificación completa de su contenido pasivo, de la ilicitud de la vulneración de un derecho del segundo tipo no se desprende dicha especificación.

La formulación del concepto de derecho subjetivo admite entonces dos interpretaciones.

La primera es que para afirmar que x tiene derecho a y y no es necesario que x tenga la potestad de decidir sobre la exigibilidad de y . En

⁸³ Atria, de hecho, se refiere a las razones o causas que explicarían la alianza entre neoliberalismo y conservadurismo, concluyendo que el primero es conservador en cuanto, al igual que el segundo, acepta la desigualdad como un hecho natural; *ibídem*, pág. 92 y ss.

⁸⁴ Atria, F., *Derechos sociales y educación. Un nuevo paradigma de lo público*, págs. 57 y 66, *op. cit.*

⁸⁵ *Ibídem*, págs. 52-53.

este caso, el concepto de derecho subjetivo habría sido claramente modificado, con la sorprendente consecuencia de que el contenido de este concepto (las razones que Atria esgrime para justificar su otorgamiento) es compatible con la estructura del concepto kelseniano de derecho reflejo. La cuestión es paradójica porque este concepto es precisamente el que se utiliza para argumentar que la consideración de los derechos sociales como auténticos derechos no depende de su garantía judicial, con lo cual la postura de Atria terminaría confluyendo con el punto de partida de la doctrina progresista, esto es, antes de su alegato en favor de la justiciabilidad de los derechos sociales.

La segunda interpretación es que en la afirmación de que es ilícito que x no reciba y (aquello a lo que tiene derecho) está implicada la afirmación de que x tiene la potestad de decidir sobre la exigibilidad de y . En este caso, el concepto de derecho subjetivo no habría cambiado pero sí habría tenido que cambiar el fundamento de los derechos sociales, cuestión que Atria se resiste a aceptar.

A favor de la primera interpretación, puede decirse que el empeño de Atria ha sido mostrar que los derechos sociales tienen justamente la misión de subvertir el concepto de derecho subjetivo. A favor de la segunda interpretación, se puede decir que Atria afirma que para que los derechos sociales puedan ser judicialmente exigibles es necesario leer en su aspecto activo una especificación suficientemente precisa del deber que ellos imponen y que el contenido de los derechos sociales se desarrolla en la historia, de modo que la sola consideración de su aspecto activo no es suficiente para determinar su contenido pasivo⁸⁶. De lo dicho parece, entonces, desprenderse que, una vez determinado de este modo su contenido, los derechos sociales podrían llegar a ser judicialmente exigibles.

El segundo problema en esta propuesta de Atria es que ella no aclara por qué el contractualismo es siempre necesario para la explicación de los derechos civiles y políticos. El concepto de derecho reflejo y el de derecho subjetivo en sentido técnico son compatibles con diversas teorías sobre el fundamento para conferir derechos, pues

⁸⁶ *Ibidem*, pág. 65.

se trata de posiciones subjetivas fundamentadas en normas jurídicas. Pero Atria continúa asumiendo que los derechos civiles son concebidos como derechos naturales porque para especificar su contenido pasivo es suficiente atender a la posición del individuo aislado y, por lo mismo, también asume que solo el contenido de los derechos sociales se desarrolla en la historia y mediante un criterio público de distribución, en circunstancias en las que es muy discutible que no pueda decirse lo mismo de los derechos civiles y políticos. Piénsese, por ejemplo, en cómo ha ido variando el contenido del derecho a voto o de cualquiera de las llamadas libertades civiles. ¿Acaso no se emplea un criterio público de distribución cuando se perfilan los límites de estos derechos, dado que no es posible su completa satisfacción?

