DERECHO PRIVADO Y POBREZA [*]

Esteban Pereira Fredes[**]

INTRODUCCIÓN

La agenda de investigación del derecho privado está en un proceso de ampliación de sus intereses y propósitos. Lo anterior, naturalmente, exige prestar atención a los fundamentos y justificaciones que subyacen a sus reglas, instituciones y prácticas jurídicas. Ello permite develar por qué el derecho privado no ha sido tradicionalmente sensible a consideraciones y exigencias relativas a la pobreza. Precisamente, el modo en que este fue configurado explica los problemas que tiene para resolver asuntos de pobreza. Una tarea indispensable para comenzar a pensar la pobreza desde el derecho privado, consiste en desarrollar una comprensión de esta parcela del derecho, cuyos propósitos no se encuentren únicamente comprometidos con los cánones decimonónicos individualistas bajo los cuales se forjó, así como tampoco suscriba un compromiso formalista con los criterios de la justicia correctiva.

En lo que sigue, se evaluará en qué sentidos el derecho privado podría contribuir a enfrentar contemporáneamente los desafíos asociados a la pobreza. Sostendré que resulta pertinente incorporar la pobreza entre los asuntos del derecho privado, en la medida que sean abandonados tanto su prisma individualista como el formalismo focalizado únicamente en la justicia correctiva. Y, en lugar de estos, nuestro interés sea situado en las dimensiones altruistas del derecho privado junto a la adopción de una visión robusta sobre este, que admita objetivos de justicia correctiva, así como distributiva y punitiva. En primer lugar, se mostrará el fundamento individualista y la

[*] Agradezco los valiosos comentarios que efectuaron los integrantes del Grupo de Investigación de Filosofía del Derecho de la Universitat de Girona, en un seminario organizado para discutir un borrador de este trabajo.

[**] Profesor instructor en la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Becario doctoral por la Universitat de Girona. Correos electrónicos: esteban.pereira@uai.cl y esteban.pereira@udg.edu.

conexión con la justicia correctiva que explican la común desatención del derecho privado por las clases más desaventajadas. En segundo lugar, se presentará el lugar del altruismo en el derecho privado y la diversidad de fines que conviven en sus reglas, instituciones y prácticas. En tercer lugar, se formularán ciertas notas que contribuyen a abordar el problema de la pobreza desde el derecho privado.

1. DERECHO PRIVADO, INDIVIDUALISMO Y FORMALISMO

Una regla jurídica estándar perteneciente a las legislaciones decimonónicas es la presunción de conocimiento de sus disposiciones, por los distintos integrantes de la comunidad. Dicha expectativa, como en otras codificaciones, se encuentra categóricamente estipulada por el artículo 8 del Código Civil chileno.[1] Esta regla se justifica por la seguridad jurídica e imparcialidad que brinda a sus destinatarios, favoreciéndolos con la neutralidad y protección formal de sus intereses. Ella, sin embargo, esconde la desatención que el derecho privado tradicionalmente ha mostrado por las clases sociales más desfavorecidas.[2] Nadie puede alegar el desconocimiento de la ley, presuponiendo que todos cuentan con condiciones materiales, sociales y culturales para efectivamente conocerla y comprenderla. Como se sabe, ello no es así: se genera una aplicación indiferenciada de las reglas jurídicas, pese a las diferencias que existen entre las clases privilegiadas y las desposeídas. El problema es que tal constatación obviamente no es novedosa. Incluso durante el siglo XIX, Anton Menger ya había advertido las tensiones presentes en la promulgación del Código Civil alemán. Más allá de su celebrada técnica jurídica, el proyecto de *BGB* encarnaba el ideario revolucionario burgués, fundado en el egoísmo, "[…] é impuesto á las clases pobres

[1] Ella se lee como sigue: "Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia".

[2] En este trabajo entiendo como derecho privado lo que continentalmente se denomina derecho civil. De modo tal que no abordaré dimensiones relativas al derecho comercial, derecho del trabajo o sectores regulatorios que podrían insertarse bajo la comprensión anglosajona del derecho privado.

mediante la legislación [sic]".[3] Los postulados del individualismo político allí consagrados favorecieron el carácter absolutista del derecho de propiedad, una identidad ilimitada de la autonomía contractual privada y, además, estableció una cobertura formal de la desigualdad jurídico-material entre los sujetos jurídicos.

¿Qué hay detrás de esta despreocupación? Desde su constitución moderna, el derecho privado estuvo fundamentado a la luz de principios individualistas. Estos parámetros promovieron la exaltación del individuo como centro del fenómeno jurídico privado y, en especial, la ruptura entre el interés propio del agente y aquellos que resulten ajenos a su plan personal de vida. Como es advertido por Giovanni Tarello, una temprana dificultad que enfrentó el proceso de codificación, entre finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, fue la pluralidad de *status* de individuos o pertenencias a distintas clases que incidía en la aplicación de los textos civiles, entendidos como códigos simples, claros y breves. Un sistema jurídico privado simple requiere de un sujeto único de derecho, porque su diferenciación supondría una amplificación de las reglas jurídicas en atención a definiciones, características y regulaciones particulares según cada categoría de sujeto. Por ello, junto con establecer una categoría abstracta de sujeto o persona como destinatario de las reglas jurídicas privadas, la codificación apeló a una ideología igualitaria manifestada en una forma de igualdad ante la ley. Esta última, "[…] no significó otra cosa que unicidad de sujeto jurídico, y por esto fue, más que una ideología política, un instrumento técnico de simplificación de los sistemas jurídicos".[4] Solo a partir del *Code* se alcanzó la unidad del individuo y la simplificación de las proposiciones jurídicas.

---

[3] Menger, Anton, *El Derecho Civil y los Pobres* (trad. Alfonso Posada), Granada, Comares, 1998, p. 139.
[4] Tarello, Giovanni, "Ideologías del siglo XVIII sobre la codificación y estructura de los códigos", en su *Cultura Jurídica y Política del Derecho* (trad. Isidro Rosas Alvarado), México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 50.

El rechazo de Menger a la legislación civil alemana puede entenderse en virtud de estos términos. No debería formularse un tratamiento igualitario del derecho a sus distintos destinatarios, porque ello favorece a los más aventajados y perjudica a las clases más necesitadas. Una alternativa sería, por supuesto, realizar un tratamiento jurídico diferenciado entre los integrantes de las distintas clases sociales, atendiendo a sus peculiaridades, dificultades y carencias. En efecto, esta fue la solución de Menger. Su recomendación fue autorizar la excusa de desconocimiento del derecho, porque un derecho que sea aplicado a todas las clases por igual, y como tal se presuma conocido, reproducirá las desigualdades y sitúa a las clases necesitadas en una posición aún más desfavorecida.

Como es sabido, esta propuesta no está exenta de dificultades. La formulación de un derecho privado diferenciado según las clases sociales destinatarias, afectaría el ideal regulativo de la seguridad jurídica. Este contempla tanto el conocimiento y comprensión del derecho por parte de los ciudadanos como su rendimiento instrumental en la protección de sus intereses. Si este estándar procura cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad del derecho, entonces, segregar el derecho privado entre grupos sociales puede terminar perjudicando a quienes están bajo una situación desfavorable y en función de cuya realidad fue promovida la demarcación jurídica.[5] Asimismo, se han manifestado dudas acerca de la legitimidad de establecer reglas jurídicas especiales para los más pobres, porque ello supondría una consideración institucional deteriorada de ellos que no respeta su dignidad y capacidad para desempeñarse autónomamente en las relaciones jurídicas, incluso estimándolos como "ciudadanos de segundo nivel".[6]

[5] Desde este punto de vista, véase, Ferrer Beltrán, Jordi y Fernández Blanco, Carolina, "Proyecto sobre indicadores de seguridad jurídica en Iberoamérica", en Cruz Moratones, Carles *et al*. (eds.), *Seguridad Jurídica y Democracia en Iberoamérica*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 243-263.

[6] Cantuarias, Fernando, "Robin Hood *reloaded*. Quitándole al rico para robarle al pobre", *SELA 2005: Derecho y pobreza*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 103.