En la discusión del año 2004, Bernal apuntaba que la afirmación de que los derechos de primera generación pueden ser concebidos como derechos naturales no parece plausible. Al respecto esgrimía que ellos también suponen a un individuo situado porque no sería posible especificar el contenido pasivo de una libertad sin presuponer la existencia de otros individuos capaces de vulnerarla⁸⁷. Atria respondía que Bernal estaba confundiendo la cuestión relativa a las condiciones del discurso moral y jurídico con la cuestión relativa a la especificación de los conceptos jurídicos, específicamente el concepto de derechos. Su argumento era que para poder hablar de la aplicación jurídica del concepto de derecho subjetivo, este debe ser susceptible de ser aplicado mediante una forma de razonamiento que pueda ser entendida como jurídica, es decir, que tenga una cierta autonomía respecto del razonamiento moral y político. A su parecer, esto no es posible, no porque los derechos sociales sean —a diferencia de los de primera generación— indeterminados en su contenido, sino porque lo que la positivización de los derechos sociales deja abierto es precisamente la decisión política que un juez podría aplicar en tanto juez. Por lo mismo, sostiene que la concepción de los derechos sociales como

⁸⁷ Bernal, C., “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a ‘¿Existen los derechos sociales?’ de Fernando Atria”, pág. 100 (nota 11 de ese trabajo), *op. cit.*

derechos *prima facie* y el principio de proporcionalidad defendidos por Bernal no dejan espacio para la distinción entre el razonamiento jurídico y el moral o político⁸⁸.

A esto puede responderse que, en otro de sus trabajos, Atria admite que frente a todas las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales, y no solo frente a las referidas a derechos sociales, los jueces no podrían ser sino activistas (liberales, conservadores, socialistas, etc.) disfrazados de jueces, pues se trata de normas cuya aplicación no adjudica realmente el conflicto⁸⁹. Un juez no podría entonces aplicar estas disposiciones “en tanto juez” y, en consecuencia, no existiría la diferencia entre derechos sociales y civiles y políticos alegada por Atria, puesto que la aplicación de estos últimos tampoco dejaría espacio para la distinción entre el razonamiento jurídico y el moral o político.

Por otra parte, como Atria reconoce que la cuestión de la distribución frente a recursos escasos (la dimensión según la cual cuando es imposible satisfacer todos los derechos, la cuestión de cómo se distribuyen los recursos es una cuestión pública) no es algo propio de los derechos sociales sino de los derechos en general⁹⁰, no se logra comprender por qué el contractualismo sigue siendo el único fundamento posible de los derechos liberales.

Dado que es discutible que los llamados derechos civiles y, sobre todo, los llamados derechos políticos puedan explicarse del mismo modo que los derechos subjetivos privados⁹¹, Atria parece intuir parte

⁸⁸ Atria, F., “Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales”, págs. 149-151, *op. cit.*

⁸⁹ Atria, F., “El derecho y la contingencia de lo político”, *Revista Derecho y Humanidades*, 11, 2005, págs. 27-29.

⁹⁰ Atria, F., *Derechos sociales y educación. Un nuevo paradigma de lo público*, págs. 57-61 y 65-66, *op. cit.*

⁹¹ La común agrupación de los derechos civiles y los derechos políticos bajo una misma categoría analítica supone, cuando menos, poner entre paréntesis el papel que estos últimos tienen en la constitución de la voluntad estatal; sobre este papel, ver por ejemplo Kelsen, H., *Teoría pura*, *op. cit.*, págs. 150-152; Hesse, C., *op. cit.*, págs. 90-91 y Jellinek, G., *Teoría general del Estado*, (2.^a edición), Buenos Aires, Albatros, 1954 [1911], págs. 315-318. Para algunos autores la referida agrupación no solo es atacable por su déficit explicativo

del problema desde el momento en que omite referirse a los derechos políticos, y menciona solamente los derechos civiles⁹² que ahora también denomina “derechos de libertad negativa”⁹³. Sin embargo, además de no dar razones para justificar este cambio, tampoco descarta fundadamente, por ejemplo, la posibilidad de vincular los derechos civiles con el interés general⁹⁴, alternativa que claramente se opone a la idea del hombre separado de la comunidad, que Atria considera que forma parte del concepto de derecho subjetivo.

Cruz Parcerero parece sugerir lo mismo cuando sostiene que no se justifica la visión de Atria según la cual todo reclamo de un individuo es un reclamo egoísta que se opone al interés general. A su parecer, cuando se dice, por ejemplo, que todos tienen derecho a la vida, a la libertad o a la integridad no se está haciendo un juicio que ponga por encima los intereses individuales a los colectivos sino afirmando que el interés general o de todos es que ciertos bienes estén protegidos para todos y cada uno de los miembros de la sociedad⁹⁵.

sino también por ser derechamente problemática; por ejemplo, Berlin, I., “Dos conceptos de libertad” en *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 2004 [original de 1958], págs. 216 y 249; Ruiz Miguel, A., *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2002, págs. 269 y 281-282; Bayón, J.C., “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pág. 73 y ss; y Waldron, J., *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005 [1999]. Sobre la razón que, en principio, justifica la agrupación de los llamados derechos políticos y los llamados derechos civiles bajo una misma categoría analítica, ver por ejemplo, Habermas, J., *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Madrid, Tecnos, 2008 [1963], págs. 148-149.

⁹² Atria, F., *Derechos sociales y educación. Un nuevo paradigma de lo público*, págs. 49 y 53, *op.cit.*

⁹³ *Ibidem*, pág. 48.

⁹⁴ En este sentido, por ejemplo, Raz, J., *op. cit.*, págs. 57-68, según quien la protección de muchos de nuestros más apreciados derechos civiles y políticos en las democracias liberales se justifica por el hecho de que están al servicio del bien común o general.

⁹⁵ Cruz Parcerero, J., “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales. Réplica a Fernando Atria”, págs. 79-80, *op. cit.*

La crítica es interesante pero, a mi juicio, no alcanza el punto realmente importante puesto que se circunscribe a rechazar el uso que hacía Atria de lo que Cruz Parceró llama el modelo relacional simple para reivindicar, en cambio, la idea de los derechos subjetivos “como un todo”⁹⁶.

El problema de esta lectura, así como el de cualquiera que entienda los derechos subjetivos como un conjunto de posiciones jurídicas subjetivas activas⁹⁷, es que conduce a confundir las posiciones jurídicas subjetivas conferidas por el derecho objetivo para la protección de bienes con los bienes objeto de esa protección⁹⁸. El propio Atria advierte que el concepto de derecho “como un todo” no es otra cosa que el concepto pre-moderno del *ius*, es decir, lo que corresponde en justicia o lo que es bueno o valioso, que constituye premisa y no conclusión del razonamiento jurídico⁹⁹. Pero lo que Atria no nota es que, cuando él afirma que los derechos de libertad negativa son concebidos como derechos naturales porque para especificar su contenido pasivo es suficiente atender a la posición del individuo aislado, también está confundiendo posiciones jurídicas conferidas por normas del derecho objetivo con los bienes que son objeto de esa protección.

Su error es asumir que la estructura de las posiciones jurídicas subjetivas está necesariamente vinculada con las razones que justifican (o pueden justificar) su otorgamiento. Y su mayor desacierto es haber perdido la oportunidad de ensayar una lectura diferente de los derechos civiles y políticos, atendido que ellos funcionan como el punto de referencia para juzgar la situación de los derechos sociales.

⁹⁶ *Ibidem*, págs. 76-80 y *El lenguaje de los derechos*, *op. cit.*, págs. 36-38.

⁹⁷ Ver por ejemplo, Laporta, F., “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, 4, 1987, págs. 23-30, Hierro, L., “¿Qué derechos tenemos?”, *Doxa*, 23, 2000, págs. 355-356, Alexy, R., *op. cit.*, págs. 214-218 y Diciotti, E., *op. cit.*, págs. 738-739.