La cuestión que me interesa notar es que esa regla que presume el conocimiento del derecho, responde a exigencias individualistas asociadas a la imparcialidad y neutralidad que ofrece a sus destinatarios, sin efectuar distinciones entre ellos. Es una regla que supone características comunes de los individuos que en realidad no existen, pero además devela la profunda escisión entre las demandas de los distintos miembros de la comunidad. La aplicación igualitaria de la legislación se encuentra justificada bajo creencias de que los individuos gozan de competencias racionales, culturales y sociales equivalentes para desenvolverse en el tráfico jurídico y, a su vez, se encuentran situados en ámbitos simétricos que les permiten negociar y definir libremente sus vínculos obligacionales.[7] Si estos presupuestos fueren correctos, una aplicación igualitaria de la regla jurídica civil sería también una aplicación adecuada de ella.

Pero las creencias que justificaron esas alegaciones fueron contradichas con la evidencia de los hechos. Los individuos se encuentran sujetos a planos de desigualdad social y económica, que repercuten en una diferente capacidad para negociar y contraer obligaciones. Esta derrota en los supuestos simétricos del iluminismo generó que la aplicación igualitaria de la legislación se transformase en un instrumento de fuertes contra débiles, cuyos intereses no fueron atendidos en el momento de la fijación del cuerpo normativo. La apuesta inicial del derecho privado por un tratamiento jurídico imparcial devino en la implementación de un sistema rígido, que consolidó situaciones de injusticia social y estéril frente a las actuales exigencias sobre desigualdad, redistribución y pobreza. Esta es aún la situación de mayoría en los códigos civiles latinoamericanos y no ha sido corregida del todo por el proceso de codificación

[7] De acuerdo a la Corte Suprema de Chile, la fuerza de los postulados ilustrados en las codificaciones es revelada gracias al rol de la autonomía de la voluntad. De ahí que "[…] la autonomía de la voluntad se funda en los principios propios de la ilustración de la libertad y de la igualdad, que llevados ambos al plano jurídico, se traducen en igualdad y la libertad jurídica de las partes". Corte Suprema, 21/06/2011, Rol: 4260-2011.

contemporánea.[8] Pese a ello, se trata de postulados que son susceptibles de reformulación frente a un estado de cosas sustantivamente diverso, de aquel en el cual la apuesta por la simetría entre los participantes pareció resultar suficiente para que estos se obligaren, conduciendo libremente sus planes personales de vida.

El individualismo propone efectuar una fractura entre el interés propio y el ajeno, al entender que las ganancias deben radicarse exclusivamente en el patrimonio de quien las obtenga y, por su parte, las pérdidas deben mantenerse ahí donde se produzcan, sin necesidad de compartirlas o extender su afectación a los demás agentes. Tal prisma permite explicar con acierto el tratamiento jurídico tradicional de preocupaciones cruciales en el derecho privado, como propiedad, contratos, responsabilidad extracontractual y enriquecimiento injustificado. Mientras la regulación de la propiedad está construida a partir del control exclusivo del dueño del bien que es objeto de su derecho de dominio, ejerciendo sus derechos con exclusión del conjunto de la comunidad política, en los contratos rige el principio de autonomía de la voluntad, conforme al cual cada contratante solo puede obligarse por su decisión de hacerlo y según los términos que estime razonable.[9] De igual manera, en la responsabilidad extracontractual es asumido que los daños deben mantenerse en la víctima, salvo que existan razones justificativas para atribuirlos a un tercero distinto de ella. Finalmente, cuando existe un desplazamiento patrimonial injustificado, que empobrezca a una parte y enriquezca a la otra, este acrecimiento del patrimonio debe ser restituido a su titular en virtud de las exigencias del enriquecimiento injustificado.

---

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

[9] Acerca de la relación conceptual entre pobreza y exclusión en el fenómeno jurídico, puede consultarse Spicker, Paul, "Exclusion and Rights, en Williams, Lucy, Kjønstad, Asbjørn & Robson, Peter (eds.), *Law and Poverty*. *The Legal System and Poverty Reduction*, London & New York, Zed Books, 2003, pp. 124-136.

Un aspecto que transita estas esferas del derecho privado es la disociación del individuo en relación con el resto de las personas que forman parte del escenario jurídico privado. Por ello, bajo una óptica individualista, la presunción de conocimiento del derecho es apta para favorecer formalmente el resguardo de los derechos de cada agente en el supuesto que ellos se desempeñan en la vida jurídica de manera independiente entre sí, sin establecer vínculos de colaboración o solidaridad entre ellos. Los asuntos que exceden la esfera inmediata del individuo tienden a distanciarse del foco de interés del derecho privado, en la medida en que estos desafían la fragmentación defendida por el individualismo. De tal modo ha ocurrido con la pobreza que ha sido desplazada de las preocupaciones del derecho privado, sin prestar su debida atención. La manera en que fue pensada esta rama del sistema jurídico da cuenta de por qué ella tiene profundas dificultades para hacer frente a la pobreza.[10]

El compromiso individualista del derecho privado convive con el excesivo formalismo que ha mostrado el internalismo esgrimido en la filosofía del derecho privado. El internalismo consiste en una visión acerca del derecho privado que aboga por una justificación interna a él y no funcional para alcanzar propósitos ajenos. Esta zona de reflexiones ha focalizado sus esfuerzos en develar y reformular los propósitos del derecho privado, determinando su identidad y aspiraciones centrales. El debate fue tempranamente trazado por la tensión existente entre la búsqueda de fines propios del derecho privado y la irrupción del mercado a la luz de la influencia del análisis económico del derecho. Más allá de los matices que es necesario introducir al hablar de análisis económico del derecho, sus variantes sugieren que el derecho privado debe

[10] Por razones de extensión no me puedo ocupar en estas líneas del concepto de pobreza. En el contexto de su generoso debate, considero que entre las aproximaciones que debieren ser funcionales para que el derecho privado pueda ser repensado a la luz de las clases pobres, está en el enfoque de las capacidades propuesto por Amartya Sen, teniendo a la vista las consideraciones añadidas por Martha C. Nussbaum. Ahí se muestran las diversas modalidades en que la pobreza priva a los individuos de sus capacidades elementales y, en última instancia, afecta su agencia y libertades básicas. Al respecto, véase, Sen, Amartya, "Capacidad y bienestar", en Nussbaum, Martha C. y Sen, Amartya (comps.), *La Calidad de Vida* (trad. Roberto Reyes Mazzoni), México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 53-83.

perseguir fines ajenos a sus reglas, instituciones y prácticas, asociados a la eficiencia económica o maximización de recursos. En este sentido, se trata de un esquema externo de comprensión del derecho privado, que apela a objetivos exógenos a su racionalidad y que provienen de la racionalidad estratégica del mercado.

La versión más robusta del internalismo ha sido defendida por Ernest J. Weinrib quien proclamó que "[…] el propósito del derecho privado es ser derecho privado".[11] Sus provocadoras palabras buscaban llamar la atención de los teóricos del derecho privado acerca de la necesidad de atender a la estructura conceptual e institucional de esta parcela del derecho. A partir de dimensiones estrictamente formales de análisis diseñadas mediante la relación correlativa de derechos y deberes vigente entre los participantes, su metodología permite garantizar la autonomía del derecho privado frente a los parámetros funcionalistas del análisis económico del derecho. Este último propuso sustituir las preguntas asociadas a la justificación valorativa de las reglas e instituciones del derecho privado por herramientas, metodologías y aspiraciones con mayor rendimiento pragmático. La presencia del mercado exigió repensar el derecho privado a la luz de su racionalidad estratégica y perseguir fines extrínsecos a las prácticas jurídicas privadas, buscando elaborar una propuesta de comprensión "[…] menos dogmática, que dé más respuestas".[12]

Si el derecho privado debe procurar alcanzar propósitos concernientes a la eficiencia económica, entonces, el derecho privado deja de ser lo que es. Esta subordinación conlleva admitir la dependencia del sistema jurídico privado a los criterios del mercado, instrumentalizándolo para obtener objetivos que son ajenos a sus prácticas. Pues bien, ¿qué es lo peculiar del derecho privado que no podría extraviarse sin que el derecho privado deje de ser aquello que es? La interacción correlacional entre los participantes

[11] Weinrib, Ernest J., *The Idea of Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 2ª ed., p. 5.
[12] Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y Economía* (trad. Eduardo L. Suárez), México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 237.

de las prácticas jurídicas privadas posee un compromiso tanto conceptual como justificativo con la justicia correctiva. Sus cánones permiten dar cuenta de manera satisfactoria de la lógica que rige la relación entre los particulares, en virtud de la estructura conceptual de derechos y obligaciones correlativos y, asimismo, las diversas preocupaciones y tratamientos jurídicos del derecho privado pueden legitimarse conforme a las exigencias de la justicia correctiva. Esta idea se adapta al diseño de las prácticas privadas y como criterio sustantivo auxilia su justificación y, además, conserva su independencia de una racionalidad estratégica orientada a las consecuencias y resultados de las reglas, instituciones y prácticas. De ahí que el derecho privado solo puede ser lo que está condicionado a ser: un modo de interacción peculiar gobernado por la justicia correctiva.