⁹⁸ Ver Arriagada, MB., “Los derechos sociales: únicos derechos fundamentales”, *op. cit.*, págs. 68-70.

⁹⁹ Atria, F., “Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales”, págs. 165-173, *op. cit.* (ver también nota 23 en ese trabajo).

Atria tiene razón al decir que la situación devaluada en la que se encuentran los derechos sociales no puede solucionarse procurando su equiparación con los derechos civiles y políticos. Pero a esto debe añadirse que la situación de los primeros no puede siquiera calibrarse mediante su comparación con los segundos. La comprensión generalizada, compartida por Atria, de los derechos civiles y políticos como derechos subjetivos en sentido técnico que reflejan obligaciones que otros deben cumplir pasa por alto su significado político¹⁰⁰ y, con ello, el importante papel que estas posiciones jurídicas subjetivas tienen en las decisiones acerca de lo que cuenta y no cuenta como derecho. Esta omisión es, en mi opinión, la razón por la cual Fernando Atria no ha conseguido avanzar más en la tarea de resolver la tensión entre el concepto y el fundamento de los derechos fundamentales y la de mejorar la situación de los derechos sociales.

VI. Consideraciones finales

Concluyo este trabajo solamente enunciando las principales tesis¹⁰¹ que, en mi opinión, permiten una mejor comprensión de los derechos civiles y políticos y, por tanto, un progreso significativo en las tareas recién mencionadas.

¹⁰⁰ Piénsese en el papel de la jurisdicción constitucional y, sobre ello, ver Kelsen, H., *De la esencia y valor de la democracia*, Oviedo, KRK Ediciones, 2009 [1929], págs. 139-142 y 227-228; “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, en Schmitt, C. y Kelsen, H. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 2009 [1931], págs. 292-293, 305-308, 311-314 y 324-325 y nota 11 del mismo trabajo; y *Teoría pura*, op. cit., págs. 150-161 y 232-234.

¹⁰¹ He desarrollado estas tesis en Arriagada, M.B., “Las Cortes Constitucionales frente a los derechos civiles y políticos”, *Revista española de derecho constitucional*, de próxima aparición.

Si se distinguen correctamente las normas regulativas de las normas de competencia¹⁰² y los actos materiales de los actos normativos¹⁰³, se pueden fundar las siguientes tesis:

- (i) Los llamados derechos políticos no son derechos subjetivos que reflejan obligaciones de realizar o abstenerse de realizar determinados actos materiales porque no se fundamentan en normas regulativas sino en normas de competencia que, en los órdenes jurídicos democráticos, confieren a los individuos potestades para participar en las decisiones públicas sobre lo que cuenta como derecho¹⁰⁴.
- (ii) Como en los sistemas democráticos los órganos del Estado son competentes para producir normas que obligan a los sujetos sometidos al derecho precisamente porque dichos órganos son elegidos a través del sufragio de los titulares de los denominados derechos políticos, estos son una condición de la validez de las normas jurídicas producidas por las autoridades públicas y, vistos así, no son comparables ni equiparables con los llamados derechos sociales.
- (iii) Las disposiciones normativas que consagran los denominados derechos civiles expresan dos tipos de normas jurídicas

¹⁰² Sobre esto, ver especialmente Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009 [1961], págs. 43-44; Bulygin, E., “Sobre las normas de competencia,” en Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991 [1988], págs.487-489 y 495-496; y Alchourrón, C. y Bulygin, E., “Definiciones y normas,” en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991 [1983], pág. 462.

¹⁰³ Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011 [2007], págs. 464-465. En términos searlianos, los actos materiales serían hechos brutos, su existencia no depende lógicamente de la existencia de ninguna regla; y los actos normativos serían hechos institucionales, su existencia es lógicamente dependiente de la existencia de reglas constitutivas; Searle, J., *Actos de habla. Ensayo de Filosofía del Lenguaje*, Madrid, Cátedra, 2007 [1969], págs. 58-61 y *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997 [1995], págs. 44-46.

¹⁰⁴ Kelsen, H., *Teoría pura, op. cit.*, págs. 150-151.

que, además de ser diferentes e irreductibles, no se refieren al mismo tipo de conducta: (a) Normas regulativas que confieren a los individuos derechos subjetivos, en cuanto imponen obligaciones de abstención de cuyo cumplimiento depende la licitud de actuaciones materiales; y (b) Fragmentos de normas de competencia que confieren a los individuos potestades de participación política cuyo ejercicio condiciona la validez general o particular de las normas jurídicas producidas por las autoridades públicas y, por tanto, las decisiones sobre lo que no cuenta como derecho.

- (iv) Los llamados derechos civiles tienen dos diferentes significados: (a) En cuanto auténticos derechos subjetivos habitualmente provistos de garantía judicial, no son equiparables con los llamados derechos políticos puesto que son derechos subjetivos en sentido técnico que, amparados directamente por las cortes constitucionales, sirven a la función conservadora del derecho y, por tanto, son condición de posibilidad del Estado de Derecho; y (b) En cuanto potestades de participación política, son equiparables con los llamados derechos políticos constitutivos de la democracia, puesto que sirven a la función de creación y transformación del derecho en el mismo proceso en el cual las cortes constitucionales actúan como legisladores negativos, sin proteger directamente derechos subjetivos.
- (v) Solo en cuanto son entendidos como derechos subjetivos que reflejan obligaciones de abstención de cuyo cumplimiento depende la licitud de actuaciones materiales, los llamados derechos civiles sirven como referencia para calibrar la situación de los derechos sociales, entendidos estos como derechos subjetivos que reflejan obligaciones de prestación cuyo incumplimiento determina la ilicitud de la abstención correspondiente. Mientras los primeros suelen ser derechos subjetivos judicialmente garantizados, los segundos son, por la común ausencia de esta garantía, derechos subjetivos devaluados.

Bibliografía

- Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E., “Definiciones y normas”, en Alchourrón, C., y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991 [original de 1983], págs. 439-463.
- Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007 [original de 1984].
- Arriagada, MB.,
- “Los derechos sociales: únicos derechos fundamentales”, en Aguilar, G. (ed.), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Santiago, Librotecnia, 2012, págs. 61-91.
 - “El concepto hohfeldiano de derecho subjetivo”, *Revista de Ciencias Sociales*, 65, 2014, págs. 13-45.
 - “Las Cortes Constitucionales frente a los derechos civiles y políticos”, *Revista española de derecho constitucional* (de próxima aparición).
- Atria, F.,
- “¿Existen derechos sociales?”, *Doxa* 4, 2004, págs. 15-59.
 - “Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales”, *Discusiones*, 4, 2004, págs. 145-176.
 - “El derecho y la contingencia de lo político”, *Revista Derecho y Humanidades*, 11, 2005, págs. 19-39.
 - *La mala educación*, Santiago, Catalonia, 2012.
 - *Veinte años después. Neoliberalismo con rostro humano*, Santiago, Catalonia, 2013.
 - *Derechos sociales y educación. Un nuevo paradigma de lo público*, Santiago, LOM, 2014.
- Atria, F., Larraín, G., Benavente, J., Couso, J., y Joignant, A., *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Santiago, Debate, 2013.
- Bastida, F., “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”,