El profundo atractivo de esta línea de argumentación en filosofía del derecho privado radica en la defensa de la autonomía del derecho privado como objeto de reflexión. Pero la metodología adoptada para garantizar su independencia ha provocado un compromiso formalista de los estudios acerca del derecho privado con la justicia correctiva. La estructura correlacional de sus prácticas neutralizan los intentos funcionalistas para que el derecho privado alcance objetivos de eficiencia o bienestar social, al considerarlos externos a su esquema formal. Sin embargo, la apuesta de la comprensión interna del derecho privado es tematizarlo a la luz de un único criterio, esto es, la justicia correctiva. El formalismo monista de esta posición ha permitido sortear parte de las vallas de la influencia del análisis económico del derecho en los estudios de derecho privado, mas ha arrojado una manera de entender el derecho privado que deviene formalista y que, a su vez, solo reconoce en el valor de la justicia correctiva el único propósito al cual debieren aspirar sus reglas, instituciones y prácticas.

La cuestión que me interesa apuntar respecto de estos dos fenómenos es que la fundamentación decimonónica del derecho privado en torno al individualismo y la disociación entre el individuo y el resto de la comunidad, se han reforzado con la suscripción de la posición interna por parte de los teóricos del derecho privado. Ello ha favorecido la adopción de un monismo metodológico al momento de establecer los fines del derecho privado. Derecho privado, se piensa, es una cuestión de justicia correctiva. El problema de esta forma de enfrentar el desafío del análisis económico del derecho es su temprana renuncia a hacer frente a problemas que exceden la interacción directa entre los participantes, como ocurre con los supuestos de redistribución de recursos y reducción de la pobreza. Si el internalismo se encuentra en lo correcto, preocuparse de estos asuntos es hacer algo distinto de derecho privado. En la próxima sección pretendo introducir el principio del altruismo en el fenómeno jurídico privado y evaluar su rendimiento alternativo al modelo individualista, junto a la alegación en favor de la pertinencia de objetivos distintos a la justicia correctiva en el derecho privado, como la justicia distributiva y punitiva.

2. ALTRUISMO EN EL DERECHO PRIVADO

El altruismo ha permanecido bastante ausente en la reflexión sobre el derecho privado.[13] Desde luego, su marginalidad es explicable por el significativo compromiso de esta área con el individualismo. No obstante ello, el predominio de los principios individualistas bajo los cuales son demarcados los intereses propios y ajenos, no implica que no sean pertinentes las alegaciones que invitan a reevaluar dicha fractura. El altruismo ha sido entendido como "[…] una voluntad de actuar en consideración del

[13] Un estudio que, sobre la base de las exigencias del altruismo, insta a revisar las tradicionales negativas de la dogmática civil frente a la existencia de deberes positivos de actuación a favor de otros en responsabilidad extracontractual, así como el deber de recompensar a quien actúe en beneficio de otro bajo la gestión de negocios ajenos, se encuentra en Kortmann, Jeroen, *Altruism in Private Law*: *Liability for Nonfeasance and Negotiorum Gestio*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

interés de otras personas, sin necesidad de motivos ulteriores".[14] Esta lectura es distinta a la versión ingenua tradicionalmente desechada de los estudios en filosofía moral que supone un auto-sacrificio o la versión más radical del ideal del buen samaritano. Su versión razonable exige una preocupación por las necesidades e intereses de los otros individuos antes que una renuncia y sacrificio sin orillas en favor de los demás.[15]

Al presentar ideas de esta índole en los asuntos jurídicos, pueden surgir legítimas sospechas de que no se está hablando sobre el derecho privado. Las cosas, no obstante, resultan bastante menos transparentes cuando procuramos desentrañar las diversas dimensiones de análisis que son pertinentes en sus instituciones. Ello es mostrado, en parte, al introducir la distinción entre forma y sustancia en el derecho privado. Si bien el derecho privado está caracterizado por una imagen y estructura formal, que es acentuada en el esquema interno de comprensión de Weinrib, existen numerosas esferas en que las consideraciones sustantivas resultan pertinentes. Ello ocurre, por ejemplo, en el derecho de los contratos, que tradicionalmente ha estado comprometido con criterios estrictamente formales exigidos para el nacimiento y validez de las obligaciones contractuales. Sin embargo, incluso el derecho contractual refleja un debilitamiento del privilegio de las razones de forma que desplazan la tematización de las razones de sustancia. Progresivamente los jueces proceden a la apertura de los acuerdos formales para examinar las razones sustantivas que fundamentan la imposición de obligaciones contractuales, más allá de la suscripción formal del instrumento.

La teoría de la imprevisión ilustra bastante bien la preocupación por dimensiones sustantivas en el derecho de los contratos. Si por circunstancias imprevisibles al momento de la contratación, ocurren cambios que si bien no imposibilitan el

---

[14] Nagel, Thomas, *La Posibilidad del Altruismo* (trad. Ariel Dilon), México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 89.

[15] Una estrategia similar está defendida en Dagan, Hanoch, "In Defense of the Good Samaritan", *Michigan Law Review*, Vol. 97, No. 5, 1999, pp. 1152-1200.

cumplimiento de las obligaciones contractuales, lo vuelven excesivamente oneroso, esta postura promueve una revisión judicial de los términos contractuales, proceder a la renegociación por parte de los contratantes o, en ciertos supuestos, a la resolución del contrato. Pese a la suscripción formal del acuerdo, en las condiciones originales de contratación, se atiende a razones de sustancia para hacer frente a las nuevas circunstancias que no son imputables al deudor, pero que pueden conducirlo a la ruina económica. Más allá de lo razonable que puede estimarse tal revisión, renegociación o resolución del vínculo contractual, existe una gruesa razón de forma para que ello no sea así.

El derecho de los contratos, severamente motivado por el individualismo y apelativo a los cánones de la justicia correctiva en los intercambios, está articulado en virtud de la fuerza obligatoria del contrato. Según este clásico principio de la contratación, los contratos obligan del mismo modo que las leyes; a saber, de manera incondicionada y sin excepciones. De ahí que el artículo 1545 del Código Civil chileno establezca que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes.[16] La relación entre el contrato y la legislación es, por cierto, metafórica, pero arroja luz acerca de la intensidad del compromiso que asumen los contratantes cuando despliegan su autonomía de la voluntad. Ellos conforman acuerdos que deben necesariamente cumplirse, no obstante estén en posterior desacuerdo con estos y aun cuando ello les ocasione perjuicios patrimoniales.

El *pacta sunt servanda* constituye una razón de forma para imponer concluyentemente la observancia de las estipulaciones contractuales a quienes las formularon. Si la obligación ha sido legalmente contraída, entonces, debe ser cumplida por el contratante en los términos originales del acuerdo. El hecho de haber celebrado el

[16] En términos similares, los artículos 959 CCCNarg; 1361 CCpe.

contrato de acuerdo a la legislación vigente, que se presume íntegramente conocida por todos, es razón de forma para establecer el cumplimiento de sus prestaciones. Situaciones como la desventaja económica, injusticia contractual o perjuicio que sufra una de las partes, en cambio, son desplazadas de atención por su irrelevancia. ¿Bajo qué términos es admisible que la fuerza obligatoria del contrato ampare situaciones de abierta injusticia contractual?