- en Alexy, R. *et. al. Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, págs. 103-149.
- Bayón, J.C., “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- Berlin, I., “Dos conceptos de libertad” en *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 2004 [original de 1958], págs. 205-255.
- Bernal, C., “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a ‘¿Existen los derechos sociales?’ de Fernando Atria”, *Discusiones*, 4, 2004, págs. 99-144.
- Bobbio, N.,
.- *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*, Madrid, Taurus, 1996.
.- *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2009 [original de 1999].
- Böckenförde, E., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001 [original de 1993].
- Bonazzi, T., “Conservadurismo”, en Bobbio, N., Mateucci, N., y Pasquino, G., *Diccionario de política*, México D.F., Siglo XXI, 2007 [original de 1983], págs. 318-323.
- Bulygin, E.,
.- “Sobre las normas de competencia”, en Alchourrón, C. Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991 [original de 1988], págs. 485-498.
.- “Raz y la teoría del derecho. Comentarios sobre ‘¿Puede haber una teoría del derecho?’ de Joseph Raz”, en Raz, J., Alexy, R. y Bulygin, E., *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007, págs. 99-110.
- Carbonell, M., “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, *Revista de Derecho Público Universidad de Chile*, volumen 70, 2008, págs. 23-47.
- Carrió, G., “Nota preliminar”, en Hohfeld, W. *Conceptos jurídicos fundamentales*, México D.F., Fontamara, 1992 [original de 1913], págs. 7-21.
- Cruz Parceró, J.,

- .- “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales. Réplica a Fernando Atria”, *Discusiones*, °4, 2004, págs. 71-98.
- .- *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.
- Dabin, J., *El derecho subjetivo*, Granada, Comares, 2006.
- De Cabo, A., y Pisarello, G., “Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales”, en De Cabo, A y Pisarello, G (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2007 [original de 2001], págs. 9-17.
- Diciotti, E., “Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analítica”, *Quaderni costituzionali* / a. XXIV, 4, 2004, págs. 733-762.
- Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1998 [original de 1986].
- Escudero, R., “Estudio preliminar”, en Comanducci, P., *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- Ferrajoli, L.,
- .- “Derechos fundamentales”, en De Cabo, A. y Pisarello, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2007 [original de 2001], págs. 19-56.
- .- *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011 [original de 2007].
- Finnis, J., *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000 [original de 1980].
- García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985.
- Gargarella, R., “Derecho y disociación. Un comentario a ‘¿Existen los derechos sociales?’ de Fernando Atria,” *Discusiones*, 4, 2004, págs. 61-70.
- Garzón Valdés, E., “Cinco consideraciones acerca de la concepción de los derechos sociales de Robert Alexy”, en Alexy R. et al., *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, págs. 151-162.

- Grocio, H., *Del derecho de presa y Del derecho de la guerra y de la paz. Textos de las obras “De iure Predae” y “De Iure Belli ac Pacis”*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1987 [original de 1625].
- Guastini, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999 [original de 1996].
- Habermas, J., *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Madrid, Tecnos, 2008 [original de 1963].
- Hart, H.L.A.,
- “Definición y teoría en la ciencia judicial”, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962 [original de 1953], págs. 93-130.
 - *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009 [original de 1961].
 - “Legal Rights”, en *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, New York, Oxford University Press, 1982.
 - “¿Existen los derechos naturales?”, en *Revista de Estudios Públicos*, N°37, 1990 [original de 1955], págs. 4-61.
- Hesse, C., “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda et.al., *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Evap-Marcial Pons, [original de 1994].
- Hierro, L.,
- “¿Qué derechos tenemos?”, *Doxa*, 23, 2000, pág. 351-375.
 - “Los derechos económico-sociales en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en Alexy, R. y otros, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, págs. 163-222.
- Hobbes, T., *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica civil*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1980 [original de 1651].
- Hohfeld, W., *Conceptos jurídicos fundamentales*, México D.F., Fontamara, 1992 [original de 1913].
- Ihering, R., *La lucha por el derecho*, Granada, Comares, 2011 [original de 1865].
- Jellinek, G., *Teoría general del Estado*, (2.ª edición), Buenos Aires, Albatros, 1954 [original de 1911].