El efecto vinculante es una razón de forma para que el juez aplique el contrato según sus estipulaciones originales, sin necesidad de detenerse a examinar las razones de sustancia que él podría contraponer a su aplicación. Sin embargo, si el adjudicador toma atención a las consideraciones sustantivas que están involucradas en esta situación, relativas a la incorrección normativa de exigir el cumplimiento en los lineamientos vigentes al momento de la celebración, evita la razón de forma y echa por la borda el *pacta sunt servanda*. Una peculiaridad de las razones de forma es que estas tratan como irrelevantes a un conjunto de cuestiones que subyacen a los vínculos contractuales, aun cuando conviven con razones substantivas que, por el contrario, invitan a tematizarlas. La balanza tiende a inclinarse en favor de estas últimas. Como lo indica Atiyah, "[a]l mismo tiempo, todos debemos estar conscientes del hecho de que el poder de las razones de forma en el derecho de contratos y, en verdad, probablemente en todo el derecho, ha ido decayendo en años recientes. Cada vez más a menudo los tribunales parecen dispuestos a explorar la transacción, abrirla, e ir más allá de las razones de forma, y atender a las razones de sustancia para la creación o negación de las obligaciones".[17]

Duncan Kennedy ha propuesto abordar el contraste entre la forma y la sustancia bajo el ámbito de la adjudicación en el derecho privado. Tras la distinción entre forma y

[17] Atiyah, P. S. "Form and Substance in Contract Law", en su *Essays on Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 116.

sustancia es posible detectar esferas valorativas que se encuentran en constante conflicto. En numerosas ocasiones, los jueces transitan desde dimensiones formales a sustantivas en sus resoluciones, a la luz de alegaciones o modelos de argumentación que poseen compromisos sustantivos. Ahí los jueces atienden a observaciones de corte individualista o bien del altruismo. Como lo sugerí, el individualismo político afirma la ruptura entre el interés ajeno y propio, negando que los beneficios o pérdidas de las actividades deban situarse en un lugar distinto del patrimonio de quien lo haya obtenido o sufrido. El altruismo, por su parte, "[…] es la creencia de que *no* debemos complacernos en una fuerte preferencia por nuestros propios intereses por encima de los de los demás".[18] Frente a la demarcación propuesta por el individualismo, su consejo es disolver las fronteras entre las necesidades e intereses propios y ajenos, invitándonos a compartir y hacer sacrificios razonables. Por ello, este ideal está asociado a la expectativa de distribuir las ventajas, renunciando a algunas ganancias así como participar en las pérdidas de otro.

La tesis de Kennedy es que, a la controversia entre forma y sustancia en el derecho privado, subyacen consideraciones relativas a la disputa entre estas dos actitudes, de acuerdo a compromisos valorativos contrapuestos. La aplicación de una razón de forma a un caso particular, como lo es la fuerza vinculante del contrato, puede ser evaluada desde dos ópticas en tensión. Bajo un prisma individualista, el *pacta sunt servanda* garantiza seguridad jurídica y neutralidad en las prácticas contractuales y, por ende, resulta correcto imponer el cumplimiento de las estipulaciones pactadas, aun cuando uno de los contratantes resulte arruinado debido a ello. Desde una mirada altruista, en cambio, la regla jurídica contractual puede estimarse como excesivamente rígida frente

[18] Kennedy, Duncan, "Form and Substance in Private Law Adjudication", *Harvard Law Review*, Vol. 89, 1976, p. 1713.

a situaciones particulares en las que su aplicación deviene inadecuada, al llamar la atención sobre consideraciones sustantivas de la relación contractual.

Mientras la ruptura entre los intereses de los contratantes favorece una aplicación categórica del efecto obligatorio del contrato, la atención por los intereses del otro sugiere neutralizar su aplicación y optar por alguno de los mecanismos contemplados en el marco de la teoría de la imprevisión. Del mismo modo en que anteriormente revisamos las dificultades del artículo 8 del Código Civil chileno, la formalidad de su artículo 1545 autoriza una evaluación bifronte. Desde una perspectiva individualista, su aplicación formal garantiza neutralidad y, por su parte, bajo una lectura altruista esta regla jurídica desatiende alegaciones e intereses de individuos y grupos sociales respecto de los cuales el derecho privado no fue decimonónicamente pensado.[19] Es decir, que no corresponden a la imagen única de sujeto que fue funcional a la codificación.

La teoría de la imprevisión es un indicador robusto de la pertinencia de consideraciones de sustancia en el derecho privado y, a su vez, muestra la presencia de componentes altruistas en su organización. Si bien un contratante es beneficiado por el cambio de las circunstancias iniciales de contratación, puede estimarse como razonable la renuncia a esas ganancias contractuales si atiende a los intereses de su contraparte y no aprovecha los beneficios que fortuitamente ha reportado. Ello es aún más cristalino en la exigencia de deberes recíprocos de renegociación de los términos contractuales que median entre las partes, una vez que sucede el imprevisto que altera las condiciones originales del acuerdo. Desde luego, no es necesario desarrollar un alegato a favor de la

[19] Menger constató con razón que existe una estrecha conexión entre la dimensión formal del derecho privado y su despreocupación sobre la situación de las clases más desfavorecidas. De acuerdo a Menger, "[m]as los perjuicios de la clase proletaria se derivan, la mayoría de las veces, del hecho por el que, *partiendo del punto de vista de la forma*, la legislación establece las mismas reglas de Derecho, tanto para los ricos cuanto para los pobres, siendo así que la posición social, harto diferente, de ambos, exige un tratamiento distinto". Menger (1998), p. 136. Cursivas mías.

imprevisión en los sistemas jurídicos privados para demostrar la pertinencia del altruismo en el derecho privado, basta con mostrar que el individualismo no es lo único con lo que contamos a la hora de desentrañar los compromisos normativos de esta rama del fenómeno jurídico.

Una revisión de las diferentes preocupaciones del derecho privado da cuenta de la presencia de dimensiones altruistas en su contenido. Ello se produce, por ejemplo, en materia de propiedad con el replanteamiento de su concepto trazado por las codificaciones decimonónicas. Basándose en el *Code*, estas han entendido a la propiedad como un conjunto de facultades, sugiriendo que el propietario es quien cuenta con la potestad para ejercerlas. Así, formalmente, dominio es el derecho de usar, gozar y disponer arbitrariamente de un objeto. Sin embargo, aquí es necesario introducir un matiz. El artículo 582 del Código Civil chileno después de establecer estas clásicas prerrogativas del propietario, prescribe que ellas pueden ejercerse libremente "no siendo contra la ley o contra derecho ajeno". La introducción, por parte de Andrés Bello, de la idea de derecho ajeno como un límite al ejercicio arbitrario del derecho de dominio es revelador de la tensión entre el individualismo y el ideal altruista. El dueño de un bien puede usar, gozar y disponer libremente de este, en la medida que no lesione los derechos e intereses de los demás integrantes de la comunidad. Encontramos aquí un factor altruista que es alternativo a la comprensión preliminarmente individualista de la propiedad en nuestros códigos civiles. En este sentido, esa lectura ha permitido la construcción y sistematización de la teoría de las inmisiones, es decir, de un elenco de supuestos en que el ejercicio de los derechos del propietario se encuentra restringido, pudiendo incluso generar responsabilidad patrimonial, por lesionar los intereses de otro individuo.

De igual manera, en materia de contratación existen indicios de elementos altruistas. Buena parte de la reformulación del derecho contractual contemporáneo está relacionado con la relevancia que se otorga a la situación desfavorable en que se encuentran ciertos contratantes. En particular, el derecho del consumidor puede interpretarse como un esfuerzo de protección del contratante más débil, en el que se presta atención a la posición de asimetría contractual en que se encuentran numerosos contratantes, habida cuenta del fracaso del programa decimonónico de la codificación en este aspecto. El surgimiento de sectores regulatorios foráneos a la legislación civil es un intento de corrección de la inicial despreocupación del derecho privado por individuos que no cuentan con las condiciones materiales y sociales para desplegar individualmente su autonomía en las relaciones contractuales.

Pero el derecho de los contratos también posee un principio clave en la configuración de las obligaciones contractuales. El principio de buena fe contractual revela una imagen no ingenua del contrato que pueda contribuir a desnaturalizarlo. Este exige a las partes mantener un comportamiento de acuerdo a estándares de corrección durante todo el *íter* contractual. Una aplicación de sus exigencias reside en los deberes precontractuales de información que los contratantes se deben mutuamente. En la fase de negociación de un contrato, aquella en que la codificación temprana concentró su atención, las partes deben actuar mediante declaraciones claras y representativas de la realidad, sin pretender ocultar cuestiones centrales del contrato que pudieren beneficiarlos. Una versión ingenua del altruismo supondría que el vínculo contractual deje de ser lo que es y comience a funcionar como un dispositivo de renuncia de beneficios e intereses propios en favor de los demás. Ello, sin embargo, sería errado. El derecho privado, en general, ni su ámbito contractual, en particular, se encuentran

formulados *a partir* de la renuncia.[20] Pero ello no es lo que plantea esta lectura más moderada del altruismo. Ella exige que las partes no indiquen todo lo que saben de las circunstancias de contratación, sino solo aquello que sea indispensable para la satisfacción de los intereses contractuales de su contraparte. Dado que el interés ajeno es relevante, los contratantes deben actuar de manera colaborativa, tomando en consideración las expectativas de información que la contraparte tiene en el negocio.[21]

En el derecho de la responsabilidad extracontractual, en tanto, el altruismo es evidenciado, por ejemplo, en los distintos supuestos en que las pérdidas arrojadas por el accidente son distribuidas entre diversos agentes dañosos. Una regulación estándar de los sistemas de responsabilidad civil establece que los daños provocados desde la parte superior de un edificio, deben ser reparados por todos quienes se encontraban en ese lugar. De modo que la carga de los perjuicios es soportada por todos de manera indiferenciada, salvo que se determine específicamente quién de ellos provocó el daño.[22] Esta consideración, a compartir las pérdidas del hecho ilícito, también se refleja en los daños ocasionados con pluralidad de sujetos en que la regla general, a diferencia del régimen contractual, es imponer un sistema de solidaridad en la reparación del daño injustamente causado.

Finalmente, el derecho de restituciones refleja la lógica del altruismo en los asuntos civiles. Dado que alguien ha recibido un beneficio sin justificación, como pudiere serlo un pago, aumentando su patrimonio y empobreciendo el de quien lo efectuó, se debe restituir la especie o el valor respectivo. Naturalmente, si solo resultare pertinente el

---

[20] Para la justificación de los deberes redistributivos en el derecho privado, véase, Lewinsohn-Zamir, Daphna, "In Defense of Redistribution Through Private Law", *Minnesota Law Review*, Vol. 91, 2006, pp. 326-397.

[21] En este sentido, véase, De la Maza Gazmuri, Íñigo, "La buena fe como dispositivo de ponderación", en su *et al*., *Estudio de Derecho de Contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento*, Santiago de Chile, Legal Publishing Thomson Reuters, 2014, pp. 201-228. Otro ejemplo puede observarse en la carga de mitigación de los daños contractuales por parte del acreedor que, a su vez, recibe justificación gracias a la buena fe contractual.

[22] Artículos 2328 CCch; 1760 CCCNarg.

prisma individualista en el derecho privado, no habría razón alguna para configurar el tratamiento de las restituciones. La fractura entre la esfera de la persona empobrecida y aquella enriquecida, cedería a favor de la consolidación del derecho en manos de quien lo ha recibido. Como ello no es así, existe un deber de restituir, al patrimonio de origen, el beneficio patrimonial que injustificadamente se haya obtenido. Su renuncia no solo apunta a la ausencia de título que justifique el desplazamiento, sino también a la consideración de la situación patrimonial y de los intereses de quien se ha empobrecido como producto del pago.[23]

Hasta este momento he intentado mostrar las dimensiones conflictivas que sustentan el derecho privado. Siguiendo a Kennedy, en la adjudicación del derecho privado se juegan cuestiones sustantivas porque no solo existe *un* parámetro normativo disponible bajo el cual encauzar las decisiones. Tenemos, de un lado, el individualismo y, de otro, el altruismo. De la diversa gama de instituciones centrales del derecho privado subyacen alegaciones altruistas. Su invitación a desafiar la fractura entre lo ajeno y lo propio es, como se dirá más adelante, crucial para anotar cómo el derecho privado puede encarar la pobreza. Ahora bien, antes señalé que el prisma del individualismo explica por qué el derecho privado ha mostrado su insensibilidad respecto a problemas como los aquí estudiados. Queda pendiente abordar la metodología formalista que ha cobrado interés en los estudios de teoría del derecho privado y su férreo compromiso monista con los criterios de la justicia correctiva.

Pese a las incuestionables reservas con que debe suscribirse la tesis interna de comprensión del derecho privado de Weinrib, es una visión paradigmática cuando se

[23] Acerca del rendimiento del altruismo en el derecho de restituciones, véase Dagan, Hanoch, *The Law and Ethics of Restitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 86-122. Existen esferas en que el derecho privado expresa su sensibilidad frente al empobrecimiento de los individuos. En estos supuestos, el derecho privado activa dispositivos de protección de sus patrimonios mediante la administración externa de tutores o las exigencias de autorización para la validez de las actuaciones de pródigos e incapaces.

busca asegurar la independencia del derecho privado respecto de esquemas funcionalistas. Su dificultad radica en basar la autonomía del derecho privado en su compromiso estructural con las exigencias de la justicia correctiva. La interacción directa entre las partes de una relación jurídica privada lleva imbricada la idea de equilibrio y correlación entre los derechos y obligaciones de cada participante. El problema de asumir esta perspectiva es que el derecho privado no puede sino ser derecho privado. En otros términos, que sus propósitos tienen una relación analítica con la justicia correctiva.[24] Su adopción, en los términos de esta línea de investigación, es incompatible con otras versiones de la idea de justicia, como la justicia distributiva y la justicia punitiva.

Tal monismo en los propósitos fortalece la coherencia del derecho privado pero también contribuye a restringir sus aspiraciones teóricas. Una versión robusta del derecho privado debe necesariamente atender a criterios de justicia correctiva, distributiva y punitiva. Como es sabido, la distribución ha sido trabajada en ciertas esferas del derecho privado. Su fortuna es distinta si se trata de indagar acerca de los aspectos distributivos en la responsabilidad extracontractual o bien en el derecho de contratos. Mientras en el primer ámbito existen gruesos esfuerzos para respaldar su pertinencia, en el derecho contractual aquellos han sido menores y su influencia es claramente menos significativa.

Respecto al primer ámbito, Tsachi Keren-Paz ha llamado la atención acerca de la necesidad de redirigir el análisis y el tratamiento jurídico de la responsabilidad extracontractual a rendimientos redistributivos. Una teoría igualitaria del derecho de daños exige establecer niveles de diligencia diferenciados entre los distintos grupos de individuos, poniendo atención "[…] a las maneras en las cuales las reglas de

[24] Sobre la insuficiente explicativa de dar cuenta del derecho privado en términos de la idea de justicia correctiva, véase, Steel, Sandy, "Private Law and Justice", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, Vol. 33, No. 3, pp. 607-628.

responsabilidad extracontractual afectan a los miembros de grupos desaventajados, como mujeres, minorías y los pobres".[25] Por su parte, Anthony T. Kronman puso de relieve la necesidad de construir una teoría del derecho contractual a partir de la justicia distributiva, en la medida que la idea de voluntariedad de los acuerdos no puede estar desligada de compromisos distributivos.[26] Su clásico estudio incurrió en la tentación de sugerir que toda la interacción entre los contratantes es importante si sirve para promover las aspiraciones de la justicia distributiva, pero instaló la distribución de recursos en el centro del derecho de contratos.[27]

Los componentes punitivos en el derecho privado forman una parte característica de las prácticas judiciales. Si bien no siempre están expresamente contemplados en las legislaciones civiles, han penetrado diversas esferas de la responsabilidad extracontractual. Sus variantes en clave retributiva o disuasiva contribuyen a desafiar el principio de reparación integral del daño inspirado en la justicia correctiva, según el cual todo daño debe resarcirse, pero *nada más* que ese daño causado.[28] En ciertos supuestos, se estima, no es suficiente imponer un *quantum* indemnizatorio que corresponda al monto de los perjuicios provocados por el agente dañoso, sino que esta suma de dinero persigue finalidades distintas de la simple corrección del daño. Si el hecho ilícito es especialmente grave o el agente dañoso posee una capacidad patrimonial privilegiada, es posible infringir la reparación íntegra del daño y atender a consideraciones punitivas en la responsabilidad civil, aumentando el *quantum*

---

[25] Keren-Paz, Tsachi, *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*, Hampshire, Ashgate, 2007, p. 6. Para la justificación de la distribución en la responsabilidad extracontractual, véase, Papayannis, Diego M., *Comprensión y Justificación de la Responsabilidad Extracontractual*, Madrid, Marcial Pons, 2014, en especial, pp. 271-348.