- Kant, E., *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 2005 [original de 1797].
- Kelsen, H.,
- *Problemas capitales de la teoría jurídica*, México D.F., Porrúa, 1987 [original de 1923].
 - *De la esencia y valor de la democracia*, Oviedo, KRK Ediciones, 2009 [original de 1929].
 - “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, en Schmitt, C. y Kelsen, H., *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 2009 [original de 1931].
 - *Teoría pura del Derecho*, (2.ª edición) México D.F., Porrúa, 1991 [1960].
- Laporta, F., “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, 4, 1987.
- MacCormick, N., “Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 5, Madrid, 1988 [original de 1975], págs. 293-305.
- Marshall, T.H., *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza, 1998 [original de 1950].
- Martínez de Pisón, J., “Los derechos sociales: unos derechos controvertidos”, en Zapatero, V. y Garrido, M.I. (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Madrid, Cuadernos democracia y derechos humanos, Universidad de Alcalá, 2009, págs. 89-111.
- Michelon, C., “Introducción: derechos sociales y la dignidad de la igualdad”, *Discusiones*, 4
- Nino, C.,
- *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980.
 - *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Astrea, Buenos Aires, 1989 [original de 1984].
- Peces-Barba, G.,
- “Los derechos económicos, sociales y culturales: apunte para su formación histórica y su concepto”, en *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Madrid, Dykinson, 1999, págs. 7-66.
 - “Los derechos sociales: apuntes políticos y jurídicos”, en Zapatero, V. y Garrido, M.I. (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de*

- la justicia*, Madrid, Cuadernos democracia y derechos humanos, Universidad de Alcalá, 2009, págs. 19-36.
- Pérez Luño, A., *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1984.
- Pisarello, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.
- Pufendorf, S., *The Books of Elements of Universal Jurisprudence*, Indianápolis, Liberty Fund, 2009 (1660).
- Rawls, J., *Teoría de la justicia*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1995 [original de 1971].
- Raz, J., *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001 [original de 1994].
- Rossetti, A., “Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales”, en Ribotta, S. y Rossetti, A. (eds), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Madrid, Dykinson, 2010, págs. 101-126.
- Ruiz Miguel, A.,
.- “Derechos liberales y derechos sociales”, *Doxa*, números 15-16, 1994, págs. 651-674.
.- *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2002.
- Ruiz-Tagle, P., “Un proyecto constitucional para la generación del bicentenario: Igualdad y derechos sociales y económicos en Chile”, *Revista de Derecho y Humanidades*, número 15, 2009, págs. 17-35.
- Searle, J.,
.- *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997 [original de 1995].
.- *Actos de habla. Ensayo de Filosofía del Lenguaje*, Madrid, Cátedra, 2007 [original de 1969].
- Shapiro, S., *Legalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2014 [original de 2011].
- Spinoza, B., *Tratado teológico-político*, Madrid, Alianza, 2003 [original de 1670].

- Strawson, P., *Análisis y metafísica*, Barcelona, Paidós, 1997 [original de 1992].
- Thomasius, C., *Fundamentos de derecho natural y de gentes*, Madrid, Tecnos, 1994 [original de 1705].
- Tugendhat, E., *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 2010 [original de 1993].
- Villavicencio, L., *Las críticas comunitaristas al liberalismo igualitario. Un balance*, Madrid, Dykinson, 2014.
- Villey, M., *Estudios en torno a la noción de derechos subjetivos*, Valparaíso, Ediciones Universitarias, 1976.
- Waldron, J., *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005 [original de 1999].

Instrucciones para los autores

Discusiones publica debates en torno a un texto principal, además de diferentes secciones con textos críticos. El ámbito temático de la revista incluye la filosofía del derecho, la filosofía moral y política, así como la teoría del derecho penal, privado y constitucional. Los textos deben reflejar conocimiento original e inédito. La revista consta de dos números al año publicados en junio y diciembre de cada año.

Cada número de la revista constará de cuatro secciones: la sección principal será dedicada a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de estudios críticos y una réplica por parte del autor del trabajo principal. La sección *Discusiones: Cortes* estará destinada a discutir críticamente un fallo o línea jurisprudencial de alguna Corte o Tribunal de relevancia. La sección *Discusiones: Libros* estará reservada a discutir una idea central presente en un texto considerado clásico o de reciente aparición. Por último, la sección *Discusiones: Balance* consistirá en un apartado dedicado a retomar discusiones anteriores que han tenido lugar en esta revista intentando proyectarlas hacia el futuro.