[26] Kronman, Anthony T., "Contract Law and Distributive Justice", *The Yale Law Journal*, Vol. 89, No. 472, 1980, pp. 472-511.

[27] Esta estrategia ha sido retomada desde la lectura de Rawls, en Scheffler, Samuel, "Distributive Justice, the Basic Structure and the Place of Private Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 35, No. 2, 2015, pp. 213-235.

[28] Sobre la disuasión como propósito en el derecho privado, véase, Tan, Yock Lin, "Deterrence in Private Law", en Robertson, Andrew y Tang, Hang Wu (eds.), *The Goals of Private Law*, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2009, pp. 311-339.

indemnizatorio. La figura de los daños punitivos, en efecto, reviste caracteres distributivos cuando se ajusta en la doctrina del *deep pocket*, de acuerdo a la cual los riesgos son atribuidos al autor del daño en atención a sus recursos económicos, y en favor de las víctimas que padecen de condiciones desfavorables y se encuentran más expuestas a sufrir algunos accidentes.

Bajo estas consideraciones, la pertinencia del derecho privado para hacer frente a problemas de desigualdad social, redistribución de recursos económicos y reducción de la pobreza, requiere enfrentar dos órdenes de consideraciones. Por una parte, la reformulación del derecho privado a la luz de las exigencias del principio de altruismo y, por otra, la formulación de un derecho privado robusto, es decir, un modelo de comprensión que incorpore, entre sus objetivos, alegaciones de justicia correctiva, así como distributiva y punitiva. En la sección final se explorará esta estrategia y se anotarán algunas ideas para ver en qué sentidos es posible que el derecho privado muestre seriamente su preocupación por las clases más desfavorecidas de la comunidad.

3. DERECHO PRIVADO Y POBREZA

Según se podrá apreciar, el tránsito desde las dimensiones altruistas en el derecho privado, hacia las cuestiones relativas a la pobreza, debiera sortear diversas vallas.[29] Aun cuando pudiere aceptarse que junto al individualismo se encuentra el altruismo como parámetro normativo del derecho privado, o que juntos pueden contribuir a refinar sus prácticas dogmáticas, interpretativas y adjudicativas, de ello no se sigue que el derecho privado tenga necesariamente una repercusión directa en la pobreza. Efectivamente, ello no es así. Una advertencia que es necesario asumir cuando se tematiza el derecho privado en la resolución de problemáticas sociales es que su

[29] Respecto de las dificultades para conceptuar y medir la pobreza, puede resultar iluminador Sen, Amartya, "Conceptualizing and Measuring Poverty", en Grusky, David B. & Kanbur, Ravi (eds.), *Poverty and Inequality*, Stanford, Stanford University Press, 2006, pp. 30-46.

incidencia es irremediablemente menor a la que puede obtenerse desde otras veredas del sistema jurídico. Indudablemente el derecho público está dotado de mayores herramientas tanto conceptuales como regulatorias para hacer frente con efectividad a esta problemática. Cuando se intenta repensar el derecho privado en terrenos bajo los cuales no fue constituido, es indispensable anotar que sus mecanismos son limitados. No obstante lo anterior, ello no es una razón suficiente para renunciar a la incorporación de la pobreza en la agenda del derecho privado. Que sus efectos en la superación de la pobreza sean insuficientes, no implica que sean del todo irrelevantes.

Desde este punto de vista, considero que el posicionamiento del altruismo en los asuntos del derecho privado ofrece pistas sobre la dirección que deben seguir los esfuerzos en esta parcela del derecho para tomarse en serio el problema de la pobreza. Pero según fue sugerido, esgrimir la lectura de las reglas jurídicas privadas en base a los principios del altruismo constituye *una* de las estrategias para abordar este desafío, que debe complementarse con la configuración de un derecho privado robusto en el que coexistan estándares de justicia correctiva, distributiva y punitiva en la comprensión, justificación y finalidad de sus reglas, instituciones y prácticas jurídicas. Entonces, ¿por qué no basarse en agudizar las consecuencias distributivas de las diversas instituciones del derecho privado? Diseñar el programa del derecho privado para encarar la pobreza a partir de sus dimensiones distributivas, presenta al menos dos problemas: su falta de novedad y su compatibilidad con el hecho de la pobreza.

Como antes se indicó, los aspectos distributivos en el derecho de la responsabilidad extracontractual y, en menor medida, en el derecho de los contratos ya han sido tratados en filosofía del derecho privado. Al persistir bajo estas coordenadas de análisis se corre el riesgo de hacer depender toda la pertinencia del derecho privado en los asuntos de la pobreza en su real capacidad redistributiva. Esto, por su parte, aún es tomado con cierto

escepticismo por un buen número de autores en derecho privado y sus resultados requieren de distintas variables y matices, pudiendo incluso tener efectos regresivos. Otro problema es que el derecho privado no es solo interpretable en términos de justicia distributiva. Su quehacer teórico no puede únicamente estar diseñado a partir de la distribución de recursos económicos a favor de los miembros con mayores necesidades y posiciones más vulnerables. Sin embargo, la dificultad más severa que debe enfrentar la posición distributiva del derecho privado es que sus distintas versiones son compatibles con el fenómeno de la pobreza. Al afirmar esto, mi intención es apuntar al hecho de que el rendimiento redistributivo que puede alcanzarse en las zonas del derecho privado no supone la erradicación de la pobreza, sino solo mitigar sus efectos nocivos. La distribución como aspiración no busca tanto brindar una solución a las clases desfavorecidas, cuanto reorganizar la asignación de recursos y atender a las necesidades y condiciones particulares de los individuos. Es una apelación contra el tratamiento igualitario que al comienzo anotamos vigente desde la codificación, antes que una manera de clausurar la situación que aqueja a los pobres. Por eso, es posible sostener que el compromiso distributivo del derecho privado soporta un nivel, aun cuando sea marginal, de pobreza. De ahí su inevitable limitación conceptual.

Una cuestión distinta ocurre con el altruismo. Su fomento en los asuntos del derecho privado exige reconocer la posición del otro, atendiendo a sus intereses y necesidades e invita, bajo ciertos términos, a efectuar renuncias o sacrificios derivados de la necesidad de compartir tanto algunas ganancias propias como pérdidas ajenas. La fuerza apelativa del altruismo es que la conjunción entre las expectativas del individuo y las albergadas por los restantes sujetos, impone estándares, exigencias y demandas de comportamiento recíproco que, por definición, no son compatibles con la pobreza. Mientras una imagen distributiva del derecho privado está dispuesta a convivir con niveles de pobreza, las

alegaciones fundamentales del altruismo proclaman la necesidad de su superación, mostrándose más sensible frente al hecho de la pobreza. Por supuesto, esta postura puede acusarse de pecar de candidez. No obstante, ella ha sido tan modestamente explorada por el derecho privado que tampoco es posible rechazar su pertinencia. El altruismo en el derecho privado no se erige como una solución a la pobreza, sino como un fundamento de indispensable adopción para comenzar el tratamiento de la pobreza desde el derecho privado. Difícil es pensar cómo la misma puede ser combatida sin promover un ideal altruista en esta área de lo jurídico.

Cuando se ha reflexionado acerca de las posibilidades del derecho privado en torno a la pobreza, el recurso frecuentemente empleado viene dado por los deberes distributivos. Y ello, paradójicamente, no ha resultado suficientemente persuasivo. En una edición anterior del SELA, realizado más de una década atrás, Carlos Rosenkrantz negó que el derecho privado pueda contribuir a la reducción de la pobreza. Su intuición central fue que esto constituye un objetivo social colectivo y no así individual. Reducir la pobreza es una aspiración de todos los individuos colectivamente considerados: ocuparnos de ella exigiría, pues, emplear mecanismos pertinentes para esta clase de preocupaciones. Al trazar la escisión entre derecho privado y derecho público en atención al tipo de relaciones que regula cada esfera, su categórica conclusión fue que "[…] la reducción de la pobreza no puede ser invocada como un principio del derecho privado".[30] De acuerdo a lo anterior, si bien admitió que en el derecho de los contratos y el derecho de la responsabilidad civil, entendidos como el corazón del derecho privado, existen instancias con objetivos distributivos, estos son marginales y limitados.[31] Son marginales pues no son aceptados en casos paradigmáticos y, en tanto, devienen limitados porque no es posible desentenderse del tipo de relación directa entre los

[30] Rosenkrantz, Carlos, "La pobreza, la ley y la Constitución", *SELA 2002: El derecho como objeto e instrumento de transformación*, 2003, p. 243.
[31] Rosenkrantz (2003), p. 244.

individuos que regula el derecho privado. En suma, bajo su lectura, el derecho público es el que debe preocuparse de la pobreza.

Estas palabras son especialmente interesantes para mis propósitos explicativos. Los rasgos que nota Rosenkrantz en el derecho privado precisamente expresan la insuficiencia de plantear el problema en virtud de los propósitos distributivos que presentan los ámbitos centrales de esta área del derecho. De manera ineludible, sus resultados serán marginales y limitados. Por ello, he intentado alterar la estrategia y situar el acento en la reformulación del principio de individualismo por el de altruismo como ideal regulativo de las reglas, instituciones y prácticas del fenómeno jurídico privado. No deja de llamar la atención que Rosenkrantz observe con acierto que la reducción de la pobreza no puede ser invocada como un principio del derecho privado. Desde luego, ello es completamente efectivo bajo el prisma del individualismo. Su pertinencia, en cambio, no puede ser descartada si se trata del principio de altruismo que hemos revisado. Lo que Rosenkrantz puede querer decir es que, en los términos del principio individualista bajo el cual fue forjado el derecho privado, la pobreza no puede constituir una preocupación de su programa. La tensión que él reafirma existente entre un objetivo de carácter individual y otro de índole colectiva, arroja luces en el mismo sentido. Para que la pobreza pueda ser pensada desde el derecho privado, es necesario efectuar una reformulación de sus fundamentos, desplazando su mirada desde el individualismo hasta el altruismo, según el cual no hay una demarcación tajante entre lo propio y lo ajeno. Es bajo estas coordenadas que estimo recomendable hacer hincapié en explorar la óptica altruista del derecho privado y no restringir sus posibilidades en la superación de la pobreza en sus reales resultados distributivos.[32]

[32] En un SELA posterior, Pablo Ruiz-Tagle suscribió la idea de Rosenkrantz según la cual la pobreza tiene un carácter colectivo y, por ende, afecta principalmente al derecho público. Sus discrepancias, sin embargo, versaron acerca de la real autonomía del derecho privado respecto de la pobreza, autorizándola a hacer oídos sordos a su resolución. En sus palabras, "[…] si resulta que concluimos que la pobreza

Un camino tan provocador como precipitado sería alegar en favor del fin de las fronteras que separan el derecho privado del derecho público. Pese a que en la actualidad se han desarrollado generosos estudios en los que se muestran nuevas alternativas de entendimiento de la relación entre ambos dominios del derecho, junto a la necesidad de reactualizar los criterios dogmáticos con que tradicionalmente se ha promovido la fractura, no es necesario brindar razones que satisfagan tal aspiración.[33] Basta con prestar nuestra atención al hecho de que inevitablemente en el fenómeno jurídico-privado existen dimensiones públicas y sociales.[34] Ello es transversal en las cuestiones relativas a propiedad, contratos, responsabilidad extracontractual y enriquecimiento injustificado.[35] Más decisivo que negar que en las reglas, instituciones y prácticas del derecho privado se jueguen este tipo de consideraciones, es necesario detenerse un momento a examinar una razón de la insistencia en sostener que el derecho privado corresponde a una zona radicalmente opuesta al derecho público. Y como se ha advertido, esas particularidades justifican la marginación del derecho privado de los actuales desafíos asociados a la situación de los pobres que aquel enfrenta.

Anteriormente señalé que la apuesta metodológica de mayor repercusión en los estudios contemporáneos de filosofía del derecho privado es la perspectiva interna encabezada por Weinrib. Su principal virtud es también su más grande obstáculo. El formalismo esgrimido por Weinrib para entender que el derecho privado solo permite que sea eso, derecho privado o justicia correctiva, sin admitir componentes o finalidades

---

incide en la imposibilidad de acceder a la propiedad, en la inconciencia contractual y en relaciones de familia precarias e inhumanas, entonces me parece que el derecho privado ha de tener también consideración por las circunstancias de la pobreza extrema, entendida esta como indigencia, exclusión y marginalidad". Ruiz-Tagle Vial, Pablo, "Pobreza y creación de derechos fundamentales", *SELA 2005: Derecho y pobreza*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 79.

[33] En este sentido, véase, Hedley, Steve, "Courts as Public Authorities, Private Law as Instrument of Government", en Barker, Kit y Jensen, Darryn (eds.), *Private Law. Key Encounters with Public Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 89-116.

[34] Esto se encuentra tempranamente advertido en Renner, Karl, *The Institutions of Private Law and their Social Functions* (trad. Agnes Schwarzschild), London & Boston, Routledge & Kegan Paul, 1949.

[35] En relación con la propiedad, véase, Dagan, Hanoch, "The Public Dimension of Private Property", *King's Law Journal*, Vol. 24, 2013, pp. 260-288.

extrínsecas a su racionalidad y modo de interacción directa entre las partes, respaldando así la distinción entre el derecho privado y público. Asegura, además, la autonomía del primero respecto del segundo así como de las lógicas instrumentales del mercado. Sin embargo, su esquema perpetúa la despreocupación e insensibilidad del derecho privado sobre las necesidades y consideraciones de las clases más desaventajadas.[36] La búsqueda de un sistema coherente en el que el modo de interacción entre los participantes se encuentre únicamente regido por los parámetros de la justicia correctiva, supone un compromiso monista e incompatible con una diversidad de fines que permita al derecho privado atender, a la vez, exigencias de justicia correctiva, distributiva y punitiva. Este último diagnóstico crítico es extrapolable si el formalismo es conjugado con la persecución de soluciones para las necesidades de las clases sociales más pobres. Podemos imaginar que su rechazo argüiría en el sentido de que por legítimas que sean las demandas de superación de la pobreza y las desigualdades sociales, ellas escapan a las preocupaciones del derecho privado, pues exceden la peculiar forma de relación entre los participantes que determina su lógica interna.