Envío y evaluación

Todo artículo o propuesta de discusión debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción (hernanbouvier@gmail.com, samantaborz@gmail.com, danidomeniconi@gmail.com).

Discusiones: sección principal. Las propuestas de discusión de esta sección deben enviarse con el texto principal que se propone como eje de discusión y los nombres y vinculación institucional del editor y los discutidores. El texto principal de la discusión no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá contar con un resumen de 150 palabras. La propuesta será evaluada por el Consejo Asesor mediante un dictamen fundado. En caso de ser aceptada, corresponderá al editor propuesto la coordinación de la discusión, recopilando los textos críticos de los intervinientes indicados y la réplica o respuesta final a las críticas por parte del autor principal.

Discusiones: Cortes. El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras y debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del autor y otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido por los encargados de sección (Sebastián Elías, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brígido) para su referato ciego por pares externos.

Discusiones: Libros. El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras, debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y debe contener un abordaje crítico y extenso sobre el libro en cuestión. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del autor y otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido por el encargado de sección (Pau Luque) para su referato ciego por pares externos.

Discusiones: Balance. El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras, debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y debe contener un abordaje crítico y extenso de alguna de las discusiones que han sido objeto de números anteriores. El artículo deberá, además, incluir nuevas proyecciones y actualizaciones del debate analizado. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del autor y otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido para su referato ciego por pares externos.

Instrucciones generales de escritura y citado

- Todos los trabajos estarán redactados con interlineado a espacio y medio y letra fuente *Times New Roman 12*, en páginas tamaño carta.
- Inmediatamente bajo el título o subtítulo de cada trabajo, los autores pondrán su nombre con una llamada a pie de página, en asterisco, en la cual harán mención de su grado académico, la institución a la que pertenecen y la dirección de contacto (ciudad, país y e-mail).
- Las notas al pie deben ser enumeradas consecutivamente y debe redactarse con fuente Times New Roman 10, interlineado sencillo.
- En las notas se indicará la fuente de la siguiente manera:
- Si se trata de un libro: Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, México D.F., Porrúa, 1979
- Si se trata de capítulo en obra colectiva: Celano, B., “What can Plans do for Legal Theory?”, en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law*, London, Springer, 2013, pág. 129-152.
- Si se trata de un artículo en revista: Garzón Valdés, E. “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *Doxa*, 3, 1986, pág. 17-33.
- Tratándose de referencias a obras ya citadas, si la referencia es exactamente la misma contenida en una nota anterior, debe utilizarse la expresión “Ídem”. Si es el del mismo autor y obra, pero se cita una parte diversa, deberá usarse la expresión “Íbid” o “Ibídem” seguida de la página distinta que se está refiriendo. En el caso de referencias no contiguas, en que se cita al mismo autor, se indicará solo el apellido y nombre del autor seguido de la expresión “*op. cit.*”. Y cuando se han citado dos o más trabajos de un mismo autor, se agregará, luego del apellido y nombre, el título de la obra o parte de él para poder identificar el trabajo que se ha citado, seguido de la expresión “*op. cit.*”.

Discusiones xv

- Al final del trabajo se agregará una lista con la bibliografía citada, ordenada alfabéticamente según el apellido del autor y elaborada siguiendo las normas indicadas para las notas.
- Todo trabajo debe ser precedido de un resumen, en castellano e inglés, de 150 palabras y la indicación, en la lengua correspondiente, de al menos tres palabras clave.

Se terminó de imprimir en el mes de febrero de 2016
en B4 Gráfica, Bahía Blanca, Argentina.
Se imprimieron 100 ejemplares