Ello es consecuencia no tanto del internalismo como del formalismo. En esta clase de argumentaciones la independencia que reclama todo internalismo respecto del mercado y su racionalidad instrumental, deviene en una paradójica subordinación a su formalismo, provocando una gruesa restricción teórica del derecho privado. Esa aspiración impide pensar problemas que traicionan aquello que sería interno a la práctica de interacción privada. Dicha creencia constituye, sin embargo, una equivocación. No debemos extraviar de vista que el internalismo sitúa su énfasis en las prácticas sociales desplegadas por sus participantes. Desde tal punto de vista, preguntarse por el sentido de la práctica conlleva irremediablemente a identificar el

[36] Una evaluación crítica del aislamiento del derecho privado frente a demandas colectivas o cuestiones de dimensión pública, en Dagan, Hanoch, "The Limited Autonomy of Private Law", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 56, No. 3, 2008, pp. 809-833.

significado que esta tiene, para quienes aceptan las reglas jurídico-privadas como genuinas pautas de comportamiento.[37] Una perspectiva interna del derecho privado debe notar la relevancia de la posición del participante, pues sin esta la explicación del fenómeno resulta ininteligible. Al abordar las consideraciones que los partícipes tienen presente en su aceptación de las reglas, difícilmente pueden omitirse alegaciones sobre la idea de justicia en sus distintas vertientes. De igual modo, no debiere ocasionar extrañeza que les haga sentido que algunas de las reglas jurídicas que suscriben, pretenden contribuir a enfrentar la pobreza y las desigualdades sociales de las cuales ellos son parte. La invitación a repensar el derecho privado en estos términos es un ejercicio hermenéutico acerca de quiénes somos y cuáles son nuestras aspiraciones más sustantivas. De lo contrario, si mantenemos su exclusión como preocupaciones simplemente exógenas, el formalismo adoptado por el internalismo actúa como un dispositivo de limitación respecto de la auto-comprensión del derecho privado.

Bajo estas directrices, el internalismo no se encuentra conceptualmente comprometido con la incompatibilidad de objetivos en el derecho privado, así como tampoco lo está respecto de la renuncia a colaborar en desafíos sociales que directamente afectan a sus participantes.[38] Tales dimensiones de análisis dependen más de dar cuenta de la perspectiva propiamente interna de comprensión del derecho privado, antes que de las delimitaciones conceptuales impuestas por su formalidad. El sistema jurídico privado se desenvuelve mediante reglas, instituciones y prácticas

[37] Hart, H.L.A., *El Concepto de Derecho* (trad. Genaro R. Carrió), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pp. 102-113.

[38] Tal expectativa se refleja en la propuesta de redirigir la sistematización del derecho privado a la producción de los elementos necesarios para la conformación de un 'derecho privado social'. Si bien ello se encuentra de manifiesto en las distintas reglas de protección de la parte más débil de las relaciones jurídicas contractuales, los propósitos redistributivos de bienestar no son completamente realizadas por estas regulaciones. Como es sugerido por Thomas Wilhelmsson, su materialización puede ser efectuada desde el interior del derecho privado, conjugando sus fines con las aspiraciones del derecho de contratos. De modo tal que podemos preguntarnos, "¿hasta dónde puede la *autonomía* del derecho contractual tradicional ser reemplazada por la *solidaridad* del derecho social al formular los principios generales del derecho de contratos?" Wilhelmsson, Thomas, *Critical Studies in Private Law*, Dordrecht, Kluwer, 2010, p. 15. Cursivas del original.

sociales, cuyo sentido es determinado desde su interior. De ahí que para agudizar nuestro entendimiento acerca de qué es derecho privado, conviene llamar la atención sobre un puñado de problemas y disputas sustanciales que están instalados tras la aparente estructura meramente formal e individualista del derecho privado. Si el internalismo es un genuino punto de vista interno acerca del derecho privado, las razones a partir de las cuales los participantes aceptan las reglas jurídicas cobran una significativa relevancia. Únicamente gracias a un examen de estas consideraciones es posible ejercer nuestra labor interpretativa, evaluando el mérito de las justificaciones esgrimidas y refinando así la comprensión del fenómeno jurídico privado.

¿Es tan ajeno pensar la pobreza desde el derecho privado? La configuración del derecho privado de acuerdo a su compromiso individualista y su reflexión interna bajo el alero de las exigencias de la justicia correctiva, arrojaron una manera formalista de entenderlo que desatendió buena parte de observaciones que constituyen intuiciones centrales y compromisos sustantivos de sus participantes. Las alegaciones de solidaridad, comunión de intereses y preocupación por los demás no pueden estar excluidas del derecho privado. Al menos, no pueden ser marginadas de la idea de un derecho privado robusto. Es decir, un ámbito de consideraciones abierto a repensar sus reglas, instituciones y prácticas jurídicas, actualizándolas a un escenario evidentemente distinto de aquel bajo el cual se articuló el derecho privado moderno. La caída de los presupuestos teóricos decimonónicos que sirvieron de pauta para el movimiento codificador del siglo XIX, conlleva la necesidad de su adaptación y, en muchas ocasiones, su reformulación por otros que resulten más idóneos. El examen de pertinencia respecto de las razones y consideraciones sustantivas que representan el significado de las prácticas sociales de este ámbito, corresponde al sentido que sus participantes estimen como relevante. Según una visión interna del derecho privado,

solo debiere ser decisivo el rol de estos en la reflexión sobre el derecho privado y no su compromiso irrestricto con criterios formales de análisis, que delimiten entre lo que es relevante y aquello que no lo es, bajo la óptica individualista.

Al llamar la atención acerca del rol del altruismo en el derecho privado, no se pretende negar lo evidente: el fundamento con que tradicionalmente se ha pensado el derecho privado es el individualismo. Su observación busca mostrar que sus parámetros no son los únicos que están en disputa cuando intentamos comprender el derecho privado. Ciertas reglas jurídicas, instituciones y prácticas del fenómeno jurídico-privado también pueden ser analizadas desde el prisma altruista, aun cuando parezcan solo apelar a la ruptura entre los intereses de los distintos participantes. Añadir el estándar altruista a la reflexión y evaluación del derecho privado no solo lo fortalece y allana el camino para dar cuenta de un derecho privado robusto, sino que contribuye a que el derecho privado recupere su relevancia. Si el derecho privado ha extraviado parte de su valor epistémico es por la conformidad de sus teóricos en no debatir temas verdaderamente interesantes; a saber, aquellos asociados a elucidar los fundamentos de sus preocupaciones, así como a determinar cuáles deberían ser sus propósitos.

Un derecho privado que no sostenga únicamente un compromiso valorativo con los cánones de la justicia correctiva, e incorpore finalidades distributivas y punitivas, es una versión más satisfactoria que aquella que para mostrar coherencia formal renuncia a estas dimensiones. De igual manera, la lectura del derecho privado esgrimida solo en términos individualistas abarca solo una mirada de ver las cosas en los asuntos de esta rama del sistema jurídico. Pero al descuidar las dimensiones altruistas, que forman parte del derecho privado, se consolida la falta de sensibilidad de los estudios del derecho privado acerca de la situación de los pobres. Desde luego, incorporar el recurso altruista

en el derecho privado no es la última palabra cuando se aspira a reducir la pobreza en nuestras sociedades, pero creo debería ser la primera palabra.

Si lo anterior fuere correcto, es una tarea indispensable desmarcar los estudios del derecho privado de sus dimensiones individualistas y formalistas. De lo contrario, esta fértil zona de reflexiones permanecerá ciega frente a los demás, desatendiendo toda clase de problemas que no sean reflejo de la interacción directa entre las partes cubierta por la justicia correctiva. Por supuesto, no ha sido mi intención brindar argumentos decisivamente concluyentes acerca de la relación entre el derecho privado y la pobreza. Tampoco, creo, son excesivamente modestos. En la presentación y evaluación del rendimiento de los principios del altruismo en las diversas parcelas del derecho privado, aparece el punto de partida para comenzar a repensarlo desde el punto de vista de las clases más pobres. Su papel en el análisis y reformulación de las reglas, instituciones y prácticas del derecho privado, junto a los objetivos distributivos que las han acompañado, puede permitir que el derecho privado enfrente desafíos de justicia social. Aquí la escisión total entre el interés ajeno y propio resulta insostenible e innecesaria. De tal manera que la articulación de una comprensión robusta del derecho privado exige, entre otros aspectos, romper la falta de sensibilidad del derecho privado por las clases más desfavorecidas y rebelarse frente a su exclusión para pensar su participación en la reducción de la pobreza. En otras palabras, un ejercicio formulado bajo estas coordenadas, significa tomarse en serio el desafío apuntado por Menger, cerca de dos centurias atrás, y dramáticamente evidenciado con las recientes dificultades de los postulados liberales, que guiaron a esta rama del derecho.